

كتاب النفقات

obeikandi.com

باب

حكمه ﷺ في النفقة على الزوجات

وإنه ﷺ لم يقدرها، ولاورد عنه ما يدل على تقديرها، وإنما رد الأزواج فيها إلى العرف .
ثبت عنه في صحيح مسلم : أنه قال في خطبة حجة الوداع بمحضر الجمع العظيم قبل وفاته ببضعة وثمانين يوما : « واتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » (١) .

وثبت عنه ﷺ في الصحيحين : أن هنداً امرأة أبي سفيان قالت له : إن أبا سفيان رجل شحيح ليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : « خذى ما يكفيك وولدى بالمعروف » (٢) .

وفي سنن أبي داود : من حديث حكيم بن معاوية ، عن أبيه رضي الله عنه قال : أتيت رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله ، ما تقول في نسائنا ؟ قال : « أطعموهن مما تأكلون ، واكسوهن مما تلبسون ، ولا تضربوهن ولا تقبحوهن » (٣) .

وهذا الحكم من رسول الله ﷺ مطابق لكتاب الله عز وجل حيث يقول تعالى :
﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] ، والنبي ﷺ جعل نفقة المرأة مثل نفقة الخادم ، وسوى بينهما في عدم التقدير ، وردهما إلى المعروف ، فقال : « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف » (٤) .

فجعل نفقتهما بالمعروف ، ولا ريب أن نفقة الخادم غير مقدرة ، ولم يقل أحد بتقديرها .

(١) مسلم (١٢١٨) في الحج ، باب : حجة النبي ﷺ ، عن جابر .

(٢) البخارى (٥٣٦٤) في النفقات ، باب : إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه . . . ، ومسلم (١٧١٤) في الأقضية ، باب : قضية هند .

(٣) أبو داود (٢١٤٤) في النكاح ، باب : في حق المرأة على زوجها . وفيه : « مما تكسون » مكان : « مما تلبسون » .

(٤) مسلم (١٦٦٢) في الأيمان ، باب : إطعام المملوك مما يأكل . . . ، والبيهقي في الكبرى (٦/٨) في النفقات ، باب : ما على مالك المملوك من طعام المملوك وكسوته .

وصح عنه فى الرقيق أنه قال : « أطعموهم مما تأكلون ، وألبسوهم مما تلبسون » .
رواه مسلم (١) ، كما قال فى الزوجة سواء .

وصح عن أبى هريرة رضي الله عنه أنه قال : امرأتك تقول : إما أن تطعمنى ، وإما أن تطلقنى ،
ويقول العبد : أطعمنى واستعملنى . ويقول الابن : أطعمنى إلى من تدعى (٢) . فجعل
نفقة الزوجة والرقيق والولد كلها الإطعام لا التمليك .

وروى النسائى هذا مرفوعا (٣) إلى النبى ﷺ كما سيأتى .

وقال تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾ [المائدة : ٨٩] ، وصح عن
ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : الخبز والزيت (٤) ، وصح عن ابن عمر رضي الله عنهما : الخبز والسمن ،
والخبز والتمر ، ومن أفضل ما تطعمون الخبز واللحم (٥) .

ففسر الصحابة إطعام الأهل بالخبز مع غيره من الأدم ، والله ورسوله ذكرا الإنفاق
مطلقا من غير تحديد ، ولا تقدير ، ولا تقييد ، فوجب رده إلى العرف لو لم يرده إليه
النبى ﷺ ، فكيف وهو الذى رد ذلك إلى العرف ، وأرشد أمته إليه ؟ ومن المعلوم أن أهل
العرف إنما يتعارفون بينهم فى الإنفاق على أهلهم حتى من يوجب التقدير : الخبز والإدام
دون الحب ، والنبى ﷺ وأصحابه إنما كانوا ينفقون على أزواجهم ، كذلك دون تمليك
الحب وتقديره ؛ ولأنها نفقة واجبة بالشرع ، فلم تقدر بالحب كنفقة الرقيق ، ولو كانت
مقدرة لأمر النبى ﷺ هنا أن تأخذ المقدر لها شرعا ، ولما أمرها أن تأخذ ما يكفيها من غير
تقدير ، ورد الاجتهاد فى ذلك إليها ، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر فى مدين ، ولا
فى رطلين بحيث لا يزيد عليهما ولا ينقص ، ولفظه لم يدل على ذلك بوجه ، ولا إيماء ،
ولا إشارة ، وإيجاب مدين أو رطلين خبزا قد يكون أقل من الكفاية ، فيكون تركا
للمعروف ، وإيجاب قدر الكفاية مما يأكل الرجل وولده ورقيقه وإن كان أقل من مد أو من
رطلين خبزا ، إنفاق بالمعروف ، فيكون هذا هو الواجب بالكتاب والسنة ، ولأن الحب

(١) مسلم (١٦٦١) فى الكتاب والباب السابقين من حديث أبى ذر .

(٢) البخارى (٥٣٥٥) فى النفقات ، باب : وجوب النفقة على الأهل والعيال ، والنسائى فى الكبرى (٩٢١٠) فى
عشرة النساء ، باب : إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته هل يخير امرأته ، وأحمد (٢٠٢/٢) .

(٣) النسائى فى الكبرى (٩٢١١) فى الكتاب والباب السابقين .

(٤) ذكره ابن كثير عند تفسيره لقوله تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾ .

(٥) ابن جرير (١٢/٧) فى تفسيره لقوله تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ ، والدر المنثور (٣١٣/٢) ، وابن كثير

(١٧٣/٣) فى تفسيره لنفس الآية .

يحتاج إلى طحنه وخبزه وتوابع ذلك ، فإن أخرجت ذلك من مالها ، لم تحصل الكفاية بنفقة الزوج ، وإن فرض عليه ذلك لها من ماله كان الواجب حبا ودراهم ، ولو طلبت مكان الخبز دراهم أو حبا أو دقيقا أو غيره ، لم يلزمه بذلك ، ولو عرض عليها ذلك أيضا ، لم يلزمها قبوله لأن ذلك معاوضة ، فلا يجبر أحدهما على قبولها ، ويجوز تراضيهما على ما اتفقا عليه .

والذين قدروا النفقة اختلفوا : فمنهم من قدرها بالحب وهو الشافعي ، فقال : نفقة الفقير مُدٌّ بمد النبي ﷺ ؛ لأن أقل ما يدفع في الكفارة إلى الواحد مد ، والله - سبحانه - اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل ، فقال : ﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾ [المائدة : ٨٩] قال : وعلى الموسر مدان ؛ لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مدان في كفارة الأذى ، وعلى المتوسط مد ونصف ، نصف نفقة الموسر ، ونصف نفقة الفقير .

وقال القاضي أبو يعلى : مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتبارا بالكفارات ، وإنما يختلفان في صفته وجودته ؛ لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول ، وما تقوم به البنية ، وإنما يختلفان في جودته ، فكذلك النفقة الواجبة .

والجمهور قالوا : لا يحفظ عن أحد من الصحابة قط تقدير النفقة ، لا بمد ، ولا برطل ، والمحفوظ عنهم ، بل الذى اتصل به العمل فى كل عصر ومصر ما ذكرناه .

قالوا : ومن الذى سلم لكم التقدير بالمد والرطل فى الكفارة والذى دل عليه القرآن والسنة أن الواجب فى الكفارة الإطعام فقط لا التملك ، قال تعالى فى كفارة اليمين : ﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ [المائدة : ٨٩] ، وقال تعالى فى كفارة الظهار : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مَسْكِينٍ ﴾ [المجادلة : ٤] وقال فى فدية الأذى : ﴿ ففدية من صيامٍ أو صدقةٍ أو نسكٍ ﴾ [البقر : ١٩٦] ، وليس فى القرآن فى إطعام الكفارات غير هذا ، وليس فى موضع واحد منها تقدير ذلك بمد ولا رطل ، وصح عن النبي ﷺ أنه قال لمن وطئ فى نهار رمضان : « أطمع ستين مسكينا » (١) . وكذلك قال للمطاهر ، ولم يحد ذلك بمد ولا رطل .

(١) البخارى (٦٠٨٧) فى الأدب ، باب : التيسم والضحك ، ومسلم (١١١١ / ٨٢) فى الصيام ، باب : تغليظ تحريم الجماع فى نهار رمضان على الصائم .

فالذى دل عليه القرآن والسنة : أن الواجب فى الكفارات والنفقات هو الإطعام لا التمليك، وهذا هو الثابت عن الصحابة رضي الله عنهم . قال أبو بكر بن أبى شيبة : حدثنا أبو خالد، عن حجاج ، عن أبى إسحاق عن الحارث عن على : يغديهم ويعشيهم خبزاً وزيتاً .
وقال إسحاق ، عن الحارث كان على يقول فى إطعام المساكين فى كفارة اليمين : يغديهم ويعشيهم خبزاً وزيتاً ، أو خبزاً وسمناً (١) .

وقال ابن أبى شيبة : حدثنا يحيى بن يعلى ، عن ليث ، قال : كان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه يقول : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ قال : الخبز والسمن ، والخبز والزيت ، والخبز واللحم .

وصح عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : أوسط ما يطعم الرجل أهله : الخبز واللبن ، والخبز والزيت ، والخبز والسمن ، ومن أفضل ما يطعم الرجل أهله : الخبز واللحم .

وقال يزيد بن زريع : حدثنا يونس ، عن محمد بن سيرين : أن أبا موسى الأشعري كفر عن يمين له مرة ، فأمر بجيرا أو جبيراً يطعم عنه عشرة مساكين خبزاً ولحماً وأمر لهم بثوب معقد أو ظهرانى (٢) .

وقال ابن أبى شيبة : حدثنا يحيى بن إسحاق حدثنا يحيى بن أيوب ، عن حميد : أن أنسا رضي الله عنه مرض قبل أن يموت ، فلم يستطع أن يصوم ، وكان يجمع ثلاثين مسكينا فيطعمهم خبزاً ولحماً أكلة واحدة (٣) .

وأما التابعون ، فثبت ذلك عن الأسود بن يزيد ، وأبى رزين ، وعبيدة ، ومحمد بن سيرين ، والحسن البصرى ، وسعيد بن جبير ، وشريح ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والشعبى ، وابن بريدة ، والضحاك ، والقاسم ، وسالم ، ومحمد بن إبراهيم ، ومحمد بن كعب ، وقتادة ، وإبراهيم النخعي ، والأسانيد عنهم بذلك فى أحكام القرآن لإسماعيل ابن إسحاق ، منهم من يقول : يغدى المساكين ويعشيهم ، ومنهم من يقول : أكلة واحدة ، ومنهم من يقول : خبز ولحم ، خبز وزيت ، خبز وسمن ، وهذا مذهب أهل المدينة ، وأهل العراق ، وأحمد فى إحدى الروايتين عنه ، والرواية الأخرى : أن طعام الكفارة مقدر دون نفقة الزوجات .

(١) تفسير الطبرى (٧ / ١٢) .

(٢) البيهقى فى الكبرى (١٠ / ٥٦) فى الأيمان ، باب : ما يجرئ من الكسوة فى الكفارة ، من حديث سعيد بن منصور ، عن إسماعيل بن إبراهيم ، عن سلمة بن علقمة عن محمد بن سيرين .

(٣) ابن أبى شيبة ، القسم الأول (٤ / ١٠) ، وفيه : « يحيى بن أيوب عن محمد ... » .

فالأقوال ثلاثة : التقدير فيهما ، كقول الشافعي وحده ، وعدم التقدير فيهما ، كقول مالك وأبي حنيفة ، وأحمد في إحدى الروايتين .

والتقدير في الكفارة دون النفقة ، كالرواية الأخرى عنه .

قال من نصر هذا القول : الفرق بين النفقة والكفارة : أن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ، ولا هي مقدرة بالكفاية ، ولا أوجبها الشارع بالمعروف ، كنفقة الزوجة والخدم ، والإطعام فيها حق لله تعالى لا لأدمى معين ، فيرضى بالعرض عنه ؛ ولهذا لو أخرج القيمة لم يجزه ، وروى التقدير فيها عن الصحابة ، فقال القاضي إسماعيل : حدثنا حجاج بن المنهال ، حدثنا أبو عوانة ، عن منصور ، عن أبي وائل ، عن يسار بن نمير ، قال : قال عمر : إن ناسا يأتونى يسألونى ، فأحلف أنى لا أعطيهم ، ثم يبدو لى أن أعطيهم ، فإذا أمرت أن تكفر ، فأطعم عنى عشرة مساكين ، لكل مسكين صاعا من تمر أو شعير ، أو نصف صاع من بر (١) .

حدثنا حجاج بن المنهال وسليمان بن حرب ، قالوا : حدثنا حماد بن سلمة ، عن سلمة بن كهيل ، عن يحيى بن عباد : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : يا يرفأ ، إذا حلفت فحنت ، فأطعم عنى ليميني خمسة أصوع عشرة مساكين .

وقال ابن أبي شيبة : حدثنا وكيع ، عن ابن أبي ليلى ، عن عمرو بن مرة ، عن عبد الله بن سلمة ، عن على قال : كفارة اليمين : إطعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع (٢) .

حدثنا عبد الرحيم ، وأبو خالد الأحمر ، عن حجاج ، عن قرط ، عن جدته ، عن عائشة رضي الله عنها قالت : إنا نطعم نصف صاع من بر ، أو صاعا من تمر فى كفارة اليمين (٣) .

وقال إسماعيل : حدثنا مسلم بن إبراهيم ، حدثنا هشام بن أبى عبد الله ، حدثنا يحيى بن أبى كثير ، عن أبى سلمة ، عن زيد بن ثابت ، قال : يجزئ فى كفارة اليمين لكل مسكين مد حنطة (٤) .

(١) انظر عبد الرزاق (١٦٠٧٥) فى الأيمان والنذور ، باب : إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم .

(٢) ابن أبى شيبة ، القسم الأول (١٠/٤) ، وكان فى المطبوعة : « عمر بن أبى مرة » خطأ والصواب المثبت من

التاريخ الكبير (٦ / ٢٣٦٨) برقم (٢٦٦٢) ، والتهذيب لابن حجر (٨ / ١٠٢) والنفقات لابن حبان (٥ / ١٨٣) .

(٣) المصدر السابق ، نفس الصفحة ، وفيه : « أبو خالد الأحمر عن حوط عمن حدثه عن عائشة » .

(٤) المصدر السابق ص ٩ ، والبيهقى فى الكبرى (١٠ / ٥٥) فى الأيمان ، باب : الإطعام فى كفارة اليمين .

حدثنا سليمان بن حرب ، حدثنا حماد بن زيد ، عن أيوب ، عن نافع : أن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا ذكر اليمين أعتق ، وإذا لم يذكرها أطعم عشرة مساكين ، لكل مسكين مد (١) .

وصح عن ابن عباس رضي الله عنهما في كفارة اليمين مد ، ومعه أدمه (٢) .

وأما التابعون ، فثبت ذلك عن سعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ، ومجاهد ، وقال : كل طعام ذكر في القرآن للمساكين ، فهو نصف صاع ، وكان يقول في كفارة الأيمان كلها : مدان لكل مسكين .

وقال حماد بن زيد عن يحيى بن سعيد ، عن سليمان بن يسار ، أدركت الناس وهم يعطون في كفارة اليمين مدا بالمد الأول . وقال القاسم ، وسالم ، وأبو سلمة : مد مد من بر ، وقال عطاء : فرقا بين عشرة ، ومرة قال : مد مد .

قالوا : وقد ثبت في الصحيحين : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لكعب بن عجرة في كفارة فدية الأذى : « أطعم ستة مساكين نصف صاع نصف صاع طعاما لكل مسكين » (٣) . فقدر رسول الله صلى الله عليه وسلم فدية الأذى ، فجعلنا تقديرها أصلا ، وعديناها إلى سائر الكفارات ، ثم قال من قدر طعام الزوجة : ثم رأينا النفقات والكفارات قد اشتركا في الوجوب ، فاعتبرنا إطعام النفقة بإطعام الكفارة ، ورأينا الله سبحانه قد قال في جزاء الصيد : ﴿ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ ﴾ [المائدة : ٩٥] ، وما أجمعت الأمة أن الطعام مقدر فيها ؛ ولهذا لو عدم الطعام ، صام عن كل مد يوما ، كما أفتى به ابن عباس والناس بعده ، فهذا ما احتجت به هذه الطائفة على تقدير طعام الكفارة .

قال الآخرون : لا حجة في أحد دون الله ورسوله وإجماع الأمة ، وقد أمرنا تعالى أن نرد ما تنازعنا فيه إليه وإلى رسوله ، وذلك خير لنا حالا وعاقبة ، ورأينا الله سبحانه إنما قال في الكفارة : ﴿ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ ﴾ [المائدة : ٨٩] ، و﴿ فَأَطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا ﴾ [المجادلة : ٤] ، فعلق الأمر بالمصدر الذي هو الإطعام ، ولم يحد لنا جنس الطعام ولا قدره ، وحد لنا جنس المطعمين وقدرهم ، فأطلق الطعام وقيد المطعمين ، ورأينا سبحانه حيث

(١) انظر : عبد الرزاق (١٦٠٧٣) في الأيمان والنذور ، باب : إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم .

(٢) عبد الرزاق (١٦٠٧٢) في الكتاب والباب السابقين ، وابن أبي شيبة ، القسم الأول (٤ / ٩) ، والبيهقي (١٠ /

٥٥) في الأيمان ، باب الإطعام في كفارة اليمين .

(٣) البخاري (١٨١٦) في المحصر ، باب : الإطعام في الفدية نصف صاع ، ومسلم (١٢٠١ / ٨٥) في الحج ،

باب : جوار حلق الرأس للمحرم .

ذكر إطعام المسكين في كتابه ، فإنما أراد به الإطعام المعهود المتعارف ، كقوله تعالى : ﴿ وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعُقْبَةُ (١٢) فَكَ رَقَبَةٌ (١٣) أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ (١٤) يَتِيمًا ﴾ [البلد] ، وقال : ﴿ وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا (٨) ﴾ [الإنسان] وكان من المعلوم يقينا ، أنهم لو غدوهم أو عشوهم أو أطعموهم خبزاً ولحماً أو خبزاً ومرقاً ونحوه لكانوا عمدوحين داخلين فيمن أثنى عليهم ، وهو سبحانه عدل عن الطعام الذي هو اسم للمأكل إلى الإطعام الذي هو مصدر صريح ، وهذا نص في أنه إذا أطعم المساكين ، ولم يملكهم ، فقد امثل ما أمر به ، وصح في كل لغة وعرف : أنه أطعمهم .

قالوا : وفي أى لغة لا يصدق لفظ الإطعام إلا بالتمليك ؟ ولما قال أنس رضي الله عنه : إن النبي صلى الله عليه وسلم أطعم الصحابة فى وليمة زينب خبزا ولحما (١) ، كان قد اتخذ طعاما ، ودعاهم إليه على عادة الولايم ، وكذلك قوله فى وليمة صافية : « أطعمهم حيسا » (٢) ، وهذا أظهر من أن نذكر شواهدة ، قالوا : وقد زاد ذلك إيضاحا وبيانا بقوله : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ [المائدة : ٨٩] ، ومعلوم يقينا أن الرجل إنما يطعم أهله الخبز واللحم ، والمرق واللبن ، ونحو ذلك ، فإذا أطعم المساكين من ذلك ، فقد أطعمهم من أوسط ما يطعم أهله بلا شك ؛ ولهذا اتفق الصحابة رضي الله عنهم فى إطعام الأهل على أنه غير مقدر ، كما تقدم ، والله سبحانه جعله أصلا لطعام الكفارة ، فدل بطريق الأولى على أن طعام الكفارة غير مقدر .

وأما من قدر طعام الأهل ، فإنما أخذ من تقدير طعام الكفارة ، فيقال : هذا خلاف مقتضى النص ، فإن الله أطلق طعام الأهل ، وجعله أصلاً لطعام الكفارة ، فعلم أن طعام الكفارة لا يتقدر كما لا يتقدر أصله ، ولا يعرف عن صحابى البتة تقدير طعام الزوجة مع عموم هذه الواقعة فى كل وقت .

قالوا : فأما الفروق التى ذكرتموها ، فليس فيها ما يستلزم تقدير طعام الكفارة ، وحاصلها خمسة فروق : أنها لا تختلف باليسار والإعسار ، وأنها لا تتقدر بالكفاية ، ولا أوجبها الشارع بالمعروف ، ولا يجوز إخراج العوض عنها ، وهى حق لله لا تسقط بالإسقاط بخلاف نفقة الزوجة ، فيقال : نعم لا شك فى صحة هذه الفروق ، ولكن من أين يستلزم

(١) البخارى (٤٧٩٤) فى التفسير ، باب : ﴿ لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ إِلَىٰ طَعَامٍ ... ﴾ .

(٢) البخارى (٥١٦٩) فى النكاح ، باب : الوليمة ولو بشاة ، ومسلم (١٣٦٥/٨٤) فى النكاح ، باب : فضيلة

إعتاقه أمة ثم يتزوجها .

وجوب تقديرها بمد ومدين؟ بل هي إطعام واجب من جنس ما يطعم أهله، ومع ثبوت هذه الأحكام لا يدل على تقديرها بوجه.

وأما ما ذكرتم عن الصحابة من تقديرها، فجوابه من وجهين:

أحدهما: أنا قد ذكرنا عن جماعة، منهم على، وأنس، وأبو موسى، وابن مسعود رضي الله عنهم أنهم قالوا: يجزئ أن يغديهم ويعشيهم.

الثاني: أن من روى عنهم المد والمدان لم يذكروا ذلك تقديرا وتحديدا، بل تمثيلا، فإن منهم من روى عنه المد، وروى عنه مدان، وروى عنه مكوك، وروى عنه جواز التغذية والتعشية، وروى عنه أكلة، وروى عنه رغيف أو رغيفان، فإن كان هذا اختلافا، فلا حجة فيه، وإن كان بحسب حال المستفتى وبحسب حال الحالف والمكفر، فظاهر، وإن كان ذلك على سبيل التمثيل، فكذلك. فعلى كل تقدير لا حجة فيه على التقديرين.

قالوا: وأما الإطعام في فدية الأذى، فليس من هذا الباب، فإن الله سبحانه قال: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦]، والله سبحانه أطلق هذه الثلاثة ولم يقيدها. وضح عن النبي ﷺ تقييد الصيام بثلاثة أيام، وتقييد النسك بذبح شاة، وتقييد الإطعام بستة مساكين، لكل مسكين نصف صاع (١)، ولم يقل سبحانه في فدية الأذى: إطعام ستة مساكين، ولكن أوجب صدقة مطلقة، وصوما مطلقا، ودما مطلقا، فعينه النبي ﷺ بالفرق، والثلاثة الأيام، والشاة.

وأما جزاء الصيد، فإنه من غير هذا الباب، فإن المخرج إنما يخرج قيمة الصيد من الطعام، وهي تختلف بالقلة والكثرة، فإنها بدل متلف لا ينظر فيها إلى عدد المساكين، وإنما ينظر فيها إلى مبلغ الطعام، فيطعمه المساكين على ما يرى من إطعامهم وتفضيل بعضهم على بعض، فتقدير الطعام فيها على حسب المتلف، وهو يقل ويكثر، وليس ما يعطاه كل مسكين مقدرا.

ثم إن التقدير بالحلب يستلزم أمرا باطلا بين البطلان، فإنه إذا كان الواجب لها عليه شرعا الحب، وأكثر الناس إنما يطعم أهله الخبز، فإن جعلتم هذا معاوضة كان ربا ظاهرا، وإن لم تجعلوه معاوضة، فالحب ثابت لها في ذمتها، ولم تعتض عنه، فلم تبرأ ذمتها منه إلا بإسقاطها وإبراءها، فإذا لم تبرئه طالبته بالحلب مدة طويلة مع إنفاقه عليها كل يوم

(١) البخارى (١٨١٤) في المحصر، باب: قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ...﴾،

ومسلم (١٢٠١) في الحج، باب: جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى.

حاجتها من الخبز والأدم ، وإن مات أحدهما كان الحب ديناً له أو عليه ، يؤخذ من التركة مع سعة الإنفاق عليها كل يوم .

ومعلوم أن الشريعة الكاملة المشتملة على العدل والحكمة والمصلحة تأبى ذلك كل الإباء ، وتدفعه كل الدفع كما يدفعه العقل والعرف ، ولا يمكن أن يقال : إن النفقة التي في ذمته تسقط بالذي له عليها من الخبز والأدم لوجهين : أحدهما : أنه لم يبعه إياها ، ولا اقترضه منها حتى يثبت في ذمتها ، بل هي معه فيه على حكم الضيف ، لامتناع المعاوضة عن الحب بذلك شرعاً . ولو قدر ثبوته في ذمتها ، لما أمكنت المقاصة ، لاختلاف الدينين جنساً ، والمقاصة تعتمد اتفاقهما . هذا وإن قيل بأحد الوجهين إنه لا يجوز المعاوضة على النفقة مطلقاً لا بدارهم ولا بغير هذا لأنه معاوضة عما لم يستقر ، ولم يجب ، فإنها إنما تجب شيئاً فشيئاً ، فإنه لا تصح المعاوضة عليها حتى تستقر بمضى الزمان ، فيعاض عنها كما يعاض عما هو مستقر في الذمة من الديون ، ولما لم يجد بعض أصحاب الشافعي من هذا الإشكال مخلصاً قال : الصحيح أنها إذا أكلت ، سقطت نفقتها . قال الرافعي - في محرره : أولى الوجهين السقوط ، وصححه النووي لجريان الناس عليه في كل عصر ومصر ، واكتفاء الزوجة به . وقال الرافعي في « الشرح الكبير » ، و« الأوسط » : فيه وجهان : أقيسهما : أنها لا تسقط ، لأنه لم يوف الواجب ، وتطوع بما ليس بواجب ، وصرحوا بأن هذين الوجهين في الرشيدة التي أذن لها قيمها ، فإن لم يأذن لها ، لم تسقط وجهاً واحداً .

فصل

وفي حديث هند دليل على جواز قول الرجل في غريمه ما فيه من العيوب عند شكواه ، وأن ذلك ليس بغيبية ، ونظير ذلك قول الآخر في خصمه : يا رسول الله ، إنه فاجر لا يبالي ما حلف عليه .

وفيه دليل على تفرد الأب بنفقة أولاده ، ولا تشاركه فيها الأم ، وهذا إجماع من العلماء - إلا قول شاذ لا يلتفت إليه : أن على الأم من النفقة بقدر ميراثها ، وزعم صاحب هذا القول : أنه طرد القياس على كل من له ذكر وأنثى في درجة واحدة ، وهما وارثان ، فإن النفقة عليهما ، كما لو كان له أخ وأخت ، أو أم وجد ، أو ابن وبنت ، فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما ، فكذلك الأب والأم .

والصحيح : انفراد العصبة بالنفقة ، وهذا كله كما ينفرد الأب دون الأم بالإنفاق ، وهذا هو مقتضى قواعد الشرع ، فإن العصبة تنفرد بحمل العقل ، وولاية النكاح ، وولاية الموت والميراث بالولاء . وقد نص الشافعي على أنه إذا اجتمع أم وجد أو أب ، فالنفقة على الجد وحده ، وهو إحدى الروايات عن أحمد ، وهي الصحيحة في الدليل ، وكذلك إن اجتمع ابن وبنت ، أو أم وابن ، أو بنت وابن ابن ، فقال الشافعي : النفقة في هذه المسائل الثلاث على الابن ؛ لأنه العصبة ، وهي إحدى الروايات على أحمد . والثانية : أنها على قدر الميراث في المسائل الثلاث ، وقال أبو حنيفة : النفقة في مسألة الابن والبنت عليهما نصفان لتساويهما في القرب ، وفي مسألة بنت وابن ابن : النفقة على البنت لأنها أقرب ، وفي مسألة أم وبنت على الأم الربع ، والباقي على البنت ، وهو قول أحمد ، وقال الشافعي تنفرد بها البنت ؛ لأنها تكون عصبة مع أخيها ، والصحيح : انفراد العصبة بالإنفاق ؛ لأنه الوارث المطلق .

وفيه دليل على أن نفقة الزوجة والأقارب مقدرة بالكفاية ، وأن ذلك بالمعروف ، وأن لمن له النفقة له أن يأخذها بنفسه إذا منعه إياها من هي عليه .

وقد احتج بهذا على جواز الحكم على الغائب ، ولا دليل فيه ؛ لأن أبا سفيان كان حاضرا في البلد لم يكن مسافرا ، والنبي ﷺ لم يسألها البينة ، ولا يعطى المدعى بمجرد دعواه ، وإنما كان هذا فتوى منه ﷺ .

وقد احتج به على مسألة الظفر ، وأن للإنسان أن يأخذ من مال غريمه إذا ظفر به بقدر حقه الذي جرده إياه ، ولا يدل لثلاثة أوجه :

أحدها : أن سبب الحق هاهنا ظاهر ، وهو الزوجية ، فلا يكون الأخذ خيانة في الظاهر ، فلا يتناوله قول النبي ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمك ، ولا تخن من خانك » (١) . ولهذا نص أحمد على المسألتين مفرقا بينهما ، فمنع من الأخذ في مسألة الظفر ، وجوز للزوجة الأخذ ، وعمل بكلا الحديثين .

الثاني : أنه يشق على الزوجة أن ترفعه إلى الحاكم ، فيلزمه بالإنفاق أو الفراق ، وفي ذلك مضرة عليها مع تمكنها من أخذ حقتها .

(١) أبو داود (٣٥٣٥) في البيوع ، باب : في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، والترمذي (١٢٦٤) في البيوع ، باب : (٣٨) ، وقال : « حسن غريب » والدارمي (٢ / ٢٦٤) في البيوع ، باب : في أداء الأمانة واجتناب الخيانة ، والدارقطني (٣ / ٣٥) في البيوع ، برقم (١٤٢) ، والحاكم في المستدرک (٢ / ٤٦) ، وقال : « صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه » ، كلهم من حديث أبي هريرة .

الثالث : أن حقها يتجدد كل يوم فليس هو حقاً واحداً مستقراً يمكن أن تستدين عليه ، أو ترفعه إلى الحاكم بخلاف حق الدين .

فصل

وقد احتج بقصة هند هذه على أن نفقة الزوجة تسقط بمضى الزمان ؛ لأنه لم يمكنها من أخذ ما مضى لها من قدر الكفاية مع قولها : إنه لا يعطيها ما يكفيها ، ولا دليل فيها ؛ لأنها لم تدع به ولا طلبته ، وإنما استفتته : هل تأخذ في المستقبل ما يكفيها ؟ فأفتاها بذلك .

وبعد ، فقد اختلف الناس في نفقة الزوجات والأقارب ، هل يسقطان بمضى الزمان كلاهما ، أو لا يسقطان ، أو تسقط نفقة الأقارب دون الزوجات ؟ على ثلاثة أقوال : أحدها : أنهما يسقطان بمضى الزمان ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، وإحدى الروايتين عن أحمد .

والثاني : أنهما لا يسقطان إذا كان القريب طفلاً ، وهذا وجه للشافعية .

والثالث : تسقط نفقة القريب دون نفقة الزوجة ، وهذا هو المشهور من مذهب الشافعي وأحمد ومالك . ثم الذين أسقطوه بمضى الزمان : منهم من قال : إذا كان الحاكم قد فرضها لم تسقط ، وهذا قول بعض الشافعية والحنابلة . ومنهم من قال : لا يؤثر فرض الحاكم في وجوبها شيئاً إذا سقطت بمضى الزمان ، والذي ذكره أبو البركات في « محرره » الفرق بين نفقة الزوجة ونفقة القريب في ذلك ، فقال : وإذا غاب مدة ولم ينفق ، لزمه نفقة الماضي ، وعنه : لا يلزمه إلا أن يكون الحاكم قد فرضها .

وأما نفقة أقاربه ، فلا تلزمه لما مضى وإن فرضت إلا أن يستدان عليه بإذن الحاكم ، وهذا هو الصواب ، وأنه لا تأثير لفرض الحاكم في وجوب نفقة القريب لما مضى من الزمان نقلاً وتوجيهاً .

أما النقل ، فإنه لا يعرف عن أحمد ، ولا عن قدماء أصحابه استقرار نفقة القريب بمضى الزمان إذا فرضها الحاكم ، ولا عن الشافعي ، وقدام أصحابه والمحققين لمذهبه منهم ، كصاحب « المهذب » ، و« الحاوي » ، و« الشامل » ، و« النهاية » و« التهذيب » ، و« البيان » ، و« الذخائر » وليس في هذه الكتب إلا السقوط بدون استثناء فرض ، وإنما يوجد استقرارها إذا فرضها الحاكم في « الوسيط » و« الوجيز » ، وشرح الرافعي وفروعه ،

وقد صرح نصر المقدسى فى « تهذيبه » ، والمحاملى فى « العدة » ، ومحمد بن عثمان فى « التمهيد » ، والبندنجى فى « المعتمد » بأنها لا تستقر ولو فرضها الحاكم ، وعللوا السقوط بأنها تجب على وجه المواسة لإحياء النفس ؛ ولهذا لا تجب مع يسار المنفق عليه ، وهذا التعليل يوجب سقوطها فرضت أولم تفرض .

وقال أبو المعالى : ومما يدل على ذلك أن نفقة القريب إمتاع لا تمليك ، وما لا يجب فيه التمليك ، وانتهى إلى الكفاية ، استحال مصيره دينا فى الذمة ، واستبعد لهذا التعليل قول من يقول : إن نفقة الصغير تستقر بمضى الزمان ، وبالغ فى تضعيفه من جهة أن إيجاب الكفاية مع إيجاب عوض ما مضى متناقض ، ثم اعتذر عن تقديرها فى صورة الحمل على الأصح . إذا قلنا : إن النفقة له بأن الحامل مستحقة لها أو منتفعة بها فهى كنفقة الزوجة . قال : ولهذا قلنا : تتقدر ، ثم قال : هذا فى الحمل والولد الصغير ، أما نفقة غيرهما ، فلا تصير دينا أصلا انتهى .

وهذا الذى قاله هؤلاء هو الصواب ، فإن فى تصور فرض الحاكم نظرا ؛ لأنه إما أن يعتقد سقوطها بمضى الزمان أولا ، فإن كان يعتقد ، لم يسغ له الحكم بخلافه . وإلزام ما يعتقد أنه غير لازم ، وإن كان لا يعتقد سقوطها مع أنه لا يعرف به قائل إلا فى الطفل الصغير على وجه لأصحاب الشافعى . فإما أن يعنى بالفرض الإيجاب ، أو إثبات الواجب ، أو تقديره أو أمرا رابعا فإن أريد به الإيجاب ، فهو تحصيل الحاصل ولا أثر لفرضه . وكذلك إن أريد به إثبات الواجب ، وفرضه وعدمه سيان ، وإن أريد به تقدير الواجب ، فالتقدير إنما يؤثر فى صفة الواجب من الزيادة والنقصان ، لا فى سقوطه ولا بثبوته ، فلا أثر لفرضه فى الواجب البتة ، هذا مع ما فى التقدير من مصادمة الأدلة التى تقدمت على أن الواجب النفقة بالمعروف ، فيطعمهم مما يأكل ، ويكسوهم مما يلبس . وإن أريد به أمر رابع ، فلا بد من بيانه لينظر فيه .

فإن قيل : الأمر الرابع المراد هو عدم السقوط بمضى الزمان ، فهذا هو محل الحكم ، وهو الذى أثر فيه حكم الحاكم ، وتعلق به .

قيل : فكيف يمكن أن يعتقد السقوط ، ثم يلزم ويقضى بخلافه ؟ وإن اعتقد عدم السقوط ، فخلاف الإجماع ، ومعلوم أن حكم الحاكم لا يزيل الشئ عن صفته ، فإذا كانت صفة هذا الواجب سقوطه بمضى الزمان شرعا لم يزله حكم الحاكم عن صفته .

فإن قيل : بقى قسم آخر ، وهو أن يعتقد الحاكم السقوط بمضى الزمان ما لم يفرض ،

فإن فرضت ، استقرت فهو يحكم باستقرارها لأجل الفرض لا بنفس مضى الزمان .

قيل : هذا لا يجدى شيئا ، فإنه إذا اعتقد سقوطها بمضى الزمان ، وأن هذا هو الحق والشرع ، لم يجز له أن يلزم بما يعتقد سقوطه وعدم ثبوته ، وما هذا إلا بمثابة ما لو ترفع إليه مضطر ، وصاحب طعام غير مضطر ، ففضى به للمضطر بعوضه ، فلم يتفق أخذه حتى زال الاضطرار ، ولم يعط صاحبه العوض أنه يلزمه بالعوض ، ويلزم صاحب الطعام ببذله له ، والقريب يستحق النفقة لإحياء مهجته ، فإذا مضى زمن الوجوب ، حصل مقصود الشارع من إحيائه ، فلا فائدة في الرجوع بما فات من سبب الإحياء ووسيلته مع حصول المقصود والاستغناء عن السبب بسبب آخر .

فإن قيل : فهذا ينتقض عليكم بنفقة الزوجة ، فإنها تستقر بمضى الزمان ، ولو لم تفرض مع حصول هذا المعنى الذى ذكرتموه بعينه .

قيل : النقض لا بد أن يكون بعلوم الحكم بالنص أو الإجماع ، وسقوط نفقة الزوجة بمضى الزمان مسألة نزاع ، فأبو حنيفة وأحمد فى رواية يسقطانها ، والشافعى وأحمد فى الرواية الأخرى لا يسقطانها ، والذين لا يسقطونها فرقوا بينها وبين نفقة القريب بفروق : أحدها : أن نفقة القريب صلة .

الثانى : أن نفقة الزوجة تجب مع اليسار والإعسار بخلاف نفقة القريب .

الثالث : أن نفقة الزوجة تجب مع استغنائها بمالها ، ونفقة القريب لا تجب إلا مع إعساره وحاجته .

الرابع : أن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا للزوجة نفقة ما مضى ، ولا يعرف عن أحد منهم قط أنه أوجب للقريب نفقة ما مضى ، فصح عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم ، فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا ، بعثوا بنفقة ما مضى (١) ، ولم يخالف عمر رضي الله عنه فى ذلك منهم مخالف . قال ابن المنذر - رحمه الله : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها .

قال المسقطون : قد شكت هند إلى النبى صلى الله عليه وسلم أن أبا سفيان لا يعطيها كفايتها ، فأباح لها أن تأخذ فى المستقبل قدر الكفاية ، ولم يجوز لها أخذ ما مضى ، وقولكم : إنها نفقة

(١) عبد الرزاق (١٢٣٤٦) فى الطلاق ، باب : الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها ، وابن أبى شيبه (٥ / ٢١٤) فى الطلاق ، باب : من قال : على الغائب نفقة فإن بعث ولا طلق ، والشافعى فى الأم (٥ / ٩١) ، والبيهقى فى الكبرى (٧ / ٤٦٩) فى النفقات ، باب : الرجل لا يجد نفقة امرأته .

معاوضة ، فالمعاوضة إنما هي بالصداق ، وإنما النفقة لكونها فى حبسه ، فهى عانية عنده كالأسير ، فهى من جملة عياله ، ونفقتها مواساة ، وإلا فكل من الزوجين يحصل له من الاستمتاع مثل ما يحصل للآخر ، وقد عاوضها على المهر ، ، فإذا استغنت عن نفقة ما مضى فلا وجه لإلزام الزوج به ، والنبي ﷺ جعل نفقة الزوجة كنفقة القريب بالمعروف ، وكنفقة الرقيق ، فالأنواع الثلاثة إنما وجبت بالمعروف مواساة لإحياء نفس من هو فى ملكه وحبسه ، ومن بينه وبينه رحم وقرابة ، فإذا استغنى عنها بمضى الزمان ، فلا وجه لإلزام الزوج بها ، وأى معروف فى إلزامه نفقة ما مضى وحبسه على ذلك ، والتضييق عليه ، وتعذيبه بطول الحبس ، وتعريض الزوجة لقضاء أوطارها من الدخول والخروج وعشرة الأخدان بانقطاع زوجها عنها ، وغيبة نظره عليها ، كما هو الواقع ، وفى ذلك من الفساد المنتشر ما لا يعلمه إلا الله ، حتى إن الفروج لتعج إلى الله من حبس حماتها ومن يصونها عنها وتسيبها فى أوطارها، ومعاذ الله أن يأتى شرع الله لهذا الفساد الذى قد استطار شراره ، واستعرت ناره ، وإنما أمر عمر بن الخطاب الأزواج إذا طلقوا أن يبعثوا بنفقة ما مضى ، ولم يأمرهم إذا قدموا أن يفرضوا نفقة ما مضى ، ولا يعرف ذلك عن صحابى البتة ، ولا يلزم من الإلزام بالنفقة الماضية بعد الطلاق وانقطاعها والكلية الإلزام بها إذا عاد الزوج إلى النفقة والإقامة ، واستقبل الزوجة بكل ما تحتاج إليه ، فاعتبار أحدهما بالآخر غير صحيح ، ونفقة الزوجة تجب يوماً بيوم ، فهى كنفقة القريب ، وما مضى فقد استغنت عنه بمضى وقته ، فلا وجه لإلزام الزوج به ، وذلك منشأ العداوة والبغضاء بين الزوجين ، وهو ضد ما جعله الله بينهما من المودة والرحمة ، وهذا القول هو الصحيح المختار الذى لا تقتضى الشريعة غيره ، وقد صرح أصحاب الشافعى ، بأن كسوة الزوجة وسكنها يسقطان بمضى الزمان إذا قيل : إنها إمتاع لا تملك ، فإن لهم فى ذلك وجهين .

فصل

وأما فرض الدراهم ، فلا أصل له فى كتاب الله تعالى ، ولا سنة رسوله ﷺ ، ولا عن أحد من الصحابة رضياً البتة ، ولا التابعين ، ولا تابعيهم ، ولا نص عليه أحد من الأئمة الأربعة ، ولا غيرهم من أئمة الإسلام ، وهذه كتب الآثار والسنن ، وكلام الأئمة بين أظهرنا ، فأوجدونا من ذكر فرض الدراهم ، والله - سبحانه - أوجب نفقة الأقارب والزوجات والرقيق بالمعروف ، وليس من المعروف فرض الدراهم ، بل المعروف الذى نص عليه صاحب الشرع أن يطعمهم مما يأكل ، ويكسوهم مما يلبس ، ليس المعروف سوى هذا ،

وفرض الدراهم على المنفق من المنكر ، وليست الدراهم من الواجب ولا عوضه ، ولا يصح الاعتياض عما لم يستقر ولم يملك ، فإن نفقة الأقارب والزوجات إنما تجب يوما فيوما ، ولو كانت مستقرة لم تصح المعاوضة عنها بغير رضى الزوج والقريب ، فإن الدراهم تجعل عوضا عن الواجب الأصلي ، وهو إما البر عند الشافعى ، أو الطعام المعتاد عند الجمهور ، فكيف يجبر على المعاوضة على ذلك بدراهم من غير رضاه ، ولا إجبار صاحب الشرع له على ذلك ، فهذا مخالف لقواعد الشرع ، ونصوص الأئمة ، ومصالح العباد ، ولكن إن اتفق المنفق والمنفق عليه على ذلك جاز باتفاقهما ، هذا مع أنه فى جواز اعتياض الزوجة عن النفقة الواجبة لها نزاع معروف فى مذهب الشافعى وغيره ، فقيل : لا تعترض ؛ لأن نفقتها طعام ثبت فى الذمة عوضا ، فلا تعترض عنه قبل القبض ، كالمسلم فيه ، وعلى هذا فلا يجوز الاعتياض لا بدراهم ولا ثياب ولا شئ البتة ، وقيل : تعترض بغير الخبز والدقيق ، فإن الاعتياض بهما ربا ، هذا إذا كان الاعتياض عن الماضى ، فإن كان عن المستقبل ، لم يصح عندهم وجها واحدا ؛ لأنها بصدد السقوط ، فلا يعلم استقرارها (١) .

فصل

فى فتواه ﷺ فى نفقة المعتدة وكسوتها

ثبت أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها البتة فخاصمته فى السكنى والنفقة إلى رسول الله ﷺ قالت : فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة (٢) .

وفى السنن أن النبى ﷺ قال : « يا بنت آل قيس ، إنما السكنى والنفقة على من كانت له رجعة » ذكره أحمد (٣) . وعنده أيضا : « إنما السكنى والنفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة ، فإذا لم يكن له عليها رجعة فلا نفقة ولا سكنى » (٤) .

وفى صحيح مسلم عنها : طلقنى زوجى ثلاثا ، فلم يجعل لى رسول الله ﷺ سكنى

(١) راد المعاد (٥ / ٤٩٠ - ٥١١) .

(٢) مسلم (١٤٨٠) فى الطلاق ، باب : المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، وأبو داود (٢٢٨٤) فى الطلاق ، باب : فى نفقة المتوتة ، والنسائي (٣٥٤٨) فى الطلاق ، باب : الرخصة فى خروج المتوتة من بيتها فى عدتها لسكنائها ، ومالك فى الموطأ (٢ / ٥٨٠) فى الطلاق ، باب : ما جاء فى نفقة المطلقة ، برقم (٦٧) ، الأم (٥ / ٢٣٦) ، والبيهقى فى الكبرى (٧ / ٤٧١) فى النفقات ، باب : المتوتة لا نفقة لها .

(٤) أحمد (٦ / ٣٧٣) .

(٣) أحمد (٦ / ٤١٧) .

ولا نفقة (١) .

وفى رواية لمسلم أيضا : أن أبا عمرو بن حفص خرج مع على - كرم الله وجهه - إلى اليمن ، فأرسل إلى امرأته بتطليقة بقيت من طلاقها ، وأمر عياش بن أبي ربيعة ، والحارث ابن هشام أن ينفقا عليها ، فقالا : والله ما لها نفقة ، إلا أن تكون حاملا فأنت النبي ﷺ ، فذكرت له قولهما ، فقال : « لا نفقة لك » ، فاستأذنته فى الانتقال ، فأذن لها ، فقالت له : أين يا رسول الله ؟ فقال : « عند ابن أم مكتوم » ، وكان أعمى ، تضع ثيابها عنده ولا يراها ، فلما مضت عدتها أنكحها النبي ﷺ أسامة بن زيد ، فأرسل إليها مروان قبيصة بن ذؤيب يسألها عن الحديث ، فحدثته ، فقال : لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة ، سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها ، فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان : بينى وبينكم القرآن ، قال تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ ﴾ الآية [الطلاق : ١] ، قالت : هذا لمن كانت له مراجعة ، فأى أمر يحدث بعد الثلاث ؟ (٢) .

وأفتى النبي ﷺ بأن للنساء على الرجال رزقهن وكسوتهن بالمعروف . ذكره مسلم (٣) .

وسئل النبي ﷺ : ما تقول فى نساتنا ؟ فقال : « أطعموهن مما تأكلون ، واكسوهن مما تلبسون ، ولا تضربوهن ، ولا تقبحوهن » ذكره مسلم (٤) .

وسأله ﷺ هند امرأة أبى سفيان فقالت : إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه ، وهو لا يعلم ، قال : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » . متفق عليه (٥) .

فتضمنت هذه الفتوى أموراً :

أحدها : أن نفقة الزوجة غير مقدرة ، بل المعروف ينفى تقديرها ، ولم يكن تقديرها معروفاً فى زمن رسول الله ﷺ ولا الصحابة ولا التابعين ولا تابعيهم .

الثانى : أن نفقة الزوجة من جنس نفقة الولد ، كلاهما بالمعروف .

الثالث : انفراد الأب بنفقة أولاده .

الرابع : أن الزوج أو الأب إذا لم يبذل النفقة الواجبة عليه ، فللزوجة والأولاد أن

(١) مسلم (١٤٨٠ / ٥١) فى الطلاق ، باب : المطلقة ثلاثا لا نفقة لها .

(٢) مسلم (١٤٨٠ / ٤١) فى الكتاب والباب السابقين .

(٣- ٥) سبق تخريجها ص ١٦٥ .

يأخذوا قدر كفايتهم بالمعروف .

الخامس : أن المرأة إذا قدرت على أخذ كفايتها من مال زوجها لم يكن لها إلى الفسخ

سبيل .

السادس : أن ما لم يقدره الله ورسوله من الحقوق الواجبة فالمرجع فيه إلى العرف^(١).

فصل

في حكم النفقة والسكنى للمطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا كانتا حاملين

الحكم العاشر^(٢) : وجوب النفقة والسكنى للمطلقة والمتوفى عنها إذا كانتا حاملين ، فإنه قال : « من أجل أنهما يفترقان عن غير طلاق ولا متوفى عنها »^(٣) ، فأفاد ذلك أمرين :

أحدهما : سقوط نفقة البائن وسكناها إذا لم تكن حاملاً من الزوج .

والثاني : وجوبها لها ، وللمتوفى عنها إذا كانتا حاملين من الزوج^(٤) .

فصل

في أنه لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى

روى مسلم في صحيحه ، عن فاطمة بنت قيس : أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فسخطته فقال : والله مالك علينا من شيء ، فجاءت رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له وما قال ، فقال : « ليس لك عليه نفقة » ، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : « تلك امرأة يغشاها أصحابي ، اعتدى عند ابن أم مكتوم ، فإنه رجل أعمى ، تضعين ثيابك ، فإذا حللت فأذنيني » . قالت : فلما

(١) إعلام الموقعين (٤/ ٤٤٣ - ٤٤٥) .

(٢) من الأحكام المستفادة من تفريق النبي ﷺ بين المتلاعنين .

(٣) هذا القول لابن عباس رضي الله عنهما وقع عند أبي داود في قصة لعان هلال بن أمية لامرأته (٢٢٥٦) في الطلاق ، باب: في اللعان، وضعفه الألباني .

(٤) زاد المعاد (٥ / ٤٠٣) .

حللت ، ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني ، فقال رسول الله ﷺ : « أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، انكحى أسامة ابن زيد » فكرهته ، ثم قال : « انكحى أسامة بن زيد » فنكحته ، فجعل الله فيه خيرا واغتبطت (١) .

وفى صحيحه أيضا عنها : أنها طلقها زوجها في عهد رسول الله ﷺ ، وكان أنفق عليها نفقة دونها فلما رأت ذلك ، قالت : والله لأعلمن رسول الله ﷺ ، فإن كانت لى نفقة أخذت الذى يصلحنى ، وإن لم تكن لى نفقة ، لم آخذ منه شيئا ، قالت : فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال : « لا نفقة لك ولا سكنى » (٢) .

وفى صحيحه أيضا عنها : أن أبا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ، ثم انطلق إلى اليمن ، فقال لها أهله : ليس لك علينا نفقة ، فانطلق خالد بن الوليد فى نفر ، فأتوا رسول الله ﷺ فى بيت ميمونة ، فقالوا : إن أبا حفص طلق امرأته ثلاثا ، فهل لها من نفقة ؟ فقال رسول الله ﷺ : « ليست لها نفقة وعليها العدة » ، وأرسل إليها : « ألا تسبقينى بنفسك » ، وأمرها أن تنتقل إلى أم شريك ، ثم أرسل إليها : « أن أم شريك يأتيها المهاجرون الأولون ، فانطلقى إلى ابن أم مكتوم الأعمى فإنك إذا وضعت خمارك لم يرك » ، فانطلقت إليه ، فلما انقضت عدتها أنكحها رسول الله ﷺ أسامة بن زيد ابن حارثة (٣) .

وفى صحيحه أيضا ، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة : أن أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع على بن أبى طالب إلى اليمن ، فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطبيقه كانت بقيت من طلاقها ، وأمر لها الحارث بن هشام ، وعياش بن أبى ربيعة بنفقة ، فقالا لها : والله ما لك نفقة إلا أن تكونى حاملا ، فأتت النبى ﷺ ، فذكرت له قولهما ، فقال : « لا نفقة لك » ، فاستأذنته فى الانتقال ، فأذن لها ، فقالت : أين يا رسول الله ؟ قال : « إلى ابن أم مكتوم » ، وكان أعمى تضع ثيابها عنده ولا يراها ، فلما مضت عدتها ، أنكحها النبى ﷺ أسامة بن زيد ، فأرسل إليها مروان قبيصة بن ذؤيب يسألها عن الحديث ، فحدثته به ، فقال مروان : لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة ، سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها ، فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان : بينى وبينكم القرآن ، قال الله

(١) مسلم (١٤٨٠) فى الطلاق ، باب : المطلق ثلاثا لا نفقة لها .

(٢) مسلم (١٤٨٠ / ٣٧) فى الكتاب والباب السابقين .

(٣) مسلم (٣٨ / ١٤٨٠) فى الكتاب والباب السابقين .

عز وجل: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ ﴾ إلى قوله: ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ (١) [الطلاق] ، قالت: هذا لمن كان له مراجعة ، فأى أمر يحدث بعد الثلاث ؟ فكيف تقولون: لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا ، فعلام تحبسونها ؟! (١) .

وروى أبو داود فى هذا الحديث بإسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبى ربيعة والحارث ابن هشام : لا نفقة لك إلا أن تكونى حاملا ، فأنت النبى ﷺ ، فقال : « لا نفقة لك إلا أن تكونى حاملا » (٢) .

وفى صحيحه أيضا (٣) ، عن الشعبى قال : دخلت على فاطمة بنت قيس ، فسألته عن قضاء رسول الله ﷺ عليها ، فقالت : طلقها زوجها البتة ، فخاصمته إلى رسول الله ﷺ فى السكنى والنفقة ، قالت : فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة ، وأمرنى أن أعتد فى بيت ابن أم مكتوم (٤) .

وفى صحيحه عن أبى بكر بن أبى الجهم العدوى ، قال : سمعت فاطمة بنت قيس تقول : طلقها زوجها ثلاثا ، فلم يجعل لها رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة ، قالت : قال لى رسول الله ﷺ: « إذا حللت فأذنينى » ، فأذنته ، فخطبها معاوية ، وأبو جهم ، وأسامة ابن زيد ، فقال رسول الله ﷺ: « أما معاوية فرجل لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ، ولكن أسامة بن زيد » ، فقالت بيدها هكذا: أسامة ! أسامة ! فقال لها رسول الله ﷺ: « طاعة الله وطاعة رسوله خير لك » ، فتزوجته ، فاغتبطت (٥) .

وفى صحيحه أيضا عنها : قالت : أرسل إلى زوجى أبو عمرو بن حفص بن المغيرة عياش بن أبى ربيعة بطلاقى ، فأرسل معه بخمسة أصع تمر ، وخمسة أصع شعير ، فقلت : أما لى نفقة إلا هذا ؟ ولا أعتد فى منزلكم ؟ قال : لا ، فشددت على ثيابى ، وأتيت رسول الله ﷺ ، فقال : « كم طلقك ؟ » قلت : ثلاثا . قال : « صدق ، ليس لك نفقة ، اعتدى فى بيت ابن عمك ابن أم مكتوم ، فإنه ضرير البصر تضعين ثوبك عنده ، فإذا انقضت عدتك فأذنينى » (٦) .

(١) سبق تخريجه ص ٢٣٠ .

(٢) أبو داود (٢٢٩٠) فى الطلاق ، باب : فى نفقة المبتوتة .

(٣) أى : صحيح مسلم .

(٤) مسلم (٤٢ / ١٤٨٠) فى الطلاق ، باب : المطلقة ثلاثا لا نفقة لها .

(٥) مسلم (٤٧ / ١٤٨٠) فى الكتاب والباب السابقين .

(٦) مسلم (٤٨ / ١٤٨٠) فى الكتاب والباب السابقين .

وروى النسائي في سننه هذا الحديث بطرقه وألفاظه ، وفي بعضها بإسناد صحيح لا مطعن فيه ، فقال لها النبي ﷺ : « إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة » (١) ، ورواه الدارقطني وقال : فأنت رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له ، قالت : فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة ، وقال : « إنما السكنى والنفقة لمن يملك الرجعة » ، وروى النسائي أيضا هذا اللفظ ، وإسنادهما صحيح (٢) .

قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا (١) فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا (٢) ﴾ [الطلاق] ، فأمر الله - سبحانه - الأزواج الذين لهم عند بلوغ الأجل الإمساك والتسريح بألا يخرجوا أزواجهن من بيوتهم ، وأمر أزواجهن ألا يخرجن ، فدل على جواز إخراج من ليس لزوجها إمساكها بعد الطلاق ، فإنه - سبحانه - ذكر لهؤلاء المطلقات أحكاما متلازمة لا ينفك بعضها عن بعض :

أحدها : أن الأزواج لا يخرجوهن من بيوتهن .

والثاني : أنهن لا يخرجن من بيوت أزواجهن .

والثالث : أن لأزواجهن إمساكنهم بالمعروف قبل انقضاء الأجل ، وترك الإمساك ، فيسرحوهن بإحسان .

والرابع : إسهاد ذوى عدل ، وهو إسهاد على الرجعة إما وجوبا ، وإما استحبابا ، وأشار سبحانه إلى حكمة ذلك ، وأنه في الرجعات خاصة بقوله : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ والأمر الذى يرجى إحداثه ها هنا : هو المراجعة . هكذا قال السلف ومن بعدهم .

قال ابن أبي شيبة : حدثنا أبو معاوية ، عن داود الأودى ، عن الشعبي : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ ، قال : لعلك تتدم ، فيكون لك سبيل إلى الرجعة ، وقال

(١) النسائي (٣٤٠٣) فى الطلاق ، باب : الرخصة فى ذلك .

(٢) الدارقطني (٢٣ / ٤) فى الطلاق ، برقم (٦٧) ، والنسائي (٣٤٠٤) فى الكتاب والباب السابقين .

الضحاك : ﴿ لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ قال لعله أن يراجعها في العدة (١) . وقاله عطاء ، وقتادة ، والحسن ، وقد تقدم قول فاطمة بنت قيس : أى أمر يحدث بعد الثلاث ؟ فهذا يدل على أن الطلاق المذكور : هو الرجعى الذي ثبتت فيه هذه الأحكام ، وأن حكمة أحكم الحاكمين وأرحم الراحمين اقتضته لعل الزوج أن يندم ، ويزول الشر الذى نزغهُ الشيطان بينهما ، فتتبعها نفسه ، فيراجعها ، كما قال على بن أبى طالب رضي الله عنه : لو أن الناس أخذوا بأمر الله فى الطلاق ، ما تتبع رجل نفسه امرأة يطلقها أبداً (٢) .

ثم ذكر سبحانه الأمر بإسكان هؤلاء المطلقات ، فقال : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق : ٦] ، فالضمان كلهما يتحد مفسرها ، وأحكامها كلها متلازمة ، وكان قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إنما النفقة والسكنى للمرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة » ، مشتقا من كتاب الله عز وجل ، ومفسر له ، وبيانا لمراد المتكلم به منه .

فقد تبين اتحاد قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وكتاب الله - عز وجل - والميزان العادل معهما أيضا لا يخالفهما ، فإن النفقة إنما تكون للزوجة ، فإذا بانت منه ، صارت أجنبية حكمها حكم سائر الأجنيات ، ولم يبق إلا مجرد اعتدادها منه ، وذلك لا يوجب لها نفقة ، كالموطوءة بشبهة أو زنى ، ولأن النفقة إنما تجب فى مقابلة التمكّن من الاستمتاع ، وهذا لا يمكن استمتاعه بها بعد بينونتها ، ولأن النفقة لو وجبت لها عليه لأجل عدتها ، لوجب للمتوفى عنها من ماله ، ولا فرق بينهما البتة ، فإن كل واحد منهما قد بانت عنه ، وهى معتدة منه ، قد تعذر منهما الاستمتاع ، ولأنها لو وجبت لها السكنى ، لوجب لها النفقة ، كما يقوله من يوجبها . فأما أن تجب لها السكنى دون النفقة ، فالنص والقياس يدفعه ، وهذا قول عبد الله بن عباس وأصحابه ، وجابر بن عبد الله ، وفاطمة بنت قيس إحدى فقهاء نساء الصحابة ، وكانت فاطمة تناظر عليه ، وبه يقول أحمد بن حنبل وأصحابه ، وإسحاق بن راهويه وأصحابه ، ودادود بن على وأصحابه ، وسائر أهل الحديث .

وللفقهاء فى هذه المسألة ثلاثة أقوال ، وهى ثلاث روايات عن أحمد :

أحدها : هذا .

والثانى : أن لها النفقة والسكنى ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، وفقهاء الكوفة .

(١) ابن أبى شيبة (٥ / ٣٦٢ ، ٣٦٣) فى الطلاق ، باب : ما قالوا فى قوله : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَمَا سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ .

(٢) ابن أبى شيبة (٥ / ٤) فى الطلاق ، باب : ما يستحب من طلاق السنة وكيف هو ، والمعنى (١٠ / ٣٢٧) وقال صاحبه : « رواه النجاد بإسناده » .

والثالث : أن لها السكنى دون النفقة ، وهذا مذهب أهل المدينة ، وبه يقول مالك والشافعى .

فصل

فى ذكر المطاعن التى طعن بها على حديث فاطمة بنت قيس

فأولها طعن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه : فروى مسلم فى صحيحه عن أبى إسحاق ، قال : كنت مع الأسود بن يزيد جالسا فى المسجد الأعظم ، ومعنا الشعبى ، فحدث الشعبى بحديث فاطمة بنت قيس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة ، ثم أخذ الأسود كفا من حصى ، فحصبه به ، فقال : ويلك ؛ تحدث بمثل هذا ؟ قال عمر : لا نترك كتاب الله وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم لقول امرأة ، لا ندرى لعلها حفظت أو نسيت ؟ لها السكنى والنفقة ، قال الله عز وجل : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ ﴾ [الطلاق : ١] (١) .

قالوا : فهذا عمر يخبر أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لها النفقة والسكنى ، ولا ريب أن هذا مرفوع ، فإن الصحابى إذا قال : من السنة كذا ، كان مرفوعا ، فكيف إذا قال : من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فكيف إذا كان القائل عمر بن الخطاب ؟ وإذا تعارضت رواية عمر رضي الله عنه ورواية فاطمة ، فرواية عمر رضي الله عنه أولى لا سيما ومعها ظاهر القرآن ، كما سنذكر . وقال سعيد بن منصور : حدثنا أبو معاوية ، حدثنا الأعمش ، عن إبراهيم ، قال : كان عمر بن الخطاب إذا ذكر عنده حديث فاطمة بنت قيس قال : ما كنا نغير فى ديننا بشهادة امرأة (٢) .

ذكر طعن عائشة رضي الله عنها

فى الصحيحين : من حديث هشام بن عروة ، عن أبيه ، قال : تزوج يحيى بن سعيد ابن العاص بنت عبد الرحمن بن الحكم فطلقها ، فأخرجها من عنده ، فعاب ذلك عليهم عروة ، فقالوا : إن فاطمة قد خرجت ، قال عروة : فأتيت عائشة رضي الله عنها ، فأخبرتها بذلك ، فقالت : ما لفاطمة بنت قيس خير أن تذكر هذا الحديث . وقال البخارى : فانتقلها عبد الرحمن ،

(١) مسلم (١٤٨٠ / ٤٦) فى الطلاق ، باب : المطلق ثلاثا لا نفقة لها .

(٢) سعيد بن منصور (١٣٦١) فى الطلاق ، باب : المتوفى عنها زوجها أين تعتد . وفيه « أبو عوانة » بدلا من : « أبو معاوية » .

فأرسلت عائشة إلى مروان وهو أمير المدينة ، اتق الله واردها إلى بيتها . قال مروان : إن عبد الرحمن بن الحكم غلبني ، وقال القاسم بن محمد : أو ما بلغك شأن فاطمة بنت قيس . قالت : لا يضرك ألا تذكر حديث فاطمة ، فقال مروان : إن كان بك شر ، فحسبك ما بين هذين من الشر (١) .

ومعنى كلامه : إن كان خروج فاطمة لما يقال من شر كان في لسانها ، فيكفيك ما بين يحيى بن سعيد بن العاص وبين امرأته من الشر .

وفي الصحيحين : عن عروة ، أنه قال لعائشة رضي الله عنها : ألم ترى إلى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت ، فقالت : بئس ما صنعت ، فقلت : ألم تسمعي إلى قول فاطمة ، فقالت : أما إنه لا خير لها في ذكر ذلك (٢) .

وفي حديث القاسم ؛ عن عائشة رضي الله عنها يعني : في قولها : لا سكنى لها ولا نفقة (٣) .
وفي صحيح البخاري : عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لفاطمة : ألا تتقي الله ، تعنى في قولها لا سكنى لها ولا نفقة (٤) ، وفي صحيحه أيضا : عنها قالت : إن فاطمة كانت في مكان وحش ، فخيف على ناحيتها ، فلذلك أرخص النبي ﷺ لها (٥) .

وقال عبد الرزاق : عن ابن جريج ، أخبرني ابن شهاب ، عن عروة : أن عائشة رضي الله عنها أنكرت ذلك على فاطمة بنت قيس ، تعنى : انتقال المطلقة ثلاثا (٦) .

وذكر القاضي إسماعيل : حدثنا نصر بن علي ، حدثني أبي ، عن هارون ، عن محمد ابن إسحاق ، قال : أحسبه عن محمد بن إبراهيم ، أن عائشة رضي الله عنها قالت لفاطمة بنت قيس : إنما أخرجك هذا اللسان (٧) .

(١) البخاري (٥٣٢١ ، ٥٣٢٢) في الطلاق ، باب : قصة فاطمة بنت قيس ، ومسلم (١٤٨١ / ٥٢) في الطلاق ، باب : المطلقة ثلاثا لا نفقة لها .

(٢) البخاري (٥٣٢٥ ، ٥٣٢٦) في الكتاب والباب السابقين ، ومسلم (١٤٨١ / ٥٤) في الكتاب والباب السابقين .

(٣) مسلم (١٤٨١ / ٥٤) .

(٤) البخاري (٥٣٢٣ ، ٥٣٢٤) في الكتاب والباب السابقين .

(٥) البخاري (٥٣٢٥ ، ٥٣٢٦) في الكتاب والباب السابقين .

(٦) عبد الرزاق (١٢٠٢٣) في الطلاق ، باب : عدة الحبل ونفقتها .

(٧) المحلى (١٠ / ٩٥) في أحكام العدة .

ذكر طعن أسامة بن زيد

روى عبد الله بن صالح - كاتب الليث - قال: حدثني الليث بن سعد ، حدثني جعفر ، عن ابن هرمز ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ، قال: كان محمد بن أسامة بن زيد يقول: كان أسامة إذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك - يعنى انتقالها فى عدتها - رماها بما فى يده (١) .

ذكر طعن مروان

روى مسلم فى صحيحه : من حديث الزهرى ، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة حديث فاطمة هذا : أنه حدث به مروان ، فقال مروان : لم نسمع هذا إلا من امرأة سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها (٢) .

ذكر طعن سعيد بن المسيب

روى أبو داود فى سننه : من حديث ميمون بن مهران ، قال : قدمت المدينة ، فدفعت إلى سعيد بن المسيب ، فقلت : فاطمة بنت قيس طلقت ، فخرجت من بيتها ، فقال سعيد : تلك امرأة فتنت الناس إنها كانت امرأة لسنة ، فوضعت على يدى ابن أم مكتوم الأعمى (٣) .

ذكر طعن سليمان بن يسار

روى أبو داود فى سننه أيضا ، قال فى خروج فاطمة : إنما كان من سوء الخلق (٤) .

ذكر طعن الأسود بن يزيد

تقدم حديث مسلم (٥) : أن الشعبى حدث بحديث فاطمة فأخذ الأسود كفا من حصباء

(١) المحلى (١٠ / ٩٦) فى أحكام العدة ، وقال ابن حزم عقبه : « وهذا ساقط ، لأن راويه عبد الله بن صالح كاتب الليث وهو ضعيف جدا ... » .

(٢) مسلم (١٨٤٠ / ٤١) فى الطلاق ، باب : المطلقة ثلاثا لا نفقة لها .

(٣) أبو داود (٢٢٩٦) فى الطلاق ، باب : من أنكر ذلك على فاطمة .

(٤) أبو داود (٢٢٩٤) فى الكتاب والباب السابقين وضعفه الألبانى .

(٥) تقدم ص ٢٣٦ .

فحصبه به ، وقال : ويلك تحدث بمثل هذا ؟ ! وقال النسائي : ويلك لم تفتى بمثل هذا؟ قال عمر لها : إن جئت بشاهدين يشهدان أنهما سمعا من رسول الله ﷺ ، وإلا لم نترك كتاب ربنا لقول امرأة (١) .

ذكر طعن أبي سلمة بن عبد الرحمن

قال الليث: حدثني عقيل ، عن ابن شهاب ، قال : أخبرني أبو سلمة بن عبد الرحمن ، فذكر حديث فاطمة (٢) ، ثم قال: فأنكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل أن تحل ، قالوا : وقد عارض رواية فاطمة صريح رواية عمر في إيجاب النفقة والسكنى ، فروى حماد بن سلمة ، عن حماد بن أبي سليمان: أنه أخبر إبراهيم النخعي بحديث الشعبي عن فاطمة بنت قيس ، فقال له إبراهيم : إن عمر أخبر بقولها ، فقال : لسنا بتاركى آية من كتاب الله وقول النبي ﷺ لقول امرأة لعلها أوهمت ، سمعت النبي ﷺ يقول : « لها السكنى والنفقة » ذكره أبو محمد في « المحلى » (٣) ، فهذا نص صريح يجب تقديمه على حديث فاطمة لجلالة رواته ، وترك إنكار الصحابة عليه وموافقته لكتاب الله .

الأجوبة عن هذه المطاعن وبيان بطلانها

وحاصلها أربعة :

أحدها : أن روايتها امرأة لم تأت بشاهدين يتابعانها على حديثها .

الثاني : أن روايتها تضمنت مخالفة القرآن .

الثالث : أن خروجها من المنزل لم يكن لأنه لا حق لها في السكنى ، بل لأذاها أهل زوجها بلسانها .

الرابع : معارضة روايتها برواية أمير المؤمنين عمر بن الخطاب .

ونحن نبين ما في كل واحد من هذه الأمور الأربعة بحول الله وقوته ، هذا مع أن في بعضها من الانقطاع ، وفي بعضها من الضعف ، وفي بعضها من البطلان ما سننبه عليه ، وفي بعضها صحيح عن نسب إليه بلا شك .

(١) النسائي (٣٥٤٩) في الطلاق ، باب : الرخصة في خروج المبتوتة من بيتها في عدتها لسكانها .

(٢) أبو داود (٢٢٨٩) في الطلاق ، باب : في نفقة المبتوتة .

(٣) المحلى (١٠ / ١٠٢) في أحكام العدة وقال ابن حزم عقبه : « مرسل ؛ لأن إبراهيم لم يولد إلا بعد موت عمر

فأما المظعن الأول : وهو كون الراوى امرأة ، فمظعن باطل بلا شك ، والعلماء قاطبة على خلافه ، والمحتج بهذا من أتباع الأئمة أول مبطل له ومخالف له ، فإنهم لا يختلفون فى أن السنن تؤخذ عن المرأة كما تؤخذ عن الرجل ، هذا وكما من سنة تلقاها الأئمة بالقبول عن امرأة واحدة من الصحابة ، وهذه مسانيد نساء الصحابة بأيدى الناس لا تشاء أن ترى فيها سنة تفردت بها امرأة منهن إلا رأيتها ، فما ذنب فاطمة بنت قيس دون نساء العالمين ، وقد أخذ الناس بحديث فُرَيْعَةَ بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد فى اعتداد المتوفى عنها فى بيت زوجها (١) وليست فاطمة بدونها علما وجمالة وثقة وأمانة ، بل هى أوقفه منها بلا شك ، فإن فريعة لا تعرف إلا فى هذا الخبر ، وأما شهرة فاطمة ودعاؤها من نازعها من الصحابة إلى كتاب الله ، ومناظرتها على ذلك ، فأمر مشهور ، وكانت أسعد بهذه المناظرة ممن خالفها كما مضى تقريره ، وقد كان الصحابة رضي الله عنهم يختلفون فى الشيء ، فتروى لهم إحدى أمهات المؤمنين عن النبى صلى الله عليه وسلم شيئا ، فيأخذون به ، ويرجعون إليه ، ويتركون ما عندهم له ، وإنما فضلن على فاطمة بنت قيس بكونهن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإلا فهى من المهاجرات الأول ، وقد رضيها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبه وابن حبه أسامة بن زيد ، وكان الذى خطبها له .

وإذا شئت أن تعرف مقدار حفظها وعلمها ، فاعرفه من حديث الدجال الطويل الذى حدث به رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر ، فوعته فاطمة وحفظته ، وأدته كما سمعته (٢) ، ولم ينكره عليها أحد مع طوله وغرابته ، فكيف بقصة جرت لها وهى سببها ، وخاصمت فيها ، وحكم فيها بكلمتين ، وهى : « لا نفقة ولا سكنى » (٣) ، والعادة توجب حفظ مثل هذا وذكره ، واحتمال النسيان فيه أمر مشترك بينها وبين من أنكروا عليها ، فهذا عمر قد نسى تيمم الجنب ، وذكره عمار بن ياسر أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لهما بالتيمم من الجنابة (٤) ، فلم يذكره عمر رضي الله عنه ، وأقام على أن الجنب لا يصلح حتى يجد الماء .

(١) أبو داود (٢٣٠٠) فى الطلاق ، باب : فى المتوفى عنها تنتقل ، والترمذى (١٢٠٤) فى الطلاق ، باب : ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، وقال : « حسن صحيح » ، والنسائى (٣٥٢٨) فى الطلاق ، باب : مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تمحل ، وابن ماجه (٢٠٣١) فى الطلاق ، باب : أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، والدارمى (١٦٨ / ٢) فى الطلاق ، باب : خروج المتوفى عنها زوجها ، ومالك فى الموطأ (٥٩١ / ٢) فى الطلاق ، باب : مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تمحل برقم (٨٧) ، وأحمد (٣٧٠ / ٦) .

(٢) مسلم (٢٩٤٢) فى الفتن وأشراط الساعة ، باب : قصة الجساسة ، وأبو داود (٤٣٢٦) فى الملاحم ، باب : فى خبر الجساسة ، والترمذى (٢٢٥٣) فى الفتن ، باب : (٦٦) ، وابن ماجه (٤٠٧٤) فى الفتن ، باب : فتنة الدجال وخروج عيسى ابن مريم ... ، وأحمد (٤١٧ / ٦) .

(٣) سبق تخريجه ص ٢٣٢ .

(٤) البخارى (٣٣٨) فى التيمم ، باب : التيمم هل ينفخ فيهما ؟ ، ومسلم (١١٢ / ٣٦٨) فى الحيض ، باب : التيمم .

ونسى قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴾ [النساء : ٢٠] ، حتى ذكرته به امرأة ، فرجع إلى قولها (١) .

ونسى قوله : ﴿ إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ ﴾ [الزمر] ، حتى ذكر به (٢) ، فإن كان جواز النسيان على الراوى يوجب سقوط روايته ، سقطت رواية عمر التى عارضتم بها خبر فاطمة ، وإن كان لا يوجب سقوط روايته ، بطلت المعارضة بذلك ، فهى باطلة على التقديرين ، ولو ردت السنن بمثل هذا ، لم يبق بأيدي الأمة منها إلا اليسير ، ثم كيف يعارض خبر فاطمة ، ويطعن فيه بمثل هذا من يرى قبول خبر الواحد العدل ، ولا يشترط للرواية نصابا ، وعمر رضي الله عنه أصابه فى مثل هذا ما أصابه فى رد خبر أبى موسى فى الاستئذان حتى شهد له أبو سعيد (٣) ، ورد خبر المغيرة بن شعبة فى إملاص المرأة حتى شهد له محمد بن مسلمة (٤) ، وهذا كان تثبيتا منه رضي الله عنه حتى لا يركب الناس الصعب والذلول فى الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإلا فقد قبل خبر الضحاك بن سفيان الكلابى وحده وهو أعرابى (٥) ، وقبل لعائشة رضي الله عنها عدة أخبار تفردت بها . وبالجمل ، فلا يقول أحد : إنه لا يقبل قول الراوى الثقة العدل حتى يشهد له شاهدان لا سيما إن كان من الصحابة .

فصل

وأما المطعن الثانى : وهو أن روايتها مخالفة للقرآن ، فنجيب بجوابين : مجمل ، ومفصل ، أما المجمل : فنقول : لو كانت مخالفة كما ذكرتم ، لكانت مخالفة لعمومه ،

(١) عبد الرزاق (١٠٤٢٠) فى النكاح ، باب : غلاء الصداق ، وسعيد بن منصور (٥٩٨) فى النكاح ، باب : ما جاء فى الصداق ، والبيهقى فى الكبرى (٧ / ٢٣٣) فى النكاح ، باب : لا وقت فى الصداق كثر أو قل ، والهيثمى فى مجمع الزوائد (٤ / ٥٢١) فى النكاح ، باب الصداق ، وانظر طرق هذا الحديث فى تفسير ابن كثير عند تفسيره للآية (٢٠) من سورة النساء .

(٢) ابن أبى شيبة (١٤ / ٥٥٢) فى المغازى ، باب : ما جاء فى وفاة النبى صلى الله عليه وسلم ، والدر المنثور (٤ / ٣١٨) .
(٣) البخارى (٦٢٤٥) فى الاستئذان ، باب : التسليم والاستئذان ثلاثا ، ومسلم (٢١٥٣) فى الآداب ، باب : الاستئذان .

(٤) البخارى (٧٣١٧ ، ٧٣١٨) فى الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب : ما جاء فى اجتهاد القضاء بما أنزل الله تعالى . . . ومسلم (١٦٨٩) فى القسامة ، باب : دية الجنين .

(٥) وذلك فى توريث المرأة من دية زوجها ، رواه أبو داود (٢٩٢٧) فى الفرائض ، باب : فى المرأة ترث من دية زوجها ، والترمذى (١٤١٥) فى الدييات ، باب : ما جاء فى المرأة هل ترث من دية زوجها ، وقال : حسن صحيح ، والنسائى فى الكبرى (٦٣٦٤) فى الفرائض ، باب : توريث المرأة من دية زوجها ، وابن ماجه (٢٦٣٠ - ٢٦٤٢) فى الدييات ، باب : الميراث من الدية ، وأحمد (٣ / ٤٥٢) .

فتكون تخصيصاً للعام ، فحكمها حكم تخصيص قوله : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ [النساء : ١١] ، بالكافر ، والرقيق ، والقاتل ، وتخصيص قوله : ﴿ وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ [النساء : ٢٤] ، بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها ، وبينها وبين خالتها ونظائره ، فإن القرآن لم يخص البائن بأنها لا تَخْرُجُ ولا تُخْرَجُ ، وبأنها تسكن من حيث يسكن زوجها ، بل إما أن يعمها ويعم الرجعية ، وإما أن يخص الرجعية .

فإن عم النوعين ، فالحديث مخصص لعمومه ، وإن خص الرجعيات وهو الصواب ، للسياق الذي من تدبره وتأمله قطع بأنه في الرجعيات من عدة أوجه قد أشرنا إليها ، فالحديث ليس مخالفاً لكتاب الله ، بل موافقاً له ، ولو ذكر أمير المؤمنين رضي الله عنه بذلك ، لكان أول راجع إليه ، فإن الرجل كما يذهل عن النص يذهل عن دلالة وسياقه ، وما يقترب به مما يتبين المراد منه ، وكثيراً ما يذهل عن دخول الواقعة المعينة تحت النص العام واندراجه تحتها ، فهذا كثير جداً ، والتفطن له من الفهم الذي يؤتبه الله من يشاء من عباده ، ولقد كان أمير المؤمنين رضي الله عنه من ذلك بالمنزلة التي لا تجهل ، ولا تستغرقها عبارة ، غير أن النسيان والذهول عرضة للإنسان ، وإنما الفاضل العالم من إذا ذكَّرَ ذَكَرَ ورجع .

فحديث فاطمة رضي الله عنها مع كتاب الله على ثلاثة أطباق لا يخرج عن واحد منها : إما أن يكون تخصيصاً لعامه . الثاني : أن يكون بياناً لما لم يتناوله ، بل سكت عنه . الثالث : أن يكون بياناً لما أريد به وموافقاً لما أرشد إليه سياقه وتعليقه وتنبهه ، وهذا هو الصواب ، فهو إذن موافق له لا مخالف ، وهكذا ينبغي قطعاً ، ومعاذ الله أن يحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بما يخالف كتاب الله تعالى أو يعارضه ، وقد أنكر الإمام أحمد - رحمه الله - هذا من قول عمر رضي الله عنه ، وجعل يتبسم ويقول : أين في كتاب الله إيجاب السكنى والنفقة للمطلقة ثلاثاً ، وأنكرته قبله الفقيهة الفاضلة فاطمة ، وقالت : بينى وبينكم كتاب الله ، قال الله تعالى : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ [الطلاق : ١] ، وأى أمر يحدث بعد الثلاث ، وقد تقدم أن قوله : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٢] ، يشهد بأن الآيات كلها في الرجعيات .

فصل

وأما المطعن الثالث : وهو أن خروجها لم يكن إلا لفحش من لسانها ، فما أبرده من تأويل وأسمجه ، فإن المرأة من خيار الصحابة رضي الله عنهم وفضلائهم ، ومن المهاجرات الأول ، ومن لا يحملها رقة الدين وقلة التقوى على فحش يوجب إخراجها من دارها ، وأن يمنع

حقها الذي جعله الله لها ، ونهى عن إضاعته ، فيا عجباً ! كيف لم ينكر عليها النبي ﷺ هذا الفحش ؟ ويقول لها : اتقى الله ، وكفى لسانك عن أذى أهل زوجك واستقرى فى مسكنك ؟ وكيف يعدل عن هذا إلى قوله : « لا نفقة لك ولا سكنى » (١) ، إلى قوله : « إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة ؟ ! » (٢) فيا عجباً ! كيف يترك هذا المانع الصريح الذى خرج من بين شفتى النبي ﷺ ، ويعلل بأمر موهوم لم يعلل به رسول الله ﷺ البتة ، ولا أشار إليه ، ولانبه عليه ؟ هذا من المحال البين ، ثم لو كانت فاحشة اللسان وقد أعادها الله من ذلك ، لقال لها النبي ﷺ ، وسمعت وأطاعت : كفى لسانك حتى تنقضى عدتك ، وكان من دونها يسمع ويطيع لئلا تخرج من سكنه .

فصل

وأما المطعن الرابع : وهو معارضة روايتها برواية عمر رضي الله عنه ، فهذه المعارضة تورد من وجهين : أحدهما : قوله : لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا (٣) ، وأن هذا من حكم المرفوع . الثانى : قوله : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لها السكنى والنفقة » (٤) . ونحن نقول : قد أعاد الله أمير المؤمنين من هذا الكلام الباطل الذى لا يصح عنه أبداً .

قال الإمام أحمد : لا يصح ذلك عن عمر (٥) .

وقال أبو الحسن الدارقطنى : بل السنة بيد فاطمة بنت قيس قطعاً ، ومن له إمام بسنة رسول الله ﷺ يشهد شهادة الله أنه لم يكن عند عمر رضي الله عنه سنة عن رسول الله ﷺ أن للمطلقة ثلاثاً السكنى والنفقة ، وعمر كان أتقى لله ، وأحرص على تبليغ سنن رسول الله ﷺ أن تكون هذه السنة عنده ، ثم لا يرويهما أصلاً ، ولا يبينها ولا يبلغها عن رسول الله ﷺ .

وأما حديث حماد بن سلمة عن حماد بن أبى سليمان ، عن إبراهيم ، عن عمر رضي الله عنه ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لها السكنى والنفقة » (٦) ، فنحن نشهد بالله شهادة نسأل عنها إذا لقيناه ، أن هذا كذب على عمر رضي الله عنه وكذب على رسول الله ﷺ ، وينبغى ألا يحمل الإنسان فرط الانتصار للمذاهب والتعصب لها على معارضة سنن رسول الله ﷺ .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٢٩ .

(١) سبق تخريجه ص ٢٣٢ .

(٣) ، (٤) سبق تخريجهما ص ٢٣٩ .

(٥) انظر : معرفة السنن والآثار (١٥٥٤٨) ، وفقح البارى (٩ / ٤٨١) .

(٦) سبق تخريجه ص ٢٣٩ .

الصحيحة الصريحة بالكذب البحت ، فلو يكون هذا عند عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، لخرست فاطمة وذووها ، ولم ينبسوا بكلمة ، ولا دعت فاطمة إلى المناظرة ، ولا احتج إلى ذكر إخراجها لبذاء لسانها ، ولما فات هذا الحديث أئمة الحديث والمصنفين في اللسن والأحكام المنتصرين للسنن فقط لا المذهب ، ولا لرجل ، هذا قبل أن نصل به إلى إبراهيم ، ولو قدر وصولنا بالحديث إلى إبراهيم لانقطع نخاعه ، فإن إبراهيم لم يولد إلا بعد موت عمر رضي الله عنه بسنين ، فإن كان مخبر أخبر به إبراهيم عن عمر رضي الله عنه ، وحسنا به الظن ، كان قد روى له قول عمر رضي الله عنه بالمعنى ، وظن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي حكم بثبوت النفقة والسكنى للمطلقة ، حتى قال عمر رضي الله عنه : لا ندع كتاب ربنا لقول امرأة ، فقد يكون الرجل صالحا ويكون مغفلا ، ليس تحمّل الحديث وحفظه وروايته من شأنه ، وبالله التوفيق .

وقد تناظر في هذه المسألة ميمون بن مهران ، وسعيد بن المسيب ، فذكر له ميمون خبر فاطمة ، فقال سعيد : تلك امرأة فتنت الناس ، فقال له ميمون : لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها به رسول الله صلى الله عليه وسلم ما فتنت الناس ، وإن لنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة ، مع أنها أحرم الناس عليه ليس لها عليه رجعة ، ولا بينهما ميراث . انتهى (١) .

ولا يعلم أحد من الفقهاء - رحمهم الله - إلا وقد احتج بحديث فاطمة بنت قيس هذا ، وأخذ به في بعض الأحكام كمالك ، والشافعي ، وجمهور الأمة يحتجون به في سقوط نفقة المبتوتة إذا كانت حائلا ، والشافعي نفسه احتج به على جواز جمع الثلاث ؛ لأن في بعض ألفاظه : فطلقتي ثلاثا ، وقد بينا أنه إنما طلقها آخر ثلاث كما أخبرت به عن نفسها .

واحتج به من يرى جواز نظر المرأة إلى الرجال .

واحتج به الأئمة كلهم على جواز خطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تكن المرأة قد سكنت إلى الخاطب الأول .

واحتجوا به على جواز بيان ما في الرجل إذا كان على وجه النصيحة لمن استشاره أن يزوجه ، أو يعامله ، أو يسافر معه ، وأن ذلك ليس بغيبية ، واحتجوا به على جواز نكاح القرشية من غير القرشي .

واحتجوا به على وقوع الطلاق في حال غيبة أحد الزوجين عن الآخر ، وأنه لا يشترط حضوره ومواجهته به ، واحتجوا به على جواز التعريض بخطبة المعتدة البائن ، وكانت هذه

الأحكام كلها حاصلة ببركة روايتها ، وصدق حديثها ، فاستتبتها الأمة منها، وعملت بها ، فما بال روايتها ترد في حكم واحد من أحكام هذا الحديث ، وتقبل فيما عداه ؟ ! فإن كانت حفظته ، قبلت في جميعه ، وإن لم تكن حفظته وجب ألا يقبل في شيء من أحكامه وبالله التوفيق .

فإن قيل : بقى عليكم شيء واحد ، وهو أن قوله - سبحانه : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق : ٦] ، إنما هو في البوائن لا في الرجعيات ، بدليل قوله عقيه : ﴿ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لَتَضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] ، فهذا في البائن ، إذ لو كانت رجعية لما قيد النفقة عليها بالحمل ، ولكان عديم التأثير ، فإنها تستحقها حائلا كانت أو حاملا ، والظاهر : أن الضمير في ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ ﴾ هو والضمير في قوله : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ واحد .

فالجواب : أن مورد هذا السؤال إما أن يكون من الموجبين النفقة والسكنى ، أو ممن يوجب السكنى دون النفقة .

فإن كان الأول ، فالآية - على زعمه - حجة عليه ! لأنه - سبحانه - شرط في إيجاب النفقة عليهن كونهن حوامل ، والحكم المعلق على الشرط ينتفى عند انتفائه ، فدل على أن البائن الحائل لا نفقة لها .

فإن قيل : فهذه دلالة على المفهوم ، ولا يقول بها .

قيل : ليس ذلك من دلالة المفهوم ، بل من انتفاء الحكم عند انتفاء شرطه ، فلو بقى الحكم بعد انتفائه ، لم يكن شرطا .

وإن كان ممن يوجب السكنى وحدها فيقال له : ليس في الآية ضمير واحد يخص البائن ، بل ضمائرها نوعان : نوع يخص الرجعية قطعا ، كقوله : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [الطلاق : ٢] ونوع يحتمل أن يكون للبائن ، وأن يكون للرجعية ، وأن يكون لهما ، وهو قوله : ﴿ لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بَيْوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ ﴾ [الطلاق : ١] ، وقوله : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق : ٦] فحمله على الرجعية هو المتعين لتتحد الضمائر ومفسرها ، فلو حمل على غيرها ، لزم اختلاف الضمائر ومفسرها ، وهو خلاف الأصل ، والحمل على الأصل أولى .

فإن قيل : فما الفائدة في تخصيص نفقة الرجعية بكونها حاملا ؟

قيل : ليس في الآية ما يقتضى أنه لا نفقة للرجعية الحائل ، بل الرجعية نوعان ، قد بين الله حكمهما في كتابه : حائل ، فلها النفقة بعقد الزوجية ، إذ حكمها حكم الأزواج ،

وقد قال النبي ﷺ لهند : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » (١) .

وفى سنن أبي داود ، من حديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي ﷺ أنه قال : « إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً » (٢) .
ورواه أيضا من حديث عائشة رضِيَ اللهُ عنها مرفوعا (٣) .

وروى النسائي من حديث جابر بن عبد الله ، قال قال رسول الله ﷺ : « ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء ، فأهلك ، فإن فضل عن أهلك شيء ، فلذى قرابتك ، فإن فضل عن ذى قرابتك ، فهكذا وهكذا » [يقول : بين يديك ، وعن يمينك ، وعن شمالك] (٤) .

وهذا كله تفسير لقوله تعالى : ﴿ وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ ﴾ [النساء : ٣٦] ، وقوله تعالى : ﴿ وَأَتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ ﴾ [الإسراء : ٢٦] فجعل سبحانه حق ذى القربى يلى حق الوالدين ، كما جعله النبي ﷺ سواء بسواء ، وأخبر - سبحانه - أن لذى القربى حقا على قرابته ، وأمر بإتيانه إياه ، فإن لم يكن ذلك حق النفقة ، فلا ندرى أى حق هو ، وأمر تعالى بالإحسان إلى ذى القربى ، ومن أعظم الإساءة أن يراه يموت جوعا وعريا ، وهو قادر على سد خلته وستر عورته ، ولا يطعمه لقمة ، ولا يستر له عورة إلا بأن يقرضه ذلك فى ذمته .

وهذا الحكم من النبي ﷺ مطابق لكتاب الله تعالى حيث يقول : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدٌ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] فأوجب - سبحانه وتعالى - على الوارث مثل ما أوجب على المولود له ، وبمثل هذا الحكم حكم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضِيَ اللهُ عنه ؛ فروى سفيان بن عيينة ، عن ابن جريج ، عن عمرو بن شعيب ، عن سعيد بن المسيب : أن عمر رضِيَ اللهُ عنه حبس عصابة صبي على أن يتفقوا عليه ، الرجال دون النساء (٥) .

وقال عبد الرزاق : حدثنا ابن جريج ، أخبرنى عمرو بن شعيب : أن ابن المسيب

(١) سبق تخريجه ص ٢١٥ .

(٢) أبو داود (٣٥٣٠) فى البيوع ، باب : فى الرجل يأكل من مال ولده .

(٣) أبو داود (٣٥٢٩) فى الكتاب والباب السابقين .

(٤) النسائي (٢٥٤٦) فى الزكاة ، باب : أى الصدقة أفضل ، وما بين المعقوفين منه .

(٥) سعيد بن منصور (٢٢٨٥) فى الطلاق ، باب : الغلام بين الأبوين أيهما أحق به والبيهقى (٤٧٨ / ٧) فى

النفقات ، باب : ما جاء فى قول الله عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ .

أخبره ، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وقف بنى عم على منفوس كلاله بالنفقة عليه مثل العاقلة ، فقالوا : لا مال له ، فقال : ولو ، وقوفهم بالنفقة عليه كهيئة العقل (١) ، قال ابن المديني : قوله : ولو ، أى : ولو لم يكن له مال .

وذكر ابن أبى شيبة ، عن أبى خالد الأحمر ، عن حجاج ، عن عمرو عن سعيد بن المسيب ، قال : جاء ولى يتيم إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فقال : أنفق عليه ، ثم قال : لو لم أجد إلا أقصى عشيرته لفرضت عليهم (٢) . وحكم بمثل ذلك أيضا زيد بن ثابت .

قال ابن أبى شيبة : حدثنا حميد بن عبد الرحمن ، عن حسن ، عن مطرف ، عن إسماعيل ، عن الحسن ، عن زيد بن ثابت ، قال : إذا كان أم وعم ، فعلى الأم بقدر ميراثها ، وعلى العم بقدر ميراثه (٣) ولا يعرف لعمر وزيد مخالف فى الصحابة البتة .

وقال ابن جريج : قلت لعطاء : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] ، قال : على ورثة اليتيم أن ينفقوا عليه كما يرثونه ، قلت له : أيجس وارث المولود إن لم يكن للمولود مال ؟ قال : أفيدعه يموت ؟ (٤) . وقال الحسن : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ قال : على الرجل الذى يرث أن ينفق عليه حتى يستغنى . وبهذا فسر الآية جمهور السلف . منهم : قتادة ، ومجاهد ، والضحاك ، وزيد بن أسلم ، وشريح القاضى ، وقبيصة بن ذؤيب ، وعبد الله بن عتبة بن مسعود ، وإبراهيم النخعى ، والشعبى ، وأصحاب ابن مسعود ومن بعدهم : سفيان الثورى ، وعبد الرزاق ، وأبو حنيفة وأصحابه ، ومن بعدهم : أحمد ، وإسحاق ، وداود وأصحابهم .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على عدة أقوال :

أحدها : أنه لا يجبر أحد على نفقة أحد من أقاربه ، وإنما ذلك بر وصلة ، وهذا مذهب يعزى إلى الشعبى . قال عبد بن حميد الكشى : حدثنا قبيصة ، عن سفيان الثورى ، عن أشعث ، عن الشعبى ، قال : ما رأيت أحدا أجبر أحدا على أحد ، يعنى على نفقته (٥) . وفى إثبات هذا المذهب بهذا الكلام نظر ، والشعبى أفقه من هذا ، والظاهر أنه أراد : أن الناس كانوا أتقى لله من أن يحتاج الغنى أن يجيره الحاكم على

(١) عبد الرزاق (١٢١٨١) فى الطلاق ، باب : الرضاع ومن يجبر عليه .

(٢) ابن أبى شيبة (٥ / ٢٤٤ ، ٢٤٥) فى الطلاق ، باب : فى قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ .

(٣) ابن أبى شيبة (٥ / ٢٤٧) فى الكتاب والباب السابقين .

(٤) عبد الرزاق (١٢١٧٩ ، ١٢١٨٠) فى الطلاق ، باب : الرضاع ومن يجبر عليه .

(٥) المحلى (٩ / ٢٦٧) فى النفقات على الاقارب .

الإتفاق على قريبه المحتاج ، فكان الناس يكتبون بإيجاب الشرع عن إيجاب الحاكم أو إجباره .

المذهب الثاني : أنه يجب عليه النفقة على أبيه الأدنى ، وأمه التي ولدته خاصة ، فهذان الأبوان يجبر الذكر والأنثى من الولد على النفقة عليهما إذا كانا فقيرين ، فأما نفقة الأولاد ، فالرجل يجبر على نفقة ابنه الأدنى حتى يبلغ فقط ، وعلى نفقة بنته الدنيا حتى تزوج ، ولا يجبر على نفقة ابن ابنه ، ولا بنت ابنه وإن سفلا ، ولا تجبر الأم على نفقة ابنتها وابنتها ولو كانا في غاية الحاجة والأم في غاية الغنى ، ولا تجب على أحد النفقة على ابن ابن ، ولا جد ، ولا أخ ، ولا أخت ، ولا عم ، ولا عمة ، ولا خال ، ولا خالة ، ولا أحد من الأقارب البتة سوى ما ذكرنا . وتجب النفقة مع اتحاد الدين واختلافه حيث وجبت ، وهذا مذهب مالك ، وهو أضيق المذاهب في النفقات .

المذهب الثالث : أنه تجب نفقة عمودى النسب خاصة ، دون من عداهم ، مع اتفاق الدين ، ويسار المنفق ، وقدرته ، وحاجة المنفق عليه ، وعجزه عن الكسب بصغر أو جنون أو زمانة إن كان من العمود الأسفل .

وإن كان من العمود الأعلى : فهل يشترط عجزهم عن الكسب ؟ على قولين . ومنهم من طرد القولين أيضا في العمود الأسفل . فإذا بلغ الولد صحيفا ، سقطت نفقته ذكرا كان أو أنثى ، وهذا مذهب الشافعي ، وهو أوسع من مذهب مالك .

المذهب الرابع : أن النفقة تجب على كل ذى رحم محرم لذى رحمه ؛ فإن كان من الأولاد وأولادهم ، أو الآباء والأجداد ، وجبت نفقتهم مع اتحاد الدين واختلافه . وإن كان من غيرهم ، لم تجب إلا مع اتحاد الدين ، فلا يجب على المسلم أن ينفق على ذى رحمه الكافر .

ثم إنما تجب النفقة بشرط قدرة المنفق وحاجة المنفق عليه . فإن كان صغيرا اعتبر فقره فقط ، وإن كان كبيرا : فإن كان أنثى ، فكذلك ، وإن كان ذكرا ، فلا بد مع فقره من عماه أو زمانته ، فإن كان صحيفا بصيرا لم تجب نفقته ، وهى مرتبة عنده على الميراث إلا في نفقة الولد ، فإنها على أبيه ، خاصة على المشهور من مذهبه .

وروى عن الحسن بن زياد اللؤلؤى : أنها على أبويه خاصة بقدر ميراثهما طردا للقياس ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، وهو أوسع من مذهب الشافعي .

المذهب الخامس : أن القريب إن كان من عمودى النسب وجبت نفقته مطلقا ، سواء

كان وارثاً أو غير وارث ، وهل يشترط اتحاد الدين بينهم ؟ على روايتين ، وعنه رواية أخرى : أنه لا تجب نفقتهم إلا بشرط أن يرثهم بفرض أو تعصيب كسائر الأقارب . وإن كان من غير عمودى النسب ، وجبت نفقتهم بشرط أن يكون بينه وبينهم توارث . ثم هل يشترط أن يكون التوارث من الجانبين ، أو يكفى أن يكون من أحدهما ؟ على روايتين . وهل يشترط ثبوت التوارث فى الحال ، أو أن يكون من أهل الميراث فى الجملة ؟ على روايتين : فإن كان الأقارب من ذوى الأرحام الذين لا يرثون ، فلا نفقة لهم على المنصوص عنه ، وخرج بعض أصحابه وجوبها عليهم من مذهبه من توارثهم ، ولا بد عنده من اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه حيث وجبت النفقة إلا فى عمودى النسب فى إحدى الروايتين . فإن كان الميراث بغير القرابة ، كالولاء وجبت النفقة به فى ظاهر مذهبه على الوارث دون الموروث، وإذا لزمته نفقة رجل لزمته نفقة زوجته فى ظاهر مذهبه . وعنه : لا تلزمه . وعنه : تلزمه فى عمودى النسب خاصة دون من عداهم . وعنه : تلزمه لزوجة الأب خاصة .

ويلزمه إعفاف عمودى نسبه بتزويج أو تسر إذا طلبوا ذلك .

قال القاضى أبو يعلى : وكذلك يجيء فى كل من لزمته نفقته : أخ ، أو عم ، أو غيرهما يلزمه إعفاهه ؛ لأن أحمد - رحمه الله - قد نص فى العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك ، وإلا بيع عليه، وإذا لزمه إعفاف رجل لزمه نفقة زوجته ؛ لأنه لا تمكن من الإعفاف إلا بذلك ، وهذه غير المسألة المتقدمة ، وهو وجوب الإنفاق على زوجة المنفق عليه ، ولهذه مأخذ ، ولتلك مأخذ، وهذا مذهب الإمام أحمد ، وهو أوسع من مذهب أبى حنيفة ، وإن كان مذهب أبى حنيفة أوسع منه من وجه آخر حيث يوجب النفقة على ذوى الأرحام وهو الصحيح فى الدليل ، وهو الذى تقتضيه أصول أحمد ونصوصه وقواعد الشرع ، وصلة الرحم التى أمر الله أن توصل ، وحرمة الجنة على كل قاطع رحم ، فالنفقة تستحق بشيئين : بالميراث بكتاب الله ، وبالرحم بسنة رسول الله ﷺ . وقد تقدم أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه حبس عصابة صبى أن ينفقوا عليه ، وكانوا بنى عمه (١) ، وتقدم قول زيد ابن ثابت : إذا كان عم وأم فعلى العم بقدر ميراثه ، وعلى الأم بقدر ميراثها (٢) ، فإنه لا مخالف لهما فى الصحابة البتة ، وهو قول جمهور السلف ، وعليه يدل قوله تعالى : ﴿ وَأَتِذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ ﴾ [الإسراء : ٢٦] ، وقوله تعالى : ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ ﴾ [النساء : ٣٦] ، وقد

(٢) سبق تخريجه ص ٢٤٨ .

(١) سبق تخريجه ص ٢٤٧ .

أوجب النبي ﷺ العطية للأقارب ، وصرح بأنسابهم ، فقال : « وأختك وأخاك ، ثم أذنك فأذنك ، حق واجب ورحم موصولة » (١) .

فإن قيل : فالمراد بذلك البر والصلة دون الوجوب .

قيل : يرد هذا أنه سبحانه أمر به وسماه حقا ، وأضافه إليه بقوله : ﴿ حَقُّهُ ﴾ ، وأخبر النبي ﷺ بأنه حق ، وأنه واجب ، وبعض هذا ينادى على الوجوب جهارا .
فإن قيل : المراد بحقه ترك قطيعته .

فالجواب : من وجهين :

أحدهما : أن يقال : فأى قطيعة أعظم من أن يراه يتلظى جوعا وعطشا ، ويتأذى غاية الأذى بالحر والبرد ، ولا يطعمه لقمة ، ولا يسقيه جرعة ، ولا يكسوه ما يستر عورته ويقيه الحر والبرد ، ويسكنه تحت سقف يظله ، هذا وهو أخوه ابن أمه وأبيه ، أو عمه صنو أبيه ، أو خالته التى هى أمه ، إنما يجب عليه من ذلك ما يجب بذله للأجنبى البعيد ، بأن يعاوضه على ذلك فى الذمة إلى أن يوسر ، ثم يسترجع به عليه ، هذا مع كونه فى غاية اليسار والجدة ، وسعة الأموال . فإن لم تكن هذه قطيعة ، فإننا لا ندرى ما هى القطيعة المحرمة ، والصلة التى أمر الله بها ، وحرم الجنة على قاطعها .

الوجه الثانى : أن يقال : فما هذه الصلة الواجبة التى نادى عليها النصوص ، وبالغت فى إيجابها ، وذمت قاطعها ؟ فأى قدر زائد فيها على حق الأجنبى حتى تعقله القلوب ، وتخبر به الألسنة ، وتعمل به الجوارح ؟ أهو السلام عليه إذا لقيه ، وعيادته إذا مرض . وتشميته إذا عطس ، وإجابته إذا دعاه ، وإنكم لا توجبون شيئا من ذلك إلا ما يجب نظيره للأجنبى على الأجنبى ؟ وإن كانت هذه الصلة ترك ضربه وسبه وأذاه والإزراء به ، ونحو ذلك ، فهذا حق يجب لكل مسلم على كل مسلم ، بل للذمى البعيد على المسلم . فما خصوصية صلة الرحم الواجبة ؟ ولهذا كان بعض فضلاء المتأخرين يقول : أعيانى أن أعرف صلة الرحم الواجبة .

ولما أورد الناس هذا على أصحاب مالك ، وقالوا لهم : ما معنى صلة الرحم عندكم ؟ صنف بعضهم فى صلة الرحم كتابا كبيرا ، وأوعب فيه من الآثار المرفوعة والموقوفة ، وذكر جنس الصلة وأنواعها وأقسامها ، ومع هذا فلم يتخلص من هذا الإلزام ، فإن الصلة معروفة يعرفها الخاص والعام ، والآثار فيها أشهر من العلم ، ولكن ما الصلة التى تختص

بها الرحم ، وتجب له الرحمة ، ولا يشاركه فيها الأجنبي ؟ فلا يمكنكم أن تعينوا وجوب شيء إلا وكانت النفقة أوجب منه ، ولا يمكنكم أن تذكروا مسقطا لوجوب النفقة إلا وكان ما عداها أولى بالسقوط منه ، والنبى ﷺ قد قرن حق الأخ والأخت بالأب والأم ، فقال : « أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك فأدناك » (١) ، فما الذى نسخ هذا ، وما الذى جعل أوله للوجوب ، وآخره للاستحباب ؟ وإذا عرف هذا ، فليس من بر الوالدين أن يدع الرجل أباه يكنس الكنف ، ويكارى على الحمر ، ويوقد فى أتون الحمام ، ويحمل للناس على رأسه ما يتقوت بأجرته ، وهو فى غاية الغنى واليسار ، وسعة ذات اليد ، وليس من بر أمه أن يدعها تخدم الناس ، وتغسل ثيابهم ، وتسقى لهم الماء ونحو ذلك ، ولا يصونها بما ينفقه عليها ، ويقول : الأبوان مكتسبان صحيحان ، وليسا بزمنين ولا أعميين ، فيالله العجب ! أين شرط الله ورسوله فى بر الوالدين ، وصلة الرحم أن يكون أحدهم زنا أو أعمى !؟ وليست صلة الرحم ولا بر الوالدين موقوفة على ذلك شرعا ولا لغة ولا عرفا ، وباللغة التوفيق (٢) .

حيلة للتخلص من نفقة المبتوتة وسكانها

إذا وقعت الفرقة البائنة بين الزوجين لم تجب لها عليه نفقة ولا سكنى بسنة رسول الله ﷺ الصحيحة الصريحة ، فإن خاف أن ترفعه إلى حاكم يرى وجوب ذلك عليه ، فالحيلة أن يتغيب مدة العدة ، فإذا رفعته بعد ذلك لم يحكم بها عليه ؛ لأنها تسقط عنه بمضى الزمان ، كما يقوله الأكثرون فى نفقة القريب ، وكما هو متفق عليه فى نفقة العبد والحيوان البهيم ، ولا كراهة فى هذه الحيلة ؛ لأنها وسيلة إلى إسقاط ما أسقطه الله ورسوله ، بخلاف الحيلة على إسقاط ما أوجبه الله ورسوله ، فهذه لون وتلك لون ، فإذا لم تمكنه الغيبة وأمكنه أن يرفعها إلى الحاكم يحكم بسقوط ذلك فعل .

والحيلة فى أن يتوصل إلى حكم حاكم بذلك أن ينشئ الطلاق أو يقر به بحضرته ، ثم يسأله الحكم بما يراه من سقوط النفقة والسكنى بهذه الفرقة ، مع علمه باختلاف العلماء فى ذلك ، فإن بدرته إلى حاكم يرى وجوبها فقد ضاقت عليه وجوه الحيل ، ولم يبق له إلا حيلة واحدة ، وهى دعواه أنها كانت بانة منه قبل ذلك بمدة تزيد على انقضاء عدتها وأنه نسي سبب البينونة . وهذه الحيلة تدخل فى قسم التوصل إلى الجائز بالمحذور (٣) .

(٢) زاد المعاد (٥ / ٥٢٢ - ٥٥١) .

(١) سبق تخريجه ص ٢٤٦ .

(٣) إعلام الموقعين (٣ / ٤٩٠) .

هل للملاعنة نفقة ؟

إنها لا نفقة لها عليه ولا سكنى ، كما قضى به رسول الله ﷺ ، وهذا موافق لحكمه في المبتوتة التي لا رجعة لزوجها عليها ، وأنه موافق لكتاب الله ، لا مخالف له ، بل سقوط النفقة والسكنى للملاعنة أولى من سقوطها للمبتوتة ؛ لأن المبتوتة له سبيل إلى أن ينكحها في عدتها ، وهذه لا سبيل له إلى نكاحها لا في العدة ولا بعدها ، فلا وجه أصلا لوجوب نفقتها وسكناها ، وقد انقطعت العصمة انقطاعا كلياً .

فأقضيته ﷺ يوافق بعضها بعضاً ، وكلها توافق كتاب الله والميزان الذي أنزله ليقوم الناس بالقياس الصحيح .

وقال مالك والشافعي : لها السكنى . وأنكر القاضي إسماعيل بن إسحاق هذا القول إنكاراً شديداً .

وقوله (١) : « من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها » (٢) لا يدل مفهومه على أن كل مطلقة ومتوفى عنها لها النفقة والسكنى ، وإنما يدل على أن هاتين الفرقتين قد يجب معهما نفقة وسكنى وذلك إذا كانت المرأة حاملاً ، فلها ذلك في فرقة الطلاق اتفاقاً ، وفي فرقة الموت ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا نفقة لها ولا سكنى ، كما لو كانت حائلاً ، وهذا مذهب أبي حنيفة وأحمد في إحدى روايتيه ، والشافعي في أحد قوليه ، لزوال سبب النفقة بالموت على وجه لا يرجى عوده ، فلم يبق إلا نفقة قريب ، فهي في مال الطفل إن كان له مال ، وإلا فعلى من تلزمه نفقته من أقاربه .

والثاني : أن لها النفقة والسكنى في تركته تقدم بها على الميراث ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد ؛ لأن انقطاع العصمة بالموت لا يزيد على انقطاعها بالطلاق البائن ، بل انقطاعها بالطلاق أشد ، ولهذا تغسل المرأة زوجها بعد موته عند جمهور العلماء حتى المطلقة الرجعية عند أحمد ومالك في إحدى الروايتين عنه ، فإذا وجبت النفقة والسكنى للبائن الحامل ، فوجوبها للمتوفى عنها زوجها أولى وأحرى .

والثالث : أن لها السكنى دون النفقة حاملاً كانت أو حائلاً ، وهذا قول مالك وأحمد

(٢) سبق تخريجه ص ٢٣١ .

(١) أى : ابن عباس رضيهما .

قولى الشافعى ، إجراء لها مجرى المبتوتة فى الصحة ، وليس هذا موضع بسط هذه المسائل وذكر أدلتها ، والتميز بين راجحها ومرجوحها ؛ إذ المقصود أن قوله : « من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها » إنما يدل على أن المطلقة والمتوفى عنها قد يجب لهما القوت والبيت فى الجملة ، فهذا إن كان هذا الكلام من كلام الصحابى ، والظاهر - والله أعلم - أنه مدرج من قول الزهرى (١) .

الرد على من قال للمبتوتة النفقة والسكنى

وجمعتم (٢) بين ما فرق الله بينه من إيجاب النفقة والسكنى للمبتوتة ، وجعلتموها كالزوجة ، وفرقتم بين ما جمع الله ورسوله بينه من ملازمة الرجعية المعتدة ، والمتوفى عنها زوجها منزلها حيث يقول تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ ﴾ [الطلاق : ١] .
وحيث أمر النبى ﷺ المتوفى عنها أن تمكث فى بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله (٣) (٤) .

وأيضاً

أو يسأل (٥) عن المطلقة المبتوتة : هل لها نفقة وسكنى ؟ فيقول : نعم لها النفقة والسكنى ، وصاحب الشرع يقول : لا نفقة لها ولا سكنى (٦) (٧) .

(١) زاد المعاد (٥ / ٣٩٦ ، ٣٩٧) .

(٢) فى بيان تناقض القياسيين .

(٣) أبو داود (٢٣٠٠) فى الطلاق ، باب : فى المتوفى عنها تنتقل ، والترمذى (١٢٠٤) فى الطلاق ، باب : ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، والنسائى (٣٥٢٨) فى الطلاق ، باب : مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تمحل ، وابن ماجه (٢٠٣١) فى الطلاق ، باب : أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، والدارمى (١٦٨ / ٢) فى الطلاق ، باب : خروج المتوفى عنها زوجها ، ومالك فى الموطأ (٥٩١ / ٢) فى الطلاق ، باب : مقام المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى تمحل ، وأحمد (٣٧٠ / ٦) .

(٤) إعلام الموقعين (١ / ٣٢٦) فى رده على منكرى السنة .

(٥) أى : المفتى بما يخالف السنة .

(٦) وذلك فى الحديث الذى سبق تخريجه ص ٢٣٠ .

(٧) إعلام الموقعين (٤ / ٣٠٧) .

باب

حكم رسول الله ﷺ في تمكين المرأة من

فراق زوجها إذا أعسر بنفقتها

روى البخارى فى صحيحه ، من حديث أبى هريرة رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ : « أفضل الصدقة ما ترك غنى - وفى لفظ : ما كان عن ظهر غنى - واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول » ، تقول المرأة : إما أن تطعمنى ، وإما أن تطلقنى ، ويقول العبد : أطعمنى واستعملى ، ويقول الولد : أطعمنى ، إلى من تدعنى ؟ قالوا : يا أبا هريرة ، سمعت هذا من رسول الله ﷺ ؟ قال : لا ، هذا من كيس أبى هريرة (١) .

وذكر النسائى هذا الحديث فى كتابه وقال فيه : « وابدأ بمن تعول » ، فقيل : من أعول يا رسول الله ؟ قال : « امرأتك تقول : أطعمنى وإلا فارقنى ، خادمك يقول : أطعمنى واستعملنى ، ولدك يقول : أطعمنى إلى من تتركنى ؟ » . وهذا فى جميع نسخ كتاب النسائى ، هكذا ، وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب ، عن محمد بن عجلان ، عن زيد ابن أسلم ، عن أبى صالح ، عن أبى هريرة رضي الله عنه (٢) ، وسعيد ومحمد ثقتان .

وقال الدارقطنى : حدثنا أبو بكر الشافعى ، حدثنا محمد بن بشر بن مطر ، حدثنا شيبان بن فروخ ، حدثنا حماد بن سلمة ، عن عاصم ، عن أبى صالح ، عن أبى هريرة ، أن النبى ﷺ قال : « المرأة تقول لزوجها : أطعمنى أو طلقنى » الحديث (٣) .

وقال الدارقطنى : حدثنا عثمان بن أحمد بن السماك ، وعبد الباقي بن قانع ، وإسماعيل ابن على ، قالوا : أخبرنا أحمد بن على الخزاز ، حدثنا إسحاق بن إبراهيم الباوردى ، حدثنا إسحاق بن منصور ، حدثنا حماد بن سلمة ، عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب ، فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، قال : يفرق بينهما (٤) . وبهذا الإسناد إلى حماد بن سلمة ، عن عاصم بن بهدلة ، عن أبى صالح ، عن أبى هريرة رضي الله عنه ، عن النبى ﷺ مثله (٥) .

(١) البخارى (٥٣٥٥ ، ٥٣٥٦) فى النفقات ، باب : وجوب النفقة على الأهل والعيال .

(٢) النسائى فى الكبرى (٩٢١١) فى عشرة النساء ، باب : إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته هل يخيّر امرأته .

(٣) الدارقطنى (٢٩٧ / ٣) رقم (١٩١) فى النكاح .

(٤) الدارقطنى (٢٩٧ / ٣) رقم (١٩٣) فى النكاح .

(٥) الدرطنى (٢٩٧ / ٣) رقم (١٩٤) فى النكاح .

وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا سفيان ، عن أبى الزناد ، قال : سألت سعيد ابن المسيب . عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال : نعم ، قلت : سنّة ؟ قال : سنة (١) .

وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ ، فغاياته أن يكون من مراسيل سعيد بن المسيب .

واختلف الفقهاء فى حكم هذه المسألة على أقوال :

أحدها : أنه يجبر على أن ينفق أو يطلق ، روى سفيان عن يحيى بن سعيد الأنصارى ، عن ابن المسيب ، قال : إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته ، أجبر على طلاقها (٢) .

الثانى : إنما يطلقها عليه الحاكم ، وهذا قول مالك ، لكنه قال : يؤجل فى عدم النفقة شهرا ونحوه ، فإن انقضى الأجل وهى حائض ، أخر حتى تطهر ، وفى الصداق عامين ، ثم يطلقها عليه الحاكم طلقة رجعية ، فإن أيسر فى العدة ، فله ارتجاعها ، وللشافعى قولان :

أحدهما : أن الزوجة تخير إن شاءت أقامت معه ، وتبقى نفقة المعسر دينا لها فى ذمته قال أصحابه : هذا إذا أمكنته من نفسها ، وإن لم تمكنه ، سقطت نفقتها ، وإن شاءت ، فسخت النكاح .

والقول الثانى : ليس لها أن تفسخ ، لكن يرفع الزوج يده عنها لتكتسب ، والمذهب أنها تملك الفسخ .

قالوا : وهل هو طلاق أو فسخ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه طلاق ، فلا بد من الرفع إلى القاضى حتى يلزمه أن يطلقها أو ينفق ، فإن أبى طلق الحاكم عليه طلقة رجعية ، فإن راجعها ، طلق عليه ثانية ، فإن راجعها ، طلق عليه ثالثة .

والثانى : أنه فسخ ، فلا بد من الرفع إلى الحاكم ليثبت الإعسار ، ثم تفسخ هى ، وإن اختارت المقام ، ثم أرادت الفسخ ، ملكته ؛ لأن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم .

وهل تملك الفسخ فى الحال أولا تملكه إلا بعد مضى ثلاثة أيام ؟ فيه قولان . الصحيح عندهم : الثانى .

(١) سعيد بن منصور (٢٠٢٢) فى الطلاق ، باب : ما جاء فى الرجل إذا لم يجد ما ينفق على امرأته .

(٢) عبد الرزاق (١٢٣٥٦) فى الطلاق ، باب : الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته .

قالوا : فلو وجد في اليوم الثالث نفقتها وتعذر عليه نفقة اليوم الرابع ، فهل يجب استئناف هذا الإمهال ؟ فيه وجهان . وقال حماد بن أبي سليمان : يؤجل سنة ثم يفسخ قياسا على العنين . وقال عمر بن عبد العزيز : يضرب له شهر أو شهران . وقال مالك : الشهر ونحوه . وعن أحمد روايتان : إحداهما ، وهى ظاهر مذهبه : أن المرأة تخير بين المقام معه وبين الفسخ . فإن اختارت الفسخ رفعتة إلى الحاكم ، فيخير الحاكم بين أن يفسخ عليه أو يجبره على الطلاق ، أو يأذن لها فى الفسخ ، فإن فسخ أو أذن فى الفسخ ، فهو فسخ لا طلاق ولا رجعة له ، وإن أيسر فى العدة . وإن أجبره على الطلاق ، فطلق رجعيا ، فله رجعتها ، فإن راجعها وهو معسر ، أو امتنع من الإنفاق عليها ، فطلبت الفسخ ، فسخ عليه ثانيا وثالثا ، وإن رضيت المقام معه مع عسرتة ، ثم بدا لها الفسخ ، أو تزوجته عالمة بعسرتة ، ثم اختارت الفسخ ، فلها ذلك .

قال القاضى : وظاهر كلام أحمد : أنه ليس لها الفسخ فى الموضعين ، ويبطل خيارها ، وهو قول مالك ؛ لأنها رضيت بعيبه ، ودخلت فى العقد عالمة به ، فلم تملك الفسخ ، كما لو تزوجت عينا عالمة بعنته . وقالت بعد العقد : قد رضيت به عينا . وهذا الذى قاله القاضى هو مقتضى المذهب والحجة .

والذين قالوا : لها الفسخ - وإن رضيت بالمقام - قالوا : حقها متجدد كل يوم ، فيتجدد لها الفسخ بتجدد حقها ، قالوا : ولأن رضاها يتضمن إسقاط حقها فيما لم يجب فيه من الزمان ، فلم يسقط كإسقاط الشفعة قبل البيع .

قالوا : وكذلك لو أسقطت النفقة المستقبلية ، لم تسقط ، وكذلك لو أسقطتها قبل العقد جملة ورضيت بلا نفقة ، وكذلك لو أسقطت المهر قبله ، لم يسقط ، وإذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به .

والذين قالوا بالسقوط أجابوا عن ذلك بأن حقها فى الجماع يتجدد ، ومع هذا إذا أسقطت حقها من الفسخ بالعنة سقط ، ولم تملك الرجوع فيه .

قالوا : وقياسكم ذلك على إسقاط نفقتها قياسا على أصل غير متفق عليه ، ولا ثابت بالدليل ، بل الدليل يدل على سقوط الشفعة بإسقاطها قبل البيع ، كما صح عن النبى ﷺ أنه قال : « لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن باعه ولم يؤذنه ، فهو أحق بالبيع »^(١) ، وهذا صريح فى أنه إذا أسقطها قبل البيع لم يملك طلبها بعده ، وحينئذ فيجعل

(١) مسلم (١٦٠٨ / ١٣٤) فى المساقاة ، باب : الشفعة ، والنسائى (٤٦٤٦) فى البيوع ، باب : بيع المشاع .

هذا أصلاً لسقوط حقها من النفقة بالإسقاط ، ونقول : خيار لدفع الضرر ، فسقط بإسقاطه قبل ثبوته ، كالثففة ، ثم ينتقض هذا بالعيب فى العين المؤجرة ، فإن المستأجر إذا دخل عليه ، أو علم به ، ثم اختار ترك الفسخ ، لم يكن له الفسخ بعد هذا ، وتجدد حقه بالانتفاع كل وقت ، كتجدد حق المرأة من النفقة سواء ولا فرق ، وأما قوله : لو أسقطها قبل النكاح ، أو أسقط المهر قبله ، لم يسقط ، فليس إسقاط الحق قبل انعقاد سببه بالكلية كإسقاطه بعد انعقاد سببه ، هذا إن كان فى المسألة إجماع ، وإن كان فيها خلاف ، فلا فرق بين الإسقاطين ، وسويتنا بين الحكيمين ، وإن كان بينهما فرق امتنع القياس .

وعنه رواية أخرى : ليس لها الفسخ ، وهذا قول أبى حنيفة وصاحبيه .

وعلى هذا لا يلزمها تمكينه من الاستمتاع ؛ لأنه لم يسلم إليها عوضه ، فلم يلزمها تسليمه ، كما لو أعسر المشتري بئمن المبيع ، لم يجب تسليمه إليه ، وعليه تخلية سبيلها لتكتسب لها ، وتحصل ما تنفقه على نفسها ؛ لأن فى حبسها بغير نفقة إضراراً بها .

فإن قيل : فلو كانت موسرة ، فهلا يملك حبسها ؟

قيل : قد قالوا أيضاً : لا يملك حبسها ؛ لأنه إنما يملكه إذا كفاها المؤنة ، وأغناها عما لا بد لها منه من النفقة والكسوة ، ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب له عليها ، فإذا انتفى هذا وهذا لم يملك حبسها ، وهذا قول جماعة من السلف والخلف .

ذكر عبد الرزاق عن ابن جريج قال : سألت عطاء عمن لا يجد ما يصلح امرأته من النفقة ؟ قال : ليس لها إلا ما وجدت ، ليس لها أن يطلقها (١) .

وروى حماد بن سلمة ، عن جماعة ، عن الحسن البصرى أنه قال فى الرجل يعجز عن نفقة امرأته : قال : تواسيه وتتقى الله وتصبر ، وينفق عليها ما استطاع (٢) .

وذكر عبد الرزاق ، عن معمر ، قال : سألت الزهرى عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال تستأنى به ولا يفرق بينهما ، وتلا : ﴿ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ (٧) [الطلاق] . قال معمر : وبلغنى عن عمر بن عبد العزيز مثل قول الزهرى سواء (٣) .

وذكر عبد الرزاق ، عن سفیان الثورى ، فى المرأة يعسر زوجها بنفقتها : قال : هى امرأة

(١) عبد الرزاق (١٢٣٥٤) فى الطلاق ، باب : الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته .

(٢) المحلى (٩ / ٢٦١) فى أحكام النفقات .

(٣) عبد الرزاق (١٢٣٥٥) فى الطلاق ، باب : الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته .

ابتليت ، فلتصبر ولا تأخذ بقول من فرق بينهما (١) .

قلت : عن عمر بن عبد العزيز ثلاث روايات ، هذه إحداها .

والثانية : روى ابن وهب ، عن عبد الرحمن بن أبي الزناد ، عن أبيه ، قال : شهدت عمر بن عبد العزيز يقول لزوج امرأة شكت إليه أنه لا ينفق عليها : اضربوا له أجلا شهرا أو شهرين ، فإن لم ينفق عليها إلى ذلك الأجل ، فرقوا بينه وبينها (٢) .

والثالثة : ذكر ابن وهب ، عن ابن لهيعة ، عن محمد بن عبد الرحمن ، أن رجلا شكى إلى عمر بن عبد العزيز بأنه أنكح ابنته رجلا لا ينفق عليها ، فأرسل إلى الزوج ، فأتى ، فقال : أنكحنى وهو يعلم أنه ليس لى شىء ، فقال عمر : أنكحته وأنت تعرفه ؟ قال : نعم . قال : فما الذى أصنع ؟ اذهب بأهلك (٣) .

والقول بعدم التفريق مذهب أهل الظاهر كلهم ، وقد تناظر فيها مالك وغيره ، فقال مالك : أدركت الناس يقولون : إذا لم ينفق الرجل على امرأته فرق بينهما . فقيل له : قد كانت الصحابة رضي الله عنهم يعسرون ويحتاجون ، فقال مالك : ليس الناس اليوم كذلك ، إنما تزوجته رجاء .

ومعنى كلامه : أن نساء الصحابة رضي الله عنهم كن يردن الدار الآخرة ، وما عند الله ، ولم يكن مرادهن الدنيا ، فلم يكن يبالي بعسر أزواجهن ؛ لأن أزواجهن كانوا كذلك . وأما النساء اليوم ، فإنما يتزوجن رجاء دنيا الأزواج ونفقتهم وكسوتهم ، فالمرأة إنما تدخل اليوم على رجاء الدنيا ، فصار هذا المعروف كالمشروط فى العقد ، وكان عرف الصحابة ونسائهم كالمشروط فى العقد ، والشرط العرفى فى أصل مذهبه ، كاللفظى ، وإنما أنكروا على مالك كلامه هذا من لم يفهمه ويفهم غوره .

وفى المسألة مذهب آخر : وهو أن الزوج إذا أعسر بالنفقة ، حبس حتى يجد ما ينفقه ، وهذا مذهب حكاه الناس عن ابن حزم ، وصاحب « المغنى » وغيرهما عن عبيد الله بن الحسن العنبرى قاضى البصرة (٤) .

ويا لله العجب ! لأى شىء يسجن ويجمع عليه بين عذاب السجن وعذاب الفقر ، وعذاب البعد عن أهله ؟ سبحانك هذا بهتان عظيم ، وما أظن من شم رائحة العلم يقول هذا .

(١) عبد الرزاق (١٢٣٥٦) فى الكتاب والباب السابقين .

(٢) ابن حزم (٩ / ٢٥٨) .

(٣) ابن حزم (٩ / ٢٥٧) .

(٤) المغنى (١١ / ٣٦١) والمحلى (٩ / ٢٥٦) .

وفي المسألة مذهب آخر : وهو أن المرأة تكلف الإنفاق عليه إذا كان عاجزا عن نفقة نفسه ، وهذا مذهب أبي محمد ابن حزم ، وهو خير بلا شك من مذهب العنبري .

قال في « المحلى » : فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه ، وامراته غنية ، كلفت النفقة عليه ، ولا ترجع [عليه] بشيء من ذلك إن أيسر ، برهان ذلك قول الله - عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] فالزوجة وارثة ، فعليها النفقة بنص القرآن (١) .

ويا عجباً لأبى محمد ! لو تأمل سياق الآية ، لتبين له منها خلاف ما فهمه ، فإن الله سبحانه قال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ وهذا ضمير الزوجات بلا شك ، ثم قال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ، فجعل سبحانه على وارث المولود له ، أو وارث الولد من رزق الواليدات وكسوتهن بالمعروف مثل ما على الموروث ، فأين في الآية نفقة على غير الزوجات حتى يحمل عمومها على ما ذهب إليه ؟

واحتج من لم ير الفسخ بالإعسار بقوله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ﴾ [الطلاق : ٧] قالوا : وإذا لم يكلفه الله النفقة في هذه الحال ، فقد ترك ما لا يجب عليه ، ولم يأثم بتركه ، فلا يكون سبباً لتفريق بينه وبين حبه وسكنه وتعذيبه بذلك .

قالوا : وقد روى مسلم في صحيحه ، من حديث أبي الزبير، عن جابر: دخل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على رسول الله ﷺ، فوجداه جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا ، فقال أبو بكر: يا رسول الله ، لو رأيت بنت خارجة يسألتني النفقة فقممت إليها ، فوجأت عنقها ، فضحك رسول الله ﷺ وقال : « هن حولى كما ترى يسألنني النفقة » . فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها ، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها ، كلاهما يقول : تسألن رسول الله ﷺ ما ليس عنده ، فقلن : والله لا نسأل رسول الله ﷺ شيئا أبدا ما ليس عنده ، ثم اعتزلهن رسول الله ﷺ شهرا وذكر الحديث (٢) .

قالوا : فهذا أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يضربان ابنتيهما بحضرة رسول الله ﷺ إذ سألاه

(١) ابن حزم (٩ / ٢٥٤) وما بين المعقوفين منه حتى يتم المعنى .

(٢) مسلم (١٤٧٨) فى الطلاق ، باب : بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية .

نفقة لا يجدها . ومن المحال أن يضربا طالبتين للحق ، ويقرهما رسول الله ﷺ على ذلك . فدل على أنه لا حق لهما فيما طلبتا من النفقة في حال الإعسار ، وإذا كان طلبهما لها باطلا ، فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه ، ولا يحل لها ، وقد أمر الله - سبحانه - صاحب الدين أن ينظر المعسر إلى الميسرة ، وغاية النفقة أن تكون ديناً ، والمرأة مأمورة بإنظار الزوج إلى الميسرة بنص القرآن .

هذا إن قيل : تثبت في ذمة الزوج ، وإن قيل : تسقط بمضى الزمان ، فالفسخ أبعد وأبعد .

قالوا : فالله تعالى أوجب على صاحب الحق الصبر على المعسر ، وندبه إلى الصدقة بترك حقه ، وما عدا هذين الأمرين ، فجور لم يبحه له ، ونحن نقول لهذه المرأة كما قال الله تعالى لها سواء بسواء : إما أن تنظره إلى الميسرة ، وإما أن تصدقي ، ولا حق لك فيما عدا هذين الأمرين .

قالوا : ولم يزل في الصحابة المعسر والموسر ، وكان معسروهم أضعاف أضعاف موسريهم ، فما مكن النبي ﷺ قط امرأة واحدة من الفسخ بإعسار زوجها ، ولا أعلمها أن الفسخ حق لها فإن شاءت ، صبرت ، وإن شاءت ، فسخت ، وهو يشرع الأحكام عن الله تعالى بأمره ، فهب أن الأزواج تركن حقهن ، أفما كان فيهن امرأة واحدة تطالب بحقها ، وهؤلاء نساؤه ﷺ خير نساء العالمين يطالبنه بالنفقة حتى أغضبه ، وحلف ألا يدخل عليهن شهراً من شدة موجدته عليهن ، فلو كان من المستقر في شرعه أن المرأة تملك الفسخ بإعسار زوجها لرفع إليه ذلك ، ولو من امرأة واحدة ، وقد رفع إليه ما ضرورته دون ضرورة فقد النفقة من فقد النكاح ، وقالت له امرأة رفاة : إنى نكحت بعد رفاة عبد الرحمن بن الزبير ، وإن ما معه مثل هدبة الثوب (١) ، تريد أن يفرق بينه وبينها . ومن المعلوم أن هذا كان فيهم في غاية الندرة بالنسبة إلى الإعسار ، فما طلبت منه امرأة واحدة أن يفرق بينه وبينها بالإعسار .

قالوا : وقد جعل الله الفقر والغنى مطيتين للعباد ، فيفتقر الرجل الوقت ويستغنى الوقت ، فلو كان كل من افتقر ، فسخت عليه امرأته ، لعلم البلاء ، وتفارق الشر ، وفسخت أنكحة أكثر العالم ، وكان الفراق بيد أكثر النساء ، فمن الذي لم تصبه عسرة ، ويعوز النفقة أحياناً .

(١) البخارى (٥٢٦٠) فى الطلاق ، باب : من جور الطلاق الثلاث . . . ، ومسلم (١٤٣٣) فى النكاح ، باب :

لا تحمل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها .

قالوا : ولو تعذر من المرأة الاستمتاع بمرض متناول ، وأعسرت بالجماع ، لم يمكن الزوج من فسخ النكاح ، بل يوجبون عليه النفقة كاملة مع إعسار زوجته بالوطء ، فكيف يمكنونها من الفسخ بإعساره عن النفقة التي غايتها أن تكون عوضا عن الاستمتاع؟

قالوا : وأما حديث أبي هريرة ، فقد صرح فيه بأن قوله : امرأتك تقول : أنفق على وإلا طلقني ، من كيسه ، لا من كلام النبي ﷺ ، وهذا في الصحيح عنه (١) . ورواه عنه سعيد بن أبي سعيد . وقال : ثم يقول أبو هريرة . إذا حدث بهذا الحديث : امرأتك تقول ، فذكر الزيادة .

وأما حديث حماد بن سلمة ، عن عاصم بن بهدلة ، عن أبي صالح ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ بمثله (٢) ، فأشار إلى حديث يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته . قال : يفرق بينهما (٣) ، فحديث منكر لا يحتمل أن يكون عن النبي ﷺ أصلا ، وأحسن أحواله أن يكون عن أبي هريرة رضي الله عنه موقوفا ، والظاهر : أنه روى بالمعنى ، وأراد قول أبي هريرة رضي الله عنه : امرأتك تقول : أطعمني أو طلقني .

وأما أن يكون عند أبي هريرة عن النبي ﷺ : أنه سئل عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ، فقال : يفرق بينهما ، فوالله ما قال هذا رسول الله ﷺ ، ولا سمعه أبو هريرة ، ولا حدث به ، كيف وأبو هريرة لا يستجيز أن يروى عن النبي ﷺ : « امرأتك تقول : أطعمني وإلا طلقني » ، ويقول : هذا من كيس أبي هريرة لثلاثتهم نسبتها إلى النبي ﷺ .

والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة : أن الرجل إذ غرَّ المرأة بأنه ذو مال ، فتزوجته على ذلك ، فظهر معدما لا شيء له ، أو كان ذا مال وترك الإنفاق على امرأته ، ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم : أن لها الفسخ .

وإن تزوجته عالة بعسرته ، أو كان موسرا ، ثم أصابته جائحة اجتاحت ماله ، فلا فسخ لها في ذلك ، ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ، ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحكام ليفرقوا بينهم وبينهن ، وبالله التوفيق .

وقد قال جمهور الفقهاء : لا يثبت لها الفسخ بالإعسار بالصداق ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ، وهو الصحيح من مذهب أحمد - رحمه الله - اختاره عامة أصحابه ، وهو قول كثير من أصحاب الشافعي . وفصل الشيخ أبو إسحاق وأبو علي ابن أبي هريرة ، فقالا : إن كان قبل الدخول ، ثبت به الفسخ ، وبعده لا يثبت ، وهو أحد الوجوه من

مذهب أحمد ، هذا مع أنه عوض محض ، وهو أحق أن يوفى من ثمن المبيع ، كما دل عليه النص ، كل ما تقرر في عدم الفسخ به ، فمثله في النفقة وأولى .

فإن قيل : في الإعسار بالنفقة من الضرر اللاحق بالزوجة ما ليس في الإعسار بالصداق ، فإن البنية تقوم بدون خلاف النفقة .

قيل : والبنية قد تقوم بدون نفقته بأن تنفق من مالها ، أو ينفق عليها ذو قرابتها ، أو تأكل من غزلها . وبالجملة ، فتعيش بما تعيش به زمن العدة ، وتقدر زمن عسرة الزوج كله عدة .

ثم الذين يجوزون لها الفسخ يقولون : لها أن تفسخ ولو كان معها القناطير المقنطرة من الذهب والفضة إذا عجز الزوج عن نفقتها ، وبإزاء هذا القول قول منجنيق الغرب أبي محمد ابن حزم : إنه يجب عليها أن تنفق عليه في هذه الحال ، فتعطيها مالها ، وتمكنه من نفسها ، ومن العجب قول العنبري بأنه يجب .

وإذا تأملت أصول الشريعة وقواعدها ، وما اشتملت عليه من المصالح ودرء المفسد ، ودفع أعلى المفسدين باحتمال أدناهما ، وتقويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعلاهما ، تبين لك القول الراجح من هذه الأقول ، وبالله التوفيق (١) .

حيلة في إعسار الزوج بنفقة المرأة

إذا أعسر الزوج بنفقة المرأة ، ملكت الفسخ ، فإن تحملها عنه غيره لم يسقط ملكها للفسخ ، لأن عليها في ذلك منة ، كما إذا أراد قضاء دين عن الغير ، فامتنع ربه من قبوله ، لم يجبر على ذلك .

وطريق الحيلة في إبطال حقها من الفسخ : أن يحيلها بما وجب لها عليه من النفقة على ذلك الغير ، فتصح الحوالة ، وتلزم على أصلنا ، إذا كان المحل عليه غنيا .

وطريق صحة الحوالة : أن يقر ذلك الغير للزوج بقدر معين لنفقتها سنة أو شهرا ، أو نحو ذلك ، ثم يحيلها الزوج عليه . فإن لم يمكنه الإيجابار على القبول ، لعدم من يرى ذلك ، وكل الزوج الملتزم لنفقتها في الإنفاق عليها ، والزوج مخير بين أن ينفق عليها بنفسه ، أو بوكيله .

وهكذا العمل في مسألة أداء الدين عن الغريم سواء (٢) .

(٢) إغاثة اللهفان (٢ / ١٨) .

(١) زاد المعاد (٥ / ٥١١ - ٥٢٢) .

فصل فى سماع دعوى النفقة

إذا ادعت عليه المرأة أنه لم ينفق عليها ، ولم يكسها مدة مقامها معه ، أو سنين كثيرة ، والحس والعرف يكذبها ، لم يحل للحاكم أن يسمع دعواها ، ولا يطالبه برد الجواب ، فإن الدعوى إذا ردها الحس والعادة المعلومة كانت كاذبة .

وفى الصحيح عنه : صلى الله تعالى عليه وآله وسلم : « من ادعى دعوى كاذبة ليتكثر بها لم يزد الله إلا قلة » (١) .

وفى الصحيح أيضا عنه صلى الله تعالى عليه وآله وسلم : « من ادعى ما ليس له فليس منا ، وليتبوا مقعده من النار » (٢) .

فلا يجوز لأحد ، حاكم ولا غيره ، أن يساعد من ادعى ما يشهد الحس والعرف والعادة أنه ليس له ، وأن دعواه كاذبة ، ففى سماع دعواه وإحضار المدعى عليه وإحلافه أعظم مساعدة ومعونة على ما يكذبه الحس والعادة .

ثم كيف يسع الحاكم أن يقبل قول المرأة : أنها هى التى كانت تنفق على نفسها ، وتكسو نفسها هذه المدة كلها ، مع شهادة العرف والعادة المطردة بكذبها ؟ ولا يقبل قول الزوج : أنه هو الذى كان ينفق عليها ويكسوها ، مع شهادة العرف والعادة له ، ومشاهدة الجيران وغيرهم له : أنه كل وقت يدخل إلى بيته الطعام والشراب والفاكهة ، وغير ذلك . فكيف يكذب من معه مثل هذه الشهادة ، ويقبل قول من يكذب دعواه ذلك ؟ وكيف يمكن الزوج أن يتخلص من مثل هذا البلاء الطويل ، والخطب الجليل ، إلا بأن يشهد كل يوم بكرة وعشية شاهدى عدل على الإنفاق وعلى الكسوة ، أو يفرض لها كل شهر دراهم معلومة ، يقبضها إياها بإشهاد ؟

ثم إما أن يمكنها أن تخرج من بيته كل وقت تشتري لها ما يقوم بمصالحها ، أو يتصدى هو لخدمتها ، وشراء حوائجها ، فيكون هو العانى الأسير المملوك ، وهى المالكة الحاكمة عليه . وكل هذا ضد ما قصده الشارع من النكاح : من الألفة والمودة ، والمعاشرة بالمعروف . فإن هذه المعاشرة من أنكر المعاشرة ، وأبعدها من المعروف .

(١) مسلم (١١٠ / ١٧٦) فى الإيمان ، باب : غلظ تحريم قتل الإنسان نفسه .

(٢) مسلم (٦١) فى الإيمان ، باب : بيان حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم .

ثم من العجب : أنها إذا ادعت الكسوة والنفقة لمدة مقامها عنده ، فقال الزوج للحاكم: سلها : من أين كانت تأكل ، وتشرب ، وتلبس؟ فيقول الحاكم: لا يلزمها ذلك !
 فيالله العجب : إذا كانت غير معروفة بالدخول والخروج ، ولا يمكن الزوج أحدا يدخل عليها ، وهى فى منزله عدد سنين تأكل وتشرب وتلبس ، كيف لا يسألها الحاكم : من الذى كان يقوم لك بذلك ؟ ومتى سأل الزوج سؤالها وجب عليه ذلك . ومتى تركه كان تاركا للحق ؟ فإن سمّت أجنبيا غير الزوج كلفها الحاكم البينة على ذلك ، وإن قالت: أنا الذى كنت أطعم نفسى وأكسوها فى هذه المدة ، كان كذبها معلوما ، ولم يقبل قولها ، فإن النفقة والكسوة واجبان على الزوج ، وهى تدعى أنها هى التى قامت عنه بهذا الواجب وأدته من مالها ، وهو يدعى أنه هو الذى فعل هذا الواجب ، وقام به ، وأسقطه عن نفسه، ومعه الظاهر والأصل .

أما الظاهر : فلا يمكن عاقلا أن يكابر فيه ، بل هو ظاهر ظهورا قريبا من القطع ، بل يقطع به فى حق أكثر الناس .

وأما الأصل: فهو أيضا من جانب الزوج، فإنهما قد اتفقا على القيام بواجب حقها، وهى تضيف ذلك إلى نفسها، أو إلى أجنبى، وهو يدعى أنه هو الذى قام بهذا الواجب، فقد اتفقا على وصول النفقة والكسوة إليها، وهى تقول: كان ذلك بطريق البدل والنيابة عنك ، وهو يقول : لم يكن بطريق النيابة ، بل بطريق الأصالة .

وهذا بخلاف ما إذا لم يعلم وصول الحق إلى مستحقه كالديون والأعيان المضمونة، فإن قبول قول المنكر متوجه ومعه الأصل (١) .

فصل

هل تسقط النفقة بمضى الزمان

إذا ادعت المرأة النفقة والكسوة لمدة ماضية ، فقد اختلف فى قبول دعواها ، فمالك وأبو حنيفة لا يقبلان دعواها ، ثم اختلفا فى مأخذ الرد ، فأبو حنيفة يسقطها بمضى الزمان، كما يقوله منازعوه فى نفقة القريب ، ومالك لا يسمع الدعوى التى يكذبها العرف والعادة ، ولا يحلف عنده فيها ، ولا يقبل فيها بينة ، كما لو كان رجل حائزا دارا متصرفا

فيها مدة السنين الطويلة بالبناء والهدم والإجارة والعمارة وينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة ، ومع ذلك لا يعارضه فيها ، ولا يذكر أن له فيها حقا ، ولا مانع يمنعه من خوف أو شركة في ميراث ، ونحو ذلك ، ثم جاء بعد تلك المدة فادعاها لنفسه ، فدعواه غير مسموعة فضلا عن إقامة بيته .

قالوا : وكذلك إذا كانت المرأة مع الزوج مدة سنين يشاهده الناس والجيران داخلا بيته بالطعام والفاكهة واللحم والخبز ، ثم ادعت بعد ذلك أنه لم ينفق عليها في هذه المدة ؛ فدعواها غير مسموعة ، فضلا عن أن يحلف لها ، أو يسمع لها بيته .

قالوا : وكل دعوى ينفيها العرف ، وتكذيبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة .

وهذا المذهب هو الذى ندين الله به ، ولا يليق بهذه الشريعة الكاملة سواء ، وكيف يليق بالشريعة أن تسمع مثل هذه الدعوى التى قد علم الله وملائكته والناس أنها كذب وزور ؟ وكيف تدعى المرأة أنها أقامت مع الزوج ستين سنة أو أكثر لم ينفق عليها فيها يوما واحدا ولا كساها فيها ثوبا ، ويقبل قولها عليه ، ويلزم بذلك كله ؟ ويقال : الأصل معها؟ وكيف يعتمد على أصل يكذبه العرف والعادة والظاهر الذى بلغ فى القوة إلى حد القطع ؟ والمسائل التى يقدم فيها الظاهر القوى على الأصل أكثر من أن تحصى ، ومثل هذا المذهب فى القوة مذهب أبى حنيفة ، وهو سقوطها بمضى الزمان ؛ فإن البينة قد قامت بدونها ؛ فهى كحق المبيت والوطء .

ولا يعرف أحد من أصحاب رسول الله ﷺ مع أنهم أئمة الناس فى الورع والتخلص من الحقوق والمظالم - قضى لامرأة بنفقة ماضية ، أو استحل امرأه منها ، ولا أخبر النبى ﷺ بذلك امرأة واحدة منهن ، ولا قال لها : ما مضى من النفقة حق لك عند الزوج ، فإن شئت فطالبيه ، وإن شئت حللتيه .

وقد كان ﷺ يتعذر عليه بنفقة أهله أياما حتى سألته إياها ، ولم يقل لهن : هى باقية فى ذمتى حتى يوسع الله وأقضيكن ، ولما وسع الله عليه لم يقض لامرأة منهن ذلك ، ولا قال لا : هذا عوض عما فاتك من الإنفاق ، ولا سمع الصحابة لهذه المسألة خبرا ، وقول عمر رضي الله عنه للغيب : إما أن تطلقوا وإما أن تبعثوا بنفقة ما مضى (١) ، فى ثبوت نظر ، فإن قال ابن المنذر : ثبت عن عمر ، فإن فى إسناده ما يمنع ثبوته . ولو قدر صحته فهو حجة عليهم ،

ودليل على أنهم إذا طلقوا لم يلزمهم بنفقة ما مضى .

فإن قيل : وحجة عليكم في إلزامه لهم بها ، وأنتم لا تقولون بذلك .

قيل : بل نقول به ، وإن الأزواج إذا امتنعوا من الواجب عليهم مع قدرتهم عليه لم يسقط بالامتناع ولزمهم ذلك .

وأما المعذور العاجز فلا يحفظ عن أحد الصحابة أنه جعل النفقة ديناً في ذمته أبداً . وهذا التفصيل هو أحسن ما يقال في هذه المسألة .

والمقصود : أن على هذين المذهبين لا تسمع هذه الدعوى ، ويسمعا الشافعي وأحمد بناء على قاعدة الدعاوى ، وأن الحق قد ثبت ومستحقه ينكر قبضه فلا يقبل قول الدافع عليه إلا ببينة ؛ فعلى قولهما يحتاج الزوج إلى طريق تخلصه من هذه الدعوى ، ولا ينفعه دعوى النشوز، فإن القول فيه قول المرأة ، ولا يخلصه دعوى عدم التسليم الموجب للإنفاق لتمكن المرأة من إقامة البينة عليه ؛ فله حيلتان :

إحدهما : أن يقيم البينة على نفقته وكسوته لتلك المدة ، وللبينة أن تشهد على ذلك بناءً على ما علمته وتحققته بالاستفاضة والقرائن المفيدة للقطع ؛ فإن الشاهد يشهد بما علمه بأى طريق علمه ، وليس على الحاكم أن يسأل البينة عن مستند التحمل ، ولا يجب على الشاهد أن يبين مستنده في الشهادة .

والحيلة الثانية : أن ينكر التمكين الموجب لثبوت المدعى به في ذمته ، ويكون صادقاً في هذا الإنكار ؛ فإن التمكين الماضي لا يوجب عليه ما ادعت به الزوجة إذا كان قد أداه إليها . والتمكين الذي يوجب ما ادعت به لا حقيقة له ؛ فهو صادق في إنكاره (١) .

حيلة في إسقاط نفقة المطلقة البائنة

المطلقة البائنة لا نفقة لها ولا سكنى بسنة رسول الله ﷺ الصحيحة الصريحة التي لا معارض لها (٢) ، بل هي موافقة لكتاب الله ، وهي مقتضى القياس ، وهي مذهب فقهاء أهل الحديث .

فإن خاف المطلق أن ترفعه إلى حاكم يرى وجوب النفقة والسكنى أو السكنى وحدها ،

(١) إعلام الموقعين (٣ / ٤٣٢ - ٤٣٤) .

(٢) وذلك في حديث فاطمة بنت قيس الذي سبق تخريجه ص ٢٣٢ .

فالحيلة فى تخليصه أن يعلق طلاقها على البراءة الصحيحة من ذلك ، فيقول : إن صحت براءتك لى من النفقة والسكنى أو من دعوى ذلك فأنت طالق ؛ فلا يمكنها بعد ذلك أن تدعى بهما البتة .

وله حيلة أخرى : وهى أن يخالعهما على نظير ما يعلم أنه يفرض عليه للنفقة والسكنى أو أكثر منه ، فإذا ادعت بذلك وفرضه عليه الحاكم صار لها عليه مثل الذى له عليها ، فإما أن يأخذ منها ويعطيها وإما أن يتقاصا (١) .

الحكم فىمن يماطل لىسقط نفقة القريب

إذا تحيل المكار المخادع على سقوط نفقة القريب بالمماطلة ، وقال : إنها تسقط بمضى الزمان فلا يبقى دينا على ، فتركها آمنا من إلزامه بها لما مضى .
فالحيلة للمنفق عليه أن يرفعه إلى الحاكم ليفرضها عليه ؛ ثم يستأذنه فى الاستدانة عليه بقدرها ، فإذا فعل ألزمه الحاكم بقضاء ما استدانه المنفق عليه .
فإن فرضها عليه ولم يستأذنه فى الاستدانة ومضى الزمان فهل تستقر عليه بذلك؟ فيه وجهان لأصحاب الشافعى ، والأكثر منهم صرحوا بسقوطها مطلقا فرضت أو لم تفرض .
ومنهم من قال : إن فرضت لم تسقط ، فإن لم يمكنه الرفع إلى الحاكم فليقل له : اشفع لى إلى فلان لينفق على أو يعطينى ما أحتاج إليه ، فإذا فعل فقد لزم الشافع ؛ لأن ذلك حق أداه إلى المشفوع عنده عن الشفيع بإذنه .
فإن أنفق عليه الغير بغير إذنه ناويا للرجوع فله الرجوع فى أصح المذهبين ، وهو مذهب مالك وأحمد فى إحدى الروايتين .

وهكذا كل من أدى عن غيره واجبا بغير إذنه بشرط أن يكون واجبا على المنصوص من مذهب مالك وأحمد ، فإن أحمد نص فى رواية الجوزجاني على رجوع من عمر قناة غيره بغير إذنه ، وهو مذهب مالك .

ولو أن القريب استدان وأنفق على نفسه ثم أحال بالدين على من تلزمه نفقته لزمه أن يقوم له به ؛ لأنه أحال على من له عليه حق ، ولا يقال : قد سقطت بمضى الزمان فلم تصادف الحوالة محلا ؛ لأنها إنما تسقط بمضى الزمان إذا لم يكن المنفق عليه قد استدان على المنفق ، بل تبرع له غيره أو تكلف أو صبر .

(١) إعلام الموقعين (٣ / ٤٦٣ ، ٤٦٤) .

فأما إذا استدان عليه بقدر نفقته الواجبة عليه فهنا لا وجه لسقوطها ، وإن كان الأصحاب وغيرهم قد طلقوا السقوط فتعليهم يدل على ما قلناه ، فتأمله (١) .

والشارع أوجب الإنفاق على الأقارب ؛ لما فى ذلك من قيام مصالحهم ومصالح المنفق ، ولما فى تركهم من إضاعتهم ؛ فالتحليل لإسقاط الواجب بالتملك فى الصورة مناقضة لغرض الشارع وتتميم لغرض الماكر المحتال وعود إلى نفس الفساد الذى قصد الشارع إعدامه بأقرب الطرق ، ولو تحيل هذا المخادع على إسقاط نفقة دوابه لهلكوا ، وكذلك ما فرضه الله تعالى للوارث من الميراث هو حق له جعله أولى من سائر الناس به ، بإباحة التحيل لإسقاطه بالإقرار بماله كله للأجنبى وإخراج الوارث مضادة لشرع الله ودينه ونقض لغرضه وإتمام لغرض المحتال ، وكذلك تعليم المرأة أن تقر بدين لأجنبى إذا أراد زوجها السفر بها (٢) .

باب

حكم رسول الله ﷺ فى الولد من أحق به فى الحضانة

روى أبو داود فى سننه : من حديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده عبد الله ابن عمرو بن العاص ، أن امرأة قالت : يا رسول الله ، إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثدى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وإن أباه طلقنى ، فأراد أن ينتزعه منى ، فقال لها رسول الله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحى » (٣) .

وفى الصحيحين : من حديث البراء بن عازب ، أن ابنة حمزة اختصم فيها على وجعفر وزيد . فقال على : أنا أحق بها وهى ابنة عمى ، وقال جعفر : ابنة عمى وخالتها تحتى ، وقال زيد : ابنة أخى ، ففضى بها رسول الله ﷺ لخالتها ، وقال : « الخالة بمنزلة الأم » (٤) .

وروى أهل السنن : من حديث أبى هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه (٥) . قال الترمذى : حديث صحيح (٦) .

(١) إعلام الموقعين (٣ / ٤٥٢ ، ٤٥٣) .

(٢) أبو داود (٢٢٧٦) فى الطلاق ، باب : من أحق بالولد .

(٣) البخارى (٢٦٩٩) فى الصلح ، باب : كيف يكتب « هذا ما صالح فلان ابن فلان ابن فلان » وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه . والحديث لم يعزه صاحب التحفة (٢ / ٣٨) لمسلم .

(٤) الترمذى (١٣٥٧) فى الأحكام ، باب : ما جاء فى تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا ، وابن ماجه (٢٣٥١) فى الأحكام ، باب : تخيير الصبى بين أبويه ، والبيهقى فى الكبرى (٣ / ٨) فى النفقات ، باب : الأبوين إذا افترقا .

(٦) كذا وقع هنا ، والذى فى الترمذى : « حسن صحيح » وهى العبارة التى ذيل بها المصنف الحديث القادم ، مع أن اللفظ القادم غير موجود فى الترمذى ، فليحذر .

وروى أهل السنن أيضا: عنه، أن امرأة جاءت، فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبه وقد نفعتي، فقال رسول الله ﷺ: «استهما عليه»، فقال زوجها من يحاقني في ولدي؟ فقال رسول الله ﷺ: «هذا أبوك وهذه أمك وخذ بيد أيهما شئت» فأخذ بيد أمه، فانطلقت به^(١). قال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وفى سنن النسائي: عن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري، عن أبيه، عن جده، أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء بابن له صغير لم يبلغ، قال: فأجلس النبي ﷺ الأب هاهنا والأم هاهنا، ثم خيره وقال: «اللهم اهده» فذهب إلى أبيه^(٢).

ورواه أبو داود عنه وقال: أخبرني جدي رافع بن سنان، أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأنت النبي ﷺ، فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتي، فقال له رسول الله ﷺ: «اقعد ناحية»، وقال لها: «اقعدى ناحية»، فأقعد الصبية بينهما، ثم قال: «ادعواها»، فمالت إلى أمها، فقال النبي ﷺ: «اللهم اهدها»، فمالت إلى أبيها، فأخذها^(٣).

أما الحديث الأول، فهو حديث احتاج الناس فيه إلى عمرو بن شعيب، ولم يجدوا بدا من الاحتجاج هنا به، ومدار الحديث عليه، وليس عن النبي ﷺ حديث في سقوط الحضانة بالتزويج غير هذا، وقد ذهب إليه الأئمة الأربعة وغيرهم، وقد صرح بأن الجد هو عبد الله بن عمرو.

فبطل قول من يقول: لعله محمد والد شعيب، فيكون الحديث مرسلا وقد صح سماع شعيب من جده عبد الله بن عمرو، فبطل قول من قال: إنه منقطع، وقد احتج به البخاري خارج صحيحه، ونص على صحة حديثه، وقال: كان عبد الله بن الزبير الحميدى، وأحمد وإسحاق وعلى بن عبد الله يحتجون بحديثه، فمن الناس بعدهم؟! هذا لفظه.

وقال إسحاق بن راهويه: هو عندنا، كأيوب عن نافع عن ابن عمر. وحكى الحاكم فى «علوم الحديث» له الاتفاق على صحة حديثه، وقال أحمد بن صالح: لا يختلف على عبد الله أنها صحيفة.

(١) أبو داود (٢٢٧٧) فى الطلاق، باب: من أحق بالولد، والنسائي (٣٤٩٦) فى الطلاق، باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، والدارمى (١٧٠ / ٢) فى الطلاق، باب: فى تخيير الصبى بين أبويه، والبيهقى (٣ / ٨) فى الكتاب والباب السابقين.

(٢) النسائي (٣٤٩٥) فى الكتاب والباب السابقين.

(٣) أبو داود (٢٢٤٤) فى الطلاق، باب: إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد.

وقولها : « كان بطنى وعاء » إلى آخره ، إدلاء منها ، وتوسل إلى اختصاصها به ، كما اختص بها فى هذه المواطن الثلاثة ، والأب لم يشاركها فى ذلك ، فنهت فى هذا الاختصاص الذى لم يشاركها فيه الأب على الاختصاص الذى طلبته بالاستفتاء والمخاصمة . وفى هذا دليل على اعتبار المعانى والعلل ، وتأثيرها فى الأحكام ، وإنطتها بها ، وأن ذلك أمر مستقر فى الفطر السليمة حتى فطر النساء ، وهذا الوصف الذى أدلت به المرأة وجعلته سببا لتعليق الحكم به ، قد قرره النبى ﷺ ورتب عليه أثره ، ولو كان باطلا ألقاه ، بل ترتيبه الحكم عقبيه دليل على تأثيره فيه ، وأنه سببه .

واستدل بالحديث على القضاء على الغائب ، فإن الأب لم يذكر له حضور ولا مخاصمة ، ولا دلالة فيه لأنها واقعة عين ، فإن كان الأب حاضرا ، فظاهر ، وإن كان غائبا ، فالمرأة إنما جاءت مستفتية أفناها النبى ﷺ بمقتضى مسألته ، وإلا فلا يقبل قولها على الزوج : إنه طلقها حتى يحكم لها بالولد بمجرد قولها .

فصل

ودل الحديث على أنه إذا افترق الأبوان ، وبينهما ولد ، فالأم أحق به من الأب ما لم يقيم بالأم ما يمنع تقديمها ، أو بالولد وصف يقتضى تخييره ، وهذا ما لا يعرف فيه نزاع ، وقد قضى به خليفة رسول الله ﷺ أبو بكر على عمر بن الخطاب ، ولم ينكر عليه منكر . فلما ولى عمر قضى بمثله ، فروى مالك فى « الموطأ » : عن يحيى بن سعيد أنه قال : سمعت القاسم بن محمد يقول : كانت عند عمر بن الخطاب زوجة امرأة من الأنصار ، فولدت له عاصم بن عمر ، ثم إن عمر فارقها ، فجاء عمر قباء ، فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد ، فأخذ بعضده ، فوضعه بين يديه على الدابة ، فأدركته جدة الغلام ، فنازعته إياه ، حتى أتيا أبا بكر الصديق ﷺ ، فقال عمر : ابنى . وقالت المرأة : ابنى ، فقال أبو بكر ﷺ : خل بينها وبينه ، فما راجعه عمر الكلام (١) .

قال ابن عبد البر : هذا خبر مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة ، تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل ، وزوجة عمر أم ابنه عاصم : هى جميلة ابنة عاصم بن ثابت بن أبى الألقح الأنصارى . قال : وفيه دليل على أن عمر كان مذهبه فى ذلك خلاف أبى بكر ، ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم والإمضاء ، ثم كان بعد فى خلافته يقضى به ويفتى ،

(١) مالك فى الموطأ (٢ / ٧٦٧) (٦) فى الوصية ، باب : ما جاء فى المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد .

ولم يخالف أبا بكر فى شىء منه ما دام الصبى صغيرا لا يميز ، ولا مخالف لهما من الصحابة (١) .

وذكر عبد الرزاق ، عن ابن جريج ، أنه أخبره عن عطاء الخراسانى ، عن ابن عباس قال : طلق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم ، فلقبها تحمله بمحسر ، وقد فطم ومشى ، فأخذ بيده لينتزعها منها ، ونازعها إياه ، حتى أوجع الغلام وبكى ، وقال : أنا أحق بابنى منك ، فاختصما إلى أبى بكر ، ففضى لها به ، وقال : ربحها وبراها وحجرها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه ، ومحسر : سوق بين قباء والمدينة (٢) .

وذكر عن الثورى ، عن عاصم ، عن عكرمة قال : خاصمت امرأة عمر عمر إلى أبى بكر رضي الله عنه ، وكان طلقها ، فقال أبو بكر رضي الله عنه : الأم أعطف ، وألطف ، وأرحم ، وأحنى ، وأرأف ، هى أحق بولدها ما لم تتزوج (٣) .

وذكر عن معمر قال : سمعت الزهرى يقول : إن أبا بكر قضى على عمر فى ابنه مع أمه ، وقال : أمه أحق به ما لم تتزوج (٤) .

فإن قيل : فقد اختلفت الرواية : هل كانت المنازعة وقعت بينه وبين الأم أولا ، ثم بينه وبين الجدة ، أو وقعت مرة واحدة بينه وبين إحداهما ؟

قيل : الأمر فى ذلك قريب ؛ لأنها إن كانت من الأم فواضح ، وإن كانت من الجدة ، ففضاء الصديق رضي الله عنه لها يدل على أن الأم أولى .

فصل

والولاية على الطفل نوعان : نوع يقدم فيه الأب على الأم ومن فى جهتها ، وهى ولاية المال والنكاح ، ونوع تقدم فيه الأم على الأب ، وهى ولاية الحضانة والرضاع ، وقدم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتتمام مصلحة الولد ، وتوقف مصلحته على من يلى ذلك من أبويه ، وتحصل به كفايته .

ولما كان النساء أعرف بالتربية ، وأقدر عليها ، وأصبر وأرأف ، وأفرغ لها ، لذلك قدمت الأم فيها على الأب .

(١) الاستذكار (٢٣ / ٦٦) برقمى (٣٣٤٩٣ ، ٣٣٤٩٤) .

(٢) عبد الرزاق (١٢٦٠١) فى الطلاق ، باب : أى الوالدين أحق بالولد .

(٣) عبد الرزاق (١٢٦٠٠) فى الكتاب والباب السابقين .

(٤) عبد الرزاق (١٢٥٩٨) فى الكتاب والباب السابقين .

ولما كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد والاحتياط له في البضع ، قدم الأب فيها على الأم ، فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال ، والنظر لهم ، وتقديم الأب في ولاية المال والتزويج كذلك .

إذا عرف هذا ، فهل قدمت الأم لكون جهتها مقدمة على جهة الأبوة في الحضانة ، فقدمت لأجل الأمومة ، أو قدمت على الأب ، لكون النساء أقوم بمقاصد الحضانة والتربية من الذكور ، فيكون تقديمها لأجل الأنوثة ؟ ففي هذا للناس قولان ، وهما في مذهب أحمد يظهر أثرهما في تقديم نساء العصابة على أقارب الأم أو بالعكس ، كأم الأم ، وأم الأب ، والأخت من الأب ، والأخت من الأم ، والخالة ، والعمة ، وخالة الأم ، وخالة الأب ، ومن يدلى من الخالات والعمات بأم ، ومن يدلى منهن بآب ، ففيه روايتان عن الإمام أحمد : إحداهما : تقديم أقارب الأم على أقارب الأب . والثانية : وهي أصح دليلاً ، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية : تقديم أقارب الأب وهذا هو الذي ذكره الخرقي في «مختصره» ، فقال : والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة ، وخالة الأب أحق من خالة الأم ، وعلى هذا فأم الأب مقدمة على أم الأم ، كما نص عليه أحمد في إحدى الروايتين عنه .

وعلى هذه الرواية : فأقارب الأب من الرجال مقدمون على أقارب الأم ، والأخ للأب أحق من الأخ للأم ، والعم أولى من الخال ، هذا إن قلنا : إن لأقارب الأم من الرجال مدخلا في الحضانة ، وفي ذلك وجهان في مذهب أحمد والشافعي :

أحدهما : أنه لا حضانة إلا لرجل من العصابة محرم ، أو لامرأة وارثة ، أو مدلية بعصابة ، أو وارث .

والثاني : أن لهم الحضانة والتفريع على هذا الوجه ، وهو قول أبي حنيفة ، وهذا يدل على رجحان جهة الأبوة على جهة الأمومة في الحضانة ، وأن الأم إنما قدمت لكونها أنثى لا لتقديم جهتها ، إذ لو كانت جهتها راجحة لترجح رجالها ونساؤها على الرجال والنساء من جهة الأب ، ولما لم يترجح رجالها اتفاقاً فكذلك النساء ، وما الفرق المؤثر ؟

وأيضاً ، فإن أصول الشرع وقواعده شاهدة بتقديم أقارب الأب في الميراث ، وولاية النكاح ، وولاية الموت وغير ذلك ، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام ، فمن قدمها في الحضانة ، فقد خرج عن موجب الدليل .

فالصواب في المأخذ هو أن الأم إنما قدمت ؛ لأن النساء أرفق بالطفل ، وأخبر بتربيته ،

وأصبر على ذلك ، وعلى هذا فالجدة أم الأب أولى من أم الأم ، والأخت للأب أولى من الأخت للأم ، والعمة أولى من الخالة ، كما نص عليه أحمد في إحدى الروايتين ، وعلى هذا فتقدم أم الأب على أب الأب ، كما تقدم الأم على الأب .

وإذا تقرر هذا الأصل ، فهو أصل مطرد منضبط لا تتناقض فروعه ، بل إن اتفقت القرابة والدرجة واحدة قدمت الأنثى على الذكر ، فتقدم الأخت على الأخ ، والعمة على العم ، والخالة على الخال ، والجدة على الجد ، وأصله تقديم الأم على الأب . وإن اختلفت القرابة ، قدمت قرابة الأب على قرابة الأم ، فتقدم الأخت للأب على الأخت للأم ، والعمة على الخالة ، وعمة الأب على خالته ، وهلم جرا .

وهذا هو الاعتبار الصحيح ، والقياس المطرد ، وهذا هو الذى قضى به سيد قضاة الإسلام شريح ، كما روى وكيع فى « مصنفه » : عن الحسن بن عقبه ، عن سعيد بن الحارث قال : اختصم عم وخال إلى شريح فى طفل ، فقضى به للعم ، فقال الخال : أنا أنفق عليه من مالى ، فدفعه إليه شريح .

ومن سلك غير هذا المسلك لم يجد بدا من التناقض ، مثاله : أن الثلاثة وأحمد فى إحدى روايته ، يقدمون أم الأم على أم الأب ، ثم قال الشافعى فى ظاهر مذهبه ، وأحمد فى المنصوص عنه : تقدم الأخت للأب على الأخت للأم ، فتركوا القياس ، وطرده أبو حنيفة ، والمزنى ، وابن سريج ، فقالوا : تقدم الأخت للأم على الأخت للأب ، قالوا : لأنها تدلى بالأم ، والأخت للأب بالأب ، فلما قدمت الأم على الأب ، قدم من يدلى بها على من يدلى به ، ولكن هذا أشد تناقضا من الأول ؛ لأن أصحاب القول الأول جروا على القياس والأصول فى تقديم قرابة الأب على قرابة الأم ، وخالفوا ذلك فى أم الأم وأم الأب ، وهؤلاء تركوا القياس فى الموضوعين ، وقدموا القرابة التى أخرجها الشرع ، وأخروا القرابة التى قدمها ، ولم يمكنهم تقديمها فى كل موضع ، فقدموها فى موضع ، وأخروا فى غيره مع تساويهما ، ومن ذلك تقديم الشافعى فى « الجديد » الخالة على العمة مع تقديمه الأخت للأب على الأخت للأم وطرده قياسه فى تقديم أم الأم على أم الأب ، فوجب تقديم الأخت للأم والخالة على الأخت للأب والعمة ، وكذلك من قدم من أصحاب أحمد الخالة على العمة ، وقدم الأخت للأب على الأخت للأم ، كقول القاضى وأصحابه ، وصاحب « المغنى » : فقد تناقضوا .

فإن قيل : الخالة تدلى بالأم ، والعمة تدلى بالأب ، فكما قدمت الأم على الأب ، قدم من يدلى بها ، ويزيده بيانا كون الخالة أما كما قال النبى ﷺ ، فالعمة بمنزلة الأب .

قيل : قد بينا أنه لم يقدم الأم على الأب لقوة الأمومة ، وتقديم هذه الجهة ، بل لكونها أثنى ، فإذا وجد عمه وخالة ، فالمعنى الذى قدمت له الأم موجود فيهما ، وامتازت العمه بأنها تدلى بأقوى القرابتين ، وهى قرابة الأب ، والنبي ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها، وقال : « الخالة أم » (١) حيث لم يكن لها مزاحم من أقارب الأب تساويها فى درجتها .

فإن قيل : فقد كان لها عمه وهى صفية بنت عبد المطلب أخت حمزة ، وكانت إذ ذاك موجودة فى المدينة ، فإنها هاجرت ، وشهدت الخندق ، وقتلت رجلا من اليهود كان يطيف بالحصن الذى هى فيه (٢) ، وهى أول امرأة قتلت رجلا من المشركين وبقيت إلى خلافة عمر رضي الله عنه ، فقدم النبي ﷺ الخالة عليها ، وهذا يدل على تقديم من فى جهة الأم على من فى جهة الأب .

قيل : إنما يدل هذا إذا كانت صفية قد نازعت معهم ، وطلبت الحضانة ، فلم يقض لها بها بعد طلبها ، وقدم عليها الخالة ، هذا إذا كانت لم تمنع منها لعجزها عنها ، فإنها توفيت سنة عشرين عن ثلاث وسبعين سنة ، فيكون لها وقت هذه الحكومة بضع وخمسون سنة ، فيحتمل أنها تركتها لعجزها عنها ، ولم تطلبها مع قدرتها ، والحضانة حق للمرأة ، فإذا تركتها ، انتقلت إلى غيرها .

وبالجملة : فإنما يدل الحديث على تقديم الخالة على العمه إذا ثبت أن صفية خاصمت فى ابنة أخيها ، وطلبت كفالتها ، فقدم رسول الله ﷺ الخالة ، وهذا لا سبيل إليه .

فصل

ومن ذلك أن مالكا لما قدم أم الأم على أم الأب ، قدم الخالة بعدها على الأب وأمه ، واختلف أصحابه فى تقديم خالة الخالة على هؤلاء ، على وجهين ، فأحد الوجهين : تقديم خالة الخالة على الأب نفسه ، وعلى أمه ، وهذا فى غاية البعد ، فكيف تقدم قرابة الأم وإن بعدت على الأب نفسه وعلى قرابته ، مع أن الأب وأقاربه أشفق على الطفل ، وأرعى لمصلحته من قرابة الأم؟ فإنه ليس إليهم بحال، ولا ينسب إليهم، بل هو أجنبي منهم، وإنما نسبه وولاؤه إلى أقارب أبيه ، وهم أولى به ، يعقلون عنه، وينفقون عليه عند الجمهور،

(١) سبق تخريجه ص ٢٦٩ .

(٢) الحاكم فى المستدرک (٤ / ٥٠) فى معرفة الصحابة ، وقال : « هذا حديث كبير غريب بهذا الإسناد ، وقد روى بإسناد صحيح » وأقره الذهبى ، والطبرانى فى الكبير (٢٤ / ٣١٩) برقم (٨٠٤) ، وأورده الهيثمى فى المجمع (٦ / ١٣٧) وقال : « رواه الطبرانى ورجاله إلى عروة رجال الصحيح ولكنه مرسل » .

ويتوارثون بالتعصيب وإن بعدت القرابة بينهم بخلاف قرابة الأم ، فإنه لا يثبت فيها ذلك ، ولا توارث فيها إلا في أمهاتها ، وأول درجة من فروعها ، وهم ولدها ، فكيف تقدم هذه القرابة على الأب ، ومن في جهته ، ولا سيما إذا قيل بتقديم خالة الخالة على الأب نفسه وعلى أمه ، فهذا القول مما تأباه أصول الشريعة وقواعدها ، وهذا نظير إحدى الروايتين عن أحمد في تقديم الأخت على الأم، والخالة على الأب ، وهذا أيضا في غاية البعد ، ومخالفة القياس .

وحجة هذا القول : أن كليهما تدليان بالأم المقدمة على الأب ، فتقدمان عليه ، وهذا ليس بصحيح ، فإن الأم لما ساوت الأب في الدرجة ، وامتازت عليه بكونها أقوم بالحضانة ، وأقدر عليها وأصبر ، قدمت عليه ، وليس كذلك الأخت من الأم ، والخالة مع الأب ، فإنهما لا يساويانه ، وليس أحد أقرب إلى ولده منه ، فكيف تقدم عليه بنت امرأته ، أو أختها ؟ وهل جعل الله الشفقة فيهما أكمل منه ؟

ثم اختلف أصحاب الإمام أحمد في فهم نصه هذا على ثلاثة أوجه :

أحدها : إنما قدمها على الأب لأنوثتها ، فعلى هذا تقدم نساء الحضانة على كل رجل ، فتقدم خالة الخالة وإن علت ، وبنت الأخت على الأب .

الثاني : أن الخالة والأخت للأم لم تدليا بالأب ، وهما من أهل الحضانة ، فتقدم نساء الحضانة على كل رجل إلا على من أدلين به ، فلا تقدمن عليه ، لأنهن فرعه ، فعلى هذا الوجه لا تقدم أم الأب على الأب ، ولا الأخت والعمة عليه ، وتقدم عليه أم الأم ، والخالة ، والأخت للأم ، وهذا أيضا ضعيف جدا ، إذ يستلزم تقديم قرابة الأم البعيدة على الأب وأمه ، ومعلوم أن الأب إذا قدم على الأخت للأب فتقدمه على الأخت للأم أولى ، لأن الأخت للأب مقدمة عليها ، فكيف تقدم على الأب نفسه ؟ هذا تناقض بين .

الثالث : تقديم نساء الأم على الأب وأمهاته وسائر من في جهته ، قالوا : فعلى هذا ، فكل امرأة في درجة رجل تقدم عليه ، ويقدم من أدلى بها على من أدلى بالرجل ، فلما قدمت الأم على الأب وهي في درجته قدمت الأخت من الأم على الأخت من الأب ، وقدمت الخالة على العمة .

هذا تقرير ما ذكره أبو البركات ابن تيمية في « محرره »^(١) من تنزيل نص أحمد على هذه المحامل الثلاث ، وهو مخالف لعامة نصوصه في تقديم الأخت للأب على الأخت

للأم ، وعلى الخالة ، وتقديم خالة الأب على خالة الأم ، وهو الذى لم يذكر الخرقى فى « مختصره »^(١) غيره ، وهو الصحيح ، وخرجها ابن عقيل على الروائين فى أم الأم ، وأم الأب ، ولكن نصه ما ذكره الخرقى ، وهذه الرواية التى حكها صاحب « المحرر » ضعيفة مرجوحة ، فلهذا جاءت فروعها ولوازمها أضعف منها بخلاف سائر نصوصه فى جادة مذهبه .

فصل

وقد ضبط بعض أصحابه هذا الباب بضابط ، فقال : كل عصبه ، فإنه يقدم على كل امرأة هى أبعد منه ، ويتأخر عن من هى أقرب منه ، وإذا تساوى ، فعلى وجهين . فعلى هذا الضابط يقدم الأب على أمه ، وعلى أم الأم ومن معها ، ويقدم الأخ على ابنته وعلى العمة ، والعم على عمة الأب ، وتقدم أم الأب على جد الأب ، وفى تقديمها على أب الأب وجهان .

وفى تقديم الأخت للأب على الأخ للأب وجهان ، وفى تقديم العمة على العم وجهان .

والصواب : تقديم الأنتى مع التساوى ، كما قدمت الأم على الأب لما استويا ، فلا وجه لتقديم الذكر على الأنتى مع مساواتها له ، وامتيازها بقوة أسباب الحضانة والتربية فيها .

واختلف فى بنات الإخوة والأخوات ، هل يقدمن على الخالات والعمات ، أو تقدم الخالات والعمات عليهن ؟ على وجهين مأخذهما : أن الخالة والعمة تدليان بأخوة الأم والأب ، وبنات الإخوة والأخوات يدلين ببنوة الأب ، فمن قدم بنات الإخوة ، راعى قوة البنوة على الأخوة وليس ذلك بجيد ، بل الصواب تقديم العمة والخالة لوجهين :

أحدهما : أنها أقرب إلى الطفل من بنات أخيه ، فإن العمة أخت أبيه ، وابنة الأخ ابنة ابن أبيه ، وكذلك الخالة أخت أمه ، وبنات الأخت من الأم أو لأب بنت بنت أمه أو أبيه ، ولا ريب أن العمة والخالة أقرب إليه من هذه القرابة .

الثانى : أن صاحب هذا القول إن طرد أصله ، لزمه ما لا قبل له به من تقديم بنت

(١) المغنى (١١ / ٤٢٢ ، ٤٢٣) .

بنت الأخت وإن نزلت على الخالة التي هي أم ، وهذا فاسد من القول ، وإن خص ذلك ببنت الأخت دون من سفل منها ، تناقض .

واختلف أصحاب أحمد أيضا في الجد والأخت للأب أيهما أولى ؟

فالمذهب : أن الجد أولى منها وحكى القاضى فى « المجرى » وجها : أنها أولى منه ، وهذا يجرى على أحد التأويلات التى تأول عليها الأصحاب نص أحمد ، وقد تقدمت .

فصل

ومما يبين صحة الأصل المتقدم أنهم قالوا: إذا عدم الأمهات ومن فى جهتهن ، انتقلت الحضنة إلى العصابات ، وقدم الأقرب فالأقرب منهم ، كما فى الميراث ، فهذا جار على القياس ، فىقال لهم : هلا راعيتم هذا فى جنس القرابة ، فقدمتم القرابة القوية الراجحة على الضعيفة المرجوحة كما فعلتم فى العصابات ؟

وأىضا ، فإن الصحيح فى الأخوات عندكم أنه يقدم منهن من كانت لأبوين ، ثم من كانت لأب ، ثم من كانت لأم ، وهذا صحيح موافق للأصول والقياس ، لكن إذا ضم هذا إلى قولهم بتقديم قرابة الأم على قرابة الأب جاء التناقض ، وتلك الفروع المشككة المتناقضة .

وأىضا ، فقد قالوا بتقديم أمهات الأب والجد على الخالات والأخوات للأم ، وهو الصواب الموافق لأصول الشرع ، لكنه مناقض لتقديمهم أمهات الأم على أمهات الأب ، ويناقض تقديم الخالة والأخت للأم على الأب ، كما هو إحدى الروايتين عن أحمد - رحمه الله - والقول القديم للشافعى . ولا ريب أن القول به أطرده للأصل ، لكنه فى غاية البعد من قياس الأصول كما تقدم ، ويلزمهم من طرده أيضا تقديم من كان من الأخوات لأم على من كان منهن لأب ، وقد التزمه أبو حنيفة ، والمزنى ، وابن سريج ، ويلزمهم من طرده أيضا تقديم بنت الخالة على الأخت للأب ، وقد التزمه زفر ، وهو رواية عن أبى حنيفة ، ولكن أبو يوسف استشنع ذلك ، فقدم الأخت للأب كقول الجمهور ، ورواه عن أبى حنيفة .

ويلزمهم أيضا من طرده تقديم الخالة والأخت للأم على الجدة أم الأب ، وهذا فى غاية البعد والوهن ، وقد التزمه زفر ، ومثل هذا من المقاييس التى حذر منها أبو حنيفة أصحابه ، وقال لا تأخذوا بمقاييس زفر ، فإنكم إن أخذتم بمقاييس زفر حرمتهم الحلال ، وحللتهم الحرام .

فصل

وقد رام بعض أصحاب ضبط هذا الباب بضابط زعم أنه يتخلص به من التناقض ، فقال : الاعتبار في الحضانة بالولادة المتحققة وهي الأمومة ، ثم الولادة الظاهرة وهي الأبوة ، ثم الميراث . قال : ولذلك تقدم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وعلى الخالة ؛ لأنها أقوى إرثاً منهما . قال : ثم الإدلاء ، فتقدم الخالة على العمة ؛ لأن الخالة تدلى بالأم ، والعمة تدلى بالأب ، فذكر أربع أسباب للحضانة مرتبة : الأمومة ، ثم بعدها الأبوة ، ثم بعدها الميراث ، ثم الإدلاء ، وهذه طريقة صاحب « المستوعب » ، وما زادته هذه الطريقة إلا تناقضاً وبعداً عن قواعد الشريعة ، وهي من أفسد الطرق ، وإنما يتبين فسادها بلوازمها الباطلة ، فإنه إن أراد بتقديم الأمومة على الأبوة تقديم من في جهتها على الأب ومن في جهته ، كانت تلك اللوازم الباطلة المتقدمة من تقديم الأخت للأم ، وبنات الخالة على الأب وأمه ، وتقديم الخالة على العمة ، وتقديم خالة الأم على الأب وأمه ، وتقديم بنات الأخت من الأم على أم الأب ، وهذا مع مخالفته لنصوص إمامه ، فهو مخالف لأصول الشرع وقواعده .

وإن أراد أن الأم نفسها تقدم على الأب ، فهذا حق ، لكن الشأن في مناط هذا التقديم : هل هو لكون الأم ومن في جهتها تقدم على الأب ومن في جهته ، أو لكونها أنثى في درجة ذكر ، وكل أنثى كانت في درجة ذكر قدمت عليه مع تقديم قرابة الأب على قرابة الأم ؟ وهذا هو الصواب كما تقدم ، وكذلك قوله : « ثم الميراث » إن أراد به أن المقدم في الميراث مقدم في الحضانة فصحيح ، وطرده تقديم قرابة الأب على قرابة الأم ؛ لأنها مقدمة عليها في الميراث ، فتقدم الأخت على العمة والخالة . وقوله : « وكذلك تقديم الأخت للأب على الأخت للأم ، والخالة ، لأنها أقوى إرثاً منهما » فيقال : لم يكن تقديمها لأجل الإرث وقوته ، ولو كان لأجل ذلك ، لكانت العصبات أحق بالحضانة من النساء ، فيكون العم أولى من الخالة والعمة ، وهذا باطل .

فصل

وقد ضبط الشيخ في « المغنى » (١) هذا الباب بضابط آخر فقال : فصل في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء : وأولى الكل بها : الأم ،

ثم أمهاتها وإن علون ، يقدم منهن الأقرب فالأقرب ؛ لأنهن نساء ولادتهن متحققة ، ، فهن فى معنى الأم : وعن أحمد : أن أم الأب وأمهاها يقدمن على أم الأم ، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم ؛ لأنهن يدلين به ، فيكون الأب بعد الأم ، ثم أمهاتها ، والأولى هى المشهورة عند أصحابنا ، فإن المقدم الأم ، ثم أمهاتها ، ثم الأب ، ثم أمهاته ، ثم الجد ، ثم أمهاته ، ثم جد الأب ، ثم أمهاته ، وإن كن غير وارثات ؛ لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة ، بخلاف أم أب الأم .

وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن الأخت من الأم والحالة أحق من الأب ، فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصابات ، والأولى هى المشهورة من (١) المذهب . فإذا انقرض الآباء والأمهات ، انتقلت الحضانة إلى الأخوات وتقدم الأخت من الأبوين ، ثم الأخت من الأب ، ثم الأخت من الأم ، وتقدم الأخت على الأخ ؛ لأنها امرأة من أهل الحضانة ، فقدمت على من فى درجتها من الرجال ، كالأم تقدم على الأب ، وأم الأب على أب الأب ، وكل جدة فى درجة جد تقدم عليه ؛ لأنها تلى الحضانة بنفسها ، والرجل لا يليها بنفسه .

وفيه وجه آخر : أنه يقدم عليها ؛ لأنه عصبه بنفسه ، والأول أولى ، وفى تقديم الأخت من الأبوين ، أو من الأب على الجد وجهان ، وإذا لم تكن أخت فالأخ للأبوين أولى ، ثم الأخ للأب ، ثم ابناهما (٢) ، ولا حضانة للأخ من الأم لما ذكرنا .

فإذا عدموا ، صارت الحضانة للخالات على الصحيح ، وترتيبهن فيها كترتيب الأخوات ، ولا حضانة للأخوال ، فإذا عدموا (٣) ، صارت للعمات ، ويقدمن على الأعمام كتقديم الأخوات على الإخوة ، ثم للعم للأبوين ، ثم للعم للأب ، ولا حضانة للعم من الأم ، ثم ابناهما (٤) ، ثم إلى خالات الأب على قول الحرقي ، وعلى القول الآخر : إلى خالات الأم ، ثم إلى عمات الأب ، ولا حضانة لعمات الأم ؛ لأنهن يدلين بأب الأم ، ولا حضانة له . وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة فى درجة قدم المستحق منهم بالقرعة ، انتهى كلامه .

وهذا خير مما قبله من الضوابط ، ولكن فيه تقديم أم الأم وإن علت على الأب وأمهاها ، فإن طرد تقديم من فى جهة الإيم على من فى جهة الأب جاءت تلك اللوازم

(٢) فى المغنى : « أبناؤهما » .

(٤) فى المغنى : « أبناؤهما » .

(١) فى المغنى : « فى » .

(٣) فى المغنى : « عدمن » .

الباطلة ، وهو لم يطرده ، وإن قدم بعض من فى جهة الأب على بعض من فى جهة الأم كما فعل ، طولب بالفرق ، وبمناط التقديم .

وفيه إثبات الحضانة للأخت من الأم دون الأخ من الأم ، وهو فى درجتها ومساو لها من كل وجه ، فإن كان ذلك لأنوثتها وهو ذكر ، انتقض برجال العصابة كلهم ، وإن كان ذلك لكونه ليس من العصابة ، والحضانة لا تكون لرجل إلا أن يكون من العصابة . قيل : فكيف جعلتموها لئساء ذوى الأرحام مع مساوات قرابتهن لقرابة من فى درجتهن من الذكور من كل وجه ؟ فإما أن تعتبروا الأنوثة فلا تجعلوها للذكر ، أو الميراث فلا تجعلوها لغير وارث ، أو القرابة فلا تمنعوا منها الأخ من الأم والخال وأبا الأم ، أو التعصيب ، فلا تعطوها لغير عصابة .

فإن قلتم : بقى قسم آخر وهو قولنا ، وهو اعتبار التعصيب فى الذكور والقرابة فى النساء .

قيل : هذا مخالف لباب الولايات ، وباب الميراث ، والحضانة ولاية على الطفل ، فإن سلكتكم بها مسلك الولايات ، فخصوها بالأب والجد ، وإن سلكتكم بها مسلك الميراث ، فلا تعطوها لغير وارث ، وكلاهما خلاف قولكم وقول الناس أجمعين .

وفى كلامه أيضا: تقديم ابن الأخ وإن نزلت درجته على الحالة التى هى أم ، وهو فى غاية البعد ، وجمهور الأصحاب إنما جعلوا أولاد الإخوة بعد أب الأب والعمات وهو الصحيح ، فإن الحالة أخت الأم ، وبها تدلى ، والأم مقدمة على الأب ، وابن الأخ إنما يدلى بالأخ الذى يدلى بالأب ، فكيف يقدم على الحالة ، وكذا العممة أخت الأب وشقيقته ، فكيف يقدم ابن ابنه عليها .

وقد ضبط هذا الباب شيخنا شيخ الإسلام ابن تيمية بضابط آخر فقال : أقرب ما يضبط به باب الحضانة أن يقال : لما كانت الحضانة ولاية تعتمد الشفقة والتربية والملاطفة كان أحق الناس بها أقومهم بهذا الصفات وهم أقاربه يقدم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة .

فإن اجتمع منهم اثنان فصاعدا ، فإن استوت درجتهن قدم الأنثى على الذكر ، فتقدم الأم على الأب ، والجدة على الجد ، والحالة على الخال ، والعممة على العم ، والأخت على الأخ . فإن كانا ذكرا أو أنثيين ، قدم أحدهما بالقرعة - يعنى مع استواء درجتهما - وإن اختلفت درجتهما من الطفل ، فإن كانوا من جهة واحدة ، قدم الأقرب إليه ، فتقدم

الأخت على ابنتها ، والحالة على خالة الأبوين ، وخالة الأبوين على خالة الجد والجدة والجد أبو الأم على الأخ للأم ، هذا هو الصحيح لأن جهة الأبوة والأمومة فى الحضانة أقوى من جهة الأخوة فيها ، وقيل : يقدم الأخ للأم ؛ لأنه أقوى من أب الأم فى الميراث ، والوجهان فى مذهب أحمد .

وفيه وجه ثالث : أنه لا حضانة للأخ من الأم بحال ؛ لأنه ليس من العصبات ، ولا من نساء الحضانة ، وكذلك الخال أيضا ، فإن صاحب هذا الوجه يقول : لا حضانة له ، ولا نزاع أن أبا الأم وأمهاته أولى من الخال وإن كانوا من جهتين ، كقربة الأم وقربة الأب مثل العممة والحالة ، والأخت للأب ، والأخت للأم ، وأم الأب ، وأم الأم ، وخالة الأب ، وخالة الأم قدم من فى جهة الأب فى ذلك كله على إحدى الروايتين فيه .

هذا كله إذا استوت درجاتهم ، أو كانت جهة الأب أقرب إلى الطفل ، وأما إذا كانت جهة الأم أقرب ، وقربة الأب أبعد ، كأم الأم ، وأم أب الأب ، وكخالة الطفل ، وعمة أبيه ، فقد تقابل الترجيحان ، ولكن يقدم الأقرب إلى الطفل لقوة شفقتة وحنوه على شفقة الأبعد ، ومن قدم قربة الأب ، فإنما يقدمها مع مساواة قربة الأم لها ، فأما إذا كانت أبعد منها ، قدمت قربة الأم القريبة ، وإلا لزم من تقديم القربة البعيدة لوازم باطلة لا يقول بها أحد ، فهذا الضابط يمكن حصر جميع مسائل هذا الباب وجريها على القياس الشرعى ، واطرادها وموافقته لأصول الشرع ، فأى مسألة وردت عليك أمكن أخذها من هذا الضابط مع كونه مقتضى الدليل ، ومع سلامته من التناقض ومناقضة قياس الأصول ، وبالله التوفيق .

فصل

وقوله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحى » (١) ، فيه دليل على أن الحضانة حق للأم . وقد اختلف الفقهاء : هل هى للحاضن أم عليه ؟ على قولين فى مذهب أحمد ومالك ، وينبنى عليهما : هل لمن له الحضانة أن يسقطها فينزل عنها ؟ على قولين . وأنه لا يجب عليه خدمة الولد أيام حضانته إلا بالأجرة إن قلنا : الحق له ، وإن قلنا : الحق عليه ، وجب خدمته مجانا .

وإن كان الحاضن فقيرا ، فله الأجرة على القولين .

(١) سبق تخريجه ص ٢٦٩ .

وإذا وهبت الحضانة للأب ، وقلنا : الحق لها ، لزمته الهبة ولم ترجع فيها ، وإن قلنا : الحق عليها ، فلها العود إلى طلبها .

الفرق بين هذه المسألة وبين ما لم يثبت بعد كهبة الشفعة قبل البيع حيث لا تلزم في أحد القولين : أن الهبة في الحضانة قد وجد سببها ، فصار بمنزلة ما قد وجد ، وكذلك إذا وهبت المرأة نفقتها لزوجها شهرا ألزمت الهبة ، ولم ترجع فيها ، هذا كله كلام أصحاب مالك وتفريغهم ، والصحيح أن الحضانة حق لها ، وعليها إذا احتاج الطفل إليها ، ولم يوجد غيرها ، وإن اتفقت هي ، وولى الطفل على نقلها إليه جاز ، والمقصود أن في قوله ﷺ : « أنت أحق به » ، دليلا على أن الحضانة حق لها .

فصل

وقوله : « ما لم تنكحى » ، اختلف فيه : هل هو تعليل أو توقيت ، على قولين يبنى عليهما : ما لو تزوجت وسقطت حضانتها ، ثم طلقت فهل تعود الحضانة ؟ فإن قيل : اللفظ تعليل ، عادت الحضانة بالطلاق ؛ لأن الحكم إذا ثبت بعلة زال بزوالها ، وعلة سقوط الحضانة التزويج فإن طلقت ، زالت العلة ، فزال حكمها ، وهذا قول الأكثرين ، منهم : الشافعي ، وأحمد ، وأبو حنيفة .

ثم اختلفوا فيما إذا كان الطلاق رجعيا ، هل يعود حقها بمجرد ، أو يتوقف عودها على انقضاء العدة ؟ على قولين ، وهما في مذهب أحمد والشافعي ، أحدهما : تعود بمجرد ، وهو ظاهر مذهب الشافعي . والثاني : لا تعود حتى تنقض العدة ، وهو قول أبي حنيفة والمزني ، وهذا كله تفريع على أن قوله : « ما لم تنكحى » تعليل ، وهو قول الأكثرين . وقال مالك في المشهور من مذهبه : إذا تزوجت ودخل بها ، لم يعد حقها من الحضانة ، وإن طلقت ، قال بعض أصحابه : وهذا بناء على أن قوله : « ما لم تنكحى » للتوقيت ، أى : حرك من الحضانة موقت إلى حين نكاحك ، فإذا نكحت ، انقضت وقت الحضانة ، فلا تعود بعد انقضاء وقتها ، كما لو انقضت وقتها ببلوغ الطفل واسغائه عنها . وقال بعض أصحابه : يعود حقها إذا فارقها زوجها ، كقول الجمهور ، وهو قول المغيرة ، وابن أبي حازم . قالوا : لأن المقتضى لحقها من الحضانة من الحضانة هو قرابتها الخاصة ، وإنما عارضها مانع النكاح لما يوجبه من إضاعة الطفل ، واشتغالها بحقوق الزوج الأجنبي منه عن مصالحة ، ولما فيه من تغذيته وتربيته في نعمة غير أقاربه ، وعليهم في ذلك منة وغضاضة ، فإذا انقطع النكاح بموت ، أو فرقة ، زال المانع ، والمقتضى قائم ، فترتب عليه أثره ، وهكذا كل

من قام به من أهل الحضانة مانع منها ، ككفر ، أو رق ، أو فسق ، أو بدو ، فإنه لا حضانة له ، فإن زالت الموانع ، عاد حقهم من الحضانة ، فهكذا النكاح والفرقة .

وأما النزاع فى عود الحضانة بمجرد الطلاق الرجعى ، أو بوقفه على انقضاء العدة ، فمأخذه كون الرجعية زوجة فى عامة الأحكام ، فإنه يثبت بينهما التوارث والنفقة ، ويصح منها الظهار والإيلاء : ويحرم أن ينكح عليها أختها ، أو عمتها ، أو خالتها ، أو أربعا سواها ، وهى زوجة ، فمن راعى ذلك ، لم تعد إليها الحضانة بمجرد الطلاق الرجعى حتى تنقضى العدة ، فتبين حينئذ ، ومن أعاد الحضانة بمجرد الطلاق ، قال : قد عزلها عن فراشه ، ولم يبق لها عليه قسم ، ولا لها به شغل ، والعلة التى سقطت الحضانة لأجلها قد زالت بالطلاق ، وهذا هو الذى رجحه الشيخ فى « المغنى » (١) وهو ظاهر كلام الخرقي ، فإنه قال : وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلقت ، رجعت على حقها من كفالته .

فصل

وقوله : « ما لم تنكحى » ، اختلف فيه : هل المراد به مجرد العقد ، أو العقد مع الدخول ؟ وفى ذلك وجهان :

أحدهما : أن بمجرد العقد تزول حضانتها ، وهو قول الشافعى ، وأبى حنيفة ؛ لأنه بالعقد يملك الزوج منافع الاستمتاع بها ، ويملك نفعها من حضانة الولد .

الثانى : أنها لا تزول إلا بالدخول ، وهو قول مالك ، فإن بالدخول يتحقق اشتغالها عن الحضانة ، والحديث يحتمل الأمرين ، والأشبه سقوط حضانتها بالعقد ؛ لأنها حينئذ صارت فى مظنة الاشتغال عن الولد والتهيؤ للدخول ، وأخذها حينئذ فى أسبابه ، وهذا قول الجمهور .

فصل

واختلف الناس فى سقوط الحضانة بالنكاح ، على أربعة أقوال :

أحدها : سقوطها به مطلقا ، سواء كان المحضون ذكرا ، أو أنثى ، وهذا مذهب الشافعى ، ومالك ، وأبى حنيفة ، وأحمد فى المشهور عنه .

(١) المغنى (١١ / ٤٢٧ ، ٤٢٨) .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، وقضى به شريح .

والقول الثاني : أنها لا تسقط بالتزويج بحال ، ولا فرق في الحضانة بين الأيم وذوات البعل ، وحكى هذا المذهب عن الحسن البصرى ، وهو قول أبى محمد ابن حزم .

القول الثالث : أن الطفل إن كان بنتا لم تسقط الحضانة بنكاح أمها ، وإن كان ذكرا سقطت ، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد - رحمه الله - نص عليه فى رواية مهنا بن يحيى الشامى ، فقال : إذا تزوجت الأم وابنها صغير ، أخذ منها . قيل له : والجارية مثل الصبى ؟ قال : لا ، الجارية تكون مع أمها إلى سبع سنين . وعلى هذه الرواية : فهل تكون عندها إلى سبع سنين أو إلى أن تبلغ ؟ على روايتين .

قال ابن أبى موسى : وعن أحمد ، أن الأم أحق بحضانة البنت وإن تزوجت إلى أن تبلغ .

والقول الرابع : أنها إذا تزوجت بنسيب من الطفل لم تسقط حضانتها ثم اختلف أصحاب هذا القول ، على ثلاثة أقوال : أحدها : أن المشترط أن يكون الزوج نسبيا للطفل فقط ، وهذا ظاهر قول أصحاب أحمد . الثانى : أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم ، وهو قول أصحاب أبى حنيفة . الثالث : أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد ، بأن يكون جدا للطفل ، وهذا قول مالك ، وبعض أصحاب أحمد ، فهذا تحرير المذاهب فى هذه المسألة .

فأما حجة من أسقط الحضانة بالتزويج مطلقا ، فثلاث حجج :

إحداها : حديث عمرو بن شعيب المتقدم ذكره (١) .

الثانية : اتفاق الصحابة على ذلك ، وقد تقدم قول الصديق لعمر : هى أحق به ما لم تتزوج ، وموافقة عمر له على ذلك (٢) ، ولا مخالف لهما من الصحابة البتة ، وقضى به شريح ، والقضاة بعده إلى اليوم فى سائر الأعصار والأمصار .

الثالثة : ما رواه عبد الرزاق : حدثنا ابن جريج ، حدثنا أبو الزبير ، عن رجل صالح من أهل المدينة ، عن أبى سلمة بن عبد الرحمن ، قال : كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار ، فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد ، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها ، فأنكح الآخر ، فجاءت إلى النبى ﷺ ، قالت : أنكحنى أبى رجلا لا أريده ، وترك

(٢) سبق تخريجه ص ٢٧٢ .

(١) سبق تخريجه ص ٢٦٩ .

عم ولدى ، فيؤخذ منى ولدى ، فدعا رسول الله ﷺ أباهما ، فقال : « أنكحت فلانا فلانة ؟ » قال : نعم ، قال : « أنت الذى لا نكاح لك ، اذهبى فانكحى عم ولدك » (١) ، فلم ينكر أخذ الولد منها لما تزوجت ، بل أنكحها عم الولد لتبقى لها الحضانة ، وفيه دليل على سقوط الحضانة بالنكاح ، وبقيائها إذا تزوجت بنسيب من الطفل ، واعترض أبو محمد ابن حزم على هذا الاستدلال ، بأن حديث عمرو بن شعيب صحيفة ، وحديث أبى سلمة هذا مرسل ، وفيه مجهول (٢) . وهذان الاعتراضان ضعيفان ، فقد بينا احتجاج الأئمة بعمرو فى تصحيحهم حديثه ، وإذا تعارض معنا فى الاحتجاج برجل قول ابن حزم ، وقول البخارى ، وأحمد ، وابن المدينى ، والحميدى وإسحاق بن راهويه وأمثالهم ، لم يلتفت إلى سواهم .

وأما حديث أبى سلمة هذا ، فإن أبى سلمة من كبار التابعين ، وقد حكى القصة عن الأنصارية ، ولا ينكر لقاءه لها ، فلا يتحقق الإرسال ، ولو تحقق ، فمرسل جيد ، له شواهد مرفوعة وموقوفة ، وليس الاعتماد عليه وحده ، وعنى بالمجهول الرجل الصالح الذى شهد له أبو الزبير بالصلاح ، ولا ريب أن هذه الشهادة لا تعرف به ، ولكن المجهول إذا عدله الراوى عنه الثقة ثبتت عدالته وإن كان واحدا على أصح القولين ، فإن التعديل من باب الإخبار والحكم لا من باب الشهادة ، ولاسيما التعديل فى الرواية ، فإنه يكتفى فيه بالواحد ، ولا يزيد على أصل نصاب الرواية ، هذا مع أن أحد القولين : إن مجرد رواية العدل عن غيره تعديل له وإن لم يصرح بالتعديل ، كما هو إحدى الروایتين عن أحمد ، وأما إذا روى عنه وصرح بتعديله ، فقد خرج عن الجهالة التى ترد لأجلها روايته لاسيما إذا لم يكن معروفا بالرواية عن الضعفاء والمتهمين ، وأبو الزبير وإن كان فيه تدليس ، فليس معروفا بالتدليس عن المتهمين والضعفاء ، بل تدليسه من جنس تدليس السلف ، لم يكونوا يدلسون عن متهم ولا مجروح ، وإنما كثر هذا النوع من التدليس فى المتأخرين .

واحتج أبو محمد على قوله ، بما رواه من طريق البخارى ، عن عبد العزيز بن صهيب ، عن أنس قال : قدم رسول الله ﷺ المدينة له خادم ، فأخذ أبو طلحة بيدى ، وانطلق بى إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، إن أنسا غلام كيس ، فليخدمك . قال : فخدمته فى السفر والحضر ، وذكر الخبر (٣) .

(١) عبد الرزاق (١٠٣٠٤) فى النكاح ، باب : ما يكره عليه من النكاح فلا يجوز .

(٢) المحلى (١٠ / ١٤٦ ، ١٤٧) فى أحكام الحضانة .

(٣) البخارى (٢٧٦٨) فى الوصايا ، باب : استخدام اليتيم فى السفر والحضر .

قال أبو محمد : فهذا أنس في حضانة أمه ، ولها زوج ، وهو أبو طلحة بعلم رسول الله ﷺ (١) . وهذا الاحتجاج في غاية السقوط ، والخبر في غاية الصحة ، فإن أحدا من أقارب أنس لم ينازع أمه فيه إلى النبي ﷺ ، وهو طفل صغير لم يثغر ، ولم يأكل وحده ، ولم يشرب وحده ، ولم يميز ، وأمّه مزوجة ، فحكم به لأمه ، وإنما يتم الاستدلال بهذه المقدمات كلها ، والنبي ﷺ لما قدم المدينة كان لأنس من العمر عشر سنين ، فكان عند أمه ، فلما تزوجت أبا طلحة لم يأت أحد من أقارب أنس ينازعها في ولدها ويقول : قد تزوجت فلا حضانة لك ، وأنا أطلب انتزاعه منك ، ولا ريب أنه لا يحرم على المرأة المزوجة حضانة ابنها إذا اتفقت هي والزوج وأقارب الطفل على ذلك ، ولا ريب أنه لا يجب ، بل لا يجوز أن يفرق بين الأم وولدها إذا تزوجت من غير أن يخاصمها من له الحضانة ، ويطلب انتزاع الولد ، فالاحتجاج بهذه القصة من أبعد الاحتجاج وأبرده .

ونظير هذا أيضا ، احتجاجهم بأن أم سلمة لما تزوجت برسول الله ﷺ لم تسقط كفالتها لابنها ، بل استمرت على حضانتها ، فيا عجبا من الذي نازع أم سلمة في ولدها ، ورغب عن أن يكون في حجر النبي ﷺ واحتج لهذا القول أيضا بأن رسول الله ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها وهي مزوجة بجعفر (٢) ، فلا ريب أن للناس في قصة ابنة حمزة ثلاثة مآخذ :

أحدها : أن النكاح لا يسقط الحضانة .

الثاني : أن المحضونة إذا كانت بنتا ، فنكاح أمها لا يسقط حضانتها ، ويسقطها إذا كان ذكرا .

الثالث : أن الزوج إذا كان نسيبا من الطفل ، لم تسقط حضانتها ، وإلا سقطت ، فالاحتجاج بالقصة على أن النكاح لا يسقط الحضانة مطلقا لا يتم إلا بعد إبطال ذينك الاحتمالين الآخرين .

فصل

وقضاؤه ﷺ بالولد لأمه ، وقوله : « أنت أحق به ما لم تنكحى » (٣) ، لا يستفاد منه عموم القضاء ، لكل أم حتى يقضى به للأم . وإن كانت كافرة أو رقيقة ، أو فاسقة ، أو مسافرة ، فلا يصح الاحتجاج به على ذلك ، ولا نفيه ، فإذا دل دليل منفصل على اعتبار

الإسلام والحرية والديانة والإقامة ، لم يكن ذلك تخصيصاً ولا مخالفة لظاهر الحديث .

وقد اشترط في الحاضن ستة شروط :

اتفاقهما في الدين ، فلا حضانة لكافر على مسلم لوجهين :

أحدهما : أن الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه ، وأن ينشأ عليه ، ويتربى عليه ، فيصعب بعد كبره وعقله انتقاله عنه ، وقد يغيره عن فطرة الله التي فطر عليها عباده ، فلا يراجعها أبداً ، كما قال النبي ﷺ : « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه ، أو يمجسانه » (١) .

فلا يؤمن تهويد الحاضن وتنصيره للطفل المسلم .

فإن قيل : الحديث إنما جاء في الأبوين خاصة .

قيل : الحديث خرج مخرج الغالب ؛ إذ الغالب المعتاد نشوء الطفل بين أبويه ، فإن فقد الأبوان أو أحدهما قام ولي الطفل من أقاربه مقامهما .

الوجه الثاني : أن الله - سبحانه - قطع الموالاة بين المسلمين والكفار ، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض ، والكفار بعضهم من بعض ، والحضانة من أقوى أسباب الموالاة التي قطعها الله بين الفريقين .

وقال أهل الرأي ، وابن القاسم ، وأبو ثور : تثبت الحضانة لها مع كفرها وإسلام الولد ، واحتجوا بما روى النسائي في سننه ، من حديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه ، عن جده رافع بن سنان ، أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأنت النبي ﷺ ، فقالت : ابنتي وهي فطيم أو يشبهه ، وقال رافع : ابنتي ، فقال النبي ﷺ : « اقعدي ناحية » ، وقال لها : « اقعدي ناحية » ، وقال لهما : « ادعواها » ، فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي ﷺ : « اللهم اهدها » ، فمالت إلى أبيها فأخذها (٢) .

قالوا : ولأن الحضانة لأمرين : الرضاع ، وخدمة الطفل ، وكلاهما يجوز من الكافرة .

قال الآخرون : هذا الحديث من رواية عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان الأنصاري الأوسى ، وقد ضعفه إمام العليل يحيى بن سعيد القطان ، وكان

(١) البخارى (١٣٨٥) فى الجنائز ، باب : ما قيل فى أولاد المشركين ، ومسلم (٢٦٥٨) فى القدر ، باب : معنى : كل مولود يولد على الفطرة .

(٢) سبق تخريجه ص (٢٧٠) ، وراجع تهذيب الكمال (٩ / ٢٨) فى ترجمه رافع بن سنان ، (١٦ / ٤١٦) فى ترجمة عبد الحميد بن جعفر .

سفيان الثوري يحمل عليه ، وضعف ابن المنذر الحديث ، وضعفه غيره ، وقد اضطرب في القصة ، فروى أن المخير كان بنتا ، وروى أنه كان ابنا . وقال الشيخ في « المغنى » : وأما الحديث ، فقد روى على غير هذا الوجه ، ولا يثبت أهل النقل . وفي إسناده مقال ، قاله ابن المنذر (١).

ثم إن الحديث قد يحتج به على صحة مذهب من اشترط الإسلام ، فإن الصبية لما مالت إلى أمها دعا النبي ﷺ لها بالهداية ، فمالت إلى أبيها ، وهذا يدل على أن كونها مع الكافر خلاف هدى الله الذى أراده من عباده ، ولو استقر جعلها مع أمها ، لكان فيه حجة ، بل أبطله الله - سبحانه - بدعوة رسوله .

ومن العجب أنهم يقولون : لا حضانة للفاسق ، فأى فسق أكبر من الكفر ؟ وأين الضرر المتوقع من الفاسق بنشوء الطفل على طريقته إلى الضرر المتوقع من الكافر ، مع أن الصواب أنه لا تشترط العدالة فى الحاضن قطعا ، وإن شرطها أصحاب أحمد والشافعى وغيرهم ، واشترطها فى غاية البعد ، ولو اشترط فى الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم ، ولعظمت المشقة على الأمة ، واشتد العنت ، ولم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق بينهم لا يتعرض لهم أحد فى الدنيا ، مع كونهم الأكثرين . ومتى وقع فى الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه ؟ وهذا فى الحرج والعسر - واستمرار العمل المتصل فى سائر الأمصار والأعصار على خلافه - بمنزلة اشتراط العدالة فى ولاية النكاح ، فإنه دائم الوقوع فى الأمصار والأعصار ، والقرى والبوادي ، مع أن أكثر الأولياء الذين يلون ذلك فساق ، ولم يزل الفسق فى الناس ، ولم يمنع النبي ﷺ ، ولا أحد من الصحابة فاسقا من تربية ابنه وحضنته له ، ولا من تزويجه موليته ، والعادة شاهدة بأن الرجل ولو كان من الفساق ، فإنه يحتاط لابنته ، ولا يضعها ، ويحرص على الخير لها بجهد ، وإن قدر خلاف ذلك ، فهو قليل بالنسبة إلى المعتاد ، والشارع يكتفى فى ذلك بالباعث الطبيعى ، ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة ، وولاية النكاح ، لكان بيان هذا للأمة من أهم الأمور ، واعتناء الأمة بنقله ، وتوارث العمل به مقدما على كثير مما نقلوه ، وتوارثوا العمل به ، فكيف يجوز عليهم تضييعه واتصال العمل بخلافه . ولو كان الفسق ينافى الحضانة ، لكان من زنى أو شرب خمرا ، أو أتى كبيرة ، فرق بينه وبين أولاده الصغار ، والتمس لهم غيره والله أعلم .

نعم ، العقل مشترط فى الحضانة ، فلا حضانة لمجنون ولا معتوه ولا طفل ، لأن هؤلاء يحتاجون إلى من يحضنهم ويكفلهم ، فكيف يكونون كافلين لغيرهم .

وأما اشتراط الحرية، فلا ينتهض عليه دليل يركن القلب إليه، وقد اشترطه أصحاب الأئمة الثلاثة . وقال مالك في حر له ولد من أمة : إن الأم أحق به إلا أن تباع ، فتنقل ، فيكون الأب أحق بها ، وهذا هو الصحيح ، لأن النبي ﷺ قال : « لا توله والدة عن ولدها » (١) . وقال : « من فرق بين الوالدة وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » (٢) .

وقد قالوا : لا يجوز التفريق في البيع بين الأم وولدها الصغير فكيف يفرقون بينهما في الحضانة ؟ وعموم الأحاديث تمنع من التفريق مطلقا في الحضانة والبيع ، واستدلّ لهم بكون منافعها مملوكة للسيد ، فهي مستغرقة في خدمته ، فلا تفرغ لحضانة الولد ممنوع ، بل حق الحضانة لها ، تقدم به في أوقات حاجة الولد على حق السيد ، كما في البيع سواء . وأما اشتراط خلوها من النكاح ، فقد تقدم .

وهاهنا مسألة ينبغي التنبيه عليها وهي أنا إذا أسقطنا حقها من الحضانة بالنكاح ، ونقلناها إلى غيرها فاتفق أنه لم يكن له سواها ، لم يسقط حقها من الحضانة ، وهي أحق به من الأجنبي الذي يدفعه القاضى إليه ، وتربيته في حجر أمه ورأيه أصلح من تربيته في بيت أجنبي محض لا قرابة بينهما توجب شفقتة ورحمته وحنوه ، ومن المحال أن تأتي الشريعة بدفع مفسدة بمفسدة أعظم منها بكثير ، والنبي ﷺ لم يحكم حكما عاما كلياً : أن كل امرأة تزوجت سقطت حضانتها في جميع الأحوال حتى يكون إثبات الحضانة للأم في هذه الحالة مخالفة للنص .

وأما اتحاد الدار ، فإن كان سفر أحدهما لحاجة ، ثم يعود والآخر مقيم ، فهو أحق به ؛ لأنه السفر بالولد الطفل ولا سيما إن كان رضيعاً إضرار به وتضييع له ، هكذا أطلقوا ، ولم يستثنوا سفر الحج من غيره ، وإن كان أحدهما منتقلا عن بلد الآخر للإقامة ، والبلد وطريقه مخوفان ، أو أحدهما ، فالمقيم أحق ، وإن كان هو وطريقه آمنين ، ففيه قولان ، وهما روايتان عن أحمد ، إحداهما : أن الحضانة للأب ليتمكن من تربية الولد وتأديبه وتعليمه ، وهو قول مالك والشافعي ، وقضى به شريح . والثانية : أن الأم أحق . وفيها قول ثالث : أن المنتقل إن كان هو الأب ، فالأم أحق به ، وإن كان الأم ، فإن انتقلت إلى

(١) البيهقي في الكبرى (٨ / ٥) في النفقات ، باب : الأم تزوج فيسقط حقها من حضانة الولد . . . من حديث أبي بكر .

(٢) الترمذى (١٢٨٣) في البيوع ، باب : ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها . . . ، والدارمى (٢ / ٢٢٧ ، ٢٢٨) في السير ، باب : النهى عن التفريق بين الوالدة وولدها ، وأحمد (٥ / ٤١٣) ، والطبرانى في الكبير (٤ / ١٨٢) برقم (٤٠٨٠) ، والدارقطنى (٣ / ٦٧) رقم (٢٥٦) في البيوع ، والحاكم في المستدرک (٥٥ / ٢) وقال : « صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه » ووافقه الذهبي .

البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق به ، وإن انتقلت إلى غيره ، فالأب أحق ، وهو قول الحنفية . وحكوا عن أبى حنيفة رواية أخرى : أن نقلها إن كان من بلد إلى قرية ، فالأب أحق ، وإن كان من بلد إلى بلد ، وهذه أحق ، وهذا أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه ، فالصواب النظر والاحتياط للطفل فى الأصلح له ، والأأنفع من الإقامة أو النقلة ، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ ، روعى ، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة ، هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر ، وانتزاع الولد منه .

فإن أراد ذلك ، لم يجب إليه ، والله الموفق .

فصل

وقوله : « أنت أحق به ما لم تنكحى » ، قيل : فيه إضمار تقديره : ما لم تنكحى ، ويدخل بك الزوج ، ويحكم الحاكم بسقوط الحضانة . وهذا تعسف بعيد لا يشعر به اللفظ ، ولا يدل عليه بوجه ، ولا هو من دلالة الاقتضاء التى تتوقف صحة المعنى عليها ، والدخول داخل فى قوله : « تنكحى » ، عند من اعتبره ، فهو كقوله : ﴿ حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٠] ومن لم يعتبره ، فالمراد بالنكاح عنده العقد .

وأما حكم الحاكم بسقوط الحضانة ، فذاك إنما يحتاج إليه عند التنازع والخصومة بين المتنازعين ، فيكون منفاذا لحكم رسول الله ﷺ ، لا أن رسول الله ﷺ أوقف سقوط الحضانة على حكمه ، بل قد حكم هو بسقوطها ، حكم به الحكام بعده أو لم يحكموا . والذى دل عليه هذا الحكم النبوى ، أن الأم أحق بالطفل ما لم يوجد منها النكاح ، فإذا نكحت ، زال ذلك الاستحقاق ، وانتقل الحق إلى غيرها . فأما إذا طلبه من له الحق ، وجب على خصمه أن يبذله له ، فإن امتنع ، أجبره الحاكم عليه ، وإن أسقط حقه ، أو لم يطالب به ، بقى على ما كان عليه أولا ، فهذه قاعدة عامة مستفادة من غير هذا الحديث .

فصل

وقد احتج من لا يرى التخيير بين الأبوين بظاهر هذا الحديث ، ووجه الاستدلال أنه قال : « أنت أحق به » ، ولو خير الطفل لم تكن هى أحق به إلا إذا اختارها ، كما أن الأب لا يكون أحق به إلا إذا اختاره ، فإن قدر : أنت أحق به إن اختارك ، قدر ذلك فى جانب الأب ، والنبي ﷺ جعلها أحق به مطلقا عند المنازعة ، وهذا مذهب أبى حنيفة

ومالك . ونحن نذكر هذه المسألة ومذاهب الناس فيها ، والاحتجاج لأقوالهم ، ونرجح ما وافق حكم رسول الله ﷺ منها .

ذكر قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه :

ذكر عبد الرزاق عن ابن جريح ، عن عطاء الخراساني ، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأته ، فذكر الأثر المتقدم ، وقال فيه : ريحها وفاضها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه (١) ، فحكم به لأنه حين لم يكن له تمييز إلى أن يشب ويميز ويخير حينئذ .

ذكر قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه :

قال الشافعي : حدثنا ابن عيينة ، عن يزيد بن يزيد بن جابر ، عن إسماعيل بن عبد الله بن أبي المهاجر ، عن عبد الرحمن بن غنم : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خير غلاما بين أبيه وأمه (٢) .

وقال عبد الرزاق : أخبرنا ابن جريح ، عن عبد الله بن عبيد بن عمير ، قال : خير عمر رضي الله عنه غلاما ما بين أبيه وأمه ، فاختر أمه ، فانطلقت به (٣) .

وذكر عبد الرزاق أيضا : عن معمر ، عن أيوب ، عن إسماعيل بن عبيد الله ، عن عبد الرحمن بن غنم ، قال : اختصم إلى عمر بن الخطاب في غلام ، فقال : هو مع أمه حتى يعرب عنه لسانه ليختار (٤) .

وذكر سعيد بن منصور عن هشيم ، عن خالد ، عن الوليد بن مسلم ، اختصموا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في يتيمة فخيرها ، فاختر أمه على عمه ، فقال عمر : إن لطف أمك خير من خصب عمك (٥) .

ذكر قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : أنبأنا ابن عيينة ، عن يونس بن عبد الله الجرمي ، عن عمارة الجرمي ، قال : خيرني على بين أمي وعمي ، ثم قال الأخ لى أصغر مني :

(١) عبد الرزاق (١٢٦٠١) في الطلاق ، باب : أي الأبوين أحق بالولد .

(٢) البيهقي في الكبرى (٤/ ٨) في النفقات ، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج .

(٣) عبد الرزاق (١٢٦٠٥) في الكتاب والباب السابقين .

(٤) عبد الرزاق (١٢٦٠٦) في الكتاب والباب السابقين .

(٥) سعيد بن منصور (٢٢٧٨) في الطلاق ، باب : الغلام بين الأبوين أيهما أحق به .

وهذا أيضا لو بلغ مبلغ هذا لخيرته (١) .

قال الشافعي - رحمه الله : قال إبراهيم : عن يونس عن عمارة عن علي مثله قال في الحديث : وكنت ابن سبع سنين ، أو ثمانى سنين (٢) .

قال يحيى القطان : حدثنا يونس بن عبد الله الجرمي ، حدثني عمارة بن روية : أنه تخاصمت فيه أمه وعمه إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، قال : فخيرني على ثلاثا ، كلهن أختار أمي ، ومعى أخ لى صغير ، فقال علي : هذا إذا بلغ مبلغ هذا خير (٣) .
ذكر قول أبي هريرة رضي الله عنه :

قال أبو خيثمة زهير بن حرب : حدثنا سفيان بن عيينة ، عن زياد بن سعد ، عن هلال ابن أبي ميمونة قال : شهدت أبا هريرة خير غلاما بين أبيه وأمه ، وقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه (٤) .

فهذا ما ظفرت به عن الصحابة ، وأما الأئمة ، فقال حرب بن إسماعيل : سألت إسحاق بن راهويه ، إلى متى يكون الصبي والصبية مع الأم إذا طلقت ؟ قال : أحب إلى أن يكون مع الأم إلى سبع سنين ، ثم يخير . قلت له : أترى التخيير ؟ قال : شديدا . قلت : فأقل من سبع سنين لا يخير ؟ قال : قد قال بعضهم : إلى خمس ، وأنا أحب إلى سبع .

وأما مذهب الإمام أحمد ، فإذا أن يكون الطفل ذكرا أو أنثى ، فإن كان ذكرا ، فإذا أن يكون ابن سبع أو دونها ، فإن كان له دون السبع ، فأمه أحق بحضانتها من غير تخيير ، وإن كان له سبع ، ففيه ثلاث روايات :

إحداها - وهى الصحيحة المشهورة من مذهبه : أنه يخير ، وهى اختيار أصحابه ، فإن لم يختر واحدا منهما ، أقرع بينهما ، وكان لمن قرع ، وإذا اختار أحدهما ، ثم عاد فاختر الآخر ، نقل إليه ، وهكذا أبدا .

والثانية : أن الأب أحق به من غير تخيير .

والثالثة : أن الأم أحق به كما قبل السبع .

(١ ، ٢) الام (٥ / ٩٢) فى النفقات ، باب : أى الوالدين أحق بالولد ، والبيهقى فى الكبرى (٨ / ٤) فى الكتاب والباب السابقين .

(٣) ابن حزم (١٠ / ١٥٢) فى أحكام الحضانة ، ورواه عبد الرزاق (٩ / ١٢٦٠) عن سفيان الثورى ، فى الطلاق ، باب : أى الأبوين أحق بالولد .

(٤) سبق تخريجه ص ٢٧٠ .

وأما إذا كان أنثى ، فإن كان لها دون سبع سنين ، فأما أحق بها من غير تخير ، وإن بلغت سبعا ، فالمشهور من مذهبه ، أن الأم أحق بها إلى تسع سنين ، فإذا بلغت تسعا ، فالأب أحق بها من غير تخير .

وعنه رواية رابعة : أن الأم أحق بها حتى تبلغ ، ولو تزوجت الأم .

وعنه رواية خامسة : أنها تخير بعد السبع كالغلام ، نص عليها ، وأكثر أصحابه إنما حكوا ذلك وجها في المذهب ، هذا تلخيص مذهبه وتحريره .

وقال الشافعي : الأم أحق بالطفل ذكرا كان أو أنثى إلى أن يبلغا سبع سنين ، فإذا بلغا سبعا وهما يعقلان عقل مثلهما ، خير كل منهما بين أبيه وأمه ، وكان مع من اختار .

وقال مالك وأبو حنيفة : لا تخير بحال ، ثم اختلفا فقال أبو حنيفة : الأم أحق بالجارية حتى تبلغ ، وبالغلام حتى يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويلبس وحده ، ثم يكونان عند الأب ، ومن سوى الأبوين أحق بهما حتى يستغنيا ، ولا يعتبر البلوغ . وقال مالك : الأم أحق بالولد ذكرا كان أو أنثى حتى يثغر ، هذه رواية ابن وهب ، وروى ابن القاسم حتى يبلغ ، ولا يخير بحال .

وقال الليث بن سعد : الأم أحق بالابن حتى يبلغ ثمانى سنين ، وبالبنات حتى تبلغ ، ثم الأب أحق بهما بعد ذلك (١) .

وقال الحسن بن حى : الأم أولى بالبنات حتى يكعب ثديها ، وبالغلام حتى ييفع ، فيخيران بعد ذلك بين أبويهما ، الذكر والأنثى سواء (٢) .

قال المخيرون فى الغلام دون الجارية : قد ثبت التخير عن النبى ﷺ فى الغلام ، من حديث أبى هريرة (٣) ، وثبت عن الخلفاء الراشدين ، وأبى هريرة ، ولا يعرف لهم مخالف فى الصحابة البتة ، ولا أنكره منكر .

قالوا : وهذا غاية فى العدل الممكن ، فإن الأم إنما قدمت فى حال الصغر لحاجة الولد إلى التربية والحمل والرضاع والمدارة التى لا تنهى لغير النساء ، وإلا فالأم أحد الأبوين ، فكيف تقدم عليه ؟ فإذا بلغ الغلام حدا يعرب فيه عن نفسه ، ويستغنى عن الحمل والوضع وما تعانیه النساء ، تساوى الأبوان ، وزال السبب الموجب لتقديم الأم ، والأبوان متساويان فيه ، فلا يقدم أحدهما إلا بمرجح ، والمرجح إما من خارج ، وهو القرعة ، وإما من جهة الولد ، وهو اختياره ، وقد جاءت السنة بهذا وهذا ، وقد جمعها حديث أبى هريرة ،

(٣) سبق تخريجه ص ٢٧٠ .

(٢ ، ١) ابن حزم (١٠ / ١٥٣) فى أحكام الحضنة .

فاعتبرناهما جميعا ، ولم تدفع أحدهما بالآخر .

وقدمنا ما قدمه النبي ﷺ ، وأخرنا ما أخره ، فقدم التخيير ؛ لأن القرعة إنما يصار إليها إذا تساوت الحقوق من كل وجه ، ولم يبق مرجح سواها ، وهكذا فعلنا هاهنا : قدمنا أحدهما بالاختيار ، فإن لم يختر، أو اختارهما جميعا ، عدلنا إلى القرعة ، فهذا لو لم يكن فيه موافقة السنة، لكان من أحسن الأحكام وأعدلها وأقطعها للنزاع بتراضى المتنازعين . وفيه وجه آخر في مذهب أحمد والشافعي : أنه إذا لم يختر واحدا منهما كان عند الأم بلا قرعة ؛ لأن الحضانة كانت لها ، وإنما تنقله عنها باختياره ، فإذا لم يختر ، بقي عندها على ما كان .

فإن قيل : فقد قدمتم التخيير على القرعة ، والحديث فيه تقديم القرعة أولا ، ثم التخيير ، وهذا أولى ؛ لأن القرعة طريق شرعى للتقديم عند تساوى المستحقين ، وقد تساوى الأبوان ، فالقياس تقديم أحدهما بالقرعة ، فإن أبيا القرعة ، لم يبق إلا اختيار الصبي ، فيرجح به ، فما بال أصحاب أحمد والشافعي قدموا التخيير على القرعة .

قيل : إنما قدم التخيير ، لاتفاق ألفاظ الحديث عليه ، وعمل الخلفاء الراشدين به ، وأما القرعة ، فبعض الرواة ذكرها في الحديث ، وبعضهم لم يذكرها ، وإنما كانت في بعض طرق أبي هريرة رضي الله عنه وحده ، فقدم التخيير عليها ، فإذا تعذر القضاء بالتخيير ، تعينت القرعة طريقا للترجيح إذ لم يبق سواها .

ثم قال المخيرون للغلام والجارية : روى النسائي في سننه ، والإمام أحمد في مسنده من حديث رافع بن سنان رضي الله عنه أنه تنازع هو وأم في ابنتهما ، وأن النبي ﷺ أقعده ناحية، وأقعد المرأة ناحية ، وأقعد الصبية بينهما ، وقال : « ادعواها » ، فمالت إلى أمها فقال النبي ﷺ : « اللهم اهدها » فمالت إلى أبيها فأخذها (١) . قالوا : ولو لم يرد هذا الحديث لكان حديث أبي هريرة رضي الله عنه والآثار المقدمة حجة في تخيير الأنثى ؛ لأن كون الطفل ذكرا لا تأثير له في الحكم ، بل هي كالذكر في قوله رضي الله عنه : « من وجد متاعه عند رجل قد أفلس » (٢) . وفي قوله : « من أعتق شركا له في عبد » (٣) ، بل حديث الحضانة

(١) الحديث بهذه الرواية أخرجه أحمد (٥ / ٤٤٦) وأبو داود (٢٢٤٤) كما تقدم ص ٢٧٠ ، ولكنه غير موجود عند النسائي كما ذكر المصنف . وانظر ص ٢٨٨ .

(٢) البخارى (٢٤٠٢) فى الاستقراض ، باب : إذا وجد ماله عند مفلس . . . إلخ ، ومسلم (١٥٥٩) فى المساقاة ، باب : من أدرك ما باعه عند المشتري .

(٣) البخارى (٢٥٢٢) فى العتق ، باب : إذا أعتق عبدا بين اثنين . . . إلخ ، ومسلم (١٥٠١) فى العتق .

أولى بعدم اشتراط الذكورية فيه ؛ لأن لفظ الصبى ليس من كلام الشارع ، إنما الصحابي حكى القصة ، وأنها كانت فى صبى ، فإذا نقح المناط تبين أنه لا تأثير لكونه ذكرا .

قالت الحنابلة : الكلام معكم فى مقامين ، أحدهما : استدلالكم بحديث رافع ، والثانى : إلغاؤكم وصف الذكورية فى أحاديث التخيير .

فأما الأول ، فالحديث قد ضعفه ابن المنذر وغيره ، وضعف يحيى بن سعيد والثورى عبد الحميد بن جعفر ، وأيضا فقد اختلف فيه على قولين . أحدهما : أن المخير كان بنتا ، وروى : أنه كان ابنا . فقال عبد الرزاق : أخبرنا سفيان ، عن عثمان البتى ، عن عبد الحميد ابن سلمة ، عن أبيه ، عن جده : أن أبويه اختصما إلى النبى ﷺ ، أحدهما مسلم ، والآخر كافر ، فتوجه إلى الكافر ، فقال النبى ﷺ : « اللهم اهده » ، فتوجه إلى المسلم ، ففضى له به (١) .

قال أبو الفرج ابن الجوزى : ورواية من روى أنه كان غلاما أصح .

قالوا : ولو سلم لكم أنه كان أنثى ، فأنتم لا تقولون به ، فإن فيه أن أحدهما كان مسلما ، والآخر كافرا ، فكيف تحتجون بما لا تقولون به .

قالوا : وأيضا فلو كانا مسلمين ، ففى الحديث أن الطفل كان فطيما ، وهذا قطعاً دون السبع ، والظاهر أنه دون الخمس ، وأنتم لا تخيرون من له دون السبع ، فظهر أنه لا يمكنكم الاستدلال بحديث رافع هذا على كل تقدير .

بقى المقام الثانى ، وهو إلغاء وصف الذكورة فى أحاديث التخيير وغيرها ، فنقول : لا ريب أن من الأحكام ما يكفى فيها وصف الذكورة ، أو وصف الأنوثة قطعاً ، ومنها ما لا يكفى فيه ، بل يعتبر فيه إما هذا وإما هذا ، فيلغى الوصف فى كل حكم تعلق بالنوع الإنسانى المشترك بين الأفراد ، ويعتبر وصف الذكورة فى كل موضع كان له تأثير فيه ، كالشهادة والميراث ، والولاية فى النكاح ، ويعتبر وصف الأنوثة فى كل موضع يختص بالإناث ، أو يقدم فيه على الذكور ، كالحضانة ، إذا استوى فى الدرجة الذكر والأنثى ، قدمت الأنثى .

بقى النظر فيما نحن فيه من شأن التخيير ، هل لوصف الذكورة تأثير فى ذلك فيلحق بالقسم الذى تعتبر فيه ، أو لا تأثير له فيلحق بالقسم الذى يلغى فيه ؟ ولا سبيل إلى جعلها من القسم الملغى فيه وصف الذكورة ؛ لأن التخيير هاهنا تخيير شهوة ، لا تخيير رأى

(١) عبد الرزاق (١٢٦١٦) فى الطلاق ، باب: المسلم له ولد من نصرانية ، وانظر: نصب الرأية للزلىعى (٣ / ٢٧٠) .

ومصلحة ، ولهذا إذا اختار غير من اختاره أولا ، نقل إليه ، فلو خيرت البنت ، أفضى ذلك إلى أن تكون عند الأب تارة ، وعند الأم أخرى ، فإنها كلما شاءت الانتقال ، أجيبت إليه ، وذلك عكس ما شرع للإناث من لزوم البيوت ، وعدم البروز ، ولزوم الخدور وراء الأستار ، فلا يليق بها أن تتمكن من خلاف ذلك وإذا كان هذا الوصف معتبرا قد شهد له الشرع بالاعتبار لم يمكن إلغاؤه .

قالوا : وأيضا فإن ذلك يفضى إلى ألا يبقى الأب موكلا بحفظها ، ولا الأم لتنفلها بينهما ، وقد عرف بالعادة أن ما يتناوب الناس على حفظه ، ويتواكلون فيه ، فهو آيل إلى ضياع ، ومن الأمثال السائرة : « لا يصلح القدر بين طباخين » .

قالوا : وأيضا فالعادة شاهدة بأن اختيار أحدهما يضعف الرغبة الآخر فيه بالإحسان إليه وصيانتها ، فإذا اختار أحدهما ، ثم انتقل إلى الآخر لم يبق أحدهما تام الرغبة في حفظه والإحسان إليه .

فإن قلت : فهذا بعينه موجود في الصبي ، ولم يمنع تخبيره . قلنا : صدقتم لكن عارضه كون القلوب مجبولة على حب البنين ، واختيارهم على البنات ، فإذا اجتمع نقص الرغبة ، ونقص الأنوثة ، وكراهة البنات في الغالب ، ضاعت الطفلة ، وصارت إلى فساد يعسر تلافيه ، والواقع شاهد بهذا ، والفقهاء تنزيل المشروع على الواقع ، وسر الفرق أن البنت تحتاج من الحفظ والصيانة فوق ما يحتاج إليه الصبي ؛ ولهذا شرع في حق الإناث من الستر والخفر ما لم يشرع مثله للذكور في اللباس وإرخاء الذيل شبرا أو أكثر ، وجمع نفسها في الركوع والسجود دون التجافي ، ولا ترفع صوتها بقراءة القرآن ، ولا ترمل في الطواف ، ولا تتجرد في الإحرام عن المخيط ، ولا تكشف رأسها ، ولا تسافر وحدها ، هذا كله مع كبرها ومعرفتها ، فكيف إذا كانت في سن الصغر وضعف العقل الذي يقبل فيه الانخداع ، ولا ريب أن تردددها بين الأبوين مما يعود على المقصود بالإبطال ، أو يخل به ، أو ينقصه لأنها لا تستقر في مكان معين ، فكان الأصلح لها أن تجعل عند أحد الأبوين من غير تخبير ، كما قاله الجمهور : مالك ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وإسحاق ، فتخبيرها ليس منصوصا عليه ، ولا هو في معناه فيلحق به .

ثم هاهنا حصل الاجتهاد في تعيين أحد الأبوين لمقامها عنده ، وأيهما أصلح لها ، فمالك ، وأبو حنيفة ، وأحمد في إحدى الروايتين عنه : عينوا الأم ، وهو الصحيح دليلا ، وأحمد - رحمه الله - في المشهور عنه ، واختيار عامة أصحابه عينوا الأب .

قال من رجح الأم : قد جرت العادة بأن الأب يتصرف في المعاش ، والخروج ، ولقاء

الناس ، والأم فى خدرها مقصورة فى بيتها ، فالبنت عندها أصون وأحفظ بلا شك ، وعينها عليها دائما بخلاف الأب ، فإنه فى غالب الأوقات غائب عن البنت ، أو فى مظنة ذلك ، فجعلها عند أمها أصون لها وأحفظ .

قالوا : وكل مفسدة يعرض وجودها عند الأم ، فإنها تعرض أو أكثر منها عند الأب ، فإنه إذا تركها فى البيت وحدها لم يأمن عليها ، وإن ترك عندها امرأته أو غيرها ، فالأم أشفق عليها وأصون لها من الأجنبية .

قالوا : وأيضا فهى محتاجة إلى تعلم ما يصلح للنساء من الغزل والقيام بمصالح البيت ، وهذا إنما تقوم به النساء لا الرجال ، فهى أحوج إلى أمها لتعلمها ما يصلح للمرأة ، وفى دفعها إلى أبيها تعطيل هذه المصلحة ، وإسلامها إلى امرأة أجنبية تعلمها ذلك ، وترديدها بين الأم وبينه ، وفى ذلك تمرين لها على البروز والخروج ، فمصلحة البنت والأم والأب أن تكون عند أمها ، وهذا القول هو الذى لا نختار سواه .

قال من رجح الأب : الرجال أغير على البنات من النساء ، فلا تستوى غيرة الرجل على ابنته ، وغيره الأم أبدا ، وكم من أم تساعد ابنتها على ما تهواه ، ويحملها على ذلك ضعف عقلها ، وسرعة انخداعها ، وضعف داعى الغيرة فى طبعها ، بخلاف الأب ، ولهذا المعنى وغيره جعل الشارع تزويجها إلى أبيها دون أمها ، ولم يجعل لأمها ولاية على بضعها البتة ، ولا على مالها ، فكان من محاسن الشريعة أن تكون عند أمها ما دامت محتاجة إلى الحضانة والتربية ، فإذا بلغت حدا تشتتهى فيه ، وتصلح للرجال ، فمن محاسن الشريعة أن تكون عند من هو أغير عليها ، وأحرص على مصلحتها ، وأصون لها من الأم .

قالوا : ونحن نرى فى طبيعة الأب وغيره من الرجال من الغيرة ولو مع فسقه وفجوره ، ما يحمله على قتل ابنته وأخته وموليته إذا رأى منها ما يريبه لشدة الغيرة ، ونرى فى طبيعة النساء من الانحلال والانخداع ضد ذلك ، قالوا : فهذا هو الغالب على النوعين ، ولا عبرة بما خرج عن الغالب ، على أنا إذا قدمنا أحد الأبوين فلا بد أن نراعى صيانتة وحفظه للطفل ، ولهذا قال مالك والليث : إذا لم تكن الأم فى موضع حرز وتحصين ، أو كانت غير مرضية ، فللاب أخذ البنت منها ، وكذلك الإمام أحمد - رحمه الله - فى الرواية المشهورة عنه ، فإنه يعتبر قدرته على الحفظ والصيانة . فإن كان مهملا لذلك ، أو عاجزا عنه ، أو غير مرضى ، أو ذا ديانة والأم بخلافه ، فهى أحق بالبنت بلا ريب ، فمن قدمناه بتخيير أو قرعة أو بنفسه ، فإنما نقدمه إذا حصلت به مصلحة الولد ، ولو كانت الأم أصون من الأب وأغير منه قدمت عليه ، ولا التفات إلى قرعة ولا اختيار

الصبي في هذه الحالة ، فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب ، فإذا اختار من يساعده على ذلك ، لم يلتفت إلى اختياره ، وكان عند من هو أنفع له وأخير ، ولا تحتل الشريعة غير هذا ، والنبي ﷺ قد قال : « مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » (١) .

والله تعالى يقول: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ ﴾ [التحریم : ٦] . وقال الحسن : علموهم وأدبوهم وفقهوهم ، فإذا كانت الأم تتركه في المكتب ، وتعلمه القرآن والصبي يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه ، وأبوه يمكنه من ذلك ، فإنه أحق به بلا تخيير ، ولا قرعة ، وكذلك العكس ، ومتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي وعطله ، والآخر مراعى له ، فهو أحق وأولى به .

وسمعت شيخنا - رحمه الله - يقول : تنازع أبوان صبيًا عند بعض الحكام ، فخيره بينهما ، فاختار أباه ، فقالت له أمه : سله لأى شىء يختار أباه ، فسأله ، فقال : أمى تبعثنى كل يوم للكتاب ، والفقير يضربنى ، وأبى يتركنى للعب مع الصبيان ، ففضى به للأم . قال : أنت أحق به .

قال شيخنا : وإذا ترك أحد الأبوين تعليم الصبي ، وأمره الذى أوجه الله عليه ، فهو عاص ، ولا ولاية له عليه ، بل كل من لم يقم بالواجب فى ولايته ، فلا ولاية له ، بل إما أن ترفع يده عن الولاية ويقام من يفعل الواجب ، وإما أن يضم إليه من يقوم معه بالواجب ، إذ المقصود طاعة الله ورسوله بحسب الإمكان . قال شيخنا : وليس هذا الحق من جنس الميراث الذى يحصل بالرحم ، والنكاح ، والولاء ، سواء كان الوارث فاسقا أو صالحا ، بل هذا من جنس الولاية التى لا بد فيها من القدرة على الواجب والعلم به ، وفعله بحسب الإمكان . قال : فلو قدر أن الأب تزوج امرأة لا تراعى مصلحة ابنته ، ولا تقوم بها وأمها أقوم بمصلحتها من تلك الضرة ، فالحضانة هنا للأم قطعا ، قال : وما ينبغى أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام فى تقديم أحد الأبوين مطلقا ، ولا تخيير الولد بين الأبوين مطلقا والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقا ، بل لا يقدم ذو العدوان والتفريط على البر العادل المحسن ، والله أعلم .

قالت الحنفية والمالكية : الكلام معكم فى مقامين ، أحدهما : بيان الدليل الدال على بطلان التخيير ، والثانى : بيان عدم الدلالة فى الأحاديث التى استدلت بها على التخيير ،

(١) أبو داود (٤٩٥) فى الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، وأحمد (٢/ ١٨٧) ، والحاكم فى المستدرک (١٩٧/١) فى الصلاة ، باب : أمر الصبيان بالصلاة لسبع سنين . وقال : « صحيح الإسناد » وأقره الذهبى .

فأما الأول : فيدل عليه قوله ﷺ : « أنت أحق به » (١) ، ولم يخيره . وأما المقام الثاني : فما رويت من أحاديث التخيير مطلقة لا تقييد فيها ، وأنتم لا تقولون بها على إطلاقها ، بل قيدتم التخيير بالسبع ، فما فوقها ، وليس فى شىء من الأحاديث ما يدل على ذلك ، ونحن نقول : إذا صار للغلام اختيار معتبر ، خير بين أبويه ، وإنما يعتبر اختياره إذا اعتبر قوله ، وذلك بعد البلوغ ، وليس تقييدكم وقت التخيير بالسبع أولى من تقييدنا بالبلوغ ، بل الترجيح من جانبنا ، لأنه حينئذ يعتبر قوله ويدل عليه قولها : « وقد سقاني من بئر أبى عنبه » (٢) وهى على أميال من المدينة ، وغير البالغ لا يتأتى منه عادة أن يحمل الماء من هذه المسافة ويستقى من البئر ، سلمنا أنه ليس فى الحديث ما يدل على البلوغ ، فليس فيه ما ينفيه ، والواقعة واقعة عين ، وليس عن الشارع نص عام فى تخيير من هو دون البلوغ حتى يجب المصير إليه ، سلمنا أن فيه ما ينفى البلوغ ، فمن أين فيه ما يقتضى التقييد بسبع كما قلتم ؟

قالت الشافعية والحنابلة ومن قال بالتخيير : لا يتأتى لكم الاحتجاج بقوله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحى » بوجه من الوجوه ، فإن منكم من يقول : إذا استغنى بنفسه ، وأكل بنفسه ، وشرب بنفسه ، فالأب أحق به بغير تخيير ، ومنكم من يقول : إذا ائثر ، فالأب أحق به .

فنقول : النبى ﷺ قد حكم لها به ما لم تنكح ، ولم يفرق بين أن تنكح قبل بلوغ الصبى السن الذى يكون عنده أو بعده ، وحينئذ فالجواب يكون مشتركا بيننا وبينكم ، ونحن فيه على سواء ، فما أجبتكم به ، أجاب به منازعوكم سواء ، فإن اضمرتم أضمرنا ، وإن قيدتم قيدوا ، وإن خصصتم خصصوا . وإذا تبين هذا فنقول : الحديث اقتضى أمرين : أحدهما : أنها لاحق لها فى الولد بعد النكاح .

والثانى : أنها أحق به ما لم تنكح وكونها أحق به له حالتان :

إحدهما : أن يكون الولد صغيرا لم يميز ، فهى أحق به مطلقا من غير تخيير .

الثانى : أن يبلغ سن التمييز ، فهى أحق به أيضا ، ولكن هذه الأولوية مشروطة بشرط ، والحكم إذا علق بشرط صدق إطلاقه اعتمادا على تقدير الشرط ، وحينئذ فهى أحق به بشرط اختياره لها ، وغاية هذا أنه تقييد للمطلق بالأدلة الدالة على تخييره . ولو حمل على إطلاقه وليس بممكن البتة ، لاستلزم ذلك إبطال أحاديث التخيير ، وأيضا فإذا

كتم قديموه بأنها أحق به إذا كانت مقيمة وكانت حرة ورشيدة وغير ذلك من القيود التي لا ذكر لشيء منها في الأحاديث البتة ، فتقيده بالاختيار الذي دلت عليه السنة ، واتفق عليه الصحابة أولى .

وأما حملكم أحاديث التخيير على ما بعد البلوغ ، فلا يصح لخمسة أوجه :

أحدها : أن لفظ الحديث أنه خير غلاما بين أبويه ، وحقيقة الغلام من لم يبلغ ، فحملة على البالغ إخراج له عن حقيقته إلى مجازه بغير موجب ، ولا قرينة صارفة .

الثاني : أن البالغ لا حضانة عليه ، فكيف يصح أن يخير ابن أربعين سنة بين أبوين؟ هذا من الممتنع شرعا وعادة ، فلا يجوز حمل الحديث عليه .

الثالث : أنه لم يفهم أحد من السامعين أنهم تنازعوا في رجل كبير بالغ عاقل ، وأنه خير بين أبويه ، ولا يسبق إلى هذا فهم أحد البتة ، ولو فرض تخييره ، لكان بين ثلاثة أشياء : الأبوين ، والانفراد بنفسه .

الرابع : أنه لا يعقل في العادة ولا العرف ولا الشرع أن تنازع الأبوان في رجل كبير بالغ عاقل ، كما لا يعقل في الشرع تخيير من هذه حاله بين أبويه .

الخامس : أن في بعض ألفاظ الحديث أن الولد كان صغيرا لم يبلغ ، ذكره النسائي ، وهو حديث رافع بن سنان ، وفيه : فجاء ابن لها صغير لم يبلغ ، فأجلس النبي ﷺ الأب هاهنا ، والأم هاهنا ثم خيره (١) .

وأما قولكم : إن بئر أبي عتبة على أميال من المدينة ، فجوابه مطالبكم أولا : بصحة هذا الحديث ومن ذكره ، وثانيا : بأن مسكن هذه المرأة كان بعيدا من هذه البئر ، وثالثا : بأن من له نحو العشر سنين لا يمكنه أن يستقى من البئر المذكور عادة ، وكل هذا مما لا سبيل إليه ، فإن العرب وأهل البوادي يستقى أولادهم الصغار من آبار هي أبعد من ذلك .

وأما تقييدنا له بالسبع ، فلا ريب أن الحديث لا يقتضى ذلك ، ولا هو أمر مجمع عليه ، فإن للمخيرين قولين ، أحدهما : أنه يخير لخمس حكاه إسحاق بن راهويه ، ذكره عنه حرب في « مسائله » ، ويحتج لهؤلاء بأن الخمس هي السن التي يصح فيها سماع الصبي ، ويمكن أن يعقل فيها ، وقد قال محمود بن الربيع : عقلت عن النبي ﷺ مجة مجها في في وأنا ابن خمس سنين (٢) . والقول الثاني : أنه إنما يخير لسبع ، وهو قول الشافعي ،

(١) سبق تخريجه ص ٢٧٠ .

(٢) البخارى (٧٧) في العلم ، باب : متى يصح سماع الصغير ؟ ومسلم (٣٣ / ٢٦٥) في المساجد ومواضع الصلاة ، باب : الرخصة في التخلف عن الجماعة بعذر .

وأحمد وإسحاق - رحمهم الله - واحتج لهذا القول بأن التخيير يستدعى التمييز والفهم ، ولا ضابط له فى الأطفال ، فضبط بمظنته وهى السبع ، فإنها أول سن التمييز ، ولهذا جعلها النبى ﷺ حدا للوقت الذى يؤمر فيه الصبى بالصلاة .

وقولكم : إن الأحاديث وقائع أعيان ، فنعم هى كذلك ، ولكن يمتنع حملها على تخيير الرجال البالغين ، كما تقدم . وفى بعضها لفظ : غلام ، وفى بعضها لفظ : صغير لم يبلغ ، وبالله التوفيق .

فصل

وأما قصة بنت حمزة ، واختصام على ، وزيد ، وجعفر رضي الله عنهم فيها ، وحكم رسول الله ﷺ بها لجعفر ، فإن هذه الحكومة كانت عقيب فراغهم من عمرة القضاء ، فإنهم لما خرجوا من مكة تبعتهم ابنة حمزة تنادى يا عم يا عم ، فأخذ على بيدها ، ثم تنازع فيها هو وجعفر وزيد ، وذكر كل واحد من الثلاثة ترجيحاً ، فذكر زيد أنها ابنة أخيه للمؤاخاة التى عقدها رسول الله ﷺ بينه وبين حمزة ، وذكر على كونها ابنة عمه ، وذكر جعفر مرجحين : القرابة ، وكون خالتها عنده ، فتكون عند خالتها ، فاعتبر النبى ﷺ مرجح جعفر دون مرجع الآخرين ، فحكم له ، وجبر كل واحد منهم وطيب قلبه بما هو أحب إليه من أخذ البنت .

فأما مرجح المؤاخاة ، فليس بمقتضى للحضانة ، ولكن زيदा كان وصى حمزة ، وكان الإخاء حينئذ يثبت به التوارث ، فظن زيد أنه أحق بها لذلك .

وأما مرجح القرابة هاهنا وهى بنوة العم ، فهل يستحق بها الحضانة ؟ على قولين : أحدهما : يستحق بها ، وهو منصوص الشافعى ، وقول مالك ، وأحمد ، وغيرهم ؛ لأنه عصبية ، وله ولاية بالقرابة ، فقدم على الأجانب ، كما يقدم عليهم فى الميراث ، وولاية النكاح ، وولاية الموت ، ورسول الله ﷺ لم ينكر على جعفر وعلى ادعاءهما حضانتها ، ولو لم يكن لهما ذلك ، لأنكر عليهما الدعوى الباطلة ، فإنها دعوى ما ليس لهما ، وهو لا يقر على باطل .

والقول الثانى : أنه لا حضانة لأحد من الرجال سوى الآباء والأجداد هذا قول بعض أصحاب الشافعى ، وهو مخالف لنصه وللدليل . فعلى قول الجمهور - وهو الصواب - إذا كان الطفل أنثى ، وكان ابن العم محرماً لها برضاع أو نحوه ، كان له حضانتها وإن جاوزت السبع ، وإن لم يكن محرماً ، فله حضانتها صغيرة حتى تبلغ سبعا ، فلا يبقى له حضانتها ، بل تسلم

إلى محرمتها ، أو امرأة ثقة . وقال أبو البركات في « محرره » : لا حضانة له ما لم يكن محرما برضاع أو نحوه .

فإن قيل : فالحكم بالحضانة من النبي ﷺ في هذه القصة ، هل وقع للخالة ، أو لجعفر ؟

قيل : هذا مما اختلف فيه على قولين ، منشؤهما اختلاف ألفاظ الحديث في ذلك ، ففي صحيح البخارى ، من حديث البراء ، ففضى بها النبي ﷺ لخالتها (١) . وعند أبي داود : من حديث رافع بن عجير ، عن أبيه ، عن علي في هذه القصة : « وأما الجارية ، فأفضى بها لجعفر ، تكون مع خالتها ، وإنما الخالة أم » . ثم ساقه من طريق عبد الرحمن بن أبي ليلي وقال : قضى بها لجعفر « لأن خالتها عنده » . ثم ساقه من طريق إسرائيل عن أبي إسحاق عن هانئ بن هانئ ، وهبيرة بن يريم ، وقال : ففضى بها النبي ﷺ لخالتها ، وقال : « الخالة بمنزلة الأم » (٢) .

واستشكل كثير من الفقهاء هذا وهذا ، فإن القضاء إن كان لجعفر ، فليس محرما لها ، وهو وعلى في القرابة منها سواء ، وإن كان للخالة ، فهي مزوجة ، والحضنة إذا تزوجت ، سقطت حضانتها ، ولما ضاق هذا على ابن حزم ، طعن في القصة بجميع طرقها ، وقال : أما حديث البخارى ، فمن رواية إسرائيل ، وهو ضعيف ، وأما حديث هانئ وهبيرة ، فمجهولان ، وأما حديث ابن أبي ليلي ، فمرسل ، وأبو فروة الراوى عنه هو مسلم بن سالم الجهنى ليس بالمعروف ، وأما حديث نافع بن عجير ، فهو وأبوه مجهولان ، ولا حجة في مجهول ، قال : إلا أن هذا الخبر بكل وجه حجة على الحنفية والمالكية والشافعية ، لأن خالتها كانت مزوجة بجعفر ، وهو أجمل شاب في قريش ، وليس هو ذا رحم محرر من بنت حمزة . قال : ونحن لا ننكر قضاءه بها لجعفر من أجل خالتها ، لأن ذلك أحفظ لها (٣) .

قلت : وهذا من تهوره - رحمه الله - وإقدامه على تضعيف ما اتفقت الناس على صحته ، فخالقهم وحده ، فإن هذه القصة شهرتها في الصحاح ، والسنن ، والمسائيد ، والسير ، والتواريخ تغنى عن إسنادها ، فكيف وقد اتفق عليها صاحب الصحيح ، ولم يحفظ عن أحد قبله الطعن فيها البتة . وقوله : إسرائيل ضعيف ، فالذى غره في ذلك

(١) سبق تخريجه ص ٢٧٠ .

(٢) أبو داود (٢٢٧٨ - ٢٢٨٠) في الطلاق ، باب : من أحق بالولد .

(٣) المحلى (١٠ / ١٤٨ ، ١٤٩) .

تضعيف على بن المديني له ، ولكن أبى ذلك سائر أهل الحديث ، واحتجوا به ، ووثقوه وثبتوه . قال أحمد : ثقة وتعجب من حفظه ، وقال أبو حاتم : هو من أتقن أصحاب أبى إسحاق ولا سيما وقد روى هذا الحديث عن أبى إسحاق ، وكان يحفظ حديثه كما يحفظ السورة من القرآن . وروى له الجماعة كلهم محتجين به .

وأما قوله : إن هانئا وهبيرة مجهولان ، فنعم مجهولان عنده ، معروفان عند أهل السنن ، وثقهما الحفاظ ، فقال النسائي : هانئ بن هانئ ليس به بأس ، وهبيرة روى له أهل السنن الأربعة ، وقد وثق .

وأما قوله : حديث ابن أبى ليلى ؟ وأبو فروة الراوى عنه مسلم بن مسلم الجهنى ليس بالمعروف ، فالتعليان باطلان ، فإن عبد الرحمن بن أبى ليلى روى عن على غير حديث ، وعن عمر ، ومعاذ رضي الله عنهما . والذي غر أبى محمد أن أبى داود قال : حدثنا محمد بن عيسى ، حدثنا سفيان عن أبى فروة ، عن عبد الرحمن بن أبى ليلى بهذا الخبر ، وظن أبو محمد ، أن عبد الرحمن لم يذكر عليا فى الرواية ، فرماه بالإرسال ، وذلك من وهمه ، فإن ابن أبى ليلى روى القصة عن على ، فاختصرها أبو داود ، وذكر مكان الاحتجاج ، وأحال على العلم المشهور برواية عبد الرحمن بن أبى ليلى ، عن على ، وهذه القصة قد رواها على ، وسمعا منه أصحابه : هانئ بن هانئ ، وهبيرة بن يريم ، وعجير بن عبد يزيد ، وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، فذكر أبو داود حديث الثلاثة الأولين لسياقهم لها بتمامها ، وأشار إلى حديث ابن أبى ليلى ، لأنه لم يتمه ، وذكر السند منه إليه ، فبطل الإرسال ثم رأيت أبى بكر الإسماعيلى قد روى هذا الحديث فى مسند على مصرحا فيه بالاتصال ، فقال : أخبرنا الهيثم بن خلف ، حدثنا عثمان بن سعيد المقرئ ، حدثنا يوسف بن عدى ، حدثنا سفيان ، عن أبى فروة ، عن عبد الرحمن بن أبى ليلى ، عن على ، أنه اختصم هو وجعفر وزيد ، وذكر الحديث .

وأما قوله : إن أبى فروة ليس بالمعروف ، فقد عرفه سفيان بن عيينة وغيره ، وخرجا له فى الصحيحين .

وأما رمية نافع بن عجير وأباه بالجهالة : فنعم ، ولا يعرف حالهما ، وليس من المشهورين بنقل العلم ، وإن كان نافع أشهر من أبيه لرواية ثقتين عنه : محمد بن إبراهيم التميمى ، وعبد الله بن على ، فليس الاعتماد على روايتهما ، وبالله التوفيق ، فثبت صحة الحديث .

وأما الجواب عن استشكال من استشكله ، فنقول - وبالله التوفيق : لا إشكال ،

سواء كان القضاء لجعفر أو للخالة ، فإن ابنة العم إذا لم يكن لها قرابة سوى ابن عمها ، جاز أن تجعل مع امرأته في بيته ، بل يتعين ذلك وهو أولى من الأجنبي لا سيما إن كان ابن العم مبرزاً في الديانة والعفة والصيانة ، فإنه في هذه الحال أولى من الأجنبي بلا ريب .

فإن قيل : فالنبي ﷺ كان ابن عمها ، وكان محرماً لها ؛ لأن حمزة كان أخاه من الرضاعة ، فهلا أخذها هو ؟

قيل : رسول الله ﷺ كان في شغل شاغل بأعباء الرسالة ، وتبليغ الوحي ، والدعوة إلى الله ، وجهاد أعداء الله عن فراغه للحضانة ، فلو أخذها ، لدفعها إلى بعض نسائه ، فخالتها أمس بها رحماً وأقرب .

وأيضاً ، فإن المرأة من نسائه لم تكن تخبئها النوبة إلا بعد تسع ليال ، فإن دارت الصبية معه حيث دار ، كان مشقة عليها ، وكان فيه من بروزها وظهورها كل وقت ما لا يخفى ، وإن جلست في بيت إحداهن كانت لها الحضانة وهي أجنبية . هذا إن كان القضاء لجعفر ، وإن كان للخالة - وهو الصحيح وعليه يدل الحديث الصحيح الصريح - فلا إشكال لوجه : أحدها : أن نكاح الحاضنة لا يسقط حضانة البنت كما هو إحدى الروايتين عن أحمد ، وأحد قولي العلماء ، وحجة هذا القول الحديث ، وقد تقدم سر الفرق بين الذكر والأنثى .
الثاني : أن نكاحها قريباً من الطفل لا يسقط حضانتها ، وجعفر ابن عمها .

الثالث : أن الزوج إذا رضى بالحضانة ، وآثر كون الطفل عنده في حجره ، لم تسقط الحضانة ، هذا هو الصحيح ، وهو مبني على أصل ، وهو أن سقوط الحضانة بالنكاح هو مراعاة لحق الزوج ، فإنه يتنقص عليه الاستمتاع المطلوب من المرأة لحضانتها لولد غيره ، ويتأكد عليه عيشه مع المرأة ، لا يؤمن أن يحصل بينهما خلاف المودة والرحمة ، ولهذا كان للزوج أن يمنعها من هذا مع اشتغالها هي بحقوق الزوج ، فتضيع مصلحة الطفل ، فإذا أثر الزوج ذلك وطلبه ، وحرص عليه ، زالت المفسدة التي لأجلها سقطت الحضانة ، والمقتضى قائم ، فيترتب عليه أثره ، يوضحه أن سقوط الحضانة بالنكاح ليست حقاً لله ، وإنما هي حق للزوج وللطفل وأقاربه ، فإذا رضى من له الحق جاز ، فزال الإشكال على كل تقدير ، وظهر أن هذا الحكم من رسول الله ﷺ من أحسن الأحكام وأوضحها وأشدّها موافقة للمصلحة ، والحكمة ، والرحمة ، والعدل . وبالله التوفيق .

فهذه ثلاثة مدارك في الحديث للفقهاء . أحدها : أن نكاح الحاضنة لا يسقط

حضانتها، كما قاله الحسن البصرى، وقضى به يحيى بن حمزة، وهو مذهب أبى محمد ابن حزم. والثانى: أن نكاحها لا يسقط حضانة البنت، ويسقط حضانة الابن، كما قاله أحمد فى إحدى روايته. والثالث: أن نكاحها لقرىب الطفل لا يسقط حضانتها، ونكاحها للأجنبى يسقطها، كما هو المشهور من مذهب أحمد.

وفيه مدرك رابع لمحمد بن جرير الطبرى: وهو أن الحضانة إن كانت أما والمنازع لها الأب، سقطت حضانتها بالتزويج، وإن كانت خالة أو غيرها من نساء الحضانة، لم تسقط حضانتها بالتزويج، وكذلك إن كانت أما، والمنازع لها غير الأب من أقارب الطفل لم تسقط حضانتها.

ونحن نذكر كلامه، وما له وعليه فيه، قال فى «تهذيب الآثار» بعد ذكر حديث ابنة حمزة: فيه الدلالة الواضحة على أن قيم الصبية الصغيرة والطفل الصغير من قرابتهما من قبل أمهاتهما من النساء أحق بحضانتهم من عصاباتهما من قبل الأب، وإن كن ذوات أزواج غير الأب الذى هما منه، وذلك أن رسول الله ﷺ قضى بابنة حمزة لحالتها فى الحضانة، وقد تنازع فيها ابنا عمها على وجعفر ومولاها وأخو أبيها الذى كان رسول الله ﷺ أخى بينه وبينه، وخالتها يومئذ لها زوج غير أبيها وذلك بعد مقتل حمزة، وكان معلوماً بذلك صحة قول من قال: للاحق لعصبة الصغير والصغيرة من قبل الأب فى حضانتها ما لم تبلغ حد الاختيار، بل قرابتهما من النساء من قبل أمهما أحق، وإن كن ذوات أزواج.

فإن قال قائل: فإن كان الأمر فى ذلك عندك على ما وصفت من أن أم الصغير والصغيرة وقرابتهما من النساء من قبل أمهاتهما أحق بحضانتهم، وإن كن ذوات أزواج من قرابتهما من قبل الأب من الرجال الذين هم عصبتهما، فهلا كانت الأم ذات الزوج كذلك مع والدهما الأدنى والأبعد، كما كانت الخالة أحق بهما؟ وإن كان لها زوج غير أبيهما، وإلا فما الفرق؟

قيل: الفرق بينهما واضح، وذلك لقيام الحجّة بالنقل المستفيض روايته عن النبى ﷺ أن الأم أحق بحضانة الأطفال إذا كانت بانة من والدهم ما لم تنكح زوجا غيره، ولم يخالف فى ذلك من يجوز الاعتراض به على الحجّة فيما نعلمه. وقد روى فى ذلك خبر، وإن كان فى إسناده نظر، فإن النقل الذى وصفت أمره دال على صحته، وإن كان واهى السند. ثم ساق حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أنت أحق به ما لم تنكح» من طريق الثنى بن الصباح عنه.

ثم قال: وأما إذا نازعها فيه عصبة أبيه، فصحة الخبر عن النبى ﷺ الذى ذكرناه أنه

جعل الخالة ذات الزوج غير أبى الصبية أحق بها من بنى عمها وهم عصبتها ، فكانت الأم أحق بأن تكون أولى منهم وإن كان لها زوج غير أبيها ؛ لأن النبي ﷺ إنما جعل الخالة أولى منهم لقربتها من الأم ، وإذا كان ذلك كالذى وصفنا ، تبين أن القول الذى قلناه فى المسألتين أصل إحداهما من جهة النقل المستفيض ، والأخرى من جهة نقل الآحاد العدول ، فإذا كان كذلك ، فغير جائز رد حكم إحداهما إلى حكم الأخرى ، إذ القياس إنما يجوز استعماله فيما لا نص فيه من الأحكام ، فأما ما فيه نص من كتاب الله ، أو خبر عن رسول الله ﷺ ، فلا حظ فيه للقياس .

فإن قال قائل : زعمت أنك إنما أبطلت حق الأم من الحضانة إذا نكحت زوجا غير أبى الطفل ، وجعلت الأب أولى بحضانتها منها بالنقل المستفيض ، فكيف يكون ذلك كما قلت ؟ وقد علمت أن الحسن البصرى كان يقول : المرأة أحق بولدها ، وإن تزوجت ، وقضى بذلك يحيى بن حمزة .

قيل : إن النقل المستفيض الذى تلزم به الحجة فى الدين عندنا ليس صفته ألا يكون له مخالف ، ولكن صفته أن ينقله قولاً وعملاً من علماء الأمة من ينتفى عنه أسباب الكذب والخطأ ، وقد نقل من صفته ذلك من علماء الأمة ، أن المرأة إذا نكحت بعد بينونتها من زوجها زوجا غيره ، أن الأب أولى بحضانة ابنتها منها ، فكان ذلك حجة لازمة غير جائز الاعتراض عليها بالرأى ، وهو قول من يجوز عليه الغلط فى قوله ، انتهى كلامه .

فأما قوله : إن فيه الدلالة على أن قرابة الطفل من قبل أمهاته من النساء أحق بحضانته من عصباته من قبل الأب وإن كن ذوات أزواج ، فلا دلالة فيه على ذلك البتة ، بل أحد ألفاظ الحديث صريح فى خلافه ، وهو قوله ﷺ : « وأما الابنة فإنى أفضى بها لجعفر » وأما اللفظ الآخر : فقضى بها لخالتها ، وقال : « هى أم » وهو اللفظ الذى احتج به أبو جعفر ، فلا دليل على أن قرابة الأم مطلقاً أحق من قرابة الأب ، بل إقرار النبي ﷺ عليا وجعفرأ على دعوى الحضانة يدل على أن لقرابة الأب مدخلا فيها ، وإنما قدم الخالة لكونها أنثى من أهل الحضانة ، فتقدمها على قرابة الأب كتقديم الأم على الأب ، والحديث ليس فيه لفظ عام يدل على ما ادعاه ، من أن من كان من قرابة الأم أحق بالحضانة من العصبية من قبل الأب ، حتى تكون بنت الأخت للأم أحق من العم ، وبنت الخالة أحق من العم والعمة ، فأين فى الحديث دلالة على هذا فضلا على أن تكون واضحة .

قوله : وكان معلوماً بذلك صحة قول من قال : لا حق لعصبة الصغير والصغيرة من قبل الأب فى حضانته ما لم يبلغ حد الاختيار ، يعنى : فيخير بين قرابة أبيه وأمه ، فيقال :

ليس ذلك معلوما من الحديث ، ولا مظنونا ، وإنما دل الحديث على أن ابن العم الزوج بالخالة أولى من ابن العم الذى ليس تحته خالة الطفل ، ويبقى تحقيق المناط : هل كانت جهة التعصيب مقتضية للحضانة فاستوت فى شخصين ؟ فرجح أحدهما بكون خالة الطفل عنده وهى من أهل الحضانة ، كما فهمه طائفة من أهل الحديث ، أو أن قرابة الأم وهى الخالة أولى بحضانة الطفل من عصة الأب ، ولم تسقط حضانتها بالتزويج ، إما لكون الزوج لا يسقط الحضانة مطلقا ، كقول الحسن ومن وافقه ، وإما لكون المحضونة بنتا كما قاله أحمد فى رواية ، وإما لكون الزوج قرابة الطفل كالمشهور من مذهب أحمد ، وإما لكون الحاضنة غير أم نازعها الأب ، كما قاله أبو جعفر ، فهذه أربعة مدارك ، ولكن المدرك الذى اختاره أبو جعفر ضعيف جدا ، فإن المعنى الذى أسقط حضانة الأم بتزويجها هو بعينه موجود فى سائر نساء الحضانة ، والخالة غايتها أن تقوم مقام الأم ، وتشبه بها ، فلا تكون أقوى منها ، وكذلك سائر قرابة الأم ، والنبي ﷺ لم يحكم حكما عاما أن سائر أقارب الأم من كن لا تسقط حضانتهم بالتزويج ، وإنما حكم حكما معينا لخالة ابنة حمزة بالحضانة مع كونها مزوجة بقريب من الطفل ، والطفل ابنة .

وأما الفرق الذى فرق بين الأم وغيرها بالنقل المستفيض إلى آخره فيريد به الإجماع الذى لا ينقضه عنده مخالفة الواحد والاثنين ، وهذا أصل تفرد به ، ونازعه فيه الناس .

وأما حكمه على حديث عمرو بن شعيب بأنه واه ، فمبنى على ما وصل إليه من طريقه ، فإن فيه المثنى بن الصباح ، وهو ضعيف أو متروك ، ولكن الحديث قد رواه الأوزاعي عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده ، رواه أبو داود فى سننه (١) .

فصل

وفى الحديث مسلك خامس : وهو أن النبي ﷺ قضى بها لخالتها وإن كانت ذات زوج ؛ لأن البنت تحرم على الزوج تحريم الجمع بين المرأة وخالتها ، وقد نبه النبي ﷺ على هذا بعينه فى حديث داود بن الحصين ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، فذكر الحديث بطوله ، وقال فيه : « وأنت يا جعفر أولى بها : تحتك خالتها ، ولا تنكح المرأة على عمته ، ولا على خالتها » ، وليس عن النبي ﷺ نص يقتضى أن يكون الحاضن ذا رحم تحرم عليه البنت على التأييد حتى يعترض به على هذا المسلك ، بل هذا مما لا تأباه قواعد

(١) سبق تخريجه ص ٢٦٩ .

الفقه وأصول الشريعة ، فإن الخالة ما دامت في عصمة الحاضن ، فبنت أختها محرمة عليه ، فإذا فارقتها ، فهي مع خالتها ، فلا محذور في ذلك أصلا ، ولا ريب أن القول بهذا أخير وأصلح للبنت من رفعها إلى الحاكم يدفعها إلى أجنبي تكون عنده ، إذ الحاكم غير متصد للحضانة بنفسه ، فهل يشك أحد أن ما حكم به النبي ﷺ في هذه الواقعة هو عين المصلحة والحكمة والعدل ، وغاية الاحتياط للبنت والنظر لها ، وأن كل حكم خالفه لا ينفك عن جور أو فساد لا تأتي به الشريعة ، فلا إشكال في حكمه ﷺ ، والإشكال كل الإشكال فيما خالفه ، والله المستعان ، وعليه التكلان (١) .

من قضاء رسول الله ﷺ في الحضانة

قضى رسول الله ﷺ فيها خمس قضايا :

إحداها : قضى بابتة حمزة لخالتها ، وكانت تحت جعفر بن أبي طالب ، وقال : « الخالة بمنزلة الأم » (٢) ، فتضمن هذا القضاء أن الخالة مقام الأم في الاستحقاق ، وأن تزوجها لا يسقط حضانتها إذا كانت جارية .

القضية الثانية : أن رجلا جاء بابن له صغير لم يبلغ ، فاخصم فيه هو وأمه ، ولم تسلم الأم ، فأجلس رسول الله ﷺ الأب هاهنا وأجلس الأم هاهنا ، ثم خير الصبي ، وقال : « اللهم اهده » ، فذهب إلى أبيه . ذكره أحمد (٣) .

القضية الثالثة : أن رافع بن سنان أسلم ، وأبت امرأته أن تسلم ، فأنت النبي ﷺ وقالت : ابنتي فطيم أو شبهه ، وقال رافع : ابنتي ، فقال رسول الله ﷺ : « اقعدي ناحية » ، وقال لها : « اقعدي ناحية » ، فأقعدي الصبية بينهما ، ثم قال : « ادعواها » ، فمالت إلى أمها ، فقال النبي ﷺ : « اللهم اهدها » ، فمالت إلى أبيها ، فأخذها . ذكره أحمد (٤) .

القضية الرابعة : جاءت امرأة فقالت : إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة ، وقد نفعني ، فقال رسول الله ﷺ : « استهما عليه » ، فقال زوجها : من يحاقني في ولدي ؟ فقال النبي ﷺ : « هذا أبوك وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت » ، فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به .

(١) زاد المعاد (٥ / ٤٣٢ - ٤٩٠) .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٦٩ .

(٣) أحمد (٥ / ٤٤٧) ، وفي المطبوعة : « فذهب إلى أمه » والتصويب من المسند .

(٤) أحمد (٥ / ٤٤٦) .

ذكره أبو داود (١) .

القضية الخامسة : جاءت به عليه السلام امرأة فقالت : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني ، وأراد أن ينزعه مني ، فقال لها : « أنت أحق به ما لم تنكحي » . ذكره أبو داود (٢) .
وعلى هذه القضايا الخمس تدور الحضانة ، وبالله التوفيق (٣) .

هل الزواج يسقط الحضانة ؟

إن تزوج الحاضنة بقريب من الطفل لا يسقط حضانتها. نص أحمد - رحمه الله تعالى - في رواية عنه على أن تزويجها لا يسقط حضانتها في الجارية خاصة ، واحتج بقصة بنت حمزة (٤) ، ولما كان ابن العم ليس محرماً لم يفرق بينه وبين الأجنبي في ذلك ، وقال : تزوج الحاضنة لا يسقط حضانتها للجارية ، وقال الحسن البصري : لا يكون تزويجها مسقطاً لحضانتها بحال ذكرها كان الولد أو أنثى .

وقد اختلف في سقوط الحضانة بالنكاح على أربعة أقوال :

أحدها : تسقط به ذكرها كان أو أنثى ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأحمد في إحدى الروايات عنه .

والثاني : لا تسقط بحال ، وهو قول الحسن ، وابن حزم .

والثالث : إن كان الطفل بنتاً ، لم تسقط الحضانة ، وإن كان ذكراً سقطت ، وهذه رواية عن أحمد - رحمه الله تعالى - وقال في رواية مهنا : إذا تزوجت الأم وابنها صغير ، أخذ منها ، قيل له : والجارية مثل الصبي ؟ قال : لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين ، وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى عنه : أنها أحق بالبنت وإن تزوجت إلى أن تبلغ .

والرابع : أنها إذا تزوجت بنسيب من الطفل ، لم تسقط حضانتها ، وإن تزوجت بأجنبي ، سقطت ، ثم اختلف أصحاب هذا القول على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يكفي كونه نسبياً فقط ، محرماً كان أو غير محرّم ، وهذا ظاهر أصحاب أحمد وإطلاقهم .

(١) سبق تخريجه ص ٢٧٠ .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٦٩ .

(٤) سبق تخريج القصة ص ٢٦٩ .

(٣) إعلام الموقعين (٤ / ٤٤٦ - ٤٤٨) .

الثانى : أنه يشترط كونه - مع ذلك - ذا رحم محرم ، وهو قول الحنفية .

الثالث : أنه يشترط مع ذلك أن يكون بينه وبين الطفل ولادة ، بأن يكون جدا للطفل ، وهذا قول بعض أصحاب أحمد ، ومالك ، والشافعي .

وفى القصة (١) حجة لمن قدم الخالة على العمّة ، وقرابة الأم على قرابة الأب ، فإنه قضى بها لخالتها ، وقد كانت صفة عمّتها موجودة إذ ذاك ، وهذا قول الشافعي ، ومالك ، وأبى حنيفة ، وأحمد فى إحدى الروايتين عنه ، وعنه رواية ثانية : أن العمّة مقدمة على الخالة ، وهى اختيار شيخنا .

وكذلك نساء الأب يقدمن على نساء الأم ؛ لأنّ الولاية على الطفل فى الأصل للأب ، وإنما قدمت عليه الأم لمصلحة الطفل ، وكمال تربيته ، وشفقتها وحنوها ، والإناث أقوم بذلك من الرجال ، فإذا صار الأمر إلى النساء فقط ، أو الرجال فقط ، كانت قرابة الأب أولى من قرابة الأم ، كما يكون الأب أولى من كل ذكر سواه ، وهذا قوى جدا .

ويجاب عن تقديم خالة ابنة حمزة على عمّتها بأن العمّة لم تطلب الحضانة ، والحضانة حق لها يقضى لها به بطلبه ، بخلاف الخالة ، فإن جعفرًا كان نائبًا عنها فى طلب الحضانة ؛ ولهذا قضى بها النبى ﷺ لها فى غيبتها .

وأىضا ، فكما أن لقرابة الطفل أن يمنع الحضانة من حضانة الطفل إذا تزوجت ، فللزواج أن يمنعها من أخذه ، وتفرغها له ، فإذا رضى الزوج بأخذه حيث لا تسقط حضانتها لقرابته ، أو لكون الطفل أنثى على رواية ، مكنت من أخذه وإن لم يرض ، فالحق له ، والزواج هاهنا قد رضى وخاصم فى القصة ، وصفية لم يكن منها طلب .

وأىضا ، فابن العم له حضانة الجارية التى لا تشتهى فى أحد الوجهين ، بل وإن كانت تشتهى ، فله حضانتها أىضا ، وتسلم إلى امرأة ثقة يختارها هو ، أو إلى محرمه ، وهذا هو المختار لأنه قريب من عصباتها ، وهو أولى من الأجنبي والحاكم ، وهذه إن كانت طفلة فلا إشكال ، وإن كانت ممن يشتهى ، فقد سلمت إلى خالتها ، فهى وزوجها من أهل الحضانة ، والله أعلم .

وقول زيد : ابنة أختى ، يريد الإخاء الذى عقده رسول الله ﷺ بينه وبين حمزة لما واخى بين المهاجرين ، فإنه واخى بين أصحابه مرتين ، فواخى بين المهاجرين بعضهم مع بعض قبل الهجرة على الحق والمواساة ، وآخى بين أبى بكر وعمر ، وبين حمزة وزيد بن

(١) أى : فى قصة « ابنة حمزة » ﷺ .

حارثة ، وبين عثمان وعبد الرحمن بن عوف ، وبين الزبير وابن مسعود ، وبين عبيدة بن الحارث وبلال ، وبين مصعب بن عمير وسعد بن أبي وقاص ، وبين أبي عبيدة وسالم مولى أبي حذيفة ، وبين سعيد بن زيد ، وطلحة بن عبيد الله ، والمرة الثانية : أخى بين المهاجرين والأنصار فى دار أنس بن مالك بعد مقدمه المدينة (١) .

ثبوت الحضانة للخالة

إن الخالة مقدمة فى الحضانة على سائر الأقارب بعد الأبوين (٢) .
 واحتجوا (٣) فى ثبوت الحضانة للخالة بخبر بنت حمزة ، وأن رسول الله ﷺ قضى بها لخالتها (٤) .
 ثم خالفوه فقالوا : لو تزوجت الخالة بغير محرم للبننت كابن عمها سقطت حضانتها (٥) .

حضانة الجدة

قلت (٦) لأحمد : ماتت زوجته وقد حكم عليه القاضى أن يدفع صبيانه إلى جدتهم لتحضنهم وهى فى قرية بعيدة عن قريته ؟
 قال : إن كانت بحيث يمكن أن يراهم فى كل يوم ويرونه فلا بأس بذلك ، قد قضى أبو بكر على عمر أن يدفع ابنه لجده وهى بقبا وعمر بالمدينة (٧) (٨) .

حكم أكل الوالدة من مال أولادها الصغار

سألت (٩) أحمد عن رجل مات وخلف أولادا صغارا وخلف لهم مالا ولهم والدة ، أترى لها أن تأكل من مالهم ؟
 قال : لا أحب لها أن تأكل من مالهم إذا كان لها مال .

(٢) زاد المعاد (٣ / ٣٧٥) .

(٤) سبق تخريجه ص ٢٦٩ .

(٦) من مسائل البرزاطى .

(٨) بدائع الفوائد (٤ / ٥٨) .

(١) زاد المعاد (٣ / ٣٧٥ - ٣٧٨) .

(٣) أى : أصحاب القياس - فى بيان تناقضهم .

(٥) إعلام الموقعين (٢ / ٢٠٨) .

(٧) سبق تخريجه ص ٢٧١ .

(٩) من مسائل البرزاطى .

قلت : إنها تكفلهم وتحضنهم وتقوم عليهم أفلا يجوز لها أن تأكل من مالهم ؟
قال : لا إلا من ضرورة وحاجة ولا تجد إلا ذلك ، أو تصير إلى الحاكم حتى يفرض لها من مالهم حق الحضانة لمثلها (١) .

تخيير الولد بين أبويه

المثال الثاني والثلاثون (٢) : رد السنة الصحيحة الصريحة المحكمة في تخيير النبي ﷺ الولد بين أبويه ، وقالوا : هو خلاف الأصول . ثم قالوا : إذا زوج الولي غير الأب الصغيرة صح ، وكان النكاح لازماً ، فإذا بلغت انقلب جائزاً ، وثبت لها الخيار بين الفسخ والإمضاء . وهذا وفق الأصول . فياللعجب ! أين في الأصول التي هي كتاب الله وسنة رسوله وإجماع الأمة المستند إلى الكتاب والسنة موافقة هذا الحكم للأصول ، ومخالفة حكم رسول الله ﷺ بالتخيير بين الأبوين للأصول ؟ (٣) .

(٢) في الرد على منكرى السنة .

(١) بدائع الفوائد (٤ / ٥٨) .

(٣) إعلام الموقعين (٢ / ٣٦١) .