رابطة العالم الإسلامي
المجمع الفقهي الإسلامي

جامعة أم القرى - مكة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

ندوة
أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة

التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة
بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى
عام ١٤٣٦هـ

مستحقو الحضانة

د. محمد بن أحمد بن صالح الصالح
أستاذ الدراسات العليا
عضو المجلس العلمي بجامعة الإمام
عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر وعضو الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

أبيض

يأتي البحث في تمهيد وعدد من المباحث

- تمهيد: في تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً.
- المبحث الأول:شروط الحضانة.
- المبحث الثاني:آراء الفقهاء في حق الحضانة: هل هو للحاضن أو للمحضون أو لهما؟
- المبحث الثالث: من له حق الحضانة عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية – ﷺ –
- المبحث الرابع: آراء الفقهاء في بيان من له حق الحضانة.
- المبحث الخامس: آراء الفقهاء في ترتيب من له الحق في الحضانة.
- المبحث السادس: السفر بالمحضون عند ابن تيمية.
- المبحث السابع: وقت حضانة الطفل ووقت ضمه ومن له حق الضم.
- المبحث الثامن:الصبي المميز يخير.
- المبحث التاسع:آراء الفقهاء في الصبي المميز.
- المبحث العاشر:أمثلة لقضايا الحضانة في المحاكم.
- الخاتمة.

أبيض

تمهيد

تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً

لقد عنيت الشريعة الإسلامية ببناء المجتمع الإسلامي بناء سليماً قائماً على دعائم ثابتة وأسس راسخة؛ وذلك بحماية الأفراد وتربية الأولاد تربية تحميهم من الضياع، وتحفظهم من التشرد.

ولقد جاءت الشريعة بالعناية بالأسرة، ورسمت لها الطريق السوي كي يدوم الصفاء، وتستمر الألفة والمحبة، وتسود الرحمة والمودة، وحينئذ يعيش الأولاد في أحضان الأبوين عيشة كريمة بعيدة عن المنغصات والكدر والشحناء.

ولكن عندما تنفصم عرى الزوجية، وينفصل الزوجان لا تترك الشريعة الأولاد للضياع والتشرد والعيش على هامش المجتمع، وإنما تعمل على حمايتهم وتربيتهم، وإحاطتهم بسياج من الحفظ والرعاية، حتى يصلوا إلى مرحلة تمكنهم من الاعتماد على أنفسهم، وإدراك مصالحهم وهذا ما يعرف بالحضانة.

ولقد جاءت الشريعة في هذا الباب بتعاليم سامية ووصايا حكيمة، تأتي في الجو الملبد بالنزاع، المليء بالخصومات بين الزوجين، فتفتح الأنفس على الخير وتلفتها إلى المعروف، وتبصرها بمصلحة الطفل الناشئ الذي هو ثمرة مشتركة بين الزوجين، يهمهما أمره، وينشدان سعادته.

والأوامر والتوجيهات الواردة بهذا الشأن تكشف عن عناية الإسلام بهذه المرحلة القلقة، واهتمامه برفع العوائق وإزالة العقبات من طريق الطفل ليتربى وينشأ نشأة سليمة، بعيدة عن الضغائن والأحقاد والكراهية والبغضاء، وتنأى به عن العادات الممقوتة كالكذب والنفاق وسوء الأخلاق.

ومرحلة الحضانة هذه قد حافظ فيها الإسلام على إصلاح الولد أولاً، وعطف فيها على الأم ثانياً؛ رعاية لحنانها، وتقديراً لعاطفتها الجياشة التي ترى في الولد جزءاً منها حقاً، والتي يمثل مسها وريحها وريقها أحلى من الشهد عند

غيرها، فجعل للأم ثم لقرابتها الأقرب فالأقرب حضانة الطفل حتى يبلغ سبع سنين، وبعدها يدخل مرحلة أخرى يصدر فيها حكم يجعله لأبيه أو لأمه أو يخير بينهما، وذلك عدل ورحمة ووضع للأمور في مواضعها.

بيان معنى الحضانة وتعريفها:

الحضانة في اللغة: هي ضم الشيء إلى الحضن، وهو الجنب أو الصدر والعضدان وما بينهما، يقال: حضن الطائر أفراخه واحتضنها: إذا ضمها إلى جناحه، وحضنت الأم طفلها: ضمته إلى جنبها أو صدرها، ومن معانيها النصرة والإيواء. يقال: حضنه واحتضنه أي آواه ونصره[1].

الحضانة في اصطلاح الفقهاء: هي التزام الطفل لتربيته والقيام بحفظه، وإصلاح شأنه في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعاً، وهي حق للأم ثم لمحارمه من النساء[2].

وللحضانة شأن آخر خلاف الإرضاع، ولها أحكام تخالف أحكام الإرضاع.

نطاق تطبيق أحكام الحضانة:

لا يرد تطبيق أحكام الحضانة غالباً إلا في حالة الفرقة بين الزوجين، ووجود أولاد دون السن التي يستغني فيها الصغير عن النساء، وذلك أن الولد يحتاج إلى نوع من الرعاية والحماية والتربية والقيام بما يصلحه.

الحضانة حق واجب:

لقد تقرر أن الحضانة تعني حفظ الصغير ورعايته والقيام على تربيته فهل تعد الحضانة لذلك حقاً للولد، وواجب على الحاضنة فتجبر عليها، أم تعد حقاً لها فيمكنها التنازل عنها؟

للإجابة عن هذا السؤال نقول: إن الأم أحق بحضانة طفلها ما لم يمنع من

---

(١) الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، باب النون فصل الحاء، القاموس المحيط، باب النون فصل الحاء ، بتصرف.

(٢) الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، د/ عبد الرحمن تاج (٤٥٠)، الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة،ص٤٧٤.

ذلك مانع، فإذا تمسكت به أجيبت إليه، وإذا تنازلت عنه عند وجود من يصلح له صح ذلك التنازل، وهذا يعني أنه حق لها، وإذا لم يوجد من يصلح له أجبرت عليه، وإذا استعاضت عنه بشيء لا يصح، وهذا يعني أنه واجب عليها.

وعلى هذا نستطيع أن نقول: إنه حق لكل من الحاضنة والمحضون، وإن كان في جانب المحضون أقوى؛ لأنه يجب توافره له في كل حال، سواء وجدت حاضنة واحدة، أو تعددت الحاضنات، فإن لم يكن له إلا حاضنة واحدة تعين عليها فيكون واجباً لا مجرد حق.

ويتفرع على كون الحضانة حقاً للصغير الأحكام الآتية[1]:

١- إذا تعينت الحاضنة أما كانت أو غير أم أجبرت عليها إذا امتنعت عنها حتى لا يفوت على الصغير حقه.

٢- إذا خالعت الأم زوجها على أن تترك حضانتها لولدها وتتركه لأبيه صح الخلع وبطل الشرط؛ لأنه يبطل حق الصغير في الحضانة، وهي وإن ملكت إبطال حقها فيها فلا تملك إبطال حق الصغير.

٣- إذا صالحت زوجها على إسقاط حقها في الحضانة في مقابلة دين عليها له كان صلحاً باطلاً؛ لأنه يترتب عليه إسقاط حق الصغير، ولذلك لو صالحته على إسقاط حقها في أجرة الحضانة في مقابلة الدين صح ذلك الصلح؛ لأن الأجرة حق خالص لها.

ويتفرع على كونها حقاً للحاضنة ما يلي:

(أ) ليس للأب ولا لغيره أن ينزع الصغير من صاحبة الحق في حضانته، ليعطيه لحاضنة أخرى تليها في هذا الحق إلا بمسوغ شرعي؛ لأن نزعه منها في هذه الحالة تفويت لحقها في الحضانة.

(ب)إذا كانت المرضع غير الحاضنة وجب عليها إرضاعه على وجه لا يفوت

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام، د. محمد مصطفى شلبي ص٧٣٤.

حق الحاضنة، بأن ترضعه عندها أو ينقل إليها الطفل وقت الرضاعة ثم يـرد إلى حاضنته.

(ج) لا تجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا امتنعت عنها عنـد وجـود حاضـنة أخرى تقبلها؛ لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه[1].

(١) المصدر السابق.

المبحث الأول
شروط الحضانة

لما كانت الحضانة من الأهمية بحيث يعتمد عليها الطفل في مستقبله،ولها شأن في تكوينه وبناء شخصيته، كان لابد من توافر شروط تؤهل الشخص للحضانة.

فيشترط لثبوت الحق في الحضانة ما يلي:

أولاً: ألا تكون الأم متزوجة حتى تفرغ للطفل وتتعهده، مع أهليتها للتحمل ونظافة سلوكها، وصلاح دينها، وذلك توفيراً للجو الصالح الذي يكفل للولد نشأة مستقيمة، وغير الأم من النساء يشترط ألا تكون متزوجة بأجنبي من المحضون؛ لأن الولد إذا فقد حنان الأبوين باجتماعهما فلا أقل من أن يكون بعيداً عمن يبغضه، ويكون مظنة لإيذائه، فالأجنبي لن يطعمه إلا نزراً ولن ينظر إليه إلا شزراً[1].

ثانياً: يشترط فيمن تستحق الحضانة من النساء أن تكون وارثة، أو مدلية بوارث، وذلك بأن تكون ذات رحم محرم للطفل كأمه وأخته وخالته وعمته، فلا حضانة للقريبة غير المحرم كبنت العم وبنت الخال وبنت الخالة، ولا للمحرم غير القريبة كالمحارم من الرضاع والمصاهرة، وإن كان رجلاً اشترط أن يكون من العصبة[2].

ثالثاً: الحرية؛ فإن المملوك مشغول بخدمة سيده.

رابعاً: البلوغ ؛ فإن الصغير أو الصغير مع التمييز والعقل لا تحسن رعاية الطفل والقيام بما يصلحه.

خامساً: العقل؛ فإن الإنسان في حالة الجنون والعته[3] يحتاج إلى رعاية وولاية فكيف يقوم بتربية الغير؟

---

(١) الاختيارات ص٢٨٨.

(٢) الاختيارات ص٢٨٧، بدائع الصنائع(٤/ ٤١).

(٣) الجنون زوال العقل والعته آفة تصيب العقل تفقده صحة الفهم وحسن الإدراك.

سادساً: الأمانة، فإذا كان هـذا القريـب معروفـاً بالإهمـال، وعـدم الشـعور بالمسؤولية، و يعجز عن القيام بالواجب نحو الطفـل، فـلا حـق لـه في الحضـانة، فيجب أن يكون الطفـل في حضـانة مـن يرعـاه، ويحـرص عـلى غذائـه وحمايتـه، والمحافظة عليه من كل ما يعرضه للأذى من مرض وغيره.

سابعاً: العدالة (ضد الفسق فالفاقس مرذول مردود الشهادة مسلوب الوليـة سيئ الحظ في الدنيا والآخرة ناقص عند الله وعند النـاس)، وإذا كانـت الحضـانة لغير الأبوين، فإذا كان الرجل أو المرأة معروفاً أو معروفة بسوء السـلوك بحيـث يخشى على الطفل الانحراف إذا ترك عندها، فلا يكون لها حـق حضـانته، أمـا إذا كان لا يترتب عليه ضياع الطفل فإنه يبقى عندها إلى الحد الذي يخشى فيه أن يتأثر بفعلها وحينئذ ينزع منها.

ثامناً: القدرة على التربية، فإذا كان القريب مريضاً أو هرماً أو سجيناً فلا حق له في الحضانة.

تاسعاً: ألا يكون القريب مرتداً، فالمرتد لا حق له في الحضانة؛ لأنه لا يـؤمن على الولد؛ فقد يعمل على تغيير دينه، وطبعه على أخلاقه.

عاشراً: اتفاق الدين بين الحاضن والمحضون، إذا كان الحاضن رجلاً فلا بـد من اتفاق الدين بينهما، أما إذا كانت الحاضنة امرأة فيجوز لها القيام بالحضانة مـع اختلاف الدين حتى يعقل الأديان، ويخشى عليه التأثر بدينها فينزع منها.

والحضانة من أقوى أسباب الموالاة التي قطعها الله بـين المسـلمين والكفـار، ومعلوم أن الولد يتبع خير أبويه في الدين، ومن المعلوم أنه لا حضانة لكـافر عـلى مسلم عند بعض العلماء.

المبحث الثاني
آراء الفقهاء في حق الحضانة:
هل هو للحاضن أو للمحضون أو لهما؟

اختلف العلماء في ذلك فالرأي الأول: يرى أنها حق للصغير ويتفرع على هذا أنه لا يملك القائم بها الامتناع عنها؛ لأنه يؤدي حقاً لغيره فإذا امتنع أجبر عليه.

وعلى هذا لا يجوز للأم أن تصالح الأب على إسقاط حضانتها في مقابل مال يدفعه إليها؛ لأنها حين تفعل ذلك تفوت حقاً للصغير لا تملك هي إسقاطه، فلا يجوز المصالحة عليه ولا تستحق البدل المعين له، وكذلك لا يجوز لها أن يخالعها الزوج به، فإن فعلت صح الخلع وبطل البدل، وذلك ظاهر الرواية عند الحنفية[1]، وفي قول عند المالكية مستدلين بقوله تعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ**﴾ (البقرة: ٢٣٣).

الرأي الثاني: أنها حق للحاضن فلا يجبر عليها إذا امتنع عنها، شأن كل صاحب حق فلا يجبر على استيفائه، ولا يجوز للأب أن ينقل الصغير من محل إقامة الحاضن له؛ لأن ذلك يضيع حقه، وكذلك لا يجوز للأب أن ينتزع الصغير من حاضنته ليعطيه غيرها، إلا إذا فقدت شرطاً من شروط الحضانة، وترضعه المرضع في منزل الحاضنة حفظاً لحقها، وهذا رأي الحنابلة والمالكية في المشهور عندهم[2].

الرأي الثالث: الجمع بين الرأيين السابقين، أي أن تكون الحضانة حقاً للحاضن والمحضون، فإذا لوحظ حق الصغير أجبرت الأم عليها تفادياً من ضياع مصلحته، وكذلك هي حق للحاضنة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها، وهذا رأي الشافعية، وبعض الحنفية[3].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار (٣/ ٥٥٩).

(٢) المغني لابن قدامة: (١٠/ ١٢٠)، حاشية الدسوقي: ٢/ ٥٣٥.

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٤٥٦)، رد المحتار على الدر المختار (٣/ ٥٦٠).

الخلاصة: أن الحضانة حق للحاضنة وحق للطفل أيضاً، فالأم لها حق حضانته ما لم تتزوج لا ينازعها فيها أحد متى كانت أهلاً لذلك، والطفل له حق أن يكون محضوناً عند محرم ترعاه وتشفق عليه، فحقه في الحضانة غير عيني، أي أنه لا يتعلق بحاضنة معينة متى كان هناك عدد من المحارم أهل للحضانة، فإذا كان له أم وجدة وخالة وعمه وكن جميعاً أهلاً للحضانة، كان حقه الحتمي أن يكون محضوناً عند واحدة من هؤلاء، ولا يتعين حقه عند الأم، فلا تجبر حينئذ على حضانته متى أمكن أن تحضنه واحدة من الأخريات، أما إذا امتنعن عن حضانته ولم يكن هناك إلا الأجنبيات، أو القريبات غير المحارم ففي هذه الحالة تجبر الأم على حضانته، ويتعين حقه في الحضانة حينئذ عند الأم حتى لا يضيع، وكذلك إذا كان محارمه غير أهل للحضانة فإنهن يكن بمنزلة المعدومات، ويتعين حقه على الأم فتجبر عليه.

قال الإمام ابن القيم-رحمه الله-: (الصحيح، أن الحضانة حق لها، وعليها إذا احتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها، وإن اتفقت هي وولي الطفل على نقلها إليه جاز، والمقصود أن قوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي» دليل على أن الحضانة حق لها)[1].

(١) زاد المعاد (٤/ ٢٥٢).

المبحث الثالث
من له حق الحضانة
عند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية - رضي الله عنه -

الأصل في الحضانة أن تكون للنساء؛ لأن المرأة أقدر وأصبر من الرجل على تربية الطفل، ولكن النساء لسن في مرتبة واحدة في استحقاق الحضانة، بل بعضهن أحق بها من بعض بسبب تفاوتهن في الشفقة والعطف على الصغير.

فأولى النساء بحضانة الطفل أمه النسبية، سواء أكانت زوجتيها لأبيه قائمة أم لا، متى توافرت فيها الشروط اللازمة للحضانة.

وتقدم الأم أمر متفق عليه، لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنه -: «أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم والده أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي»[1].

وقد أجمع العلماء على أن الزوجين إذا افترقا ولهما طفل:(أن الأم أحق به ما لم تتزوج بأجنبي)، وقد حكم أبو بكر - رضي الله عنه - بعاصم بن عمر لأمه، وقال لعمر:مسها وريحها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر، وكون الولد مع أمه في المرحلة الأولى من الحضانة محل وفاق بين العلماء، كما اتفقوا على تقديم الأم على الأب في الحضانة، وإنما النزاع في علة تقديم الأم: هل قدمت لأن جهة الأمومة مقدمة على جهة الأبوة، أو قدمت لأنها أنثى، والأنثى مقدمة على الرجل في الحضانة، لما تتمتع به من رقة وعاطفة، والصبر على القيام بشؤون الولد، وقدرة على التحمل، فقدمت لأجل الأمومة، أو قدمت على الأب لكون النساء أرفق وأقوم بمقاصد الحضانة والتربية من الذكور، فيكون تقديمها لأجل الأنوثة؟ ففي

(١) أخرجه أبي داود في سننه، والبيهقي في السنن الصغير (٣/ ١٩٤) ح٢٩٠٧.

هذا للعلماء قولان في مذهب الإمام أحمد، ويظهر أُثرهما في تقديم نساء العصبة على أقارب الأم أو العكس، كأم الأم وأم الأب، والأخت من الأب والأخت من الأم، والخالة والعمة، وخالة الأم وخالة الأب، ومن يدلي من الخالات والعمات بأم ومن يدلي منهن بأب، ففي ذلك روايتان عن الإمام أحمد - ﷺ -:

إحداهما: تقديم أقارب الأم على أقارب الأب.

الثانية: وهي أصح دليلاً تقديم أقارب الأب.

قال الإمام أبو القاسم عمر بن الحسين المشهور بالخرقي: الأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة، وخالة الأب أحق من خالة الأم، وعلى هذا فأقارب الأب مقدمون على أم الأم، كما نص عليه أحمد في إحدى الروايتين عنه، وعلى هذه الرواية : فأقارب الأب من الرجال مقدمون على أقارب الأم من الرجال، فالأخ للأب أحق من الأخ للأم، والعم أولى من الخال، هذا إن قلنا: إن لقرابة الأم من الرجال مدخلاً في الحضانة، وفي ذلك وجهان في مذهب أحمد والشافعي رضي الله عنهما:

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

الثاني: أن لهم الحضانة.

وعند الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية أن جهة الأبوة راجحة على جهة الأمومة في الحضانة، وأن الأم إنما قدمت لكونها أنثى لا لتقديم جهتها، إذ لو كانت جهتها راجحة لترجح رجالها ونساؤها على الرجال والنساء من قبل الأب، ولما لم يترجح رجالها اتفاقاً فكذلك النساء.

وأيضاً فإن الشريعة تقدم الأب وعصبته في الولاية على النفس والمال وفي الزواج والميراث والعقل والنفقة، وهذا ما تشهد به أصول الشرع وقواعده، ولم يعرف أن قدم الشارع قرابة الأم في أي حكم من هذه الأحكام.

ثم إن جهة الأبوة ترتبط برابطة الرحم والعصوبة، بخلاف جهة الأم فرابطتها الرحم فقط، فالقول بتقديم قرابة الأم فيه نظر، ولعل الصواب هو أن الأم إنما قدمت لكونها امرأة، وجنس النساء مقدم على الرجال؛ لأن النساء أرفق بالطفل وأخبر بتربيته وأصبر على ذلك، وعليه فالجدة أم الأب أولى من أم الأم، والأخت للأب أولى من الأخت للأم، والعمة أولى من الخالة.

وعلى هذا فتقدم الأم على أب الأب، كما تقدم الأم على الأب، وإذا تقرر هذا الأصل فهو أصل مطرد منضبط لا تتناقض فروعه، بل إن اتفقت القرابة والدرجة واحدة قدمت الأنثى على الذكر، فتقدم الأخت على الأخ، والعمة على العم والخالة على الخال، والجدة على الجد.

وأصلة 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 وهكذا أبداً، وهذا هو الاعتبار الصحيح والقياس المطرد.

ومن سلك غير هذا المسلك لم يجد بداً من التناقض، وقد أورد الشيخ الإمام – رحمه الله– أمثلة عدة على الاضطراب والتناقض في أقوال من قدم قرابة الأم على قرابة الأب، وكيف أنها أقوال لا يقوم عليها دليل، ومخالفة لقواعد الشرع وأصوله.

ثم انتهى إلى القول أن جهة الأب مقدمة على جهة الأم، وأنه يقضي بالحضانة للأنثى عند استوائها في الدرجة مع الرجل.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في تحقيق علة تقديم الأم على الأب في الحضانة:(بخلاف الصغير، فإن الأم أصلح له من الأب؛ لأن النساء أرفق بالصغير وأخبر وأرحم وأصبر في هذا الموضع، فتعينت الأم في حق الطفل غير المميز بالشرع)[1].

(١) مختصر الفتاوى المصرية ص ٦٢٢، مجموع الفتاوى (٣٤/ ١٢٢).

وقال في علة تقديم النساء في الحضانة:(ولكن يبقى تنقيح المناط هل عينهن الشارع لكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في الحضانة، أو لكون النساء أقوم بمقصود الحضانة من الرجال؟) وهذا فيه قولان للعلماء يظهر أثرهما في تقديم نساء العصبة على أقارب الأم، مثل: أم الأم وأم الأب، والأخت من الأم والأخت من الأب، ومثل العمة والخالة ونحو ذلك، هذا فيه قولان هما روايتان عن أحمد، وأرجح القولين في الحجة: تقديم نساء العصبة..

فتقدم الأخت من الأب على الأخت من الأم، وخالة الأب على خالة الأم، وهو الذي ذكره الإمام الخرقي في مختصره... في مثل تقديم خالة الأب على خالة الأم، فإن قرابتها فيها رحم وتعصيب بخلاف قرابة الأم فإن فيها رحماً بلا تعصيب، فأم الأب مقدمة على أم الأم، والأخت من الأب مقدمة على الأخت من الأم، والعمة مقدمة على الخالة، كما يقدم أقارب الأب من الرجال على أقارب الأم، فالأخ للأب أولى من الأخ للأم، والعم أولى من الخال، بل قد قيل إنه لا حضانة للرجال من أقارب الأم بحال)[1].

وجوه ترجيح جهة الأب على جهة الأم:

١- فلو كانت جهة الأمومة راجحة لترجح رجالها ونساؤها، فلما لم يترجح رجالها بالاتفاق فكذلك نساؤها.

٢- مجموع أصول الشرع إنما تقديم أقارب الأب في الميراث، والعقد والنفقة وولاية المال وغير ذلك، لم يقدم الشرع قرابة الأم في حكم من الأحكام، فمن قدمهن في الحضانة فقد خالف أصول الشريعة، ولكن قدم الأم لكونها امرأة، وجنس النساء مقدمات في الحضانة على الرجال، وهذا يقتضي تقديم الجدة أم الأب على الجد كما قدمت الأم على الأب، وتقديم أخواته على إخوته، وعماته على أعمامه، وخالاته على أخواله، هذا هو القياس والاعتبار الصحيح.

(١) مختصر الفتاوى ص ٦٢٣، مجموع الفتاوى (٣٤/ ١٢٣)، الاختيارات ص٢٨٧.

وقد رد الإمام الشيخ ابن تيمية على من قال بتقديم جهة الأم: أما تقديم جنس نساء الأم على جنس نساء الأب فمخالف للأصول والمعقول، ولهذا كان من قال هذا في موضع يتناقض ولا يطرد أصله، ولهذا تجد لمن لم يضبط أصل الشرع ومقصوده في ذلك أقوالاً متناقضة حتى يوجد في الحضانة من الأقوال المتناقضة أكثر مما يوجد في غيرها من هذا الجنس.

وإن الذين اعتقدوا أن الأم قدمت لتقدم قرابة الأم لما كان أصلهم ضعيفاً كانت الفروع اللازمة للأصل الضعيف ضعيفة، وفساد اللازم يستلزم فساد الملزوم)[1].

(١) المختصر ص٦٢٧، مجموع الفتاوى(٣٤/ ١٢٧).

أبيض

المبحث الرابع
آراء الفقهاء في بيان من له حق الحضانة

١- ذهب فريق إلى أن الحضانة حق للأم ولأمهاتها ولأم الأب وللأخوات وللخالات والعمات، وبعد النساء يأتي حق الرجال: الأب والجد من جهة الأب، والإخوة وأبنائهم مهما نزلوا، والأعمام الأشقاء وللأعمام لأب ولأبنائهم على ترتيب الميراث، وذوو الأرحام يلون العصبة وبهذا قالت الحنفية[١].

٢- ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن الحضانة تكون للأم ثم لنسائها، ثم لنساء الأب: أمهاته وجداته والعمات من قبله ثم الخالات، وللأخوات وبنات الإخوة، ثم للأب ومن يدلي به من الرجال، وبعد الأقارب من النساء والرجال تكون للمولى المعتق ثم لعصبته ، وبهذا قالت المالكية[٢].

٣- ذهب فريق ثالث من الفقهاء إلى القول بأن الحضانة تثبت للأم والأب والجدات والجد، والخالات والإخوة والأخوات، والأعمام والعمات، وإذا عدموا انتقلت الحضانة إلى ذوي الأرحام من الرجال، أو من يدلي بهم من النساء ثم تنتقل الحضانة إلى السلطان وبهذا قالت الشافعية[٣].

٤- ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول بأن الحضانة تثبت حقاً لرجل عاصب مثل أب وجد وأخ وعم لغير أم، وامرأة وارثة مثل أم وجدة وأخت، أو قريبة مدلية بوارث مثل خالة وبنت أخت، أو مدلية بعصبة مثل عمة وبنت أخ وبنت عم لغير أم، وذي رحم مثل أبي أم وأخ لأم، ثم حاكم؛ حيث إن الحضانة ولاية وهو يلي شؤون المسلمين، وبهذا قالت الحنابلة[٤].

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٤١، الهداية وشرح العناية وفتح القدير(٣/ ٣١٤).

(٢) المدونة: المجلد الثاني ٣/ ٣٥٦، المقدمات (٢/ ٤٣٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(٢/ ٥٢٧).

(٣) المهذب ٢/ ١٧٠.

(٤) الشرح الكبير بهامش المغني ١١/ ٥١٨، الفروع ٥/ ٦١٣، الإنصاف ٩/ ٤١٦، مطالب أولى النهى ٥/ ٦٦٥.

أبيض

المبحث الخامس
آراء الفقهاء في ترتيب من له الحق في الحضانة

١- ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بتقديم الأم ثم أمها ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخت الشقيقة ثم لأم، وعندهم نزاع في تقديم الخالة على الأخت لأب، فعلى أحد القولين: تقدم الخالة لقوله ﷺ: الخالة أم، وعلى الثاني: تقدم الأخت لأنها أقرب، وعليه فتقدم بنات الأخوات على الخالات، ثم الخالة الشقيقة، ثم لأم ثم الخالة لأب، ثم العمات على الترتيب المعروف، أما الرجال فترتيبهم في الحضانة كما يأتي: الأب، ثم الجد لأب وإن علا، ثم الإخوة الأشقاء، ثم الإخوة لأب، ثم لأبناء الأشقاء، ثم أبناء الإخوة للأب، ثم الأعمام ، وهكذا تثبت الحضانة للعصبات من المحارم، سواء كان الولد ذكراً أم أنثى، أما إذا كان العاصب من غير المحارم كأبناء الأعمام فإن الحضانة لا تثبت لهم بالنسبة للأنثى، وتثبت بالنسبة للذكر.

وبعد العصبات المحارم بالنسبة للأنثى، أو العصبات غير المحارم بالنسبة للذكر تنتقل الحضانة لذوي الأرحام، فتكون لأبي الأم، ثم تكون لأخ الأم، ثم أبناء الأخوات الشقيقات، ثم الأب، ثم أبناء الأخ لأم والأخت لأم، ثم العم لأم، ثم الخال لأبوين، ثم الخال لأب، ثم لأم، وعندهم أنه إذا استوى المستحقون في الدرجة كالإخوة الأِشقاء مثلاً قدم الأصلح، فإن استووا قدم الأقدر على التربية، فإن استووا قدم الأكبر سناً، ولا يقولون بالقرعة في تعيين المستحق بخلاف ما عليه الحنابلة والشافعية، وهذا ما ذهبت إليه الحنفية[1].

٢- ذهب فريق آخر إلى القول بتقديم الأم، ثم بعد الأم أمها، ثم بعد أم الأم جدة الأم وجهة الإناث مقدمة، ثم الخالة الشقيقة أو لأم، ثم خالة الأم ويليها

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٤١، الهداية وشرح العناية وفتح القدير(٣/ ٣١٤).

عمة الأم، ثم جدة الأب، ثم الأخت للمحضون، ثم عمته ثم عمة أبيه، ثم خالة أبيه، وبعد هؤلاء ينظر الأكثر كفاءة من بنات الإخوة أو بنات الأخوات.

وبعد الأقارب يأتي دور الوصي ذكراً كان أو أنثى، ثم الأخ للمحضون، ثم الجد من جهة الأب وإن بعُد، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنه وإن بعد، وفي الجد لأم خلاف، فأثبت بعضهم الحق له لما له من حنان وشفقة، ، ويقدم في الإخوة الشقيق ثم لأم ثم لأب، وإذا تساوى اثنان في الدرجة قدم الأكثر شفقة، فإن تساويا قدم الأسن، فإن تساويا أقرع بينهما، وإلى هذا ذهبت المالكية[1].

٣- ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول بأنه إذا اجتمع الأب والأم قدمت الأم، وإلى هذا ذهبت الشافعية، وعندهم تقديم أمهات الأم على الأب، وبعدهن يقدم الأب على النساء من قبله، وفي تقديم الأب على الأخت من الأم والخالة وجهان:

أحدهما: أن الأب أحق، وهو ظاهر النص؛ لأن الأب له ولادة وارث فقدم على الأخت والخالة كالأم.

الثاني: تقدم الأخت والخالة على الأب؛ لأنهما من أهل الحضانة والتربية، ويدليان بالأم فقدمتا على الأب كأمهات الأم، وتقدم أم الأب على الجد، وإن اجتمع مع الخالة أو مع الأخت من الأم ففيه وجهان، كما لو اجتمعتا مع الأب، وإن اجتمع مع الأخت من الأب ففيه وجهان:

أحدهما: أن الجد أحق؛ لأنه كالأب في الولادة والتعصيب، فكذلك في التقديم على الأخت.

الثاني: أن الأخت أحق؛ لأنها تساويه في الدرجة، وتنفرد بمعرفة الحضانة، وإن عدم الأصول من الأمهات والآباء ففي تقديم النساء من الحواشي على العصبات ثلاثة أوجه:

(١) المدونة (٣/ ٣٥٦)، المقدمات لابن رشد (٢/ ٤٣٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥٢٨).

الوجه الأول: أن النساء أحق بالحضانة من العصبات، فتكون الأخوات والخالات ومن أدلى بهن من البنات أحق من الإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والتربية.

الوجه الثاني: أن العصبات أحق من الأخوات والخالات والعمات ومن يدلي بهن لاختصاصهن بالنسب والقيام بتأديب الولد.

الوجه الثالث: أنه إن كانت العصبات أقرب قدموا، وإن كان النساء أقرب قدمن، وإن استويا في القرب قدمت النساء لاختصاصهن بالتربية، وإن استوى اثنان في القرابة والإدلاء كالأخوين، ولا مزية لأحدهما على الآخر قدم أحدهما بالقرعة، وإذا عدم النساء والرجال من العصبات فهل يقدم الرجال من ذوي الأرحام على الحاكم على وجهين[1].

دليل الشافعية وبيان وجهتهم:

(أ) استدلوا على تقديم الأم على الأب بحديث: «أنتِ أحق به ما لم تنكحي» وعللوا بأن ولادة الأم متحققة وولادة الأب مظنونة؛ ولأن لها فضلا بالحمل والوضع ولها معرفة بالحضانة.

(ب) في تقديم أم الأم على الأب؛ لأنها كالأم في تحقق الولادة والميراث ومعرفة الحضانة.

(ج) في تقديم الأب على نسائه؛ لأنهن يدلين به فقدم عليهن.

(د) قدمت أم الأب على الجد؛ لأنها تساويه في الدرجة، وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الأم على الأب.

١- ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن الأولى بالحضانة الأم، فإن فقدت أو لم تكن أهلاً فأمهاتها القربى فالقربى، وبعدهن الأب ثم أمهاته كذلك، ثم جد لأب كذلك، ثم أمهات الجد كذلك، ثم أخت لأبوين، ثم أخت لأم، ثم أخت

(١) المهذب(٢/ ١٧١).

لأب، ثم خالة لأبوين، ثم خالة لأم، ثم لأب، ثم عمة كذلك، ثم خالة أم كذلك، ثم خالة أب كذلك، ثم عمته ، ثم بنت أخ وبنت أخت ، ثم بنت عم، وبنت عمة، ثم بنت عم أب وبنت عمته فتقدم منهن من الأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم الحضانة لباقي العصبة الأقرب فالأقرب، فيقدم الإخوة الأشقاء ثم لأب، ثم بنوهم كذلك، ثم الأعمام، ثم بنوهم كذلك، ثم أعمام أب، ثم بنوهم كذلك، ثم أعمام جد، ثم بنوهم كذلك وهكذا... ثم تكون الحضانة لذي رحم ذكراً أو أنثى غير من تقدم أولاهم بها أبو أم فأمهاته، فأخ لأم فخال ثم حاكم وإلى هذا ذهبت الحنابلة[1].

أدلة الحنابلة على تقديم الأم وأمهاتها:

١- حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما؛ حيث قال عليه الصلاة والسلام للأم:"أنت أحق به ما لم تنكحي"

٢- لأن الأم أشفق.

٣- لأن الأب لا يلي حضانته بنفسه، وإنما يدفعه إلى امرأته أو غيرها من النساء، وأمه أولى ممن يدفعه إليه حيث كانت أهلاً.

٤- قدمت أمهات الأم لأنهن نساء لهن ولادة متحققة أشبهن الأم.

٥- استدلوا على تقديم الأب بأنه الأصل، وأحق بولاية المال.

وعللوا لتقديم أمهات الأب، بأن لهن إدلاء بعصبة قريبة، وعللوا بتقديم الجد بأنه في معنى الأب، وعللوا تقديم أمهات الجد لإدلائهن بعصبة، كما عللوا تقديم الأخت لأبوين لمشاركتها له في النسب وقوة قرابتها، والأخت لأم والخالات لإدلائهن بالأم كالجدات.

وعللوا تقديم العمات لأنهن نساء من أهل الحضانة، فقدمن على من بدرجتهن من الرجال، كتقديم الأم على الأب، والجدة على الجد، والأخت على

(١) الشرح الكبير (١١/ ٥١٨)، الفروع (٥/ ٦١٣)، الإنصاف (٩/ ٤١٩)، المنتهى (٣/ ٣٦٤)، مطالب أولي النهى (٥/ ٦٦٦).

الأخ، وعللوا تقديم ذوي الأرحام؛ لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من تقدم، أشبهوا البعيد من العصبات.

وباستعراض ما تقدم نجد أن شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله ورضي عنه وضع قاعدة مستقيمة في ترتيب المستحق للحضانة، والذي يبدو أن هذه القاعدة سالمة من النقد والانتقاد، مستقيمة مع أصول الشرع وأدلته، ومتفقة مع المعقول، وفيها حفظ لمصلحة الولد.

وهذا نص القاعدة: «أقرب ما يضبط به 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، وإن اجتمع منهم اثنان فصاعداً، فإن استوت درجتهم قدمت 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، يعني مع استواء درجتهما.

وإن اختلفت درجتهما من الطفل: 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 في الحضانة أقوى من جهة الأخوة فيها.

وقيل: يقدم الأخ للأم ؛ لأنه أقوى من أب الأم في الميراث، والوجهان في مذهب أحمد، وفيه وجه آخر: أنه لا حضانة للأخ من الأم بحال؛ لأنه ليس من العصبات، ولا من نساء الحضانة، وكذلك الخال أيضاً؛ فإن صاحب هذا الوجه يقول: لا حضانة له ولا نزاع أن أبا الأم وأمهاته أولى من الخال، وإن كانوا من جهتين كقرابة الأم وقرابة الأب مثل العمة والخالة للأب والأخت للأم وأم الأب وأم الأم، وخالة الأب وخالة الأم، قدم من في جهة الأب في ذلك كله على إحدى الروايتين فيه، هذا كله إذا استوت درجتهم، أو كانت جهة الأب أقرب إلى الطفل.

وأما إذا كانت جهة الأم أقرب وقرابة الأب أبعد، كأم الأم وأم أب الأب وخالة 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 القرابة البعيدة لوازم باطلة لا يقول بها أحد، والى هذا ذهبت الحنابلة .

قال الإمام ابن القيم :فهذا الضابط يمكن به حصر جميع مسائل هذا الباب، وجريها على القياس الشرعي واطرادها وموافقتها لأصول الشرع فأي مسألة وردت عليك أمكن أخذها من هذا الضابط مع كونه مقتضى الدليل، ومع سلامته من التناقض ومناقضة قياس الأصول، وبالله التوفيق»[1].

الرأي المختار:

يتبين من استعراض ما أثر عن الفقهاء في ترتيب من لهم الحق في الحضانة أنه لا يسلم لهم كل ما ورد عنهم؛ لأنه لا يسلم من النقد والاعتراض سواء ما يتعلق بتقديم أم الأم وإن علت على أم الأب، أم تقديم من يدلي بالأم مطلقاً على من يدلي بالأب، كتقديم الخالة على الأخت لأب، أو تقديم خالة الخالة على الأخت لأب.

والنبي ﷺ لم يجعل الحضانة للأم مطلقاً أو لمن يدلي بها، وإنما قال: «أنتِ أحق به ما لم تنكحي» وجعل الحق في الحضانة للأب إذا تزوجت، ولم يحول حقها لأمها أو من يدلي بها.

ولذا فإن القول بتقديم نساء العصبة على نساء الأم هي الأقوى دليلاً وأظهر في القياس مما يرجح القول بها والمصير إليها، وهي رواية عن الإمام أحمد، وقد أخذ بها شيخ الإسلام الإمام ابن تيمية - رضي الله عنه -، لاتفاقها مع أصول الشرع وقواعده؛ فإن قرابة الأب فيها رحم وتعصيب وقرابة الأم فيها رحم بلا تعصيب،

(١) زاد المعاد (٤/ ٢٥١).

ولو كانت جهة الأم راجحة لترجح رجالها ونساؤها، فلما لم يترجح رجالها بالاتفاق فكذلك نساؤها.

ثم إن جهة الأب مقدمة في الميراث وولاية النفس والمال وتحمل العقل، ولها ولاية النكاح والمال، وليس لجهة الأم شيء من ذلك عدا الميراث بالنسبة للأم والدرجة الأولى من أولادها.

وقول النبي ﷺ: «الخالة أم» يحمل على وجوب برها وإكرامها والعناية بها، وإذا كان هذا القول ورد في قضية بنت حمزة - رضي الله عنه -؛ فلأنه لم يكن قد نازعها أحد من نساء الأب، وأمير المؤمنين علي - رضي الله عنه - خير عمارة بن ربيعة الجرمي بين أمه وعمه، ولم ينقل الحضانة من الأم إلى أمها أو أبيها، وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال.

ثم إن الولد ينسب إلى أبيه وعصبته ولا ينسب إلى أمه أو من يدلي بها، وقد ثبت بالتجربة أن ولاء الولد تابع لأسرة أبيه، ولا يمكن أن ينقل ولاؤه إلى أسرة الأم، ومهما أشفق عليه أقارب الأم وعاملوه باللطف والشفقة، لكن لا تحسن تربيته ويستقيم تعليمه إلا عند أسرته، وهي التي تقوم بالإنفاق عليه فلا يجوز أن ينتقل عن عصبة أبيه إلى أقارب أمه إلا إذا عدموا.

على أنه لا يجوز نقل الولد إلى الحاكم عند انعدام العصبة ويترك ذوو الأرحام، فهم أولى به من الحاكم إلا عند حصول النزاع، فللحاكم أن يضعه عند من شاء منهم إلى من يحفظه ويرعى مصالحه ويكون أميناً عليه ولا يخرجه إلى جهة أجنبية.

أبيض

المبحث السادس
السفر بالمحضون عند ابن تيمية

إذا كانت الزوجية قائمة بين الأبوين فمكان الحضانة بيت الزوجية الذي يقيم فيه الأبوان، وكذلك إذا كانت في زمن العدة من الطلاق؛ لأن الزوج له حق إمساك الزوجة في بيته، وعليها حق الإقامة في بيت الزوجية مدة عدة الطلاق، فهي ملزمة شرعاً بالإقامة في منزل الزوجية حتى تفرغ العدة، فلا يجوز الخروج منه، ولا يجوز لأحد إخراجها كما قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**﴾ (الطَلاق: ١).

وإذن لا يحل لها الانتقال والسفر بولدها، ولو كان ذلك بإذن الأب؛ لأن بقاءها في بيتها مدة العدة الشرعية حق للشرع أيضاً، أما بعد فراغ العدة فهل من حقها أن تسافر بالولد، وإذا سافرت فهل يؤثر سفرها بالولد في حقها فتكون متعدية بنقله فتصبح الحضانة من حق الجد، فيكون هو الحاضن دونها؟

هكذا قرر الشيخ بإضافة قوله سفر نقلة، فقيد السفر المانع من حضانتها بأنه سفر انتقال من مكان إلى آخر لتسكن فيه مع طفلها، فتغير محل إقامتها بالانتقال، وهذا معناه أن السفر المانع من حضانتها هو السفر للانتقال من وطن إلى وطن، وأما السفر لحاجة تقضيها ثم تعود إلى مكان استقرارها فإنه لا يؤثر في الحضانة لأنه لا يؤثر في رؤية الوالد لولده، ولا يحرمه من ملاحظته وهو عندها وفي يدها لأنه سفر محدد ومؤقت لا يترتب عليه ضرر أو إضرار بالولي، وكذلك إذا كان الانتقال إلى مكان قريب دون مسافة قصر، فللأم حق الانتقال بالولد.

فكلام الشيخ تقي الدين فيه إثبات الحضانة للأم في حال الإقامة في بلد ولي الولد دون من أرادت السفر للانتقال به، ثم هذا إذا كانت المسافة بين البلدين:

بلد إقامة الولي وبلد الانتقال به بعيدة، بحيث لا يستطيع السفر إلى ولده ورؤيته ثم يعود في اليوم نفسه؛ فلو كانت المسافة قريبة بحيث يستطيع الذهاب والعودة في اليوم نفسه جاز؛ لأن الضرر لا يصيب الولي.

فقد أفاد الإمام ابن تيمية – رحمه الله – بعبارته معنى قاعدة هي أن سفر الانتقال هو الذي يسقط حق الحضانة من جهة الحاضن الذي يريد الانتقال بالمحضون، أما مجرد السفر لمصلحة محدودة، ثم العودة بالولد إلى حيث يكون والده هناك فلا تسقط به الحضانة.

صفوة القول: انه نظراً لتفاوت وسائل الانتقال وتغير الأحوال بواسطة الوسائل الحديثة لم يعد السفر بالمحضون مسقطاً لحق المسافر فالحق له مع حصول السفر ما قاله ابن تيمية عن حكم السفر بالمحضون: وإذا سافرت الأم سفر نقلة فالحضانة للجد دونها[1].

ما يستخلص مما أثر عن شيخ الإسلام ابن تيمية وما أثر عن الفقهاء في السفر بالمحضون:

تبين من عرض آراء الإمام وآراء الفقهاء ما يلي:

أولاً: رأي الشيخ:

١ – أن السفر المسقط لحق الأم في الحضانة هو السفر النقلة.

٢ – أن السفر المؤقت لا تسقط به الحضانة، وهو مأخوذ من تعبير الشيخ – رحمه الله – بسفر الانتقال؛ لأنه يعني الإقامة والاستقرار.

ثانياً: الحنفية:

١ – يتفق علماء الحنفية مع الجمهور في سقوط حق الأم في الحضانة إذا سافرت سفر نقلة، ويتفقون أيضاً على بقاء الحضانة لها إن كان السفر قريباً يمكن للأب رؤية الولد والعودة في اليوم نفسه.

---

(١) زاد المعاد (٤/ ٢٥١).

ويختلفون مع الجمهور في إعطاء الأم الحق في السفر بالولد إلى بلدها الذي عقد فيه النكاح؛ لأن الأب بموافقته على عقد النكاح في بلدها قد رضي بإقامة أولاده فيه.

٢- يرون أيضاً جواز انتقال الحاضنة بالمحضون إلى المصر لما فيه من مصلحة الولد، وكذلك الانتقال من القرية إلى القرية إذا كانت قريبة، أما الانتقال من المصر إلى القرية فتسقط به الحضانة؛ لأنه يلحق ضرراً بالولد لما عليه أهل الريف من الجفاء وحدة الطبع وسوء الخلق غالباً.

ثالثاً: المالكية:

١- يتفق المذهب المالكي مع الشافعي والحنبلي في أن الانتقال والسكنى تكون الحضانة فيه للأب.

٢- يرى الإمام مالك أن السفر المؤقت تبقى فيه الحضانة للأم إذا كانت مقيمة، وليس للأب حق في الحضانة مادام يذهب ويجيء في يومه.

٣- تبقى الحضانة للأم إذا كان الانتقال مسافة قريبة، تصل للأب والأولياء أخبار الولد.

رابعاً: الشافعية:

١- يتفق المذهب الشافعي مع الحنبلي في اشتراط أمن البلد والطريق، وفي حالة الخوف تكون الحضانة للمقيم.

٢- كما يتفقان أيضاً أن السفر القريب لا تسقط به الحضانة.

٣- عند الشافعية أن الحضانة للمقيم إذا كان الحاضن إنما سافر لحاجة.

٤- يتفق الشافعية مع الحنابلة في أن سفر النقلة تكون الحضانة فيه للأب.

٥- أثبتوا الحق للأب في حضانة الولد إذا انتقلت الحاضنة مسافة قصر، كما أنه أحق أيضاً إذا انتقل هو مع شرط أمن الطريق والبلد.

٦- بقاء الحضانة للأم إذا كان السفر قريباً.

٧- إذا كان السفر مؤقتاً فالحضانة للمقيم.

٨- تكون الحضانة للمقيم إذا أراد الحاضن بسفره إلحاق الضرر بالآخر.

● الرأي المختار هو ما قاله ابن القيم: والصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له، والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ روعي، ولا تأثير لإقامة أو نقلة، هذا كله مالم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخرة وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يجب إليه[1].

(١) زاد المعاد (٤/ ٢٦١).

المبحث السابع
وقت حضانة الطفل ووقت ضمه
ومن له حق الضم

الزمن من حين ولادة الطفل إلى بلوغه مبلغ الرجال ينقسم إلى مرحلتين:

الأولى: مرحلة الحضانة، وهي التي يحتاج فيها الطفل إلى نوع من الخدمة والرعاية، لا يحسنه في غالب الأمر إلا النساء لما يتطلبه من الجلد والصبر وكمال الشفقة، ولهذا كان الحق الأول فيها للنساء.

وتنتهي هذه المرحلة بالنظر إلى الغلام - سواء كانت الحاضنة الأم أو غيرها- ببلوغه حداً يستقل فيه بخدمة نفسه بعض الاستقلال، وذلك بأن يأكل وحده، ويلبس وحده، وينظف نفسه وحده، وقدر بعض الفقهاء ذلك بسبع سنين.

أما بالنظر إلى البنت ففي ظاهر الرواية يفرق بين حضانة الأم أو الجدة وحضانة غيرها، فإن كانت الحاضنة الأم أو الجدة بقيت البنت عندها حتى تبلغ مبلغ النساء، وإن كانت الحاضنة غيرهما بقيت عندها إلى سن المراهقة وهي تسع سنين على المفتى به عند الحنفية ورواية عن الإمام أحمد، وقيل إحدى عشر سنة، وعن الإمام محمد بن الحسن أنه لا فرق بين الأم والجدة وبين غيرهما، وأن الحد الذي تنتهي فيه حضانة البنت هو سن المراهقة، ولعل التفرقة بين الذكر والأنثى فيما تنتهي به حضانتهما، أن الذكر بعد حد الاستغناء عن خدمة النساء يحتاج إلى نوع آخر من التربية والتأديب والتعليم والتخلق بأخلاق الرجال وهذه هي مهمة الرجل، يقدر فيها على ما لا تستطيعه المرأة فينتقل الصبي عند ذلك إلى المرحلة الثانية ، وهي مرحلة ضمه إلى وليه الذي يرعاه ويقوم على تأديبه بأنواع التربية والتهذيب.

أما الأنثى فهي - بعد حد الاستغناء الذي تشارك فيه الذكر - في حاجة إلى تدريبها على ما يلزم المرأة من أنواع تدبير المنزل وتنظيمه، وتعويدها ما يحسن من

عادات النساء وآدابهن، فإذا بلغت أو كادت كانت في حاجة إلى الحفظ والصيانة، ولا شك أن الرجل على ذلك أقدر من النساء فتنتقل إلى المرحلة الثانية مرحلة الضم إلى الولي، والحق في ذلك للعصبة من الرجال، يقدم الأقوى عصوبة على غيره على الترتيب في حضانة العصبة، فيجبر العاصب على ضمها بعد انتهاء حضانتها.

ويكون ذلك ببلوغ سن سبع سنين غالباً، وهذا رأي الحنفية والحنابلة والشافعية، وإن كان بعضهم يعبر عن انتهاء هذه المرحلة بالاستغناء، وبعضهم يعبر ببلوغ سن التمييز، والبعض الآخر يقدر سن السابعة نهاية للمرحلة الأولى. وعند الإمام مالك روايتان قيل حتى يثغر، وقيل حتى يبلغ.

وأما الجارية فتستمر حضانتها حتى تبلغ مبلغ النساء، إذا كانت الحضانة بيد الأم أو الجدة عند الإمام أبي حنيفة ومالك ورواية عن أحمد، وعند الشافعي، ورواية أخرى عن أحمد: أنها تبقى عند الحاضنة من النساء حتى سن التمييز، ثم تكون عند الأب.

وإنما اختلف حكم الغلام عن الجارية؛ لأن القياس أن تتوقف الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعاً؛ لأنها ضرب ولاية، ولأنها ثبتت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال، إلا أننا تركنا القياس في الغلام لإجماع الصحابة رضي الله عنهم لما ورد أن أبا بكر الصديق[1] - رضي الله عنه - قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم أو تتزوج أمه، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينكر أحد عليه منهم. فتركنا القياس في الغلام لإجماع الصحابة رضي الله عنهم فبقي الحكم في الجارية على أصل القياس، ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال، وتحصيل أنواع الفضائل، واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر، على أنه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق النساء، وتُعود شمائلهن وفيه ضرر.

(١) السنن الكبرى (٨/ ٥)، معرفة السنن والآثار (١١/ ٣٠٤).

وهذا المعنى لا يوجد في الجارية ولذا تترك في يد الأم، بل إن الحاجة إلى جعلها في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وتدبير المنزل، ولا يحصل ذلك إلا أن تكون عند الأم، ثم بعد وصولها إلى هذه المرحلة تكون الحاجة إلى حمايتها وصيانتها، وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحماً على وضم، فلابد ممن يذب عنها، والرجال على ذلك أقدر. أما إذا كانت الحضانة لغير الأم والجدة من النساء، فإن الجارية كالغلام تبقى معهن حتى تستغني بخدمتها لنفسها عن النساء فتسلم حينئذ للأب[1].

ويرى بعض العلماء انتهاء هذه المرحلة من الحضانة بالسن منعاً للمشاحنة، وإن حدث اختلاف سهل الاحتكام إلى ضابط معين مستقيم فقيل إنه ينتهي بسبع سنين أو ثمان بالنسبة للغلام، وبتسع أو إحدى عشرة سنة بالنسبة للجارية. وعند المالكية أن الحضانة تستمر بالنسبة للغلام حتى البلوغ ثم ينتقل إلى أبيه، وأما الجارية فتبقى مع أمها حتى يتسلمها الزوج.

المرحلة الثانية: مرحلة ضم الصغير إلى الولي بعد انتهاء مرحلة الحضانة، وعند الحنابلة والشافعية تنتهي الحضانة بسن التمييز بالنسبة لحضانة النساء، فيخير الغلام بين أبويه، وكذلك تخير الجارية عند الشافعية، أما الحنابلة ففي رواية عن الإمام أحمد أنها مع أمها حتى يتسلمها الزوج، ورواية أخرى أنها تكون مع الأب بلا تخيير على أن يكون قادراً على التربية وأهلاً للحفظ والصيانة، على أن الأم يثبت حقها باستمرار الحضانة متى كانت في حرز ومنعه، وكانت الأم قادرة على حفظها[2].

(١) زاد المعاد (٤/ ٢٦٢).
(٢) زاد المعاد (٤/ ٢٥١).

المبحث الثامن
الصبي المميز يخير

إن تخيير الصبي المميز قد ذهب إلى القول به طائفة من العلماء استناداً إلى ما أخرجه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه من حديث أبي هريرة - ﷺ - (أن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه)[1] وكذلك ما روي عن عمر - ﷺ - أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه، وأن علياً - ﷺ - خير عمارة بن ربيعة الجرمي بين أمه وعمه، وقال لأخيه: لو بلغ هذا مبلغ هذا لخيرته، ولكن القائلين بالتخيير، لا يثبت التخيير عندهم إلا بعد بلوغ سن التمييز، وهي المرحلة التي يؤمر فيها الصبي بالصلاة، ويبدأ فيها بالاعتماد على نفسه، ويأخذ في الاستقلال بشؤونه من الأكل والشرب واللباس ونحوه.

والإمام شيخ الإسلام ابن تيمية - ﷺ - وإن أخذ بمبدأ التخيير إلا أنه لا يقول به مطلقاً، ولم يكن عنده مجرد بلوغ سن السابعة باعثاً على التخيير مطلقاً؛ لأنه يعتبر ما ورد من حديث التخيير إنما هو قضية عين، وليست قاعدة مطردة أو حكماً عاماً، يمكن تطبيقه في جميع الظروف والأحوال، وبصرف النظر عن وضع الأب والأم، وما يتصفان به من خلق أو يلتزمان به من سلوك، فمتى وجد تفاوت بين الأبوين في الأخلاق والسلوك فلا تخيير.

وإنما يجب النظر لمصلحة الغلام فيجعل عند من تستقيم أحواله بالمقام معه، ويصلح أمره، ويكون معه قد حفظت مصلحته، فلا يكون عند من يضيعه أو يهمله أو يفرط في حقه، فإذا كان الأب منحرفاً سيء السلوك فلا يجوز ترك الابن معه، خصوصاً إذا كانت الأم في حال من الصلاح والاستقامة، والمحافظة على مصلحة الولد، كذلك إذا كان الأب مشغولاً مهملاً للولد، ويتركه يلهو ويلعب، والأم تعلمه وتؤدبه وتربيه، فالحق هنا للأم، وقد استحسن الشيخ - رحمه الله -

(١) زاد المعاد (٤/ ٢٥١).

قصة أوردها في بعض مجالسه وهي: أن قاضياً خير غلاماً بين أبيه وأمه فاختار أباه فقالت الأم للقاضي: أسأله لماذا اختار أباه؟ فقال الابن: إن أمي تبعثني كل يوم للكتاب والفقيه يضربني، وأبي يتركني ألعب مع الصبيان، فقضى به للأم وقال: أنت أحق به.

وإذا كانت الأم سيئة الخلق معروفة بسوء السلوك، أو تقيم بالولد عند من يبغضه ويؤذيه فلا تخيير بينها وبين الأب..

ولا يثبت التخيير ويسوغ العمل به إلا إذا استوى الأبوان في الصلاح والاستقامة والمحافظة على مصلحة الولد، وكان كل منهماً مأموناً عليه، قائماً بشؤونه، حريصاً على مصلحته، قادراً على دفع الأذى عنه، ويعمل على جلب مصالحه من حفظ وتأديب وتعليم وتربية ورعاية.

ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس له نص عام على تقديم أحد الأبوين مطلقاً، ولا للتخيير بين الأبوين مطلقاً، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقاً، بل مع العدوان والتفريط والفساد والضرر، لا يقدم من يكون كذلك على البر العادل المحسن القائم بالواجب.

أبيض

المبحث التاسع
آراء الفقهاء في الصبي المميز

١- رأي الحنفية[١]: إذا استغنى الغلام عن النساء، واستقل بخدمة نفسه انتقلت حضانته للأب، وقدر الخصاف سبع سنين أو ثمان حداً لانتهاء حضانة النساء في الغلام، وجاء في فتح القدير: (الأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده، ويلبس وحده ، ويستنجي وحده)، لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء، ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأديب، والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على التأديب والتثقيف.

٢- رأي المالكية[٢]: قال مالك: يترك الغلام في حضانة الأم حتى يحتلم ثم يذهب، حيث شاء، فإن احتاج الأب إلى أن يؤدب ابنه، قال مالك: يؤدبه بالنهار ويبعثه إلى الكتاب، وينقلب إلى أمه بالليل في حضانتها، ويتعاهده عندها، ولا يفرق بينه وبينها إلا أن تتزوج.

٣- رأي الشافعية[٣]: إن افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين أو ثماني سنين وهو مميز وتنازعا كفالته خير بينهما، فإن اختارهما أقرع بينهما، لأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالته، ولا مزية لأحدهما على الآخر، فوجب التقديم بالقرعة، وإن لم يختر واحداً منهما أقرع بينهما؛ لأنه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ؛ لأنه يضيع ولا مزية لأحدهما على الآخر، فوجبت القرعة، وإن اختار أحدهما نظرت، فإن كان ابناً فاختار الأم كان عندها بالليل، ويأخذه الأب بالنهار ويسلمه في مكتب أو صنعة؛ لأن القصد حظ الولد فيما ذكرناه، وإن اختار الأب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة أمه؛ لأن المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرحم.

---

(١) بدائع الصنائع للكمال بن الهمام(٤/ ٤٢)، فتح القدير(٣/ ٣١٦).
(٢) مدونه سحنون (٢/ ٣٥٦)، الشرح الكبير للدردير(٢/ ٥٢٦).
(٣) المهذب (٢/ ١٧١).

٤- رأي الحنابلة: أن الصبي المميز يخير بين أبويه، فيكون عند من اختار منهما، وأنه إذا اختار الأب كان عنده ليلاً ونهاراً، وإن اختار الأم كان عندها ليلاً فقط، ويكون في النهار عند الأب يربيه ويعلمه ويؤدبه، كما أنه إذا غير رأيه وتحول في اختياره كان له في ذلك وإن كثر، أما إذا لم يختر الغلام أحدهما أجريت القرعة لتحديد من يقيم معه الصبي، وكذلك إذا اختارهما، وعندهم أن الغلام إذا اختار أحد الأبوين؛ لأنه يمكنه من اللهو واللعب، والآخر يمنعه ويؤدبه، لم يمكن من اختياره.

الرأي المختار: هو أن يبقى الغلام عند أمه ليلاً ليسعد بحنانها، ويتمتع بشفقتها ويحظى بعطفها ورقتها ولين جانبها، وهي تتعهده في يقظته ونومه، ويكون في النهار عند الأب يعلمه ويؤدبه ويقوم أخلاقه، ويجعله يتصف بأخلاق الرجال .

المبحث العاشر
أمثلة لقضايا الحضانه في المحاكم

- الحكم بحضانة بنت عمرها إحدى عشرة سنة لأمها المقيمة في تبوك حيث لم يعد السفر مانعاً من الحق في الحضانة لتيسير الانتقال في أمن وأمان حيث تبين بتأمل ما تقدم من الدعوى والإجابة وبالنظر إلى ما ذكره الطرفان أن البنت تسكن مع والدها وحدها وذكر والدها أنه لم ولن يتزوج، وحيث أفادت البنت بإفادتها المدونة في الضبط وحيث إن الحق للمحضون كما قرره المحققون من أهل العلم والعبرة بمصلحة المحضون، وحيث لم تتزوج المدعى عليها والدة البنت ولكون مصلحة البنت متعينة في بقائها عند والدتها ولقول النبي صلى الله عليه وسلم:(أنت أحق به ما لم تنكحي)

لذا فقد أفهم المدعي أن لا حق له في حضانة ابنته وأن المدعى عليها أحق بحضانتها ورددت دعواه في المطالبة بها كما أن عليه عدم التعرض للبنت وإذا رغب في زيارتها فله التقدم للمحكمة المختصة لتحديد وقت الزيارة وبذلك حكم القاضي، وبعرضه على المدعي قرر عدم القناعة وطلب التمييز، وقد صادقت محكمة الاستئناف على القرار رقم ٣٧٨/ ش/ أ وتاريخ ٣/ ٣/ ١٤٢٦هـ.

- قضية حضانة جرى فيها نزاع قبل الاتفاق بين الأبوين لأربع أولاد: مريم ١٨ سنه، حفصه ١٧ سنه، عبد الله ١٥سنه، عبد الرحمن ١٣ سنه، فبناءً على ما اصطلح عليه الطرفان ولموافقته للأصول الشرعيه فقد أجازه وأمضاه وبه حكم فضيلة الشيخ (أن يبقى الأولاد في حضانة الأب وعليه أن يحضرهم لوالدتهم يوم الأربعاء من كل أسبوع السادسة مساءً ويستردهم الساعة السادسة مساء الجمعة، وأن يدفع للام مبلغ ١٥٠ريال أسبوعياً)، وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم برقم ١١٧١/ ش/ أ وتاريخ ٢٩/ ١٠/ ١٤٣٠هـ.

- وقضية أخرى جرى فيها النزاع بين الأبوين لمن تكون حضانة الأولاد الخمسة، وهم: عبد العزيز ٢١ سنه، جهينة ١٩ سنه، محمد ١٨ سنه، عمر ١٥ سنه، مي ١٣ سنه. وقد انتهى الرأي عند فضيلة القاضي إلى جعل حضانة محمد وعمر ومي لأمهم وألزمها النفقة عليهم؛ لأن والدهم يسكن لوحده، والأولاد يحتاجون إلى متابعة ورعاية وتربية، أما عبد العزيز وجهينة فقد اختاروا أمهم، وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم برقم ١١٠٥/ ش/ أ وتاريخ ١٦/ ٩/ ١٤٣٠هـ.

الخاتمة

١- لقد أورد الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية - ﷺ - ضابطاً في بيان من له حق الحضانة، يمكن به حصر جميع مسائل هذا الباب، وجريها على القياس الشرعي واطرادها، وموافقتها لأصول الشرع، فأي مسألة وردت أمكن أخذها من هذا الضابط مع كونه مقتضى الدليل، ومع سلامته من التناقض.

٢- العلة في تقديم الأم في الحضانة كونها أنثى، ولكمال شفقتها، وقدرتها على التحمل.

٣- زواج الأم يسقط حقها في الحضانة.

٤- إن الصبي المميز يخير بين أبويه.

٥- لم يعد السفر بالمحضون مسقطاً للحق في الحضانة نظراً لتغير وسائل الاتصالات والمواصلات، وأمن الطريق.

٦- الولد لا يقر إلا إذا كان الحاضن معروفاً بالصلاح والاستقامة، والعناية بالمحضون، وأما البنت فتبقى مع أمها حتى يتسلمها زوجها أما الابن فإذا بلغ سن المراهقة كان مع أبيه نهاراً لتربيته وتعليمه ومع الأم ليلاً ليتعود على أساليب البر والصلة وليستفيد من حنان الأم وشفقتها.

والله من وراء القصد، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

أبيض