فصل

ذكر حكمه ﷺ فى الولد من أحَقُّ به فى الحضانة

روى أبو داود فى سننه، من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو [بن العاص][(١)] أن امرأة قالت : يا رسول الله، إن ابنى هذا كان بطنى له وِعَاء، وثديى له سِقَاء، وحَجْرى له حِوَاء، وإن أباه طلقنى، فأراد أن ينتزعه مِنِّى، فقال لها رسول الله ﷺ : «أنتِ أحَقُّ به ما لم تَنْكِحى»[(٢)] .

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 : بنت[(٣)] عمى، وخالتها عندى، وقال زيد : بنت[(٤)] أخى، فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها، وقال : «الخالة بمنزلة الأم»[(٥)] .

وروى أهل السنن : من حديث أبى هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ خَيَّرَ غلاما بين أبيه وأمه . قال الترمذى : حديث صحيح[(٦)] .

وروى أهل السنن أيضا [عنه][(٧)] : أن امرأة جاءت فقالت : يا رسول الله، إن زوجى يريد أن يذهب بابنى، وقد سقانى من بئر أبى عِنَبة، وقد نفعنى،

---

(١) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .
(٢) أبو داود فى الطلاق (٢٢٧٦)، وصححه الألبانى .
(٣، ٤) فى م: «ابنة»، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .
(٥) البخارى فى الصلح (٢٦٩٩)، والحديث لم يعزه صاحب التحفة (٢/ ٣٨) لمسلم .
(٦) الترمذى فى الأحكام (١٣٥٧)، وقال : «حسن صحيح»، وابن ماجه فى الأحكام (٢٣٥١)، والبيهقى فى الكبرى فى النفقات (٨/ ٣)، وصححه الألبانى .
(٧) ليست فى ق ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

فقال رسول الله ﷺ :«اسْتَهِما عليه» فقال زوجها : من يُحاقُّنى فى ولدى؟ فقال رسول الله ﷺ: «هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئتَ» فأخذ بيد أمه، فانطلقت به، قال الترمذى : حديث حسن صحيح[١].

وفى سنن النسائى : عن عبد الحميد بن سلمة[٢] الأنصارى، عن أبيه، عن جده، أن جده أسلم، وأبت امرأته أن تُسْلِم، فجاء بابن له صغير لم يبلغ، قال : فأجلس النبى ﷺ الأب هاهنا، والأم هاهنا ثم خيره، وقال : «اللهم اهده» فذهب إلى أبيه[٣].

ورواه أبو داود عنه، وقال : أخبرنى جَدِّى رافع[٤] بن سنان أنه أسلم، وأبت امرأته أن تُسْلِم، فأتت النبى ﷺ فقالت : ابنتى، وهى فَطِيم، أو شبهه[٥]، وقال رافع : ابنتى، فقال له رسول الله ﷺ: «اقْعُدْ ناحية» وقال لها : «اقْعُدِى ناحية» فأقعد الصبية بينهما، ثم قال : «ادعواها، فمالت إلى أمها» فقال النبى ﷺ: «اللهم اهدها»، فمالت إلى أبيها فأخذها[٦].

الكلام على هذه الأحكام :

أما الحديث الأول، فهو حديث احتاج الناس فيه إلى عمرو بن شعيب، ولم يجدوا بُدًّا من الاحتجاج هنا به، ومدار الحديث عليه، وليس عن النبى ﷺ حديث فى سقوط الحضانة بالتزويج غير هذا، وقد ذهب إليه الأئمة الأربعة

---

(١) أبو داود فى الطلاق (٢٢٧٧)، والنسائى فى الطلاق (٣٤٩٦)، والدارمى فى الطلاق (١٧٠١٢)، البيهقى فى الكبرى فى النفقات (٨/ ٣)، وصححه الألبانى .

(٢) فى خ، م، هـ: «جعفر» ، وما أثبتناه من ق ، ك.

(٣) النسائى فى الطلاق (٣٤٩٥)، وصححه الألبانى .

(٤) فى ك : «أخبرنى بهذا رافع» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

(٥) فى ق : «وهى فطم أو شبيهه» ، وفى م: «وهى فطيم أو شبيهه» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .

(٦) أبو داود فى الطلاق (٢٢٤٤)، وصححه الألبانى .

وغيرهم، وقد صرح بأن الجد هو عبد الله بن عمرو، فبطل قول من يقول : لعله محمد والد شعيب، فيكون الحديث مرسلا .

وقد صَحَّ سماع شعيب من[(١)] جده عبد الله بن عمرو، فبطل قول من قال : إنه منقطع، وقد احتج به البخارى [فى][(٢)] 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[(٣)] عندنا كأيوب، عن نافع، عن ابن عمر، وحكى الحاكم فى «علوم الحديث» له الاتفاق على صحة حديثه، وقال أحمد بن صالح: لا يختلف على عبدالله[(٤)] أنها صحيفته[(٥)] .

وقولها : «كان بطنى له وعاء» إلى آخره، إدلاء منها، وتوسل[(٦)] إلى اختصاصها به، كما اختص بها فى هذه المواطن الثلاثة، والأب لم يشاركها فى ذلك، فنبهت فى هذا الاختصاص الذى لم يشاركها فيه الأب على الاختصاص الذى طلبته بالاستفتاء، والمخاصمة .

وفى هذا دليل على : اعتبار المعانى والعلل، وتأثيرها فى الأحكام، وإناطتها[(٧)] بها، وأن ذلك أمر مستقر فى الفِطَر السليمة حتى فطر النساء، وهذا

---

(١) فى هـ : «عن» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٢) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك.
(٣) فى خ : «يحيى» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى ك : «يحلف أن عبد الله» ، وفى هـ: «يختلف آل عبد الله»، وما أثبتناه من خ ، ق ، م.
(٥) فى خ، ك، هـ: «صحيفة» ، وما أثبتناه من ق ، م.
(٦) فى ك: «توصل» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٧) فى ق: «إماطتها»، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

الوصف الذى أدلت [به][(١)] المرأة، وجعلته[(٢)] سببا لتعليق الحكم به، قد قرره[(٣)] النبى ﷺ ورتب عليه أثره، ولو كان باطلا ألغاه[(٤)]، بل ترتيبه الحكم عقيبه دليل على تأثيره فيه، وأنه سببه .

واستدل بالحديث على : القضاء على الغائب، فإن الأب لم يُذكر له حضورٌ، ولا مخاصمةٌ ولا دلالة فيه؛ لأنها واقعة عين، فإن كان الأب حاضرا، فظاهر، وإن كان غائبا، فالمرأة إنما جاءت مستفتية، فأفتاها رسول الله ﷺ بمقتضى مسألتها، وإلا فلا يقبل قولها على الزوج : إنه طلقها حتى يحكم لها بالولد بمجرد قولها .

فصل

ودل[(٥)] الحديث على : أنه إذا افترق[(٦)] الأبوان، وبينهما ولد، فالأم أحق به من الأب، ما لم يقع بالأم ما يمنع[(٧)] تقديمها، أو بالولد وصف يقتضى تخييره، وهذا ما لا يعرف فيه نزاع .

وقد قضى به خليفة رسول الله ﷺ [أبو بكر][(٨)] على عمر [بن الخطاب][(٩)]، ولم ينكره عليه منكر، فلما ولى عمر قضى بمثله .

---

(١) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك.
(٢) فى هـ : «جعلت»، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٣) فى م : «أقره»، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .
(٤) فى م : «لألغاه»، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .
(٥) فى ق: «دلت» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٦) فى ق : «فرق» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٧) فى خ : «مانع يمنع» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٨) ليست فى خ ، ق ، ك ، هـ ، وما أثبتناه من م.
(٩) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .

فروى مالك فى الموطأ : عن يحيى بن سعيد أنه قال : سمعت القاسم بن محمد يقول : كانت عند عمر بن الخطاب ﷺ 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 الصديق ﷺ : خَلِّ بينها[١] وبينه، فما راجعه عمر الكلام[٢].

قال ابن عبد البر : وهذا خبر مشهور من وجوه منقطعة، ومتصلة، تلقاه أهل العلم بالقبول والعمل، وزوجة عمر أم ابنه عاصم : هى جميلة ابنة[٣] عاصم بن ثابت بن أبى الأقلح الأنصارى .

قال : وفيه دليل على أن عمر كان مذهبه فى ذلك خلاف مذهب أبى بكر، ولكنه سلم للقضاء ممن[٤] له الحكم والإمضاء، ثم كان بعد فى خلافته يقضى به ويفتى، ولم يخالف أبا بكر فى شىء منه ما دام الصبى صغيرا لا يميز، ولا مخالف لهما من الصحابة .

وذكر عبد الرزاق، عن ابن جريج، أنه أخبره، عن عطاء الخراسانى، عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : طلق عمر بن الخطاب ﷺ امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم، فلقيها تحمله بمُحَسِّر، وقد فُطِم ومشى، فأخذ بيده لينتزعه منها، ونازعها إياه حتى أوجع الغلام، وبكى، وقال : أنا أحق بابنى منكِ، فاختصما

---

(١) فى ك:« بينهما» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

(٢) مالك فى الموطأ فى الوصية (٢/ ٧٦٧ ـ ٧٦٨) (٦) والقاسم بن محمد لم يدرك عمر، وبقية إسناده ثقات .

(٣) فى ك : «بنت» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

(٤) فى م : «القضاء لمن»، وفى خ، هـ : «القضاء ممن»، وما أثبتناه من ق ، ك.

إلى أبى بكر، فقضى لها به، وقال : ريحها، وفراشها، وحجرها خير له منك حتى يَشِبَّ، ويختار لنفسه . ومُحَسِّر : سوق بين قباء والمدينة[١] .

وذكر عن الثورى، عن عاصم، عن عكرمة قال : خاصمت امرأةُ عمرَ عمرَ إلى أبى بكر ﷺ وكان طلقها، فقال أبو بكر ﷺ : الأم أعطف، وألطف، وأرحم، وأحنى، وأرأف، هى أحَقُّ بولدها ما لم تتزوج[٢] .

وذكر عن مَعْمَر قال : سمعت الزهرى يحدث: إن أبا بكر قضى على عمر فى ابنه مع أمه، وقال : أمه[٣] أحق به ما لم تتزوج[٤] .

فإن قيل : فقد اختلفت الرواية[٥] : هل كانت المنازعة وقعت بينه، وبين الأم أولا، ثم بينه وبين الجدة، أو وقعت مرة واحدة بينه وبين إحداهما[٦] .

قيل : الأمر فى ذلك قريب؛ لأنها إن كانت من الأم فواضح[٧]، وإن كانت الجدة، فقضاء الصديق ﷺ لها يدل على أن الأم[٨] أولى .

فصل

والولاية على الطفل نوعان :نوع يُقَدَّم فيه الأب على الأم، ومن فى جهتها، وهى ولاية المال والنكاح.

---

(١) عبد الرزاق فى المصنف فى أبواب اللعان (١٢٦٠١) .
(٢) التخريج السابق (١٢٦٠٢) .
(٣) فى خ : «إنها» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٤) التخريج السابق (١٢٥٩٨) .
(٥) فى خ : «الروايات»، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٦) فى ك : «أحدهما» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٧) فى خ : «الأم، أو وقعت مرة واحدة، فواضح» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٨) فى هـ : «على أم الأم» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.

ونوع تُقَدَّمُ فيه الأم [على الأب][(١)]، وهى ولاية الحضانة، والرضاع . وقُدِّمَ كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد، وتوقف مصلحته على من يلى ذلك من أبويه، وتحصل به كفايته .

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

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

إذا عرف هذا ، فهل قدمت الأم لكون جهتها مقدمة على جهة الأبوة فى الحضانة فقدمت لأجل الأمومة، أو قدمت على الأب لكون النساء أقوم بمقاصد الحضانة والتربية من الذكور، فيكون تقديمها لأجل الأنوثة ؟

ففى هذا للناس قولان وهما فى مذهب أحمد، يظهر أثرهما فى تقديم نساء العصبة على أقارب الأم، أو بالعكس كأم الأم، وأم الأب والأخت من الأم والأخت من الأب، والخالة، والعمة، وخالة الأم، وخالة الأب، ومن يدلى من الخالات والعمات بأمٍّ، ومن يدلى منهن بأب .

ففيه روايتان عن الإمام أحمد :

إحداهما : تقديم[(٢)] أقارب الأم على أقارب، الأب .

---

(١) ليست فى ق ، هـ ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م.

(٢) فى ك : «أحدهما تقدم» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

والثانية ـ وهى أصح دليلا واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية : تقديم أقارب الأب .

وهذا هو الذى ذكره الخرقى فى 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[١] فى إحدى الروايتين عنه.

وعلى هذه الرواية : فأقارب الأب من الرجال مقدمون على أقارب الأم، والأخ للأب أولى من الأخ للأم، والعم أولى من الخال، هذا إن قلنا : إن لأقارب الأم من الرجال مدخلا فى الحضانة .

وفى ذلك وجهان فى مذهب أحمد، والشافعى :

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

والثانى : أن لهم الحضانة، والتفريع على هذا الوجه، وهو قول أبى حنيفة، وهذا يدل على رجحان جهة الأبوة على جهة الأمومة فى الحضانة، وأن الأم إنما قدمت لكونها أنثى لا لتقديم جهتها، إذ لو كان جهتها راجحة لترجح رجالها، ونساؤها[٢] على الرجال والنساء من جهة الأب، ولما لم يترجح رجالها اتفاقا، فكذلك النساء، وما الفرق المؤثر ؟

وأيضا، فإن أصول الشرع وقواعده شاهدة بتقديم أقارب الأب فى الميراث، وولاية النكاح، وولاية الموت وغير ذلك، ولم يعهد فى الشرع تقديم

---

(١) فى هـ : «وأحمد» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.

(٢) فى ك : «أو نساؤها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

قرابة[١] الأم على قرابة الأب فى حكم من الأحكام، فمن[٢] قدمها فى الحضانة، فقد خرج عن موجب الدليل .

فالصواب فى المأخذ الثانى ، وهو : أن الأم إنما قدمت؛ لأن النساء أرفق بالطفل، وأخبر بتربيته وأصبر على ذلك، .

وعلى هذا[٣] فالجدة أم الأب أولى من أم الأم، والأخت للأب أولى من الأخت للأم والعمة أولى من الخالة، كما نص عليه [الإمام][٤] أحمد فى إحدى الروايتين، وعلى هذا فتقدم أم الأب على أب الأب كما تقدم الأم على الأب .

وإذا تقرر هذا الأصل، فهو أصل مُطَّرِد 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[٥]، وهذا هو الذى قضى [به][٦] سيد قضاة الإسلام شُرَيْح، كما روى وَكِيع فى مصنفه : عن الحسن بن عقبة، عن

---

(١) فى ك: «أقارب الأم على أقارب»، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٢) فى ق: «لمن» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى خ، هـ: «هذه» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٤) ليست فى خ ، ق ، ك ، م ، وما أثبتناه من هـ .
(٥) فى ك : «المنطرد» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٦) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك.

سعيد بن الحارث، قال : اختصم عم وخال إلى شريح [فى طفل][(١)]، فقضى به للعم، فقال الخال : أنا أنفق عليه من مالى، فدفعه إليه شريح .

ومن سلك غير هذا المسلك لم يجد بُدًّا من التناقض، مثاله : أن الثلاثة، وأحمد فى إحدى روايتيه، يقدمون أم الأم على أم الأب، ثم قال الشافعى فى ظاهر مذهبه وأحمد فى المنصوص عنه : تقدم الأخت للأب[(٢)] 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[(٣)] 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 الموضعين، وقدموا القرابة التى أخرها[(٤)] الشرع، وأخروا القرابة التى قدمها، ولم يمكنهم تقديمها فى كل موضع فقدموها فى موضع وأخروها فى [آخر][(٥)] غيره مع تساويهما .

ومن ذلك : تقديم الشافعى فى الجديد الخالة على العمة مع تقديمه الأخت للأب على الأخت للأم وَطَّرَد قياسه فى تقديم أم الأم على أم الأب، فوجب تقديم الأخت للأم، والخالة على الأخت للأب والعمة، وكذلك من قدم

---

(١) ليست فى ق ، ك ، وما أثبتناه من خ ، م ، هـ .
(٢) فى ق: «لأب» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى ك، هـ: «تقدمت»، وما أثبتناه من خ ، ق ، م.
(٤) فى ك : «أخرجها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٥) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك .

أصحاب أحمد الخالة على العمة، وقدم الأخت للأب على الأخت للأم كقول القاضي، وأصحابه وصاحب المغني : فقد تناقضوا .

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

قيل : قد بينا أنه لم يقدم الأم على الأب لقوة الأمومة، وتقديم هذه الجهة، بل لكونها أنثى فإذا وجد عمة، وخالة، فالمعنى الذى قدمت له الأم موجود فيهما، وامتازت العمة بأنها تدلى بأقوى القرابتين وهى قرابة الأب، والنبى ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها، وقال : «الخالة أم[1]»[2] حيث لم يكن لها مزاحم من أقارب الأب تساويها فى درجتها .

فإن قيل : فقد كان لها عمة، وهى صفية بنت عبد المطلب أخت حمزة، وكانت إذ ذاك موجودة فى المدينة، فإنها هاجرت وشهدت الخندق، وقتلت رجلا من اليهود، كان يطيف[3] بالحصن الذى هى فيه، وهى أول امرأة قتلت رجلا من المشركين وبقيت إلى خلافة عمر ﷺ، فقدم رسول الله ﷺ عليها الخالة، 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[4] كانت لم تمنع منها

---

(١) فى ك : «للأم» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

(٢) البخارى فى الصلح (٢٦٩٩) .

(٣) فى ك : «وكان يطوف»، وفى خ، هـ: «وكانت تطيف» ، وما أثبتناه من ق ، م.

(٤) فى ق، ك : «إن» ، وما أثبتناه من خ ، م ، هـ .

لعجزها عنها، فإنها توفيت سنة عشرين عن ثلاث وسبعين[١] سنة، فيكون لها وقت هذه الحكومة بضع وخمسون[٢] سنة، فيحتمل أنها تركتها لعجزها عنها، أو لم[٣] تطلبها مع قدرتها عليها، والحضانه حق للمرأة، فإذا تركتها انتقلت إلى غيرها .

وبالجملة : فإنما يدل الحديث على تقديم الخالة على العمة، إذا ثبت أن صفية خاصمت فى ابنة أخيها[٤] وطلبت كفالتها، فقدم رسول الله ﷺ الخالة، وهذا لا سبيل إليه .

فصل

ومن ذلك : أن مالكا رحمه الله 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 : تُقَدَّمُ[٥] 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 أجنبى منهم، وإنما نسبه وولاؤه إلى أقارب أبيه، وهم أولى به يعقلون عنه وينفقون عليه[٦] عند الجمهور، ويتوارثون بالتعصيب، وإن بعدت القرابة بينهم بخلاف قرابة الأم، فإنه لا يثبت

---

(١) فى ك : «تسعين» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٢) فى هـ : «بضعًا وخمسين» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٣) فى ك : «ولم» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٤) فى ق : «أختها» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٥) فى ك : «تقديم» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٦) فى ق : «عنه» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

فيها ذلك، ولا توارث فيها إلا فى أمهاتها، وأول درجة من فروعها، وهم ولدها، فكيف تقدم هذه القرابة على الأب ومن فى 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 فى تقديم الأخت على الأم[١]، والخالة على الأب، وهذا أيضا فى غاية البعد ومخالفة القياس .

وحجة هذا القول : أن كلتيهما تدليان بالأم المقدمة على الأب، فتقدمان عليه .

وهذا ليس بصحيح، فإن الأم لما ساوت الأب فى الدرجة، وامتازت عليه بكونها أقوم بالحضانة، وأقدر عليها وأصبر قدمت عليه، وليس كذلك الأخت من الأم والخالة مع الأب، فإنهما لا[٢] 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 فى فهم نصه هذا على ثلاثة أوجه :

أحدها:أنها[٣] إنما قدمها[٤] على الأب لأنوثتها[٥]، فعلى هذا تقدم نساء الحضانة على كل رجل، فتقدم خالة الخالة، وإن علت، وبنت الأخت على الأب .

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

---

(١) فى ق، ك: «من الأم» ، وما أثبتناه من خ ، م ، هـ .
(٢) فى ق: «لما» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى خ ، هـ : «أنه»، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٤) فى ك : «قدمها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٥) فى ك: « لأنوثتيها»، وفى هـ: «لأنوثيتها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م.

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[١]، ولا الأخت والعمة عليه، وتقدم عليه أم الأم، والخالة، والأخت للأم[٢]. وهذا أيضا ضعيف جدا إذ يستلزم تقديم قرابة الأم البعيدة على الأب وأمه، ومعلوم أن الأب إذا قدم على الأخت للأب، فتقديمه على الأخت للأم أولى؛ لأن الأخت للأب[٣] مقدمة عليها، فكيف تقدم على الأب نفسه؟ هذا تناقض بَيِّنٌ.

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

هذا تقرير ما ذكره أبو البركات بن تيمية فى «محرره»[٤] من تنزيل نص أحمد على هذه المحامل الثلاث، وهو مخالف لعامة نصوصه فى تقديم الأخت للأب على الأخت للأم وعلى الخالة، وتقديم خالة الأب على خالة الأم، وهو الذى لم يذكر الخرقى فى «مختصره» غيره، وهو الصحيح، وخرجها ابن عقيل على الروايتين فى أم الأم، وأم الأب ولكن نصه ما ذكره الخرقى، وهذه الرواية التى حكاها صاحب «المحرر» ضعيفة مرجوحة، فلهذا جاءت فروعها ولوازمها أضعف منها، بخلاف سائر نصوصه فى جادة مذهبه.

---

(١) فى ق: «أم الأم»، وما أثبتناه من خ، ك، م، هـ.
(٢) فى ق: «لأم»، وما أثبتناه من خ، ك، م، هـ.
(٣) فى ق: «لأب»، وما أثبتناه من خ، ك، م، هـ.
(٤) فى ك: «مجرده»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.

فصل

وقد ضبط بعض أصحابه هذا الباب بضابط، فقال : كُلُّ عصبة، فإنه يقدم على كل امرأة هى أبعد منه، ويتأخر عمن هى أقرب منه، وإذا تساويا 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[١] على أب الأب وجهان، وفى تقديم الأخت للأب على الأخ للأب وجهان، وفى تقديم العمة على العم وجهان .

والصواب : تقديم الأنثى مع التساوى كما قدمت[٢] الأم على الأب لما استويا، فلا وجه لتقديم الذكر على الأنثى مع مساواتها له وامتيازها بقوة أسباب الحضانة والتربية فيها .

واختلف فى بنات الإخوة، والأخوات هل يقدمن[٣] على الخالات والعمات، أو تقدم الخالات والعمات عليهن؟ على وجهين مأخذهما : أن الخالة والعمة تدليان بأخوة الأم والأب، وبنات الإخوة، والأخوات تدلين 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، وابن

---

(١) فى هـ : «تقديمها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٢) فى خ، هـ : «تقدمت» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٣) فى ق : «يقدم» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

الأخ بنت [ابن][١] أبيه، وكذلك الخالة أخت أمه، وبنت 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 بنت الأخت وإن نزلت، على الخالة التى هى أم، وهذا فاسد من القول، وإن خص ذلك ببنت الأخت[٢] دون من سفل منها تناقض .

واختلف أصحاب أحمد أيضا فى الجد والأخت للأب[٣] أيهما أولى؟ فالمذهب : أن الجد أولى منها، وحكى القاضى فى «المجرد» وجها : أنها أولى منه، وهذا يجىء 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 الحضانة إلى العصبات، وقدم الأقرب فالأقرب منهم كما فى الميراث، فهذا جار على القياس .

فيقال لهم : فهلا[٤] راعيتم هذا فى جنس القرابة، فقدمتم القرابة[٥] القوية الراجحة على الضعيفة المرجوحة كما فعلتم فى العصبات؟

---

(١) ليست فى خ ، ق ، ك ، م ، وما أثبتناه هـ .
(٢) فى خ : «ذلك بنت بنت الأخت» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى ق: «لأب» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى ك : «فهل لا» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٥) فى خ : «فيقدم منهن القرابة» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

وأيضا، 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 المشكلة المتناقضة .

وأيضا، فقد قالوا بتقديم أمهات الأب والجد على الخالات والأخوات للأم[١]، وهو[٢] الصواب الموافق لأصول الشرع، لكنه مناقض لتقديمهم أمهات الأم على أمهات الأب ويناقض تقديم الخالة والأخت للأم[٣] على الأب، كما هو إحدى الروايتين عن أحمد، رحمه الله، والقول القديم للشافعى .

ولا ريب أن القول به أطْرَدُ 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، رحمهم الله .

ويلزمهم من طرده أيضا تقديم بنت الخالة على الأخت للأب، وقد التزمه زفر، وهو رواية عن أبى حنيفة، ولكنْ أبو يوسف استشنع[٤] ذلك، فقدم الأخت للأب كقول الجمهور ورواه عن أبى حنيفة .

ويلزمهم أيضا من طرده تقديم الخالة والأخت للأم[٥] على الجدة أم

---

(١) فى ق : «لأم» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى ق: «هذا»، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى ق : «لأم» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى خ : «استبشع» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٥) فى ق : «لأم» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

الأب، وهذا فى غاية البعد والوهن، وقد التزمه زفر، ومثل هذا من المقاييس التى حذر منها أبو حنيفة رحمه الله أصحابه وقال : لا تأخذوا بمقاييس زفر، فإنكم إن أخذتم بمقاييس زفر حرمتم[١] الحلال، وحللتم الحرام .

فصل

وقد رام بعض أصحاب أحمد ضبط هذا الباب بضابط زعم أن يتخلص به من التناقض فقال: الاعتبار فى الحضانة بالولادة المتحققة وهى الأمومة، ثم الولادة الظاهرة وهى الأبوة، ثم الميراث، قال : ولذلك تقدم الأخت من الأب على الأخت من الأم وعلى الخالة؛ لأنها أقوى إرثا منهما[٢] قال : ثم الإدلاء؛ فتقدم الخالة على العمة؛ لأن الخالة تدلى بالأم والعمة تدلى بالأب، فذكر أربعه أسباب للحضانة مرتبة : الأمومة، ثم بعدها الأبوة، ثم بعدها الميراث، ثم بعدها الإدلاء .

وهذه طريقة صاحب «المستوعب»، وما زادته هذه الطريقة إلا تناقضا وبعدا عن قواعد الشرع، وهى من أفسد الطرق، وإنما يتبين فسادها بلوازمها الباطلة .

فإنه إن أراد بتقديم الأمومة على الأبوة تقديم [الأم][٣] ومن فى جهتها على الأب ومن فى جهته، كانت تلك اللوازم الباطلة المتقدمة من تقديم الأخت للأم، وبنت الخالة على الأب وأمه، وتقديم الخالة على العمة، وتقديم خالة الأم على الأب وأمه، وتقديم بنات الأخت من الأم على أم الأب، وهذا مع

---

(١) فى ك : «فإنكم إن أخذتم بها حرمتم»، وفى هـ : «فإن أخذتم بمقاييس زفر حرم»، وما أثبتناه من خ ، ق ، م .

(٢) فى ك: «منها»، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

(٣) ساقطة من المطبوع .

مخالفته لنصوص إمامه، فهو مخالف لأصول الشرع وقواعده .

وإن أراد أن الأم نفسها تقدم على الأب، فهذا أحق، لكن الشأن فى مناط هذا التقديم : هل هو لكون الأم ومن فى جهتها تقدم على الأب ومن فى جهته، أو لكونها أنثى فى درجة ذكر، وكل أنثى كانت فى 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 فى الميراث مقدم فى الحضانة، فصحيح، وطرده تقديم قرابة الأب على قرابة الأم؛ لأنها مقدمة عليها فى الميراث فتقدم الأخت على العمة والخالة .

وقوله : وكذلك تقدم الأخت للأب على الأخت للأم والخالة؛ لأنها أقوى إرثا منهما، فيقال : لم يكن [تقديمها لأجل الإرث، وقوته، ولو كان لأجل ذلك لكان العصبات][(١)] أحق بالحضانة من النساء، فيكون العم أولى بها من الخالة والعمة، وهذا باطل .

فصل

وقد ضبط الشيخ فى «المغنى» هذا الباب بضابط آخر، فقال :

فصل فى بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء . وأولى الكل بها : الأم ثم أمهاتها، وإن علون، يقدمنهن الأقرب فالأقرب؛ لأنهن نساء ولادتهن متحققة، فهن فى معنى الأم .

وعن أحمد أن أم الأب، وأمهاتها يقدمن على أم الأم، فعلى هذه الرواية

---

(١) ليست فى خ ، ق ، م ، وما أثبتناه من ك ، هـ .

يكون الأب أولى بالتقديم؛ لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته، 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 [١] عن أحمد رواية أخرى : أن الأخت من الأم، والخالة أحق من الأب، فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما، ومن جميع العصبات، والأولى هى المشهورة من المذهب، فإذا انقرض الآباء والأمهات انتقلت الحضانة إلى الأخوات، وتقدم الأخت من الأبوين، ثم [٢] 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 [٣] لا يليها بنفسه .

وفيه وجه آخر : أنه يقدم عليها؛ لأنه عصبة 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 أبناؤهما [٤]، 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

---

(١) فى خ : «بخلاف أم الأب وحكى» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى هـ : «على»، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٣) فى خ : «الرجال» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى هـ : «ابناهما» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.

على الأعمام كتقديم الأخوات على الإخوة، ثم للعم[١] للأبوين، ثم للعم[٢] للأب[٣]، ولا حضانة للعم من الأم، ثم أبناؤهما ثم إلى خالات الأب على قول الخرقى، 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[٤] المستحق منهم بالقرعة . انتهى كلامه .

وهذا خير مما قبله من الضوابط ولكن فيه تقديم [أم][٥] الأم، وإن علت على الأب، وأمهاته، فإن طرد تقديم من فى جهة الام على من فى جهة الأب جاءت تلك اللوازم 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 العصبة كلهم، وإن كان ذلك لكونه ليس من العصبة، والحضانة لا تكون لرجل إلا أن يكون من العصبة، قيل : فكيف جعلتموها لنساء ذوى الأرحام مع مساوات قرابتهن لقرابة من فى درجتهن من الذكور من كل وجه ؟ فإما أن تعتبروا الأنوثة، فلا تجعلوا ما لذكر[٦] أو الميراث، فلا تجعلوها لغير وارث أو القرابة، فلا تمنعوا منها الأخ من الأم، والخال، وأبا الأم أو التعصيب، فلا تعطوها لغير عصبة .

(١، ٢) فى خ، ك : «العم» ، وما أثبتناه من ق ، م ، هـ .
(٣) فى ق : «لأب» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى خ : «تقدم» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٥) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .
(٦) فى ك: «للذكر» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

فإن قلتم :بقى قسم آخر وهو قولنا، وهو اعتبار التعصيب فى الذكور والقرابة فى [١] الإناث .

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

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

وقد ضبط هذا الباب شيخنا شيخ الإسلام ابن تيمية بضابط آخر، فقال : أقرب ما يضبطه باب الحضانة أن يقال :

لما كانت الحضانة ولاية تعتمد الشفقة والتربية، والملاطفة، كان أحق الناس بها أقومهم بهذه الصفات، وهم أقاربه، يقدم منهم أقربهم إليه، وأقومهم بصفات الحضانة، فإن اجتمع منهم اثنان فصاعدا، فإن استوت درجتهم قدم الأنثى على الذكر، فتقدم الأم على الأب، والجدة على الجد، والخالة على الخال، والعمة على العم، والأخت على الأخ، فإن كانا ذكرين، أو أنثيين قدم أحدهما بالقرعة يعنى مع استواء درجتهما، وإن اختلفت درجتهما من الطفل .

---

(١) فى خ: «من» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

فإن كانوا من جهة واحدة قدم الأقرب إليه، فتقدم 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 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 لاحضانة للأخ من الأم بحال؛ لأنه ليس من العصبات ولا من نساء الحضانة، وكذلك الخال أيضا، فإن صاحب هذا الوجه يقول : لاحضانة له، و لا نزاع أن أبا الأم، وأمهاته أولى من الخال .

وإن كانوا من جهتين كقرابة الأم، وقرابة الأب مثل العمة، والخالة، والأخت للأب، والأخت للأم، وأم الأب، وأم الأم، وخالة الأم، قدم من فى جهة الأب فى ذلك كله، على إحدى الروايتين فيه .

هذا كله إذا استوت درجتهم أو كانت جهة الأب أقرب إلى الطفل، وأما إذا كانت جهة الأم أقرب، وقرابة الأب أبعد، كأم الأم وأم أب الأب، وكخالة الطفل، وعمة أبيه، فقد تقابل الترجيحان، ولكن يقدم الأقرب إلى الطفل لقوة شفقته، وحنوه على شفقة الأبعد، ومن قدم قرابة الأب، فإنما يقدمها مع مساواة قرابة الأم لها .

فأما إذا كانت أبعد منها، قدمت قرابة الأم القريبة، وإلا لزم من تقديم[1] القرابة البعيدة لوازم باطلة، لايقول بها أحد .

---

(١) فى ك : «تقدم» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

فبهذا[١] الضابط يمكن حصر جميع مسائل هذا الباب، وجريها على قياس الشريعة واطرادها، وموافقتها 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][٢] أحق به ما لم تنكحى»: فيه دليل على أن الحضانة حق للأم، وقد اختلف الفقهاء هل هى حق 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 بأجرة[٣] إن قلنا: الحق له، وإن قلنا: [الحق][٤] عليه، وجب خدمته مجانا، وإن كان الحاضن فقيرا فله الأجرة على القولين.

وإذا وهبت الحضانة للأب وقلنا: الحق لها، لزمت 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 فى أحد القولين: أن الهبة فى الحضانة قد وجد سببها، فصار بمنزلة ما قد وجد، وكذلك إذا وهبت المرأة نفقتها لزوجها شهرا لزمت الهبة، ولم ترجع فيها.

---

(١) فى خ، ك: «فهذا»، وما أثبتناه من ق، م، هـ.
(٢) ليست فى ق، وما أثبتناه من خ، ك، م، هـ.
(٣) فى خ: «بالأجرة»، وما أثبتناه من ق، ك، م، هـ.
(٤) ليست فى خ، ق، م، هـ، وما أثبتناه من ك.

هذا كله كلام أصحاب مالك وتفريعهم، والصحيح أن الحضانة حق لها، وعليها إذا احتاج الطفل إليها، ولم يوجد غيرها، وإن اتفقت هى وولى الطفل على نقلها إليه جاز .

والمقصود : أن فى قوله ﷺ : «أنت أحق به» دليلا على أن الحضانة حق لها، والله أعلم .

فصل

وقوله : «ما لم تنكحى» اختلف فيه : هل هو تعليل أو توقيت؟ على قولين، ينبنى عليهما : ما[١] 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، فإذا طلقت زالت العلة، فزال[٢] حكمها، وهذا قول الأكثرين[٣]، منهم : الشافعى وأحمد وأبو حنيفة .

ثم اختلفوا فيما إذا كان الطلاق رجعيا، هل يعود حقها بمجرده أو يتوقف عودها[٤] على انقضاء العدة ؟ على قولين، وهما فى مذهب أحمد، والشافعى، ومالك، أحدهما[٥] : تعود بمجرده، وهو ظاهر مذهب الشافعى، والثانى : لا تعود حتى تنقضى العدة، وهو قول أبى حنيفة، والمزنى، وهذا كله تفريع على أن قوله : «ما لم تنكحى» تعليل، وهو قول الأكثرين .

---

(١) فى ك: «أما» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٢) فى م: «فزوال» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .
(٣) فى ك:«الأكثر» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٤) فى ك:«عوده» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٥) فى هـ: «أحدها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.

وقال مالك فى المشهور [عنه][(١)] من مذهبه : إذا تزوجت ودخل بها لم يَعُدْ حقها من الحضانة، وإن طلقت، قال بعض أصحابه : وهذا بناء على أن قوله : «ما لم تنكحى» للتوقيت، أى : حقك من الحضانة موقت إلى حين نكاحك، فإذا نكحت انقضى وقت الحضانة، فلا تعود بعد انقضاء وقتها، كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل أو استغنائه عنها، وقال بعض أصحابه : يعود حقها إذا فارقها زوجها كقول الجمهور، وهو قول المغيرة وابن أبى حازم .

قالوا : لأن المقتضى لحقها من الحضانة، هو قرابتها الخاصة، وإنما عارضها [مانع النكاح لما يوجبه من إضاعة الطفل، واشتغالها بحقوق الزوج الأجنبى][(٢)] منه عن مصالحه، ولما فيه من تغذيته، وتربيته فى نعمة غير أقاربه، وعليهم فى ذلك منة وغضاضة، فإذا انقطع النكاح[(٣)] 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[(٤)] عاد حقهم من الحضانة، فهكذا النكاح والفرقة .

وأما النزاع فى عود الحضانة بمجرد الطلاق الرجعى، أو توقفه على انقضاء العدة، فمأخذه كون الرجعية زوجة فى عامة الأحكام، فإنه يثبت بينهما التوارث، والنفقة، ويصح منها الظهار والإيلاء، ويحرم أن يأخذ عليها أختها[(٥)] أو عمتها، أو خالتها، أو أربعا سواها، وهى[(٦)] زوجة، فمن راعى ذلك لم تعد إليها الحضانة بمجرد الطلاق الرجعى حتى تنقضى العدة، فَتَبِين

---

(١) ليست فى ق ، ك ، م ، وما أثبتناه من خ ، هـ.
(٢) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ.
(٣) فى هـ : «بالنكاح» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٤) فى م : «فإنه إذا زال المانع» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ.
(٥) فى م : «ويحرم عليه الجمع بين أختها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ.
(٦) فى م : «إذ هى» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ.

حينئذ، ومن أعاد الحضانة بمجرد الطلاق قال: قد عزلها عن فراشه، ولم يبق لها عليه قسم، ولا لها به شغل، والعلة التى سقطت حضانتها [لأجلها][(١)] قد زالت بالطلاق، وهذا هو الذى رجحه الشيخ فى «المغنى»، وهو ظاهر كلام الخرقى، 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.

والثانى: أنها لا تزول إلا بالدخول، وهو قول مالك، فإن بالدخول يتحقق اشتغالها[(٢)] عن الحضانة والحديث يحتمل الأمرين، والأشبه سقوط حضانتها بالعقد؛ لأنها حينئذ صارت فى مظنة الاشتغال عن الولد، والتهيؤ للدخول، وأخذها حينئذ [فى أسبابه][(٣)]، وهذا قول الجمهور.

فصل

واختلف الناس فى سقوط الحضانة بالنكاح على أربعة أقوال:

أحدها: سقوطها[(٤)] به مطلقا، سواء كان المحضون ذكرًا أو أنثى، وهذا

---

(١) ليست فى ق، وما أثبتناه من خ، ك، م، هـ.
(٢) فى ك: «إشغالها»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.
(٣) ليست فى ق، وما أثبتناه من خ، ك، م، هـ.
(٤) فى ق: «سقوطه»، وما أثبتناه من خ، ك، م، هـ.

مذهب الشافعى، ومالك، وأبى حنيفة، وأحمد فى المشهور عنه، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، وقضى به شريح .

والقول الثانى : أنها لا تسقط بالتزويج بحال، ولا فرق فى الحضانة بين الأيِّم، وذات البَعْل، وحكى هذا المذهب عن الحسن البصرى، وهو قول[١] أبى محمد بن حزم .

والقول الثالث : أن الطفل إن كان بنتا[٢] لم تسقط الحضانة بنكاح أمها، وإن كان ذكرا سقطت[٣]، وهذه[٤] إحدى الروايتين عن أحمد ـ رحمه الله ـ 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][٥] : وعن أحمد أن الأم أحق بحضانة البنت، وإن تزوجت إلى أن تبلغ .

والقول الرابع : أنها إذا تزوجت بنسيب[٦] من الطفل، لم تسقط حضانتها، ثم اختلف أصحاب هذا القول على ثلاثة أقوال .

أحدها : أن المشترط أن يكون الزوج نسيبا للطفل فقط، وهذا ظاهر قول أصحاب [الإمام][٧] أحمد .

---

(١) فى ق : «مذهب» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ.
(٢) فى خ : «أنثى» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ.
(٣) فى خ، هـ : «سقط» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٤) فى خ: «هذا» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ.
(٥) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك .
(٦) فى ق: «بنسب»، وفى م : «بقريب» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ.
(٧) ليست فى ق ، ك ، م ، وما أثبتناه من خ ، هـ.

الثانى : أنه يشترط أن يكون مع ذلك ذا رحم محرم، وهو قول أصحاب أبى حنيفة .

الثالث : أنه يشترط أن[١] يكون بين الزوج وبين الطفل، إيلاد وإما أن 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 .

الثانية : اتفاق الصحابة على ذلك، وقد تقدم قول الصديق لعمر رضى الله عنهما : إنها[٢] أحق به ما لم تتزوج، وموافقة عمر له على ذلك، ولا مخالف له من الصحابة البتة[٣]، وقضى به شريح والقضاة بعده إلى اليوم فى سائر الأعصار والأمصار .

الثالثة[٤] : ما رواه عبد الرزاق : حدثنا[٥] ابن جريج، أنبأنا[٦] 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 رسول الله ﷺ فقالت : أنكحنى أبى رجلا لا أريده، وترك عم ولدى فأخذ منى ولدى، فدعا

---

(١) فى ك، هـ : «بأن» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م.
(٢) فى خ، هـ: «هى»، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٣) فى ق: «به البتة»، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ.
(٤) فى خ، م: «الثالث» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، هـ.
(٥) فى خ، هـ: «أنبأنا» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٦) فى ك: «حدثنا» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ.

رسول الله ﷺ أباها [فقال : «أنكحت فلانا فلانة ؟» قال : نعم][(١)]، فقال : «أنتَ الذى لا نكاح لكَ، اذهبى فانكحى عَمَّ ولدك»[(٢)] .

فلم ينكر أخذ الولد منها لما تزوجت، بل أنكحها عَمَّ الولد، لتبقى لها الحضانة، ففيه دليل على سقوط الحضانة بالنكاح وبقائها[(٣)]، إذا تزوجت بنسيب من الطفل .

واعترض أبو محمد بن حزم على هذا الاستدلال، بأن حديث عمرو بن شعيب صحيفة، وحديث أبى سلمى هذا مرسل، وفيه مجهول .

و[هذان][(٤)] 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[(٥)] .

وأما حديث أبى سلمة هذا، فإن أبا سلمة من كبار التابعين، وقد حكى القصة عن الأنصارية، و لا ينكر لقاؤه 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 تُعَرِّفُ به، ولكن المجهول إذا عدله الراوى عنه الثقة ثبتت عدالته، وإن كان واحدا على أصح القولين، فإن التعديل من

---

(١) من المصنف لعبد الرزاق .
(٢) عبد الرزاق فى المصنف فى النكاح (١٠٣٠٤) .
(٣) فى هـ : «نفاها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٤) ليست فى ق ، ك ، وما أثبتناه من خ ، م ، هـ.
(٥) فى خ : «من سواهم» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

باب الإخبار والحكم لا من باب الشهادة، ولا سيما التعديل فى الرواية، فإنه يكتفى فيه بالواحد ولا يزيد على أصل نصاب الرواية، هذا مع أن أحد القولين: [إن][(١)] مجرد رواية العدل عن غيره تعديل له، وإن لم يصرح بالتعديل، كما هو إحدى[(٢)] الروايتين عن أحمد، وأما إذا روى عنه وصرح بتعديله، فقد خرج عن الجهالة التى ترد لأجلها روايته، لا سيما 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 ﷺ قال:قدم رسول الله ﷺ المدينة، وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدى، وانطلق بى إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله، إن أنسا غلام كَيِّس فليخدمك، قال : فخدمته فى السفر والحضر . وذكر الخبر[(٣)] .

قال أبو محمد : فهذا أنس فى حضانة أمه، ولها زوج، وهو أبو طلحة بعلم رسول الله ﷺ .

وهذا الاحتجاج فى غاية السقوط، والخبر فى غاية الصحة، فإن أحدا من أقارب أنس لم ينازع أمه فيه إلى رسول الله ﷺ وهو طفل صغير لم يَتَّغِرْ أو لم يأكل وحده، ويشرب وحده أو لم يميز، وأمه مزوجة، فحكم به لأمه، وإنما يتم

---

(١) ليست فى ق ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى خ : «أحد» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٣) البخارى فى الوصايا (٢٧٦٨)، ومسلم فى الفضائل (٢٣٠٩ / ٥٢) .

الاستدلال بهذه المقدمات كلها، ورسول الله ﷺ لما قدم المدينة، كان لأنس من العمر عشر سنين وكان عند أمه، فلما تزوجت أبا طلحة لم يأت أحد من أقارب أنس ينازعها فى ولدها، ويقول [لها][(١)] : قد تزوجت، فلا حضانة لك، وأنا أطلب انتزاعه منك .

ولا ريب أنه لا يحرم على المرأة المزوجة حضانة ابنها، إذا اتفقت هى والزوج وأقارب الطفل على ذلك، ولا ريب أنه لا يجب، [بل][(٢)] لا يجوز للحاكم 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[(٣)]، بل استمرت على حضانتها، فيا عجبا من الذى نازع أم سلمة فى ولدها، ورغب أن يكون فى حجر رسول الله ﷺ .

واحتج لهذا القول أيضا : بأن رسول الله ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها، وهى مزوجة بجعفر، فلا ريب أن للناس فى قصة ابنة حمزة ثلاثة مآخذ:

أحدها : أن النكاح لا يسقط الحضانة .

الثانى : 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، وإلاسقطت، فالاحتجاج بالقصة على أن النكاح، لم يسقط الحضانة مطلقا، لا

---

(١) ليست فى ق ، ك ، م ، هـ ، وما أثبتناه من خ.
(٢) ليست فى ق ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى خ، ق، م، هـ : «لابنتها» ، وما أثبتناه من ك.

يتم إلا بعد إطلاق ذينك الاحتمالين الآخرين .

فصل

وقضاؤه ﷺ بالولد لأمه وقوله : «أنت أحق بما لم تَنْكِحى» لا يستفاد منه عموم القضاء لكل أم حتى يقضى به للأم، وإن كانت كافرة أو رقيقة أو مسافرة أو فاسقة، فلا يصح الاحتجاج به على ذلك ولا نفيه، فإذا دل دليل منفصل على اعتبار الإسلام، والحرية، والديانة، والإقامة لم يكن ذلك تخصيصا، ولا مخالفة لظاهر الحديث .

وقد اشترط فى الحاضن ستة شروط :

اتفاقهما فى الدِّين : فلا حضانة لكافر على مسلم لوجهين :

أحدهما : أن الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه، وأن ينشأ عليه، ويتربى[(١)] عليه، فيصعب بعد كبره وعقله انتقاله عنه، وقد يغيره عن فطرة الله التى فطر عليها عباده[(٢)]، فلا يراجعها أبدا، كما قال رسول الله ﷺ : «كل مولود يُولد على الفِطْرة، فأبواه يُهَوِّدانه، و يُنَصِّرانه ويُمَجِّسانه»[(٣)]، فلا يؤمن تهويد الحاضن وتنصيره للطفل المسلم .

فإن قيل : الحديث إنما جاء فى الأبوين خاصة .

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

---

(١) فى خ : «يتولى» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى خ : «فطر عليه عباده» ، وفى ك : «فطر النامس عليها»، وما أثبتناه من ق ، م ، هـ .
(٣) البخارى فى الجنائز (١٣٨٥)، ومسلم فى القدر (٢٦٥٨/ ٢٢) .

الوجه الثانى[١] : أن الله ـ سبحانه ـ قطع الموالاة بين المسلمين والكفار[٢]، وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار بعضهم من بعض والحضانة من أقوى أسباب الموالاة التى قطعها الله بين الفريقين .

وقال أهل الرأى، وابن القاسم، وأبو ثور : تثبت الحضانة لها مع كفرها وإسلام الولد، واحتجوا بما روى النسائى [فى سننه][٣] من حديث عبد الحميد ابن جعفر، عن أبيه، عن جده رافع بن سنان، أنه أسلم وأبت امرأته أن تُسْلِم، فأتتْ رسول الله ﷺ، فقالت : ابنتى وهى فطيم أو يُشبِهُهُ[٤]، وقال رافع: ابنتى، فقال رسول الله ﷺ: «اقعد ناحية»، وقال لها : «اقعدى ناحية»، وقال لهما : «ادعواها»، فمالت الصبية إلى أمها، فقال رسول الله ﷺ: «اللهم اهدها» فمالت إلى أبيها فأخذها[٥].

قالوا : ولأن الحضانة لأمرين[٦] : الرضاع وخدمة الطفل[٧]، وكلاهما يجوز من الكافرة[٨].

قال الآخرون : هذا الحديث هو من رواية عبد الحميد بن جعفر بن عبدالله ابن الحكم بن رافع بن سنان الأنصارى الأوسى، وقد ضعفه إمام العلل ـ يحيى ابن سعيد القطان ـ وكان سفيان الثورى يحمل عليه، وضعف ابن المنذر

---

(١) فى ق : «الثالث»، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى م : «الكافرين» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .
(٣) ليست فى ق ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى خ : «مشبه» ، ك : «شبهه»، وما أثبتناه من ق ، م ، هـ .
(٥) النسائى فى الكبرى فى الفرائض (٦٣٨٥)، وأبو داود فى الطلاق (٢٢٤٤)، وصححه الألبانى .
(٦) فى خ، ق، م: «أمران»، وما أثبتناه من ك ، هـ .
(٧) فى ك : «الخدمة للطفل» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٨) فى خ : «الكافر» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

الحديث وضعفه غيره، وقد اضطرب فى القصة، فروى أن المُخَيَّرَ كان بنتا، وروى أنه كان ابنا، وقال الشيخ فى «المغنى» : وأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه، ولا يثبته أهل النقل، وفى إسناده مقال . قاله[١] ابن المنذر .

ثم إن الحديث قد يحتج به على صحة مذهب من اشترط الإسلام، فإن الصبية لما مالت إلى أمها، دعا رسول الله 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 ـ سبحانه ـ 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[٢] الكافر، مع أن الصواب أنه لا تشترط العدالة فى الحاضن قطعا[٣]، وإن شرطها أصحاب أحمد، والشافعى، وغيرهم، واشتراطها فى غاية البعد.

ولو اشترط[٤] فى الحاضن العدالة : لضاع أطفال العالم، ولعظمت المشقة على الأمة، واشتد العنت[٥]، ولم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق بينهم لا يتعرض لهم أحد فى الدنيا مع كونهم هم الأكثرين[٦]، ومتى وقع فى الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه؟ وهذا فى [غاية][٧] الحرج

---

(١) فى هـ : «قال» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٢) فى ك : «مع» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٣) فى ك : «قطعها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٤) فى خ، م: «اشترطت»، وما أثبتناه من ق ، ك ، هـ .
(٥) فى ك : «المعنت» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٦) فى م: «هم الأكثرون»، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .
(٧) ليست فى ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من خ ، ك.

والعسر ـ واستمرار [١] العمل المتصل فى سائر الأمصار والأعصار [على خلافه ـ بمنزلة اشتراط العدالة فى ولاية النكاح، فإنه دائم الوقوع فى الأمصار والأعصار والقرى والبوادى] [٢] مع أن أكثر الأولياء الذين يلون ذلك فساق، ولم يزل الفسوق فى الناس، ولم يمنع رسول الله ﷺ، ولا أحد من أصحابه فاسقا من تربية ابنه وحضانته له، ولا من تزويجه موليته [٣]، والعادة شاهدة بأن الرجل ولو كان من الفساق، فإنه يحتاط لابنته ولا يضيعها، ويحرص على الخير لها بجهده، وإن قدر خلاف ذلك، فهو قليل بالنسبة إلى المعتاد، والشارع يكتفى فى ذلك بالباعث الطبيعى [٤]، ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة وولاية النكاح، لكان بيان هذا للأمة من أهم الأمور، واعتناء الأمة بنقله [٥]، 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 يشترط [٦] فى الحضانة : فلا حضانة لمجنون، ولا معتوه ولا طفل؛ لأن هؤلاء يحتاجون إلى من يحضنهم ويكفلهم، فكيف يكونون كافلين لغيرهم .

وأما اشتراط الحرية : فلا ينهض عليه دليل يركن القلب إليه، وقد شرطه [٧] أصحاب الأئمة الثلاثة، وقال مالك فى حر له ولد من أمة : إن الأم

---

(١) فى خ، ك : «استمر»، وما أثبتناه من ق ، م ، هـ .
(٢) ليست فى ق ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى خ : «مولاته»، وفى ك : «وليته»، وما أثبتناه من ق ، م ، هـ .
(٤) فى ك : «الطبعى»، وفى م : «بالأغلب والباعث الطبيعى»، وما أثبتناه من خ ، ق ، هـ .
(٥) فى خ، هـ : «بنقلها» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م .
(٦) فى ك، م، هـ: «مشترط»، وما أثبتناه من خ ، ق.
(٧) فى م: «اشترطه» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .

أحق به، إلا أن تباع فتنتقل، فيكون الأب أحق به[١]، وهذا هو الصحيح؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «لا تُوَلَّهُ والدة عن ولدها»[٢] وقال: «من فَرَّقَ بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[٣].

وقد قالوا: لا يجوز التفريق فى البيع بين الأم وولدها الصغير، فكيف يفرقون بينهما فى الحضانة؟ وعموم الأحاديث تمنع من التفريق مطلقا فى الحضانة والبيع، واستدلالهم بكون منافعها مملوكة للسيد، فهى مستغرقة فى خدمته، فلا تفرغ لحضانة الولد ممنوع، بل حق الحضانة لها، تقدم به فى أوقات حاجة الولد على حق[٤] السيد كما فى البيع سواء.

وأما اشتراط خلوها من النكاح: فقد تقدم.

وها هنا مسألة ينبغى التنبيه عليها، وهى: أنا إذا أسقطنا حقها من الحضانة بالنكاح، ونقلناها إلى غيرها، فَاتُّفِقَ أنه لم يكن له سواها، لم يَسْقُطْ حقها من الحضانة، وهى أحق به من الأجنبى الذى يدفعه القاضى إليه، وتربيته فى حجر أمه، ورأيه أصلح من تربيته فى بيت أجنبى محض[٥] لا قرابة بينهما توجب شفقته ورحمته وحنوه، ومن المحال أن تأتى الشريعة بدفع مفسدة بمفسدة أعظم منها بكثير، ورسول الله ﷺ لم يحكم حكما عاما كليا: أن كل امرأة تزوجت سقطت حضانتها فى جميع الأحوال، حتى يكون إثبات الحضانة للأم فى هذه[٦] الحال مخالفة للنص.

وأما اتحاد الدار: فإن كان سفر أحدهما لحاجة، ثم يعود، والآخر مقيم،

---

(١) فى ك، م: «بها»، وما أثبتناه من خ، ق، ، هـ.
(٢) البيهقى فى الكبرى فى النفقات (٨/ ٥).
(٣) أحمد(٥/ ٤١٤)، والترمذى فى البيوع (١٢٨٣)، وقال: «حسن غريب»، وحسنه الألبانى.
(٤) فى خ: «أوقات»، وما أثبتناه من ، ق، ك، م، هـ.
(٥) فى ك: «محصن»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.
(٦) فى ك: «هذا»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.

فهو أحق [به][(١)]؛ لأن السفر بالولد الطفل ـ ولا سيما إن كان رضيعا ـ إضرار به وتضييع له، هكذا أطلقوه، 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، وهذا قول مالك والشافعى، 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 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 فهى أحق .

وهذه كلها أقوال كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل فى الأصلح له، والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له، وأصون، وأحفظ روعى، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة . هذا كله ما لم يُرِدْ أحدهما بالنقلة مضارة الآخر، وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يجب إليه، والله الموفق .

فصل

وقوله ﷺ : «أنت أحق به ما لم تنكحى» قيل : فيه إضمار تقديره : ما لم تنكحى، ويدخل بك الزوج، ويحكم الحاكم بسقوط الحضانة .

---

(١) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك.

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 : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [البقرى : ٣٠٩] ومن لم يعتبره فالمراد بالنكاح عنده العقد .

وأما حكم الحاكم بسقوط الحضانة، فذاك إنما يحتاج إليه عند التنازع والخصومة بين المتنازعين، فيكون منفذا لحكم رسول الله ﷺ، لا أن رسول الله ﷺ أوقف سقوط الحضانة على حكمه، بل قد حكم هو بسقوطها، حَكَمَ به الحُكَّام 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[١] قاعدة عامة مستفادة من غير هذا الحديث .

فصل

وقد احتج من لا يرى التخيير بين الأبوين بظاهر هذا الحديث.

ووجه الاستدلال : أنه قال ﷺ : « أنت أحق به[٢] » 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، والنبى ﷺ جعلها أحق به مطلقا عند المنازعة، وهذا مذهب أبى حنيفة ومالك، ونحن نذكر هذه المسألة، ومذاهب الناس فيها والاحتجاج لأقوالهم، ونرجح ما وافق[٣] حكم رسول الله ﷺ منها .

---

(١) فى ق ، هـ : « فهذا» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م.

(٢) فى م بعدها : «ما لم تنكحى» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .

(٣) فى ك : «يوافق» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ . .

[فصل][١]

ذكر قول أبى بكر الصديق ﷺ :

ذكر عبد الرزاق، عن ابن جريج، عن عطاء الخراسانى، عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : طلق عمر [بن الخطاب][٢] ﷺ امرأته، فذكر الأثر المتقدم، وقال فيه : ريحها وفراشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه . فحكم به لأمه حين لم يكن له تمييز إلى أن يَشِبَّ ويُميز، ويخير حينئذ .

[فصل][٣]

ذكر قول عمر [بن الخطاب][٤] ﷺ :

قال الشافعى : أنبأنا ابن عيينة، عن يزيد بن يزيد[٥] بن جابر، عن إسماعيل بن عبيد الله بن أبى المهاجر، عن عبد الرحمن بن غنم، أن عمر [بن الخطاب][٦] ﷺ خَيَّرَ غلاما بين أبيه وأمه[٧] .

وقال عبد الرزاق : أخبرنا ابن جريج، عن عبد الله بن عبيد بن عمير، قال: خير عمر ﷺ غلاما بين أبيه وأمه، فاختار أمه، فانطلقت به[٨] .

وذكر عبد الرزاق ـ أيضا : عن معمر، عن أيوب، عن إسماعيل بن عبيد[٩] الله،

(١، ٢) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك.

(٣ ، ٤) ليست فى ق ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

(٥) فى ق : «زيد بن يزيد»، وفى خ، هـ : «يزيد بن أبى يزيد» ، وما أثبتناه من ك ، م.

(٦) ليست فى ق من ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

(٧) البيهقى فى الكبرى فى النفقات (٨/ ٤) .

(٨) المصنف لعبد الرزاق فى الطلاق (١٢٦٠٥) .

(٩) فى ق، ك : «عبد» ، وما أثبتناه من خ ، م ، هـ .

obeikandl.com

عن عبد الرحمن بن غنم . قال : اختصم إلى عمر بن الخطاب فى غلام، فقال : هو مع أمه حتى يعرب عنه[١] لسانه ليختار[٢] .

وذكر سعيد بن منصور، عن هُشَيْم، عن خالد، عن الوليد بن مسلم، قال : اختصموا إلى عمر [بن الخطاب][٣] ﷺ فى يتيم فخيره، فاختار أمه على عمه، فقال عمر : إن لُطْفَ أمك خير من خِصْبِ عمك .

[فصل][٤]

ذكر قول[٥] [على بن أبى طالب][٦] ﷺ :

قال الشافعى ـ رحمه الله تعالى : أنبأنا ابن عيينة، عن يونس بن عبد الله الجُرْمِىّ، عن عمارة الجرمى، قال : خيرنى على بين أمى وعمى، ثم قال لأخ لى أصغر منى: وهذا أيضا لو بلغ مبلغ هذا لخيرته .

قال الشافعى ـ رحمه الله : قال إبراهيم، عن يونس، عن عمارة، عن على مثله . وقال فى الحديث : وكنت ابن سبع سنين أو ثمان سنين .

وقال يحيى القطان : حدثنا يونس بن عبد الله الجرمى، حدثنى عمارة بن روبية أنه خاصمتْ فيه أمه وعمُّه إلى على [بن أبى طالب][٧] ﷺ قال : فخيرنى على ثلاثا كلهن أختار أمى ومعى أخ لى صغير، فقال على : وهذا إذا بلغ مبلغ هذا خُيِّرَ .

---

(١) فى ك: «عن» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٢) المصنف لعبد الرزاق فى الطلاق (١٢٦٠٦) .
(٣) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .
(٤) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك.
(٥) فى ق : «فصل فى قول» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٦، ٧) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .

[فصل][(١)]

ذكر قول أبى هريرة ﷺ :

قال أبو خَيْثَمة زهير بن حرب : حدثنا سفيان بن عيينة، عن زياد بن سعد، عن هلال بن أبى ميمونة، قال : شهدت أبا هريرة خير غلاما بين أبيه وأمه، وقال : إن رسول الله ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه [(٢)(٣)].

فهذا ما ظفرت به عن الصحابة، وأما الأئمة:

فقال حرب بن إسماعيل : سألت إسحاق بن راهويه إلى متى يكون الصبى 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 :خمس سنين وأنا أحب إلى [(٤)] سبع .

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

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

والثانية : أن الأب أحق به من غير تخيير .

---

(١) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك.

(٢) فى ك، هـ : «وأمته» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م.

(٣) الترمذى فى الأحكام (١٣٥٧)، وقال :«حسن صحيح»، وابن ماجه فى الأحكام (٢٣٥١)، والبيهقى فى الكبرى فى النفقات (٨/ ٣)، وصححه الألبانى .

(٤) فى ك: «إلىَّ إلى» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

والثالثة : الأم أحق به كما قبل السبع .

وأما إن[١] كان أنثى، فإن كان لها دون سبع سنين، فأمها أحق بها بغير[٢] تخيير، وإن بلغت سبعا فالمشهور من مذهبه: أن الأم أحق بها إلى تسع سنين، فإذا بلغت تسعا فالأب أحق بها بغير[٣] تخيير .

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 فى المذهب. هذا تلخيص مذهبه وتحريره .

وقال الشافعى ﷺ : 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[٤] 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 تعتبر البلوغ، وقال مالك : الأم أحق بالولد ذكرا كان أو أنثى حتى يَتَّغِرَ . هذه رواية ابن وهب، وروى ابن القاسم : حتى يبلغ [ولا يخير[٥] بحال .

وقال الليث بن سعد : الأم أحق بالابن حتى يبلغ][٦] ثمانى سنين، وبالبنت حتى تبلغ، ثم الأب أحق بهما بعد ذلك .

---

(١) فى خ: «إذا» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى ك، هـ : «من غير»، وما أثبتناه من خ ، ق ، م.
(٣) فى ك: «من غير» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٤) فى خ ، هـ: «تخيير»، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٥) فى خ، ك : «تخيير» ، وما أثبتناه من ق ، م ، هـ .
(٦) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .

وقال الحسن بن حَيّ : الأم أولى بالبنت حتى يكعب ثدياها، وبالغلام حتى يبقع، فيخيران بعد ذلك بين أبويهما، الذكر والأنثى سواء .

قال المخيرون فى الغلام دون الجارية :

قد ثبت التخيير عن رسول الله ﷺ فى الغلام من حديث أبى هريرة : وثبت عن خلفائه[١] [الراشدين][٢] وأبى هريرة، ولا يعرف لهم مخالف فى الصحابة البتة ولا أنكره منكر . قالوا : وهذا غاية [فى][٣] العدل الممكن، فإن الأم إنما قدمت فى حال[٤] الصغر لحاجة الولد إلى التربية، والحمل، والرضاع، والمداراة[٥] التى لا تتهيأ لغير النساء، وإلا فالأم أحد الأبوين، فكيف تقدم[٦] عليه ؟ فإذا بلغ الغلام حدًّا يعرب عن نفسه، ويستغنى عن الحمل والوضع[٧]، وما تعانيه النساء تساوى الأبوان، وزال السبب الموجب لتقديم الأم، والأبوان متساويان فيه فلا يقدم[٨] أحدهما إلا بمرجح، والمرجح إما من خارج وهو القرعة، وإما من جهة الولد وهو اختياره، وقد جاءت السنة بهذا وهذا، وقد جمعهما حديث أبى هريرة، فاعتبرناهما جميعا، ولم ندفع أحدهما بالآخر .

وقدمنا ما قدمه رسول الله ﷺ ، وأخرنا ما أخره؛ فقدم التخيير لأن القرعة إنما يصار إليها إذا تساوت الحقوق من كل وجه، ولم يبق مرجح سواها، وهكذا فعلنا ها هنا، قدمنا أحدهما بالاختيار، فإن لم يختر أو اختارهما جميعا[٩] عدلنا إلى القرعة، فهذا

---

(١) فى خ، هـ : «الخلفاء» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٢) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .
(٣) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك.
(٤) فى خ : «حالة» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٥) فى خ : «المداواة» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٦) فى ك: «تتقدم» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٧) فى خ : «الرضع» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٨) فى خ، هـ: «تتقدم» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٩) فى ك : «معا» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

لو لم يكن فيه موافقة السنة، لكان من أحسن الأحكام، وأعدلها، وأقطعها للنزاع بتراضي المتنازعين .

وفيه وجه آخر فى مذهب أحمد والشافعى : أنه إذا لم يختر واحدا منهما، كان عند الأم بلا قرعة؛ لأن الحضانة كانت لها وإنما ننقله عنها باختياره، فإذا لم يختر بقى عندها على ما كان .

فإن قيل : فقد قدمتم التخيير على القرعة، والحديث فيه تقديم القرعة [١] 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 الصبى، فيرجح به، فما بال أصحاب أحمد والشافعى قدموا التخيير على القرعة .

قيل : إنما قدم [٢] التخيير [على القرعة] [٣] لاتفاق ألفاظ الحديث عليه، وعمل الخلفاء [الراشدين] [٤] به، وأما القرعة، فبعض الرواة ذكرها فى الحديث [٥]، وبعضهم لم يذكرها، وإنما كانت فى بعض طرق [حديث] [٦] أبى هريرة ﷺ وحده، فقدم التخيير، عليها، فإذا تعذر القضاء بالتخيير تعينت القرعة طريقا للترجيح إذا لم يبق سواها .

ثم قال المخيرون للغلام والجارية :

روى النسائى فى سننه، والإمام أحمد فى «مسنده» من حديث رافع بن سنان [٧] ﷺ

---

(١) فى خ : «للقرعة» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى ك : «تقدم» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٣) ساقط من المطبوع .
(٤) فى ك : «وعمل به الخلفاء الراشدون» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٥) فى هـ : «حديث» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٦) ليست فى ق ، ك ، م ، هـ ، وما أثبتناه من خ.
(٧) فى هـ : «عنان» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.

امر أنه تنازع هو وامرأته فى ابنتهما [١]، وأن رسول الله ﷺ أقعده فى ناحية، وأقعد المرأة ناحية، وأقعد الصبية بينهما، وقال: «ادعواها»، فمالت إلى أمها، فقال رسول الله ﷺ: «اللهم اهدها»، فمالت إلى أبيها فأخذها [٢].

قالوا: ولو لم يرد هذا الحديث، لكان حديث أبى هريرة ﷺ والآثار المتقدمة حجة فى تخيير الأنثى؛ لأن كون الطفل ذكرا لا تأثير له فى الحكم، بل هى كالذكر فى قوله ﷺ: «من وَجَدَ متاعه عند رجل قد أفْلَسَ» [٣] وفى قوله: «من أعتق شِرْكا له فى عَبْدٍ» [٤] بل حديث الحضانة أولى بعدم [٥] اشتراط الذكورية فيه؛ لأن لفظ الصبى ليس من كلام الشارع، إنما الصحابى حكى القصة، وأنها كانت فى صبى، فإذا نُقِّحَ 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 البَتِّى، عن عبد الحميد بن [٦] سلمة، عن أبيه، عن جده، أن أبويه اختصما إلى النبى ﷺ أحدهما مسلم، والآخر كافر، فتوجه إلى الكافر، فقال النبى ﷺ: «اللهم اهده» [٧]

---

(١) فى خ، ق، هـ: «أم أم فى ابنتها»، وما أثبتناه من ك، م.

(٢) تقدم قريبا تخريجه. ولم نقف عليه فى المسند.

(٣) البخارى فى الاستقراض (٢٤٠٢)، ومسلم فى المساقاة (١٥٥٩/ ٢٢)، والترمذى فى البيوع (١٢٦٢)، والنسائى فى البيوع (٤٦٧٦)، ومالك فى الموطأ فى البيوع (٢/ ٦٧٨) (٨٨).

(٤) البخارى فى العتق (٢٥٢٢)، ومسلم فى العتق (١٥٠١/ ١).

(٥) فى خ: «العدم»، وما أثبتناه من، ق، ك، م، هـ..

(٦) فى ك: «عبد المجيد عن»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.

(٧) عبد الرزاق فى المصنف فى الطلاق (١٢٦١٦).

فتوجه إلى المسلم فقضى له به .

قال أبو الفرج بن 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[١] أن الطفل كان فطيما، وهذا قطعا دون السبع، والظاهر أنه دون الخمس، وأنتم لا تخيرون من له دون السبع .

فظهر أنه لا يمكنكم الاستدلال بحديث رافع هذا على [كل][٢] تقدير.

بقى المقام الثانى : وهو إلغاء وصف الذكورة[٣] فى أحاديث التخيير وغيره، فنقول : لا ريب أن من الأحكام ما يكفى فيها وصف الذكورية أو وصف الأنوثية[٤] قطعا، 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 الذكورية فى كل موضع كان له تأثير فيه كالشهادة والميراث والولاية فى النكاح، ويعتبر وصف الأنوثية فى كل موضع يختص بالإناث، أو يقدمن فيه على الذكور كالحضانة، إذا استوى فى الدرجة الذكر والأنثى قدمت الأنثى .

بقى النظر فيما نحن فيه من شأن التخيير، هل لوصف الذكورية فيه تأثير فى ذلك، فيلحق بالقسم الذى تعتبر فيه، أو لا تأثير له فيلحق بالقسم الذى يلغى فيه؟

فلا سبيل إلى جعلها من القسم الملغى فيه وصف الذكورية؛ لأن التخيير ها هنا تخيير شهوة لا تخيير رأى ومصلحة، ولهذا إذا اختار غير من اختاره أوَلاً نُقِل إليه،

---

(١) فى هـ : «أحاديث» . ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٢) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .
(٣) فى خ: «الذكورية» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى ك : «الأنوثة» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

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 تمكن من خلاف ذلك، وإذا كان هذا الوصف معتبرا قد شهد له الشرع بالاعتبار لم يملك إلغاؤه .

قالوا : وأيضًا : فإن ذلك يفضى إلى ألا يبقى[١] الأب موكلا بحفظها، ولا الأم لتنقلها بينهما، وقد عرف بالعادة أن ما يتناوب الناس على حفظه ويتواكلون فيه، فهو إلى ضياع، ومن الأمثال السائرة : لا يصلح القِدْر بين طباخين .

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

فإن قلتم : فهذا بعينه موجود فى الصبى، ولم يمنع ذلك[٢] تخييره.

قلنا : صدقتم، لكن عارضه كون القلوب مجبولة على حب البنين واختيارهم على البنات، فإذا اجتمع نقص الرغبة، ونقص الأنوثية[٣] وكراهة[٤] البنات فى الغالب ضاعت الطفلة، وصارت إلى فساد يعسر تلافيه، والواقع شاهد بهذا، والفقه تنزيل المشروع على الواقع.

وسر الفرق : أن البنت تحتاج من الحفظ والصيانة فوق ما يحتاج إليه الصبى، ولهذا شرع فى حق الإناث من الستر والخفر ما لم يشرع مثله للذكور فى اللباس، وإرخاء الذيل شبرا أو أكثر من ذلك وجمع نفسها فى الركوع والسجود دون

---

(١) فى ق: «إلى أن يبقى» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى ك : «من ذلك» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٣) فى ك: «الأنوثة» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٤) فى ك: «كراهية» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

التجافى، ولا ترفع صوتها بقراءة [القرآن][(١)]، ولا تَرْمُل فى الطواف، ولا تتجرد فى الإحرام عن المخيط، ولا تكشف رأسها، ولا تسافر وحدها . هذا كله مع كبرها ومعرفتها، فكيف إذا كانت فى سن الصغر، وضعف العقل الذى يقبل فيه الانخداع؟

ولا ريب أن ترددها بين الأبوين مما[(٢)] يعود على المقصود بالإبطال، أو يخل به، أو ينقصه؛ لأنها لا تستقر فى مكان معين، فكان الأصلح لها أن تجعل عند أحد الأبوين من غير تخيير كما قاله الجمهور: مالك، وأبو حنيفة، وأحمد وإسحاق، فتخييرها ليس منصوصا عليه، ولا هو فى معناه فيلحق به .

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

قال من رجح الأم :

قد جرت العادة بأن الأب يتصرف فى المعاش، والخروج، ولقاء الناس، والأم فى خدرها مقصورة فى بيتها، فالبنت عندها أصون وأحفظ بلا شك، وعينها عليها ـ دائما ـ بخلاف الأب، فإنه فى غالب الأوقات غائب عن البيت[(٣)]، 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 إن تركها فى البيت وحدها لم يأمن عليها، وإن تركها عند امرأته أو غيرها، فالأم أشفق عليها وأصون لها من الأجنبية .

---

(١) ليست فى ق ، م ، ك ، هـ ، وما أثبتناه من خ.
(٢) فى هـ : «بما» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٣) فى خ، ك : «البنت» ، وما أثبتناه من ق ، م ، هـ .

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[١] إلى امرأة أجنبية تعلمها ذلك، وترديدها[٢] 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 وغيرة 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 بُضْعها البتة، ولا على مالها، فكان من محاسن الشريعة أن تكون عند أمها ما دامت محتاجة إلى الحضانة والتربية، فإذا بلغت حدا تُشْتَهى فيه، وتصلح للرجال، فمن محاسن الشريعة أن تكون عند من هو أغير عليها، وأحرص على مصلحتها، وأصون لها من الأم .

قالوا : ونحن نرى فى[٣] طبيعة الأب وغيره من الرجال من الغيرة، ولو مع فسقه وفجوره ما يحمله على قتل، ابنته، وأخته، ومولیته إذا رأى منها[٤] ما يريبه لشدة الغيرة، ونرى فى طبيعة النساء من الانحلال والانخداع[٥] ضد ذلك .

---

(١) فى خ، ق، ك : «أو إسلامها» ، وما أثبتناه من م ، هـ .
(٢) فى خ، ق، ك : «أو إسلامها» ، وما أثبتناه من م ، هـ .
(٣) فى خ : «من» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى خ : «منهم» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٥) فى خ : «الخداع» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

قالوا : فهذا هو الغالب على النوعين، ولا عبرة بما خرج عن الغالب، على أنا إذا قدمنا أحد الأبوين، فلابد أن نراعى صيانته، وحفظه للطفل، ولهذا قال مالك، والليث : إذا لم تكن الأم فى موضع حرز وتحصين،أو كانت غير مرضية، فللأب أخذ البنت منها،وكذلك الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فى الرواية المشهورة عنه، فإنه يعتبر قدرته على[١] الحفظ والصيانة، فإن كان مهملا لذلك، أو عاجزا عنه، أو غير مرضى، أو ذا دياثة 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 الصبى فى هذه[٢] الحال، فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك لم يلتفت إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له وخير، ولا تحتمل الشريعة غير هذا، ورسول الله ﷺ قد قال : «مُرُوهم بالصلاة لسبع، واضربوهم على تركها لعَشْرٍ، وَفَرِّقُوا بينهم فى المضاجع»[٣]، والله تعالى يقول [فى محكم كتابه العزيز][٤] : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ قُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ وَأَهۡلِيكُمۡ نَارٗا وَقُودُهَا ٱلنَّاسُ وَٱلۡحِجَارَةُ﴾[التحريم : ٦] وقال الحسن : علموهم وأدبوهم وفقهوهم .

فإذا كانت الأم تتركه فى المكتب، وتعلمه القرآن ، والصبى يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه، وأبوه يمكنه من ذلك فأمه أحق به بلا[٥] تخيير ولا قرعة، وكذلك العكس، ومتى أخلَّ أحد الأبوين بأمر الله ورسوله فى الصبى وعطله، والآخر مراع

---

(١) فى ك: «عند» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

(٢) فى ك : «هذا»، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

(٣) أحمد (٢/ ١٨٠)، وصححه الشيخ شاكر (٦٦٨٩)، وأبو داود فى الصلاة (٤٩٥)، وصححه الألبانى .

(٤) ليست فى خ ، ق ، م ، هـ ، وما أثبتناه من ك .

(٥) فى خ، ق، هـ : «فلا» ، وما أثبتناه من ك ، م.

له، فهو أحق وأولى به .

وسمعت شيخنا ـ رحمه الله ـ يقول : تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام، فخيره بينهما، فاختار أباه، فقالت له أمه : سله لأى شيءٍ يختار أباه، فسأله، فقال : أمى تبعثنى كل يوم للكتاب، ويضربنى الفقيه، وأبى يتركنى ألعب مع الصبيان، فقضى به للأم . وقال[١] : أنت أحق به .

قال شيخنا : وإذا ترك أحد الأبوين تعليم الصبى، وأمره الذى أوجبه الله عليه، فهو عاص، ولا ولاية له عليه، بل [كل من لم يقم بالواجب فى ولايته فلا ولاية له، بل][٢] إما أن ترفع يده عن الولاية، ويقام من يفعل الواجب، وإما أن يضم إليه من يقوم معه بالواجب، إذ المقصود [الأعظم][٣] 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 : ومما ينبغى أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام فى تقديم أحد الأبوين مطلقا، ولا تخيير[٤] الولد بين الأبوين مطلقا، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما[٥] مطلقا، بل لا يقدم ذو العدوان والتفريط على البر العادل المحسن، والله أعلم .

---

(١) فى ق : «وقالت» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٢) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .
(٣) ليست فى ق ، ك ، م ، هـ ، وما أثبتناه من خ .
(٤) فى خ : «يخير» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٥) فى خ : «أحدها» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

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

فأما الأول : فيدل عليه قوله ﷺ : «أنتِ أحقُّ به» ولم يخيره.

وأما المقام الثانى . فما رويتم من [أحاديث] [1] التخيير مطلقة لا تقييد فيها، وأنتم لا تقولون بها على إطلاقها، بل قيدتم التخيير بالسبع فما فوقها، وليس فى شىء من الأحاديث ما يدل[2] 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 سقانى من بئر أبى عنبة، 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 أنه 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 اثَّغَرَ[3] فالأب أحق به .

---

(١) فى ك : «الأحاديث فى التخيير» ، وما أثبتناه من خ، ق ، م ، هـ .

(٢) فى خ : «دل» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

(٣) فى ق : «تغير»، وفى خ ، ك : «إذا ثغر» ، وما أثبتناه من م ، هـ. والاثَّغار : سقط سنّ الصبى ونباتها، والمراد به هنا البنات بعد السقوط .

فنقول : النبى ﷺ قد حكم لها به ما لم تنكح، ولم يفرق بين أن تنكح قبل بلوغ الصبى السن الذى يكون عنده أو بعدها[١]، وحينئذ فالجواب يكون مشتركا بيننا وبينكم، ونحن فيه على سواء، فما أجبتم به أجاب به منازعوكم سواء، فإن[٢] أضمرتم أضمروا، وإن قيدتم قيدوا، وإن خصصتم خصصوا.

وإذا تبين هذا فنقول : الحديث اقتضى أمرين :

أحدهما : أنها لا حق لها فى الولد بعد النكاح .

والثانى : أنها أحق به ما لم تنكح.

وكونها أحق به له حالتان :

إحداهما[٣] : 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 التخيير، ولو حمل على إطلاقه، وليس بممكن البتة لاستلزم ذلك إبطال أحاديث التخيير، وأيضا، فإذا كنتم قد قيدتموه بأنها أحق به إذا كانت مقيمة، وكانت حرة ورشيدة وغير ذلك من القيود التى لا ذكر لشىء منها فى الأحاديث البتة، فتقييده بالاختيار الذى[٤] 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، فحمله على البالغ إخراج له عن حقيقته إلى مجازه بغير موجب ولا قرينة صارفة .

---

(١) فى هـ : «عندها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٢) فى خ: «فما» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى ك : «أحدهما» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٤) فى ق: «التى» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

الثانى : أن البالغ لا حضانة عليه، فكيف يصح أن يخير ابن أربعين سنة بين أبوين[١]؟ هذا من الممتنع شرعا وعادة، فلا يجوز حمل الحديث عليه .

الثالث : أنه لم يفهم أحد من السامعين أنهم تنازعوا فى 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 فى العادة، ولا العرف، ولا الشرع، أن يتنازع الأبوان فى رجل كبير بالغ عاقل، كما لا يعقل فى الشرع تخيير من هذه حاله بين أبويه .

الخامس : أن فى بعض ألفاظ الحديث أن الولد كان صغيرا لم يبلغ، ذكره النسائى، وهو حديث رافع بن سنان، وفيه : فجاء ابن لها صغير لم يبلغ، فأجلس النبى ﷺ الأب ها هنا، والأم ها هنا، ثم خيره .

وأما قولكم : إن بئر أبى عنبة على أميال من المدينة، فجوابه: بمطالبتكم[٢] أولا : بصحة هذا الحديث ومن ذكره، وثانيا : بأن مسكن هذه المرأة كان بعيدا من 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 البوادى يستقى أولادهم الصغار من آبار هى أبعد من ذلك .

وأما تقييدنا له بالسبع، فلا ريب أن الحديث لا يقتضى ذلك، ولا هو أمر مجمع عليه، فإن للمخيرين[٣] قولين:

أحدهما : أنه[٤] يخير لخمس، حكاه إسحاق بن راهويه، ذكره عنه حرب فى

---

(١) فى خ : «أبويه» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى ق ، م: «لمطالبتكم» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .
(٣) فى ك: «فإن المخيرين على قولين» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٤) فى ك، هـ : «أن » ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م.

«مسائله»، ويحتج لهؤلاء بأن الخمس هى السن التى يصح فيها سماع الصبى، ويمكن أن يعقل فيها، وقد قال محمود بن الربيع : عقلت عن النبى ﷺ مُجَّةً مَجَّهَا فى فىَّ، وأنا ابن خمس سنين .

والقول الثانى : أنه إنما يخير لسبع وهو قول الشافعى وأحمد وإسحاق رحمهم الله، ويحتج لهذا القول بأن التخيير يستدعى التمييز والفهم، ولا ضابط له فى الأطفال، وضبط بمظنته وهى السبع، فإنها أول سن التمييز، ولهذا جعلها رسول الله 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 : صغير لم يبلغ، وبالله التوفيق.

فصل

وأما قصة ابنة حمزة، واختصام[1] على وزيد وجعفر رضى الله عنهم فيها، وحكم رسول الله ﷺ بها لجعفر، فإن هذه الحكومة كانت عقيب فراغهم من عمرة القضاء، فإنهم لما خرجوا[2] من مكة، تبعتهم ابنة حمزة تنادى: يا عم، يا عم، فأخذ على بيدها، ثم تنازع فيها هو وجعفر وزيد، وذكر كل واحد من الثلاثة ترجيحا[3]، 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[4] جعفر دون مرجح الآخرين، فحكم له، وجبر كل

---

(١) فى ق : «اختصاص» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى ك : «فإنه لما خرج» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٣) فى ق : «وكل يذكر ترجيحا» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى ق، ك، هـ : «مرجحين» ، وما أثبتناه من خ ، م.

واحد منهم، وطيب قلبه بما هو أحب إليه من أخذ البنت .

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

وأما مرجح القرابة ها هنا، وهى بنوة العم، فهل يستحق بها الحضانة؟ على قولين .

أحدهما : يستحق بها وهو [١] منصوص الشافعى، وقول مالك وأحمد وغيرهم؛ لأنه عصبة وله ولاية بالقرابة [٢]، فقدم على الأجانب كما يقدم عليهم فى الميراث وولاية النكاح وولاية الموت، ورسول الله ﷺ لم ينكر على جعفر وعلى ادعاءهما حضانتها [٣]، 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، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، وهو مخالف لنصه وللدليل، فعلى قول الجمهور ـ وهو الصواب ـ إذا كان الطفل أنثى، وكان ابن العم محرما لها برضاع أو نحوه، كان له حضانتها، وإن جاوزت السبع، وإن لم يكن محرما فله حضانتها صغيرة حتى تبلغ سبعا، [فإذا بلغت سبعا] [٤] فلا يبقى له حضانتها بل تسلم إلى محرمها أو امرأة ثقة، وقال أبو البركات فى محرره : لا حضانة له ما لم يكن محرما برضاع أو نحوه .

فإن قيل : فالحكم بالحضانة من رسول الله ﷺ فى هذه القصة هل وقع للخالة أو لجعفر ؟

---

(١) فى ك: «هى» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٢) فى خ، ك : «القرابة» ، وما أثبتناه من ق ، م ، هـ .
(٣) فى ق : «حضانتهما» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٤) ساقط من المطبوع .

قيل : هذا مما اختلف فيه على قولين: منشؤهما اختلاف ألفاظ الحديث فى ذلك، ففى صحيح البخارى من حديث البراء : فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها[١] .

وعند أبى داود : من حديث رافع[٢] بن عُجير، عن أبيه، عن على فى هذه القصة «وأما الجارية، فأقضى[٣] بها لجعفر تكون مع خالتها، وإنما الخالة أم»[٤] ثم ساقه من طريق عبد الرحمن بن أبى ليلى، وقال : قضى بها لجعفر؛ لأن خالتها عنده، ثم ساقه من طريق إسرائيل عن أبى إسحاق عن هانئ بن هانئ وهُبيرة بن يَرِيم[٥]، وقال : فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها، وقال : «الخالة بمنزلة الأم»[٦] .

واستشكل كثير من الفقهاء هذا وهذا، فإن القضاء إن كان لجعفر فليس محرما لها، وهو وعلى سواء فى القرابة منها، وإن كان للخالة فهى مزوجة، والحاضنة إذا تزوجت سقطت حضانتها، ولما ضاق هذا على [محمد][٧] بن حزم طعن فى القصة بجميع طرقها، وقال : أما حديث البخارى، فمن رواية إسرائيل، وهو ضعيف، وأما حديث هانئ وهبيرة فمجهولان، وأما حديث ابن أبى ليلى فمرسل، وأبو فروة الراوى عنه هو مسلم بن سالم الجهنى ليس بالمعروف، وأما حديث نافع بن عجير، فهو وأبوه مجهولان، ولا حجة فى مجهول، قال : إلا أن هذا الخبر بكل وجه حجة على الحنفيين والمالكيين والشافعيين[٨]؛ لأن خالتها كانت مزوجة بجعفر وهو أجمل شاب فى قريش، وليس هو[٩] ذا رحم محرم من بنت حمزة، قال : ونحن لا ننكر

---

(١) البخارى فى الصلح (٢٦٩٩) .
(٢) فى خ، ق، ك، هـ: «نافع» ، وما أثبتناه من م.
(٣) فى خ، م ، هـ: «فقضى» ، وما أثبتناه من ق ، ك .
(٤) أبو داود فى الطلاق (٢٢٧٨)، وصححه الألبانى .
(٥) فى ق: «مريم»، وفى خ، م : «أبى مريم» ، وما أثبتناه من ك ، هـ .
(٦) أبو داود فى الطلاق (٢٢٧٩)، وصححه الألبانى .
(٧) ليست فى ق ، ك ، م ، هـ ، وما أثبتناه من خ .
(٨) فى خ : «الحنفية والمالكية والشافعية» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٩) فى خ : «هذا»، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

قضاءه بها لجعفر من أجل خالتها؛ لأن ذلك أحفظ لها .

قلت : وهذا من تهوره[١] رحمه الله، وإقدامه على تضعيف ما اتفق الناس على صحته، فخالفهم وحده، فإن هذه القصة شهرتها فى الصحاح والسنن والمسانيد والسير والتواريخ تغنى عن إسنادها، فكيف وقد اتفق عليها صاحب الصحيح، ولم يحفظ عن أحد قبله الطعن فيها البتة.

وقوله : إسرائيل ضعيف، فالذى غره فى ذلك تضعيف على بن المدينى 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[٢] كلهم محتجين به.

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

وأما قوله : حديث ابن أبى ليلى مرسل، وأبو فروة الراوى عنه مسلم بن مسلم الجهنى ليس بالمعروف، فالتعليلان باطلان، فإن عبد الرحمن بن أبى ليلى روى عن على غير حديث وعن عمر، ومعاذ رضى الله عنهما، والذى غر أبا محمد أن أبا داود قال : حدثنا محمد بن عيسى، حدثنا سفيان، عن أبى فروة، عن عبد الرحمن[٣] 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

---

(١) فى م : «من ابن حزم من تهوره»، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .
(٢) فى ك : «جماعة» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٣) فى ق : «أبى عبد الرحمن» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

أبوداود وذكر مكان الاحتجاج وأحال على العلم المشهور برواية عبد الرحمن بن أبى ليلى عن على . وهذه القصة قد رواها على وسمعها منه أصحابه[١] : هانئ بن هانئ، وهبيرة بن يريم، وعجير بن عبد يزيد، وعبد الرحمن بن أبى ليلى، فذكر أبو داود حديث[٢] الثلاثة الأولين لسياقهم لها بتمامها، وأشار إلى حديث ابن أبى ليلى؛ لأنه لم يتمه وذكر السند منه إليه، فبطل الإرسال، ثم رأيت أبا بكر الإسماعيلى قد روى هذا الحديث فى مسند على مصرحا فيه بالاتصال، [فقال : أخبرنا[٣] الهيثم بن خلف، حدثنا عثمان بن سعيد المقرى، حدثنا يوسف بن عدى، حدثنا سفيان][٤] عن أبى فروة، عن عبد الرحمن بن أبى ليلى، عن على أنه اختصم هو، وجعفر، وزيد وذكر[٥] الحديث .

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

وأما رمية نافع بن عجير وأباه بالجهالة، فنعم، ولا يعرف حالهما، وليسا من المشهورين بنقل العلم، وإن كان نافع أشهر من أبيه لرواية ثقتين عنه : محمد بن إبراهيم التميمى، وعبد الله بن على، فليس الاعتماد على[٦] روايتهما، وبالله التوفيق، فثبت صحة الحديث .

وأما الجواب عن استشكال من استشكله[٧]، فنقول وبالله التوفيق :

لا إشكال سواء كان القضاء لجعفر، أو للخالة، فإن ابنة العم إذا لم يكن لها

---

(١) فى ق: «أصحاب» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى ك: «الأحاديث»، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٣) فى ك : «أنبأنا» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٤) ليست فى خ ، ق ، وما أثبتناه من ك ، م ، هـ .
(٥) فى خ : «وذكر القصة» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٦) فى خ : «إلا على» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٧) فى م: «أشكله» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .

قرابة سوى ابن عمها جاز أن تجعل[١] مع امرأته فى بيته، بل يتعين ذلك وهو أولى من الأجنبى، لا سيما إن[٢] كان ابن العم مبرزا فى الديانة والعفة والصيانة، فإنه فى هذه الحال أولى من الأجانب بلا ريب .

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

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

وأيضا، فإن المرأة من نسائه لم تكن[٣] 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 فى بيت إحداهن كانت لها الحضانة وهى أجنبية .

هذا إن كان القضاء لجعفر، وإن كان للخالة ـ وهو الصحيح وعليه يدل الحديث الصحيح الصريح ـ فلا إشكال لوجوه :

أحدها : أن نكاح الحاضنة لا يسقط حضانة البنت كما هو إحدى الروايتين عن أحمد وأحد قولى العلماء، حجته هذا الحديث، وقد تقدم سر الفرق بين الذكر والأنثى .

الثانى : أن نكاحها قريبا من الطفل لا يسقط حضانتها وجعفر ابن عمها .

الثالث : أن الزوج إذا رضى بالحضانة وآثر كون[٤] الطفل عنده فى حجره لم

---

(١) فى م : «يجعلها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .
(٢) فى خ : «إذا» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى م : «ما كانت» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، هـ .
(٤) فى خ : «يكون» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

تسقط الحضانة، هذا هو الصحيح، وهو مبنى على أصل وهو : أن سقوط الحضانة بالنكاح هو مراعاة لحق الزوج فإنه يتنغص عليه الاستمتاع المطلوب من المرأة بحضانتها[١] لولد غيره، ويتنكد عليه عيشه مع المرأة ولا يؤمن أن يحصل بينهما خلاف المودة والرحمة، ولهذا للزوج أن يمنعها من هذا مع اشتغالها هى بحقوق الزوج فتضيع مصلحة الطفل، فإذا آثر الزوج ذلك وطلبه وحرص عليه زالت المفسدة التى لأجلها سقطت[٢] الحضانة والمقتضى قائم فيترتب عليه أثره.

يوضحه : أن سقوط الحضانة بالنكاح ليست حقا لله، وإنما هى حق للزوج، وللطفل وأقاربه، فإذا رضى من له الحق جاز فزال الإشكال على كل تقدير[٣]، وظهر أن هذا الحكم من رسول الله ﷺ من أحسن الأحكام، وأوضحها، وأشدها[٤] موافقة للمصلحة والحكمة والرحمة والعدل، وبالله التوفيق .

فهذه ثلاثة[٥] مدارك فى الحديث للفقهاء :

أحدها : أن نكاح الحاضنة لا يسقط حضانتها، كما قاله الحسن البصرى، وقضى به يحيى بن حمزة، وهو مذهب أبى محمد بن حزم .

والثانى : أن نكاحها لا يسقط حضانة البنت ويسقط حضانة الابن، كما قاله [الإمام][٦] أحمد فى إحدى روايتيه .

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

---

(١) فى ك : «بحاضنتها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .
(٢) فى خ : «تسقط» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى خ : «حال» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٤) فى خ : «أشد» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٥) فى ك، هـ : «ثلاث» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م.
(٦) ليست فى ق ، ك ، م ، هـ ، وما أثبتناه من خ.

وفيه مدرك رابع لمحمد بن جرير الطبرى وهو : أن الحاضنة 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» ـ بعد ذكر حديث ابنة حمزة : فيه الدلالة الواضحة على أن قَيِّم الصبية الصغيرة والطفل الصغير من كان قرابتهما من قبل أمهاتهما من النساء، أحقُّ بحضانتهما من عصباتهما[1] من قبل الأب، وإن كن ذوات أزواج غير الأب الذى هما منه، وذلك أن رسول الله ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها فى الحضانة وقد تنازع فيها ابنا عمها: على وجعفر ومولاها، وأخو أبيها الذى كان رسول الله ﷺ آخى بينه وبينه وخالتها يومئذ لها زوج غير أبيها[2]، وذلك بعد مقتل حمزة، وكان معلوما بذلك صحة قول من قال : لا حق لعصبة الصغير والصغيرة من قبل الأب فى حضانته 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 بحضانتهما، 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 أبيها، وإلا فما الفرق ؟

قيل : الفرق بينهما واضح وذلك لقيام الحجة بالنقل المستفيض روايته[3] عن

---

(١) فى ك : «بحضانتها من عصباتها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، م ، هـ .

(٢) فى هـ: «أمها» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.

(٣) فى خ، ق، ك، هـ : «وراثة»، وما أثبتناه من م.

النبى ﷺ: أن الأم أحق بحضانة الأطفال إذا [كانت][١] بانت من والدهما[٢]، ما لم تنكح زوجا غيره، ولم يخالف فى ذلك من يجوز الاعتراض به على الحجة فيما[٣] نعلمه[٤]، وقد رُوِىَ فى ذلك خبرٌ، 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 تنكحى»[٥] من طريق المثنى بن الصباح عنه.

ثم قال: وأما إذا نازعها فيه عصبة أبيه، فصحة الخبر عن النبى ﷺ الذى ذكرنا[٦] 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 النبى ﷺ إنما جعل الخالة أولى منهم[٧] لقرابتها من الأم.

وإذا كان ذلك كالذى وصفنا تبين أن القول الذى قلناه فى المسألتين أصل[٨] إحداهما[٩] من جهة النقل المستفيض، والأخرى من جهة نقل الآحاد العدول، وإذا[١٠] 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[١١] فيه للقياس.

---

(١) ليست فى خ، ق، ك، م، وما أثبتناه من هـ.
(٢) فى ك: «والدها»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.
(٣) فى خ: «نسلمه»، وفى ق: «فما»، وما أثبتناه من ك، م، هـ.
(٤) فى ك: «فعله»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.
(٥) الترمذى فى الأحكام (١٣٥٧)، وقال: «حسن صحيح»، وابن ماجه فى الأحكام (٢٣٥١)، والبيهقى فى الكبرى (٨/ ٣)، وصححه الألبانى.
(٦) فى ك: «ذكرناه»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.
(٧) فى خ: «بها»، وما أثبتناه من ق، ك، م، هـ.
(٨) فى خ: «فى مسألة من أصل»، وما أثبتناه من ق، ك، م، هـ.
(٩) فى ك: «أحدهما»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.
(١٠) فى ك: «فإن»، وما أثبتناه من خ، ق، م، هـ.
(١١) فى ق، هـ: «فلا حض»، وما أثبتناه من خ، ك، م.

فإن قال قائل : زعمتَ أنك إنما أبطلت حق الأم من الحضانة إذا نكحت زوجا غير أبى الطفل، وجعل الأب أولى بحضانتها منه بالنقل المستفيض، فكيف يكون ذلك كما قلت؟ [وقد][١] علمت أن الحسن البصرى كان يقول : المرأة أحق بولدها، وإن تزوجت، وقضى بذلك يحيى بن حمزة .

قيل : إن النقل[٢] المستفيض التى تلزم به الحجة فى الدين عندنا ليس صفته ألا يكون له مخالف، ولكن صفته أن ينقله قولا وعملا من علماء الأمة من[٣] 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[٤] منها، فكان ذلك حجة لازمة غير جائز الاعتراض عليها بالرأى، وهو قول من يجوز عليه الغلط فى قوله . انتهى كلامه .

ذكر ما فى هذا الكلام من مقبول ومردود :

فأما قوله : إن فى الدلالة على أن قرابة الطفل من قبل أمهاته من النساء أحق بحضانته من عصابته 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 أقضى بها لجعفر»، وأما اللفظ الآخر : فقضى بها إلى خالتها وقال : «هى أم» وهو اللفظ الذى احتج به أبو جعفر، فلا يدل على أن قرابة الأم مطلقا أحق من قرابة الأب، بل إقرار النبى ﷺ عليا وجعفرا على دعوى الحضانة يدل على أن لقرابة الأب مدخلا فيها، وإنما قدم الخالة لكونها أنثى من أهل الحضانة، فتقديمها على قرابة الأب، كتقديم الأم على الأب، والحديث ليس فيه لفظ عام يدل على ما ادعاه من أن من

---

(١) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .
(٢) فى ق : «إن كان النقل» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى هـ: «أن» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٤) فى خ : «ابنه» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .

كان من قرابة الأم أحق بالحضانة من العصبة من قبل [الأب][١] حتى تكون بنت الأخت للأم أحق من العم، وبنت الخالة أحق من العم والعمة، فأين فى الحديث دلالة على هذا فضلا عن أن تكون واضحة .

قوله : وكان معلوما بذلك صحة قول من قال : لا حق لعصبة الصغير والصغيرة من قبل الأب فى حضانته[٢] 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 المزوج بالخالة أولى من ابن العم الذى ليس تحته خالة الطفل .

ويبقى تحقيق المناط : هل كانت جهة التعصيب مقتضية للحضانة[٣] فاستوت فى شخصين؟ فرجح أحدهما بكون خالة الطفل عنده وهى من أهل الحضانة، كما فهمه طائفة من الحديث، أو أن قرابة الأم وهى الخالة أولى بحضانة الطفل من عصبة 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[٤]، 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، ورسول الله ﷺ لم يحكم حكما عاما أن سائر أقارب الأم، من كن لا تسقط

---

(١) ليست فى ق ، م ، وما أثبتناه من خ ، ك ، هـ .
(٢) فى خ : «حضانة» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٣) فى خ، هـ : «لحضانته» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.
(٤) فى خ، هـ : «روايته»، وما أثبتناه من ق ، ك ، م.

حضانتهن 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[١] واه، فبناء على ما وصل إليه من طريقه، فإن فيه المثنى بن الصباح ،وهو ضعيف، أو متروك، ولكن الحديث قد رواه الأوزاعى عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، ورواه أبو داود فى سننه .

فصل

وفى الحديث مسلك خامس : وهو أن النبى ﷺ قضى بها لخالتها، وإن كانت ذات زوج؛ لأن البنت تحرم على الزوج تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، وقد نبه رسول الله 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 عمتها، ولا على خالتها» .

وليس عن[٢] رسول الله ﷺ نص يقتضى أن يكون الحاضن ذا رحم[٣] تحرم[٤] عليه البنت على التأبيد حتى يعترض به على هذا المسلك، بل هذا مما لا تأباه قواعد الفقه وأصول الشريعة، فإن الخالة ما دامت فى عصمة الحاضن، فبنت أختها محرمة عليه، فإذا فارقها، [فهى][٥] مع خالتها، فلا محذور فى ذلك أصلا، ولا ريب أن

---

(١) فى ق: «فإنه» ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .
(٢) فى هـ : «على» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٣) فى هـ : «ذا زوج» ، وما أثبتناه من خ ، ق ، ك ، م.
(٤) فى خ: «محرم» ، وما أثبتناه من ق ، ك ، م ، هـ .
(٥) ليست فى ق ، وما أثبتناه من خ ، ك ، م ، هـ .

القول بهذا أخير[١] وأصلح للبنت من رفعها[٢] إلى الحاكم يدفعها إلى أجنبى تكون عنده، إذ الحاكم غير متصد للحضانة بنفسه .

فهل يشك أحد أن ما حكم به النبى ﷺ فى هذه الواقعة هو عين المصلحة والحكمة والعدل، وغاية الاحتياط للبنت والنظر لها، وأن كل حكم خالفه لا ينفك عن جور، أو فساد لا تأتى به الشريعة، فلا إشكال فى حكمه ﷺ، والإشكال كل الإشكال فيما خالفه، والله المستعان، وعليه التكلان .

(١) فى خ، ك ،م، هـ: «خير» ، وما أثبتناه من ق.
(٢) فى خ، ق ، م ، هـ : «دفعها»، وما أثبتناه من ك .

obeikandl.com