

الحضانة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده. أما بعد:

فإن الأصل في الحضانة أنها حق للأم و لا ينتزع الطفل المحضون منها ، إلا إذا سقط حقها في الحضانة بسبب من الأسباب الشرعية ، ولذا فلو أخذ الأب الطفل بدون حكم قضائي ولا إذن من الأم ، وجب إلزامه في الحال برده وتسليمه لأمه ، وله إقامة الدعوى بعد ذلك على الأم للمطالبة به ، ولا يصح أن يقال للأم أقيمي على الأب دعوى للمطالبة به ، لأن الأصل أن الحضانة لها ، ولم يثبت ما يوجب سقوط هذا الحق ، ولأن إقامتها للدعوى تستغرق وقتاً وجهداً ويفوت الحق الذي لها في المدة التي تستغرقها المحاكمة ، ولا يمكن تعويضها عن هذه المدة كما أن الطفل قد يكون رضيعاً وفي حاجة ماسة للعناية والرعاية وحنو الأم ، فمن غير العدل أن تفهم الأم بإقامة الدعوى هي على الأب ، فبودي أن تتفهم الجهات المختصة هذا الأمر المهم حتى لا تضيع الحقوق وتظلم الأمهات ، وهنا مسائل سنذكرها ثم يأتي الترجيح آخرها:

المسألة الأولى : سن الحضانة سبع سنوات ، ثم بعدها يخير الذكر بين أبيه وأمه.

وهذا مذهب أحمد. قضى بذلك عمر وعلي و شريح وهو مذهب الشافعي، وعن أحمد: أبوه أحق. وعن أحمد: أمه أحق.، وقال مالك و أبو حنيفة : لا يخير لكن قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجد بنفسه فالأب أحق به ، و مالك يقول : الأم أحق به حتى يثغر وأما التخيير فلا يصح لأن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدي إلى فساده ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع .

قال الموفق: ولنا ما روى أبو هريرة: ((أن النبي صلى الله عليه و سلم خير غلاماً بين أبيه و أمه)) . رواه سعيد بإسناده و الشافعي وفي لفظ عن أبي هريرة قال : ((جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعتي فقال له النبي صلى الله عليه و سلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت)) فأخذ بيد أمه فانطلقت به . [أخرجه الترمذي وقال : حديث صحيح ، وأبو داود وابن ماجه والنسائي والشافعي وأحمد و عبدالرزاق و البيهقي وصححه ابن حبان والحاكم وابن القطان] ولأنه إجماع الصحابة فروي عن عمر أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه رواه سعيد ، وروي عن عمارة الجرمي أنه قال : خيرني علي بين عمي وأمي وكنت ابن سبع أو ثمان وروي نحو ذلك عن أبي هريرة وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت إجماعاً ولأن التقديم في الحضانة لحق الولد فيقدم من هو أشفق لأن حظ

الولد عنده أكثر واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها فإذا بلغ الغلام حدا يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده فمال إلى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ولأن الأم قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حملة ومباشرته خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره .1.هـ — (التخريج الذي بين القوسين ليس من كلام الموفق)

قال ابن عقيل : مع السلامة من فسادٍ ، فأما إن علم أنه يختار أحدهما ليمكنه من فساد ، ويكره الآخر للأدب لم يعمل بمقتضى شهوته .اهـ .

قال في شرح الإقناع : لأن ذلك إضاعة له .1.هـ انظر المغني (ج ١١/ص ٤١٥-٤١٦) ط — هجر ، والإنصاف (ج ٢٤ / ٤٨٣-٤٨٥) ط دار عالم الكتب ، و الإقناع وشرحه (ج ١٣/ص ١٩٧-١٩٩) ط وزارة العدل ، وزاد المعاد (ج ٥ / ٤٦٧) ط مؤسسة الرسالة .

وأما بالنسبة للأثني فقد اختلف العلماء في ذلك فمنهم من رأى أن الأب أحق بها فتسلم له ، وهذا مذهب أحمد وهو من مفردات مذهبه .

وعن الإمام أحمد: الأم أحق حتى تحيض .ذكرها ابن أبي موسى . قال ابن القيم رحمه الله في ((الهدى)): هي أشهر عن الإمام أحمد رحمه الله وأصح دليلا .1.هـ . وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها حتى تزوج أو تحيض . وقال مالك : الأم أحق بها حتى تزوج و يدخل بها الزوج لأنها لا حكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها فكانت الأم أحق بها كما قبل السبع، وقيل : تخير ، ذكره في الهدى رواية وقال : نص عليها . وقال الشافعي: تخير كالغلام لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كسن البلوغ ، عن الإمام أحمد : تكون عند أبيها بعد تسع وعند أمها قبل ذلك .

قال الموفق : "ولنا أن الغرض بالحضانة الحظ ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي صلى الله عليه و سلم عائشة وهي ابنة سبع ، وإنما تخطب الجارية من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة واقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها لأن الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ولا على سن البلوغ لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها بخلاف مسألتنا ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها لما ذكرنا في دليلنا" .اهـ —

قال ابن القيم : ((قال من رجح الأم: قد جرت العادة بأن الأب يتصرف في المعاش، والخروج، ولقاء الناس، والأم في حدرها مقصورة في بيتها، فالبت عندها أصون وأحفظ بلا شك، وعينها عليها دائما

بخلاف الأب، فإنه في غالب الأوقات غائبٌ عن البنت، أو في مَظَنَّةِ ذلك، فجعلها عند أمها أصون لها وأحفظ.

قالوا: وكل مفسدة يعرضُ وجودها عند الأم، فإنها تعرضُ أو أكثرُ منها عند الأب، فإنه إذا تركها في البيت وحدها لم يأمن عليها، وإن ترك عندها امرأته أو غيرها، فالأم أشفقُ عليها وأصونُ لها من الأجنبية.

قالوا: وأيضاً فهي محتاجة إلى تعلم ما يصلح للنساء من الغزل والقيام بمصالح البيت، وهذا إنما تقوم به النساءُ لا الرجال، فهي أحوجُ إلى أمها لتعلمها ما يصلح للمرأة، وفي دفعها إلى أبيها تعطيلُ هذه المصلحة، وإسلامها إلى امرأة أجنبية تُعلمها ذلك، وترديدها بين الأم وبينه، وفي ذلك تمرين لها على البروز والخروج، فمصلحةُ البنت والأم والأب أن تكونَ عند أمها، وهذا القولُ هو الذي لا نختار (سواه) . ا. هـ

انظر المغني (ج ١١ / ص ٤١٨)، و الإنصاف (ج ٢٤ / ص ٤٩٠ - ٤٩١) ط دار عالم الكتب ، والإقناع وشرحه (ج ١٣ / ص ١٩٤) ط وزارة العدل ، وزاد المعاد (ج ٥ / ص ٤٦٧ - ٤٧٣) ط مؤسسة الرسالة .

وفي الفتاوى السعدية سئل الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي - رحمه الله - من أحق بحضانة الأنثى بعد تمام سبع سنين ؟ فأجاب : المشهور من المذهب : أنها لأبيها ، والرواية الثانية : أنها لأمها . وهذان القولان مع قيام كل منهما بما يجب و يلزم . فأما إذا أهمل أحدهما ما يجب عليه من حضانة ولده، وأهمله عما يصلحه، فإن ولايته تسقط، ويتعين الآخر. والذي أرى في ترجيح أحد القولين : أنه ينظر للمصلحة الراجحة ، فمن كانت المصلحة في حق الصبي بقاؤه عنده ، رجح ، لأن هذا الباب منظور فيه إلى مصلحة المحضون ، حتى قال الفقهاء : ولا يقر المحضون بيد من لا يصونه ويصلحه ، وقدموا من قدموا مراعاة للمصلحة، وبهذا الأصل يتضح ترتيب الفقهاء في الأحق بالحضانة ، ومن هو أولى : أن هذا كله حيث كان للمحضون مصلحة في تقديم المتقدم منهم ، ومن ترك منهم ما يلزم ، سقط حقه . وأما أي القولين أصح في الترتيب ، هل هم قرابة الأم ، أو قرابة الأب ؟ فشيخ الإسلام وابن القيم يقدمان قرابة الأب ، لأنهم هم القرابة المقدمون في كثير من الأحكام . والمذهب تقدم قرابة الأم ، والله أعلم بالصواب من القولين، فإني لم أعرف الراجح منهما ، والله أعلم . ا. هـ انظر الفتاوى السعدية (ج ٧ / ص ٣٩٨) وزاد المعاد (ج ٥ / ص ٤٣٨) ط مؤسسة الرسالة .

المسألة الثانية : هل تسقط حضانة الأم بزواجها ، أم لا؟

نقول : إما أن تكون مزوجة لغير أجنبي فلها الحضانة وهو مذهب أحمد ، قال الموفق : متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فأشبهه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان في الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة قدم بما لذلك . اهـ ، وقيل : لا حضانة لها إلا إذا كانت متزوجة بجد ، وقال في الفروع : ويتوجه احتمال إذا كان الزوج ذا رحم لا يسقط قال في الإنصاف : وما هو بعيد . اهـ .

وإما أن تكون متزوجة لأجنبي ، فقد اختلف العلماء في ذلك : فذهب الإمام أحمد إلى أن الأم إذا تزوجت بأجنبي من الطفل سقطت حضانتها وهو الصحيح من مذهبه مطلقاً ولو رضي الزوج . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن الإمام أحمد : لها حضانة الجارية ، وعن الحسن : أنها لا تسقط بالتزويج بحال ، وهو قول أبي محمد ابن حزم .

و نقل مهنا عن أحمد : إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها قيل له فالجارية مثل الصبي ؟ قال لا الجارية تكون معها إلى سبع سنين فظاهر أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالتها عن الغلام وعن أحمد : عند أمها حتى تبلغ بجيـض أو غيره ، واختار ابن القيم في الهدى أن الحضانة لا تسقط إذا رضي الزوج بناء على أن سقوطها لمراعاة حق الزوج ، ووجه ذلك ما روي أن علياً و جعفرأ وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي : ابنة عمي وأنا أخذتها وقال زيد : بنت أخي لأن رسول الله صلى الله عليه و سلم آخى بين زيد وحمزة وقال جعفر : بنت عمي وعندي خالتها فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " الخالة أم " وفي رواية البخاري : " الخالة بمنزلة الأم " وسلمها إلى جعفر . أخرجه البخاري ٢٢٣/٥ في الصلح ، وهو في سنن الترمذي (١٩٠٥) وأخرجه أبو داود (٢٢٧٨) ، وأحمد (٧٢٠) و(٩٣١) والبيهقي ٦/٨ من حديث علي ورواه أحمد (٢٠٤٠) . بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضانة وهي متزوجة .

قال ابن القيم : ((إذا رضي الزوج بالحضانة ، وآثر كونَ الطفل عنده في حجره ، لم تسقط الحضانة، هذا هو الصحيح، وهو مبني على أصل، وهو أن سقوط الحضانة بالنكاح هو مراعاةً لحقِّ الزوج، فإنه يتنصص عليه الاستمتاع المطلوب من المرأة لحضانتها لولد غيره، ويتنكّد عليه عيشه مع المرأة، ولا يؤمن أن يحصل بينهما خلاف المودة والرحمة، ولهذا كان للزوج أن يمنعها من هذا مع اشتغالها هي بحقوق الزوج، فتضيع مصلحة الطفل، فإذا آثر الزوج ذلك وطلبه، وحرص عليه، زالت المفسدة التي لأجلها سقطت الحضانة، والمقتضي قائم، فيترتب عليه أثره، يوضحه أن سقوط الحضانة

بالنكاح ليست حقاً لله، وإنما هي حقٌّ للزوج وللطفل وأقاربه، فإذا رضيَ من له الحق جاز، فزال الإشكال على كل تقدير، وظهر أن هذا الحكمَ من رسولِ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من أحسن الأحكام وأوضحها وأشدّها موافقة للمصلحة، والحكمة، والرحمة، والعدل، وباللَّه التوفيق)). ا.هـ زاد المعاد (ج ٥/ص ٤٨٤) ط - مؤسسة الرسالة .

قال الموفق : والرواية الأولى هي الصحيحة قال ابن أبي موسى : وعليها العمل لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم للمرأة : (أنت أحق به ما لم تنكحي) [أخرجه أبو داود (٢٢٧٦) في الطلاق : باب من أحق بالولد ، وأحمد (٦٧٠٧) وسنده حسن] ولأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحظ له ولأن منافعتها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة ، فأما بنت حمزة فإنما قضى بما لحالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى وظاهر قول الخرقى أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك لأن به تشتغل عن الحضانة .

ووجه الأول قول النبي صلى الله عليه و سلم : (أنت أحق به ما لم تنكحي)، وقد وجد النكاح قبل الدخول ولأن بالعقد يملك منافعتها ويستحق زوجها منعها من حضانتها فزال حقها كما لو دخل بها . ا.هـ — (التخريج الذي بين القوسين ليس من كلام الموفق) انظر المغني (ج ١١ / ص ٤٢٠-٤٢٢) (ط هجر ، و الإنصاف (ج ٢٤ / ص ٤٧٢ - ٤٧٤) ط دار عالم الكتب ، وزاد المعاد (ج ٥/ص ٤٥٤-٤٥٥) ط - مؤسسة الرسالة .

وفي الفتاوى السعدية سئل الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي - رحمه الله - إذا تزوجت بأجنبي ، فهل لها حضانة ؟ فأجاب : المذهب : لا ، والصحيح أنه إذا رضي فحقها باق ، لأن سقوط حقها لأجل قيامها بحقه ، فإذا رضي ببقائها على حقها ، فهي باقية ، وهذا قياس المذهب في جميع الحقوق . ا.هـ انظر الفتاوى السعدية (ج ٧ / ص ٣٩٨) .

المسألة الثالثة : هل حق الحضانة يستمر مع عدم صلاحية الحاضن للحضانة ، أم لا ؟

قال في زاد المستقنع وشرحه (ج ٧/ص ١٦٠) : ولا يقر محضون بيد من لا يصونه ويصلحه ، لفتوات المقصود من الحضانة . ا.هـ .

قال في حاشية ابن قاسم : أي يصونه عما يفسد أخلاقه، ويصلح تربيته بعمل مصالحه، قال: الشيخ وابن القيم وغيرهما: التخيير والقرعة لا يكونان إلا إذا حصلت به مصلحة الولد، وكون كل من الوالدين نظير الآخر، فلو كانت الأم أصون من الأب وأغبر منه، قدمت عليه، ولا التفات إلى قرعة، ولا اختيار الصبي في هذه الحالة، فإن الصبي ضعيف العقل، يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك، فلا التفات إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له، ولا تحتل الشريعة غير هذا. والنبي صلى الله عليه وسلم قال: «مروهم بالصلاة لسبع، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع» والله يقول: { قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ } فإذا كانت الأم تتركه في المكتب، أو تعلمه القرآن والصبي يؤثر اللعب، ومعاشرة أقرانه، وأبوه يمكنه من ذلك فإنها أحق به، ولا تخيير ولا قرعة، وكذلك العكس. اهـ.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : وأحمد وأصحابه إنما يقدمون الأب إذا لم يكن عليها في ذلك ضرر، فلو قدر أن الأب عاجز عن حفظها وصيانتها أو مهمل لا اشتغاله عنها، أو قلة دينه والأم قائمة بحفظها وصيانتها، فإنها تقدم في هذه الحال، فمع وجود فساد أمرها مع أحدهما فالآخر أولى بما بلا ريب ، حتى الصغير إذا اختار أحد أبويه وقدمناه إنما نقدمه بشرط حصول مصلحته وزوال مفسدته . اهـ نقله عنه في الروض المربع ، وحاشية ابن قاسم (ج ٧/ص ١٦٢-١٦٣)، ومجموع الفتاوى (ج ٣٤/ص ١٣١).

قال ابن القيم : ((وسمعت شيخنا - يعني ابن تيمية - رحمه الله يقول: تنازع أبوان صبيًا عند بعض الحكام، فخيرَهُ بينهما، فاختر أباه، فقالت له أمه: سلَّهُ لأي شيء يختار أباه، فسأله، فقال: أُمِّي تبعثني كل يوم للكتاب، والفقير يضربني، وأبي يتركني للعب مع الصبيان، ففضي به للأم. قال: أنتِ أحق به.

قال شيخنا: وإذا ترك أحد الأبوين تعليم الصبي، وأمره الذي أوجبه الله عليه، فهو عاصٍ، ولا ولاية له عليه، بل كلُّ 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 يقومُ معه بالواجب، إذ المقصودُ 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 الضرة، فالحضانة هنا للأم قطعاً، قال: وما ينبغي أن

يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقاً، ولا تخير الولد بين الأبوين مطلقاً، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقاً، بل لا يقدم ذو العُدوان والتفريط على البرّ العادل المحسن، القائم بالواجب . والله أعلم. اهـ - وزاد المعاد (ج ٥/٤٧٥-٤٧٦)، ومجموع الفتاوى (ج ٣٤/ص ١٣١-١٣٢).

الترجيح :

قلت والراجح والله أعلم أن الذكر متى ما بلغ سبع سنين فإنه يخير بين أبيه وأمه ، كما جاء في الحديث ، ولا يجوز العدول عن قول النبي صلى الله عليه وسلم متى ما صح .

أما بالنسبة للأنتى فإنها تكون عند أمها حتى تنزوج لأن أمها أحرص عليها وأشفق بها من غيرها ، وهي في هذا السن تحتاج إلى المحافظة والمراقبة ، فالأب لو أخذها لسلمها لزوجته لانشغاله خارج البيت بطلب الرزق غالب الأوقات ، وتركها عند امرأة أبيها فيه من المفاصد مالا يخفى من الإساءة إليها وعدم الاهتمام بها ، مما يساعد على انحرافها وخاصة في هذا الزمن الذي كثرت فيه المسؤوليات وتنوعت أسباب الانحراف ، من كثرة الخروج من البيت ووسائل الاتصال المتنوعة ، ومع هذا كله لا يُقرّ المحضون عند من لا يصونه ولا يصلحه ، سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما حسب ما تقدم من كلام أهل العلم ، بل لا بد من مراعاة مصلحة المحضون ولو على حساب تقديم حق الحاضن في الحضانة ، وأما تعليل الموفق بأن الأب هو الذي يتولى تزويجها ، فهو تعليل ضعيف ، فإنه من الممكن أن يتولاه الأب ولو كانت عند أمها ، كما أن الراجح من أقوال أهل العلم ، أن حق الأم في الحضانة لا يسقط ولو تزوجت بأجنبي عن المحضون إذا رضي الزوج كما اختاره ابن القيم والشيخ عبدالرحمن السعدي وغيرهم ، والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه .

أملاه الفقير إلى ربه المنان

عبدالمحسن بن ناصر العبيكان