

بحث محكم

تخيير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة

إعداد

د / عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ

الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

فإن تربية الولد الصغير والقيام بشؤونه ومصالحه وكل ما يدخل في مفهوم الحضانة يقوم به الوالدان متعاونين في حال قيام الزوجية، وإن نصيب الأم من هذه الحضانة أعظم بكثير من نصيب الأب، ولكن يثور التساؤل ويقع الخلاف عندما يفترق الزوجان فيمن له حق الحضانة، ولذا ينص الفقهاء أنه حينئذ تبدأ مدة الحضانة.

جاء في الهداية للمرغيناني: (إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد^(١)). وقد اختلف الفقهاء في حضانة الأم؛ هل تستمر إلى البلوغ أو أن لها مدة تنتهي إليها وذلك إذا بلغ الولد سن التمييز، فمن الفقهاء من قال: تستمر حضانة الأم، ومنهم من قال: يخير الولد حينئذ، ومنهم من قال: يجبر الأب على أخذه.

فأردت من خلال هذا البحث التطرق لمسألة تخيير الولد بين أبويه، وعرض أقوال العلماء، وبيان أدلتهم، وذكر ما يترتب على التخيير من آثار. وقد جاء البحث في مقدمة، وتمهيد، ومبحثين، وخاتمة.

(١) الهداية (٦٣٩/٢). وينظر: المهذب (٦٤٩/٤)، المغني (٤١٣/١).

المطلب الأول: تعريف الحضانة وبيان حكمها

أولاً: الحضانة في اللغة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما: مأخوذة من الحِضن بكسر الحاء، وهو الجنب. حَضَن الصبي يحضنه حَضْنًا، وحضانة: جعله في حِضْنِهِ. وأصل الحِضن: ما دون الإبط إلى الخصر. وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان، وحضنا الشيء: جانباه، وحضنا الرجل: جنباه، ونواحي كل شيء: أحضانه^(٢).
والحاضن والحاضنة: هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه^(٣).

ثانياً: الحضانة في الاصطلاح:

عرف الفقهاء الحضانة بتعريفات متقاربة في المعنى:
فعرفها الحنفية بأنها: تربية الولد ممن له حق الحضانة^(٤).
وعند المالكية: حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه، والقيام بمصالحه^(٥).
وعرفها الشافعية بأنها: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير ومجنون، وتربيته بما يصلحه^(٦).
وعند الحنابلة: حفظ صغير ومجنون ومعتوه عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحتهم^(٧).

ولعل التعريف الأمثل هو تعريف الحنفية والمالكية؛ حيث قصروا مفهوم الحضانة

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة (٧٣/٢) (حِضْن)، لسان العرب (١٢٢/١٣) (حِضْن).

(٣) ينظر: لسان العرب (١٢٢/١٣) (حِضْن)، الاختيار لتعليل المختار (٢٥٣/٤).

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥٥٥/٣).

(٥) ينظر: حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢)، شرح حدود ابن عرفة (ص ٢٣٠).

(٦) ينظر: روضة الطالبين (٥٠٤/٦)، مغني المحتاج (٤٥٢/٣).

(٧) ينظر: كشف القناع (١٨٧/١٣)، مطالب أولي النهى (٦٦٥/٥).

على حضانة الولد الصغير، هو المتبادر إلى الذهن من إطلاق كلمة الحضانة، فلا يدخل في مفهومها رعاية كبير السن ولا الكبير المجنون أو المعتوه.

ثالثاً: الألفاظ ذات الصلة:

هناك ألفاظ لها صلة بالحضانة، منها:

١- الكفالة:

وهي في اللغة: الضم، والكافل الضامن والضمين - بمعنى واحد-، يقال: كفلت المال وتكفلت به: ضمته. والكافل العائل، والكفالة بالولد أن يعوله ويقوم بأمره، ومنه قوله تعالى: (وكفلها زكريا) آل عمران / ٣٧^(٨).

والفقهاء يستعملون الكفالة في ضم الذمة، كما يستعملونها في باب الحضانة. وفرق بعضهم بين الحضانة والكفالة بأن الحضانة تنتهي في الصغير بالتمييز، وأما بعد التمييز إلى البلوغ فتسمى كفالة^(٩).

٢- الولاية:

وهي في اللغة: النصرة^(١٠). وشرعاً: تنفيذ القول على الغير^(١١). والولاية نوعان: ولاية على النفس، وولاية على المال، فالأولى: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية؛ من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتطبيب وتزويج ونحو ذلك. والثانية: هي الإشراف على شؤون القاصر المالية؛ من استثمار وتصرفات، كالبيع والإجارة والرهن وغيرها^(١٢).

(٨) ينظر: لسان العرب (٥٨٨/١١) مادة كفل .

(٩) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٧/١١)، كفاية النبيه (٢٧٣/١٥)، مغني المحتاج (٤٥٢/٢) .

(١٠) ينظر: لسان العرب (٤٠٥/١٥) مادة ولي .

(١١) ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف (٧٣٤/١) .

(١٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٧٣٢٧/١٠) .

والولاية قد يكون مصدرها الشرع كولاية الأب والجد، وقد يكون مصدرها تفويض الغير كالوصاية ونظارة الوقف. والحضانة نوع من أنواع الولايات الثابتة بالشرع^(١٣).

٣- الوصاية :

وهي في اللغة: بمعنى العهد والوصل، يقال: وصيت الشيء بالشيء: إذا وصلته به. كأن الموصي لما أوصى بالشيء وصل ما بعد الموت بما قبله في نفاذ التصرف^(١٤). وشرعاً: الأمر بالتصرف بعد الموت^(١٥)، كوصية الإنسان إلى من يغسله، أو يصلي عليه إماماً، أو يزوج بناته ونحو ذلك. والوصاية ولاية إلا أنها تثبت بتفويض الغير، بخلاف الحضانة فهي ثابتة بالشرع، وقد يكون الوصي حاضناً^(١٦).

حكم الحضانة :

اتفق الفقهاء على وجوب حضانة الولد وكفالاته؛ وعللوا ذلك بأن الولد يهلك بتركه ويضيع، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك^(١٧).

قال أبو الوليد ابن رشد رحمه الله: (لا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار؛ لأن الإنسان خلق ضعيفاً مفتقراً إلى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته، فهو من فروض الكفاية، لا يحل أن يترك الصغير دون كفالة

(١٣) ينظر: الموسوعة الفقهية (٣٠٠/١٧).

(١٤) ينظر: لسان العرب (٣٩٤/١٥) مادة وصى.

(١٥) ينظر: الدر المختار (٤٠٦/٢).

(١٦) ينظر: الموسوعة الفقهية (٣٠٠/١٧).

(١٧) ينظر: مواهب الجليل (٥٩٣/٥)، المهذب (٦٤٠/٤)، المغني (٤١٢/١١).

ولا تربية حتى يهلك ويضيع ، وإذا قام به قائم سقط عن الناس) (١٨).

المطلب الثاني : انتهاء مدة الحضانة

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين وكان لهما ولد دون سن التمييز، فإن الأم أحق الناس بحضانته كما قبل الفراق، ما لم يكن بها مانع كأن تتزوج ؛ لأن مبنى الحضانة على الشفقة والمصلحة للمحضون، والأم أشفق وأقدر على الحضانة من غيرها، فكان دفع الولد إليها أنظر إليه وأصلح له (١٩).

ويدل على ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني. فقال صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق بهم مالم تنكحي» (٢٠). قال ابن القيم رحمه الله: (دلّ الحديث على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد، فالأم أحق به من الأب، ما لم يقيم بالأم ما يمنع تقديمها أو بالولد وصف يقتضي تخييره، وهذا لا يعرف فيه نزاع، وقد قضى به خليفة رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم أبو بكر على عمر بن الخطاب ولم يُنكر عليه منكر) (٢١).

وحكى ابن المنذر وغيره الإجماع على أن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج (٢٢). ولكن اختلف الفقهاء هل للحضانة مدة تنتهي إليها وتليها مرحلة أخرى تختلف

(١٨) المقدمات الممهدة (٥٦٤/١). ينظر: مواهب الجليل (٥٩٣/٥)، التاج والإكليل (٢٢٠/٦).

(١٩) ينظر: بدائع الصنائع (٤١/٤)، الهداية (٦٣٩/٢)، الكافي لابن عبد البر (٦٢٤/٢)، روضة الطالبين (٥٠٩/٦)، المغني (٤١٣/١١)، كشاف القناع (١٨٧/١٣).

(٢٠) سيأتي تخريجه ص ١٧ من هذا البحث.

(٢١) زاد المعاد (٣٩٠/٥). والأثر الذي أشار إليه رواه عكرمة قال: خاصمت امرأة عمر رضي الله عنه أم عاصم إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه وكان قد طلقها. فقال أبو بكر لعمر: هي أعطف وألطف وأرحم وأخير وأرف، وهي أحق بولدها ما لم تتزوج. أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٢٦٠٠)، وابن أبي شيبة في المصنف (٢٣٦/٥)، وسعيد بن منصور في سننه (١١٥/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/٨)، والبيهقي في شرح السنة (٣٣٣/٩).

(٢٢) ينظر: الإجماع لابن المنذر (ص ٧٩)، المغني (٤١٣/١١)، فتح القدير (١٨٤/٤).

عنها بالنسبة للأولاد؟

ذهب المالكية إلى أن الحضانة على الولد تستمر ولا تنقطع ، فتستمر حضانة الأم على الغلام إلى البلوغ، وعلى الأنثى إلى أن تتزوج ويدخل الزوج بها^(٢٣).

وذهب جمهور العلماء إلى أن الحضانة لها مدة تنتهي إليها، وذلك إذا بلغ الولد سن التمييز، حيث تليها مرحلة ضم الصغار إلى من لهم ولاية على النفس، وهذا الضم يسميه بعض الفقهاء الكفالة، أي كفالة الأولاد.

قال في مغني المحتاج: (الحضانة... وتنتهي في الصغير بالتمييز. وأما بعده إلى البلوغ فتسمى كفالة قاله الماوردي. وقال غيره: تسمى حضانة أيضاً)^(٢٤).

والتمييز: هو السن الذي يميّز فيه الصبي بين الأمور، واختلف في ضابطه، فضبطه بعض العلماء بسبع سنين، وهو مذهب الحنفية^(٢٥)، والحنابلة^(٢٦).

واحتجوا بأن التمييز والفهم لا ضابط له في الأطفال، فضبط بمظنته وهي السبع، فإنها أول سن التمييز، ولهذا جعلها النبي صلى الله عليه وسلم حداً للوقت الذي يؤمر فيه الصبي بالصلاة^(٢٧).

جاء في بدائع الصنائع: (ولم يقدر في ذلك تقديراً، وقدره الخصاص بسبع سنين، وبه يُفتى؛ لأن الغالب الاستغناء عن الحضانة في هذه السن، ولأن الأب

(٢٣) ينظر: عيون المجالس (١٤٠٤/٣)، الكافي لابن عبد البر (ص ٢٩٧)، حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢)، حاشية الخرشى (٢٠٧/٤).

(٢٤) مغني المحتاج (٤٥٦/٣). ينظر: كفاية النبيه (٢٧٣/١٥)، الإنصاف (٤٨٥/٢٤).

(٢٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢٥٤/٤)، فتح القدير (١٨٨/٤)، تبين الحقائق (٣٠٧/٧)، الجوهرة النيرة (٣٥٧/٤)، الدر المختار (٦٢١/٣).

(٢٦) ينظر: الفروع (٣٤٥/٩)، كشاف القناع (١٩٨/١٣)، الإنصاف (٤٨٥/٢٤).

(٢٧) ينظر: البحر الرائق (١٨٤/٤)، المغني (٤١٦/١١)، زاد المعاد (٤٢٨/٥)، كشاف القناع (١٩٨/١٣)، مطالب أولي النهى (٦٧٠/٥).

يشير إلى حديث (مروا أولادكم بالصلاة لسبع... الحديث). أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة برقم (٤٩٤)، والترمذي في أبواب الصلاة، باب متى يؤمر الصبي بالصلاة برقم (٤٠٧)، وابن خزيمة في صحيحه (١٠٢/٢) برقم (١٠٠٢)، والحاكم في المستدرک (٣٨٩/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤/٢) من طريق عبد الملك بن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده مرفوعاً. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغها) (٢٨).

وفي كشف القناع: (إذا بلغ الغلام غير المعتوه سبع سنين خيّر بين أبويه إذا تنازعا فيه) (٢٩).

وقدره الشافعية وبعض الحنفية بسبع سنين أو ثمان غالباً (٣٠).

واستدلوا عليه بأثر عمارة الجرمي قال: خيّرني علي رضي الله عنه بين أمي وعمي، وأنا ابن سبع سنين أو ثمان (٣١).

قالوا: وسن التمييز غالباً سبع سنين أو ثمان تقريباً، وقد يتقدم عن السبع، وقد يتأخر عن الثمان، ومدار الحكم على نفس التمييز لا على سنه (٣٢).

المطلب الثالث: شروط تخيير المحضون

يشترط لإقامة التخيير أربعة شروط، وهي:

الأول: أن يبلغ الولد سن التمييز التي يستحق التخيير فيها، وهي سبع سنين أو ثمان كما تقدم (٣٣).

والثاني: أن يكون الحاضن أهلاً للحضانة (٣٤)، فإن كان أحدهما من غير أهل

(٢٨) بدائع الصنائع (٤٢/٤).

(٢٩) كشف القناع (١٩٨/١٣).

(٣٠) ينظر: جامع أحكام الصغار (١٥٤/١)، المهذب (٦٤٩/٤).

(٣١) أخرجه الشافعي في مسنده (٦٣/٢ برقم ٢٠٦)، وفي الأم (٩٢/٥)، وسعيد بن منصور في سننه (٢٢٧٩)، وعبد الرزاق في المصنف (١٢٦٠٩)، وابن أبي شيبة في المصنف (٢٣٩/٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/٨)، وفي معرفة السنن والآثار (١٥٦٠١).

(٣٢) ينظر: روضة الطالبين (٥٠٩/٦)، مغني المحتاج (٤٥٦/٣).

(٣٣) ينظر ص ٧ من هذا البحث.

(٣٤) بأن يكون بالغاً، عاقلاً، مسلماً، حراً، أميناً في الدين، قادراً على القيام بشؤون المحضون، خالياً من كل عاهة مضرة كالجدام والبرص ونحوهما، وأن لا تكون الحضانة زوجاً لأجنبي عن المحضون. على خلاف في بعض الشروط. ينظر: الهداية (٦٤١/٢)، فتح القدير (١٨٤/٤)، حاشية الخرشي (٢١٢/٤)، الشرح الكبير للدردير (٥٢٨/٣)، المهذب (٦٤١-٦٤٠/٤)، روضة الطالبين (٥٠٦-٥٠٤/٦)، مغني المحتاج (٤٥٤/٣-٤٥٥)، المغني (٤١٢/١١)، كشف القناع (١٩٣/١٣-١٩٤)، زاد المعاد (٤١٢/٥).

الحضانة كما لو كان مجنوناً أو صغيراً أو فاسقاً أو كافراً كان كالمعدوم، ويتعين الآخر لحضانة الولد من غير تخيير؛ لأن هؤلاء يحتاجون إلى من يحضنهم ويكفلهم، فلا يكونون حاضنين وكافلين لغيرهم^(٣٥).

قالوا: ولو خيّر الصبي فاختر أباه وسلم إليه الولد لتوافر الشروط فيه، ثم فقد بعض تلك الشروط كما لو زال عقله، فإن حق الحضانة يسقط عنه، فينزع منه الولد ويُردّ إلى الأم ويبطل اختياره؛ لأنه إنما خيّر حين استقل بنفسه، فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى؛ لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في حال طفولته^(٣٦).

وقالوا: ولا يشترط في الحاضن أن يكون أكثر ديناً أو مالاً أو محبة^(٣٧).
والثالث: ألا يكون الولد المحضون مجنوناً أو معتوهاً لا يميز بين منفعه ومضاره، فإن كان كذلك بقي عند الأم ولا يخيّر؛ لأنه حينئذ بمنزلة الطفل غير المميز وإن كان كبيراً^(٣٨).

قالوا: وإن اختار الولد أباه ثم زال عقل الولد رُدّ إلى الأم؛ لحاجته إلى من يتعهده كالصغير وبطل اختياره^(٣٩).

والرابع: أن يكون التخيير محققاً لمصلحة الولد، فإن كان في اختياره ضرر عليه لم يؤخذ بهذا الاختيار؛ لأن مدار الحضانة على نفع الولد وحمايته عما يضره والقيام بمصالحه، ولأن هذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر^(٤٠).

(٣٥) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٥/١١)، روضة الطالبين (٥١٠/٦)، مغني المحتاج (٤٥٧/٣)، المغني (٤١٧/١١)، كشاف القناع (١٩٩/١٣)، مطالب أولي النهى (٦٦٧/٥).

(٣٦) ينظر: المغني (٤١٧/١١)، كشاف القناع (٢٠٠/١٣).

(٣٧) ينظر: روضة الطالبين (٥١٠/٦)، مغني المحتاج (٤٥٦/٣).

(٣٨) ينظر: البحر الرائق (١٨٦/٤)، حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢)، مغني المحتاج (٣٥٦/٣)، أسنى الطالب (٤٤٩/٣)، المغني (٤١٥/١١، ٤١٧)، كشاف القناع (٢٠٢/١٣).

(٣٩) ينظر: المراجع السابقة.

(٤٠) ينظر: كشاف القناع (١٩٩/١٣)، معونة أولي النهى (٢٢١/١٠).

قال ابن عقيل رحمه الله: (مع السلامة من فساد، فأما إن علم أنه يختار أحدهما ليمكنه من فساد، ويكره الآخر للأدب، لم يعمل بمقتضى شهوتها) (٤١).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: (ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقاً، ولا تخيير الولد بين الأبوين مطلقاً، والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقاً، إنما تقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة واندفعت مفسدتها، وأما مع وجود فساد أحدهما فالآخر أولى بلا ريب) (٤٢).

وقال ابن القيم رحمه الله: (فمن قدمناه بتخيير أو قرعة أو بنفسه فإنما تقدمه إذا حصلت به مصلحة الولد، ولو كانت الأم أصون من الأب وأغیر منه قُدمت عليه، ولا التفات إلى قرعة ولا اختيار الصبي في 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) (٤٣).

لكن ينبغي أن يثبت عدم صلاحية أحد الوالدين بالبينة والدليل؛ لأن الأخذ بهذا القيد والشرط لا يجعل قيمة في التخيير، لأنه يمكن إبطاله وتركه بحجة أن اختياره ليس في مصلحة الولد، والمرجع في ذلك إلى القضاء.

المطلب الرابع: مستحقو التخيير في الحضانة (٤٤)

الأصل في تخيير الولد أن يكون بين الأبوين، فمن اختاره منهما يكون عنده ويكون هو كافله. ولكن قد لا يوجد أحد الوالدين أو كلاهما بسبب فقدان الأهلية

(٤١) ينظر: مطالب أولي النهى (٦٧٠/٥).

(٤٢) ينظر: زاد المعاد (٤٢٥/٥)، توضيح الأحكام (٦٤/٦).

(٤٣) زاد المعاد (٤٢٤/٥). وينظر: نيل الأوطار (٦٧٤/١٢).

(٤٤) وهذا عند الشافعية والحنابلة القائلين بتخيير الولد بين والديه.

أو الغيبة ونحو ذلك، فهل يقع التخيير بين غيرهما ممن يقوم مقامهما من أهل
الحضانة؟

هناك ثلاث حالات للمسألة:

الحالة الأولى: إذا فقد الأب:

إذا لم يوجد الأب، أو كان موجوداً ولكنه من غير أهل الحضانة لعدم أهليته، فإن
الولد يُخَيَّر بين الأم وبين من يقوم مقام الأب وهو الجد (أب الأب) وإن علا، لأن
الجد كالأب في حق حضانة الصغير، فكان كالأب في التخيير في الكفالة^(٤٥).

فإن لم يوجد الجد، ووجد أخ أو عم أو غيرهما من حاشية النسب، فالتخيير
يجري بين الواحد من هؤلاء وبين الأم. وهذا قول الحنابلة^(٤٦)، والأصح عند
الشافعية^(٤٧).

قالوا: وأما ابن العم يجري التخيير بينه وبين الأم في حق الذكر فقط، لأن
المحضون إذا كان أنثى فيشترط في الحاضن أن يكون محرماً لها باتفاق^(٤٨)، فإذا لم
يوجد من عصبتها غير ابن العم فتضم إلى أمها بدون تخيير^(٤٩).

واستدلوا على وقوع التخيير بين الأم والعصبة بما رواه عمارة الجرمي قال:
(خيرني عليّ رضي الله عنه بين أمي وعمي، وأنا ابن سبع سنين أو ثمان)^(٥٠).

قالوا: ولأن العلة في ذلك العصوبة، وهي موجودة في الحواشي كما في

(٤٥) ينظر: الحاوي الكبير (٥٢١/١١)، المهذب (٦٥١/٤)، المغني (٤١٧/١١).

(٤٦) ينظر: المغني (٤١٧/١١).

(٤٧) ينظر: روضة الطالبين (٥١٠/٦)، كفاية النبيه (٢٨٨/١٥)، مغني المحتاج (٤٥٧/٣).

(٤٨) ينظر: بدائع الصنائع (٤٣/٤)، الشرح الكبير للدردير (٥١٩/٢)، المهذب (٦٥١/٤)، مغني المحتاج (٤٥٣/٣)، المغني
(٤١٧/١١)، الإنصاف (٤٦٥/٢٤).

(٤٩) ينظر: المهذب (٦٥١/٤)، روضة الطالبين (٥١٠/٦)، كفاية النبيه (٢٨٩/١٥)، مغني المحتاج (٤٥٧/٣)، المغني
(٤١٧/١١).

(٥٠) تقدم تخريجه ص ٤ من هذا البحث.

الأصول^(٥١).

والقول الآخر للشافعية: لا يخير، وتكون الأم أحق بكفالته إلى أن يبلغ؛ لأنه لا حق لغير الأب والجد في الحضانة^(٥٢).

الحالة الثانية: إذا فقدت الأم:

إذا فقدت الأم، أو وجدت وهي من غير أهل الحضانة، فالولد يخير بين الأب وبين من يقوم مقام الأم وهي الجدة (أم الأم) وإن علت^(٥٣).

وكذلك يخير الولد بين الأب وبين الأخت والحالة؛ لأن كلاهما يقوم مقام الأم في القول الأصح عند الشافعية، وفي القول الآخر: يُقدم الأب ولا يُجرى التخيير^(٥٤).

الحالة الثالثة: إذا فقد الوالدان:

إذا لم يوجد الأبوان، أو كانا موجودين ولكنهما لا يصلحان لكفالة الولد لوجود المانع فيهما من كفالته، خُير الولد بين الجدة (أم الأم) وإن علت، وبين الجد (أبو الأب) وإن علا^(٥٥).

وكذلك يخير الولد بين الأخت والحالة والعمة وبين بقية العصابة^(٥٦).

وكذلك يخير الولد بين ذكرين أو بين أنثيين كأخوين أو أختين، وهذا أوجه وأولى؛ لأنه إذا جرى التخيير بين غير متساويين، فبين متساويين أولى^(٥٧).

(٥١) ينظر: المهذب (٦٥١/٤)، كفاية النبيه (٢٨٨/١٥)، المغني (٤١٧/١١).

(٥٢) ينظر: الحاوي الكبير (٥٢٢/١١)، المهذب (٦٥١/٤)، روضة الطالبين (٥١٠/٦).

(٥٣) ينظر: الحاوي الكبير (٥٢١/١١)، مغني المحتاج (٤٥٧/٣)، المغني (٤١٧/١١).

(٥٤) ينظر: روضة الطالبين (٥١٠/٦)، كفاية النبيه (٢٨٩/١٥)، مغني المحتاج (٤٥٧/٣).

(٥٥) ينظر: المهذب (٦٥١/٤)، مغني المحتاج (٤٥٧/٣)، المغني (٤١٧/١١).

(٥٦) ينظر: الحاوي الكبير (٥٢٢/١١)، المغني (٤١٧/١١).

(٥٧) ينظر: الإنصاف (٤٨٨/٢٤).

المبحث الأول: حكم تخيير المحضون

صورة المسألة:

إذا انتهت مدة حضانة الولد - ذكراً كان أو أنثى - لاستغنائه عن الحضانة، فحينئذ تأتي مرحلة أخرى يسميها بعض الفقهاء (الكفالة) أي كفالة الأولاد، فهل الانتقال من مرحلة الحضانة إلى مرحلة الكفالة تكون بتخيير الولد بين والديه، أو بالانتقال إلى أحدهما مباشرة؟

تحرير محل النزاع:

- اتفق الفقهاء على أن الولد إذا كان دون سن التمييز فالأم أولى الناس بحضانته كما تقدم؛ لما لها من حسن الرعاية بالطفل والصيانة والخبرة والصبر والاحتمال^(٥٨).
- كما اتفقوا على أن الولد إذا كان مجنوناً أو معتوهاً فإنه يبقى عند أمه، لأنه حينئذ بمنزلة الطفل غير المميز وإن كان كبيراً^(٥٩).

- كما اتفق جمهور الفقهاء على أن الأبوين إذا لم يتشاحبا في طلب الكفالة، واتفقا على أن يكون الولد عند أحدهما جاز؛ لأن الحق في ذلك إليهما لا يعدوهما^(٦٠).
واختلفوا فيما إذا بلغ الولد المحضون سن التمييز، واستقل ببعض شؤونه، واختلف الأبوان فيمن يلي كفالته.

الأقوال في المسألة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال؛ وهي:

(٥٨) ينظر: بدائع الصنائع (٤١/٤)، عيون المجالس (١٤٠٣/٣)، الكافي لابن عبد البر (٦٢٤/٢)، المهذب (٦٤٢/٤)، مغني المحتاج (٤٥٢/٣)، المغني (٤١٣/١١).

(٥٩) ينظر: البحر الرائق (١٨٦/٤)، الجوهرة النيرة (٣٥٧/٤)، عيون المجالس (١٤٠٤/٣)، حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢)، الحاوي الكبير (٥٠٩، ٥٠١/١١)، مغني المحتاج (٣٥٦/٣)، المغني (٤١٧/١١)، كشاف القناع (٢٠٢/١٣)، المحلى (٣٢٣/١٠). وعند المالكية قول آخر: أن حضانة الأم تسقط عن المحضون ولو بلغ مجنوناً، وتنتقل إلى الأب وجوباً.

(٦٠) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٦/١١)، روضة الطالبين (٥١١/٦)، كفاية النبيه (٢٨٥/١٥)، المغني (٤١٥/١١)، كشاف القناع (١٩٧/١٣). خلافاً للحنفية كما سيأتي.

القول الأول: إذا بلغ الولد المحضون سن التمييز فإنه لا يُخَيَّر بين والديه مطلقاً، وهذا مذهب الحنفية^(٦١)، والمالكية^(٦٢)، والظاهرية^(٦٣). لكن اختلفوا فيما بينهم: فعند الحنفية: تظل حضانة الأم على الذكر حتى يستغني عن رعاية النساء له؛ بأن يأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، وقُدِّر بسبع سنين، وأما الأنثى فتظل الحضانة عليها قائمة حتى تبلغ الحيض أو الاحتلام أو السن^(٦٤)، ثم يُجبر الأب أو الوصي أو الولي على أخذ الولد^(٦٥).

وعند المالكية: تستمر حضانة الأم على الذكر إلى البلوغ، فإن بلغ ولو مريضاً أو مجنوناً على المشهور، سقطت عن الأم واستمرت نفقته على الأب. وأما حضانة الأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها^(٦٦). وقيل: الذكر حتى يتغر^(٦٧).

وعند الظاهرية: تمتد حضانة الأم على الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا الحيض أو الاحتلام أو الإنبات مع التمييز وصحة الجسم، سواء كانت الأم أمة أو حرة، تزوجت أو لم تتزوج^(٦٨).

القول الثاني: يُخَيَّر المحضون ذكراً كان أو أنثى بين أبويه إذا انتهت مدة الحضانة،

(٦١) ينظر: المبسوط (٢٠٧/٥)، بدائع الصنائع (٤٣/٤)، شرح مختصر الطحاوي (٣٢٧/٥)، الهداية (٦٤١/٢)، فتح القدير (١٨٩/٤)، الاختيار (٢٥٤/٤)، الدر المختار (٦٢٣/٣).

(٦٢) ينظر: الكافي لابن عبد البر (ص ٢٩٦)، عيون المجالس (١٤٠٤/٣)، القوانين الفقهية (ص ٢٢٩)، مواهب الجليل (٥٩٣/٥)، حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢).

(٦٣) ينظر: المحلى (٣٢٣/١٠).

(٦٤) هذا إن كانت الحاضنة الأم أو الجدة، وأما غيرهما كالأخوات والخالات والعمات فإنهن أحق بالصغيرة حتى تُشْتَهَى، وقُدِّر بتسع سنين في ظاهر الرواية. وعن محمد بن الحسن: أن الحكم في الأم والجدة كالحكم في غيرهما، فنتهي حضانة النساء مطلقاً على الصغيرة عند بلوغها حد الاشتواء الذي قُدِّر بتسع سنين. قالوا: الفتوى على رواية محمد لكثرة الفساد. ينظر: بدائع الصنائع (٤٣/٤)، تبيين الحقائق (٣٠٨/٧)، البحر الرائق (١٨٤/٤).

(٦٥) ينظر: بدائع الصنائع (٤٢/٤)، جامع أحكام الصغار (١٥٠/١)، فتح القدير (١٨٨/٤)، الاختيار (٢٥٤/٤)، البحر الرائق (١٨٤/٤)، الجوهرة النيرة (٣٥٧/٤)، الدر المختار (٦٢١/٣)، حاشية ابن عابدين (٥٦٦/٣).

(٦٦) ينظر: عيون المجالس (١٤٠٤/٣)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٨١٠/٢)، الشرح الكبير للدردير (٥٢٦/٢)، حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢)، حاشية الخرخشي (٢٠٧/٤).

(٦٧) ينظر: عيون المجالس (١٤٠٤/٣).

(٦٨) ينظر: المحلى (٣٢٣/١٠).

فإن اختار أحدهما دُفِعَ إليه. وهذا مذهب الشافعية^(٦٩)، ورواية عن الإمام أحمد^(٧٠)،
وبه قال إسحاق بن راهويه^(٧١).

القول الثالث: التفريق بين الصبي والجارية، فإذا بلغ الصبي المحضون سبع
سنوات خيّر بين أبويه فكان مع من اختار منهما، وأما الجارية فلا تخيّر بل تُردّ إلى
أبيها وجوباً. وهذا هو المشهور من مذهب الحنابلة^(٧٢).

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل القائلون بعدم التخيير بأدلة منها:

١ - حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن امرأة قالت: يا رسول الله،
إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه
ينزعه مني فقال: (أنت أحق بهم مالم تنكحي)^(٧٣).

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الأم أحق بالولد مطلقاً عند
المنازعة من غير تخيير^(٧٤).

(٦٩) ينظر: الحاوي الكبير (٤٩٩/١١)، روضة الطالبين (٥٠٩/٦)، كفاية النبيه (٢٨٣/١٥)، مغني المحتاج (٤٥٦/٣)،
نهاية المحتاج (٢١٩/٧).

(٧٠) ينظر: زاد المعاد (٤١٧/٥)، الإنصاف (٤٩١/٢٤).

(٧١) ينظر: زاد المعاد (٤١٧/٥)، نيل الأوطار (٦٧٢/١٢).

(٧٢) ينظر: المغني (٤١٥/١١، ٤١٨)، شرح الزركشي (٣٢/٦)، الفروع (٣٤٦، ٣٤٥/٩)، تصحيح الفروع (٣٤٦/٩)،
كشاف القناع (١٩٧/١٣، ٢٠٠)، الإنصاف (٤٨٣/٢٤).

وفي رواية عن الإمام أحمد: الأم أحق بالغلام حتى يبلغ من غير تخيير كالمالكية. وفي رواية أخرى: الأب أحق به
كالحنفية. ينظر: شرح الزركشي (٣٤/٦)، زاد المعاد (٤١٧/٥)، الإنصاف (٤٨٥/٢٤).

(٧٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٧٦) كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، والحاكم في المستدرک (٢٠٧/٢)، والبيهقي في
السنن الكبرى (٥-٤/٨) من طريق الوليد بن مسلم عن الأوزاعي عن عمرو بن شعيب به. وصرح الوليد بالتحديث.
وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٥٣/٧) رقم ١٢٥٩٧، وأحمد في المسند (١٨٢/٢)، والدارقطني في سننه (٣٠٤/٣)
من طريق ابن جريج عن عمرو بن شعيب به.

وسكت عنه أبو داود والمنذري. وصرحه الحاكم ووافقه الذهبي. وصرحه أيضاً ابن الملقن في البدر المنير (٣١٧/٨)
وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٣٢٣/٤): "رجاله ثقاة".

وقال ابن القيم في زاد المعاد (٣٨٩/٥): (هو حديث احتاج الناس فيه إلى عمرو بن شعيب، ولم يجدوا بُدّاً من
الاحتجاج هنا به، ومدار الحديث عليه، وقد صرح بأن الجد هو عبد الله بن عمرو... وقد صح سماع شعيب من جده
عبد الله بن عمرو، فيبطل قول من قال: إنه منقطع، وقد احتج به البخاري خارج صحيحه، ونص على صحة حديثه).

(٧٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤٤/٤)، زاد المعاد (٤١٥/٥).

ونوقش: بأن المراد أحقّ به فيما قبل السن التي يخير فيها، لا فيما بعدها، بقريئة أحاديث الباب^(٧٥). وبأن الحديث عام في الزمان، وحديث التخيير يخصّصه أو يقيّده، وهو جمع بين الدليلين^(٧٦).

٢ — أنه لم يصح عن الصحابة رضي الله عنهم أنهم خيرّوا المحضون بين والديه عند انتهاء مدة الحضانة^(٧٧).

ونوقش: بأنه ثبت الأخذ بالتخيير من قبل عمر وعلي رضي الله عنهما كما سيأتي في أدلة القائلين بالتخيير. بل قال ابن قدامة رحمه الله: «هذه قصص في مظنة الشهرة ولم تُنكر، فكانت إجماعاً»^(٧٨).

٣ — أن المحضون إذا انتهت مدة حضانتهم، وتركنا له تعيين من يُضم إليه من أبويه، فقد يختار من لا يتحقق مصلحته في اختياره؛ لقصور عقله، فيختار من يهمله ولا يؤدبه، فلا يتحقق المقصود من الحضانة وهو النظر في مصالح المحضون^(٧٩). ونوقش من وجوه:

الأول: أن تخيير الولد بين الأبوين لا يمنع الآخر من تأديبه وتقويمه وتعليمه^(٨٠). والثاني: أن هذا التعليل لا ينهض أمام ما ورد في السنة من ثبوت التخيير - كما سيأتي -.

والثالث: أنه يمكن تأخير تخييره إذا ترجح سوء اختياره كما ذكر ابن الرفعة

(٧٥) ينظر: التجريد (٥٤٠٨/١٠)، نيل الأوطار (٦٧٣/١٢).

(٧٦) ينظر: توضيح الأحكام (٧١/٦).

(٧٧) ينظر: الهداية (٦٤٢/٢)، تبيين الحقائق (٣١٠/٧)، فتح القدير (١٩٠/٤).

(٧٨) ينظر: المغني (٤١٦/١١).

(٧٩) ينظر: التجريد (٥٤٠٨/١٠)، بدائع الصنائع (٤٤/٤)، الهداية (٦٤١/٢)، تبيين الحقائق (٣١٠/٧)، البحر الرائق

(١٨٦/٤)، المغني (٤١٥/١١).

(٨٠) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٠/١١).

الشافعي^(٨١).

واستدل الحنفية على التفريق بين الغلام والجارية:

بأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم، والأب على ذلك أقوم وأقدر. ولو ترك عند الأم لتخلق بأخلاق النساء. وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فتترك في يد الأم إلى وقت البلوغ؛ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن، ثم بعدما تحيض أو تبلغ حد الشهوة تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها، والرجال على ذلك أقدر^(٨٢).

قالوا: والقياس أن تتوقف الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعاً؛ لأنها ضرب ولاية ولأنها ثبتت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال، إلا أنا تركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة رضي الله عنهم لقضاء أبي بكر بعاصم بن عمر لأمه^(٨٣)، وكان ذلك بحضور من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فبقي الحكم في الجارية على أصل القياس^(٨٤).

واستدل المالكية على بقاء البنت عند أمها بما يأتي:

١ — أن العادة جرت بأن الأب يتصرف في المعاش والخروج ولقاء الناس، والأم في خدرها مقصورة في بيتها، فجعلها عند الأم أصون لها وأحفظ بلا شك، وعينها عليها دائماً بخلاف الأب، فإنه في غالب الأوقات غائب عن البيت أو في

(٨١) ينظر: مغني المحتاج (٤٥٦/٣).

(٨٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣٢٥/٥)، بدائع الصنائع (٤٣/٤)، الهداية (٦٤٠/٢)، العناية (١٨٦/٦)، الاختيار

(٢٥٥/٤)، البحر الرائق (١٨٤/٤).

(٨٣) تقدم تخريجه ص ٧ من هذا البحث.

(٨٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤٢/٤)، الفقه الإسلامي وأدلته (٧٣٢٣/١٠).

مظنة ذلك^(٨٥).

٢ — أن كل مفسدة يعرض وجودها عند الأم فإنها تُعرض أو أكثر منها عند الأب، فإنه إذا تركها في البيت وحدها لم يأمن عليها، وإن تركها عند امرأته أو غيرها فالأم أشفق عليها وأصون لها من الأجنبية^(٨٦).

٣ — أن الجارية محتاجة إلى تعلّم ما يصلح للنساء من الغزل والقيام بمصالح البيت، وهذا إنما تقوم به النساء لا الرجال، فهي أحوج إلى أمها لتعلمها ما يصلح للمرأة، وفي دفعها إلى أبيها تعطيل هذه المصلحة، وإسلامها إلى امرأة أجنبية تعلمها ذلك وترديدها بين الأم وبينه وفي ذلك تمرين لها على البروز والخروج، فمصلحة البنت والأم والأب أن تكون عند أمها^(٨٧).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل القائلون بالتخيير في الغلام والجارية بأدلة منها:

١ - حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه^(٨٨).

وفي رواية لأبي هريرة رضي الله عنه قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر

(٨٥) ينظر: زاد المعاد (٤٢٣/٥).

(٨٦) ينظر: المرجع السابق.

(٨٧) ينظر: المرجع السابق.

(٨٨) أخرجه الترمذي في أبواب الأحكام، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا برقم (١٣٥٧). وابن ماجه في الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه برقم (٢٣٥١). وعبد الرزاق في المصنف (١٢٦١١، ١٢٦١٢). وأحمد في المسند (٢٤٦/٢). وابن أبي شيبة في المصنف (٢٣٧/٥). والحميدي في مسنده (١٠٨٣). والدارمي في سننه (١٧٠/٢). وأبو يعلى في مسنده (٦١٣١). وسعيد بن منصور في سننه (٢٢٧٥). والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣٠٨٦، ٣٠٨٥). وابن حبان كما في موارد الضمان (١٢٠٠). والحاكم في المستدرک (٩٧/٤). والبيهقي في السنن الكبرى (٣/٨). والبعوي في شرح السنة (٢٣٩٩). من طرق عن أبي ميمونة عن أبي هريرة رضي الله عنه به. قال الترمذي: "حديث حسن صحيح". وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. وكذا صححه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام (٢٠٨/٥). والألباني في إرواء الغليل (ح ٢١٩٢).

أبي عنبه^(٨٩)، وقد نفعتني. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (هذا أبوك وهذا أمك، فخذ بيد أيهما شئت). فأخذ بيد أمه فانطلقت به^(٩٠).

وجه الدلالة: دلّ الحديث صراحة على ثبوت التخيير بين الولد ووالديه^(٩١).

ونوقش من وجوه عدة:

أحدها: أنها واقعة عين، وليس عن الشارع نص عام في تخيير من هو دون البلوغ حتى يجب المصير إليه^(٩٢).

وأجيب: بأنها هي كذلك، ولكن يمتنع حملها على تخيير الرجال البالغين، وقد جاء في بعض الروايات: غلام، وفي بعضها: صغير لم يبلغ^(٩٣).

وثانيها: أنه لم يذكر في الحديث الفراق، فالظاهر أنها كانت في صحبته ألا ترى إلى قولها: إن زوجي يريد، ولولا أنها في صحبته لما قالت ذلك^(٩٤).

وثالثها: بحمل حديث التخيير على أن الغلام الذي خيره النبي صلى الله عليه وسلم كان بالغاً، بدليل أنه كان يستقي لأمه من بئر أبي عنبه، ومن المعلوم أن من كان دون البلوغ لا يرسل إلى الآبار للاستقاء منها، للخوف عليه من السقوط فيها لقلّة عقله وعجزه عن ذلك غالباً، ونحن نقول إذا بلغ فهو مخير بين أن ينفرد بالسكنى وبين أن يكون عند أيهما أراد^(٩٥).

(٨٩) وبئر أبي عنبه على بُعد ميل من المدينة. ينظر: معجم البلدان (٤٣٤/١).

(٩٠) أخرجه النسائي - واللفظ له - في كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد (٣٤٩٦)، وأبو داود في كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد (٢٢٧٧)، والدارمي في كتاب الطلاق، باب في تخيير الصبي بين أبويه (١٧٠/٢)، وأحمد في المسند (٤٤٧/٢)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣٠٨٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣/٨).
وزاد أحمد وأبو داود فيه: (استهما عليه). وعند أحمد: جاءت امرأة قد طلقها زوجها، ولم يذكر: (وقد سقاني، ونفعتني).

(٩١) ينظر: الحاوي الكبير (٤٩٩/١١).

(٩٢) ينظر: التجريد (٥٤٠٨/١٠)، تبين الحقائق (٣١٠/٧)، زاد المعاد (٤٢٥/٥).

(٩٣) ينظر: زاد المعاد (٤٢٨/٥).

(٩٤) ينظر: تبين الحقائق (٣١٠/٧).

(٩٥) ينظر: التجريد (٥٤٠٨/١٠)، شر مختصر الطحاوي (٣٢٥/٥)، بدائع الصنائع (٤٤/٤)، فتح القدير (١٩٠/٤)، تبين الحقائق (٣١٠/٧)، زاد المعاد (٤٢٥/٥).

وأجيب عنه من وجوه:

الأول: أن حقيقة الغلام من لم يبلغ، فحمله على البالغ إخراج له عن حقيقته إلى مجازه بغير موجب ولا قرينة صارفة. على أنه جاء في حديث رافع بن سنان الآتي: فجاء ببن له صغير لم يبلغ^(٩٦).

والثاني: أن البالغ لا حضانة عليه، فلا يصح حمل الحديث عليه^(٩٧).

والثالث: أن غير البالغ قد يمكنه الاستقاء لأمه من البئر بأن يعينه من يستقون من البئر، بأن يملأوا له إناءه أو قربته فيحملها على ظهره ويأتي بها، أو يحملها على دابة ويسوقها إلى أمه، وما زالت عادة العرب وأهل البوادي يستقي أولادهم الصغار^(٩٨).

والرابع: أنه على فرض أنه بالغ، فليس فيه دليل على أن غير البالغ لا يخير^(٩٩).

ورابعها: أن أحاديث التخيير جاءت مطلقة لا تقييد فيها، وأنتم قيدتم التخيير بالسبع فما فوقها، وليس في شيء من الأحاديث ما يدل على ذلك. ونحن نقول: إذا صار للغلام اختيار معتبر خُير بين أبويه، وإنما يعتبر اختياره إذا اعتبر قوله وذلك بعد البلوغ، وليس تقييدكم وقت التخيير بالسبع أولى من تقييدنا بالبلوغ^(١٠٠).

أجيب عنه بأن قوله صلى الله عليه وسلم: (مروهم بالصلاة لسبع)^(١٠١) يدل عليه، حيث خالف في حكمه ما بين قبل السبع وما بعدها، فوجب أن يكون حكمه في الكفالة بعد السبع مخالفاً لحكمه قبلها، ولا وجه للمخالفة إلا بالتخيير^(١٠٢).

(٩٦) ينظر: المغني (٤١٦/١١)، زاد المعاد (٤٢٥/٥).

(٩٧) ينظر: زاد المعاد (٤٢٧/٥).

(٩٨) ينظر: المرجع السابق.

(٩٩) ينظر: المفصل في أحكام المرأة (٢٥/٥).

(١٠٠) ينظر: تبين الحقائق (٣١٠/٧)، زاد المعاد (٤٢٥/٥).

(١٠١) ينظر: تقدم تخريجه ص ٨ من هذا البحث.

(١٠٢) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٠/١١).

وخامسها: أن في بعض روايات الحديث (استهما عليه)^(١٠٣) فقدّم القرعة على التخيير، وهو متروك إجماعاً، فكذا التخيير^(١٠٤).

ونوقش: بأنه إنما قدّم التخيير لاتفاق ألفاظ الحديث عليه وعمل الخلفاء الراشدين به، وإنما كانت في بعض طرق أبي هريرة رضي الله عنه، فقدّم التخيير عليها، فإذا تعذّر القضاء بالتخيير تعيّن القرعة طريقاً للترجيح إذ لم يبق سواها^(١٠٥).

٢ - حديث عبد الحميد بن جعفر الأنصاري: أن جده أسلم وأبت امرأته أن تُسلم، فجاء ببن له صغير لم يبلغ. قال: فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب هاهنا، والأم هاهنا، ثم خيرّه وقال: (اللهم اهده)، فذهب إلى أبيه^(١٠٦).

وفي رواية عن عبد الحميد بن جعفر قال: أخبرني أبي عن جدي رافع بن سنان: أنه أسلم وأبت امرأته أن تُسلم، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه. وقال رافع: ابنتي. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اقعد ناحية). وقال لها: (اقعدي ناحية). فأقعد الصبية بينهما ثم قال: (ادعواها). فمالت إلى أمها. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (اللهم اهدها). فمالت إلى أبيها فأخذها^(١٠٧).

(١٠٣) وهي في سنن الدارمي (١٧٠/٢).

(١٠٤) ينظر: تبيين الحقائق (٣١١/٧).

(١٠٥) ينظر: زاد المعاد (٤١٩/٥).

(١٠٦) أخرجه النسائي في كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد (٣٤٩٥)، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه (٢٣٥٢)، وعبد الرزاق في المصنف (١٢٦١٦) وأحمد في المسند (٤٤٦/٥، ٤٤٧)، وابن أبي شيبة في المصنف (١٦٧/١٠)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣٠٩٢). قال ابن حجر في التلخيص الحبير (٢٥٨٩/٥): (وفي سننه اختلاف كثير وألفاظ مختلفة. وقال ابن المنذر: لا يثبت أهل النقل، وفي إسناده مقال. وقع عند الدارقطني: أن البنت المخيرة اسمها عميرة. وقال ابن الجوزي: رواية من روى أنه كان غلاماً أصح). وقال ابن القطان في بيان الوهم والإيهام (٥١٥/٣): (لو صح رواية من روى أنها بنت، لاحتمل أن يكون قصتين لاختلاف المخرجين).

(١٠٧) أخرجه أبو داود - واللفظ له - في كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد (٢٢٤٤)، والنسائي في السنن الكبرى (٦٣٨٥)، وأحمد في المسند (٤٤٦/٥)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣٠٩٠)، والدارقطني في سننه (٤٣/٤)، الحاكم في المستدرک (٢٠٦/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣/٨) من طريق عبد الحميد بن جعفر به. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وجه الدلالة: أن الحديث يفيد جواز التخيير ولو كان أحد الأبوين كافراً.
ونوقش: بأنه حديث لا يصح، وعلى فرض صحته فإنه بركة دعاء النبي صلى الله عليه وسلم اختار ما هو أنفع له من أبويه، ولا يوجد مثل دعاء النبي صلى الله عليه وسلم في حق غيره من المحضونين، فوجب المصير إلى مظنة ما هو الأنفع للمحضون، وهو أن يدفع إلى من له الحق في ضمه^(١٠٨).

٣ - أنه تخيير المحضون بين والديه عليه إجماع الصحابة^(١٠٩).
فعن عمر صلى الله عليه وسلم أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه^(١١٠).
وعن علي رضي الله عنه أنه خير عمارة الجرمي بين أمه وعمه، وكان ابن سبع أو ثمان سنين^(١١١).

وروي نحو ذلك عن أبي هريرة رضي الله عنه^(١١٢).
قال ابن قدامة رحمه الله: (وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تُنكر، فكانت إجماعاً)^(١١٣).

٤ - أن الأم قُدمت على الأب في حال صغر المحضون ؛ لحاجته إلى حمل ومباشرة خدمته، لأنها أعرف بذلك وأقوم به، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه بالنسبة إليه لقربهما منه، فيترجح أحدهما على الآخر باختياره^(١١٤).

٥ - أن التقديم في الحضانة يقوم على أساس أن الأشفق يقدم على غيره؛ لأن

(١٠٨) ينظر: المبسوط (٢٠٨/٥)، تبين الحقائق (٣١٠/٧)، فتح القدير (١٩٠/٤).

(١٠٩) ينظر: الأم (١٠٠/٥)، المحلى (١٥٣/١٠).

(١١٠) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٢٧٧)، وعبد الرزاق في المصنف (١٢٦٠٥)، وابن أبي شيبة في المصنف (٢٣٦/٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/٨)، ورجاله ثقات.

(١١١) تقدم تخريجه ص ١٣ من هذا البحث.

(١١٢) ينظر: المغني (٤١٦/١١)، شرح الزركشي (٣٣/٦)، زاد المعاد (٤١٦/٥ - ٤١٧).

(١١٣) المغني (٤١٦/١١). وينظر: معونة أولي النهى (٢١٩/١٠).

(١١٤) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٠/١١)، المغني (٤١٦/١١)، زاد المعاد (٤١٨/٥).

منفعة الولد عنده أكثر، واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها، فإذا بلغ المحضون حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده، فمال إلى أحد الأبوين، دلّ على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدّم بذلك^(١١٥).

٦ - أن الآثار الواردة في تخيير الذكر لا يمنع من تخيير الأنثى؛ لأن العلة واحدة وهي رغبة الطفل في أن يكون عند الأم أو الأب، وكون الطفل ذكراً لا تأثير له في الحكم^(١١٦).

أدلة أصحاب القول الثالث:

استدل الحنابلة على تخيير الغلام بنفس أدلة الشافعية، وعلى عدم تخيير الجارية بما يأتي:

١ - أن الشرع لم يرد بالتخيير في الجارية، ولا يصح قياسها على الغلام، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ كحاجتها إليه^(١١٧).

٢ - أن ضم الجارية بعد السبع يجب أن يكون لمن في ضمها إليه منفعة ومصلحة لها، وضمها إلى أبيها هو الذي يحقق المصلحة لها، وأقدر على حفظها وصيانتها من أمها^(١١٨).

٣ - أن البنت إذا بلغت من العمر سبع سنين قاربت الصلاحية للتزويج، وإنما تخطب الجارية من أبيها؛ لأنه وليها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث، فينبغي أن يُقدّم على غيره فتُضم الجارية إليه^(١١٩).

٤ - أن الغرض من الحضانة الحفظ والمصلحة، والحفظ للجارية بعد السبع في

(١١٥) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٠/١١)، كفاية النبيه (٢٨٤/١٥)، المغني (٤١٦/١١).

(١١٦) ينظر: الشرح الممتع (٥٤٨/١٠).

(١١٧) ينظر: المغني (٤١٨/١١)، كشاف القناع (٢٠٠/١٣)، مطالب أولي النهى (٦٧١/٥).

(١١٨) ينظر: كشاف القناع (٢٠٠/١٣)، معونة أولي النهى (٢٢٠/١٠).

(١١٩) ينظر: المغني (٤١٨/١١)، مطالب أولي النهى (٦٧١/٥)، معونة أولي النهى (٢٢١/١٠).

الوجود عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ، والأب أولى بذلك، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها^(١٢٠).

الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح في المسألة هو ما ذهب إليه الشافعية من إقامة التخيير للذكر والأنثى.

للأدلة الثابتة الدالة على التخيير، ولأن دليل التخيير عام يستوي فيه الغلام والجارية من حيث المعنى، وذكر الغلام لا يفيد التخصيص لأنها واقعة عين لا مفهوم لها. وقد ورد في بعض الروايات تخيير الجارية ولكن في إسناده مقال، وقد تكون الأم أحفظ للبننت من الأب لصلاحها وكمال عقلها وشدة تحفظها.

المبحث الثاني: ما يترتب على تخيير المحضون

يترتب على تخيير المحضون عدة أمور؛ أهمها:
أولاً: إذا اختار الولد المحضون أحد والديه سُلِّم إليه، ولكن إذا اختار الولد والديه كلاهما، أو لم يختر واحداً منهما، أو اختار غيرهما فما الحكم؟
الصورة الأولى: إذا اختار الولد أبويه كليهما، فإنه يُقرع بينهما، ويكون عند من خرجت قرعته منهما قطعاً للنزاع؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته، فوجب التقديم بالقرعة؛ لأن القرعة يُصار إليها إذا تساوت الحقوق من كل وجه ولم يبق مرجح سواها^(١٢١).

وعند الحنابلة: فإذا قُدِّم بالقرعة ثم اختار الآخر رُدَّ إليه؛ لأننا قدمنا اختياره الثاني

(١٢٠) ينظر: المغني (٤١٨/١١)، زاد المعاد (٤٢٣/٥).

(١٢١) ينظر: المهذب (٦٤٩/٤)، مغني المحتاج (٤٥٨/٣)، المغني (٤١٦ / ١١)، الفروع (٣٤٥/٩)، كشاف القناع (١٩٩/١٣)، زاد المعاد (٤١٩/٥).

على اختياره الأول، فعلى القرعة التي هي بدل عن الاختيار أولى^(١٢٢).
والصورة الثانية: إذا لم يختَر الولد واحداً من والديه فالأم أولى ؛ لأنها
أشفق، واستصحاباً لما كان، فإن الحضانة كانت لها قبل التخيير. وهو الأصح عند
الشافعية^(١٢٣).

وعند الحنابلة ووجه للشافعية: يُقرع بينهما كالسابق ؛ لأن الحضانة لكل منهما،
ولا مزية لأحدهما على الآخر^(١٢٤).

والصورة الثالثة: إذا اختار غير والديه، فالأم أولى ؛ استصحاباً لما كان^(١٢٥).
وإذا اختار الولد أحد أبويه، أو من يقوم مقامه فسُلم إليه، ثم تغيّر اختياره فاختار
الآخر، يحوّل إلى اختياره الجديد ؛ لأنه قد يظهر له من الأمر فيمن يختاره أولاً
بخلاف ما ظنه فيه، أو تغيّر حال من اختاره أولاً^(١٢٦).

ولكن إذا تكرر تغيّر اختيار الولد، فهل يؤخذ به كلما تغيّر ويحوّل من واحد إلى
آخر ؟

فقيل: يؤخذ باختياره كلما تغيّر ويحوّل إلى من يختاره، ولكن إن كثر التنقل
بحيث يُظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه جعل عند الأم كما قبل التمييز. وهو قول
الشافعية، وقول عند الحنابلة^(١٢٧).

وقيل: إن عاد الولد فاختر الأول أُعيد إليه، وهكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار
إليه؛ لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه في المأكل

(١٢٢) ينظر: المغني (٤١٧/١١)، كشاف القناع (١٩٩/١٣).

(١٢٣) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٦/١١)، روضة الطالبين (٥١١/٦)، كفاية النبيه (٢٨٨/١٥).

(١٢٤) ينظر: روضة الطالبين (٥١١/٦)، مغني المحتاج (٤٥٧/٣)، المغني (٤١٦/١١)، الفروع (٣٤٥/٩)، الإنصاف
(٤٨٨/٢٤)، زاد المعاد (٤١٧/٥).

(١٢٥) ينظر: مغني المحتاج (٤٥٨/٣).

(١٢٦) ينظر: روضة الطالبين (٥١٠/٦)، مغني المحتاج (٤٥٧/٣)، الإنصاف (٤٨٧/٢٤)، مطالب أولي النهى (٦٧٠/٥).

(١٢٧) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٩/١١)، روضة الطالبين (٥١٠/٦)، الإنصاف (٤٨٧/٢٤).

والمشرب، وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت وعند الآخر في وقت، وقد يشتهي التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما^(١٢٨).

والأولى أنه إذا اختار أحد أبويه أن يبقى عنده ولا يُحول عنه؛ لأن في التنقل بين أبويه مفسدة له لتغير منهج تربيته، وقد تكون هذه التربية جديّة وحازمة، فينفر منها الولد وفيها مصلحته، فيختار الآخر فتضطرب تربيته ولا يثبت على سيرة واحدة، إلا إذا وجد المبرر الشرعي والمصلحة المعتبرة لهذا التحويل^(١٢٩).

قال ابن القيم رحمه الله: (وقد عُرف بالعادة أن ما يتناوب الناس على حفظه ويتواكلون فيه فهو آيل إلى الضياع، وأيضاً العادة شاهدة بأن اختيار أحدهما يُضعف رغبة الآخر فيه بالإحسان إليه وصيانتته، فإذا اختار أحدهما ثم انتقل إلى الآخر لم يبق أحدهما تام الرغبة في حفظه والإحسان إليه)^(١٣٠).

ثانياً: بقاء الولاية على الولد المميز إلى البلوغ:

إذا اختار الولد المميز أحد والديه، فإن ولاية من اختاره الولد تظل قائمة إلى البلوغ، فإذا بلغ الغلام مستغنياً برأيه مأموناً عليه، ولي أمر نفسه لاستغنائه عمن يكفله، فلا يُجبر على الإقامة عند أحد أبويه، ولكن الأولى أن لا يفارقهما ليخدمها ويصلهما ببرّه^(١٣١).

والأنثى إذا كانت بكرةً لا يخلى سبيلها وإن كانت مأمونة. وإن كانت ثيباً أو كانت بكرةً طاعنة في السن ولها رأي وعقل، فهي مثل الغلام. وهذا عند الجمهور خلافاً للمالكية؛ حيث تستمر الحضانة عندهم على الأنثى إلى زواجها

(١٢٨) ينظر: المغني (٤١٦/١١)، الفروع (٣٤٦/٩)، كشف القناع (١٩٩/١٣).

(١٢٩) ينظر: المفصل في أحكام المرأة (٩١/٤).

(١٣٠) زاد المعاد (٤٢٢/٥).

(١٣١) ينظر: بدائع الصنائع (٤٣/٤)، تبين الحقائق (٣١١/٧)، الشرح الكبير للدردير (٥٢٦/٢)، روضة الطالبين

(٥٠٨/٦)، المغني (٤١٤/١١)، كشف القناع (١٩٦/١٣).

ودخول الزوج بها^(١٣٢).

قال صاحب تبيين الحقائق: (والجارية إذا كانت بكرًا فلا يبيها أن يضمها إلى نفسه بعد البلوغ؛ لأنها لم تختبر الرجال ولم تعرف حيلهم فيخاف عليها الخداع منهم. وأما الثيب فإن كانت مأمونة لا يخاف عليها الفتن فليس له أن يضمها إلى نفسه؛ لأنها اختبرت الرجال، وقد زالت ولايته بالبلوغ فلا حاجة إلى ضمّه، وإن كان مخوفًا عليها فله أن يضمها مثل الغلام. وكذا البكر إذا طعنت في السن إن كان لها عقل ورأي، ويؤمن عليها الفساد)^(١٣٣).

وقال الماوردي رحمه الله: (فأما الجارية فحكمها أغلظ؛ لكونها عورة ترمقها العيون وتسبق إليها الظنون، فيلزمها ويلزم أبويها من نفي التهمة عنها ما لا يلزمها في حق الابن. وإذا كان كذلك فالأولى بها ألا تفارق أحد أبويها، ومقامها مع أمها أولى من مقامها مع أبيها؛ لأنها أقدر على حفظها وأخبر بتدبيرها)^(١٣٤).

وفي كشف القناع: (وإن كانت جارية فليس لها الانفراد؛ لأنه لا يؤمن عليها، وتكون عند الأب إلى الزفاف ولو تبرعت الأم بحضانتها؛ لأن الغرض من الحضانة الحفظ، والأب أحفظ لها وإنما تخطب منه فوجب أن تكون تحت نظره، ويمنعها الأب من الانفراد، وكذلك من يقوم مقامه؛ لأنها لا تؤمن على نفسها)^(١٣٥).

وأما الولد المجنون والمعتوه فتظل الحضانة عليه إلى أن يعقل؛ لحاجته إلى من يخدمه ويقوم بأمره، والنساء أعرف بذلك، وأمه أشفق عليه من غيرها)^(١٣٦).

(١٣٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤٣/٤)، حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢)، روضة الطالبين (٥٠٨/٦)، الإنصاف (٤٩٢/٢٤).

(١٣٣) تبيين الحقائق (٣١١/٧). وينظر: بدائع الصنائع (٤٣/٤)، جامع أحكام الصغار (١٥٢/١).

(١٣٤) الحاوي الكبير (٥١١/١١). وينظر: روضة الطالبين (٥٠٨/٦)، مغني المحتاج (٤٥٩/٣).

(١٣٥) كشف القناع (٢٠٠/١٣). وينظر: المغني (٤١٤/١١)، الإنصاف (٤٩٢/٢٤).

(١٣٦) ينظر: البحر الرائق (١٨٦/٤)، حاشية الدسوقي (٥٢٦/٢)، مغني المحتاج (٣٥٦/٣)، المغني (٤١٧/١١)، كشف

القناع (٢٠٢/١٣).

ثالثاً: إجبار الأم على كفاية الولد^(١٣٧)؛

إذا اختار الولد أمه فامتنعت من كفالته لم تُجبر؛ لأنها تبيّن حينئذ أنها غير قادرة على الحضانة، وهذا لأن شفقتها حاملة على الحضانة ولا تصبر عنه غالباً إلا عن عجز، ولأن الحضانة حق لها، ومن ترك حقاً له لا يُجبر استيفائه^(١٣٨).

وإذا امتنعت الأم عنها، انتقلت الكفالة إلى المستحق بعدها كالجد والجدّة، وإلا وجبت على من تلزمه نفقة الولد وهو الأب؛ لأن الكفالة من جملة النفقة^(١٣٩).

قالوا: وعدم إجبار الأم عند الامتناع هو مقيّد بما إذا لم تتعيّن عليها، فإذا تعيّن عليها كأن لم يكن له أب ولا مال له، فإنها تُجبر عليها حينئذ بلا خلاف كما يُجبر كل من امتنع من حقّ وجب عليه^(١٤٠).

وهذه المسألة مبنية على الخلاف في الحضانة؛ هل هي حق للحاضن أو للمحضون؟ على قولين:

الأول: أن الحضانة حق للمحضون، وعليه فتجبر الأم عليها إذا امتنعت. وهو قول بعض الحنفية^(١٤١)، وبعض المالكية^(١٤٢)، وبه قال ابن أبي ليلى والحسن بن صالح وأبو ثور والليث وغيرهم^(١٤٣).

والثاني: أن الحضانة حق للحاضن لا يجوز نقلها عنه إلا بإذنه، وليس واجباً

(١٣٧) لا خلاف بين الفقهاء على إجبار الأب على كفاية الولد لأن نفقته عليه، ولكن وقع الخلاف في إجبار الأم .

(١٣٨) ينظر: تبين الحقائق (٢٠٣/٧)، الدر المختار (٦١٤/٣)، الحاوي الكبير (٥٠٦/١١). روضة الطالبين (٥١١/٦). كفاية النبيه (٢٩٠/١٥)، الإنصاف (٤٦٦/٢٤) .

(١٣٩) ينظر: المراجع السابقة .

(١٤٠) ينظر: الهداية (٦٣٩/٢)، الدر المختار (٦١٥/٣)، الحاوي الكبير (٥٠٦/١١)، كفاية النبيه (٢٩٠/١٥)، مغني المحتاج (٤٥٦/٣)، المغني (٤١٢/١١)، زاد المعاد (٤٠٤/٥) .

(١٤١) ينظر: فتح القدير (١٨٥/٤)، تبين الحقائق (٣٠٣/٧)، البحر الرائق (١٨٠/٤) .

(١٤٢) ينظر: الكافي لابن عبد البر (٦٢٥/٢)، الشرح الكبير للدردير (٥٣١/٢) .

(١٤٣) ينظر: فتح القدير (١٨٥/٤)، تبين الحقائق (٣٠٣/٧)، زاد المعاد (٤١٨/٥) .

عليه، وعليه فلا تُجبر الأم عليها إذا امتنعت. وهو قول الجمهور من الحنفية^(١٤٤)،
والمالكية^(١٤٥)، الشافعية^(١٤٦)، والحنابلة^(١٤٧).

قال ابن القيم رحمه الله: (والصحيح أن الحضانة حق لها، وعليها إذا احتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها، وإن اتفقت هي وولي الطفل على نقلها إليه جاز، والمقصود أن في قوله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به» دليلاً على أن الحضانة حق لها)^(١٤٨).

رابعاً: النفقة على الولد أثناء فترة الكفالة:

اتفق الفقهاء على أن مؤونة الحضانة في مال المحضون^(١٤٩).

فإذا لم يكن للولد مال فعلى من تلزمه نفقته وهو الأب، وتقدر باجتهاد الحاكم؛ لأنها من أسباب الكفاية والحفظ والإنجاء من المهالك كالنفقة^(١٥٠).

قالوا: وللحاضنة - أم أو غيرها - قبض نفقة المحضون وكسوته وجميع ما يحتاج إليه من أبيه، في أوقات منتظمة يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً، بحسب اجتهاد الحاكم ومراعاة حال الأب، وليس للأب أن يقول للحاضنة: ابعتي إلي المحضون يأكل ويشرب عندي ثم يعود إليك؛ لأن في ذلك ضرراً على الولد وعلى الحاضنة^(١٥١).

وهل للحاضنة أجره الحضانة؟ على قولين:

القول الأول: أن الحاضنة لها الحق في طلب أجره على الحضانة، سواء أكانت الحاضنة

(١٤٤) ينظر: الهداية (٦٣٩/٢)، فتح القدير (١٨٥/٤)، تبيين الحقائق (٣٠٣/٧).

(١٤٥) ينظر: الشرح الكبير للدردير (٥٣١/٢).

(١٤٦) ينظر: مغني المحتاج (٤٥٦/٣).

(١٤٧) ينظر: كشف القناع (١٨٨/١٣)، الإنصاف (٤٦٦/٢٤).

(١٤٨) زاد المعاد (٤٠٤/٥).

(١٤٩) ينظر: الدر المختار (٦١٧/٣)، حاشية الدسوقي (٥٣٣/٢)، مغني المحتاج (٤٥٢/٣).

(١٥٠) ينظر: الهداية (٦٣٩/٢)، فتح القدير (١٨٤/٤)، حاشية الخرشي (٢١٨/٤)، الشرح الصغير للدردير (٦٤٨/٣)، روضة الطالبين (٥٠٤/٦)، مغني المحتاج (٤٥٢/٣).

(١٥١) ينظر: الشرح الكبير للدردير (٥٣٣/٢)، حاشية الدسوقي (٥٣٣/٢)، حاشية الخرشي (٢١٨/٤).

أمّاً أم غيرها، فإن كان للصغير مال كانت الأجرة في ماله، وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته. وهذا قول الجمهور من الحنفية^(١٥٢)، والشافعية^(١٥٣)، والحنابلة^(١٥٤).

القول الثاني: لا أجرة حضانة للحاضنة، وإنما يجب على الأب نفقة الولد خاصة. وهذا قول المالكية^(١٥٥)، والظاهرية^(١٥٦).

قالوا: وإن كان للحاضنة مسكن سكن الولد تبعاً لها فلا يقدر لها أجرة مسكن، وإن لم يكن لها مسكن قُدر لها أجرة سكن لأنها مضطرة إلى إيوائه، وإذا احتاج الولد إلى خادم يلزم الأب به^(١٥٧).

خامساً: علاقة الوالد غير الحاضن بالولد بعد الاختيار:

إذا كان الولد في كفالة أمه أو أبيه فعلاقة الآخر منهما به علاقة موصولة غير مقطوعة على نحو تمكنه من القيام بواجبه نحو الولد وتحقق المصلحة للولد، ولا تخل بحق الكافل في كفالتة، أو تفوت على الولد مصلحته.

ففي جامع أحكام الصغار: (إذا كان الغلام أو الجارية عند الأم فليس لها أن تمنع الأب من تعاهدهما، وإن صار إلى الأب فليس له أن يمنع الأم من تعاهدهما والنظر إليهما)^(١٥٨).

وفي حاشية الخرشي: (وللولي - أب وغيره - تعاهد المحضون وأدبه وبعثه

(١٥٢) قالوا: فإن كانت زوجة أو معتدة لأب الطفل، أو تعينت عليها الحضانة، فلا حق لها في أجرة الحضانة لوجوب ذلك عليها ديانة. وإن وجد متبرع بحضانتها - كعمة مثلاً - خيّرت الأم بين إمساكه مجاناً، وبين أخذه منها وإعطائه لعمته لتحضنه مجاناً، إلا إذا كان الأب موسراً ولا مال للصغير، فإن الأم أولى بحضانتها بالأجرة. ينظر: بدائع الصنائع (٤١/٤)، البحر الرائق (١٨١/٤)، الدر المختار (٦١٥/٣).

(١٥٣) ينظر: روضة الطالبين (٥٠٤/٦)، مغني المحتاج (٤٥٢/٣).

(١٥٤) ينظر: كشاف القناع (١٩٩/١٣).

(١٥٥) ينظر: التاج والإكليل (٣٣٠/٦)، حاشية الدسوقي (٥٣٤/٢)، حاشية الخرشي (٢١٨/٤).

(١٥٦) ينظر: المحلى (١٧٢/١٠).

(١٥٧) ينظر: الدر المختار (٦١٧/٣)، حاشية الخرشي (٢١٨/٤)، مغني المحتاج (٤٤٦/٣)، كشاف القناع (١٩٩/١٣).

(١٥٨) جامع أحكام الصغار (٣٧٧/١). وينظر: الفتاوى الهندية (٥٢٣/١).

للمعلم، والقيام بجميع أموره وختنه، والبت تُزف من بيت أمها وإن لم يرض الأب بذلك) (١٥٩).

وفي الروضة: (إذا اختار الأم فليس للأب إهماله بمجرد ذلك، بل يلزمه القيام بتأديبه وتعليمه، إما بنفسه وإما بغيره، ويتحمل مؤنته، وكذا المجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه يلزم الأب رعايته، وإنما تقدم الأم فيما يتأتى منها وما هو من شأنها) (١٦٠). وفي كشاف القناع: (إن اختار الغلام أباه كان عنده ليلاً نهاراً، ولا يمنع من زيارة أمه؛ لما فيه من الإغراء بالعقوق وقطيعة الرحم، وإن مرض كانت أمه أحق بتمريضه في بيتها، لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يخدمه ويقوم بأمره، والنساء أعرف بذلك، فكانت أولى من غيرها. وإن اختار الصبي أمه كان عندها ليلاً فقط لأنه وقت السكن، ويكون عند أبيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه) (١٦١).

سادساً: السفر بالولد أثناء فترة الكفالة:

الأصل أن مكان الحضانة والكفالة هو البلد الذي يقيم فيه الوالدان عادة حتى يتمكنوا من رؤية الولد والإشراف على تربيته، فإذا أراد أحد الوالدين السفر فما الحكم؟

لا يخلو الأمر من أن يكون السفر سفر نقلة واستيطان، أو سفر حاجة ثم يعود:
- فإذا سافر الأب سفر نقلة ينقطع فيه عن موضع الولد ويستوطن غيره، فهو أحق بالولد على كل حال، وكذلك إن أرادت الأم أن تسافر سفرًا تنقطع عن موضع

(١٥٩) حاشية الخرشي (٢٠٨/٤). وينظر: الشرح الكبير للرددير (٥٢٧/٢)، مواهب الجليل (٥٩٤/٥)، التاج والإكليل (٢٢٠/٦)، تبيين المسالك (٢٥٣/٣).

(١٦٠) روضة الطالبين (٥١١/٦). وينظر: الحاوي الكبير (٥٠٧/١١)، المهذب (٦٥٠/٤).

(١٦١) كشاف القناع (١٩٩/١٣). وينظر: مطالب أولي النهى (٦٧٠/٥).

الولد فالأب أحقّ به، بشرط أمن الطريق والبلد المقصود. وهذا قول المالكية^(١٦٣)، والشافعية^(١٦٣)، والحنابلة^(١٦٤). وكذا سائر العصابة من المحارم - كالجدة والأخ والعم - مثل الأب في انتزاع الولد ونقله إذا أرادوا الانتقال^(١٦٥).
وعملوا ذلك بأنه احتياط للنسب، فإن النسب يتحفظ بالأب، ولمصلحة التأديب والتعليم، وسهولة القيام بنفقته ومؤنته^(١٦٦).

قالوا: ولو رافقته الأم في طريقه دام حقها في حضانة الولد، وكذا لو رجع الأب من سفر النقلة إلى بلدها عاد حقها في الحضانة^(١٦٧).

وعند الحنفية: إن سافر الأب على هذا الوجه فالأم أحقّ به، وإن سافرت الأم نُظر: فإن سافرت من القرية إلى المصر فهي أولى بالولد، وإن سافرت من مصر إلى قرية فالأب أولى به^(١٦٨). قالوا: لفضل البلدان على القرى بما فيها من صحة الأغذية، وظهور التأديب، وصحة التعليم والتقويم^(١٦٩).

- وإذا كان السفر لحاجة ثم يعود؛ كأن يسافر لحج وغزو وتجارة ونحو ذلك، فهو للمقيم منهما إلى أن يعود المسافر، سواء طالت المدة أم قصرت؛ لما في السفر من الخطر والمشقة والإضرار بالولد. وهذا قول الشافعية^(١٧٠)، والصحيح عند الحنابلة^(١٧١).

(١٦٢) ينظر: المدونة (٣٥٨/٢)، عيون المجالس (١٤٠٦/٣)، الشرح الكبير للدردير (٥٣١/٢)، التاج والإكليل (٢٢٦/٦)، حاشية الخرشي (٢١٥/٤). بشرط أن تكون المسافة ستة برد وقدّرت بـ ١٢٣ كم.

(١٦٣) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٤/١١)، كفاية النبيه (٢٩٩/١٥)، مغني المحتاج (٤٥٨/٣)، بداية المحتاج (٤٣٦/٣). ولم يشترطوا مسافة محددة.

(١٦٤) بشرط عدم المضارة، وأن يكون سفرًا بعيداً (مسافة قصر فأكثر)، فإن كان السفر قريباً فالأم أحقّ به. ينظر: المغني (٤١٩/١١)، الإنصاف (٤٧٩/٢٤)، مطالب أولي النهى (٦٦٩/٥).

(١٦٥) ينظر: حاشية الدسوقي (٥٣١/٢)، روضة الطالبين (٥١٢/٦)، المغني (٤٢٠/١١).

(١٦٦) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٤/١١)، بداية المحتاج (٤٣٦/٣).

(١٦٧) ينظر: الكافي لابن عبد البر (٦٢٥/٢)، الحاوي الكبير (٥٠٤/١١)، المغني (٤٢٠/١١).

(١٦٨) ينظر: بدائع الصنائع (٤٤/٤)، الجوهرة النيرة (٣٥٨/٤).

(١٦٩) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٤/١١).

(١٧٠) ينظر: الحاوي الكبير (٥٠٤/١١)، روضة الطالبين (٥١٢/٦)، كفاية النبيه (٣٠٠/١٥).

(١٧١) ينظر: المغني (٤١٩/١١)، تصحيح الفروع (٣٤٥/٩)، الإنصاف (٤٨١/٢٤).

والقول الثاني: الأم أحقّ به مطلقاً. وهو قول المالكية^(١٧٢)، والقول الثاني للحنابلة^(١٧٣). قال ابن القيم رحمه الله: (وهذه الأقوال كلها - كما ترى - لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، والصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ روعي، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة، وهذا كله ما لم يُرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يُجب إليه)^(١٧٤). وفي الإنصاف: (أما صورة المضارة فلا شكّ فيها، وأنه لا يوافق على ذلك)^(١٧٥).

الخاتمة

لعل أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث ما يأتي:

- ١- حضانة الولد وتربيته والقيام بشؤونه ومصالحه موكولة إلى الوالدين كلاهما، وليس مختصاً بأحدهما.
- ٢- مدار الحضانة على نفع الولد وصيانتة وحمايته عما يضرّه والقيام بمصالحه.
- ٣- جانب النساء مقدم على جانب الرجال في باب الحضانة؛ لأنهن أشفق وأقدر على الحضانة من الرجال.
- ٤- حضانة الولد وكفالتة واجبة حتى لا يهلك الولد ويضيع.
- ٥- مدار تخيير الولد المحضون إذا بلغ سن التمييز، وهو غالباً سبع سنين أو ثمان.

(١٧٢) ينظر: الكافي لابن عبد البر (٦٢٥/٢)، الشرح الكبير للدردير (٥٣١/٢).

(١٧٣) ينظر: تصحيح الفروع (٣٤٥/٩)، الإنصاف (٤٨٢/٢٤)، الروض المربع (٣٢٩/٢).

(١٧٤) زاد المعاد (٤١٤/٥).

(١٧٥) الإنصاف (٤٨٠/٢٤).

- ٦- الولد المجنون والمعتوه يبقى عند الأم ولا يخيّر.
- ٧- عدم صلاحية أحد الوالدين للحضانة يقررها القاضي بالبينة والدليل.
- ٨- لا يشترط في الحاضن والكافل أن يكون أكثر ديناً أو مالاً أو محبة، بل القدرة على القيام بمصالح المحضون.
- ٩- تخيير الولد ليس مختصاً بالوالدين، بل يعم غيرهما ممن يقوم مقامهما من الأقارب.
- ١٠- إذا لم يتشاحا الوالدان في طلب الكفالة، وانفقا على أن يكون الولد عند أحدهما جاز ذلك، لأن الحق لهما لا يعدوهما.
- ١١- دليل التخيير عام يستوي فيه الغلام والجارية من حيث المعنى.
- ١٢- إذا اختار الولد والديه كلاهما، أو لم يختر واحداً منهما، فإنه يقرع بينهما، ويكون عند من خرجت قرعته.
- ١٣- بقاء الكفالة على الولد المميز تستمر إلى البلوغ.
- ١٤- الحضانة والكفالة حق للحاضن والمحضون.
- ١٥- إذا امتنعت الأم من كفالة ولدها فإنها لا تجبر، وتنتقل الكفالة إلى المستحق بعدها.
- ١٦- إذا تعينت الكفالة على الأم - كأن لم يكن له أب أو مال - فإنها تُجبر على كفالته.
- ١٧- مؤونة الحضانة في مال المحضون، وإلا فعلى من تلزمه نفقته.
- ١٨- إذا كان الولد في كفالة أحد والديه، فعلاقة الآخر منهما به علاقة موصولة غير مقطوعة حتى يقوم بواجبه نحو الولد.
- ١٩- سفر أحد الوالدين بالولد يراعى فيه الأصلاح والأنفع للولد.