وصفات الحاضن والمحضون " الحضانة " بفتح الحاء لغة مأخوذة من الحضن بكسرها وهو الجنب فإن المحضنة ترد إليه المحضون وتنتهي في الصغير بالتمييز وأما بعده إلى البلوغ فتسمى كفالة قاله الماوردي وقال غيره تسمى حضانة أيضا وشرعا .

حفظ من لا يستقل .

بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون " وتربيته " أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك وقد مر في باب الإجارة من الكتابة تفسير الحضانة بما هو أعم من ذلك .

ومؤنة الحضانة في مال المحضون فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة ولهذا ذكرت عقب النفقات .

و .

الحضانة نوع ولاية وسلطنة لكن " الإناث أليق بها " لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للاطفال .

واعلم أن مستحق الحضانة ثلاثة أقسام لأنهم إما إناث فقط وإما ذكور فقط وإما الفريقان وقد بدأ بالقسم الأول فقال " وأولاهن " أي الإناث عند اجتماعهن وتنازعهن في طلبها " أم " لوفور شفقتها وفي الخبر أن امرأة قالت يا رسول ا إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وإن أباه طلقني وزعم أنه ينزعه مني فقال أنت أحق به ما لم تنكحي رواه البيهقي والحاكم وصحح إسناده .

تنبيه : .

محل تقديم الأم ما لم يكن للمحضون زوج ذكرا كان أو أنثى وإلا فيقدم إن كان له بها أو لها به استمتاع .

والمراد باستمتاعه بها جماعة فلا بد أن تطيقه وإلا فلا تسلم إليه كما مر في الصداق وصرح به ابن الصلاح هنا في فتاويه وحينئذ فتستثنى هذه الصورة أيضا وله نزعه من أبيه وأمه الحرين بعد التمييز وتسليمه إلى غيرهما بناء على جواز التفريق حينئذ ومن بعضه حر يشترك سيده وقريبه المستحق لحضانته في حضانته بحسب ما فيه من الرق والحرية فإن اتفقا على المهايأة أو على استئجار حاضنة أو رضي أحدهما بالآخر فذاك وإن تمانعا استأجر الحاكم من تحضنه وألزمهما الأجرة .

ثم .

بعد الأم " أمهات " لها " يدلين بإناث " وارثات لمشاركتهن الأم في الإرث والولادة " يقدم " منهن " أقربهن " فأقربهن لوفور الشفقة .

والجديد تقدم بعدهن .

أي أمهات الأم " أم أب " لمشاركتها أم الأم في المعنى السابق .

وإنما قدمت أمهات الأم وإن علون لأن الولادة فيهن محققة وفي أمهات الأب مظنونة ولأنهن أقوى ميراثا من أمهاته فإنهن لا يسقطن بالأب بخلاف أمهاته " ثم أمهاتها المدليات بإناث " وارثات لما مر .

ثم أم أبي أب كذلك .

ثم أمهاتها المدليات وارثات .

ثم أم أبي جد كذلك .

ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات وهكذا لأن لهن ولادة ووراثة كالأم وأمهاتها .

وتقدم في كل من الأمهات المذكورة القربى فالقربى .

والقديم .

يقدم " الأخوات والخالات عليهن " أي المذكورات من أمهات الأب والجد .

أما الأخوات فلأنهن اجتمعن معه في الصلب والبطن أوفي أحدهما وشاركته في النسب فهن عليه أشفق وأما الخالات فلقوله A الخالة بمنزلة الأم رواه البخاري .

وأجاب الأول بأن النظر هنا إلى الشفقة وهي في الجدات أغلب (3 / 453) وتقدم " قطعا " أخت " من أي جهة كانت " على خالة " لأنها أقرب منها .

وتقدم " و " " خالة على بنت أخ و " بنت " أخت " لأنها تدلي بالأم بخلافهما .

و .

تقدم " بنت أخ و " بنت " أخت على عمة " كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم .

تنبيه : .

سكت المصنف عن الترتيب بين بنت الأخت وبنت الأخ والمقدم منهما بنت الأخت .

و .

تقدم " أخت من أبوين على أخت من أحدهما " لأن شفقتها أتم لاجتماعها مع المحضون في الصلب والرحم فهي أشفق .

والأصح .

وعبر في الروضة بالصحيح المنصوص في الجديد والقديم لا كما يوهمه كلام المتن من تفريع هذا وما قبله على القديم " تقديم أخت من أب على أخت من أم " لاشتراكها معه في النسب ولقوة إرثها فإنها قد تصير عصبة .

والثاني عكسه لأنها تدلي بالأم فتقدم على من يدلي بالأب .

و .

الأصح تقديم " خالة " لأب " وعمة لأب عليهما لأم " لقوة الجهة كالأخت .

والثاني عكسه لأن تقديم الأخت للأب على الأخت للأم كان لقوتها في الإرث ولا إرث هنا .

و .

الأصح " سقوط كل جدة لا ترث " وهي من تدلي بذكر بين انثيين كأم أبي الأم لأنها أدلت بمن لا حق له في الحضانة فأشبهت الأجانب .

والثاني لا تسقط لولادتها لكن تتأخر عن جميع المذكورات لضعفها .

تنبيه : .

قال الشيخان وفي معنى الجدة الساقطة كل محرم يدلي بذكر لا يرث كبنت ابن البنت وبنت العم للأم اه " .

فإن قيل كون بنت العم محرما ذهول .

أجيب بأنها معطوفة على كل محرم لأنها معطوفة على بنت ابن البنت كما توهمه من قال إنه ذهول وقال إن هذه ليست بمحرم .

دون أنثى .

هو في حيز الأصح أيضا ومعناه النفي أي والأصح سقوط كل جدة لا ترث لا سقوط كل أنثى .

غير محرم كبنت خالة .

وبنت عمة وبنتي الخال والعم لشفقتهن بالقرابة وهدايتهن إلى التربية بالأنوثة .

والثاني لا حق لهن كالجدات الساقطات .

وأجاب الرافعي عن الأول بأن الجدة الساقطة تدلي بغير وارث بخلاف هؤلاء .

واعترض بأنه ليس في هؤلاء من يدلي بوارث غير بنت العم العصبة ولذلك قال الإسنوي وترجيح استحقاق بنت الخال الحضانة لا يستقيم مع ما تقدم لإدلائها بذكر غير وارث وقد تقرر أن من كان بهذه الصفة لا حضانة لها بخلاف بنت الخالة والعمة فإنها تدلي بأنثى وبخلاف بنت العم أي العصبة فإنها تدلي بذكر وارث اه " .

وقد يجاب بأن بنت الخال لما كان بينها وبين المحضون محرم قريب وهو الخال ثبت لها الحضانة بخلاف الجدة الساقطة لبعدها والتقرب له شفقة فثبتت لها الحضانة لذلك .

ثم رأيت شيخي أجاب بأن في الجدة الساقطة الحضانة ثابتة لا قربا في النسب فانتقلت الحضانة عنها وفي بنت الخال تراخى النسب فلم يؤثر كونها لم تدل بوارث بنسب وتقدم بنت المحضون عند فقد أبويه على الجدات .

ثم شرع في القسم الثاني وهو محض الذكور وهم أربعة أصناف محرم وارث ووارث غير محرم

ومحرم غير وارث وليس بمحرم ولا وارث مبتدئا بأولها فقال " وتثبت " الحضانة " لكل ذي محرم وارث " كالأب والجد وإن علا والأخ لأبوين أو لأب والعم كذلك لقوة قرابتهم بالمحرمية والإرث والولاية .

على ترتيب الإرث .

عند الاجتماع فيقدم أب ثم جد وإن علا ثم أخ شقيق ثم لأب وهكذا فالجد هنا مقدم على الأخ فلو قال المصنف ترتيب ولاية النكاح لكان أولى .

وكذا .

ذكر وارث " غير محرم كابن عم " فإن له الحضانة " على الصحيح " لوفور شفقته بالولاية .

والثاني لا لفقد المحرمية وهذا هو الصنف الثاني .

فإن قيل كلامه يشمل المعتق فإنه وارث غير محرم مع أنه لا حضانة له .

أجيب بأن تمثيله بابن العم فيه إشارة إلى اعتبار القرابة في الحاضن .

ولا تسلم إليه مشتهاة .

حذرا من الخلوة المحرمة " بل " تسلم " إلى ثقة يعينها (3 / 454) بضم المثناة التحتية الأولى وتشديد التحتية الثانية من التعيين لا بتخفيفها من المعونة ولو بأجرة من ماله لأن الحق له في ذلك .

وإنما كان التعيين إليه لأن الحضانة له .

ويفارق ثبوت الحضانة له عليها عدم ثبوتها لبنت العم على الذكر بأن الرجل لا يستغني عن الاستنابة بخلاف المرأة ولاختصاص ابن العم بالعصوبة والولاية والإرث فإن كان له بنت مثلا يستحي منها على ما مر في العدد جعلت عنده مع بنته .

نعم إن كان مسافرا وبنته معه لا في رحلة سلمت إليها لا له كما لو كان في الحضر ولم تكن بنته في بيته وبهذا يجمع بين كلامي الكتاب وأصله والروضة وأصلها حيث قالوا في موضع تسلم إليه وفي آخر تسلم إليها .

قال الإسنوي ويعتبر كونها ثقة وتبعه الزركشي قال وما يتوهم من أن غيرتها على قرابتها وأبيها تغني عن ذكر مردود ولتفاوت الناس في ذلك فاعتبرت الشفقة حسما للباب .

تنبيه : .

أفهم كلامه أنه يتسلم الذكر مطلقا المشتهى وغيره وهو قضية كلام الروضة وصرح به ابن الصباغ وصوب الزركشي عدم تسليم المشتهى إليه .

فإن فقد .

في الذكر الحاضن " الإرث والمحرمية " معا كابن خال وابن عمة وهذا هو الصنف الثالث " أو الإرث " فقط والمحرمية باقية كأبي أم وخال وهو الصنف الرابع .

فلا .

حضانة لهم " في الأصح " لفقد الإرث والمحرمية في الأولى ولضعف قرابته في الثانية لأنه لا يرث بها ولا يلي ولا يعقل .

والثاني له الحضانة لشفقته بالقرابة .

تنبيه : .

لا حق للمحرم بالرضاع في الحضانة ولا في الكفالة ولا للمولى وعصبته على المذهب لفقد الإرث في الأول وفقد القرابة في الثاني وإن وجد فيه الإرث .

ثم شرع في القسم الثالث وهو اجتماع الفريقين فقال " وإن اجتمع ذكور وإناث " وتنازعوا في الحضانة " فالأم " تقدم للحديث المتقدم " ثم أمهاتها " المدليات بأناث كما مر لأنهن في معنى الأم في الشفقة .

ثم .

يقدم بعدهن " الأب " على أمهاته لأنه أصلهن .

وقيل تقدم عليه الخالة والأخت من الأم .

لإدلائهما بالأم فيسقط بهما بخلاف الأخت للأب لإدلائها به وهو مقدم على أمهاته كما مر .

ويقدم الأصل .

من ذكر أو أنثى بالترتيب المار " على الحاشية " من ذكر أو أنثى كالأخ والأخت لقوة الأصول .

تنبيه : .

في جزمه بتقديم الأصل مخالفة لقوله قيل .

وقيل تقدم عليه الخالة والأخت من الأم .

فإن فقد .

الأصل من الذكر والأنثى وهناك حواش " فالأصح " أنه يقدم منهم " الأقرب " فالأقرب كالإرث ذكرا كان أو أنثى ولا يرجح المعتق بالعتق على الأقرب منه فلو كان له عم وعم أب معتق لم يرجح المعتق بل يقدم عليه الأقرب ويشاركه المساوي .

وإلا .

بأن لم يكن فيهم أقرب فإن استووا وفيهم أنثى وذكر " فالأنثى " مقدمة على الذكر كأخت على أخ وبنت أخ على ابن أخ لأنها أبصر وأصبر فعلم أنه يقدم بنات كل صنف على ذكوره .

والخنثى هنا كالذكر فلا يقدم الذكر في محل لو كان أنثى لقدم لعدم الحكم بالأنوثة فلو ادعى الأنوثة صدق بيمينه لأنها لا تعلم إلا منه غالبا فتستحق الحضانة وإن أبهم تثبت ضمنا لا مقصودا ولأن الأحكام لا تتبعض .

وإلا .

بأن لم يكن فيها أنثى وذكر بأن استوى إثنان من كل وجه كأخوين وأختين وخالتين " فيقرع " بينهما قطعا للنزاع فيقدم من خرجت قرعته على غيره .

ومقابل الأصح أن نساء القرابة وإن بعدن أحق بالحضانة من الذكور وإن كانوا عصبات لأنهن أصلح للحضانة .

ثم اعلم أن للحاضن شروطا ذكر منها المصنف ستة وأنا أذكر باقيها في الشرح أحدها الحرية كما أشار لذلك بقوله " ولا حضانة لرقيق " ولو مبعضا وإن أذن له سيده لأنها ولاية وليس من أهلها ولأنه مشغول بخدمة سيده .

وإنما لم يؤثر إذنه لأنه قد يرجع فيشوش أمر الولد ويستثنى ما لو أسلمت أم ولد الكافر فإن ولدها يتبعها وحضانته لها ما لم تنكح كما حكاه في الروضة في أمهات الأولاد كما حكاه عن أبي إسحاق المروزي وأقره .

قال في المهمات والمعنى فيه فراغها لمنع السيد من قربانها مع وفور شفقتها .

وثانيها العقل كما أشار إلى ذلك بقوله " و " لا " مجنون " فلا حضانة (3 / 455) له وإن كان جنونه منقطعا لأنها ولاية وليس هو من أهلها ولأنه لا يتأتى منه الحفظ ولا التعهد بل هو في نفسه يحتاج إلى من يحضنه .

نعم إن كان يسيرا كيوم في سنة كما في الشرح الصغير وهو أولى من قول الكبير والروضة كيوم في سنين لم تسقط الحضانة به كمرض يطرأ ويزول .

وثالثها الأمانة كما أشار إلى ذلك بقوله " و " لا " فاسق " لأن الفاسق لا يلي ولا يؤتمن ولأن المحضون لاحظ له في حضانته لأنه ينشأ على طريقته وتكفي العدالة الظاهرة كشهود النكاح .

نعم إن وقع نزاع في الأهلية فلا بد من ثبوتها عند القاضي كما أفتى به المصنف قال في الترشيح وبه أفتيت فيما إذا تنازعا قبل تسليم الولد فإن تنازعا بعده فلا ينزع ممن تسلمه ويقبل قوله في الأهلية اه وعلى هذا يحمل كما قال شيخنا ما أفتى به المصنف .

ورابعها الإسلام فيما إذا كان المحضون مسلما كما أشار إلى ذلك بقوله " و " لا " كافر على مسلم " إذ لا ولاية له عليه ولأنه ربما فتنه في دينه .

فإن قيل إنه A خير غلاما بين أبيه المسلم وأمه المشركة فمال إلى الأم فقال النبي A اللهم اهده فعدل إلى أبيه رواه أبو داود وغيره .

أجيب بأنه منسوخ أو محمول على أنه A عرف أنه يستجاب دعاؤه وأنه يختار الأب المسلم .

وقصده بتخييره استمالة قلب أمه وبأنه لا دلالة فيه إذ لو كان لأمه حق لأقرها عليه ولما دعا .

وحينئذ فيحضنه أقاربه المسلمون على الترتيب المار فإن لم يوجد أحد منهم حضنه المسلمون ومؤنته في ماله كما مر فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته فإن لم يكن فهو من محاويج المسلمين .

وينزع ندبا من الأقارب الذميين ولد ذمي وصف الإسلام كما مر في باب اللقيط وإن قال الأذرعي المختار وظاهر النص الوجوب .

تنبيه : .

أفهم كلامه ثبوتها للكافر على الكافر وهو كذلك وللمسلم على الكافر بالأولى لأن فيه مصلحة له .

وخامسها أن تخلو الحاضنة من زوج أجنبي كما أشار إلى ذلك بقوله " و " لا " ناكحة " زوج " غير أبي الطفل " وإن لم يدخل بها ورضي أن يدخل الولد داره للخبر المار أنت أحق به ما لم تنكحي ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج قال الماوردي ولأن على الولد وعصبته عارا في مقامه مع زوج أمه .

ولا أثر لرضي الزوج الأجنبي لأنه قد يرجع فيتضرر الولد وإنما تسقط حضانتها وتنتقل من بعدها إذا لم يرض الأب والزوج فإن رضيا بذلك قال في أصل الروضة سقط حق الجدة على الصحيح وظاهره بقاء حق الأم وصححه البغوي والخوارزمي وجرى عليه في الكفاية واستغربه في المطلب إذ كيف يسقط حق الجدة برضى الأب ولذا قال الأذرعي الأقيس عدم السقوط .

وقد يرد ذلك بأن الجدة لم ينتقل الحق إليها حينئذ حتى يقال سقط كما يؤخذ مما مر .

ويستثنى من سقوط الحضانة بالنكاح ما لو اختلعت بالحضانة وحدها أو مع غيرها مدة معلومة فنكحت في أثنائها لأنها إجارة لازمة ولكن ليس الاستحقاق هنا بالقرابة بل بالإجارة .

إلا .

من نكحت " عمه " أي الطفل " وابن عمه وابن أخيه " فلا تسقط حضانتها حينئذ في الأصح لأن من نكحته له حق في الحضانة وشفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على كفالته كما لو كانت في نكاح الأب ولقضائه A بنت حمزة لخالتها لما قال له جعفر إنها بنت عمي وخالتها تحتي بخلاف الأجنبي والثاني يبطل حقها لاشتغالها بالزوج ولا حق له في الحضانة الآن فأشبه الأجنبي .

تنبيه : .

محل الخلاف الذي رضي الزوج إذا نكحها بحضانتها وإلا فتسقط جزما لأن له الامتناع منها .

وإنما يتصور نكاح ابن الأخ فيما إذا كان المستحق غير الأم وأمهاتها كان تتزوج أخت الطفل لأمه بابن أخيه لأبيه فإنها تقدم على ابن أخيه في الأصح .

ولا يختص الاستثناء بما ذكر في المتن بل ضابط ذلك كل من له حق في الحضانة فلو قال

المصنف إلا لمن له حق في الحضانة ورضي العم ما ذكر أما من لا حق له فيها كالجد أبي الأم والخال فيسقط حضانة المرأة بتزويجها به .

قال ابن شهبة وعد في الروضة وأصلها من مستحقي الحضانة الخال والخال لا حضانة له على الصحيح .

قال الأذرعي وأجوز أنه حرف سهوا من قول بعضهم أو نكحت أخا له فأغفلت الألف أول الكلمة ويحتمل غيره .

وسادسها أن تكون الحاضنة مرضعا للطفل كما أشار إلى ذلك بقوله " وإن كان " المحضون " رضيعا (3 / 456) اشترط " في استحقاق الحاضنة " أن ترضعه على الصحيح فإن لم يكن لها لبن أو امتنعت من الإرضاع فلا حضانة لها .

والثاني لا يشترط وعلى الأب استئجار مرضعة ترضعه عند الحاضنة .

وأجاب الأول بأن في تكليف استئجار مرضعة تترك منزلها وتنتقل إلى مسكن الحاضنة عسرا عليه فلا يكلف ذلك .

تنبيه : .

هذا ظاهر كلام المصنف وفيه فيما إذا لم يكن لها لبن نظر لأن غايتها أن تكون كالأب ونحوه مما لا لبن له وذلك لا يمنع الحضانة .

وكلام الأئمة كما قال الأذرعي وغيره يقتضي الجزم بأنه لا يشترط كونها ذات لبن وقال البلقيني حاصله أنها إن لم يكن لها لبن فلا خلاف في استحقاقها وإن كان لها لبن وامتنعت فالأصح لا حضانة لها اه " .

وهذا هو الظاهر .

وسابعها أن لا يكون به مرض دائم كالسل والفالج إن عاق تألمه عن نظر المحضون بأن كان بحيث يشغله ألمه عن كفالته وتدبر أمره أو عن حركة من يباشر الحضانة فتسقط في حقه دون من يدبر الأمور بنظره ويباشرها غيره .

وثامنها أن لا يكون أبرص ولا أجذم كما في قواعد العلائي .

وتاسعها أن لا يكون أعمى كما أفتى به عبد الملك بن إبراهيم المقدسي من أئمتنا من أقران ابن الصباغ واستنبطه ابن الرفعة من كلام الإمام ثم قال وقد يقال إن باشر غيره وهو مدبر أموره فلا منع كما في الفالج اه " .

وهذا هو الظاهر .

وعاشرها أن يكون رشيدا فلا حضانة لسفيه لأنه ليس أهلا للحضانة كما قاله الماوردي والقاضي أبو الطيب .

وحادي عاشرها أن لا يكون مغفلا كما قاله الجرجاني في الشافي .

وثاني عشرها أن لا يكون صغيرا لأنها ولاية وليس هو من أهلها .

فإن .

فقد مقتضى الحضانة ثم وجد كأن " كملت ناقصة " بأن أسلمت كافرة أو تابت فاسقة أو أفاقت مجنونة أو عتقت رقيقة " أو طلقت منكوحة " بائنا أو رجعيا على المذهب المنصوص " حضنت " لزوال المانع وتستحق المطلقة الحضانة في الحال قبل انقضاء العدة على المذهب .

ويشترط في استحقاق المطلقة الحضانة رضي الزوج بدخول المحضون بيته إن كان له فإن لم يرض لم تستحق وهذا بخلاف الزوج الأجنبي إذا رضي بذلك في أصل النكاح فإنها لا تستحق .

وإن غابت الأم أو امتنعت .

من الحضانة " فللجدة " مثلا أم الأم " على الصحيح " كما لو ماتت أوجنت .

وضابط ذلك أن القريب إذا امتنع كانت الحضانة لمن يليه .

والثاني تكون الولاية للسلطان كما لو غاب الولي في النكاح أو عضل .

وأجاب الأول بأن القريب أشفق وأكثر فراغا من السلطان .

تنبيه : .

قضية كلامه عدم إجبار الأم عند الامتناع وهو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون فإن وجبت كان لم يكن له أب ولا مال أجبرت كما قاله ابن الرفعة لأنها من جملة النفقة فهي حينئذ كالأب .

هذا .

المذكور من أول الفصل إلى هنا " كله في غير مميز " وهو كما مر من لا يستقل كطفل ومجنون بالغ .

والمميز .

الصادق بالذكر والأنثى " إن افترق أبواه " من النكاح وصلحا للحضانة ولو فضل أحدهما الآخر دينا أو مالا أو محبة " كان عند من اختار منهما " لأنه A خير غلاما بين أبيه وأمه رواه الترمذي وحسنه والغلامة كالغلام في الانتساب ولأن القصد بالكفالة الحفظ للولد والمميز أعرف بحظه فيرجع إليه .

وسن التمييز غالبا سبع سنين أو ثمان تقريبا وقد يتقدم على السبع وقد يتأخر عن الثمان والحكم مداره عليه لا على السن .

قال ابن الرفعة ويعتبر في تمييزه أن يكون عارفا بأسباب الاختيار وإلا أخر إلى حصول ذلك وهو موكول إلى اجتهاد القاضي .

تنبيه : .

ظاهر كلامه أن الولد يتخير ولو أسقط أحدهما حقه قبل التخيير وهو كذلك وإن قال الماوردي

و الروياني إن الآخر كالعدم .

ولو اختار أحدهما فامتنع من كفالته كفله الآخر فإن رجع الممتنع أعيد التخيير وإن امتنعا وبعدهما مستحقا لها كجد وجدة خير بينهما وإلا أجبر عليهما من تلزمه نفقته .

لأنها من جملة الكفاية .

أما إذا صلح أحدهما فقط كما نبه على ذلك بقوله " فإن كان في أحدهما " أي الأبوين " جنون أو كفر أو رق أو فسق (3 / 457) أو نكحت " أي الأنثى أجنبيا " فالحق للآخر " فقط ولا تخيير لوجود المانع به فإن عاد صلاح الآخر أنشأ التخيير .

ويخير .

المميز أيضا عند فقد الأب أو عدم أهليته " بين أم وجد " أبي أب وإن علا لأنه بمنزلة الأب لولادته وولايته .

والجدة أم الأم عند فقد الأم أو عدم أهليتها كالأم فيخير الولد بينها وبين الأب .

وكذا أخ أو عم .

أو غيرهما من حاشية النسب مع أم تخير بين كل وبين الأم في الأصح لأن العلة في ذلك العصوبة وهي موجودة في الحواشي كالأصول .

أو أب مع أخت أو خالة في الأصح .

لأن كلا منهما قائم مقام الأم .

والثاني تقدم في الأوليين الأم وفي الآخرين الأب .

تنبيه : .

سكت المصنف عن ابن العم مع الأم وعبارة الروضة ومثل الأخ والعم وابن العم في حق الذكر والأم أولى منه بالأنثى ونقله الرافعي عن البغوي وأقره .

وهو الذي في المهذب وتعليق البندنيجي وجرى عليه ابن المقري في روضه وهو المعتمد وإن أطلق كثير في ذلك وجهين بلا تفصيل بين الذكر والأنثى .

واقتضى كلامهم أنه لا فرق بينهما في التخيير وصرح به الروياني وغيره وظاهر إطلاق الكتاب وأصله والروضة وأصلها جريان الخلاف بين الأخت والأب من أي جهة كانت .

قال الأذرعي ومن تبعه وهو ظاهر في الشقيقة وفي الأخت من الأم لإدلائها بالأم أما الأخت للأب فلا وصرح به الماوردي .

فإن اختار .

المميز " أحدهما " أي الأبوين أو من ألحق بهما كما ذكر " ثم " اختار " الآخر حول إليه " لأنه قد يظهر له الأمر بخلاف ما ظنه أو يتغير حال من اختاره أولا ولأن المتبع شهوته كما قد يشتهي طعاما في وقت وغيره في آخر لأنه قد يقصد مراعاة الجانبين .

تنبيه : .

ظاهر إطلاق المصنف أنه يحول وإن تكرر ذلك منه دائما وهو ما قاله الإمام لكن الذي في الروضة كأصلها إن كثر ذلك منه بحيث يظن أن سببه قلة تمييزه جعل عند الأم كما قبل التمييز وهذا ظاهر .

وظاهر كلامهم أن التخيير لا يجري بين ذكرين ولا أنثيين كأخوين وأختين ونقله الأذرعي في الأنثيين عن فتاوى البغوي ونقل عن ابن القطان وعن مقتضى كلام غيره جريان ذلك بينهما .

وهو كما قال شيخنا أوجه لأنه إذا خير بين غير المتساويين فبين المتساويين أولى .

فإن اختار الأب ذكر لم يمنعه زيارة أمه .

ولا يكلفها الخروج لزيارته لئلا يكون ساعيا في العقوق وقطع الرحم وهو أولى منها بالخروج لأنه ليس بعورة .

تنبيه : .

هل هذا على سبيل الوجوب أو الاستحباب قال في الكفاية الذي صرح به البندنيجي ودل عليه كلام الماوردي الأول .

ويمنع .

الأب " أنثى " إذا اختارته من زيارة أمها لتألف الصيانة وعدم البروز والأم أولى منها بالخروج لزيارتها لسنها وخبرتها .

تنبيه : .

سكت عن الخنثى والظاهر أنه كالأنثى .

وظاهر كلامه أنه لا فرق في الأم بين المخدرة وغيرها وهو كذلك وإن بحث الأذرعي الفرق .

وظاهر كلامه أنه لو مكنها من زيارتها لم يحرم عليه وخرج بزيارتها عيادتها فليس له المنع منه لشدة الحاجة إليها .

ولا يمنعها .

أي الأم " دخولا عليهما " أي ولديها الذكر والأنثى أو الخنثى وفي بعض النسخ عليها أي الأنثى " زائرة " لأن في ذلك قطعا للرحم لكن لا تطيل المكث .

وعبر الماوردي بأنه يلزم الأب أن يمكنها من الدخول ولا يولها على ولدها .

وفي كلام بعضهم ما يفهم عدم اللزوم .

وبه أفتى ابن الصلاح فقال فإن بخل الأب بدخولها إلى منزله أخرجه إليها اه " .

وهذا هو الظاهر لأن المقصود يحصل بذلك .

والزيارة .

على العادة " مرة في أيام " أي يومين فأكثر لا في كل يوم نعم إن كان منزلها قريبا فلا

بأس أن يدخل كل يوم كما قاله الماوردي .

تنبيه : .

نصب مرة على المصدر وقال الفارسي على الظرف .

فإن مرضا فالأم أولى بتمريضهما .

لأنها (3 / 458) أهدى إليه وأصبر عليه من الأب ونحوه .

فإن رضي به في بيته .

فذاك ظاهر " وإلا ففي بيتها " يكون التمريض ويعودهما ويجب الاحتراز في الحالين من الخلوة بها ولا تمنع الأم من حضور تجهيزهما في بيته .

أما إذا ماتا فله منعه من زيارة قبرهما إذا دفنا في ملكه والحكم في العكس كذلك .

ولو تنازعا في دفن من مات منهما في تربة أحدهما أجيب الأب كما بحثه بعض المتأخرين .

وإن مرضت الأم لزم الأب أن يمكن الأنثى من تمريضها إن أحسنت تمريضها بخلاف الذكر لا يلزمه أن يمكنه من ذلك وإن أحسن التمريض .

وإن اختارها .

أي الأم " ذكر فعندها ليلا وعند الأب نهارا " يعلمه الأمور الدينية والدنيوية على ما يليق به " ويؤدبه " أي يعلمه أدب النفس والبراعة والظرف فمن أدب ولده صغيرا سر به كبيرا يقال الأدب على الآباء والصلاح على ا .

ويسلمه لمكتب .

بفتح الميم والتاء ويجوز كسر التاء حكاه النحاس اسم للموضع الذي يتعلم فيه .

وعبارة الشافعي رضي ا تعالى عنه الكتاب وقال ابن داود الأفصح المكتب لأن الكتاب جمع كاتب .

و .

ذي " حرفة " يتعلم من الأول الكتابة والثاني الحرفة على ما يليق بحال الولد .

وظاهر كلام الماوردي أنه ليس للأب الشريف أن يعلم ابنه الصنعة إذا كان ذلك يزري به وهو ظاهر .

وكذا لا ينبغي لمن له صنعة شريفة أن يعلم ابنه صنعة رديئة لأن عليه رعاية المصلحة وما فيه الحظ له ولا يكله في ذلك إلى أمه لعجز النساء عن القيام بمثل ذلك .

تنبيه : .

ظاهر كلامه إيجاب ذلك عليه وبه صرح في زوائد الروضة فقال يجب على الولي تأديب الولد وتعليمه أبا كان أو جدا أو وصيا وأجرة ذلك في مال الصبي فإن لم يكن فعلي من تلزمه نفقته .

وما قاله في الليل والنهار قال الأذرعي جرى على الغالب فلو كانت حرفة الأب ليلا كالأتوني فالأقرب أن الليل في حقه كالنهار في حق غيره حتى يكون عند الأب ليلا لأنه وقت التعلم والتعليم وعند الأم نهارا كما قالوا في القسم بين الزوجات .

أو .

كان الذي اختار الأم " أنثى " أو خنثى كما بحثه شيخنا " فعندها ليلا ونهارا " لاستواء الزمانين في حقها طلبا لسترها .

و .

لا يطلب الأب احضارها بل " يزورها الأب " لتألف الستر والصيانة " على العادة " مرة في يومين فأكثر لا في كل يوم كما مر .

تنبيه : .

قوله على العادة يقتضي منعه من زيارتها ليلا وبه صرح بعضهم لما فيه من التهمة والريبة .

وظاهر أنها لو كانت بمسكن زوج لها لم يجز له دخوله إلا بإذن منه فإن لم يأذن أخرجتها إليها ليراها ويتفقد حالها ويلاحظها بقيام تأديبها وتعليمها وتحمل مؤنتها وكذا حكم الصغير غير المميز والمجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه فيكونان عند الأم ليلا ونهارا ويزورهما الأب ويلاحظهما بما مر وعليه ضبط المجنون .

وإن اختارهما .

أي اختار الولد المميز أبويه " أقرع " بينهما قطعا للنزاع ويكون عند من خرجت قرعته منهما .

فإن لم يختر .

واحدا منهما " فالأم أولى " لأن الحضانة لها ولم يختر غيرها " وقيل يقرع " بينهما وبه أجاب البغوي لأن الحضانة لكل منهما .

ولو اختار غيرهما فالأم أولى أيضا استصحابا لما كان .

ثم ما تقدم في أبوين مقيمين في بلد واحدة " و " حينئذ " لو أراد أحدهما سفر حاجة " كتجارة وحج طويلا كان السفر أم لا " كان الولد المميز وغيره مع المقيم " من الأبوين " حتى يعود " المسافر منهما لما في السفر من الخطر والضرر .

تنبيه : .

لو كان المقيم الأم وكان في مقامه معها مفسدة أو ضياع مصلحة كما لو كان يعلمه القرآن أو الحرفة وهما ببلد لا يقوم غيره مقامه في ذلك فالمتجه كما قاله الزركشي تمكين الأب من السفر به لاسيما إن اختاره الولد وسكت المصنف (3 / 459) عما لو أراد كل منهما السفر

لحاجة واختلف طريقهما ومقصدهما وللرافعي فيه احتمالان أحدهما يدام حق الأم والثاني أن يكون مع الذي مقصده أقرب أو مدة سفره أقصر .

قال المصنف والمختار الأول وهو مقتضى كلام الأصحاب انتهى .

وينبغي أن يأتي فيه البحث المتقدم .

أو .

أراد أحدهما " سفر نقلة فالأب أولى " من الأم بالحضانة سواء انتقل الأب أم الأم أو كل واحد إلى بلد حفظا للنسب فإنه يحفظه الآباء أو رعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق .

تنبيه : .

لو رافقته الأم في سفره دام حقها ولو عاد من سفر النقلة إلى بلدها عاد حقها وإنما ينقل الأب ولده المميز إلى غير بلد الأم " بشرط أمن طريقه و " أمن " البلد المقصود " له وإلا فيقر عند أمه .

وليس له أن يخرجه إلى دار الحرب كما صرح به المروزي وقال الأذرعي أنه ظاهر وإن كان وقت أمن وألحق به ابن الرفعة بخوف الطريق السفر في الحرب والبرد الشديدين قال الأذرعي وهو ظاهر إذا كان يتضرر به الولد ما إذا حمله فيما يقيه ذلك فلا .

وشرط المتولي في البلد المنتقل إليه أن يكون صالحا للإقامة وهل يجوز له أن يسافر به في البحر أو لا تقدم الكلام على ذلك في باب الحجر .

قيل و .

يشترط " مسافة قصر " بين البلد المنقول عنده وإليه لأن الانتقال لما دونها كالإقامة في محلة أخرى من البلد المتسع لإمكان مراعاة الولد .

والأصح لا فرق .

تنبيه : .

لو اختلفا فقال أريد الانتقال وقالت بل أردت التجارة صدق بيمينه فإن نكل حلفت وأمسكت الولد .

ومحارم العصبة .

كجد وأخ وعم " في هذا " المذكور في سفر النقلة " كالأب " فيكون أولى من الأم احتياطا للنسب أما محرم لا عصوبة له كأبي الأم والخال للأم فليس له النقل لأنه لا حق له في النسب .

تنبيه : .

للأب نقله عن الأم كما مر وإن أقام الجد ببلدها وللجد ذلك عند عدم الأب وإن أقام الأخ ببلدها لا الأخ مع إقامة العم أو ابن الأخ فليس له ذلك بخلاف الأب والجد لأنهما أصل في النسب

فلا يعتني به غيرهما كاعتنائهما .

والحواشي متقاربون فالمقيم منهم يعتني بحفظه هذا ما حكاه في الروضة وأصلها عن المتولي وأقراه .

وعليه فيستثنى ذلك من قول المصنف ومحارم العصبة إلى آخره ولكن البلقيني جرى على ظاهر المتن وقال ما قاله المتولي من مفرداته التي هي غير معمول بها .

وكذا ابن عم .

كالأب في انتزاعه " لذكر " مميز من أمه عند انتقاله لما مر .

ولا يعطى أنثى .

تشتهى حذرا من الخلوة بها لانتفاء المحرمية بينهما .

فإن رافقته بنته .

أو نحوهما كأخته الثقة " سلم " الولد الأنثى " إليها " لا له إن لم تكن في رحله كما لو كان في الحضر أما لو كانت بنته أو نحوها في رحله فإنها تسلم إليه وبذلك تؤمن الخلوة وقد مر أن بهذا جمع بين كلامي الروضة والكتاب .

وإن لم تبلغ حد الشهوة أعطيت له وإن نازع في ذلك الأذرعي .

تنبيه : .

لو قال سلمت لاستغنى عما قدرته وكان أولى فإن الضمير عائد على الأنثى وإنما يثبت حق النقلة للأب أو غيره إذا اجتمع فيه الشروط المعتبرة في الحضانة .

تتمة ما مر إذا لم يبلغ المحضون فإن بلغ فإن كان غلاما وبلغ رشيدا ولي أمر نفسه لاستغنائه عمن يكفله فلا يجبر على الإقامة عند أحد أبويه والأولى أن لا يفارقهما ليبرهما قال الماوردي وعند الأب أولى للمجانسة .

نعم إن كان أمرد أو خيف من انفراده ففي العدة عن الأصحاب أنه يمنع من مفارقة الأبوين .

ولو بلغ عاقلا غير رشيد فأطلق مطلقون أنه كالصبي وقال ابن كج إن كان لعدم إصلاح ما له فكذلك وإن كان لدينه فقيل تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر والمذهب أنه يسكن حيث شاء .

قال الرافعي وهذا التفصيل حسن اه " .

وإن كان أنثى فإن بلغت رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج إن كانا مفترقين وبينهما إن كانا مجتمعين لأنه أبعد عن التهمة ولها أن تسكن حيث شاءت ولو بأجرة هذا إذا لم تكن ريبة فإن كانت فللأم إسكانها معها وكذا للولي من العصبة إسكانها معه إذا كان محرما لها وإلا ففي موضع لائق بها يسكنها ويلاحظها دفعا لعار النسب كما يمنعها نكاح غير الكفء ويجبر (3 / 460) على ذلك .

والأمرد مثلها فيما ذكر كما مرت الإشارة إليه .

ويصدق الولي بيمينه في دعوى الربيبة ولا يكلف بينة لأن إسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة وإن بلغت غير رشيدة ففيها التفصيل المار .

قال المصنف في نواقض الوضوء حضانة الخنثى المشكل وكفالته بعد البلوغ لم أر فيه نقلا وينبغي أن يكون كالبنت البكر حتى يجيء في جواز استقلاله وانفراده عن الأبوين إذا شاء وجهان اه " .

ويعلم التفصيل مما مر