اذا احتاج الطفل اليها ولم يوجد غيرها واتفقت هي وولي الطفل على نقلها اليه جاز
والمقصود ان في قوله صلى الله عليه وسلم انت احق به دليلا على ان الحضانة حق لها
والله اعلم **فصل** وقوله ما لم تنكحي اختلف فيه هل هو تعليل او توقيت على قولين
ينبني عليهما ما لو تزوجت وسقطت حضانتها ثم طلقت فهل تعود الحضانة فان
قيل اللفظ تعليل عادت بالطلاق لان الحكم اذا ثبت بعلة زال بزوالها وعلة سقوط
الحضانة التزويج فاذا طلقت زالت العلة فزال حكمها وهذا قول الاكثرين منهم
الشافعي واحمد وابو حنيفة ثم اختلفوا فيما اذا كان الطلاق رجعيا هل يعود حقها
بمجرده او يتوقف عودها على انقضاء العدة على قولين وهما في مذهب احمد والشافعي
وقال احدهما يعود بمجردها وهو ظاهر مذهب الشافعي والثاني لا يعود حتى تنقضي العدة
وهو قول ابي حنيفة والمزني وهذا كله تفريع على ان قوله ما لم تنكحي تعليل وهو قول الاكثرين
وقال مالك في المشهور من مذهبه اذا تزوجت ودخل بها لم يعد حقها من الحضانة وان
طلقت قال بعض اصحابه وهذا بنا على ان قوله ما لم تنكحي للتوقيت اي حقك من الحضانة
موقت الى حين نكاحك فاذا نكحت انقضى وقت الحضانة فلا تعود بعد انقضاء وقتها
كما لو انقضى وقتها كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل واستغنائه عنها وقال بعض اصحابه
يعود حقها اذا فارقها زوجها كقول الجمهور وهو قول المغيرة وابن ابي حازم قالوا لان
المقتضي لحقها من الحضانة هو قرابتها الخاصة وانما عارضها مانع النكاح لما يوجبه
من اضاعة الطفل واشتغالها بحقوق الزوج الاجنبي منه عن مصالحه ولما فيه من
تغذيته وتربيته في نعمة غير اقاربه وعليهم في ذلك منة وغضاضة فاذا انقطع
النكاح بموت او فرقة زال المانع والمقتضي قائم فترتب عليه اثره وهكذا كل من قام به
من اهل الحضانة مانع لكفر او رق او فسق او بدو فانه لا حضانة له فان زالت الموانع عاد
حقهم من الحضانة فهكذا النكاح والفرقة واما النزاع في عود الحضانة بمجرد الطلاق
الرجعي او توقفه على انقضاء العدة فماخذه كون الرجعية زوجة في عامة الاحكام فانه يثبت
بينهما التوارث والنفقة ويصح منها الظهار والايلاء ويحرم ان ياخذ عليها اختها او عمتها
وخالتها واربعا سواها وهي زوجة فمن راعى ذلك لم يعد اليها الحضانة بمجرد الطلاق
الرجعي حتى تنقضي العدة فتبين حينئذ ومن اعاد الحضانة بمجرد الطلاق قال قد عزلها

٨٧
عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل والعلة التي سقطت حضانتها
لاجلها قد زالت بالطلاق وهذا الذي رجحه الشيخ في المغني وهو ظاهر كلام الخرقي
فانه قال واذا اخذ الولد من الام اذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته
فصل وقوله ما لم تنكحي اختلف فيه هل المراد به مجرد العقد او العقد مع الدخول
وفي ذلك وجهان احدهما ان بمجرد العقد تزول حضانتها وهو قول الشافعي وابي حنيفة لانه
بالعقد يملك الزوج منافع الاستمتاع بها ويملك منعها من حضانة الولد والثاني انها لا
تزول الا بالدخول وهو قول مالك فان بالدخول يتحقق اشتغالها عن الحضانة والحديث
يحتمل الامرين والاشبه سقوط حضانتها بالعقد لانها حينئذ صارت في مظنة
الاشتغال عن الولد والتهيؤ للدخول واخذها حينئذ في اسبابه وهذا قول الجمهور
فصل واختلف الناس في سقوط الحضانة بالنكاح على اربعة اقوال
احدها سقوطها مطلقا سواء كان المحضون ذكرا او انثى وهذا مذهب الشافعي ومالك وابي
حنيفة واحمد في المشهور عنه قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من احفظ من اهل العلم
قضى به شريح والقول الثاني انها لا تسقط بالتزويج بحال ولا فرق في الحضانة بين الايم
وذات البعل وحكي هذا عن الحسن البصري وهو قول ابي محمد بن حزم والقول الثالث
ان الطفل ان كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح امها وان كان ذكرا سقطت وهذه احدى
الروايتين عن احمد نص عليه في رواية مهنا بن يحيى الشامي قال اذا تزوجت الام وابنها
صغير اخذ منها قيل له والجارية مثل الصبي قال لا الجارية تكون مع امها الى سبع سنين
وعلى هذه الرواية فهل تكون عندها الى سبع سنين او الى ان تبلغ على روايتين
قال ابن ابي موسى وعن احمد ان الام احق بحضانة البنت وان تزوجت الى ان تبلغ والقول
الرابع انها اذا تزوجت بنسيب من الطفل لم تسقط حضانتها ثم اختلف اصحاب
هذا القول على ثلاثة اقوال احدها ان المشترط ان يكون الزوج نسيبا للطفل فقط
وهذا ظاهر قول اصحاب احمد الثاني انه يشترط مع ذلك ان يكون ذا رحم محرم وهو
قول اصحاب ابي حنيفة الثالث انه يشترط ان يكون بين الزوج وبين الطفل ايلاد اما
بان يكون جدا للطفل وهذا قول مالك وبعض اصحاب احمد فهذا تحرير المذاهب في هذه
المسالة فاما حجة من اسقط الحضانة بالتزويج مطلقا فلان حجة احدها حديث عمرو