التحديد الفقهى لسن حضانة الأم لطفلها

«دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى»

الدكتور

عبد الله مبروك النجار

عضو مجمع البحوث الإسلامية

أستاذ القانون المدني بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

تقديم

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبى بعده، سيدنا ونبينا محمد بن عبد الله، الرحمة المهداة، والنعمة المسداة، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه، ومن سار على منوال شريعته، واتبع منهاج دينه إلى يوم الدين.

وبعد؛

فهذه دراسة فقهية مقارنة لموضوع يحتل درجة كبيرة من الأهمية فى مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والأسرية والإنسانية، ألا وهو موضوع: "**التحديد الفقهى لسن حضانة الأم لطفلها، دراسة مقارنة**"، حيث لم يعد خافياً على أحد أن هذا الموضوع أصبح يمثل أهمية بالغة فى حياتنا المعاصرة بعد أن تغيرت ظروف المعيشة، وتطور إيقاع الحياة على نحو يجعل ضبط الرقابة على الأبناء بما يحقق مصلحتهم أمراً ملحاً، فى إطار أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها الكلية، التى لا تقف حائلاً دون تحقيق تلك المصلحة، بل تحافظ عليها، وتؤدى إليها، وفى إطار تلك الغاية يجئ ذلك البحث، وعلى ضوئها تتحدد خطته، فتتوالى - بعد ذلك التقديم - على النحو التالى:

المبحث الأول:

سن حضانة الأم لطفلها.

المطلب الأول:

الحد الأقصى لسن الطفل فى أقوال الفقهاء.

المطلب الثاني:

آراء الفقهاء فى تحديد سن حضانة الأم لطفلها.

الفرع الأول: أدلة القائلين بسن البلوغ.

الفرع الثاني: أدلة القائلين بسن التمييز.

الفـرع الثـالث: أدلة الرأى القائل باعتبار مصلحة الصغير دون التقيد بسن معينة.

المبحث الثانى:

الآثار المترتبة على التحديد الفقهى لسن الحضانة.

المطلب الأول:

سن البلوغ التى تناط بها التخيير.

المطلب الثاني:

مساواة كل من الذكر والأنثى فى حق التخيير.

الخاتمة:

وتتضمن أهم النتائج التى انتهت إليها تلك الدراسة.

أدعو الله أن يجعلها نافعة ومفيدة للباحثين على وجه الخصوص، وللقارئين على وجه العموم، وأن يتقبلها ويجعلها خالصة لوجهه، إنه سميع قريب مجيب الدعاء.

هذا وبالله التوفيق ....

المبحث الأول

السن التى تستحق الأم بها حضانة الطفل

تمهيد

مما تجدر الإشارة إليه، أن تحديد السن التى تستحق بها الأم حضانة الطفل ليس فيها نص قاطع، وكما يقول الشوكانى: "إن الأدلة فى خصوص الحضانة خالية عن مثل هذا الاعتبار مفوضة حكم الأحقية إلى حكم الاختيار الذى يبنى على ما فيه مصلحة الصبى، فإن كان أحد الأبوين أصلح للصبى من الآخر قدم عليه[١]" وفى هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول

الحد الأقصى لسن الطفل فى أقوال الفقهاء

اختلف النقل عن فقهاء الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية فى الحد الأقصى لسن الحضانة كما يلى:

(١) عند الحنفية:

الأم أحق بالطفل حتى يستغنى عن خدمة النساء، بأن يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجى وحده، والمراد بالاستنجاء تمام الطهارة بأن يتطهر بالماء بلا معين، وقدره سبع سنين وقيل بتسع[٢]، وفى الحادية حتى يبلغ ويحتضن[٣]؛ لأن الغلام إذا بلغ ذلك الحد يكون بحاجة إلى التأديب لأنه يعقله والأب أخص به، والفتاة من مصلحتها البقاء لدى أمها حتى تبلغ فإن بلغت احتاجت للتحصن والأب أخص بها[٤].

---

(١) نيل الأوطار - جـ٦ - ص٣٧٢ - طبعة الحلبي.
(٢) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - جـ١٠ - ص٤٦٠ وما بعدها - طبعة دار الثقافة للتراث بدمشق سنة ٢٠٠٠م.
(٣) أحكام القرآن للجصاص - جـ١ - ص٥٥٢ - طبعة دار الفكر.
(٤) المرجع نفسه.

(٢) وعند المالكية:

إن كان الطفل غلاماً، فالأم أحق به حتى يبلغ، وإن كان أنثى فالأم أحق بها حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها الزوج[١].

(٣) عند الشافعية:

تنتهى حضانة الأم فى الصغير بالتمييز، وهو الاستقلال بأمور النفس عما يؤذى كالطفل والكبير المجنون، فإنهما بحاجة إلى الأم لتعهدهما بما يصلحهما مما يتعلق بأمور حياتهما، والحضانة نوع ولاية وسلطنة لكن الإناث أحق بها؛ لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للطفل، ومحل تقديم الأم ما لم يكن للمحضون زوج ذكراً كان أو أنثى وإلا فيقدم إن كان له بها أو لها به استمتاع، أى جماع صرح به ابن الصلاح فى فتاويه[٢]، والمميز ذكراً كان أو أنثى يخير بين أبيه أو أمه؛ لأنه - ﷺ - خير غلاماً بين أبويه (رواه الترمذى وحسنه) والغلامة كالغلام فى الانتساب، ولأن القصد بالكفالة الحفظ للولد والمميز أعرف بحظه، فيرجع إليه[٣].

سن التخيير عند الشافعية:

وسن التخيير عند الشافعية هى سن التمييز، والتمييز - غالباً - سبع سنين أو ثمان تقريباً[٤]، وقد يتقدم على السبع وقد يتأخر على الثمان، والحكم مداره عليه لا على السن، قال ابن الرفعة: ويعتبر فى تمييزه أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار، وإلا أخر فى حصول ذلك، وهو موكول إلى اجتهاد القاضى[٥].

(١) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - جـ٢ - ص٥٢٦ - طبعة الحلبي، والشرح الصغير علي أقرب المسالك - للعلامة أحمد الدردير - جـ٢ - ص٧٥٥ - طبعة دار المعارف.
(٢) مغني المحتاج - للشربيني الخطيب - جـ٣ - ص٤٥٢ .
(٣) المرجع نفسه.
(٤) المرجع نفسه، والمهذب للشيرازي - جـ٢ - ص١٧١ - طبعة الحلبي.
(٥) مغني المحتاج - السابق، العزيز شرح الوجيز للرافعي - جـ١٠ - ص٩٥ - دار الكتب العلمية ببيروت سنة ١٩٩٧م.

(٤) عند الحنابلة:

ورد فى المغنى: وإذا بلغ الغلام سبع سنين، خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما؛ لأن الغلام إذا بلغ حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده فمال إلى أحد الأبوين دل على إنه أرفق به وأشفق عليه، فقدم بذلك، وفيدناه بالسبع، لأنها أول حالٍ أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، ولأن الأم قدمت حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته لأنها أعرف بذلك وأقوم به، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره[١]، وإذا بلغت الجارية سبع سنين، فالأب أحق بها، لأنها بحاجة إلى الحفظ والأب أخص به، لأنها إذا بلغت السبع تكون قد قاربت الصلاحية للزواج، فقد خطب النبى - ﷺ - عائشة وهى ابنة سبع، والجارية تخطب من أبيها[٢].

(٥) رأي الإمام ابن القيم:

يرى الإمام ابن القيم: أن مناط الحضانة على الحفظ والصيانة لمصلحة الصغير فمن يقدم بالتخيير إنما يقدم إذا حصلت منه مصلحة الولد، ولو كانت الأم أصون من الأب وأميز منه، قدمت عليه، ولا التفات إلى اختيار الصبى فى هذه الحالة، فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك لم يلتفت إلى اختياره وكان عند من هو أنفع له وأخير، ولا تحتمل الشريعة غير هذا، والنبى - ﷺ - يقول: "مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم فى المضاجع"[٣]، والله تعالى يقول: {**يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً وقودها الناس والحجارة**}[٤]، والمقصود من ذلك كما قال الحسن: "علموهم وأدبوهم وفقهوهم،

(١) المغني لابن قدامة - جـ٧ - ص٦١٤ وما بعدها - طبعة مكتبة الرياض الحديثة.
(٢) المرجع نفسه - ص٦١٦ وما بعدها. كشاف القناع - جـ٥ - ص٥٠١ وما بعدها طبعة مكتبة النصر الحديثة بالرياض. والروض المربع مع حاشية ابن قاسم - جـ٧ - ص١٥٩ وما بعدها.
(٣) حديث حسن، أخرجه أحمد وأبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأخرجه الترمذي من حديث سبره مرفوعاً.
(٤) التحريم - آية ٦ .

فإذا كانت الأم تتركه فى المكتب، وتعلمه القرآن، والصبى يؤثر اللعب، ومعاشرة أقرانه، وأبوه يمكنه من ذلك، فإنها أحق به بلا تخيير ولا قرعة، وكذلك العكس، ومتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله - ﷺ - فى الصبى وعطله والآخر مراع له، فهو أحق وأولى به[1].

ويقول ابن القيم:

"سمعت شيخنا رحمة الله يقول: تنازع أبوان صبياً عند بعض الحكام، فخيره بينهما، فاختار أباه، فسأله، فقال: أمى تبعثنى كل يوم إلى الكتاب والفقيه يضربنى، وأبى يتركنى للعب مع الصبيان، فقضى به للأم وقال: أنت أحق به"، ويقول: "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 إما أن ترفع يده عن الولاية ويقام من يفعل الواجب، وإما أن يضم إليه من يقوم بالواجب؛ إذ المقصود طاعة الله ورسوله بحسب الإمكان[2].

ومما ينبغى أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام فى تقديم أحد الأبوين مطلقاً، ولا تخيير الولدين الأبوين مطلقاً، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقاً، بل لا يقدم ذو العدوان والتفريط على البر العادل المحسن[3].

ولأن التخيير يقضى إلى أن لا يكون الأب موكلاً بحفظها، ولا الأم لتنقلها بينهما، وقد عرف بالعادة أن ما يتناوب الناس على حفظه ويتواكلون فيه، فهو آيل للضياع، ولهذا قيل: "لا يصلح القدر بين الطباخين"[4].

ولأن العادة 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[5].

(١) ابن القيم - إعلام الموقعين - جـ٥ - ص٤٧٤ وما بعدها - طبعة مؤسسة الرسالة.
(٢) المرجع نفسه - ص٤٧٥.
(٣) المرجع نفسه.
(٤) المرجع نفسه - ص٤٧٢.
(٥) المرجع نفسه.

(٦) عند الظاهرية:

الأم أحق بحضانة الولد الصغير والإبنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض أو الاحتلام أو الإنبات مع التمييز وصحة الجسم[1].

(٧) عند الإمامية:

الأم أحق بالطفل ما لم يميز بلا خلاف، وإن كان طفلا يميز - وهو إذا بلغ سبع سنين أو ثمان فما فوقها إلى حد البلوغ - فإن كان ذكراً، فالأب أحق به، وإن كان أنثى فالأم أحق بها ما لم تتزوج، فإن تزوجت فالأب، أحق بها[2].

(٨) وعند الزيدية:

الظاهر من أحاديث الباب: أن التخيير من حق من بلغ من الأولاد إلى سن التمييز هو الواجب من غير فرق بين الذكر والأنثى، لكن قبل التخيير يراعى ما فيه مصلحة الصغير فإن كان أحد الأبوين أصلح للصبى من الآخر، قدم عليه من غير تخيير[3].

محل الخلاف بين الفقهاء:

ويبدو مما سبق من نقول لأقوال الفقهاء أن هناك اختلافاً فى الرأى حول مسألتين:

الأولى: تحديد سن حضانة الأم لطفلها.

الثانية: المساواة بين الذكر والأنثى فى تحديد تلك السن، لكن تلك المسألة تعتبر مترتبة على الأولى أو أثراً لها، ولهذا يفضل دراستها فى مبحث الآثار المترتبة على التحديد الفقهى لسن الحضانة، وينبغى بيان أقوالهم وما استدل به كل فريق منهم على ما ذهب إليه، وذلك فى المطالب والمباحث التالية:

(١) المحلي لابن حزم - جـ١٠ - ص٣٢٣ - مسألة ٢٠١٤ - مكتبة دار التراث.
(٢) الإمام أبو جعفر الطوسي - كتاب الخلاف - جـ٥ - ص١٣١ - مسألة ٣٦ - مؤسسة النشر الإسلامي بقم.
(٣) الشوكاني - نيل الأوطار - جـ٦ - ص٣٧٢.

المطلب الثانى

آراء الفقهاء فى تحديد سن حضانة الأم لطفلها

من خلال النقول الفقهية المأخوذة من أمهات كتب الفقه فى المذاهب المختلفة يستبين أن الفقهاء اختلفوا فى تلك المسألة إلى ثلاثة أقوال كما يلى:

القـــول الأول: للحنفية والمالكية وأحد روايات أربع للإمام أحمد، والظاهرية والإمامية وحاصل قولهم: إن سن حضانة الأم لطفلها هى سن بلوغ الطفل، فإذا وصل إلى سن البلوغ، فإنه يخير، فإن اختارها، استمرت حضاتها له، وإن اختار أباه، انتقلت حضانته إلى أبيه، إلا أن الحنفية قصروا سن البلوغ على الأنثى دون الذكر، وزاد المالكية والإمامية سن البلوغ للأنثى إلى زواجها والدخول بها[1].

القـول الـثـاني: للحنفية والإمامية (فى الصبى الذكر) والشافعية والزيدية، وحاصل قولهم: إن سن حضانة الأم لطفلها هى سن تمييزه، فإذا وصل إلى حد سن التمييز، فإن حق حضانتها له ينتهى ويخير الولد بين أبية وأمه، فمن اختاره منهما، فإنه يصير إليه وتتحول إليه حضانته[2].

القول الثالث: للإمام ابن القيم، وحاصل قوله، إن تقدم حق الأم أو الأب فى حضانة الصغير مرهون بمصلحته، فإننا نقدم حق أى منهما إذا كان فيه مصلحة الولد، ولو كانت الأم أصون من الأب وآخير منه، قدمت عليه، ولا التفات إلى تخيير للصبى

(١) حاشية ابن عابدين - السابق - جـ١٠ - ص٤٦٠ وما بعدها، أحكام القرآن للجصاص - جـ١ - ص٥٥٢، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - جـ٢ - ص٥٢٦، الشرح الصغير - السابق - جـ٢ - ص٧٥٥، زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية - جـ٥ - ص٤٦٧، والمغني لابن قدامة - السابق - جـ٢ - ص٦١٤، كشاف القناع - السابق - جـ٥ - ص٥٠١، وابن تيمية - مجموع الفتاوي - جـ٣٤ - ص١١٣، والمحلي لابن حزم - جـ١٠ - مسألة ٢٠١٤، الطوسي - كتاب الخلاف - جـ٥ - ص١٣١ - مسألة ٣٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين - السابق ، أحكام القرآن للجصاص - السابق، كتاب الخلاف للطوسي - السابق، ومغني المحتاج للشربيني الخطيب - جـ٣ - ص٤٥٢، المهذب للشيرازي - جـ٢ - ص١٧١، العزيز - شرح الوجيز للرافعي - جـ١٠ - ص٩٥، ونيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص٣٧٢ .

أو قرعة فى هذه الحالة؛ لأنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك، لم يلتفت إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له وأخير، ولا تحتمل الشريعة غير هذا[1].

الفرع الأول

أدلة القائلين بسن البلوغ

استدل أصحاب القول الأول القائلين بأن سن حضانة الأم لطفلها هو سن البلوغ، لما ذهبوا إليه بالسنة والإجماع، وآثار الصحابة والمعقول:

(أ) من السنة:

(أ) بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أن امرأة قالت يا رسول الله: إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء، وحجرى له حواء، وثديى له شفاء، وزعم أبوه أنه ينزعه منى، فقال: "أنت أحق به ما لم تُنكحى"[2].

ووجه الدلالة فى هذا الحديث على المطلوب:

يقول الصنعاني: الحديث دليل على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضى استحقاقها التقدم فى حضانة ولدها، وقد أقرها النبى - ﷺ - على ذلك وحكم لها[3].

ويقول الشوكاني: فيه دليل - أيضاً - على أن الأم أولى بالولد من الأب ما لم يحصل مانع من ذلك بالنكاح؛ لتقييده - ﷺ - للأحقية بقوله: (ما لم تنكحى).

(١) إعلام الموقعين - جـ٥ - ص٤٧٤ وما بعدها. نيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص٣٧٢، وسبل السلام للصنعاني - جـ٣ - ص٤٣٣ - طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود.

(٢) الحديث أخرجه البيهقي والحاكم وصححه، وهو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، راجع: نيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص٣٦٩، وسبل السلام للصنعاني - جـ٣ - ص٤٣٠ .

(٣) إعلام الموقعين - السابق - ص٤٦٥ .

وأقول: أن حق الأم ثابت لها على المحضون حتى تتزوج، ولا معنى لثبوته لها إلا إذا كان خلواً مما يحد منه بسبب غير النكاح كالتخيير من قبل الطفل أو غيره، وإذا لم يكن للتخيير محل، صار حقها ثابتاً حتى يبلغ، ولهذا يقول ابن القيم: والنبى - ﷺ - جعلها أحق به مطلقاً عند المنازعة، ولو كان الاختيار للصغير كانت أحق به[1].

(ب) بما روى أنه - ﷺ - قال: "لا توله والدة عن ولدها[2]"، وقال: "من فرق بين الوالدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"[3].

ووجه الدلالة فى هذين الحديثين على المطلوب:

أن فى الحديث الأول نهياً عن أن توله الأم بولدها، والولَهَ هو: الحزن الشديد الذى يذهب العقل، ويخطف اللب[4]، وهو ما يحدث عند نزع طفلها من حضانتها، فيكون محرماً لا يجوز المصير إليه، وإذا كان محرماً يتعين بقاؤه فى حضانتها إلى أن يستغنى عن الحضانة وتشعر نحوه بالطمأنينة إذا ابتعد عنها، وذلك لا يتحقق إلا ببلوغه؛ لأن البلوغ هو السن الذى تبدأ فيه رابطة تعلق أمه به تَخفُّ، فيكون هو حد حضانتها.

والحديث الثانى قد تضمن وعيداً لمن يفرق بين الأم وولدها، بأن يفرق الله بينه وبين أحبته فى الجنة، وهذا الوعيد يدل على تحريم التفريق بين الأم وولدها، سيما فى فترة الحضانة التى يشتد فيها تعلقها به، فيكون ذلك التفريق منهياً عنه، ويكون مناط ذلك النهى مرتبطاً ببلوغ الصغير، فينتهى عنده حق حضانتها.

(١) سبل السلام - السابق - ص٤٣١ .
(٢) أخرجه البيهقي من حديث أبي بكر - جـ٨ - ص٥، وفي سنده ابن لهيعة وهو ضعيف لكن السيوطي حسنه، راجع: سبل السلام - السابق - ص٤٣٥ .
(٣) أخرجه أحمد والترمذي والحاكم من حديث أبي أيوب وصححه الحاكم، المرجع نفسه، وراجع اعلام الموقعين - السابق - ص٤٦٢ .
(٤) المعجم الوجيز - ص٦٨١ - طبعة وزارة التربية والتعليم سنة ٢٠٠١م.

(جـ) وبما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أن النبى - ﷺ - خير غلاماً بين أبيه وأمه[1]، وفى رواية: "أن امرأة جاءت فقالت: يا رسول الله إن زوجى يريد أن يذهب بابنى، وقد سقانى من بئر أبى عنبة، وقد نفعنى، فقال زوجها: من يحاقنى فى ولدى؟، فقال النبى - ﷺ - : هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به[2].

ووجه الدلالة فى هذا الحديث على المطلوب:

أنه قد دل على أن حد التخيير الذى تنتهى عنده حضانة الأم، هو أن يصبح الطفلا غلاماً، والغلام هو الذى تجاوز مرحلة الطفولة إلى البلوغ[3]، ولذلك اشتقت منه كلمة الغلمة التى تفيد شدة الشهوة للجماع، فدل ذلك على أن حد حضانة الأم البلوغ.

ومما يؤكد ما جاء فى رواية: "وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى"، فإنه لن يستطيع أن ينفع أمه بمثل ما أخبرت به إلا إذا كان قد وصل إلى حد البلوغ الذى يقوى به على أن يسقى أمه من بئر أبى عنبة، ولأن من كان فى سن قبل البلوغ لا ينفع أمه، وإنما هى التى تنفعه، ومن ثم كان الحديث بروايتيه دالاً على أن حد الاستغناء الذى تنتهى به حضانة الأم هو البلوغ[4]، وهو ما ذهب إليه أصحاب هذا القول، وما قيل من أن الغلام هو من لم يبلغ، مردود بتلك الرواية، أو بأنه من وصل نهاية الطفولة ووصل إلى حد البلوغ، ومن ثم، كان حمله على البالغ صرفاً له إلى حقيقته، ويكون دالاً على المطلوب.

(٣) ومن الإجماع:

استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بالإجماع فقالوا: إن الإجماع

(١) رواه أحمد وابن ماجه والترمذي وصححه، راجع: نيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص٣٧٠ .
(٢) رواه أبو داود، المرجع نفسه.
(٣) المعجم الوجيز - السابق - ص٤٥٤ .
(٤) ابن القيم - السابق - ص٤٧٦ وما بعدها.

منعقد على عدم جواز التفرقة بين الأم وولدها، وأنها أحق بحضانته من الأب طالما أنها لم تتزوج، فيكون حقها فى حضانته مرتبطاً بزواجها دون اعتبار لتخيير أو غيره، وقد حكى هذا الأجماع ابن المنذر وصاحب البحر كما ذكر الشوكانى[1].

وقد يقال: إن دعوى الإجماع منقوضة بالرأيين الآخرين فى المسألة، وهما لجملة من الأئمة والفقهاء الذين يعتد بهم، ولا يتصور منهم مخالفة الإجماع، وللإجابة عن ذلك نقول: إن رأيهم فى غير محل الإجماع، لأنهم إن كانوا يقولون إن سن التخيير هى التمييز، فإن معناه عندهم ممتد ليشمل معنى البلوغ، وإذا كان المميز يخير عندهم، فإن البالغ يخير من باب أولى، ومن ثم كان الإجماع فى محله.

(٣) ومن آثار الصحابة:

واستدلوا علي رأيهم من آثار الصحابة بما يلي:

(أ) عن عبد الرزاق عن ابن جريج، عن عطاء الخراسانى، عن ابن عباس - رضى الله عنهما - قال: "طلق عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - امرأته واختصمها فى ولده، ورفع الأمر إلى أبى بكر الصديق - رضى الله عنه - فقال بعد أن ذكر حديث النبى - ﷺ - : "أنت أحق بها ما لم تنكحى"، :ريحها وفراشها، خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه، وحكم به لأمه حين لم يكن له تمييز إلى أن يشب"[2].

وقد روى مالك فى الموطأ عن يحى بن سعيد أنه قال: "سمعت القاسم بن محمد يقول: كانت عند عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - امرأة من الأنصار، فولدت له عاصم بن عمر، ثم إن عمر فارقها، فجاء عمر قباء، فوجد ابنه عاصماً يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام، فنازعته إياه

(١) نيل الأوطار - السابق - ص٣٦٩، وسبل السلام - السابق - ص٤٣١ .
(٢) ابن القيم - السابق - ص٤٦٥ .

حتى أتيا أبا بكر الصديق - رضى الله عنه - فقال عمر: ابنى، وقالت المرأة: ابنى، فقال أبو بكر - رضى الله عنه -: خل بينها وبينه فما راجعه عمر الكلام[1].

يقول ابن القيم: فيه دليل على أن عمر كان مذهبه خلاف ذلك، ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم والامضاء، ثم كان بعد فى خلافته يقضى به ويفتى، ولم يخالف أبا بكر فى شئ منه[2]، وروى أن أبا بكر قال له: هى أحق بولدها ما لم تتزوج، فهى أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأرأف عليه من أبيه[3].

ووجه الدلالة فى هذا الأمر:

أنه قد دل على أن الأم أحق بولدها ما لم تتزوج، فلا يكون لهذا الحق ما يمنعه من أسباب غير الزواج، وقد بين الأثر أن حدود حق الأم هو أن يشب الغلام، وهو إذا شب يكون قد وصل إلى حد البلوغ.

(ب) ذكر عبد الرزاق: عن معمر، عن أيوب، عن إسماعيل ابن عبيد الله، عن عبد الرحمن بن غنيم قال: "اختصم إلى عمر بن الخطاب فى غلام، فقال: هو مع أمه حتى يعرب عنه لسانه ليختار"[4].

ووجه الدلالة فى هذا الأثر:

أنه قد جعل الحضانة حقاً للأم حتى يعرب الطفل عن حاله بلسانه، وحد ذلك هو البلوغ، فدل ذلك على أن حق الأم منوط به.

(٤) ومن المعقول:

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه من المعقول فقالوا:

(١) المرجع نفسه - ص٤٣٥ وما بعدها، وقد أخرجه مالك في الموطأ - جـ٢ - ص٧٦٨ وما بعدها، وعبد الرزاق في مصنفه - رقم ١٢٦٠٠ وما بعده.
(٢) المرجع نفسه - ص٤٣٦ .
(٣) المرجع نفسه - ص٤٣٧ .
(٤) المصنف - رقم ١٢٦٠٦، ورجاله ثقات، وابن القيم - السابق - ص٤٦٥ .

(أ) إن الولد قبل البلوغ يكون صغيراً غير مميز لا يعرف مصلحته، وقد أهدر الشارع رأيه وعبارته فى المعاملات التى يمكن أن يعود عليها منها ضرر مالى يحتمل الكسب أو الخسارة، فكيف يعتد بها فى أخطر الأمور التى تتعلق بحياته ووجوده، إن ذلك لا يتصور.

(ب) أن تخيير الولد قبل البلوغ سوف يفضى إلى ضياع حضانته على الأب وعلى الأم، إذ من شأنه أن يجعله عند الأب تارة وعند الأم أخرى، فإنه كلما شاء الانتقال أجيب إليه، ومن ثم لا يكون الأب موكلاً بحفظه ولا الأم كذلك؛ لتنقله بينهما، وقد عرف بالعادة أن ما يتناوب الناس على حفظه ويتواكلون فيه، فهو آيل إلى ضياع، ومن الأمثال السائدة: (لا يصلح القِدر بين طباخين)[1].

(جـ) كما أن اختيار أحدهما يضعف رغبة الآخر فى الاحسان إليه وصيانته، فإذا اختار أحدهما ثم انتقل إلى الآخر، لم يبق أحدهما تام الرغبة فى حفظه والإحسان إليه وصيانته[2]، وإذا كان الولد محتاجاً إلى أمه قبل استغنائه بالبلوغ، فإن البنت أشد حاجة إليها فيه لتعلم ما يصلح للنساء من الغزل والقيام بمصالح البيت، وهذا إنما تقوم به النساء لا الرجال، فهى أشد حاجة إلى أمها منه، لتعلمها ما يصلح للمرأة، وفى دفعها إلى أبيها تعطيل لتلك المصلحة، وإسلامها إلى امرأة أجنبية تعلمها ذلك، وترديدها بين الأم وبينها فيه تمرين لها على البروز والخروج، فمصلحة البنت والأم والأب تقتضى أن تكون عند أمها[3].

(د) لقد جرت العادة على أن الأب يتصرف فى المعاش والخروج ولقاء الناس، والأم حتى ولو كانت تخرج وتعمل فإنها مقصورة فى بيتها غالباً، ولذلك فإن الأولاد عندها أحفظ وأصون، وعينها تكون عليهم دائماً بخلاف الأب، فإنه فى غالب الأوقات غائب عن البيت أو فى مظنة ذلك، فجعلهم عند الأم أصون وأصح[4].

(١) ابن القيم - إعلام الموقعين - السابق - ص٤٧٢ .
(٢) المرجع نفسه.
(٣) المرجع نفسه - ص٤٧٣ .
(٤) في هذا المعني: المرجع نفسه - ص٤٧٣ .

(هـ) إن الأمر لو ترك لاختيار الصغير، فإنه غالباً ما يختار الطرف الذى يمكنه من اللعب وترك الجاد من الأمور كالتعليم والتربية، وقد يظن إن فى تشديد أحد أبويه عليه إضراراً به وقسرة عليه، فيكرهه، ويفر منه باختياره إلى من يمكنه من تحقيق ما يهواه، فيضيع وهو فى بواكير حياته، وليس هذا مما يتواءم مع المصلحة التى شرعت الحضانة لها.

وقد روى ابن القيم قال: "سمعت شيخنا - رحمه الله - يقول: تنازع أبوان صبياً عند بعض الحكام - فخيره بينهما، فاختار أباه، فقالت له أمه: سله لأى شئ يختار أباه، فسأله: فقال: أمى تبعثنى كل يوم إلى الكتاب، والفقيه يضربنى، وأبى يتركنى للعب مع الصبيان، فقضى به للأم وقال: أنت أحق به[1]، ولا يخفى ما تدل عليه تلك الأقوال من ترجيح حق الأم فى الحضانة على الأب حتى يبلغ الصبى ويقوى على إدراك ما فيه مصلحته.

الفرع الثانى

أدلة القائلين بسن التمييز

وقد استدل أصحاب القول الثانى القائلون بأن سن حضانة الأم لطفلها هو سن التمييز لما ذهبوا إليه بالسنة، والآثار، والإجماع، والمعقول كما يلى:

(أ) من السنة:

(أ) بما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه -: "أن النبى - ﷺ - خير غلاماً بين أبيه وأمه"[2].

ووجه الدلالة فى هذا الحديث على المطلوب:

أنه قد دل على أن الرسول - ﷺ - قد خير الطفل وهو غلام لم يتجاوز سن التمييز.

(١) المرجع نفسه - ص٤٧٥ .
(٢) نيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص٣٧٠ .

يقول الشوكاني: والظاهر من أحاديث الباب أن التخيير فى حق من بلغ من الأولاد إلى سن التمييز هو الواجب من غير فرق بين الذكر والأنثى[1]، والمميز الذى بلغ السابعة، فما قبل السابعة هو الذى يتحدد به حق الأم فى الحضانة، ولهذا أثر عن الإمام أحمد: أن الصغير دون سبعٍ أمه أولى به[2].

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث:

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بما نقله الإمام ابن القيم عن المالكية: بأن ما روى من أحاديث التخيير مطلقة لا تقييد فيها، والذين استدلوا بها على أن حق الأم منوط بسن التمييز، لم يقولوا بها على إطلاقها، وإنما قيدوا التخيير بسبع فما فوقها، وليس فى شيئ من الأحاديث ما يدل على ذلك[3].

كما أن إطلاق تلك الأحاديث يفيد أن وجه الدلالة منها ينبغى أن يقيد بأدلة التشريع الأخرى ومبادئ الشريعة العامة، ومعلوم أن الأدلة الأخرى تقيد وجه الدلالة منها بمايجعل التخيير بعد البلوغ، وعلى نحو ما استدل به أصحاب القول الأول، ثم إن مبادئ الشريعة العامة تقرر رد إرادة الصبى فى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فلا يعتد بها إلا بموافقة وليه، وهى باطلة بطلاناً مطلقاً فى التصرفات الضارة به مالياً، ومن باب أولى أن تكون أشد بطلاناً فى التصرفات التى تتعلق بوجوده وحياته كما فى التخيير، ومن ثم تكون دلالة هذا الحديث على المطلوب غير مستقيمة.

رد هذه المناقشة:

قالوا: سلمنا أن دلالة الحديث لا تقتضى التحديد بسبع ولا هو أمر مجمع عليه؛ لأن النقل متردد بين خمس وسبع وهو قول الشافعى وأحمد فى أحد أقواله، لكن القول بسبع ترجح بأن التخيير يستدعى التمييز والفهم، وهو لا ضابط له فى الأطفال،

(١) المرجع نفسه - ص٣٧١ .
(٢) المرجع نفسه.
(٣) المرجع نفسه - ص٤٧٨ وما بعدها.

فضبط بمظنته وهى السبع، فإنها أول سن التمييز ولهذا جعلها النبى - ﷺ - حداً للوقت الذى يؤمر فيه الصبى بالصلاة[1].

رد هذا الرد

ويمكن رد هذا الرد بأمرين:

أولهما: أن الضبط يقتضى إناطة الحكم بالمستيقن لا بالمظنون، والمستيقن فى موضوعنا هو البلوغ، حيث يكون الصغير فيه قد وصل إلى السن التى يعتد الشارع فيها بعبارته، أما سن السبع، فإنه لا يستيقن فيه تمييز الصغير، لأنه قد يميز وقد لا يميز ولا يجوز ترك المستيقن بالمظنون فى أمر لا يفيد فيه الظن، ولا تدفع إليه ضرورة.

ثانيهما: أن تحديد سن السبع كوقت يؤمر فيه بالصلاة، لا يصلح لقياس التخيير عليه؛ لأن الأمر ليس أمر تكليف، وإنما هو أمر توجيه وتعليم وإرشاد فى موضوع يتعلق بحق الله المبنى على العفو والمسامحة؛ حتى يتعود الصغير على الصلاة عندما يكلف بالبلوغ، وأمر التخيير أمر وجوب وإلزام يتعلق بحق الصغير وتربيته على الوجه الحسن، ولا يجوز قياس الواجد على غيره، ولا اللازم على غير اللازم، بل إن الأمر فى هذه الحالة ليس موجهاً إلى الصغير، فلا يتعلق به حكمه، وإنما هو موجه إلى وليه أو أبيه، ومن ثم فإن أثره ينصرف إليه لا إلى الصغير، أما التخيير، فإنه ينصرف إلى الصغير مباشرة فافترقا.

(ب) وبما روى عن عبد الحميد بن جعفر الأنصارى عن جده عن رافع بن سنان "أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبى - ﷺ - وقالت: ابنتى وهى فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتى، فقال رسول الله - ﷺ -: اقعد ناحية، قال لها: اقعدى ناحية، وأقعد الصبية بينهما، ثم قال: ادعواها، فمالت إلى أمها، فقال النبى - ﷺ - : اللهم اهدها، فمالت إلى أبيها، فأخذها"[2].

(١) رواه أحمد وأبو داود، راجع: نيل الأوطار للشوكاني - السابق - ص٣٧٠ وما بعدها.
(٢) إعلام الموقعين - السابق - ص٤٦٥ .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث على المطلوب:

أن النبى - ﷺ - خير الصغير بين أبيه وأمه وهو صغير لم يميز، فدل ذلك على أن التمييز هو حد التخيير الذى يرتبط حق الأم فى حضانة الصغير به.

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث:

وقد نوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

أولهما: أنه من رواية عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان الأنصارى الأوسى، وقد ضعفه إمام العلل يحيي بن سعيد القطان، وكان سفيان الثورى يحمل عليه[1]، وقد ضعفه ابن المنذر، وقال: "إن فى إسناده مقالاً ولا يثبته أهل النقل، وأن عبد الحميد بن جعفر فى إسناده مقال"[2]: وقد اضطرب النقل فى القصة، فروى أن المخيَّر كان بنتاً، وروى أنه كان ابناً، ولذلك قال صاحب المغنى: إن الحديث قد روى على غير هذا الوجه ولا يثبته أهل النقل[3].

ثانيهما: أن الحديث يعتبر قضية عين خاصة بحقه - ﷺ - ، إذ يحتمل أنه قد علم أنها تختار أباها بدعوته، فكان اختيارها لأبيها استجابة لتلك الدعوة[4]، أو لأن الصبية لما اختارت أمها التى أبت أن تسلم، دعا لها النبى - ﷺ - بالهداية، فاختارت أباها، استجابة لدعوته عليه الصلام[5]، وإذا كانت المسألة قضية عين خاصة به، فإن حكمها لا يتعدى لما سواها، ولو كان الحديث قضية عامة، لانتفت الحضانة عن كل أم كافرة، وهذا ما لا يفيده الحديث؛ لأن مجرد التخيير بين الأب المسلم والأم التى أبت الإسلام يفيد أن الإسلام ليس شرطاً لصحة حضانة الأم، وكما

(١) إعلام الموقعين - السابق - ص٤٦٠ .
(٢) نيل الأوطار للشوكاني - السابق - ص٣٧١ .
(٣) إعلام الموقعين - السابق، والمغني لابن قدامة، تحقيق الدكتور بن عبدالله التركي، وعبد الفتاح الحلو - جـ١١ - ص٤١٣ - طبعة هجر.
(٤) المغني - السابق.
(٥) إعلام الموقعين - السابق - ص٤٦٠ .

يقول ابن القيم: الذين قالوا بذلك، يقولون: لا حضانة لفاسق، فأى فسق أكبر من الكفر؟، ولو تم هذا الشرط فى الحاضن، لضاع أطفال العالم، ولعظمت المشقة على الأمة واشتد العنت عليها، ولم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق بينهم لا يتعرض لهم أحد مع كونهم الأكثرين، ومتى وقع فى الإسلام انتزاع الطفل من أبويه، أو أحدهما بفسقه؟، إن الحرص على الصغير باعث طبيعى، ولذلك اكتفى الشارع فى لحضانة بهذا الباعث الطبيعى، ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة، لكان بيان هذا للأمة من أهم الأمور، واعتناء الأمة بنقله، وتوارث العمل به مقدماً على كثير مما نقلوه وتوارثوا العمل به، ولو كان الفسق ينافى الحضانة، لكان من زنى أو شرب خمراً أو أتى كبيرة ،تسلب منه الحضانة وتسند لغيره، ولم يقل بهذا أحد"[1].

رد هذه المناقشة

وقد رد أصحاب هذا القول تلك المناقشات فقالوا:

أولاً: ما ذكروه من ضعف فى الحديث بسبب أن سفيان الثورى كان يحمل على عبد الحميد بن جعفر، فإن تضعيف الثورى له من أجل مذهبه، ويحيى بن سعيد مرة وثقه، ومرة ضعفة، وقد وثقه ابن معين وأحمد، وأبو حاتم والنسائى وابن عدى، وابن سعد، والساجى، فحديثه لا ينزل عن رتبة الحسن، ولذا قال الحافظ فى التقريب: صدوق ربما وهم، فالحديث حسن، كما تقدم[2].

ثانياً: ما قيل من أن الحديث قضية عين مردود بقاعدة العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، ولم يرد ما يفيد أن هذا الحديث قضية عين، بل إن ما ورد من الأدلة الأخرى التى تفيد التخيير فى سن التمييز، تدل على خلافه، والعدالة وإن كانت شرطاً فى الحاضن، إلا أنها لا تخل بحق الصغير فى الاختيار، لهذا لا يجوز الخلط بين

(١) إعلام الموقعين - السابق - ص٤٦٠ وما بعدها.
(٢) شعيب وعبد القادر الأرناؤوط - تعليق علي زاد المعاد - السابق، نفس المكان - حاشية ٢ .

الأمين، فإن عدم صحة هذا الشرط لتولى الحضانة عند من يقولون به، لا يصح أن يتطاول إلى حق الصغير فى الاختيار وفقاً لما يدل عليه هذا الحديث.

رد هذا الرد:

ويمكن رد ما قيل رداً على مناقشة أصحاب القول الأول بأمرين:

أولهما: إذا تردد أمر راو بين الجرح والتعديل، فإن الجرح هو الذى يقدم؛ احتياطاً للسنة، وتوثقاً فى النقل عنه - ﷺ - وذلك ليس من باب الغيبة المحرمة، بل من باب الذب عن الشريعة المكرمة، لكن يشترط ان يكون الجرح واضح السبب وإذا كان ذلك كذلك وكان أمر الراوى لهذا الحديث قد تردد بين التوثيق والتضعيف، فإن الذى يترجح هو جانب التضعيف، لأنه هو الأصل فى الرواية عنه ﷺ، ولأن الأصل فى التخريج زيادة العلم، لأن لدى الجارح منه ما يخرج الراوى عن قبول روايته، وزيادة العلم بحال الراوى تقدم على النقص فيه.

وعلى فرض ما قيل: إن الحديث حسن، لكنه مع حسنه معارض بالأدلة التى تفيد التخيير عند البلوغ، لاسيما وأن حال الصغير ليست مما يفيده لفظ الحديث قصداً، وإنما اعتراه الغموض فى جنسه وفى سنه على نحو ينتفى فيه القطع بما يراد إثباته به، وهو التمييز الذى يبلغ سبع سنوات تحديداً.

ثانيهما: أن قاعدة: العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب لا تنافى أن الحديث قضية عين، لأنها مع صحتها، والتسليم بها لا تسرى على الوقائع الخاصة أو قضايا الأعيان، ولهذا كانت الجهة منفكة بينهما، وصحتها فى ذاتها لا تمنع أن الواقعة قضية عين فى ذاتها، ولا يمكن القول بأن الصلة منتفية بين شروط الحضانة والتخيير؛ لأن الصغير إذا اختار من هو غير أهل للمحافظة عليه، أو اختار المفضول على حساب الأفضل، فإنه لا يجاب إلى اختياره، وإذا كان أصحاب هذا الرأى يقولون: إن الفاسق ليس أهلاً للحضانة، فإن الكفر أشد إثماً من الفسق، ومع ذلك فقد أفاد الحديث الذى يستدلون به، أن الكفر لم يمنع من أن تكون الأم الكافرة فى دائرة اختيار الصغير لها،

فكيف يستدلون منه على تحديد سن التمييز لتخييره، ولا يستدلون به فى الأحكام الأخرى، ومنها أن الفسق ليس شرطاً لأهليته فى الحضانة، وأولى بهم أن يعملوا بكل وجوه الدلالة من الحديث، وهذا ما لم يحصل منهم، أو لا يعملوا بها فى كلا المسألتين، وهذا ما يتعين المصير إليه، وإذا تعين المصير إليه، يكون الوجه الأبقى للأدلة التى تفيد أن البلوغ هو سن التخيير.

(٢) ومن آثار الصحابة:

وقد استدل أصحاب القول الثانى لما ذهبوا إليه من آثار الصحابة بما يلى:

(أ) بما ذكره سعيد بن منصور عن هيثم عن خالد عن الوليد بن مسلم، قال: "اختصموا إلى عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فى يتيم فخيره، فاختار أمه على عمه فقال عمر: إن لطف أمك خير من خصب عمك"(١)، وقد روى مثل ذلك عن على - رضى الله عنه - والشافعى - رحمه الله -، وقال: "كان ابن سبع أو ثمان سنين"(٢).

(ب) بما أخرجه البيهقى عن عمر - رضى الله عنه - "أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه"(٣).

وجه الدلالة من هذين الأثرين:

لقد دل هذان الأثران على أن التخيير قد وقع من عمر - رضى الله عنه -، فدل ذلك على جوازه للصغير عند سن التمييز سبع أو ثمان سنين.

مناقشة الاستدلال بهذين الأثرين:

ويمكن أن يناقش ما قالوه من وجه الدلالة التى يفيدها هذان الأثران، أنهما وإن كانا يدلان على جواز التخيير للصغير، فإن هذا ليس موضوع نزاع من أحد، ولكنهما

(١) إعلام الموقعين - السابق - ص٤٦٦ .
(٢) نيل الأوطار للشوكاني - ص٣٧١ .
(٣) المرجع نفسه.

لا يدلان يقيناً على المطلوب وهو السن الذى يتحدد بها ذلك التخيير عندهم وهى سن التمييز، حيث لا يوجد فى هذين الأثرين ما يدل عليها، لأن الأثر الأول منهما قد وصف الصغير باليتيم، وهو غير قاطع فى الدلالة على سن من فقد أباه وهو صغير، والأثر الثانى وصفه بالغلام، وهو من وصل إلى البلوغ، ومن ثم كان تحديده بسن سبع سنين أو ثمان تحكماً بلا دليل، وهو لا يجوز.

(٣) دليلهم من الإجماع:

كما استدلوا لما ذهبوا إليه بالإجماع فقالوا:

إن التخيير إجماع الصحابة، فروى عن عمر، وروى عن عمارة الجرمى، وروى مثل ذلك عن أبى هريرة، وهى قصص فى مظنة الشهرة، لم تنكر، فصارت إجماعاً[١].

مناقشة استدلالهم من الإجماع:

وقد نوقش استدلالهم بالإجماع من وجهين:

أولهما: أن القضية خلافية بين كبار فقهاء الشريعة وأئمة المذاهب، ومن ثم فإن دعوى الإجماع لا تستقيم فى ظل هذا الخلاف[٢].

ثانيهما: أن الاستدلال بالإجماع فى غير محله؛ لأنه على التخيير، وهذا ما لا يمارى فيه أحد، ولكن محل الخلاف هو السن الذ يخير فيه الصغير، وهذا ما لا يدل عليه الإجماع الذى ساقوه، وإذا صح ذلك يكون الإجماع الذى استدل به أصحاب القول الأول هو الإجماع الصحيح الخالى من المعارض.

(٤) دليلهم من المعقول:

كما استدلوا لما ذهبوا إليه من المعقول فقالوا:

إن التقديم فى الحضانة لحق الصغير، فيقدم من هو أشفق؛ لأن حظ الولد عنده

(١) ابن قدامة - المغني - السابق - ص٤١٦ .
(٢) في هذا المعني: الشوكاني في نيل الأوطار - السابق.

أكثر، واعتبار الشفقة بمظنتها، إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها، فإذا بلغ الغلام حداً يعرب فيه عن نفسه، ويميز بين الإكرام وضده، فمال إلى أحد الأبوين، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه، فقدم بذلك، وقيدنا بالسبع؛ لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، ولأن الأم قدمت فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته؛ لأنها أعرف بذلك وأقوم به، فإذا استغنى عن ذلك، تساوى والداه لقربهما منه فيترجح باختياره[١].

مناقشة استدلالهم من المعقول:

وما استدلوا به من المعقول مبنى على صحة وجوه الدلالة التى قدموها، وهذا مالا يمكن التسليم به، كما أنه لا مجال للاستدلال بالمعقول فى سياق ما تفيده الأدلة المتعاضدة من المنقول على نحو ما استدل به أصحاب القول الأول[٢].

الفرع الثالث

أدلة الرأى القائل باعتبار مصلحة الصغير

دون التقيد بسن معينة

استدل الإمام ابن القيم لما ذهب إليه من أن مصلحة الصغير هى أساس إسناد الحضانة إلى أى من والديه، بالكتاب والسنة والآثار والمعقول، وذلك كما يلى:

(أ) من الكتاب:

يقول الله تعالى: {**يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً وقودها الناس والحجارة**}[٣].

وجه الدلالة من هذا القول الكريم علي المطلوب:

أن الله تعالى قد أوجب على المؤمنين أن يقوا أنفسهم وأهليهم ناراً محرقه

(١) المغني لابن قدامه - السابق - ص٤١٦ .
(٢) إعلام الموقعين - السابق - ص٤٦٨ .
(٣) سورة التحريم - من الآية ٦ .

يعذبون بها إذا لم يتقوها، فجعل وقاية من يتولون أمورهم مطلوبة منهم بنفس درجة طلبها من أنفسهم، ولا شك أن وقايتهم من النار مصلحة، تدل على أنها مناط مسئوليتهم عنهم، وتوجيه الخطاب إليهم بسببها، فإذا كانت مصلحة الصغار هى أساس الولاية وعلتها، فإن المصلحة إذا عدمت، تنعدم بسببها؛ إعمالاً لما هو معروف من أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، كما أن إضافة الحكم إلى أمر ما يدل على أنه علة له، ومن ثم كانت وقاية الأهل ما قد يغشاهم من عذاب النار هى علة الخطاب، وإذا كانت كذلك تكون هى أساس الولاية[1].

مناقشة الاستدلال بهذا القول الكريم:

ويمكن أن يناقش ما ذهب إليه الإمام ابن القيم فى الاستدلال بهذا القول الكريم، أن التخيير لا يجافى المصلحة، بل يوائمها، ومن ثم كان القول به عند من يقولون به وهم كافة أهل العلم من أصحاب القولين السابقين، فإنهم جميعاً يقولون بالتخيير، وإن كان أصحاب الرأى الأول يرون: أن سن التخيير هى البلوغ، وأصحاب القول الثانى يرون: أن سن التخيير هى سن التمييز، فإن هذا الخلاف فى الرأى لا ينفى اتفاقهم فى الجملة على مبدأ التخيير، وأنه وسيلة من وسائل تحقيق مصلحة الصغير.

(٢) من السنة:

بما روى أنه - ﷺ - قال: "مروهم بالصلاة لسبع، واضربوهم على تركها لعشر، وفرقوا بينهم فى المضاجع"[2].

(١) فى هذا المعنى: ابن القيم، المرجع نفسه - ص٤٧٥، لقد طلب الشارع تعليمهم ووقايتهم مما قد يعذبون به، فمن يحرص علي ذلك، يكون قد حقق لهم المصلحة التي يكون بها أهلاً للحضانة ومن لم يحرص علي ذلك، لا يكون أهلا لها.

(٢) حديث حسن أخرجه أحمد، وأبو داود - رقم (٤٩٤)، والترمذي - رقم (٤٠٧) من حديث سمرة مرفوعاً، راجع: إعلام الموقعين - ج٤ - ص٩٨، جـ٦ - ص٤٧٥ .

ووجه الدلالة من هذا الحديث علي المطلوب:

يقول الإمام ابن القيم: "قال الحسن: علموهم، وأدبوهم، وفقهوهم، فإذا كانت الأم تتركه فى المكتب وتعلمه القرآن، والصبى يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه، وأبوه يمكنه من ذلك، فإنها أحق به بلا تخيير ولا قرعة، وكذلك العكس، ومتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله فى الصبى وعطله والآخر مراع له، فهو أحق به وأولى[1].

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث:

ويمكن أن يناقش ما استدل به الإمام ابن القيم من هذا الحديث بوجهين:

أولهما: أن دلالة الحديث لا تنافى التخيير؛ لأن من ستئول الحضانة له بالاختيار سيكون هو المقصود بتوجيه الخطاب الشرعى فى الحديث الشريف.

ثانيهما: أن الخطاب فى الحديث ليس موجهاً للصغير، لأنه ليس أهلاً له، ومن ثم فلا يكون له حجة على حقه فى التخيير، ومع أنه ليس موجهاً له، وإنما هو موجه إلى أوليائه وأصحاب الرأى النافذ عليه، فإن أمره بالصلاة وضربه عليها قبل أن يبلغ ليس تكليفاً له، وإنما هو توجيه وتعليم له؛ ليتعود على الصلاة، ويحرص عليها عندما يبلغ، وهذا التوجيه موجه للأولياء، وليس إليه، ومن ثم فإنه لا ينال من حقه فى الاختيار.

(٣) ومن الآثار:

يقول الإمام ابن القيم: "سمعت شيخنا - رحمه الله - يقول: تنازع أبوان صبياً عند بعض الحكام فخيره بينهما، فاختار أباه، فقالت له أمه: سله لأى شيئ اختار أباه، فسأله، فقال: أمى تبعثنى كل يوم للكتاب، والفقيه يضربنى، وأبى يتركنى للعب مع الصبيان، فقضى به للأم ،وقال: أنت أحق به"[2].

(١) إعلام الموقعين - السابق - ص٤٦٨ .

(٢) المرجع نفسه.

مناقشة الاستدلال بهذا الأثر:

ويمكن مناقشة الإمام ابن القيم فى استدلاله من هذا الأثر: بأن إساءة الاختيار من جهة الصبى لا يجوز أن تغمطه حقه؛ لأنه ما أساء الاختيار إلا لصغر سنه وحداثة خبرته، ولو أن أمر اختياره تراخى إلى حين اكتمال عقله ووصوله إلى سن البلوغ كما يقول أصحاب القول الأول، لأمكن تلافى تلك الآثار الضارة التى يمكن أن تترتب على سوء الاختيار منه.

وعلى فرض أن المصلحة هى الأساس، فإن التخيير لا ينافيها إذا جاء فى سن يمكن أن يتبصر فيها الصبى معانى الأشياء وحقيقتها، ويؤثر الجاد فى حياته علي الهزل الذى يلازم الأطفال، ويعد من خصالهم.

(٤) ومن المعقول:

قال الإمام ابن القيم: إن الحضانة مصلحة للصغير، وهو ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا اختار من يساعده على ذلك، لم يلتفت إلى اختياره، وكان عند من هو أنفع له[١].

وأن التخيير ينافى الحضانة؛ لأننا إذا ربطناها به، فإنه قد يترتب على تنقل الصغير من أبيه إلى أمه، فلا يكون لأحدهما حضانة عليه.

كما أنه ينافى مصلحة الصغير؛ لأن اختياره لأحد أبويه من شأنه أن يصرف عنه إشفاق الآخر واهتمامه، وقد عرف بالعادة أن ما يتناوب الناس على حفظه ويتواكلون فيه، فهو آيل للضياع[٢].

مناقشة استدلال ابن القيم من المعقول:

ويمكن أن يناقش ما استدل به الإمام ابن القيم من المعقول بما يلى:

(١) المرجع نفسه.

(٢) المرجع نفسه ص٤٧٢ .

(أ) إذا كان الصغير ضعيف العقل يؤثر اللعب على الجد، فإن هذا لا يصلح سبباً مقبولاً لغمطه حقه فى التخيير، والأصلح أن يراعى فيه نضج عقله بالبلوغ ليتخير فيه، وعندئذ يمكن تلافى هذا الأثر السيئ.

(ب) ما يقال من أن ربط الحضانة بالتخيير تضييع لها مردود، باستقرارها عند من يقع عليه اختيار الصغير ويتفق مع مصلحته، ومثل تلك الحضانة من شأنها الاستقرار والثبات الذى يرد زعم التردد بين الأبوين مما يضيع الحضانة على كل منهما.

(جـ) وما يقال من أن اختيار أحد أبويه سوف يصرف عنه الآخر مردود: بأن هذا لا يتصور من الأسوياء؛ لأن حب الولد أمر فطرى لا يتصور تركه لمجرد اختيار الصغير الطرف الآخر، بل ربما كان ذلك داعياً لمضاعفة عطفه، وأسباب الحرص عليه عله يحظى منه بالحب الذى نال من اختاره.

الرأى الراجح فى نظرنا:

ومما سبق من بيان أدلة كل قول ومناقشتها، وما ردت به تلك المناقشات يستبين بجلاء ووضح أن القول الأول الذى يرى التخيير عند سن البلوغ، هو الراجح فى نظرنا لأمرين:

أولهما: قوة أدلته، وسلامتها من المناقشات التى أخذت على القولين الآخرين، كما أنه هو الذى يتفق مع مبادئ الشريعة الكلية فى الاعتداد بعبارة الصغير.

ثانيهما: أن هذا القول وسط يحقق مصلحة الصغير فى حفظ حقه لاختيار من يحضنه، وتعويده إبداء الرأى منذ الصغر، كما أنه يضمن لاختيار الصبى أن يجيئ فى إطار التعقل الذى يتوخى المصلحة، والبعد عن المفاسد وذلك حين جعل سن الاختيار هى سن البلوغ التى يؤثر فيها الصغير الجد على الهزل، والالتزام على اللعب، ولذلك فإنه يترجح فى نظرنا.

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على التحديد الفقهي الراجح لسن الحضانة

ويترتب على التحديد الفقهى الراجح لسن حضانة الأم لأطفالها الصغار أمران هما: تحديد سن البلوغ التى يناط بها تخيير الصغير، ومساواة كل منهما فى حق التخيير، ونخصص لبيان كل من هذين الأمرين مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

سن البلوغ التى يناط بها الاختيار

إذا كان القول الأول هو الراجح، فإن ذلك يثير تساؤلاً عن سن البلوغ التى يخير فيها الطفل، وتنتهى عندها حضانة الأم، وهنا نجد أن للفقهاء قولين حكاهما الإمام القرطبى فى الجامع كالتالى:

أولهما: للأوزاعى والشافعى وابن حنبل، وابن وهب، وأصبغ، وابن الماجشون، وعمر بن عبد العزيز، وما اختاره ابن العربى، وحاصل قولهم: إن سن البلوغ (١٥) خمس عشرة سنة للذكر والأنثى[١]، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٩٨٦ بقولها: "منتهى البلوغ خمس عشرة سنة".

(١) شرح العناية مع تكملة الفتح - جـ٩ - ص٢٧٠، طبعة الحلبي سنة ١٩٧٠م، وحاشية ابن عابدين علي الدر المختار - جـ٦ - ص١٥٣، وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - جـ٣ - ص٢٩٢، والقوانين الفقهية - ص٢٧٥، وفتح العزيز للرافعي، بهامش المجموع - جـ١٠ - ص٢٧٧، وحاشيتا قليوبي وعميرة مع شرح المحلي - جـ٢ - ص٣٠٠، وحاشية الروض المربع - جـ٥ - ص١٨٣، والمغني لابن قدامه - جـ٤ - ص٥٠٨، وأحكام القرآن لابن العربي - جـ١ - ص٣٢٠، وراجع: القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - جـ٥ - ص٣٥ - طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب.

ثانيهما: لأبى حنيفة، ومالك، وغيرهما من الفقهاء، وحاصل قولهم: إن تلك السن للفتى والفتاة (١٧) سبع عشرة سنة، وفى رواية ثانية عن الإمام أبى حنيفة: أنها (١٩) تسع عشرة سنة، وقد روى اللولؤى عنه: أنها (١٨) ثمان عشرة سنة للفتى، (١٧) وسبع عشرة للفتاة، وفى رواية أخرى بتمام السابعة عشرة سنة والدخول فى الثامنة عشرة[١]، وذهب بعض الفقهاء: إلى تقديرها باثنتين وعشرين سنة، ونقل عن عمر - رضى الله عنه -: أنه قدرها بخمس وعشرين سنة[٢]، وذهب داود الظاهرى إلى: أنه لا حد للبلوغ بالسن وإن بلغ أربعين سنة، بل العبرة بخروج المنى للرجل والمرأة[٣]، ولكل قول أدلته:

أولا: أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه بالسنة والأثر كما يلى:

(أ) من السنة:

بما رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما عن ابن عمر - رضى الله عنهما - قال: "عرضت على النبى - ﷺ - يوم أحد فى القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزنى، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازنى"[٤].

ووجه الدلالة من هذا الحديث علي المطلوب:

أن النبى - ﷺ - قد أجازه للجهاد عند بلوغه خمس عشرة سنة، ولم يجزه قبلها، فدل ذلك على أنها سن البلوغ، وهى الحد الذى يسهم فيه فى الجهاد.

(١) شرح العناية السابق، حاشية ابن عابدين السابق ،حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - السابق والقوانين الفقهية - السابق، القرطبي - السابق.
(٢) البابرتي - شرح العناية علي الهداية بهامش فتح القدير - المكان السابق.
(٣) مشار إليه في: المغني لابن قدامه - جـ٤ - ص٥٠٩، وتفسير القرطبي - المكان السابق.
(٤) صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الشهادات - جـ٥ - ص٢٧٦، ومسلم - كتاب الامارة - جـ٣ - ص١٤٩٠، والنسائي - جـ٦ - ص١٢٦، والتلخيص الحبير - جـ٣ - ص٤٢ .

(٣) ومن الأثر:

بما روى عن نافع قال: "قدمت على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذ خليفة، فحدثته هذا الحديث، فقال: إن هذا الحد بين الصغير والكبير، فكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن كان ابن خمس عشرة سنة، ومن كان دون ذلك، فاجعلوه فى العيال[١].

ووجه الدلالة من هذا الأثر علي المطلوب:

أنه قد أفاد: أن سن البلوغ خمس عشرة سنة وما دونها يعتبر صاحبها من العيال، وقد دل هذا الحديث على ما دل عليه الحديث السابق.

ثانا: أدلة القول الثانى:

ليس لأصحاب القول الثانى دليل من المنقول؛ لأنهم يعولون على ظهور علامات البلوغ الطبيعية، وظهورها قد يختلف السن فيه من شخص لآخر، والعبرة بظهور تلك العلامات بالفعل، وليس بالسن؛ لأن السن واحدة لكل الأشخاص، وأمر تلك العلامات مختلف ولا ينحصر فى سن واحدة، والأحكام تناط بالعلامات وليس بالسن، ونظراً لتعذر الاحكام إلى سن واحدة مع ضرورة انضباط المعاملات رؤى المصير إلى ذلك التحديد المتفاوت.

الرأى الراجح:

والرأى الراجح فى نظرنا هو القول الأول الذى يحدد سن البلوغ بخمس عشرة سنة؛ عملاً بالآثار المروية، ولأنه السن الذى يبلغ فيه الصغير عادة، ومن ثم يكون هو الأولى لضبط المعاملات لذلك نرجحه.

(١) صحيح البخاري - السابق -، وصحيح مسلم - السابق.

المطلب الثانى

المساواة بين الذكر والأنثى فى حق التخيير

من المسائل التى أثارت خلافاً فى الرأى بين الفقهاء، مسألة المساواة بينهما فى حق التخيير، حيث يتعين تخييرهما فى سن واحدة للذكر والأنثى، وقد اختلف الفقهاء فى تلك المسألة إلى قولين:

أولهما: للشافعية، والحنابلة، وابن القيم، والظاهرية، والزيدية، وحاصل قولهم: إن الذكر يتساوى مع الأنثى فى سن الحضانة[١]، وبالتالى يجوز أن يخير كل منهما فى السن التى يخير فيها الآخر.

ثانيهما: للحنفية والمالكية، والإمامية، وحاصل قولهم: إن الذكر لا يتساوى بالأنثى فى سن التخيير، وأن لكل منهما سناً معيناً يخير فيها، وبالتالى تنتهى حضانة أمه له[٢].

أدلة كل قول:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول فقالوا:

(أ) من السنة:

(أ) بما روى عن أبى هريرة أنه - ﷺ -: "خير غلاماً بين أبيه وأمه"[٣].

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي - السابق - جـ١٠ - ص٩٥، مغني المحتاج للشربيني الخطيب - السابق - جـ٣ - ص٤٥٢، المغني لابن قدامه - جـ٧ - ص٦١٤، كشاف القناع - جـ٥ - ص٥٠١ وما بعدها، إعلام الموقعين لابن القيم - جـ٥ - ص٤٧٤ وما بعدها، ونيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص٣٧٢ .
(٢) حاشية ابن عابدين علي الدر المختار - جـ١٠ - ص٤٦٠ وما بعدها، وأحكام القرآن للجصاص - جـ١ - ص٥٥٢، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير - جـ٢ - ص٥٢٦، الخلاف للطوسي - جـ٥ - ص١٣١
(٣) نيل الأوطار للشوكاني - جـ٦ - ص٣٧٠ .

ووجه الدلالة من هذا الحديث على المطلوب:

يقول الشوكانى: "الظاهر من دلالة هذا الحديث أن التخيير فى حق من بلغ من الأولاد إلى سن التمييز هو الواجب من غير فرق بين الذكر والأنثى[1]، ولأن الغلام كالغلامة فى الانتساب وتحقيق مقاصد الحضانة فى الجملة من غير فرق بينهما[2]، وعلى هذا يحمل وجه الدلالة فى الأحاديث التى تفيد أنه - ﷺ - خير صغيراً بين أبويه؛ لأنهما متساويان فى الحق، فيتساويان فى وقت استعماله من غير فرق بينهما.

(ب) وبما رواه النسائى فى سننه، والإمام أحمد فى مسنده من حديث رافع بن سنان - رضى الله عنه - "أنه تنازع هو وأم فى ابنتهما، وأن النبى - ﷺ - أقعده ناحية، وأقعد المرأة ناحية، وأقعد الصبية بينهما، وقال: "ادعواها، فمالت إلى أمها، فقال النبى - ﷺ - اللهم اهدها، فمالت إلى أبيها، فأخذها"[3].

ووجه الدلالة على المطلوب فى هذا الحديث:

أن التخيير قد ورد - وفقاً لما يفيده منطوقه - فى صبية، وهو وإن كان وارداً فى صبية إلا أن الذكر مثلها؛ لأن وصف الذكورة هنا لا تأثير له فى الحكم، بل هى كالذكر فيه. نظير ذلك قوله - ﷺ - : "من وجد متاعه عند رجل قد أفلس[4]"، وقوله: "من أعتق شركاً له فى عبد"[5]، حيث لا فرق بين الذكر والأنثى فى هذا الخطاب، بل إن حديث الحضانة أولى بعدم اشتراط الذكورية فيه؛ لأن لفظ الصبى أو الصبية ليس من كلام الشارع، إنما هو من حكاية الصحابى، فإذا نقح المناط، تبين أنه لا تأثير له لكونه ذكراً أو أنثى[6].

---

(١) المرجع نفسه - ص٣٧١ .
(٢) مغني المحتاج للشربيني الخطيب - جـ٣ - ص٤٥٢ .
(٣) أخرجه أبو داود - رقم ٢٢٤٤، والنسائي - جـ٦ - ص١٨٥ .
(٤) أخرجه البخاري - جـ٥ - ص٤٧، وأبو داود - رقم ٣٥١٩ .
(٥) أخرجه البخاري - جـ٥ - ص١٠٥ .
(٦) إعلام الموقعين - السابق - ص٤٧٠ .

(٢) ومن المعقول:

استدل أصحاب القول الأول لما ذهبوا إليه من المعقول بوجهين:

أولهما: أن القصد من الحضانة حفظ الصغير، وليس هناك من هو أعرف بحظه فى الحفظ من الشخص نفسه، والذكر لا يختلف عن الأنثى فى القصد من الحضانة أو المعرفة بحظ النفس فى الحفظ، فيتساويان فى حق اختيارها.

ثانيهما: أن حد الحضانة هو الاستغناء الذى يقدر به الصغير على القيام بحظوظ نفسه وإدراك ما ينفعه وما يضره، وذلك كله مرتبط بفترة زمنية معينة من العمر إذا وصل الإنسان إليها - ذكراً كان أو أنثى -، فإنه يكون قادراً على القيام بها، والذكر والأنثى لا يختلفان فى حقيقة الاستغناء، فيتساويان فى السن الذى يحق لهما فيه التخيير.

ثانيا: أدلة القول الثانى:

واستدل أصحاب القول الثانى لما ذهبوا إليه من السنة والإجماع، والمعقول، كما يلى:

(١) من السنة:

بما روى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - أنه - ﷺ - : خير غلاماً بين أبيه وأمه[1].

ووجه الدلالة على المطلوب من هذا الحديث:

أن التخيير قد ثبت عن النبى - ﷺ - فى الغلام، فيكون لوصف الذكورة دخل فى وجوبه، فليس الذكر كالأنثى[2].

---

(١) الحديث سبق تخريجه.
(٢) إعلام الموقعين لابن القيم - السابق.

مناقشة وجه الاستدلال بهذا الحديث:

وقد نوقش أصحاب القول الثانى فى وجه استدلالهم بهذا الحديث من وجوه:

أولهـــا: أن النص فى حديث أبى هريرة وإن كان على الغلام، فإن الأحاديث الأخرى ومنها حديث رافع بن سنان كان النص فيها على تخيير ابنة، ومن ثم كان قصر معنى الحديث على الذكر يناقض معنى الحديث الآخر الذى يخير الأنثى، فيجب صرفه إلى المولود مطلقاً دون اعتبار للذكورة أو الأنوثة؛ تنزيهاً للسنة الشريفة عما يوهم التعارض؛ لأنه لا وجود له فى الحقيقة والواقع.

ثانيهـــا: أن مناط الحضانة وحدها هو الاستغناء، الذى لا فرق فيه بين الذكر والأنثى، فيكون تخصيص التخيير بالذكر فيه لا معنى له.

ثالثها: أن تخصيص الذكر بالتخيير تخصيص بلا مخصص، وهو لا يجوز، سيما إذا كانت هناك أدلة أخرى تفيد عدم الاعتداد بهذا الوصف.

(٣) ومن الإجماع:

كما استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بما اعتبروه إجماعاً فقالوا: ثبت عن الخلفاء الراشدين وأبى هريرة أن التخيير فى الغلام، ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة البتة، ولا أنكره منكر[1].

مناقشة هذا الاستدلال:

وهذا الاستدلال منقوض من وجهين:

أولهـــا: أن دعوى الإجماع منقوضة بالرأى الأول الذى قال به جمع كبير من الأئمة والفقهاء، مما يقطع بأن الأمر محل خلاف، وليس محل اتفاق.

ثانيهما: أنه إذا كان الاختصاص بالذكر ثابتاً عن الخلفاء الراشدين وأبى هريرة،

(١) ابن القيم - إعلام الموقعين - السابق - ص٤٧٢ .

فقد ثبت النص على الأنثى بما هو أقوى من آثارهما، وهو السنة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة وأتم التسليم، كما ثبت ما يخالف ذلك عن كثير من الصحابة والتابعين، فتكون دعوى الإجماع غير ثابتة.

(٣) ومن المعقول:

استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بالمعقول من وجهين:

أولهـــا: أن الأم إنما قدمت بالتخيير فى حال صغر الولد لحاجته إلى التربية والحمل والرضاع والمداراة التى لا تهيأ لغيرها، وإلا فإن الأم أحد الأبوين فكيف تقدم عليه دون موجب؟ فإذا بلغ الغلام حداً يعرب فيه عن نفسه، ويستغنى عن الحمل والوضع وما تعانيه النساء، تساوى الأبوان، وزال السبب الموجب لتقديم الأم، والأبوان متساويان فيه، فلا يتقدم أحدهما إلا بمرجح، وهو الاختيار الذى جاءت به السنة[1]، وإذا كانت حاجة الذكر تنتهى ببلوغه حداً يعرب فيه عن نفسه، فإن حاجة الأنثى لا تنتهى عند ذلك، بل تبقى بحضانة الأم لمعانٍ تختلف فيها عنه.

ثانيهـــا: أن الغلام إذا بلغ حد التخيير، يكون بحاجة إلى التأديب الذى أصبح بعقله وتستشرف نفسه له، ويقتضيه صلاح حاله فى دنياه ودينه، والأب أخص بذلك، أما الفتاة، فإن من مصلحتها البقاء لدى أمها حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها زوجها؛ لأنها فى كل تلك المراحل تكون بحاجة إلى الأم، فإذا بلغتها، احتاجت إلى الأب للتحصن[2].

وأيضاً هى 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 لتلك المصلحة[3]، وإسلامها إلى امرأة أجنبية تعلمها ذلك، وترديدها بين الأم وبينه فيه تمرين لها البروز والخروج، فمصلحة البنت والأم والأب أن

(١) زاد المعاد - السابق - ص٤٦٨ .
(٢) أحكام القرآن للجصاص - جـ١ - ص٥٥٢ .
(٣) زاد المعاد - السابق - ص٤٧٣ .

تكون عند أمها[1]، وغنى عن البيان أنه لا حجة للمعقول أمام المنقول، بل والأدلة الأخرى التى استدل بها أصحاب القول الأول.

الرأى الراجح فى نظرنا:

ويبدو من خلال بيان أدلة كل قول، وما ورد عليها من مناقشات أن الرأى الأول هو الراجح فى نظرنا لأمرين:

أولهما: قوة أدلته وسلامتها من المناقشات التى توهن وجوه الدلالة منها، وهذا ما لم تسلم منه أدلة القول الثانى.

ثانيهما: أن ترجيح هذا القول هو الذى يتفق و مقاصد الشريعة العامة فى المساواة بين الذكر والأنثى فى الحقوق الإنسانية الثابتة لهما، ولهذا، فإنه - مع الأدلة التى تدل على اعتباره - يكون هو الراجح فى نظرنا.

(١) المرجع نفسه - ص٤٧٣ وما بعدها.

الخاتمة

وفى ختام تلك الدراسة يستبين لنا أن القول الراجح فى الفقه الإسلامى هو الذى يحدد سن حضانة الصغير ببلوغه، ذلك أن البلوغ يعتبر حداً واضحاً فى حياة كل من الذكر والأنثى، وله من العلامات الجسدية والفطرية التى تدل عليه، والتى يمكن من خلال وجودها تقرير الأحكام المتعلقة بها فيما بين المكلف وربه، وفيما بينه وبين الناس، كما أنه هو الحد الذى يفصح عن وصول الصغير - ذكراً كان أو أنثى - إلى مرحلة النضج العقلى الذى يقوى به على تبصر أموره، والتمييز بين ما ينفعه وما يضره، ولذلك كان اعتبار البلوغ حداً أقصى لمرحلة حضانة الأم مفيداً لذلك.

وقد أظهرت الدراسة أن البلوغ وإن كان يعرف بظهور علاماته الطبيعية، كالاحتلام فى الغلام، والحيض فى الفتاة، ومع ظهور العلامات البدنية الأخرى، إلا أنه يمكن أن يترجم إلى مرحلة زمنية تقدر بالسنين التى تنضبط بها الأحكام لجميع المكلفين من الذكور والإناث بدرجة سواء، ومن خلال أقوال الفقهاء فى تلك السن يبدو أنها تتدرج ابتداء من خمس عشرة سنة، ثم سبع عشرة سنة، ثم ثمان عشر سنة، ثم تسع عشرة سنة، ثم ما هو أكثر من ذلك، ومن ثم يكون الحد الأدنى لسن المحضون الذى يجعل حق أمه فى حضانته قائماً هو سن (١٥) خمس عشرة سنة، واتباع القول الراجح فى الفقه الإسلامى يؤدى إلى اختيار هذا السن ليكون هو الحد الأدنى لها.

كما استبان أيضاً أن الذكر يتساوى مع الأنثى فى تلك السن، وذلك ما ظهر من خلال ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات فى تلك المسألة، الأمر الذى يترجح معه القول بمساواتهما فى حق حضانة أمهما لهما.

وإذا كان القانون المصرى فى المادة (٢٠) من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ والمعدلة بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ قد نص على أنه: "ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة، وبلوغ الصغيرة اثنتا عشرة شنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج فى يد

الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك"، فإنه يستبين من ذلك النص أنه قد خالف الرأى الراجح فى أمرين هما:

أولاً: سن حضانة الصغير والصغيرة، حيث جعلها عشر سنوات للصغير، واثنتا عشرة سنة للصغيرة، مع أن الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى يحدد الحد الأدنى لسن الحضانة بخمس عشرة سنة للذكر والأنثى.

ثانياً: أنه قد فرق بين الذكر والأنثى فى أمر لا يستساغ فيه التفريق بينهما وهو سن الحضانة، سيما وأن الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى يقضى بتقرير مبدأ المساواة بينهما فى السن الذى ينبغى تخييرهما فيه، ويكون من الأوفق تعديل نص المادة بما يجعله منسجماً مع الرأى الراجح فى التشريع الإسلامى لدى الفقهاء فى هاتين المسألتين، ولعل ذلك التوجه الصحيح هو ما تهيأ له مجلس الشعب الآن، فقد أحال المجلس بجلسته المعقودة يوم الثلاثاء ١١ من مارس سنة ٢٠٠٣ إلى لجنة مشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الدينية والاجتماعية والأوقاف اقتراحا بمشروع قانون مقدم من السيدة العضو الدكتورة زينب عبد المجيد رضوان، بشأن تعديل المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ بخصوص بعض أحكام الأحوال الشخصية.

وقد عقدت اللجنة اجتماعاً فى ٢٠٠٣/٤/٥ نظرت فيه الاقتراح بمشروع قانون المشار إليه. (مرفق).

ورأت اللجنة أخذ رأى فضيلة الدكتور مفتى الديار المصرية فى هذا الاقتراح.

والأمر معروض برجاء التفضل بإرسال خطاب إلى فضيلة المفتى لاستطلاع رأيه فى هذا الشأ، والمشروع المرفق قد جرت صياغته كالتالى:

اقتراح بمشروع قانون

بتعديل المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم (٢٥)

لسنة ١٩٢٩ فى شأن بعض أحكام الأحوال الشخصية

باسم الشعب.

رئيس الجمهورية.

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه:

المادة الأولى

يستبدل بنص الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ النص الآتى:

فقرة أولى:

ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ومع ذلك يجوز للقاضى بعد بلوغ الصغير أو الصغيرة هذه السن تخييرهما فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة.

المادة الثانية

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

زينب عبد المجيد رضوان

عضو مجلس الشعب

كما تضمن المذكرة الإيضاحية المرفقة بهذا الاقتراح ما يلى:

المراد بحضانة الطفل تربيته ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته فى المرحلة الأولى من عمره وهى حق للأم، ثم لمحارمه من النساء، ثم لمحارمه من الرجال العصبات، ثم لمحارمه الرجال غير العصبات.

وثبوت الحضانة للنساء أولاً أمر طبيعى، فهن أقدر من الرجال على تعهد الصغير والعناية به فى تلك المرحلة، وأعرف به وأصبر وأرأف.

وبالنسبة لمدة الحضانة، فالمعمول به فى المذهب الحنفى أن حضانة الصغير تنتهى باستغنائه عن خدمة النساء وقدرته على القيام بحاجته الأولية من أكل ولبس ونظافة، ولم يحدد لذلك سناً معينة عند المتقدمين من فقهاء الحنفية. ولما لم يكن هناك فى ذلك نص فى الكتاب أو السنة قاطعاً فى تحديد سن الحضانة بالنسبة للأبوين، كان المدار فى الحضانة هو نفع المحضون. لهذا، فإنه لا يزال أمر تحديد السن التى تنتهى عندها الحضانة محل نظر ودراسة من رجال التشريع والاجتماع.

وإذا رجعنا إلى القانون المصرى فى ذلك، سنجد أن المادة (٢٠) من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ والمعدلة بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ تنص على ما يلى:

"ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتا عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة، إذا تبين أن مصلحتها ما تقتضى ذلك.

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة، وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين، وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، نظمها القاضى، على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسها.

ولأن هذه السن الذى حدده القانون لحضانة الأم هو اجتهاد وليس نصاً ملزماً، واجتهاد مبنى على ما قرره الفقهاء قديماً وهو استغناء الطفل عن خدمة النساء وقدرته على القيام بحاجاته الأولية.

وإذا كان هذا التقدير له ما يبرره فى القديم، فالأمر على خلاف ذلك تماماً فى الوقت الحاضر، فليس مناط نفع الطفل متعلقاً بقدرته على القيام بخدمة نفسه، ولكن متغيرات الواقع الأن تفرض نظرة جديدة لسن الحضانة، فالطفل فى العاشرة من عمره

والطفلة فى الثانية عشرة من عمرها مازالا فى مرحلة التعليم الابتدائى ولا يتصور نزع الابن أو الابنة من حضانة الأم ومن محيطه الدراسى والاجتماعى ونقله إلى مجتمع آخر بدون أن يؤثر هذا تأثيرا سلبياً على استمراره فى العملية التعليمية باستقرار يؤدى إلى النجاح وبدون أضرار نفسية من هذا التحول وهو فى هذه السن الصغيرة، والواقع يشهد على ذلك من خلال الأمثلة كثيرة.

لذا يقترح الارتفاع بسن الحضانة إلى الخامسة عشر بالنسبة للابن والابنة، وعند هذه السن يكون الأبناء بلغوا درجة من النمو العقلى تعينهم على أن يتم تخييرهم بين الحياة لدى الأم ولدى الأب؛ اقتداء بما أرشد إليه الرسول - ﷺ -: حيث جاءت امرأة إلى رسول الله - ﷺ - فقالت يا رسول الله: إن زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عنبة[1]، وقد نفعنى، فقال رسول الله - ﷺ -: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به"، رواه أو داود.

هذا بالنسبة للصغير، وبالنسبة للصغيرة فإنها تخير مثل الصغير عند الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: الأم أحق بها حتى تتزوج، والعلماء متفقون على أن المعتبر فى التخيير قدرة الحاضن على حفظ الطفل وصيانته.

قال ابن تيمية: "تنازع أبوان صبياً عند بعض الحكام فخيره بينهما فاختار أبوه فقالت له أمه: أسأله لأى شيئ يختار أباه، فسأله، فقال: أمى تبعثنى كل يوم للكتاب والفقيه يضربنى، وأبى يتركنى للعب مع الصبيان، فقضى به للأم وقال: أنت أحق به".

وقد رد فضيلة المفتى على ما طلب منه بفتوى جاء بها:

(١) وهي تبعد عن المدينة حوالي ميل.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبى بعده سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن تبعه باحسان إلى يوم الدين.

اطلعنا على الطلب الوارد إلينا من الدكتور/ أحمد فتحى سرور رئيس مجلس الشعب المقيد برقم (٦٩٨) لسنة ٢٠٠٣ المتضمن: مذكرة اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية وكتاب لجنة الشئون الدينية والاجتماعية والأوقاف بشأن الاقتراح بمشروع قانون المقدم من السيدة العضو الدكتورة/ زينب عب المجيد رضوان بشأن تعديل المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ فى شأن بعض أحكام الأحوال الشخصية المرفق صورة منه.

ويطلب السيد رأيس المجلس بيان الرأى والإفادة.

نفيد: أن دار الإفتاء المصرية لا ترى بأساً بذلك التعديل طالما رأت اللجان التشريعية المختصة أن ذلك يحقق مصلحة الصغير أو الصغيرة، وتؤسس دار الإفتاء رأيها هذا على ما ذهب إليه بعض الفقهاء.

فقد ورد فى كتاب روضة الطالبين للإمام النووى فى كتاب النفقات [باب الحضانة ص١٥٨٠ فقه شافعى] ما نصه: (إنما يحكم بأن الأم أحق بالحضانة من الأب فى حق من لا تمييز له أصلاً وهو الصغير فى أول أمره، والمجنون، فأما إذا صار الصغير مميزاً، فيخير بين الأبوين إذا افترقا، ويكون عند من اختار منهما، وسواء فى التخيير الابن والبنت، وسن التمييز غالباً سبع سنين، أو ثمان تقريباً، قال الأصحاب: وقد يتقدم التمييز عن السبع وقد يتأخر عن الثمان، ومدار الحكم على نفس التمييز، لا على سنه).

ويؤخذ من ذلك النص: أن الشافعية تسوى بين الصغير والصغيرة، وتجعل

الحضانة لهما إلى سن التمييز الذى يختلف باختلاف الزمان والمكان والأحوال، وأن مذهب الشافعية يحيل الأمر بعد ذلك إلى تخيير الصغير أو الصغيرة بين الأبوين، فهذا أساس يمكن أن نبنى عليه قبولنا للتعديل المقترح من السيدة/ زينب عبد المجيد عضو مجلس الشعب وهو ما لا بأس به شرعاً وخاصة فى هذا الزمان.

والله سبحانه وتعالى أعلم...

أ. د. أحمد الطيب

وقد عرضت تلك الفتوى على مجلس مجمع البحوث الإسلامية بجلسته التاسعة، فى دورته رقم (٣٩) برقم (٣٢٨) والتى انعقدت يوم الخميس ٢٢ من صفر سنة ١٤٢٤هـ، الموافق ٢٤ من أبريل سنة ٢٠٠٣م، فوافق عليها، وقرر باجماع آراء أعضائه أن: تحديد سن حضانة الأم لأطفالها ذكوراً أو إناثاً بخمس عشرة سنة لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وفوض فضيلة المفتى بأن يكتب للسيد الأستاذ الدكتور رئيس مجلس الشعب بمضمون رأى المجمع مرفقاً بفتوى فضيلته فى هذا الموضوع.

وهو توجه حميد نؤيده، ونرى أنه يتفق مع الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى، ويرجى منه أن يحقق الغايات الاجتماعية المنشودة بما يوصل للاستقرار الأسرى والتربوى والاجتماعى الذى يتطلع إليه الجميع، وما ذلك على الله بعزيز، نسأل الله التوفيق والهداية، وندعوه - سبحانه - أن يهيئ لنا من أمرنا رشداً، فهو - وحده - الموفق المعين.

د. عبد الله النجار

[وقل رب زدنى علما]

فهرس تفصيلى بمحتويات البحث

الموضوع — الصفحة

تقديم: ٨١
المبحث الأول:
السن التى تستحق الأم بها حضانة الطفل ٨٣
المطلب الأول: ٨٣
الحد الأقصى لسن الطفل فى أقوال الفقهاء ٨٣
(١) عند الحنفية ٨٣
(٢) عند المالكية ٨٤
(٣) عند الشافعية ٨٤
(٤) عند الحنابلة ٨٥
(٥) رأى الإمام ابن القيم ٨٥
(٦). عند الظاهرية ٨٧
(٧) عند الإمامية ٨٧
(٨) عند الزيدية ٨٧
محل الخلاف بين الفقهاء ٨٧
المطلب الثاني: ٨٧
آراء الفقهاء فى تحديد سن حضانة الأم لطفلها ٨٨
القول الأول: سن البلوغ .....
القول الثانى: سن التمييز .....
القول الثالث: مصلحة الصغير .....
الفرع الأول: .....
أدلة القائلين بسن البلوغ ٨٩

(١) من السنة ٨٩
(٢) من الإجماع ٩١
(٣) ومن آثار الصحابة ٩٢
(٤). ومن المعقول ٩٣
الفرع الثاني: .....
أدلة القائلين بسن التمييز ٩٥
(١) من السنة .....
(٢) ومن آثار الصحابة ١٠١
(٣) من الإجماع ١٠٢
(٤) ومن المعقول ١٠٢
الفرع الثالث: .....
أدلة الرأى القائل باعتبار مصلحة الصغير دون التقيد بسن معينة
(١) من الكتاب ١٠٣
(٢) و من السنة ١٠٤
(٣) ومن الآثار ١٠٥
(٤) ومن المعقول ١٠٦
الرأى الراجح فى نظرنا ١٠٧
المبحث الثانى: ١٠٨
الآثار المترتبة على التحديد الفقهى الراجح لسن الحضانة .....
المطلب الأول: .....
سن البلوغ التى يناط بها الاختيار ١٠٨
القول الأول: (١٥) خمس عشرة سنة ١٠٨

القول الثانى: (١٧) سبع عشرة حتى (٢٥) خمس وعشرين سنة ١٠٩
أولاً: أدلة القول الأول ١٠٩٠
(١) من السنة ١٠٩
(٢) ومن الأثر ١١٠
ثانياً: أدلة القول الثاني: ١١٠
الرأى الراجح ١١٠
المطلب الثاني: ١١١
المساواة بين الذكر والأنثى فى حق التخيير .....
القول الأول: الذكر يتساوى مع الأنثى فى سن التخيير .....
القول الثانى: الذكر لا يتساوى مع الأنثى فى سن التخيير .....
أولاً: أدلة القول الأول: ١١١
(١) من السنة ١١١
(٢) ومن المعقول ١١٣
ثانياً: أدلة القول الثاني: .....
(١) من السنة ١١٣
(٢) ومن الإجماع ١١٤
(٣) ومن المعقول ١١٥
الرأى الراجح فى نظرنا ١١٦
الخاتمة: ١١٧
الاقتراح بمشروع قانون بالتعديل وفقاً لما انتهى إليه البحث ١١٩
المذكرة الايضاحية للاقتراح بالتعديل ١١٩
رأى فضيلة المفتى ١٢٢