باب الحضانة

وَسئل ـ رَحمه اللّه تعالى ـ عن رجل له ولد، وتوفى ولده، وخلف ولدا عمره ثمانى سنين، والزوجة تطالب الجد بالفرض، وبعد ذلك تزوجت وطلقت، ولم يعرف الجد بها وقد أخذت الولد وسافرت، ولا يعلم الجد بها، فهل يلزم الجد فرض، أم لا؟

فأجاب:

إذا تزوجت الأم فلا حضانة لها، وإذا سافرت سفر نقلة فالحضانة للجد دونها، ومن حضنته ولم تكن الحضانة لها وطالبت بالنفقة لم يكن لها ذلك، فإنها ظالمة بالحضانة، فلا تستحق المطالبة بالنفقة، وإن كان الجد عاجزا عن نفقة ابن ابنه لم تجب عليه نفقته.

/ وَقَال ـ قدس اللّه رُوحَه : ٣٤/١٠٨

فصـل

اليتيم فى الآدميين من فقد أباه؛ لأن أباه الذى يهذبه، ويرزقه، وينصره بموجب الطبع المخلوق؛ ولهذا كان تابعاً فى الدين لوالده، وكان نفقته عليه وحضانته عليه، والإنفاق هو الرزق. والحضانة هى النصر لأنها الإيواء، ودفع الأذى. فإذا عدم أبوه طمعت النفوس فيه؛ لأن الإنسان ظلوم جهول، والمظلوم عاجز ضعيف، فتقوى جهة الفساد من جهة قوة المقتضى، ومن جهة ضعف المانع، ويتولد عنه فسادان: ضرر اليتيم الذى لا دافع عنه ولا يحسن إليه، وفجور الآدمى الذى لا وازع له.

فلهذا أعظم الله أمر اليتامى فىْ كتابه فى آيات كثيرة مثل قوله: ﴿**وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَ بَنِى إِسْرَائِيلَ لا تَعْبُدُونَ إِلاَّ اللَّهَ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَذِى الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ**﴾ [البقرة: ٨٣]، / وقوله: ﴿**لَيْسَ الْبِرَّ أَن تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ**﴾ إلى قوله: ﴿**وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِى الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ**﴾ [البقرة: ١٧٧]، وقوله: ﴿**قُلْ مَا أَنفَقْتُم مِّنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ**﴾ [البقرة: ٢١٥]، وقوله: ﴿**وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ** ٣٤/١٠٩

قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وقوله: ﴿وآتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا . وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ إلى قوله: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: ٢ - ٦]، وقوله: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ﴾ [النساء: ٨]، وقوله: ﴿وَاعْبُدُوا[1] اللَّهَ وَلا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا﴾ إلى قوله: ﴿وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ﴾ [النساء: ٣٦]، وقوله: ﴿قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللاَّتِي لا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ﴾ إلى قوله: ﴿وَأَن تَقُومُوا لِلْيَتَامَىٰ بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا﴾ [النساء: ١٢٧]، وقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠]، وقوله في الأنعام: ﴿وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وقوله: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ﴾ [الأنفال: ٤١]، وقوله: ﴿وَآتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا﴾ [الإسراء: ٢٦]، وقوله: ﴿وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ [الإسراء: ٣٤]، وقوله: ﴿وَأَمَّا الْجِدَارُ فَكَانَ لِغُلامَيْنِ يَتِيمَيْنِ فِي الْمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ٨٢]، وقوله: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ / وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ﴾ [الحشر: ٧]، وقوله: ﴿فَذَلِكَ الَّذِي يَدُعُّ الْيَتِيمَ . وَلا يَحُضُّ عَلَىٰ طَعَامِ الْمِسْكِينِ﴾ [الماعون: ٢، ٣]. ٣٤/١١

وسئل ـ رحمه الله تعالى ـ عن رجل له بنت لها سبع سنين، ولها والدة متزوجة، وقد أخذها بحكم الشرع الشريف بحيث أنه ليس لها كافل غيره، وقد اختارت أم المذكورة أن تأخذها من الرجل بكفالتها إلى مدة معلومة، وهو يخاف أن ترجع عليه فيما بعد بالكسوة والنفقة عند بعض المذاهب، وكيف نسخة ما يكتب بينهما.

---

(١) في المطبوعة: «واعبد» والصواب ما أثبتناه.

الجواب:

الحمد لله رب العالمين، ما دام الولد عندها وهى تنفق عليه، وقد أخذته على أن تنفق عليه من عندها ولا ترجع على الأب، لا نفقة لها باتفاق الأئمة. أى لا ترجع عليه بما أنفقت هذه المدة، لكن لو أرادت أن تطالب بالنفقة فى المستقبل فللأب أن يأخذ الولد منها ـ أيضاً ـ فإنه لا يجمع لها بين الحضانة فى هذه الحال، ومطالبة الأب بالنفقة مع ما ذكرنا بلا نزاع، لكن لو اتفقا على ذلك، فهل يكون العقد بينهما لازما؟ هذا فيه خلاف، والمشهور من مذهب مالك هو لازم، وإذا كان كذلك فلا ضرر للأب فى هذا الالتزام. والله أعلم.

٣٤/١١١ / وقال الشيخ ـ رحَمه اللَّه تَعالى :

الحمد لله الذى نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادى له، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، ونشهد أن محمداً عبده ورسوله، ﷺ تسليما كثيرا.

فصـــل

فى مذهب الإمام أحمد وغيره من العلماء فى حضانة الصغير المميز: هل هى للأب، أو للأم، أو يخير بينهما؟ فإن كثيرًا من كتب أصحاب أحمد إنما فيها أن الغلام إذ بلغ سبع سنين خير بين أبويه، وأما الجارية فالأب أحق بها وهؤلاء الذين ذكروا هذا ـ كالخرقى وغيره ـ بلغهم بعض نصوص أحمد فى هذه المسألة ولم يبلغهم سائر نصوصه، فإن كلام أحمد كثير منتشر جدًا وقل من يضبط جميع نصوصه فى كثير من المسائل؛ لكثرة كلامه وانتشاره، وكثرة من كان يأخذ العلم عنه.

وأبو بكر الخلال قد طاف البلاد وجمع من نصوصه فى مسائل الفقه نحو أربعين
٣٤/١١٢ مجلدًا، وفاته أمور كثيرة ليست فى كتبه، وأما ما جمعه / من نصوصه فمن أصول الدين مثل: كتاب «السنة» نحو ثلاث مجلدات، ومثل «أصول الفقه»، والحديث مثل كتاب «العلم» الذى جمعه من الكلام على علل الأحاديث مثل كتاب «العلل» الذى جمعه، ومن كلامه فى أعمال القلوب والأخلاق والأدب، ومن كلامه فى الرجال والتاريخ، فهو مع كثرته لم يستوعب ما نقله الناس عنه.

والمقصود هنا أن النزاع عنه موجود فى المسألتين كلتاهما فى مسألة البنت، وفى مسألة الابن، وعنه فى الابن ثلاث روايات معروفة، وممن ذكرهن أبو البركات فى محرره. وعنه فى الجارية روايتين، وممن ذكرهما أبو عبد الله بن تيمية فى كتابيه: «التلخيص» و «ترغيب القاصد» والروايات موجودة بألفاظها ونقلتها وأسانيدها فى عدة كتب. وممن ذكر هذه الروايات القاضى أبو يعلى فى تعليقه نقل عن أحمد فى الغلام: أمه أحق به حتى يستغنى عنها، ثم الأب أحق به. فقال فى رواية الفضل بن زياد: إذا عقل الغلام واستغنى عن الأم فالأب أحق به. وقال فى رواية أبى طالب: والأب أحق بالغلام اذا عقل واستغنى عن الأم. وهذا الذى نقله القاضى أبو يعلى والثانى وغيرهما هو المنقول عن أبى حنيفة قال: إذا أكل وحده، ولبس وحده، وتوضأ وحده، فالأب أحق به. ونقل ابن المنذر: أنه يخير بين

أبويه عن أبى حنيفة وأبى ثور. والأول هو مذهب أبى حنيفة، الموجود فى كتب أصحابه
وهو إحدى الروايتين عن مالك؛ فإنه نقل عنه ابن وهب: الأم أحق به حتى / يثغر، ولكن ٣٤/١١٣
المشهور عنه أن الأم أحق به مالم يبلغ. وهذه هى الرواية الثانية عن أحمد. وأما المشهور
عن أحمد ـ وهو تخيير الغلام بين أبويه ـ فهو مذهب الشافعى، وإسحاق بن راهويه.

وموافقته للشافعى وإسحاق أكثر من موافقته لغيرهما، وأصوله بأصولهما أشبه منها بأصول غيرهما، وكان يثنى عليهما ويعظمهما، ويرجح أصول مذاهبهما على من ليست أصول مذاهبه كأصول مذاهبهما، ومذهبه أن أصول فقهاء الحديث أصح من أصول غيرهم، والشافعى وإسحاق هما عنده من أجل فقهاء الحديث فى عصرهما، وجمع بينهما بمسجد الخيف فتناظرا فى مسألة إجارة بيوت مكة والقصة مشهورة، وذكر أحمد أن الشافعى علا إسحاق بالحجة فى موضع، وأن إسحاق علاه بالحجة فى موضع. فإن الشافعى كان يبيح البيع والإجارة، وإسحق يمنع منهما، وكانت الحجة مع الشافعى فى جواز بيعها، ومع إسحاق فى المنع من إجارتها.

والرواية الثالثة عن أحمد: أن الأم أحق بالغلام مطلقا، كمذهب مالك، أخذت من قوله فى رواية حنبل: فى الرجل يطلق امرأته وله منها أولاد صغار، فالأم أعطف عليهم مقدار ما يعقلون الأدب، فتكون الأم بهم أحق مالم تتزوج، فإذا تزوجت فالأب أحق بولده، غلاما كان، أو جارية. قال الشيخ أبو البركات: فهذه الرواية تدل على أنه إذ كبر وصار
يعقل الأدب / فإنه يكون مقره ـ أيضا ـ عند الأم، لكن فى وقت الأدب وهو النهار يكون ٣٤/١١٤
عند الأب، وهذه المدونة مذهب مالك بعينه الذى حكيناه. فصار فى المسألة ثلاث روايات. ومذهب مالك فى التهذيب أن الأم أحق به مالم يبلغ، والأب يتعاهده عندها، وأدبه وبعثه إلى المكتب، ولا يبيت إلا عند أم.

قلت: وحنبل وأحمد بن الفرج كانا يسألان الإمام أحمد عن مسائل مالك وأهل المدينة، كما كان يسأله إسحاق بن منصور وغيره عن مسائل سفيان الثورى وغيره، وكما كان يسأله الميمونى عن مسائل الأوزاعى، وكما كان يسأله إسماعيل بن سعيد الشالنجى عن مسائل أبى حنيفة وأصحابه، فإنه كان قد تفقه على مذهب أبى حنيفة، واجتهد فى مسائل كثيرة رجح فيها مذهب أهل الحديث، وسأل عن تلك المسائل أحمد وغيره، وشرحها ابراهيم بن يعقوب الجوزجانى إمام مسجد دمشق.

وأما حضانة البنت إذا صارت مميزة فوجدنا عنه روايتين منصوصتين، وقد نقلهما غير واحد من أصحابه كأبى عبد الله بن تيمية وغيره:

إحداهما: أن الأب أحق بها، كما هو موجود فى الكتب المعروفة فى مذهبه.

والثانية: أن الأم أحق بها. قال فى رواية إسحاق بن منصور: يقضى بالجارية للأم والخالة، حتى إذا احتاجت إلى التزويج فالأب أحق بها. /وقال فى رواية رضا بن يحيى: ٣٤/١١٥
إن الأم والجدة أحق بالجارية حتى تتزوج. وقال أبو عبد الله فى ترغيب القاصد وإن كانت جارية فالأب أحق بها بغير تخيير. وعنه: الأم أحق بها حتى تحيض.

وهذه الرواية الثانية هى نحو مذهب مالك وأبى حنيفة. ففى المدونة مذهب مالك: أن الأم أحق بالولد مالم يبلغ، سواء كان ذكراً أو أنثى فإذا بلغ وهو أنثى نظرت فإذا كانت الأم فى حوز ومنعة وتحصن فهى أحق بها أبدا ما لم تنكح، وإن بلغت أربعين سنة. وإن لم تكن فى منع وحرز وتحصن، أو كانت غير مرضية فى نفسها فللأب أخذها منها، والوصى، وكذلك الأولياء، والوصى كالأب فى ذلك إذا أخذ إلى أمانة وتحصن. ومذهب الليث بن سعد نحو ذلك، قال: الأم أحق بالجارية حتى تبلغ إلا أن تكون الأم غير مرضية فى نفسها وأدبها لولدها أخذت منها إذا بلغت، إلا أن تكون صغيرة لا يخاف عليها. وقال أبو حنيفة: الأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض، ومن سوى الأم والجدة أحق بها حتى تبلغ حداً تشتهى، ولفظ الحجازى: حتى تستغنى، كما فى الغلام مطلقاً.

وأما التخيير فى الجارية فهو قول الشافعى، ولم أجده منقولا لا عن أحمد، ولا عن إسحاق، كما نقل عنهما التخيير فى الغلام، ولكن نقل عن الحسن بن صالح بن حيى: أنها تخير إذا كانت كاعبا، والتخيير فى الغلام. ومذهب الشافعى وأحمد فى المشهور عنه وإسحاق للحديث الوارد /فى ذلك حيث خير النبى ﷺ غلاما بين أبويه[1]، وهى قضية ٣٤/١١٦
معينة. ولم يرد عنه نص عام فى تخيير الولد مطلقا، والحديث الوارد فى تخيير الجارية ضعيف مخالف لإجماعهم.

والفرق بين تخيير الغلام والجارية: أن هذا التخيير تخيير شهوة، وتخيير رأى مصلحة، كتخيير من يتصرف لغيره كالإمام والولى، فإن الإمام إذا خير فى الأسرى بين القتل والاسترقاق والمن والفداء فعليه أن يختار الأصلح للمسلمين فيكون مصيبا فى اجتهاده، حاكما بحكم الله، ويكون له أجران، وقد لا يصيبه فيثاب على استفراغ وسعه ولا يأثم بعجزه عن معرفة المصلحة، كالذى ينزل أهل حصن على حكمه، كما نزل بنوا قريظة على حكم النبى ﷺ. فلما سأله فيهم بنو عبد الأشهل، قال: «ألا ترضون أن أجعل الأمر إلى سيدكم سعد بن معاذ»، فرضوا بذلك، وطمع من كان يجب استبقاءهم أن سعداً يحابيهم، لما كان بينه وبينهم فى الجاهلية من المولاة، فلما أتى سعد حكم فيهم أن تقتل مقاتلتهم،

(١) أبو داود فى الطلاق (٢٢٧٧)، والترمذى فى الأحكام (١٣٥٧) وقال: «حسن صحيح»، وابن ماجه فى الأحكام (٢٣٥١)، وأحمد ٢/ ٢٤٦، كلهم عن أبى هريرة.

وتسبى ذراريهم، وتقسم أموالهم، فقال النبى ﷺ: «لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبع سموات»[1]، وهذا يقتضى أنه لو حكم بغير ذلك لم يكن ذلك حكماً لله فى نفس الأمر. وإن كان لابد من إنقاذه.

ومثل ما ثبت فى صحيح مسلم وغيره من حديث بريدة المشهور قال فيه: «وإذا حاصرت أهل حصن فسألوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على / حكم الله، فإنك لا تدرى ما ٣٤/١١٧
حكم الله فيهم، ولكن أنزلهم على حكمك وحكم أصحابك»[2]. ولهذا قال الفقهاء: إنه إذا حاصر الإمام حصنا فنزلوا على حكم حاكم جاز، إذا كان رجلا حرا، مسلما، عدلا، من أهل الاجتهاد فى أمر الجهاد، ولا يحكم إلا بما فيه حظ الإسلام، من قتل، أو رق، أو فداء. وتنازعوا فيما إذا حكم بالمن فأباه الإمام: هل يلزم حكمه أو لا يلزم؟ أو يفرق بين المقاتلة والذرية؟ على ثلاثة أقوال. وإنما تنازعوا فى ذلك لظن المنازع أن المن لاحظ فيه للمسلمين.

والمقصود أن تخيير الإمام والحاكم الذى نزلوا على حكمه هو تخيير رأى ومصلحة يطلب أى الأمرين كان أرضى لله ورسوله فعله، كما ينظر المجتهد فى أدلة المسائل، فأى الدليلين كان أرجح اتبعه، ولكن معنى قولنا تخيير أنه لا يتعين فعل واحد من هذه الأمور فى كل وقت، بل قد يتعين فعل هذا تارة، وهذا تارة. وقوله فى القرآن: ﴿**فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً**﴾ [محمد: ٤]، يقتضى فعل أحد الأمرين، وذلك لا يمنع تغيير هذا فى حال وهذا فى حال، كما فى قوله: ﴿**قُلْ هَلْ تَرَبَّصُونَ بِنَا إِلاَّ إِحْدَى الْحُسْنَيَيْنِ وَنَحْنُ نَتَرَبَّصُ بِكُمْ أَن يُصِيبَكُمُ اللَّهُ بِعَذَابٍ مِّنْ عِندِهِ أَوْ بِأَيْدِينَا**﴾ [التوبة: ٥٢]، فتربص أحد الأمرين لا يمتنع بعينه إذا كان الجهاد فرضا علينا بعض الأوقات، فحينئذ يصيبه الله بعذاب بأيدينا، كما فى قوله: ﴿**قَاتِلُوهُمْ يُعَذِّبْهُمُ اللَّهُ بِأَيْدِيكُمْ وَيُخْزِهِمْ وَيَنصُرْكُمْ عَلَيْهِمْ وَيَشْفِ صُدُورَ قَوْمٍ مُّؤْمِنِينَ . وَيُذْهِبْ غَيْظَ قُلُوبِهِمْ**﴾ [التوبة: ١٤، ١٥].

/ ولهذا كان عند جميع العلماء قوله تعالى فى المحاربين: ﴿**إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ** ٣٤/١١٨
وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣]، لا يقتضى أن الإمام يخير تخيير مشيئة، ففعل هذه الأربع مسائل كلهم متفقون على أنه يتعين هذا فى حال، وهذا فى حال. ثم أكثرهم يقولون: تلك الأحوال مضبوطة بالنص، فإن قتلوا تعين قتلهم، وإن أخذوا المال ولم يقتلوا تعين قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، كما هو مذهب أبى حنيفة والشافعى وأحمد، وروى فى ذلك حديث مرفوع. ومنهم من يقول: التعيين باجتهاد الإمام كقول مالك، فإذا رأى أن القتل

---

(١) سبق تخريجه ٣٣/ ٢٧ .

(٢) مسلم فى الجهاد (١٧٣١ / ٣) وأبو داود فى الجهاد (٢٦١٢).

هو المصلحة قتل، وإن لم يكن قد قتل.

ومن هذا الباب تخيير الإمام فى الأرض المفتوحة عنوة بين جعلها فيئا، وبين جعلها غنيمة، كما هو قول الأكثرين ـ كأبى حنيفة، والثورى، وأبى عبيد، وأحمد فى المشهور عنه ـ فإنهم قالوا: إن رأى المصلحة جعلها غنيمة قسمها بين الغانمين، كما قسم النبى ﷺ خيبر، وإن رأى أن لا يقسمها جاز، كما لم يقسم النبى ﷺ مكة، مع أنه فتحها عنوة شهدت بذلك الأحاديث الصحيحة، والسيرة المستفيضة، وكما قاله جمهور العلماء؛ ولأن خلفاءه بعده ـ أبو بكر، وعمر، وعثمان ـ فتحوا ما فتحوا من أرض العرب والروم وفارس، كالعراق، والشام، ومصر، وخراسان، ولم يقسم أحد من الخلفاء شيئا من العقار المغنوم بين الغانمين، لا السواد، ولا غير السواد، بل جعل العقار فيئا للمسلمين داخلا فى قوله: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ / مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ الآية [الحشر: ٧]، ولم يستأذنوا فى ذلك الغانمين، بل طلب كثير من الغانمين قسم العقار فلم يجيبوهم إلى ذلك، كما طلب بلال من عمر أن يقسم أرض الشام، وطلب منه الزبير أن يقسم أرض مصر، فلم يجيبوهم إلى ذلك، ولم يستطب أحد من الخلفاء أحداً من الغانمين فى ذلك. ٣٤/١١٩

وهذا مما احتج به من جعل الأرض فيئا بنفس الفتح، ومن ذلك نص مذهبه كإسماعيل ابن إسحاق، وقالوا الأرض ليست داخلة فى الغنيمة، فإن الله حرم على بنى إسرائيل المغانم، وملكهم العقار، فعلم أنه ليس فى المغانم. وهذا القول هو الذى يذكر رواية عن أحمد، كما ذكر عنه رواية ثالثة كقول الشافعى: إنه يجب قسم العقار، والمنقول؛ لأن الجميع مغنوم، وقال الشافعى: إن مكة لم تفتح عنوة، بل صلحا، فلا يكون على منها حجة. ومن حكى عنه أنه قال: إنها فتحت عنوة ـ كصاحب الوسيط وغيره ـ فقد غلط عليه، وقال: لأن السواد لا أدرى ما أقول فيه، إلا أن أظن فيه ظنا مقروناً بعلم، وظن أن عمر استطاب الغانمين، كما روى قيس بن حارثة. وبسط هذا له موضع آخر.

وقول الجمهور أعدل الأقاويل وأشبهها بالكتاب والسنة والأصول، وهم الذين قالوا: نخير الإمام بين الأمرين تخيير رأى ومصلحة لا تخيير شهوة ومشيئة، وهكذا سائر ما يخير فيه ولاة الأمر ومن تصرفّ لغيره بولاية: كناظر الوقف، ووصى اليتيم، والوكيل المطلق، لا يخيرون تخيير مشيئة وشهوة، بل تخيير اجتهاد ونظر وطلب الجواز الأصلح ـ كالرجل المبتلى / بعدوين، وهو مضطر إلى الابتداء بأحدهما. فيبتدىء بماله أنفع ـ كالإمام فى تولية من يوليه من ولاة الحرب، والحكم، والمال ـ يختار الأصلح فالأصلح للمسلمين «فمن ولى رجلا على عصابة وهو يجد فيهم من هو أرضا لله منه فقد خان الله وخان رسوله وخان المؤمنين»[1]. ٣٤/١٢٠

(١) الحاكم بنحوه ٤/ ٩٢ ، ٩٣ وقال : « حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه » .

وهذا بخلاف من خير بين شيئين فله أن يفعل أيهما شاء ـ كالمكفر إذا خير بين الإطعام والكسوة والعتق، فإنه وإن كان أحد الخصال أفضل فيجوز له فعل المفضول. وكذلك لابس الخف إذا خير بين المسح وبين الغسل، وإن كان أحدهما أفضل. وكذلك المصلى إذا خير بين الصلاة فى أول الوقت وآخره، وإن كان أحدهما أفضل. وكذلك تخيير الآكل والشارب بين أنواع الأطعمة والأشربة المباحة، وإن كان نفس الأكل والشرب واجبا عند الضرورة حتى إذا تعين المأكول وجب أكله وإن كان ميتة، فمن اضطر إلى أكل الميته وجب عليه أكلها فى المشهور عن الأئمة الأربعة وغيرهم من أهل العلم.

وفى كفارة المجامع فى رمضان هل هى على التخيير أو على الترتيب؟ فيها قولان، وهما روايتان عن أحمد، والأكثرون على أنها على الترتيب، لكن الترتيب فيها ثبت بحكاية المجامع، لا بلفظ عام؛ فلهذا أقدم بعض العلماء على أن ألزم بعض الملوك بالصوم عيناً، وأن الترتيب فيها ليس شرعا عاما، بل هو من باب تنقيح المناط، وقدم العتق فى حق من يكون عنده أصعب من الصيام ـ كالأعراب ـ وأما من كان العتق أسهل عليه فلا يجب تقديمه.

/ وكذلك تخيير الحاج بين التمتع والإفراد والقران عند الجمهور الذين يخيرون بين الثلاثة، وتخيير المسافرين بين الفطر والصوم عند الجمهور. وأما من يقول: لا يجوز أن يحج إلا متمتعاً، أو أنه يتعين الفطر فى السفر ـ كما تقوله طائفة من السلف والخلف من أهل السنة والشيعة ـ فلا يجىء هذا على أصلهم. ٣٤/١٢١

وكذلك القصر عند الجمهور الذين يقولون: ليس للمسافر أن يصلى إلا ركعتين ليس له أن يصلى أربعا، فإن النبى ﷺ لم يصل فى السفر قط إلا ركعتين[1]، ولا أحد من أصحابه فى حياته. وحديث عائشة الذى فيه أنها صلت فى حياته السفر أربعاً كذب عند حذاق أهل العلم بالحديث. كما قد بسط فى موضعه.

إذ المقصود هنا أن التخيير فى الشرع نوعان، فمن خير فيما يفعله لغيره بولايته عليه، وبوكالة مطلقة، لم يبح له فيها فعل ماشاء، بل عليه أن يختار الأصلح، وأما من تصرف لنفسه، فتارة يأمره الشارع باختيار ما هو الأصلح بحسب اجتهاده، كما يأمر المجتهد بطلب أقوى الأقاويل وأصلح الأحكام فى نفس الأمر. وتارة يبيح له ماشاء من الأنواع التى خير بينها، كما تقدم. هذا إذا كان مكلفاً.

وأما الصبى المميز يخير تخيير شهوة حيث ما كان كل من الأبوين نظير الآخر، ولم يضبط فى حقه حكم عام للأب أو للأم، فلا يمكن أن يقال: / كل أب فهو أصلح للميز ٣٤/١٢٢

(١) أبو داود فى الصلاة (١٢٢٩) والترمذى فى الصلاة (٥٤٥) وقال: « حسن صحيح »، وأحمد ٤/ ٤٣٠.

من الأم، ولا كل أم هى أصلح له من الأب، بل قد يكون بعض الآباء أصلح، وبعض الأمهات أصلح. وقد يكون الأب أصلح فى حال، والأم أصلح فى حال. فلم يمكن أن يعين أحدهما فى هذا، بخلاف الصغير فإن الأم أصلح له من الأب؛ لأن النساء أرفق بالصغير، وأخبر بتعذيته وحمله وأصبر على ذلك، وأرحم به، فهى أقدر، وأخبر، وأرحم وأصبر فى هذا الموضع فعينت الأم فى حق الطفل غير المميز بالشرع.

ولكن يبقى تنقيح المناط: هل عينهن الشارع؛ لكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب فى الحضانة، أو لكون النساء أقوم بمقصود الحضانة من الرجال فقط؟ وهذا فيه قولان للعلماء. يظهر أثرهما فى تقديم نساء العصبة على أقارب الأم ـ مثل أم الأم، وأم الأب، والأخت من الأم، والأخت من الأب، ومثل العمة، والخالة ونحو ذلك ـ هذا فيه قولان هما روايتان عن أحمد وأرجح القولين فى الحجة تقديم نساء العصبة، وهو الذى ذكره الخرقى فى مختصره فى العمة والخالة.

وعلى هذا أم الأب مقدمة على أم الأم. والأخت من الأب مقدمة على الأخت من الأم. والعمة مقدمة على الخالة، كما تقدم. وأقارب الأب من الرجال على أقارب الأم، والأخ للأب أولى من الأخ للأم، والعم أولى من الخال، بل قد قيل: أنه لا حضانة للرجال من أقارب الأم بحال، والحضانة / لا تثبت إلا لرجل من العصبة، أو لامرأة وارثة، ٣٤/١٢٣
أو مدلية بعصبة أو وارث، فإن عدموا فالحاكم. وعلى الوجه الثانى فلا حضانة للرجال من أقارب الأم، وهذان الوجهان فى مذهب الشافعى وأحمد.

فلو كانت جهات الأقربة راجحة لترجح رجالها ونساؤها، فلما لم يترجح رجالها بالاتفاق فكذلك نساؤها ـ أيضًا؛ لأن مجمع أصول الشرع إنما يقدم أقارب الأب فى الميراث والعقد والنفقة وولاية الموت والمال وغير ذلك، ولم يقدم الشارع قرابة الأم فى حكم من الأحكام، فمن قدمهن فى الحضانة فقد خالف أصول الشريعة، ولكن قدم الأم لأنها امرأة وجنس النساء فى الحضانة مقدمات على الرجال. وهذا يقتضى تقديم الجدة أم الأب على الجد. كما قدم الأم على الأب، وتقديم أخواته على إخوته، وعماته على أعمامه، وخالاته على أخواله، هذا هو القياس والاعتبار الصحيح.

وأما تقديم جنس نساء الأم على نساء الأب فمخالف للأصول والعقول؛ ولهذا كان من قال هذا موضع يتناقض ولا يطرد أصله؛ ولهذا تجد لمن لم يضبط أصل الشرع ومقصوده فى ذلك أقوالا متناقضة، حتى توجد فى الحضانة من الأقوال المتناقضة أكثر مما يوجد فى غيرها من هذا الجنس. فمنهم من يقدم أم الأم على أم الأب، كأحد القولين من مذهب أحمد، وهو عند مالك والشافعى وأبى حنيفة. ثم من هؤلاء من يقدم الأخت / من الأب ٣٤/١٢٤

على الأخت من الأم، ويقدم الخالة على العمة، كقول الشافعى فى الجديد، وطائفة من أصحاب أحمد. وبنوا قولهم على أن الخالات مقدمة على العمات؛ لكونهن من جهة الأم. ثم قالوا فى العمات والخالات والأخوات: من كانت لأبوين أولى، ثم من كانت لأب، ثم من كانت لأم.

وهذا الذى قالوه هنا موافق لأصول الشرع، لكن إذا ضم هذا إلى قولهم بتقديم قرابة الأم ظهر التناقض. وهم ـ أيضاً ـ قالوا بتقديم أمهات الأب والجد على الخالات والأخوات للأم، وهذا موافق لأصول الشرع، لكنه يناقض هذا الأصل؛ ولهذا لا يوافق القول الآخر أن الخالة والأخت للأم أولى من أم الأب، كقول الشافعى فى القديم، وهذا أطرد لأصلهم، لكنه فى غاية المناقضة لأصول الشرع.

وطائفة أخرى طردت أصلها فقدمت من الأخوات من كانت لأم على من كانت لأب؛ لقول أبى حنيفة والمزنى وابن سريج. وبالغ بعض هؤلاء فى طرد قياسه حتى قدم الخالة على الأخت من الأب، لقول زفر، ورواية عن أبى حنيفة، ووافقها ابن سريج ولكن أبو يوسف استشنع ذلك فقدم الأخت من الأب رواه عن أبى حنيفة، وروى عن زفر أنه أمعن فى طرد قياسه حتى قال: إن الخالة أولى من الجدة أم الأب.

ويروون عن أبى حنيفة أنه قال: لا تأخذوا بمقاييس زفر[1]، فإنكم إذا أخذتم بمقاييس زفر حرمتم الحلال وحللتم الحرام، وكان يقول: من القياس / قياس أقبح من البول فى ٣٤/١٢٥
المسجد. وزفر كان معروفا بالإمعان فى طرد قياسه إلى الأصل الثابت فى الذى قاس عليه، ومن علة الحكم فى الأصل وهو جواب سؤال المطالبة، فمن أحكم هذا الأصل استقام قياسه.

كما أن زفرًا اعتقد أن النكاح إلى أجل يبطل فيه التوقيت، ويصح النكاح لازماً. وخرج بعضهم ذلك قولا فى مذهب أحمد، فكان مضمون هذا القول: أن نكاح المتعة يصح لازما غير موقت، وهو خلاف المنصوص وخلاف إجماع السلف. والأمة إذا اختلفت فى مسألة على قولين لم يكن لمن بعدهم أحداث قول يناقض القولين ويتضمن إجماع السلف على الخطأ والعدول عن الصواب، وليس فى السلف من يقول فى المتعة إلا أنها باطلة، أو تصح مؤجلة. فالقول بلزومها مطلقاً خلاف الإجماع.

---

(١) هو أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس العنبرى، من تميم كان قد سمع الحديث وغلب عليه الرأى، من أصحاب أبى حنيفة أصله من أصبهان، أقام بالبصرة وولى قضاءها وتوفى بها. وهو أحد العشرة الذين دونوا «الكتب» جمع بين العلم والعبادة، ولد سنة ١١٠هـ، وتوفى سنة ١٥٨هـ (سير أعلام النبلاء ٨/ ٣٨، وشذرات الذهب ١/ ٢٤٣، والأعلام ٣/ ٤٥).

وسبب هذا القول اعتقادهم أن كل شرط فاسد فى النكاح فإنه يبطل وينعقد النكاح لازماً، مع إبطال شرط التحليل. وأمثال ذلك. وقد ثبت فى الصحيحين عن عقبة بن عامر عن النبى ﷺ أنه قال: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[1]، فدل النص على أن الوفاء بالشروط فى النكاح أولى منه بالوفاء بالشروط فى البيع، فإذا كانت الشروط الفاسدة فى البيع لا يلزم العقد بدونها، بل إما أن يبطل العقد، وإما أن يثبت الخيار لمن فات غرضه بالاشتراط إذا بطل الشرط، فكيف بالمشروط فى النكاح؟

وأصل عمدتهم كون النكاح يصح بدون تقدير الصداق، كما ثبت بالكتاب والسنة والإجماع، فقاسوا الذى يشرط فيه نفى المهر /على النكاح الذى لم يزل تقدير الصداق ٣٤/١٢٦
فيه، كما فعل أصحاب أبى حنيفة والشافعى، وأكثر متأخرى أصحاب أحمد.

ثم طرد أبو حنيفة قياسه فصحح نكاح الشغار بناء على أنه لا يوجب إشغاره عن المهر. وأما الشافعى ومن وافقه من أصحاب أحمد فتكلفوا الفرق بين الشغار وغيره؛ لأن فيه تشريكا فى البضع، أو تعليق العقد أو غير ذلك مما قد بسط فى غير هذا الموضع. وبين فيه أن كل هذه فروق غير مؤثرة. وأن الصواب مذهب أهل المدينة مالك وغيره، وهو المنصوص عن أحمد فى عامة أجوبته، وعامة أكثر قدماء أصحابه: أن العلة فى إفساده بشرط إشغار النكاح عن المهر، وأن النكاح ليس بلازم إذا شرط فيه نفى المهر أو مهر فاسد، فإن الله فرض فيه المهر، فلم يحل لغير الرسول النكاح بلا مهر، فمن تزوج بشرط أنه لا يجب مهر فلم يعتبر الذى أذن الله، فإن الله إنما أباح العقد لمن يبتغى بماله محصناً غير مسافح، كما قال تعالى: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ**﴾ [النساء: ٢٤]، فمن طلب النكاح بلا مهر فلم يفعل ما أحل الله، وهذا بخلاف من اعتقد أنه لابد من مهر، لكن لم يقدره، كما قال تعالى: ﴿**لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾ [البقرة: ٢٣٦]، فهذا نكاح المهر المعروف، وهو مهر المثل.

/وهذا هو الفرق بين النكاح وبين البيع، فإن البيع بثمن المثل وهو السعر، أو الإجارة ٣٤/١٢٧
بثمن المثل لا يصح. وقد سلم لهم هذا الأصل الذى قاسوا عليه الشافعى وكثير من أصحاب أحمد فى البيع.

وأما الإجارة فأصحاب أبى حنيفة ومالك وأحمد وغيرهم يقولون: يجب أجرة المثل فيما جرت العادة فيه، ومثل ذلك كمن دخل حمام حمامى يدخلها الناس بالكرا، أو يسكن فى خان أو حجرة عادتها بذلك، أو دفع طعامه أو خبزه إلى من يطبخ أو يخبز بالأجرة، أو بناية إلى من يعمل بالأجرة، أو ركب دابة مكارى يكارى بالأجرة، أو سفينة ملاح يركب

(١) البخارى فى الشروط (٢٧٢١)، وفى النكاح (٥١٥١)، ومسلم فى النكاح (١٤١٨/ ٦٣).

بالأجرة، فإن هذه إجارة عند جمهور العلماء، ويجب فيها أجرة المثل وإن لم يشترط ذلك، فهذه إجارة المثل، وكذلك إذا ابتاع طعاما مثل ما ينقطع به السعر، أو بسعر ما يبيعون الناس، أو بما اشتراه من بلده، أو برقمه، فهذا يجوز فى أحد القولين فى مذهب أحمد وغيره. وقد نص أحمد على هذه المسائل ومثلها فى غير هذا الموضوع، وأن كثيرًا من متأخرى أصحابه لا يوجد فى كتبهم إلا كقول بفساد هذه العقول لقول الشافعى وغيره. وبسط هذه المسائل له مواضع أخر.

والمقصود هنا كان مسائل الحضانة وإن الذين اعتقدوا أن الأم قدمت لتقدم قرابة الأم لما كان أصلهم ضعيفا كانت الفروع اللازمة للأصل الضعيف ضعيفة، وفساد اللازم يستلزم فساد الملزوم، بل الصواب بلا ريب أنها / قدمت لكونها امرأة، فتكون المرأة أحق بحضانة ٣٤/١٢٨
الصغير من الرجل فتقدم الأم على الأب، والجدة على الجد، والأخت على الأخ، والخالة على الخال، والعمة على العم. وأما إذا اجتمع امرأة بعيدة ورجل قريب فهذا بسطه فى موضع آخر. إذ المقصود هنا ذكر مسألة الصغير المميز، والفرق بين الصبى والصبية.

فتخيير الصبى الذى وردت به السنة أولى من تعيين أحب الأبوين له؛ ولهذا كان تعيين الأب، كما قاله أبو حنيفة وأحمد. . .[1] الأم كما قاله مالك وأحمد فى رواية، والتخيير تخيير شهوة؛ ولهذا قالوا: إذا اختار الأب مدة ثم اختار الأم فله ذلك، حتى قالوا: متى اختار أحدهما ثم اختار الآخر نقل إليه، وكذلك إن اختار أبداً. وهذا هو قول القائلين بالتخيير ـ الحسن بن صالح، والشافعى، وأحمد بن حنبل ـ وقالوا: إذا اختار الأم كان عندها ليلا، وأما بالنهار فيكون عند الأب، ليعلمه ويؤدبه. هذا هو مذهب الشافعى وأحمد. وكذلك قال مالك، وهو يقول: يكون عندها بلا تخيير، والأب يتعاهده عندها، وأدبه وبعثه للمكتب ولا يبيت إلا عند الأم. قال أصحاب الشافعى وأحمد: إن اختار الأب كان عنده ليلا ونهاراً، ولم يمنع من زيارة أمه، ولا تمنع الأم من تمريضه إذا اعتل.

فأما البنت إذا خيرت فكانت عند الأم تارة، وعند الأب تارة أفضى ذلك إلى كثرة بروزها، وتبرجها، وانتقالها من مكان إلى مكان، / ولا يبقى الأب موكلا بحفظها، ولا الأم ٣٤/١٢٩
موكلة بحفظها. وقد عرف بالعادة أن ما يتناوب الناس على حفظه ضاع، ومن الأمثال السائرة: لا يصلح القدر بين طباخين.

وأيضًا، فاختيار أحدهما يضعف رغبة الآخر فى الإحسان والصيانة فلا يبقى الأب تام الرغبة ولا الأم تامة الرغبة فى حفظها، وليس الذكر كالأنثى، كما قالت امرأة عمران: ﴿رَبِّ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي﴾ [آل عمران: ٣٥]، ﴿إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنثَىٰ﴾ [آل عمران: ٣٦]،

(١) بياض.

﴿ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالأُنثَىٰ [وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ][1] وَإِنِّي أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ . فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ [آل عمران: ٣٦ - ٤٤]، فهذه مريم احتاجت إلى من يكفلها ويحضنها حتى أسرعوا إلى كفالتها، فكيف غيرها من النساء، وهذا أمر معروف بالتجربة أن المرأة تحتاج من الحفظ والصيانة ما لا يحتاج إليه الصبى، وكل ما كان أستر لها وأصون كان أصلح لها.

ولهذا كان لباسها المشروع لباسًا يسترها، ولعن من يلبس لباس الرجال، وقال لأم سلمة فى عصابتها: «الليلة لا ليلتين» رواه أبو داود وغيره[2]، وقال فى الحديث الصحيح: «صنفان من أهل النار من أمتى لم أرهما بعد: نساء كاسيات، عاريات، مائلات، مميلات، على رؤوسهن مثل أسنمة البخت، لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها، ورجال معهم سياط مثل أذناب البقر يضربون بها عباد الله»[3].

٣٤/١٣٠ / وأيضًا، يأمرون المرأة فى الصلاة أن تجمع ولا تجافى بين أعضائها، وتتربع ولا تفترش، وفى الإحرام لا ترفع صوتها إلا بقدر ما تسمع رفيقتها، وأن لا ترقى فوق الصفا والمروة. كل ذلك لتحقيق سترها وصيانتها، ونهيت أن تسافر إلا مع زوج أو ذى محرم، لحاجتها فى حفظها إلى الرجال، مع كبرها ومعرفتها. فكيف إذا كانت صغيرة مميزة، وقد بلغت سن ثوران الشهوة فيها، وهى قابلة للانخداع؟!! وفى الحديث «النساء لحم على وضم إلا ماذب عنه»[4].

فهذا قياس أن مثل هذه الصفة المميزة من أحوج النساء إلى حفظها وصونها، وترددها بين الأبوين مما يخل بذلك من جهة أنها هى لا يجتمع قلبها على مكان معين، ولا يجتمع قلب أحد الأبوين على حفظها. ومن جهة أن تمكينها من اختيار هذا تارة وهذا تارة يخل بكمال حفظها، وهو ذريعة إلى ظهورها وبروزها، فكان الأصلح لها أن تجعل عند أحد الأبوين مطلقًا، لا تمكن من التخيير، كما قال ذلك جمهور علماء المسلمين: مالك، وأبو حنيفة، وأحمد وغيرهم. وليس فى تخييرها نص ولا قياس صحيح، والفرق ظاهر بين

---

(١) ساقطة من المطبوعة.

(٢) أبو داود فى اللباس (٤١١٥)، وأحمد ٦/ ٢٩٤، ٢٩٦، ٣٠٦، ٣٠٧، كلاهما عن أم سلمة ،وضعفه الألبانى .

(٣) مسلم فى الجنة وصفة نعيمها وأهلها (٢١٢٨/ ٥٢)، وأحمد ٢/ ٣٥٦، ٤٤٠، كلاهما عن أبى هريرة.

(٤) لم نعثر عليه، وهو في النهاية ٥/ ١٩٨.

والوضم: الخشبة أو البارية التي يوضع عليها اللحم، تقيه من الأرض. النهاية ٥/ ١٩٩.

تخييرها وتخيير الابن، لا سيما والذكر محبوب مرغوب، والبنت مزهود فيها، فأحد الوالدين قد يزهد فيها مع رغبتها فيه، فكيف زهدها فيه؟ فالأصلح لها لزوم أحدهما، لا التردد بينهما.

ثم هناك يحصل الاجتهاد فى تعيين أحدهما، فمن عين الأم كمالك وأبى حنيفة وأحمد فى إحدى الروايتين، لابد أن يراعوا مع ذلك صيانة الأم لها؛ ولهذا قالوا: ما ذكره مالك والليث وغيرهما: إذا لم تكن الأم فى موضع حرز /وتحصين، أو كانت غير مرضية، ٣٤/١٣١
فللأب أخذها منها، وهذا هو الذى راعاه أحمد فى الرواية المشهورة عن أصحابه؛ فإنه إذا كان لابد من رعاية حفظها وصيانتها، وأن للأب أن ينتزعها من الأم إذا لم تكن حافظة لها بلا ريب، فالأب أقدر على حفظها وصيانتها، وهى مميزة لا تحتاج فى بدنها إلى أحد، والأب له من الهيبة والحرمة ما ليس للأم.

وأحمد وأصحابه إنما يقدمون الأب إذا لم يكن عليها فى ذلك حرز، فلو قدر أن الأب عاجز عن حفظها وصيانتها، أو مهمل لحفظها وصيانتها، فإنه يقدم الأم فى هذه الحالة.

فكل من قدمناه من الأبوين إنما نقدمه إذا حصل به مصلحتها، أو اندفعت به مفسدتها. فأما مع وجود فساد أمرها مع أحدهما فالآخر أولى بها بلا ريب، حتى الصغير إذا اختار أحد أبويه وقدمناه إنما نقدمه بشرط حصول مصلحته وزوال مفسدته.

فلو قدرنا أن الأب ديوث لا يصونه، والأم تصونه، لم نلتفت إلى اختيار الصبى، فإنه ضعيف العقل قد يختار أحدهما لكونه يوافق هواه الفاسد، ويكون الصبى قصده الفجور، ومعاشرة الفجار، وترك ما ينفعه من العلم والدين والأدب والصناعة، فيختار من أبويه من يحصل له معه ما يهواه، والآخر قد يرده ويصلحه، ومتى كان الأمر كذلك فلا ريب أنه لا يمكن من يفسد معه حاله.

والنبى ﷺ قال: «مروهم بالصلاة لسبع، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم فى المضاجع»[1]، فمتى كان أحد الأبوين يأمره بذلك والآخر / لا يأمره كان عند الذى يأمره ٣٤/١٣٢
بذلك دون الآخر؛ لأن ذلك الآمر له هو المطيع لله ورسوله فى تربيته، والآخر عاص لله ورسوله، فلا نقدم من يعصى الله فيه على من يطع الله فيه، بل يجب إذا كان أحد الأبوين يفعل معه ما أمر الله به ورسوله، ويترك ما حرم الله ورسوله، والآخر لا يفعل معه الواجب، أو يفعل معه الحرام، قدم من يفعل الواجب، ولو اختار الصبى غيره، بل ذلك العاصى لا ولاية له عليه بحال، بل كل من لم يقم بالواجب فى ولايته فلا ولاية له عليه، بل إما ترفع يده عن الولاية ويقام من يفعل الواجب، وإما أن نضم إليه من يقوم معه

(١) أبو داود فى الصلاة (٤٩٤ ، ٤٩٥).

بالواجب، فإذا كان مع حصوله عند أحد الأبوين لا تحصل طاعة الله ورسوله فى حقه، ومع حصوله عند الآخر تحصل، قدم الأول قطعًا.

وليس هذا الحق من جنس الميراث الذى يحصل بالرحم والنكاح والولاية إن كان الوارث حاجزًا أو عاجزًا، بل هو من جنس الولاية ـ ولاية النكاح والمال التى لابد فيها من القدرة على الواجب وفعله بحسب الإمكان ـ وإذا قدر أن الأب تزوج ضرة، وهى تترك عند ضرة أمها، لا تعمل مصلحتها، بل تؤذيها أو تقصر فى مصلحتها، وأمها تعمل مصلحتها ولا تؤذيها، فالحضانة هنا للأم. ولو قدر أن التخيير مشروع، وأنها اختارت الأم فكيف إذا لم يكن كذلك.

ومما ينبغى أن يعلم أن الشارع ليس له نص عام فى تقديم أحد الأبوين مطلقًا، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقًا، بل مع العدوان والتفريط لا يقدم من يكون كذلك على البر العادل الحسن القائم بالواجب. والله أعلم.

٣٤/١٣٣ **/ وسئل ـ رحمه الله ـ عن رجل له ولد كبير، فسافر مع كرائم أمواله فى البحر المالح، وله آخر مراهق من أم أخرى مطلقة منه، ولها أب وأم، والولد عندهم مقيم، فأراد والده أخذه وتسفيره صحبة أخيه بغير رضا الوالدة، وغير رضا الولد، فهل له ذلك؟**

فأجاب:

يخير الولد بين أبويه، فإن اختار المقام عند أمه وهى غير مزوجة كان عندها ولم يكن للأب تسفيره، لكن يكون عند أبيه نهارا ليعلمه ويؤدبه وعند أمه ليلاً. وإن اختار أن يكون عند الأب كان عنده. وإذا كان عند الأب ورأى من المصلحة له تسفيره ولم يكن فى ذلك ضرر على الولد فله ذلك. والله أعلم.

وسئل ـ رحمه الله تعالى ـ عن رجل تزوج بامرأة، ومعها بنت، وتوفيت الزوجة، وبقيت البنت عنده رباها، وقد تعرض بعض الجند لأخذها: فهل يجوز ذلك؟

الجواب:

ليس للجند عليها ولاية بمجرد ذلك، فإذا لم يكن لها من يستحق الحضانة بالنسب فمن كان أصلح لها حضنها، وزوج أمها محرم لها. وأما الجند فليس محرمًا لها، فإذا كان

يحضنها حضانة تصلحها لم تنقل من عنده لأجنبى لا يحل له النظر إليها، والخلوة بها.

/ وقال شيخ الإسلام ـ رحمه الله: ٣٤/١٣٤

فصـــل

إذا كان الابن فى حضانة أمه، فأنفقت عليه تنوى بذلك الرجوع على الأب، فلها أن ترجع على الأب فى أظهر قولى العلماء، وهو مذهب مالك وأحمد فى ظاهر مذهبه، الذى عليه قدماء أصحابه، فإن من أصلهما أن من أدى عن غيره واجبًا رجع عليه، وإن فعله بغير إذن، مثل أن يقضى دينه، أو ينفق على عبده، أو يخشى أن يقتله العدو، وقد قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فأمر بإيتاء الأجر بمجرد الإرضاع، ولم يشترط عقدًا ولا إذنا. فإن تبرعت بذلك لم يكن لها أن ترجع. فإذا شرط عليها أنها إن سافرت بالبنت لم يكن لها نفقة ورضيت بذلك فسافرت بها لم يكن لها نفقة، ولو نوت الرجوع؛ لأنها ظالمة متعدية بالسفر به؛ فإنه ليس لها أن تسافر به بغير إذن أبيه، وهو لم يأذن لها فى السفر إلا إذا كانت متبرعة بالنفقة، فمتى سافرت وطلبت الرجوع بالنفقة لم يكن لها ذلك. والله أعلم.