

ونظير هذا تضمينُ الصحابة المغرور بحرية الأمة قيمةً أولاده لسيد الأمة لما فات رِقُّهم على السيد لحريتهم، وكانوا يصدد أن يكونوا أرقاء، وهذا ألطفُ ما يكون من القياس وأدقّه، وأنت إذا تأملت كثيراً من أقيسة الفقهاء وتشبيهاتهم، وجدت هذا أقوى منها، وألطف مسلکاً، وأدق مأخذاً، ولم يضحك منه النبي ﷺ سدى.

وقد يُقال: لا تعارض بينَ هذا وبينَ حديث القافة، بل إن وجدت القافة تعيّن العملُ بها، وإن لم توجد قافة، أو أشكل عليهم، تعيّن العملُ بهذا الطريق، والله أعلم.

فصل

ذِكْرُ حَكْمِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْوَلَدِ مَنْ أَحَقُّ بِهِ فِي الْحِضَانَةِ

روى أبو داود في «سننه»: من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه عبد الله بن عمرو بن العاص، أن امرأة قالت: يا رسول الله! إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، فأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي» (١).

وفي «الصحيحين»: من حديث البراء بن عازب، أن ابنة حمزة اختصم فيها عليٌّ وجعفرٌ، وزيدٌ. فقال علي: أنا أحقُّ بها وهي ابنة عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال: زيد: ابنة أخي، ففضى بها رسول الله ﷺ لخالتها، وقال: «الْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ» (٢).

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٦) في الطلاق: باب من أحق بالولد، وأحمد (٦٧٠٧) وسنده حسن، والحاكم ٢٠٧/٢ وصححه ووافقه الذهبي.

(٢) أخرجه البخاري ٢٢٣/٥ في الصلح: باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان ابن فلان، ولم يخرج مسلم، وهو في «سنن الترمذي» (١٩٠٥). وأخرجه أبو داود (٢٢٧٨) =

وروى أهل السنن: من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ خيّر غلاماً بين أبيه وأمه^(١). قال الترمذي: حديث صحيح.

وروى أهل السنن أيضاً: عنه، أن امرأة جاءت، فقالت يا رسول الله! إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بثر أبي عنبّة وقد نفعني، فقال رسول الله ﷺ: «استهما عليّ»، فقال زوجها من يحاقتني في ولدي؟ فقال رسول الله ﷺ: «هذا أبوك وهذه أمك وخذ بيد أيّهما شئت»، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به^(٢). قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وفي «سنن النسائي»: عن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري، عن أبيه، عن جده، أن جدّه أسلم وأبت امرأته أن تُسلم، فجاء بابين له صغير لم يبلغ، قال فأجلس النبي ﷺ الأب هاهنا والأم هاهنا، ثم خيّرهُ وقال «اللّهُمَّ اهْدِهِ» فذهب إلى أبيه^(٣).

= وأحمد (٧٢٠) و(٩٣١) والبيهقي ٦/٨ من حديث علي، ورواه أحمد (٢٠٤٠) بمعناه من حديث ابن عباس.

(١) أخرجه الترمذي (١٣٥٧) في الأحكام: باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، وأبو داود (٢٢٧٧) في الطلاق: باب من أحق بالولد، وابن ماجه (٢٣٥١) في الأحكام: باب تخيير الصبي بين أبويه، والنسائي ٦/١٨٥، ١٨٦، والشافعي ٤٢٢/٢، وأحمد (٧٣٤٦) وعبد الرزاق (١٢٦١١) والبيهقي ٣/٨ من طريق زياد بن سعد، عن هلال بن أبي ميمونة، عن أبي هريرة، وأبو ميمونة اختلف في إسمه، فقيل: سليم، وقيل سلمى، وقيل: سلمان، وقيل: أسامة، وهو ثقة روى له أصحاب السنن، وباقي رجاله ثقات، وصححه ابن حبان (١٢٠٠) والحاكم، وابن القطان.

(٢) تقدم تخريجه في الحديث السابق، ومقالة الترمذي إنما هي لرواية الحديث السابق، فإنها هي المخرجة عنده لا هذه الرواية، فإنها لفظ أبي داود والنسائي.

(٣) أخرجه النسائي ٦/١٨٥ في الطلاق: باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، وعبد الحميد وأبوه وجده لا يعرفون. وفي الأصل: عبد الحميد بن جعفر وهو خطأ.

ورواه أبو داود عنه وقال: أخبرني جدِّي رافع بن سنان، أنه أسلم وأبت امرأته أن تُسَلِّمَ، فأُتِيَ النبي ﷺ، فقالت: ابنتي وهي فَطِيمُ أو شبهه، وقال رافع: ابنتي، فقال له رسولُ اللَّهِ ﷺ: «اقعد ناحية»، وقال لها: «اقعدي ناحية»، فأقعَدَ الصبيّة بينهما، ثم قال: «ادعواها»، فمالَت إلى أمِّها، فقال النبي ﷺ: «اللَّهُمَّ اهْدِها»، فمالَت إلى أبيها، فأخذها^(١).

فصل

الكلام على هذه الأحكام

سقوط الحضنة
بالتزويج

أما الحديث الأول، فهو حديث احتاج الناس فيه إلى عمرو بن شعيب، ولم يجدوا بُدًّا من الاحتجاج هنا به، ومدارُ الحديث عليه، وليس عن النبي ﷺ حديثٌ في سقوط الحضنة بالتزويج غير هذا، وقد ذهب إليه الأئمةُ الأربعة وغيرهم، وقد صرح بأن الجد هو عبد الله بن عمرو، فبطل قولُ مَنْ يقولُ: لعله محمد والدُ شعيب، فيكون الحديثُ مرسلًا. وقد صحَّ سماعُ شعيب من جدِّه عبد الله بن عمرو، فبطل قولُ مَنْ قال: إنه منقطع، وقد احتج به البخاريُّ خارجَ صحيحه، ونص على صحة حديثه، وقال: كان عبدُ الله بن الزبير الحميدي، وأحمد وإسحاق وعلي بن عبد الله يحتجُّون بحديثه، فَمَنْ النَّاسُ بَعْدَهُمْ؟! هذا لفظه. وقال إسحاق بن راهويه: هو عندنا، كأيوب عن نافع، عن ابن عمر. وحكى الحاكم في «علوم الحديث» له الاتفاق على صحة حديثه، وقال أحمد بن صالح: لا يختلف على عبد الله أنها صحيفة.

وقولها: «كان بطني وعاء» إلى آخره، إدلاءٌ منها، وتوشُّلٌ إلى اختصاصها به، كما اختصَّ بها في هذه المواطنِ الثلاثة، والأبُّ لم يُشاركها في ذلك، فنبهت

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٤٤) من طريق عبد الحميد بن جعفر، عن أبيه، عن جده وسنده حسن.

في هذا الاختصاص الذي لم يُشارِكها فيه الأب على الاختصاص الذي طلبته بالاستفتاء والمخاصمة .

اعتبار المعاني والعلل وتأثيرها في الأحكام

وفي هذا دليل على اعتبار المعاني والعلل ، وتأثيرها في الأحكام ، وإناطتها بها ، وأن ذلك أمر مستقر في الفِطْرِ السَّليمة حتى فِطَرِ النساء ، وهذا الوصف الذي أدلت به المرأة وجعلته سبباً لتعليق الحكم به ، قد قرَّره النبي ﷺ ورَتَّب عليه أثره ، ولو كان باطلاً أُلغاه ، بل ترتب عليه الحكم عقيبه دليلٌ على تأثيره فيه ، وأنه سببه .

القضاء على الغائب

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

فصل

الأم أحق بالولد من الأب

ودلَّ الحديث على أنه إذا افترق الأبوان ، وبينهما ولد ، فالأم أحقُّ به من الأب ما لم يقم بالأم ما يمنع تقديمها ، أو بالولد وصفٌ يقتضي تخييره ، وهذا ما لا يُعرف فيه نزاعٌ ، وقد قضى به خليفة رسول الله ﷺ أبو بكر على عمر بن الخطاب ، ولم يُنكر عليه مُنكرٌ . فلما وَلِيَ عمرُ قضى بمثله ، فروى مالك في «الموطأ» : عن يحيى بن سعيد أنه قال : سمعت القاسم بن محمد يقول : كانت عند عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأةٌ من الأنصار ، فولدت له عاصم بن عمر ، ثم إن عمرَ فارقها ، فجاء عمرُ قُبَاءً ، فوجد ابنه عاصماً يلعب بفناء المسجد ، فأخذ بعُضده ، فوضعه بين يديه على الدابة ، فأدركته جدة الغلام ، فنازعته إيَّاه ، حتَّى أتيا أبا بكر الصديق رضي الله عنه ، فقال عمر : ابني . وقالت المرأة : ابني ، فقال أبو بكر رضي الله عنه : خَلَّ بينها وبينه ، فما راجعه عمرُ الكلام^(١) .

(١) أخرجه مالك ٢/٧٦٧ ، ٧٦٨ ، والبيهقي ٥/٨ ورجاله ثقات إلا أن القاسم بن محمد لم يدرك عمر .

قال ابن عبد البر: هذا خبر مشهور من وجوه منقطعة ومتصلة، تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل، وزوجة عمر أم ابنه عاصم: هي جميلة ابنة عاصم بن ثابت بن أبي الأقلح الأنصاري.

قال: وفيه دليل على أن عمر كان مذهبه في ذلك خلاف أبي بكر، ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم والإمضاء، ثم كان بعد في خلافته يقضي به ويقتي، ولم يخالف أبا بكر في شيء منه ما دام الصبي صغيراً لا يميز، ولا يخالف لهما من الصحابة.

وذكر عبد الرزاق، عن ابن جريج، أنه أخبره عن عطاء الخراساني، عن ابن عباس قال: طلق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم، فلقيها تحمله بمحسر، وقد قطم ومشى، فأخذ بيده لينتزعه منها، ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى، وقال: أنا أحق بابني منك، فاختصما إلى أبي بكر، فقضى لها به وقال: ريحها وفراشها وحجرها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه، ومحسر: سوق بين قباء والمدينة^(١).

وذكر عن الثوري، عن عاصم، عن عكرمة قال: خاصمت امرأة عمر عمر إلى أبي بكر رضي الله عنه، وكان طلقها، فقال أبو بكر رضي الله عنه: الأم أعطف، والطف، وأرحم، وأحنى، وأراف، هي أحق بولدها ما لم تتزوج^(٢).

وذكر عن معمر قال: سمعت الزهري يقول: إن أبا بكر قضى على عمر في ابنه مع أمه، وقال: أمه أحق به ما لم تتزوج^(٣).

فإن قيل: فقد اختلفت الرواية: هل كانت المنازعة وقعت بينه وبين الأم

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٢٦٠١).

(٢) «المصنف» (١٢٦٠٠).

(٣) «المصنف» (١٢٥٩٨).

أولاً، ثم بينه وبين الجدة، أو وقعت مرة واحدة بينه وبين إحداهما.

قيل: الأمر في ذلك قريب، لأنها إن كانت من الأم فواضح، وإن كانت من الجدة، فقضاء الصديق رضي الله عنه لها يدلُّ على أن الأم أولى.

فصل

والولاية على الطفل نوعان: نوع يقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها، وهي ولاية المال والنكاح، ونوعٌ تُقدَّم فيه الأم على الأب، وهي ولاية الحضانة والرضاع، وقُدِّمَ كُلُّ من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد، وتوقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه، وتحصل به كفايته.

ولما كان النساءُ أعرفَ بالتربية، وأقدرَ عليها، وأصبرَ وأرأفَ وأفرغَ لها، لذلك قُدِّمَتِ الأم فيها على الأب.

ولما كان الرجالُ أقومَ بتحصيل مصلحة الولد والاحتياط له في البضع، قُدِّمَ الأب فيها على الأم، فتقدِّمُ الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال، والنظر لهم، وتقديمُ الأب في ولاية المال والتزويج كذلك.

إذا عُرِفَ هذا، فهل قُدِّمَتِ الأمُّ لكون جهتها مقدمةً على جهة الأبوة في الحضانة، فقدِّمت لأجل الأمومة، أو قُدِّمَت على الأب، لكون النساء أقوم بمقاصد الحضانة والتربية من الذكور، فيكون تقديمُها 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 يُدلي من الخالات والعمات بأم، ومن يُدلي منهن بأب، ففيه روايتان عن الإمام أحمد. إحداهما تقديمُ أقارب الأم على أقارب الأب. والثانية وهي أصحُّ دليلاً، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية: تقديمُ أقارب الأب وهذا هو الذي ذكره الخرقي في «مختصره»، فقال: والأخت من الأب أحقُّ من الأخت من الأم وأحقُّ من الخالة،

يقدم الأب في ولاية المال والنكاح وتقدم الأم في ولاية الحضانة والرضاع

هل يقدم أقارب الأم على أقارب الأب في الحضانة؟

وخالة الأب أحقُّ من خالة الأم، وعلى هذا فأُمُّ الأبِ مقدَّمة على أُمِّ الأم كما نصَّ عليه أحمد في إحدى الروايتين عنه.

وعلى هذه الرواية: فأقربُ الأب من الرجال مقدَّمون على أقارب الأم، والأخُّ للأب أحقُّ من الأخ للأم، والعُمُّ أولى من الخال، هذا إن قلنا: إن لأقارب الأم من الرجال مدخلاً في الحضانة، وفي ذلك وجهان في مذهب أحمد والشافعي. أحدهما: أنه لا حضانة إلا لرجل من العصبَةِ مَحْرَمٍ، أو لامرأة وارثة، أو مُدلية بعصبَةٍ، أو وارث.

والثاني: أن لهم الحضانة والتفريع على هذا الوجه، وهو قولُ أبي حنيفة، وهذا يدل على رجحان جهة الأبوة على جهة الأمومة في الحضانة، وأن الأم إنما قدِّمت لكونها أنثى لا لتقديم جهتها، إذ لو كان جهتها راجحةً لترجَّحَ رجالُها ونسأؤها على الرجال والنساء من جهة الأب، ولما لم يترجَّحَ رجالُها اتفاقاً فكذلك النساء، وما الفرقُ المؤثر؟

وأيضاً فإن أصولَ الشرع وقواعدهُ شاهدةٌ بتقديم أقارب الأب في الميراث، وولاية النكاح، وولاية الموت وغير ذلك، ولم يُعهد في الشرع تقديمُ قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام، فمن قدَّمها في الحضانة، فقد خرج عن موجب الدليل.

فالصوابُ في المأخذ هو أن الأم إنما قدِّمت، لأن النساء أرفقُ بالطفل، وأخبرُ بتربيته، وأصبرُ على ذلك، وعلى هذا فالجدَّةُ أم الأب أولى من أُمِّ الأم، والأخت للأب أولى من الأخت للأم، والعمَّةُ أولى من الخالة، كما نصَّ عليه أحمد في إحدى الروايتين، وعلى هذا فتقدَّمُ أُمُّ الأب على أب الأب، كما تُقدَّم الأم على الأب.

تقديم الأنثى على الذكر
حين اتفاق القرابة
والدرجة وتقديم جهة
الأب حين اتفاق الدرجة
واختلاف القرابة

وإذا تقرر هذا الأصل، فهو أصل مطَّرد منضبط لا تتناقض فروعه، بل إن اتفقت القرابةُ والدرجةُ واحدة قدِّمت الأنثى على الذكر، فتقدَّم الأخت على الأخ،

والعمة على العم، والخالة على الخال، والجدة على الجد، وأصله تقديم الأم على الأب.

وإن اختلفت القرابة، قُدِّمت قرابة الأب على قرابة الأم، فتقدم الأخت للأب على الأخت للأم، والعمة على الخالة، وعمّة الأب على خالته، وهلم جراً.

وهذا هو الاعتبار الصحيح، والقياس المطرد، وهذا هو الذي قضى به سيّد قضاة الإسلام شريح، كما روى وكيع في «مصنفه»: عن الحسن بن عقبة، عن سعيد بن الحارث قال: اختصم عمّ وخالٌ إلى شريح في طفل، فقضى به للعم، فقال الخال: أنا أنفق عليه من مالي، فدفعه إليه شريح.

بيان تناقض من قدم أم أم
على أم الأب ثم اختلفا فيهم
في تقديم الأخت للأم على
الأخت للأب والخالة على
العمة

ومن سلك غيرَ هذا المسلك لم يجد بداً من التناقض، مثاله: أن الثلاثة وأحمد في إحدى روايتيه، يُقَدِّمون أم الأم على أم الأب، ثم قال الشافعي في ظاهر مذهبه، وأحمد في المنصوص عنه: تُقَدِّم الأخت للأب على الأخت للأم، فتركوا القياس، وطرّده أبو حنيفة، والمزني، وابن سريج، فقالوا: تُقَدِّم الأخت للأم على الأخت للأب. قالوا: لأنها تُدلي بالأم، والأخت للأب بالأب، فلما قُدِّمت الأم على الأب، قُدِّم من يُدلي بها على من يُدلي به، ولكن هذا أشدُّ تناقضاً من الأول لأن أصحاب القول الأول جرّوا على القياس والأصول في تقديم قرابة الأب على قرابة الأم، وخالفوا ذلك في أم الأم وأم الأب، وهؤلاء تركوا القياس في الموضوعين، وقَدِّموا القرابة التي أحرّها الشرع، وأخروا القرابة التي قَدِّمها، ولم يمكنهم تقديمها في كُلِّ موضع، فقَدِّموها في موضع، وأخروها في غيره مع تساويهما، ومن ذلك تقديم الشافعي في الجديد الخالة على العمة مع تقديمه الأخت للأب على الأخت للأم، وطرّد قياسه في تقديم أم الأم على أم الأب، فوجب تقديم الأخت للأم، والخالة على الأخت للأب والعمة، وكذلك مَنْ قَدِّم من أصحاب أحمد الخالة على العمة، وقَدِّم الأخت للأب على الأخت للأم، كقول القاضي وأصحابه، وصاحب «المغني»: فقد تناقضوا.

فإن قيل: الخالة تُدلي بالأم، والعمة تُدلي بالأب، فكما قُدِّمَتِ الأم على الأب، قُدِّمَ من يُدلي بها، ويزيده بياناً كونُ الخالة أمّاً كما قال النبي ﷺ، فالعمةُ بمنزلة الأب.

قيل: قد بينا أنه لم يقدم الأم على الأب لقوة الأمومة، وتقديم هذه الجهة، بل لكونها أنثى، فإذا وُجِدَ عمةٌ وخالة، فالمعنى الذي قُدِّمَت له الأم موجود فيهما، وامتازت العمةُ بأنها تُدلي بأقوى القرابتين، وهي قرابةُ الأب، والنبي ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها، وقال: «الخالة أمٌّ» حيث لم يكن لها مزاحم من أقارب الأب تُساويها في درجتها.

فإن قيل: فقد كان لها عمة وهي صفية بنت عبد المطلب أختُ حمزة، وكانت إذ ذاك موجودة في المدينة، فإنها هاجرت، وشهدت الخندق، وقتلت رجلاً من اليهود كان يُطيفُ بالحِصن الذي هي فيه، وهي أولُ امرأةٍ قتلت رجلاً من المشركين، وبقيت إلى خلافة عمر رضي الله عنه، فقُدِّمَ النبي ﷺ الخالة عليها، وهذا يدلُّ على تقديم من في جهة الأم على من في جهة الأب.

قيل: إنما يدلُّ هذا إذا كانت صفية قد نازعت معهم، وطلبت الحضانة، فلم يقض لها بها بعد طلبها، وقُدِّمَ عليها الخالة، هذا إذا كانت لم تمنع منها لعجزها عنها، فإنها تُوفيت سنة عشرين عن ثلاث وسبعين سنة، فيكون لها وقت هذه الحكومة بضعٌ وخمسون سنة، فيحتملُ أنها تركتها لعجزها عنها، ولم تطلبها مع قدرتها، والحضانةُ حقٌّ للمرأة، فإذا تركتها، انتقلت إلى غيرها.

وبالجملة: فإنما يدل الحديث على تقديم الخالة على العمة إذا ثبت أن صفيةً خاصمت في ابنة أخيها، وطلبت كفالتها، فقُدِّمَ رسولُ الله ﷺ الخالة، وهذا لا سبيلَ إليه.

فصل

ومن ذلك أن مالكا لما قدّم أمّ الأم على أمّ الأب، قدم الخالة بعدها على الأب وأمه، واختلف أصحابه في تقديم خالة الخالة على هؤلاء، على وجهين، فأحد الوجهين: تقديم خالة الخالة على الأب نفسه، وعلى أمه، وهذا في غاية البعد، فكيف تُقدّم قرابة الأم وإن بعدت على الأب نفسه، وعلى قرابته مع أن الأب وأقاربه أشفقُّ على الطفل، وأرعى لمصلحة من قرابة الأم؟ فإنه ليس إليهم بحال، ولا يُنسب إليهم، بل هو أجنبيٌّ منهم، وإنما نسبه وولّاه إلى أقارب أبيه، وهم أولى به، يعقلون عنه، ويُنفقون عليه عند الجمهور، ويتوارثون بالتعصيب وإن بعدت القرابة بينهم بخلاف قرابة الأم، فإنه لا يثبتُ فيها ذلك، ولا توارثُ 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 القولُ مما تأباه أصولُ الشريعة وقواعدها، وهذا نظيرُ إحدى الروايتين عن أحمد في تقديم الأخت على الأم، والخالة على الأب، وهذا أيضاً في غاية البعد، ومخالفة القياس.

تناقض من قدم أم أم ثم خالة على الأب وأم الأب

تناقض الرواية عن أحمد في تقديم الأخت عن الأم

وحجة هذا القول: أن كليهما تُدليان بالأم المقدمة على الأب، فتقدّمان عليه، وهذا ليس بصحيح، فإن الأم لما ساوت الأب في الدرجة، وامتازت عليه بكونها أقوم بالحضانة، وأقدر عليها وأصبر، قدّمت عليه، وليس كذلك الأخت من الأم، والخالة مع الأب، فإنهما لا يُساويانه، وليس أحدٌ أقرب إلى ولده منه، فكيف تُقدّم عليه بنتُ امرأته، أو أختها؟ وهل جعل الله الشفقة فيهما أكمل منه؟

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

اختلاف أصحاب أحمد في فهم نصه السابق

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

الثاني: أن الخالة والأخت للأم لم تدليا بالأب، وهما من أهل الحضانة،

فَتَقَدَّمَ نِسَاءَ الْحَضَانَةِ عَلَى كُلِّ رَجُلٍ إِلَّا عَلَى مَنْ أَدْلَيْنَ بِهِ، فَلَا تُقَدَّمَنَ عَلَيْهِ، لَأَنَّهُنَّ فَرَعَهُ، فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَا تُقَدَّمُ أُمُّ الْأَبِّ عَلَى الْأَبِّ، وَلَا الْأَخْتُ وَالْعَمَةُ عَلَيْهِ، وَتَقْدِمُ عَلَيْهِ أُمُّ الْأَمِّ، وَالْخَالَهَ، وَالْأَخْتَ لِلْأَمِّ، وَهَذَا أَيْضاً ضَعِيفٌ جَدًّا، إِذْ يَسْتَلْزِمُ تَقْدِيمَ قَرَابَةِ الْأُمِّ الْبَعِيدَةِ عَلَى الْأَبِّ وَأُمِّهِ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْأَبَّ إِذَا قُدِّمَ عَلَى الْأَخْتِ لِلْأَبِّ فَتَقْدِيمُهُ عَلَى الْأَخْتِ لِلْأَمِّ أَوْلَى، لِأَنَّ الْأَخْتَ لِلْأَبِّ مُقَدِّمَةٌ عَلَيْهَا، فَكَيْفَ تُقَدَّمُ عَلَى الْأَبِّ نَفْسُهُ؟ هَذَا تَنَاقُضٌ بَيِّنٌ.

الثالث: تقديمُ نساءِ الأمِّ على الأبِّ وأمهاته وسائر مَنْ فِي جِهَتِهِ، قالوا: فعلى هذا، فكل امرأة في درجة رجل تُقَدَّمُ عليه، ويُقَدَّمُ من أدلى بها على من أدلى بالرجل، فلما قُدِّمَتِ الْأُمُّ عَلَى الْأَبِّ وَهِيَ فِي دَرَجَتِهِ قَدِمَتِ الْأَخْتُ مِنَ الْأُمِّ عَلَى الْأَخْتِ مِنَ الْأَبِّ، وَقُدِّمَتِ الْخَالَهَ عَلَى الْعَمَةِ. هذا تقرير ما ذكره أبو البركات بن تيمية في «محرره» من تنزيل نص أحمد على هذه المحامل الثلاث، وهو مخالف لعامة نصوصه في تقديم الأخت للأب على الأخت للأمِّ، وعلى الخالة، وتقديم خالة الأب على خالة الأمِّ، وهو الذي لم يذكر الخرقى في «مختصره» غيره، وهو الصحيح، وخرجها ابن عقيل على الروایتين في أمِّ الأمِّ، وأمِّ الأبِّ، ولكن نصه ما ذكره الخرقى، وهذه الرواية التي حكها صاحب «المحرر» ضعيفة مرجوحة، فلهذا جاءت فروعها ولوازمها أضعف منها بخلاف سائر نصوصه في جادة مذهبه.

فصل

ضابط في الحضانة
لبعض أصحاب أحمد

وقد ضبط بعض أصحابه هذا الباب بضابط، فقال: كُلُّ عَصْبَةٍ، فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ هِيَ أَبْعَدُ مِنْهُ، وَيَتَأَخَّرُ عَمَّنْ هِيَ أَقْرَبُ مِنْهُ، وَإِذَا تَسَاوَا، فَعَلَى وَجْهَيْنِ. فعلى هذا الضابط يُقَدَّمُ الْأَبُّ عَلَى أُمِّهِ، وَعَلَى أُمِّ الْأَمِّ وَمَنْ مَعَهَا، وَيُقَدَّمُ الْأَخُّ عَلَى ابْنَتِهِ وَعَلَى الْعَمَةِ، وَالْعَمُّ عَلَى عَمَةِ الْأَبِّ، وَتَقَدَّمُ أُمُّ الْأَبِّ عَلَى جَدِّ الْأَبِّ، وَفِي تَقْدِيمِهَا عَلَى أَبِّ الْأَبِّ وَجْهَانِ. وَفِي تَقْدِيمِ الْأَخْتِ لِلْأَبِّ عَلَى الْأَخِّ لِلْأَبِّ وَجْهَانِ، وَفِي تَقْدِيمِ الْعَمَةِ عَلَى الْعَمِّ وَجْهَانِ.

والصواب: تقديم الأنثى مع التساوي، كما قُدِّمَتِ الأمُّ على الأب لما استويا، فلا وجه لتقديم الذكر على الأنثى مع مساواتها له، وامتنازها بقوة أسباب الحضانة والتربية فيها.

واختلفَ في بنات الإخوة والأخوات، هل يُقدَّمَن على الخالات والعمات، أو تقدَّم الخالاتُ والعماتُ عليهن؟ على وجهين مأخذهما: أن الخالة والعمة تُدليان بأخوة الأم والأب، وبنات الإخوة والأخوات يُدلين ببنوة الأب، فمن قدَّم بنات الإخوة، راعى قوة البنوة على الأخوة، وليس ذلك بجيد، بل الصوابُ 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.

الثاني: أن صاحبَ هذا القول إن طردَّ أصله، لزمه ما لا قبل له به من تقديم بنت بنت الأخت وإن نزلت على الخالة التي هي أم، وهذا فاسدٌ من القول، وإن خصَّ ذلك ببنت الأخت دون من سفل منها، تناقض.

واختلف أصحابُ أحمد أيضاً في الجد والأخت للأب أيهما أولى؟ فالمذهب: أن الجدَّ أولى منها وحكى القاضي في «المجرد» وجهاً: أنها أولى منه، وهذا يجيء على أحد التأويلات التي تأوَّل عليها الأصحابُ نصَّ أحمد، وقد تقدَّمت.

فصل

ومما يُبين صحة الأصل المتقدم أنهم قالوا: إذا عَدِمَ الأمهات، ومن في جِهَتِهِنَّ، انتقلت الحضانةُ إلى العصابات، وقُدِّمَ الأقربُ فالأقربُ منهم، كما في الميراث، فهذا جارٍ على القياس، فيقال لهم: هلَّا راعيتُم هذا في جنس القرابة، فقدمتم القرابة القوية الراجحة على الضعيفة المرجوحة كما فعلتم في العصابات؟

بيان تناقض الضابط
السابق

وأيضاً فإن الصحيح في الأخوات عندكم أنه يُقدّم منهن من كانت لأبوين، ثم من كانت لأب، ثم من كانت لأم، وهذا صحيح موافق للأصول والقياس، لكن إذا ضُمَّ هذا إلى قولهم بتقديم قرابة الأم على قرابة الأب جاء التناقض، وتلك الفروع المشكلة المتناقضة.

وأيضاً فقد قالوا بتقديم أمهات الأب والجدة على الخالات والأخوات للأم، وهو الصواب الموافق لأصول الشرع، لكنه مناقض لتقديمهم أمهات الأم على أمهات الأب، ويتناقض تقديم الخالة والأخت للأم على الأب، كما هو إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله، والقول القديم للشافعي. ولا ريب أن القول به أطرّد للأصل، لكنه في غاية البعد من قياس الأصول كما تقدم، ويلزمهم من طرده أيضاً تقديم من كان من الأخوات لأم على من كان منهن لأب، وقد التزمه أبو حنيفة، والمزني، وابن سريج، ويلزمهم من طرده أيضاً تقديم بنت الخالة على الأخت للأب، وقد التزمه زفر، وهو رواية عن أبي حنيفة، ولكن أبو يوسف استثنى ذلك، فقدّم الأخت للأب كقول الجمهور، ورواه عن أبي حنيفة.

ويلزمهم أيضاً من طرده تقديم الخالة والأخت للأم على الجدة أم الأب، وهذا في غاية البعد والوهن، وقد التزمه زفر، ومثل هذا من المقاييس التي حذر منها أبو حنيفة أصحابه، وقال لا تأخذوا بمقاييس زفر، فإنكم إن أخذتم بمقاييس زفر حرمتُم الحلال، وحللتُم الحرام.

فصل

وقد رام بعض أصحاب أحمد 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 تُقدّم الأخت من الأب على الأخت من الأم، وعلى الخالة، لأنها أقوى إرثاً منهما. قال: ثم الإدلاء، فتقدّم الخالة على العمة لأن الخالة تدلي بالأم، والعمة تدلي بالأب، فذكر أربع

أسباب للحضانة مرتبة: الأمومة، ثم بعدها الأبوة، ثم بعدها الميراث، ثم الإِدلاء، وهذه طريقة صاحب «المستوعب»، وما زادتُه هذه الطريقةُ إلا تناقضاً وبعداً عن قواعد الشريعة، وهي من أفسد الطرق، وإنما يتبينُ فسادُها 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 العمّة، وتقديم خالة الأم على الأب وأمه، وتقديم بنات الأخت من الأم على أم الأب، وهذا مع مخالفته لِخصوص إمامه، فهو مخالفٌ لأصول الشرع وقواعده.

وإن أراد أن الأم نفسها تُقدّم 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 قُدِّمَتْ عليه مع تقديم قرابة الأب على قرابة الأم؟ وهذا هو الصواب كما تقدم، وكذلك قوله: «ثم الميراث» إن أراد به أن المقدّم في الميراث مقدم في الحضانة فصحيح، وطرده تقديم قرابة الأب على قرابة الأم، لأنها مقدّمة عليها في الميراث، فتقدم الأخت على العمّة والخالة. وقوله: «وكذلك تقديم الأخت للأب على الأخت للأم، والخالة، لأنها أقوى إثراً منهما، فيقال: لم يكن تقديمها لأجل الإرث وقوته، ولو كان لأجل ذلك، لكان العصباء أحقّ بالحضانة من النساء، فيكون العمُّ أولى من الخالة والعمّة، وهذا باطل.

فصل

وقد ضبط الشيخ في «المغني» هذا الباب بضابط آخر فقال: فصل في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء. وأولى الكلّ بها: الأم، ثم أمهاتها وإن علون يُقدّم منهن الأقرب فالأقرب لأنهن نساء ولادتهن متحققة، فهن في معنى الأم: وعن أحمد، أن أم الأب وأمهايتها يُقدّم على أم الأم، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم، لأنهنَّ يُدلين به، فيكون الأب

ضابط الحضانة عند ابن قدامة

بعد الأم، ثم أمهاته، والأولى هي 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 يُدلين بعصبة من أهل الحضانة، بخلاف أم أب الأم. وحكي عن أحمد رواية أخرى: أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب، فتكون الأخت من الأبوين أحق منه، ومنهما، ومن جميع العصبات، والأولى هي المشهورة من 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 في درجتها من الرجال، كالأم تقدم على الأب، وأم الأب على أب الأب، وكل جدة في درجة جد تقدم عليه لأنها تلي الحضانة بنفسها، والرجل لا يليها بنفسه.

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

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

المؤاخذات على ضابط
ابن قدامة

وهذا خير مما قبله من الضوابط، ولكن فيه تقديم أم الأم وإن علت على الأب وأمهاته، فإن طرد تقديم من في جهة الأم على من في جهة الأب جاءت تلك اللوازم الباطلة، وهو لم يطرده، وإن قدم بعض من في جهة الأب على بعض من في جهة الأم كما فعل، طولب بالفرق، وبمناط التقديم.

وفيه إثباتُ الحضانة للأخت من الأم دون الأخ من الأم، وهو في درجتها ومساوٍ لها من كل وجه، فإن كان ذلك لأنوثتها وهو ذكر، انتقض برجال العصبية كلهم، وإن كان ذلك لكونه ليس من العصبية، والحضانة لا تكون لرجل إلا أن يكون من العصبية. قيل: فكيف جعلتموها لنساء ذوي الأرحام مع مساواتِ قرابتهن لقرابة مَنْ في درجتهم من الذكور من كل وجه؟ فإما أن تعتبروا الأنوثة فلا تجعلوها للذكر، أو الميراثَ فلا تجعلوها لغير وارث، أو القرابة فلا تمنعوا منها الأخ من الأم والخال وأبا الأم، أو التعصيبَ، فلا تعطوها لغير عصبية.

فإن قلتم: بقي قسم آخر وهو قولنا، وهو اعتبار التعصيب في الذكور والقرابة في النساء.

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

وفي كلامه أيضاً: تقديم ابن الأخ وإن نزلت درجته على الخالة التي هي أم، وهو في غاية البعد، وجمهور الأصحاب إنما جعلوا أولاد الإخوة بعد أب الأب والعمات وهو الصحيح، فإن الخالة أخت الأم، وبها تدلي، والأُم مقدّمة على الأب، وابن الأخ إنما يُدلي بالأخ الذي يُدلي بالأب، فكيف يُقدّم على الخالة، وكذا العمة أخت الأب وشقيقته، فكيف يُقدّم ابن ابنه عليها.

وقد ضبط هذا الباب شيخنا شيخ الإسلام ابن تيمية بضابط آخر. فقال: أقرب ما يُضبط به باب الحضانة أن يقال: لما كانت الحضانة ولاية تعتمد الشفقة والتربية والملاطفة كان أحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات وهم أقاربه يُقدّم منهم أقربهم إليه وأقومهم بصفات الحضانة. فإن اجتمع منهم اثنان فصاعداً، فإن استوت درجتهم قُدّم الأنثى على الذكر، فتقدّم الأم على الأب، والجدة على

ضابط الحضانة عند ابن تيمية وبيان صحته واطراد

الجد، والخالة على الخال، والعمة على العم، والأخت على الأخ. فإن كانا ذكرين أو أنثيين، قُدِّمَ أحدهما بالقرعة يعني مع استواء درجتهما، وإن اختلفت درجتُهُما من الطفل، فإن كانوا من جهة واحدة، قُدِّمَ الأقربُ إليه، فتقدَّمُ الأخت على ابنتها، والخالة على خالة الأبوين، وخالة الأبوين على خالة الجد والجدة، والجد أبو الأم على الأخ للأم، هذا هو الصحيح لأن جهة الأبوة والأمومة في الحضانة أقوى من جهة الأخوة فيها. وقيل: يقدم الأخ للأم لأنه أقوى من أب الأم في الميراث. والوجهان في مذهب أحمد.

وفيه وجه ثالث: أنه لا حضانة للأخ من الأم بحال، لأنه ليس من العصبات، ولا من نساء الحضانة، وكذلك الخال أيضاً، 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 العمة والخالة، والأخت للأب، والأخت للأم، وأم الأب، وأم الأم، وخالة الأب، وخالة الأم قُدِّمَ من في جهة الأب في ذلك كله على إحدى الروايتين فيه. هذا كله إذا استوت درجتهم، 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 يُقدَّمُ الأقرب إلى الطفل لقوة شفقتة وحنّوه على شفقة الأبعد، ومن قُدِّمَ قربة الأب، فإنما يُقدَّمُها مع مساواة قربة الأم لها، فأما إذا كانت أبعد منها، قُدِّمَت قربة الأم القريبة، وإلا لزم من تقديم القربة البعيدة لوازم باطلة لا يقول بها أحد، فبهذا الضابط يُمكن حصر جميع مسائل هذا الباب وجريها على القياس الشرعي، واطرادها وموافقتها لأصول الشرع، فأی مسألة وردت عليك أمكن أخذها من هذا الضابط مع كونه مقتضى الدليل، ومع سلامته من التناقض ومناقضة قياس الأصول، وبالله التوفيق.

فصل

الحضانة حق للأم وهل
تحق لها الأجرة؟

وقوله ﷺ: «أنت أحقُّ به ما لم تنكحي»، فيه دليل على أن الحضانة حقٌّ

للأم، وقد اختلف الفقهاء، هل هي للحاضن أم عليه؟ على قولين في مذهب أحمد ومالك، وينبغي عليهما: هل لمن له الحضانة أن يُسقطها فينزل عنها؟ على قولين. وأنه لا يجب عليه خدمة الولد أيام حضانته إلا بالأجرة إن قلنا: الحق له، وإن قلنا: الحق عليه، وجب خدمته مجاناً. وإن كان الحاضن فقيراً، فله الأجرة على القولين.

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

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

فصل

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

هل سقوط الحضانة
بالنكاح للتعليل أو
للتوقيت؟

ثم اختلفوا فيما إذا كان الطلاق رجعيًا، هل يعود حقها بمجردده، أو يتوقف عودها على انقضاء العدة؟ على قولين، وهما في مذهب أحمد والشافعي، أحدهما: تعود بمجردده، وهو ظاهر مذهب الشافعي. والثاني: لا تعود حتى

تنقضي العدة، وهو قول أبي حنيفة والمزني، وهذا كله تفريع على أن قوله: «ما لم تنكحي» 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 تنكحي»، للتوقيت أي: حَقَّك من الحضانة مُوقَّت إلى حين نكاحك، فإذا نكحت، انقضى وقت الحضانة، فلا تعود بعد انقضاء وقتها، كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل واستغنائه عنها. وقال بعض أصحابه: يعود حقها إذا فارقها زوجها، كقول الجمهور، وهو قول المغيرة، وابن أبي حازم. قالوا: لأن المقتضي لحقها من الحضانة هو قرابتها الخاصة، وإنما عارضها مانع النكاح لما يوجب من إضاعة الطفل، واشتغالها بحقوق الزوج الأجنبي منه عن مصالحه، ولما فيه من تغذيته وتربيته في نعمة غير أقاربه، وعليهم في ذلك مئة وغضاضة، فإذا انقطع النكاح بموت، أو فُرقة، زال المانع، والمقتضي قائم، فترتب عليه أثره، وهكذا كُلُّ من قام به من أهل الحضانة مانع منها، ككفر، أو رِق، أو فسق، أو بدو، فإنه لا حضانة له، فإن زالت الموانع، عاد حقهم من الحضانة، فهكذا النكاح والفرقة.

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

فصل

هل مجرد عقد النكاح
يسقط الحضانة؟

وقوله: «ما لم تنكحي»، اختلف فيه: هل المراد به مجرد العقد، أو العقد مع الدخول؟ وفي ذلك وجهان. أحدهما: أن بمجرد العقد تزول حضانتها، وهو قول الشافعي، وأبي حنيفة، لأنه بالعقد يملك الزوج منافع الاستمتاع بها، ويملك نفعها من حضانة الولد. والثاني: أنها لا تزول إلا بالدخول، وهو قول مالك، فإن بالدخول يتحقق اشتغالها عن الحضانة، والحديث يحتمل الأمرين، والأشبه بسقوط حضانتها بالعقد، لأنها حينئذ صارت في مظنة الاشتغال عن الولد والتهيؤ للدخول، وأخذها حينئذ في أسبابه، وهذا قول الجمهور.

فصل

اختلاف الفقهاء في سقوط
الحضانة بالنكاح

واختلف الناس في سقوط الحضانة بالنكاح، على أربعة أقوال.

أحدها: سقوطها به مطلقاً، سواء كان المحضون ذكراً، أو أنثى، وهذا مذهب الشافعي، ومالك، وأبي حنيفة، وأحمد في المشهور عنه. 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 الأيّم وذوات البعل، وحكي هذا المذهب عن الحسن البصري، وهو قول أبي محمد ابن حزم.

القول الثالث: أن الطفل إن كان بنتاً لم تسقط الحضانة بنكاح أمها، وإن كان ذكراً سقطت، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله نص عليه في رواية مهنا بن يحيى الشامي، فقال: إذا تزوجت الأم وابنتها صغير، أخذ منها. قيل له: والجارية مثل الصبي؟ 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 أبي 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 المشرط أن يكون الزوج نسيباً للطفل فقط، وهذا ظاهر قول أصحاب أحمد. الثاني: أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم، وهو قول أصحاب أبي حنيفة. الثالث: أنه يشترط أن يكون بين الزوج وبين الطفل إيلاد، بأن يكون جداً للطفل، وهذا قول مالك، وبعض أصحاب أحمد، فهذا تحرير المذاهب في هذه المسألة.

فأما حُجَّة مَنْ أسقط الحضانة بالتزويج مطلقاً، فثلاثٌ حجج: إحداها: حجة من أسقط الحضانة بالتزويج مطلقاً حديث عمرو بن شعيب المتقدم ذكره. الثانية: اتفاق الصحابة على ذلك، وقد تقدّم قول الصديق لعمر: هي أحق به ما لم تتزوج، وموافقة عمر له على ذلك، ولا مخالف لهما من الصحابة ألبتة، وقضى به شريح، والقضاة بعده إلى اليوم في سائر الأعصار والأعصار.

الثالثة: ما رواه عبد الرزاق: حدثنا ابن جريج، حدثنا أبو الزبير، عن رجل صالح من أهل المدينة، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، قال: كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار، فقتل عنها يوم أحد وله منها ولد، فخطبها عمٌ ولدها ورَجُلٌ آخر إلى أبيها، فأنكح الآخر، فجاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: أنكحني أبي رجلاً لا أريدُه، وترك عمٌ ولدي، فيؤخذ مني ولدي، فدعا رسولُ الله ﷺ أباهَا، فقال: أنكحت فلاناً فلانة؟ قال: نعم، قال: «أَنْتَ الَّذِي لَا نِكَاحَ لَكَ، اذْهَبِي فَأَنْكِحِي عَمَّ وَلَدِكِ»^(١)، فلم ينكر أخذ الولد منها لما تزوجت، بل أنكحها عم الولد لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالنكاح، وبقائها إذا تزوجت بنسيب من الطفل. واعترض أبو محمد بن حزم على هذا الاستدلال، بأن حديث عمرو بن شعيب ضعيف، وحديث أبي سلمة هذا مرسل، وفيه مجهول. وهذان الاعتراضان ضعيفان، فقد بينا احتجاج الأئمة بعمرو في

اعتراض ابن حزم على الأدلة السابقة ورد المصنف عليه

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٠٤).

تصحيحهم حديثه، وإذا تعارض معنا في الاحتجاج برجل قول ابن حزم، وقول البخاري، وأحمد، وابن المديني، والحميدي وإسحاق بن راهويه وأمثالهم، لم يلتفت إلى سواهم.

وأما حديث أبي سلمة هذا، فإن أبا سلمة من كبار التابعين، وقد حكى القصة عن الأنصارية، ولا يُنكر لقاءه لها، فلا يتحقق الإرسال، ولو تحقق، فمرسل جيد، له شواهد مرفوعة وموقوفة، وليس الاعتماد عليه وحده، وعنى بالمجهول الرجل الصالح الذي شهد له أبو الزبير بالصلاح، ولا ريب أن هذه الشهادة لا تُعرف به، ولكن المجهول إذا عدله الراوي عنه الثقة ثبتت عدالته وإن كان واحداً على أصح القولين، فإن التعديل من باب الإخبار والحكم لا من باب الشهادة، ولا سيما التعديل في 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 الروايتين عن أحمد، وأما إذا روى عنه وصرح بتعديله، فقد خرج عن الجهالة التي ترد لأجلها روايته لا سيما إذا لم يكن معروفاً بالرواية عن الضعفاء والمتهمين، وأبو الزبير وإن كان فيه تدليس، فليس معروفاً بالتدليس عن المتهمين والضعفاء، بل تدليسه من جنس تدليس السلف، لم يكونوا يُدلسون عن متهم ولا مجروح، وإنما كثر هذا النوع من التدليس في المتأخرين.

واحتج أبو محمد على قوله، بما رواه من طريق البخاري، عن عبد العزيز بن صهيب، عن أنس قال: قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي، وانطلق بي إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله! إن أنساً غلامٌ كَيِّسٌ، فَلْيَخْدُمْكَ. قال: فخدمته في السفر والحضر^(١). وذكر الخبر.

حجة ابن حزم على عدم سقوط الحضانة بالتزويج

(١) أخرجه البخاري ٢٩٥/٥ في الوصايا: باب استخدام اليتيم في السفر والحضر إذا كان صلاحاً له، ومسلم (٢٣٠٩) في الفضائل: باب كان رسول الله ﷺ أحسن الناس خلقاً.

قال أبو محمد: فهذا أنس في حضانة أمه، ولها زوج، وهو أبو طلحة بعلم رسول الله ﷺ، وهذا الاحتجاج في غاية السقوط، والخبر في غاية الصحة، فإن أحداً من أقارب أنس لم يُنَازِعْ أمه فيه إلى النبي ﷺ وهو طفل صغير لم يَنَغُرْ، ولم يأكل وحده، ولم يشرب وحده، ولم يميز، وأمّه مزوجة، فحكم به لأمه، وإنما يَتِمُّ الاستدلال بهذه المقدمات كلها، والنبي ﷺ لما قَدِمَ المدينة كان لأنس من العمر عشر سنين، فكان عند أمه، فلما تزوجت أبا طلحة لم يأت أحدٌ من أقارب أنس يُنَازِعُها 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 يُفَرَّقَ بين الأم وولدها إذا تزوجت من غير أن يُخاصمها مَنْ له الحضانة، ويطلب انتزاع الولد، فالاحتجاج بهذه القصة من أبعد الاحتجاج وأبرده.

ونظير هذا أيضاً، احتجاجهم بأن أم سلمة لما تزوجت برسول الله ﷺ لم تسقط كفالتها لابنها، بل استمرت على حضانتها، فيا عجباً من الذي نازع أم سلمة في ولدها، ورغب عن أن يكون في حجر النبي ﷺ.

واحتج لهذا القول أيضاً بأن رسول الله ﷺ قضى بآبنة حمزة لخالتها وهي مزوجة بجعفر، فلا ريب أن للناس في قصة آبنة حمزة ثلاث مآخذ. أحدها: أن النكاح لا يسقط الحضانة. الثاني: أن المحضونة إذا كانت بنتاً، فنكاح أمها لا يسقط حضانتها، ويسقطها إذا كان ذكراً. الثالث: أن الزوج إذا كان نسبياً من الطفل، لم تسقط حضانتها، وإلا سقطت، فالاحتجاج بالقصة على أن النكاح لا يسقط الحضانة مطلقاً لا يَتِمُّ إلا بعد إبطال ذينك الاحتمالين الآخرين.

فصل

وقضاؤه ﷺ بالولد لأمه، وقوله: «أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي»، لا يستفاد منه عموم القضاء لكل أم حتى يقضي به للأم. وإن كانت كافرة، أو رقيقة، أو

فاسقة، أو مسافرة، فلا يصح الاحتجاج به على ذلك، ولا نفيه، فإذا دلّ دليلٌ منفصلٌ على اعتبار الإسلام والحرية والديانة والإقامة، لم يكن ذلك تخصيصاً ولا مخالفةً لظاهر الحديث.

وقد اشترط في الحاضن ستة شروط :

اتفاقهما في الدين، فلا حضانة لكافر على مسلم لوجهين .

أحدهما : أن الحاضن حريصٌ على تربية الطفل على دينه، وأن ينشأ عليه، ويتربى عليه، فيصعبُ بعد كبره وعقله انتقاله عنه، وقد يُغيره عن فطرة الله التي فطر عليها عباده، فلا يُراجعها أبداً، كما قال النبي ﷺ : «كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يَهُودَانِهِ أَوْ يُنَصْرَانِهِ، أَوْ يُمَجْسَانِهِ»^(١). فلا يؤمن تهويدُ الحاضن وتنصيره للطفل المسلم.

فإن قيل : الحديث إنما جاء في الأبوين خاصة .

قيل : الحديث خرجَ مخرجَ الغالبِ إذ الغالبُ المعتادُ نشوء الطفل بين أبويه، فإن قُعد الأبوان أو أحدهما قامَ ولي الطفل من أقاربه مقامهما .

الوجه الثاني : أن الله سبحانه قطعَ الموالاة بين المسلمين والكفار، وجعلَ المسلمين بعضهم أولياءَ بعض، والكفار بعضهم من بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالاة التي قطعها الله بين الفريقين . وقال أهلُ الرأي، وابنُ القاسم، وأبو ثور : تثبتُ الحضانة لها مع كُفرها وإسلام الولد، واحتجُّوا بما روى النسائي في سننه، من حديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه، عن جدّه رافع بن سنان، أنه أسلم وأبت امرأته أن تُسلم، فأُتِيَ النبي ﷺ، فقالت : ابنتي وهي فطيمٌ أو يشبهُها، وقال رافع : ابنتي، فقال النبي ﷺ : «اقْعُدْ نَاحِيَةً»، وقال لها : «اقْعُدِي نَاحِيَةً»،

حجة من أثبت الحضانة
للكافرة على الولد المسلم

(١) أخرجه البخاري ١٩٧/٤، ١٩٩ في الجنائز: باب ما قيل في أولاد المشركين، ومسلم (٢٦٥٨) في القدر: باب معنى كل مولود يولد على الفطرة.

وقال لهما: «ادْعُوها»، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي ﷺ: «اللَّهُمَّ اهْدِهَا»، فمالت إلى أبيها فأخذها^(١).

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

رد المسقطين لحق
الحضانة للكافرة على
المفتين

قال الآخرون: هذا الحديث من رواية عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان الأنصاري الأوسي، وقد ضعفه إمام العلل يحيى بن سعيد القطان، وكان سفيان الثوري يحمل عليه^(٢)، وضعف ابن المنذر الحديث، وضعفه غيره، وقد اضطرب في القصة، فروى أن المخير كان بنتاً، وروى أنه كان ابناً. وقال الشيخ في «المغني»: وأما الحديث، فقد روي على غير هذا الوجه، ولا يثبت أهل النقل. وفي إسناده مقال، قاله ابن المنذر.

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 الذي أراده من عباده، ولو استقر جعلها مع أمها، لكان فيه حجة، بل أبطله الله سبحانه بدعوة رسوله.

اشتراط الخلو من الفسق
في الحضانة

ومن العجب أنهم يقولون: لا حضانة للفاقد، فأئى 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 في الحاضن قطعاً، وإن شرطها أصحاب أحمد والشافعي وغيرهم، واشتراطها في غاية البعد.

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٤٤) بهذا السند كما تقدم، وأما رواية النسائي ١٨٥/٦، فمن طريق عبد الحميد بن سلمة، عن أبيه، عن جده.

(٢) تضعيف الثوري له من أجل مذهبه، ويحيى بن سعيد مرة وثقه، ومرة ضعفه، وقد وثقه ابن معين وأحمد، وأبو حاتم والنسائي، وابن عدي، وابن سعد، والسايجي، فحديثه لا ينزل عن رتبة الحسن، ولذا قال الحافظ في «التقريب»: صدوق ربما وهم. فالحديث حسن كما تقدم.

ولو اشترط في 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 أحدٌ في الدنيا، مع كونهم الأكثرين. ومتى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبيه أو أحدهما بفسقه؟ وهذا في الحرج والعسر - واستمرارُ العمل المتصل في سائر الأمصار والأعصار على خلافه - بمنزلة اشتراط العدالة في ولاية النكاح، فإنه دائم الوقوع في الأمصار والأعصار، والقرى والبوادي، مع أن أكثر الأولياء الذين يلون ذلك، فساق، ولم يزل الفسق في الناس، ولم يمنع النبي ﷺ، ولا أحدٌ من الصحابة فاسقاً من تربية ابنه وحضنته له، ولا من تزويجه مولّيته، والعادة شاهدة بأن الرجل ولو كان من الفساق، فإنه يحتاط لابنته، ولا يُضيعها، ويحرص على الخير لها بجهد، وإن قُدّر خلاف ذلك، فهو قليل بالنسبة إلى المعتاد، والشارع يكتفي في ذلك بالبائع الطبيعي، ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة، وولاية النكاح، لكان بيانُ هذا للأمة من أهم الأمور، واعتناء الأمة بنقله، وتوارث العمل به مقدّماً على كثير مما نقلوه، وتوارثوا العمل به، فكيف يجوز عليهم تضييعه واتصالُ العمل بخلافه. ولو كان الفسق يُنافي الحضانة، لكان من زنى أو شرب خمر، أو أتى كبيرة، فرق بينه وبين أولاده الصغار، والتّمس لهم غيره والله أعلم.

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

اشتراط العقل في
الحاضن

وأما اشتراط الحرية، فلا ينتهض عليه دليلٌ يَرَكُن القلب إليه، وقد اشترطه أصحابُ الأئمة الثلاثة. وقال مالك في حرٍّ له ولد من أمة: إن الأم أحقُّ به إلا أن تباع، فتنتقل، فيكون الأب أحقُّ بها، وهذا هو الصحيح، لأن

الحرية

النبي ﷺ قال: «لا تُؤْلَهُ والدَةٌ عن وَلَدِهَا»^(١). وقال: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الوالدةِ وَوَلَدِهَا، فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبِّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٢). وقد قالوا: لا يجوزُ التفريقُ في البيعِ بين الأمِّ وولدها الصغير فكيف يُفَرِّقون بينهما في الحضانة؟ وعمومُ الأحاديثِ تمنعُ مِنَ التفريقِ مطلقاً في الحضانة والبيع، واستدلَّ لهم بكونِ منافعها مملوكةٌ للسيد، فهي مستغرقةٌ في خدمته، فلا تَفْرُغُ لِحَضَانَةِ الولدِ ممنوع، بل حَقُّ الحَضَانَةِ لها، تُقَدِّمُ به في أوقاتِ حاجةِ الولدِ على حقِّ السيد، كما في البيعِ سواء. وأما اشتراطُ خلوها من النكاح، فقد تقدم.

الخلو من النكاح

وها هنا مسألة ينبغي التنبيه عليها وهي أنا إذا أسقطنا حقَّها مِنَ الحضانة بالنكاح، ونقلناها إلى غيرها فأتفق أنه لم يكن له سواها، لم يَسْقُطْ حقُّها من الحضانة، وهي أحقُّ به من الأجنبي الذي يدفعه القاضي إليه، وتربيته في حجر أمه ورأيه أصلحُ من تربيته في بيتِ أجنبي محض لا قرابة بينهما تُوجِبُ شفقتَه ورحمته وحنوَه، ومنَ المحالِ أن تأتيَ الشريعة بدفعِ مفسدةٍ بمفسدةٍ أعظمَ منها بكثير، والنبي ﷺ لم يحكم حكماً عاماً كلياً: أن كل امرأة تزوجت سقطت حضانتُها في جميع الأحوال حتى يكون إثباتُ الحضانة للأُم في هذه الحالة مخالفة للنص.

اتحاد الدار شرط من شروط الحاضن

وأما اتحاد الدار، فإن كان سفرُ أحدهما لحاجة، ثم يعود والآخر مقيم، فهو أحقُّ به، لأن السفر بالولد الطفل ولا سيما إن كان رضيعاً إضراراً به وتضييعاً له، هكذا أطلقوه، ولم يستثنوا سفرَ الحج من غيره، وإن كان

(١) أخرجه البيهقي ٥/٨ من حديث أبي بكر، وفي سنده ابن لهيعة وهو ضعيف، وشيخه عمر بن عبد الله مولى غفرة وهو ضعيف أيضاً.

(٢) أخرجه أحمد ٥/٤١٢، ٤١٣ والترمذي (١٢٨٣) في البيوع: باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين، أو بين الوالدة وولدها في البيع من حديث أبي أيوب الأنصاري، والدارمي ٢/٢٢٧، ٢٢٨ وسنده حسن، وصححه الحاكم ٥٥/٢، وأقره الذهبي.

أحدهما منتقلاً عن بلد الآخر للإقامة، والبلد وطريقه مخوفان، أو أحدهما، فالمقيم أحق، وإن كان هو وطريقه آمين، 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 البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق به، وإن انتقلت إلى غيره، فالأب أحق، وهو قول الحنفية. وحكوا عن أبي حنيفة رواية أخرى: أن نقلها إن كان من بلد إلى قرية، فالأب أحق، وإن كان من بلد إلى بلد، فهي أحق، وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأفنع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ، روعي، 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 تنكحي»، قيل: فيه إضمار تقديره: ما لم تنكحي، ويدخل بك الزوج، ويحكم الحاكم بسقوط الحضانة. وهذا تعسف بعيد لا يشعر به اللفظ، ولا يدل عليه بوجه، ولا هو من دلالة الاقتضاء التي تتوقف صحة المعنى عليها، والدخول داخل في قوله: «تنكحي»، عند من اعتبره، فهو كقوله: «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ»، ومن لم يعتبره، فالمراد بالنكاح عنده العقد.

قول من اشترط لسقوط الحضانة مع عقد النكاح والدخول حكم الحاكم

وأما حكم الحاكم بسقوط الحضانة، فذاك إنما يحتاج إليه عند التنازع والخصومة بين المتنازعين، فيكون منفذاً لحكم رسول الله ﷺ، لا أن رسول الله ﷺ أوقف سقوط الحضانة على حكمه، بل قد حكم هو بسقوطها، حكم به الحكماء بعده أو لم يحكموا. والذي دل عليه هذا الحكم النبوي، أن الأم أحق بالطفل ما لم يوجد منها النكاح، فإذا نكحت، زال ذلك الاستحقاق، وانتقل

الحقُّ إلى غيرها. فأما إذا طلبه من له الحق، وجب على خصمه أن يبذله له، فإن امتنع، أجبره الحاكم عليه، وإن أسقط حقَّه، أو لم يطالب به، بقي على ما كان عليه أولاً، فهذه قاعدة عامة مستفادة من غير هذا الحديث.

فصل

اختلاف الفقهاء في
التخيير بين الأبوين

وقد احتج من لا يرى التخيير بين الأبوين بظاهر هذا الحديث، ووجه الاستدلال أنه قال: «أنت أحق به»، ولو خيّر الطفل لم تكن هي أحقَّ به إلا إذا اختارها، كما أن الأب لا يكون أحقَّ به إلا إذا اختاره، فإن قدر: أنت أحقُّ به إن اختارك. قُدِّرَ ذلك في جانب الأب، والنبِيُّ ﷺ جعلها أحقَّ به مطلقاً عند المنازعة، وهذا مذهب أبي 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 جريج، عن عطاء الخراساني، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأته، فذكر الأثر المتقدم، وقال فيه: ريحها وفرادها خير له منك حتى يشبَّ ويختار لنفسه، فحكم به لأمه حين لم يكن له تمييزٌ إلى أن يشبَّ ويُميز ويخير حينئذ.

ذكر قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه

قال الشافعي: حدثنا ابن عيينة، عن يزيد بن يزيد بن جابر، عن إسماعيل بن عبيد الله بن أبي المهاجر، عن عبد الرحمن بن غنم، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. خيّر غلاماً بين أبيه وأمه^(١).

وقال عبد الرزاق: أخبرنا ابن جريج، عن عبد الله بن عبيد بن عمير، قال: خيّر عمر رضي الله عنه غلاماً ما بين أبيه وأمه، فاختر أمه، فانطلقت به.

(١) رجاله ثقات.

وذكر عبد الرزاق أيضاً: 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 يُعرب عنه لسانه ليختار^(١).

وذكر سعيد بن منصور عن هشيم، عن خالد، عن الوليد بن مسلم، قال: اختصموا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في يتيم فخيرته، فاختار أمه على عمه، فقال عمر: إن لطف أمك خير من خصب عمك.

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 علي بن أبي وعمي، ثم قال لأخ لي أصغر مني: وهذا أيضاً لو بلغ مبلغ هذا لخيرته^(٢).

قال الشافعي رحمه الله: قال إبراهيم: عن يونس عن عمارة عن علي مثله^(٣) قال في الحديث: وكنت ابن سبع سنين، أو ثمان سنين.

قال يحيى القطان: حدثنا يونس بن عبد الله الجرمي، حدثني عمارة ابن روية، أنه تخصصت فيه أئمة وعمه إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه، قال: فخيرني علي ثلاثاً، كلهن أختارن أمي، ومعني أخ لي صغير، فقال علي: هذا إذا بلغ مبلغ هذا خيراً.

ذكر قول أبي هريرة رضي الله عنه

قال أبو خيثمة زهير بن حرب: حدثنا سفيان بن عيينة، عن زياد بن سعد،

(١) رجاله ثقات، وهو في «المصنف» (١٢٦٠٦).

(٢) وهو في «المصنف» (١٢٦٠٩)، و«سنن البيهقي» ٤/٨، وعمارة الجرمي ذكره ابن أبي حاتم، فلم يذكر فيه جرحاً.

(٣) إبراهيم هو ابن محمد بن أبي يحيى الأسلمي: متروك.

عن هلال بن أبي ميمونة قال: شهدت أبا هريرة خيراً غلاماً بين أبيه وأمه، وقال: إنَّ رسولَ الله ﷺ خيراً غلاماً بين أبيه وأمه^(١).

مذهب ابن راهويه في
التخير

فهذا ما ظفرتُ به عن الصحابة. وأما الأئمة، فقال حرب بن إسماعيل: سألت إسحاق بن راهويه، إلى متى يكون الصبي والصبية مع الأم إذا طُلقت؟ قال: أَحَبُّ إليَّ أن يكونَ مع الأم إلى سبع سنين، ثم يُخَيَّر. قلت له: أترى التخير؟ قال: شديداً. قلت: فأقل من سبع سنين لا يُخير؟ قال: قد قال بعضهم: إلى خمس، وأنا أَحَبُّ إليَّ سبع.

مذهب أحمد

وأما مذهب الإمام أحمد، فإذا أن يكونَ الطفلُ ذكراً أو أنثى، فإن كان ذكراً، فإذا أن يكونَ ابنٌ سبع أو دونها، فإن كان له دون السبع، فأُمُّه أحقُّ بحضانتها من غير تخيير، وإن كان له سبع، ففيه ثلاث روايات.

إحداها — وهي الصحيحة المشهورة من مذهبه — : أنه يخير، وهي اختيار أصحابه، فإن لم يختر واحداً منهما، أقرع بينهما، وكانَ لمن قرع، وإذا اختار أحدهما، ثم عاد فاختر الآخر، نقل إليه، وهكذا أبداً.

والثانية: أن الأبَ أحقُّ به من غير تخيير.

والثالثة: أن الأمَ أحقُّ به كما قبل السبع.

وأما إذا كان أنثى، فإن كان لها دون سبع سنين، فأُمُّها أحقُّ بها من غير تخير، وإن بلغت سبعاً، فالمشهورُ من مذهبه، أن الأمَ أحقُّ بها إلى تسع سنين، فإذا بلغت تسعاً، فالأبُ أحقُّ بها من غير تخيير.

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

وعنه رواية خامسة: أنها تخير بعد السبع كالغلام، نصَّ عليها، وأكثر

(١) رجاله ثقات، وقد تقدم تخريجه.

أصحابه إنما حكوا ذلك وجهاً في المذهب، هذا تلخيصُ مذهبه وتحريرُهُ.

مذهب الشافعي

وقال الشافعي: الأمُّ أحقُّ بالطفل ذكراً كان أو أنثى إلى أن يبلغا سبع سنين، فإذا بلغا سبعاً وهما يعقلان عقل مثلهما، خيّرَ كُلُّ منهما بين أبيه وأمه، وكان مع من اختار.

مذهب مالك وأبي حنيفة

وقال مالك وأبو حنيفة لا تخيير بحال، ثم اختلفا فقال أبو حنيفة، الأمُّ أحقُّ بالجارية حتى تبلغ، وبالغلام حتى يأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، ثم يكونان عند الأب، ومن سوى الأبوين أحقُّ بهما حتى يستغنيا، ولا يُعتبر البلوغ، وقال مالك: الأمُّ أحقُّ بالولد ذكراً كان أو أنثى حتى يثغر، هذه رواية ابن وهب، وروى ابن القاسم: حتى يبلُغ، ولا يُخيّر بحال.

مذهب الليث

وقال الليث بن سعد: الأمُّ أحقُّ بالابن حتى يبلُغ ثمان سنين، وبالبنت حتى تبلغ، ثم الأبُّ أحقُّ بهما بعد ذلك.

مذهب الحسن ابن حي

وقال الحسن بن حي: الأمُّ أولى بالبنت حتى يكُعب ثدياها، وبالغلام حتى يَنفَع، فيُخيران بعد ذلك بين أبويهما، الذكر والأنثى سواء.

مذهب من قال بالتخير في الغلام دون الجارية

قال المخيرون في الغلام دون الجارية: قد ثبت التخييرُ عن النبي ﷺ في الغلام، من حديث أبي هريرة: وثبت عن الخلفاء الراشدين، وأبي هريرة، ولا يُعرف لهم مخالفٌ في الصحابة ألبتة، ولا أنكره منكر. قالوا: وهذا غاية في العدل الممكن، فإن الأمَّ إنما قُدِّمت في حال الصغر لحاجة الولد إلى التربية والحمل والرضاع والمدارة التي لا تنهياً لغير النساء، وإلا فالأمُّ أحد الأبوين، فكيف تُقدَّم عليه؟ فإذا بلغ الغلام حداً يُعربُ فيه عن نفسه، ويستغني عن الحمل والوضع وما تُعانيه النساء، تساوى الأبوان، وزال السببُ الموجبُ لتقديم الأم، والأبوان متساويان فيه، فلا يُقدَّم أحدهما إلا بمرجح، والمرجح إما من خارج، وهو القرعة، وإما من جهة الولد، وهو اختياره، وقد جاءت السنة بهذا وهذا، وقد جمعهما حديثُ أبي هريرة، فاعتبرناهما جميعاً، ولم ندفع أحدهما بالآخر.

وقدمنا ما قدمه النبي ﷺ، وأخرنا ما أخره، فقدم التخيير، لأن القرعة إنما يُصار إليها إذا تساوت الحقوق من كل وجه، ولم يبق مرجعٌ سواها، وهكذا فعلنا هاهنا قدمنا أحدهما بالاختيار، فإن لم يختَر، أو اختارهما جميعاً، عدلنا إلى القرعة، فهذا لو لم يكن فيه موافقة السنة، لكان من أحسن الأحكام، وأعدلها، وأقطعها للنزاع بتراضي المتنازعين.

وفيه وجه آخر في مذهب أحمد والشافعي: أنه إذا لم يختَر واحداً منهما كان عند الأم بلا قرعة، لأن الحضانة كانت لها، وإنما ننقله عنها باختياره، فإذا لم يختَر، بقي عندها على ما كان.

فإن قيل: فقد قدمتُ التخييرَ على القرعة، والحديث فيه تقديمُ القرعة أولاً، ثم التخيير، وهذا أولى، لأن القرعة طريق شرعي للتقديم عند تساوي المستحقين، وقد تساوى الأبوان، فالقياسُ تقديمُ أحدهما بالقرعة، فإن أبا القرعة، لم يبق إلا اختيارُ الصبي، فيُرجع به، فما بال أصحاب أحمد والشافعي قدّموا التخييرَ على القرعة.

قيل: إنما قدّم 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، فقدّم التخيير عليها، فإذا تعذر القضاء بالتخيير، تعينت القرعة طريقاً للترجيح إذ لم يبق سواها.

رد المخيرين على من
اقتصر بالتخيير على
الغلام

ثم قال المخيرون للغلام والجارية: روى النسائي في «سننه»، والإمام أحمد في «مسنده» من حديث رافع بن سنان رضي الله عنه أنه تنازع هو وأُمُّ في ابنتهما، وأن النبي ﷺ أقعده ناحية، وأقعد المرأة ناحية، وأقعد الصبية بينهما، وقال: «اذعواها»، فمالت إلى أمِّها فقال النبي ﷺ: «اللَّهُمَّ اهْدِهَا» فمالت إلى أبيها فَأَخَذَهَا^(١). قالوا: ولو لم يرَ هذا الحديث لكان حديثُ أبي هريرة رضي الله

(١) تقدم تخريجه ص ٤٦٠ وهو حسن، وعزوه إلى أحمد وهم من المصنف رحمه الله، =

عنه، والآثار المتقدمة حجة في تخيير الأنثى، لأن كونَ الطفل ذكراً لا تأثير له في الحكم، بل هي كالذكر في قوله ﷺ: «مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ»^(١). وفي قوله «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ فِي عَبْدٍ»^(٢)، بل حديثُ الحَضَانَةِ أولى بعدم اشتراط الفُكُورِيَّةِ فيه، لأن لَفْظَ الصَّبِيِّ ليس من كلام الشارع، إنما الصحابيُّ حكى القِصَّةَ، وأنها كانت في صبي، فإذا نُقِحَ المناطُ تَبَيَّنَ أنه لا تأثير، لكونه ذكراً.

رد الحنابلة على من أجاز
التخيير للذكر والأنثى

قالت الحنابلة: الكلامُ معكم في مقامين، أحدهما: استدلالُكم بحديثِ رافع، والثاني: إلغاؤُكم وصفَ الذكورية في أحاديثِ التخيير.

فأما الأول، فالحديثُ قد ضعُفه ابنُ المنذر وغيره، وضعف يحيى بن سعيدٍ والثوري عبد الحميد بن جعفر، وأيضاً فقد اختلف فيه على قولين. أحدهما: أن المخير كان بنتاً، وروي: أنه كان ابناً. فقال عبد الرزاق: أخبرنا سفيان، عن عثمان البتي، عن عبد الحميد بن سلمة، عن أبيه، عن جده، أن أبويه اختصما إلى النبي ﷺ، أحدهما مسلم، والآخر كافر، فتوجه إلى الكافر، فقال النبي ﷺ: «اللَّهُمَّ اهْدِهِ»، فتوجه إلى المسلم، فقضى له به^(٣).

قال أبو الفرج ابن الجوزي: ورواية من روى أنه كان غلاماً أصح. قالوا: ولو سلم لكم أنه كان أنثى، فأنتم لا تقولون به، فإن فيه أن أحدهما كان مسلماً،

= فإنه لم يخرج به.

(١) أخرجه البخاري ٤٧/٥، وأحمد ٤٧٤/٢، وأبو داود (٣٥١٩) في البيوع: باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه من حديث أبي هريرة.

(٢) أخرجه البخاري ١٠٩/٥ في العتق: باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء، ومسلم (١٥٠١) في الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد من حديث ابن عمر.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٢٦١٦)، ولفظه «أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء بابن له صغير لم يبلغ، قال: فأجلس النبي ﷺ الأب ها هنا والأم ها هنا، ثم خيره وقال: اللهم اهده، فذهب إلى أبيه» واللفظ الذي ساقه المصنف هو لابن ماجه (٢٣٥٢).

والآخر كافراً، فكيف تحتجون بما لا تقولون به .

قالوا: وأيضاً فلو كانا مسلمين، ففي الحديث أن الطفل كان فطيماً، وهذا قطعاً دون السبع، والظاهر أنه دون الخمس، وأنتم لا تُخبرون من له دون السبع، فظهر أنه لا يُمكنكم الاستدلالُ بحديث رافع هذا على كل تقدير .

فبقي المقام الثاني، وهو إلغاء وصف الذكورة في أحاديث التخيير وغيرها، فنقول: لا ريب أن من الأحكام ما يكفي فيها وصفُ الذكورة، أو وصفُ الأنوثة قطعاً، ومنها ما لا يكفي فيه، بل يُعتبر فيه إمّا هذا وإمّا هذا، فيُلغى الوصف في كل حكم تعلّق بالنوع الإنساني المشترك بين الأفراد، ويُعتبر وصفُ الذكورة في كل موضع كان له تأثير فيه، كالشهادة والميراث، والولاية في النكاح، ويعتبر وصفُ الأنوثة في كلِّ موضع يختصُّ بالإنثى، أو يُقدّم فيه على الذكور، كالحضانة، إذا استوى في الدرجة الذكرُ والأنثى، قُدّمت الأنثى .

بقي النظر فيما نحن فيه من شأن التخيير، هل لوصف الذكورة تأثير في ذلك فيُلحق بالقسم الذي تعتبر فيه، أو لا تأثير له فيلحق بالقسم الذي يلغى فيه؟ ولا سبيل إلى جعلها من القسم الملغى فيه وصفُ الذكورة، لأن التخيير هاهنا تخيير شهوة، لا تخيير رأي ومصلحة، ولهذا إذا اختار غير مَنْ اختاره أولاً، نقل إليه، فلو خيرت البنت، أفضى ذلك إلى أن تكونَ عند الأب تارة، وعند الأم أخرى، فإنها كلما شاءت الانتقال، أُجيبَت إليه، وذلك عكس ما شرع للأنثى من لزوم البيوت، وعدم البروز، ولزوم الخدور وراء الأستار، فلا يليقُ بها أن تمكن من خلاف ذلك . وإذا كان هذا الوصفُ معتبراً قد شهد له الشرعُ بالاعتبار لم يمكن إلغاؤه .

قالوا: وأيضاً فإن ذلك يُفضي إلى ألا يبقى الأبُ موكلاً بحفظها، ولا الأم لتتقلّها بينهما، وقد عُرِفَ بالعادة أن ما يتناوبُ الناسُ على حفظه، ويتواكلون فيه، فهو آيل إلى ضياع، ومن الأمثال السائرة: «لا يصلحُ القدرُ بينَ طبّاخينِ» .

قالوا: وأيضاً فالعادة شاهدة بأن اختيار أحدهما يُضعف رغبة الآخر فيه بالإحسان إليه وصيانته، فإذا اختار أحدهما، ثم انتقل إلى الآخر لم يبق أحدهما تام الرغبة في حفظه والإحسان إليه.

فإن قلتم: فهذا بعينه موجود في الصبي، ولم يمنع ذلك تخييره. قلنا: صدقتم لكن عارضه كون القلوب مجبولة على حُب البنين، واختيارهم على البنات، فإذا اجتمع نقص الرغبة، ونقص الأثوثة، وكراهة البنات في الغالب، ضاعت الطفلة، وصارت إلى فساد يفسد تلافيه، والواقع شاهد بهذا، والفقه تنزيل المشروع على الواقع، وسر الفرق أن البنت تحتاج من الحفظ والصيانة فوق ما يحتاج إليه الصبي، ولهذا شرع في حق الإناث من الستر والخف ما لم يُشرع مثله للذكور في اللباس وإرخاء الذيل شبراً 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 تُسافر وحدها، هذا كله مع كبرها ومعرفتها، فكيف إذا كانت في سن الصغر. وضعف العقل الذي يقبل فيه الانخداع؟ ولا ريب أن ترددها 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 تخيير، كما قاله الجمهور: مالك، وأبو حنيفة، وأحمد، وإسحاق، فتخييرها ليس منصوصاً 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: عَيَّنُوا الأم، وهو الصحيح دليلاً، وأحمد رحمه الله في المشهور عنه، واختيار عامة أصحابه عَيَّنُوا الأب.

الفقهاء في تعيين
أبوين لمقام البنت
عنده

قال مَنْ رَجَّح الأم: قد جرت العادة بأن الأب يتصرف في المعاش،

والخروج، ولقاء الناس، والأم في خدرها مقصورة في بيتها، فالبنت عندها أصون وأحفظ بلا شك، وعينها عليها دائماً بخلاف الأب، فإنه في غالب الأوقات غائب عن البنت، أو في 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 في البيت وحدها لم يأمن عليها، وإن ترك عندها امرأته أو غيرها، فالأم أشفق عليها وأصون لها من الأجنبية.

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

قال من رجع الأب: الرجال أغير على البنات من النساء، فلا تستوي غير الرجل على ابنته، وغير الأم أبدأ، وكم من أم تُساعد ابنتها على ما تهواه، ويحملها على ذلك ضعف عقلها، وسرعة انخداعها، وضعف داعي الغيرة في 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 حداً تشتهى فيه، وتصلح للرجال، فمن محاسن الشريعة أن تكون عند من هو أغير عليها، وأحرص على مصلحتها، وأصون لها من الأم.

قالوا: ونحن نرى في 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 في طبيعة النساء من الانحلال والانخداع ضد ذلك، قالوا: فهذا هو

الغالبُ على النوعين، ولا عبرة بما خرج عن الغالب، على أنا إذا قدمنا أحد الأبوين فلا بد أن نُرَاعِي صيانتَه وحفظَه للطفل، ولهذا قال مالك والليث: إذا لم تكن الأم في موضع حرزٍ وتحصين، أو كانت غير مرضية، فللاب أخذُ البنت منها، وكذلك الإمامُ أحمد رحمه الله في الرواية المشهورة عنه، فإنه يعتبر قدرته على الحفظ والصيانة. فإن كان مهملاً لذلك، أو عاجزاً عنه، أو غير مرضي، أو ذا دِيَاثَةٍ والأم بخلافه، فهي أحقُّ بالبنتِ بلا ريب، فمن قدمناه بتخيير أو قرعة أو بنفسه، فإنما نُقَدِّمُه إذا حصلت به مصلحة الولد، ولو كانت الأم أصون من الأب وأغیر منه قدمت عليه، ولا التفات إلى قرعة ولا اختيار الصبي في هذه الحالة، فإنه ضعيفُ العقل يؤثرُ البطالة واللعب، فإذا اختار من يُسَاعِدُهُ على ذلك، لم يلتفت إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له وأخير، ولا تحتملُ الشريعة غير هذا، والنبي ﷺ قد قال: «مُرُوهُمْ بِالصَّلَاةِ لَسَبْعٍ وَاضْرِبُوهُمْ عَلَى تَرْكِهَا لِعَشْرِ وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ»^(١). والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ﴾ [التحریم: ٦]. وقال الحسن: علّموهم وأدبوهم وفقهوهم، فإذا كانت الأم تتركه في المكتب، وتعلمه القرآن والصبي يؤثر اللعب ومعاشرَة أقرانه، وأبوه يُمكنه من ذلك، فإنه أحق به بلا تخيير، ولا قرعة، وكذلك العكس، ومتى أحل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي وعطله، والآخر مُراعٍ له، فهو أحق وأولى به.

وسمعت شيخنا رحمه الله يقول: تنازع أبوان صبيّاً عند بعض الحكام، فخيرَهُ بينهما، فاختر أباه، فقالت له أمه: سلّه لأي شيء يختار أباه، فسأله، فقال: أمي تبعثني كل يوم للكتاب، والفقيه يضربني، وأبي يتركني للعب مع الصبيان، فقضى به للأم. قال: أنت أحق به.

قال شيخنا: وإذا ترك أحد الأبوين تعليم الصبي، وأمره الذي أوجبه الله

(١) حديث حسن أخرجه أحمد وأبو داود وقد تقدم تخريجه.

عليه، فهو عاصٍ، ولا ولاية له عليه، بل كُلُّ من لم يَقم بالواجب في ولايته، فلا ولاية له، بل إما أن تُرفع يده عن الولاية ويُقام من يفعل الواجب، وإما أن يُضم إليه مَنْ يقوم معه بالواجب، إذ المقصود طاعةُ الله ورسوله بحسب الإمكان. قال شيخنا: وليس هذا الحقُّ من جنس الميراث الذي يحصل بالرحم، والنكاح، والولاء، سواء كان الوارث فاسقاً أو صالحاً، بل هذا من جنس الولاية التي لا بُدَّ فيها من القدرة على الواجب والعلم به، وفعله بحسب الإمكان. قال: فلو قدر أن الأب تزوج امرأة لا تراعي مصلحة ابنته، ولا تقوم بها وأمها أقوم بمصلحتها من تلك الضررة، فالحضانة هنا للأُم قطعاً، قال: ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقاً، ولا تخيير الولد بين الأبوين مطلقاً، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقاً، بل لا يقدم ذو العُدوان والتفريط على البرِّ العادل المحسن، والله أعلم.

مذهب من قال بطلان
التخيير

قالت الحنفية والمالكية: الكلامُ معكم في مقامين، أحدهما: بيان الدليل الدال على بطلان التخيير، والثاني: بيان عدم الدلالة في الأحاديث التي استدللتم بها على التخيير، فأما الأول: فيدلُّ عليه قوله ﷺ: «أنت أحقُّ به»، ولم يُخيره. وأما المقام الثاني: فما رويتم من أحاديث التخيير مطلقة لا تقييد فيها، وأنتم لا تقولون بها على إطلاقها، بل قيدتم التخيير بالسبع، فما فوقها، وليس في شيء من الأحاديث ما يدلُّ على ذلك، ونحن نقول: إذا صار للغلام اختيار معتبر، خيَّر 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 يُعتبر قوله ويدل عليه قولها: «وقد سقاني من بئر أبي عنبه»، وهي على أميال من المدينة، وغير البالغ لا يتأتى منه عادة أن يحمل الماء من هذه المسافة ويستقي من البئر، سلمنا أنه ليس في الحديث ما يدل على البلوغ، فليس فيه ما ينفيه، والواقعة واقعة عين، وليس عن الشارع نص عام في تخيير من هو دون البلوغ حتى يجب

المصيرُ إليه، سلمنا أنه فيه ما ينفي البلوغ، فمن أين فيه ما يقتضي التقييدَ بسبع كما قلتم؟

رد المُنْتَهِينَ للتَّخْيِيرِ
على مِثْلِيهِ

قالت الشافعية والحنابلة ومن قال بالتخير: لا يتأتى لكم الاحتجاج بقوله ﷺ: «أنت أحقُّ به ما لم تنكح»، بوجه من الوجوه، فإن منكم من يقول: إذا استغنى بنفسه، وأكل بنفسه، وشرب بنفسه، فالأبُّ أحقُّ به بغير تخيير، ومنكم من يقول: إذا انغَرَ، فالأبُّ أحقُّ به.

فنقول: النبي ﷺ قد حكم لها به ما لم تنكح، ولم يفرق بين أن تنكح قبل بلوغ الصبيِّ السنِّ الذي يكون عنده أو بعده، وحينئذ فالجواب يكون مشتركاً بيننا وبينكم، ونحن فيه على سواء، فما أجبتم به، أجاب به منازعوكم سواء، فإن أضمرتم أضمرُوا، وإن قيدتم قيدوا، وإن خصصتم خصصُوا. وإذا تبين هذا، فنقول: الحديث اقتضى أمرين.

أحدهما: أنها لا حقَّ لها في الولد بعد النكاح.

والثاني: أنها أحقُّ به ما لم تنكح، وكونها أحقُّ به له حالتان، إحداهما: أن يكون الولد صغيراً لم يميز، فهي أحقُّ به مطلقاً من غير تخيير. الثاني: أن يبلغ سنَّ التمييز، فهي أحقُّ به أيضاً، ولكن هذه الأولوية مشروطة بشرط، والحكم إذا عُلّقَ بشرطٍ صدق إطلاقه اعتماداً على تقدير الشرط، وحينئذ فهي أحقُّ به بشرط اختياره لها، وغايةُ هذا أنه تقييد للمطلق بالأدلة الدالة على تخيره. ولو حمل على إطلاقه، وليس بممكن ألَبَتَه، لاستلزم ذلك إبطالَ أحاديث التخير، وأيضاً فإذا كنتم قيدتموه بأنها أحقُّ به إذا كانت مقيمة وكانت حرة ورشيدة وغير ذلك من القيود التي لا ذكر لشيء منها في الأحاديث ألَبَتَه، فتقييده بالاختيار الذي دلت عليه السنة، واتفق عليه الصحابة أولى.

وأما حملكم أحاديث التخير على ما بعد البلوغ، فلا يصح لخمسَةِ أوجه.

الرد على من قال: إن
التخير يحصل بعد
البلوغ

أحدها: أن لفظ الحديث أنه خيرٌ غلاماً بين أبويه، وحقيقةُ الغلام من لم

يبلغ، فحمله 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 شرعاً 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 ألبتة، 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 صغيراً 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.

وأما قولكم: إن بثر أبي عتبة على أميال من المدينة، فجوابه مطالبكم أولاً: بصحة هذا الحديث ومن ذكره، وثانياً: بأن مسكن هذه المرأة كان بعيداً من هذه البثر، وثالثاً، بأن من له نحو العشر سنين لا يمكنه أن يستقي من البثر المذكور عادة، وكل هذا مما لا سبيل إليه، فإن العرب وأهل البوادي يستقي أولادهم الصغار من آبار هي أبعد من ذلك.

وأما تقييدنا له بالسبع، فلا ريب أن الحديث لا يقتضي 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:

عقلتُ عن النبي ﷺ مجة مجَّها في فيّ وأنا ابن خمس سنين^(١). والقول الثاني: أنه إنما يُخيَّر لسبع، وهو قول الشافعي، وأحمد وإسحاق رحمهم الله، واحتج لهذا القول بأن التخيير يستدعي التمييز والفهم، ولا ضابط له في الأطفال، فضبط بمَظَنَّتِهِ وهي السبع، فإنها أول سن التمييز، ولهذا جعلها النبي ﷺ حداً للوقت الذي يؤمر فيه الصبي بالصلاة.

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

فصل

وأما قصة بنت حمزة، واختصام علي، وزيد، وجعفر رضي الله عنهم فيها، وحكم رسول الله ﷺ بها لجعفر، فإن هذه الحكومة كانت عَقِبَ فراغهم من عُمرَةِ القضاء، فإنهم لما خرجوا من مكة تبعتهم ابنة حمزة تنادي يا عم يا عم، فأخذ علي بيدها، ثم تنازع فيها هو وجعفر وزيد، وذكر كل واحد من الثلاثة ترجيحاً، فذكر زيد أنها ابنة أخيه للمؤاخاة التي عقدها رسول الله ﷺ بينه وبين حمزة، وذكر علي كونها ابنة عمّه، وذكر جعفر مرجّحين: القرابة، وكون خالتها عنده، فتكون عند خالتها، فاعتبر النبي ﷺ مرجّح جعفر دون مرجّح الآخرين، فحكم له، وجبر كل واحد منهم وطيب قلبه بما هو أحب إليه من أخذ البنت.

فأما مرجح المؤاخاة، فليس بمقتض للحضانة، ولكن زيداً كان وصي حمزة، وكان الإخاء حينئذ يثبت به التوارث، فظن زيد أنه أحقُّ بها لذلك.

وأما مرجّح القرابة هاهنا وهي بنوة العم، فهل يُستحق بها الحضانة؟ على قولين. أحدهما: يُستحق بها وهو منصوص الشافعي، وقول مالك، وأحمد، وغيرهم، لأنه عصبه، وله ولاية بالقرابة، فقدم على الأجانب، كما يُقدَّم عليهم

الاختلاف في قصة بنت حمزة

هل تستحق ببنوة العم الحضانة

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» ١/١٥٧، ١٥٨، وكان في الأصل «محمود بن لبيد» وهو خطأ.

في الميراث، وولاية النكاح، وولاية الموت، ورسولُ الله ﷺ لم يُنكر على جعفر وعلي ادعاءهما حضانتها، ولو لم يكن لهما ذلك، لأنكر عليهما الدعوى الباطلة، فإنها دعوى ما ليس لهما، وهو لا يُقرُّ على باطل.

والقول الثاني: أنه لا حضانة لأحدٍ من الرجال سوى الآباء والأجداد، هذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافعي، وهو مخالف لنصه، وللدليل. فعلى قول الجمهور - وهو الصواب - إذا كان الطفل أنثى، وكان ابنُ العم محرماً لها برضاع أو نحوه، كان له حضانتها وإن جاوزت السبع، وإن لم يكن محرماً، فله حضانتها صغيرة حتى تبلغ سبعاً، فلا يبقى له حضانتها، بل تُسلَّم إلى محرماً، أو امرأة ثقة. وقال أبو البركات في «محرره»: لا حضانة له ما لم يكن محرماً برضاع أو نحوه.

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

قيل: هذا مما اختلف فيه على قولين، منشؤهما اختلافُ ألفاظ الحديث في ذلك، ففي «صحيح البخاري»، من حديث البراء: فقضى بها النبي ﷺ لخالتها^(١).

وعن أبي داود: من حديث رافع بن عجير، عن أبيه، عن علي في هذه القصة. «وأما الجارية، فأقضى بها لجعفر، تكونُ مع خالتها، وإنما الخالة أم» ثم ساقه من طريق عبد الرحمن بن أبي ليلى وقال: قضى بها لجعفر، لأن خالتها عنده، ثم ساقه من طريق إسرائيل عن أبي إسحاق عن هانيء بن هانيء، وهبيرة بن يريم، وقال: «فقضى بها النبي ﷺ لخالتها، وقال: «الخالة بمنزلة الأم»^(٢).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٢٧٨) و(٢٢٧٩) و(٢٢٨٠) في الطلاق: باب من أحق بالولد.

واستشكل كثير من الفقهاء هذا وهذا، فإن القضاء إن كان لجعفر، فليس محرماً لها، وهو وعلي في القرابة منها سواء، وإن كان للخالة، فهي مزوجة، والحاضنة إذا تزوجت، سقطت حضانتها، ولما ضاق هذا على ابن حزم، طعن في القصة بجميع طرقها، وقال: أما حديث البخاري، فمن رواية إسرائيل، وهو ضعيف، وأما حديث هانئ وهبيرة، فمجهولان، وأما حديث ابن أبي ليلي، فمرسل، وأبو فروة الراوي عنه هو مسلم بن سالم الجهني ليس بالمعروف، وأما حديث نافع ابن 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 محرّم من بنت حمزة. قال: ونحن لا ننكر قضاءه بها لجعفر من أجل خالتها، لأن ذلك أحفظ لها.

قلت: وهذا من تهوُّره رحمه الله، وإقدامه على تضعيف ما اتفقت الناس على صحته، فخالفهم وحده، فإن هذه القصة شهرتها في الصحاح، والسنن، والمسانيد، والسير، والتواريخ تغني عن إسنادها، فكيف وقد اتفق عليها صاحب الصحيح، ولم يحفظ عن أحد قبله الطعن فيها ألبتة، وقوله: إسرائيل ضعيف، فالذي غره في ذلك تضعيف علي بن المديني له، ولكن أبي ذلك سائر أهل الحديث، واحتجوا به، ووثقوه وثبتوه. قال أحمد: ثقة وتعجب من حفظه، وقال أبو حاتم. وهو من اتقن أصحاب أبي إسحاق ولا سيما وقد روى هذا الحديث عن أبي إسحاق، وكان يحفظ حديثه كما يحفظ السورة من القرآن. وروى له الجماعة كلهم محتجين به.

وأما قوله: إن هانئاً 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 أبي ليلى، وأبو فروة الراوي عنه مسلم بن مسلم الجهني ليس بالمعروف، فالتعليان باطلان، فإن عبد الرحمن بن أبي ليلى روى عن علي غير حديث، وعن عمر، ومعاذ رضي الله عنهما. والذي غرأ محمد أن أبا داود قال: حدثنا محمد بن عيسى، حدثنا سفيان عن أبي فروة، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى بهذا الخبر، وظن أبو محمد، أن عبد الرحمن لم يذكر علياً في الرواية، فرماه بالإرسال، وذلك من وهمه، فإن ابن أبي ليلى روى القصة عن علي، فاختصرها أبو داود، وذكر مكان الاحتجاج، وأحال على العلم المشهور برواية عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي، وهذه القصة قد رواها علي، وسمعا منه أصحابه: هانىء بن هانىء، وهُبيرة بن يريم، وعجير بن عبد يزيد، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، فذكر أبو داود حديث الثلاثة الأولين لسياقهم لها بتمامها، وأشار إلى حديث ابن أبي ليلى، لأنه لم يتمه، وذكر السند منه إليه، فبطل الإرسال، ثم رأيت أبا بكر الإسماعيلي قد روى هذا الحديث في مسند علي مصرحاً فيه بالاتصال، فقال: أخبرنا الهيثم بن خلف، حدثنا عثمان بن سعيد المقرئ، حدثنا يوسف بن عدي، حدثنا سفيان، عن أبي فروة، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي، أنه اختصم هو وجعفر وزيد، وذكر الحديث.

وأما قوله: إن أبا فروة ليس بالمعروف، فقد عرفه سفيان بن عيينة وغيره، وخرج له في «الصحيحين».

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

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 الأجانب بلا ريب.

علة عدم أخذ بنت حمزة

فإن قيل: فالنبي ﷺ كان ابن عمها، وكان محرماً لها، لأن حمزة كان أخاه من الرضاعة، فهل 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، فخالطها أمس بها رحماً وأقرب.

وأيضاً فإن المرأة من نسائه لم تكن تجيئها 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 لوجوه.

ترجيح المصنف، أن الحكم كان للخالة وبه راجح لا إشكال

أحدها: أن نكاح الحاضنة لا يُسقط حضانة البنت كما هو إحدى الروايتين عن أحمد وأحد قولي العلماء، وحجة هذا القول الحديث، وقد تقدم سرُّ الفرق بين الذكر والأنثى.

الثاني: أن نكاحها قريباً من الطفل لا يُسقط حضانتها، وجعفر ابن عمها.

الثالث: أن الزوج إذا رضي 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 يتنصص عليه الاستمتاع المطلوب من المرأة لحضانتها لولد غيره، ويتنكّد عليه عيشه مع المرأة، لا

يؤمن أن يَحْصُلَ بينهما خلاف المودة والرحمة، ولهذا كان للزوج أن يمنعها من هذا مع اشتغالها هي بحقوق الزوج، فتضيع مصلحة الطفل، فإذا أثر الزوج ذلك وطلبه، وحرّص عليه، زالت المفسدة التي لأجلها سقطت الحضانة، والمقتضي قائم، فيترتب عليه أثره، يوضحه أن سقوط الحضانة بالنكاح ليست حقاً لله، وإنما هي حق للزوج وللطفل وأقاربه، فإذا رضي 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.

الاختلاف في إسقاط
الحضانة بالتزويج

فهذه ثلاثة مدارك في الحديث للفقهاء. أحدها: أن نكاح الحاضنة لا يُسْقَطُ حضانتها، كما قاله الحسن البصري، وقضى به يحيى بن حمزة، وهو مذهب أبي محمد ابن حزم.

والثاني: أن نكاحها لا يُسْقَطُ حضانة البنت، ويسقط حضانة الابن، كما قاله أحمد في إحدى روايته.

والثالث: أن نكاحها لقريب الطفل لا يُسْقَطُ حضانتها، ونكاحها للأجنبي يسقطها، كما هو المشهور من مذهب أحمد.

مذهب الطبري في
الحضانة وسقوطها
بالتزويج

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

ونحن نذكر كلامه، وما له وعليه فيه، قال في «تهذيب الآثار» بعد ذكر حديث ابنة حمزة: فيه الدلالة الواضحة على أن قيّم الصبية الصغيرة، والطفل الصغير من قرابتهما من قبل أمهاتهما من النساء أحقّ بحضانتهم من عصاباتهما من قبل الأب، وإن كنّ ذوات أزواج غير الأب الذي هما منه، وذلك أن

رسول الله ﷺ قضى بابتة حمزة لخالتها في الحضانة، وقد تنازع فيها ابنا عمها علي وجعفر ومولاها وأخو أبيها الذي كان رسول الله ﷺ أخى بيته وبيته، وخالتها يومئذ لها زوج غير أبيها وذلك بعد مقتل حمزة، وكان معلوماً بذلك صحة قول من قال: لا حق لعصبة الصغير والصغيرة من قبل الأب في حضانتها ما لم تبلغ حد الاختيار، بل قرابتهما من النساء من قبل أمهما أحق، وإن كن ذوات أزواج.

فإن قال قائل: فإن كان الأمر في 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 عصبتهم، فهلاً 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 الحجة بالنقل المستفيض روايته عن النبي ﷺ أن الأم أحق بحضانة الأطفال إذا كانت بابت من والدهم ما لم تنكح زوجاً غيره، ولم يخالف في ذلك من يجوز الاعتراض به على الحجة فيما نعلمه. وقد روي في ذلك خبر، وإن كان في إسناده نظر، فإن النقل الذي وصفت أمره دال على صحته، وإن كان واهياً السند. ثم ساق حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أنت أحق به ما لم تنكح» من طريق المثنى بن الصباح عنه.

ثم قال: وأما إذا نازعها فيه عصبة أبيه، فصحة الخبر عن النبي ﷺ الذي ذكرناه أنه جعل الخالة ذات الزوج غير أبي الصبية أحق بها من بني عمها وهم عصبتها، فكانت الأم أحق بأن تكون أولى منهم وإن كان لها زوج غير أبيها، لأن النبي ﷺ إنما جعل الخالة أولى منهم لقرابتها من الأم، وإذا كان ذلك كالذي وصفنا، تبين أن القول الذي قلناه في المسألتين أصل إحداهما من جهة النقل المستفيض، والأخرى من جهة نقل الآحاد العدول، فإذا كان

كذلك، فغيرُ جائزَ ردُّ حكمٍ إحداهما إلى حكم الأخرى، إذ القياسُ إنما يجوز استعمالُهُ فيما لا نص فيه من الأحكام، فأما ما فيه نص من كتاب الله، أو خبر عن رسول الله ﷺ، فلا حظَّ فيه للقياس.

فإن قال قائل: زعمتَ أنك إنما أبطلت حق الأم من الحضانة إذا نكحت زوجاً غير أبي الطفل، وجعلت الأب أولى بحضانتها منها بالنقل المستفيض، فكيف يكونُ ذلك كما قلت؟ وقد علمتَ أن الحسن البصري كان يقول: المرأةُ أحقُّ بولدها، وإن تزوجت، وقضى بذلك يحيى بن حمزة.

قيل: إن النقل المستفيض الذي تلزمُ به الحجَّةُ في الدين عندنا ليس صفته ألا يكونَ له مخالف، ولكن صفته أن ينقلَه قولاً وعملاً من علماء الأمة مَنْ يَنْتَفِي عنه أسبابُ الكذب والخطأ، وقد نَقَلَ مَنْ صَفَّته ذلك من علماء الأمة، أن المرأة إذا نكحت بعد بينونتها من زوجها زوجاً غيره، أن الأب أولى بحضانة ابنتها منها، فكان ذلك حجة لازمة غيرَ جائز الاعتراضُ عليها بالرأي، وهو قول من يجوز عليه الغلط في قوله، انتهى كلامه.

ذكر ما في هذا الكلام من مقبول ومردود

التعقيب على كلام
الطبري

فأما قوله: إن فيه الدلالة على أن قرابة الطفل من قبل أمهاته من النساء أحقُّ بحضانتِه من عصباته من قبل الأب وإن كن ذواتِ أزواج، فلا دلالة فيه على ذلك البتة، بل أحدُ ألفاظِ الحديثِ صريحٌ في خلافه، وهو قوله ﷺ: «وأما الابنة فإني أقضي بها لجعفر، وأما اللفظ الآخر، «فقضى بها لخالتها، وقال: هي أم» وهو اللفظ الذي احتج به أبو جعفر، فلا دليل على أن قرابة الأم مطلقاً أحقُّ من قرابة الأب، بل إقرارُ النبي ﷺ علماً وجعفرأ على دعوى الحضانة يدل على أن لقرابة الأب مدخلاً فيها، وإنما قدَّم الخالة لكونها أنثى من أهل الحضانة، فتقديمها على قرابة الأب كتقديم الأم على الأب، والحديث ليس فيه لفظ عام يدل على ما ادَّعاه، لا من أن من كان من قرابة الأم أحقُّ بالحضانة من العصبية من قبل الأب،

حتى تكون بنتُ الأختِ للأمِ أحقُّ من العمِّ، وبنتُ الخالةِ أحقُّ من العمِّ، والعمةُ، فأين في الحديثِ دلالةٌ على هذا فضلاً عن أن تكونَ واضحةً.

قوله: وكان معلوماً بذلك صحة قول من قال: لا حق لعصبة الصغير والصغيرة من قبل الأب في حضانتها ما لم يبلغ حد الاختيار، يعني: فيخير بين قرابة أبيه وأمه، فيقال: ليس ذلك معلوماً من الحديث، ولا مظنوناً، وإنما دل الحديث على أن ابن العم المزوج بالخالة أولى من ابن العم الذي ليس تحته خالة الطفل، ويبقى تحقيق المناط: هل كانت جهة التعصيب مقتضيةً للحضانة فاستوت في شخصين؟ فرجح أحدهما بكون خالة الطفل عنده وهي من أهل الحضانة، كما فهمه طائفة من أهل الحديث، أو أن قرابة الأم وهي الخالة أولى بحضانة الطفل من عصبة الأب، ولم تسقط حضانتها بالتزويج إما لكون الزوج لا يسقط الحضانة مطلقاً، كقول الحسن ومن وافقه، وإما لكون المحضونة بنتاً كما قاله أحمد في 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 الذي اختاره أبو جعفر ضعيف جداً، فإن المعنى الذي أسقط حضانة الأم بتزويجها هو بعينه موجود في سائر نساء الحضانة، والخالة غايتها أن تقوم مقام الأم، وتُشبه بها، فلا تكون أقوى منها، وكذلك سائر قرابة الأم، والنبي ﷺ لم يحكم حكماً عاماً أن سائر أقارب الأم من كن لا تسقط حضانتهم بالتزويج، وإنما حكم حكماً معيناً لخالة ابنة حمزة بالحضانة مع كونها مزوجةً بقريب من الطفل، والطفل ابنة.

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

وأما حكمه على حديث عمرو بن شعيب بأنه وإه، فمبني 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 في «سننه».

فصل

المسلك الخامس في نصرة
بنت حمزة

وفي الحديث مسلك خامس، وهو أن النبي ﷺ قضى بها لخالتها وإن كانت ذات زوج، لأن البنت تحرّم على الزوج تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، وقد نبه النبي ﷺ على هذا بعينه في حديث داود بن الحصين، عن عكرمة، عن ابن عباس، فذكر الحديث بطوله، وقال فيه: «وَأَنْتَ يَا جَعْفَرُ أَوْلَى بِهَا: تَحْتَكَ خَالَتُهَا، وَلَا تُنْكِحُ الْمَرْأَةَ عَلَى عَمَّتِهَا، وَلَا عَلَى خَالَتِهَا»، وليس عن النبي ﷺ نص يقتضي أن يكون الحاضن ذا رحم تحرم عليه البنت على التأييد حتى يُعترض به على هذا المسلك، بل هذا مما لا تأباه قواعد الفقه وأصول الشريعة، فإن الخالة ما دامت في عصمة الحاضن، فبنت أختها محرمة عليه، فإذا فارقها، فهي مع خالتها، فلا محذور في ذلك أصلاً، 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.

ذكر حكمه ﷺ في النفقة على الزوجات

وأنه لم يُقدّر لها، ولا ورد عنه ما يدل على تقديرها، وإنما ردّ الأزواج فيها إلى العرف.

ثبت عنه في «صحيح مسلم»: «أنه قال في خطبة حجة الوداع بمحضر الجمع العظيم قبل وفاته ببضعة وثمانين يوماً: «وَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ. وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ