

تخير المحضون الصغير وكفالاته في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية الكويتي(*)

د. يوسف حسن عبدالرحمن الشراح(**)

(*) بحث مدعوم من إدارة الأبحاث بجامعة الكويت، رقم (HJ ٠١/٠٨).
(**) أستاذ مساعد بقسم الفقه وأصوله - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت.

ملخص البحث:

الحياة الزوجية ليست هناء أبداً، والمشكلات فيها تؤثر سلباً على جميع أفرادها، بما في ذلك الأبناء، وقد اتفق الفقهاء على أن الوالدين إذا افترقا لسبب ما، وكان بينهما ولد؛ فالأم أحق بالولد، ما لم يَقم بالأمّ ما يمنع تقديمها، أو ما لم يَقم بالولد وصفٌ يقتضي تخييره. وقد ضمنت تشريعات الإسلام حياة سعيدة للجميع، فالأبناء بعد انتهاء فترة حضانتهم يُمكنون من اختيار من يريدون الإقامة معه، ولو أرادوا التغيير بعد اختيار أحد الوالدين في أي وقت. وقد تعرض الباحث في هذا البحث إلى بيان أحكام الولاية على النفس، وحق الحضانة، والمستحقين لها، وشروط الحاضن، وانتهاء الحضانة، وأقوال العلماء في تخيير المحضون وأدلتهم ومناقشتها والترجيح، مع مقارنة ذلك بقانون الأحوال الشخصية الكويتي.

مقدمة:

الحمد لله الذي كَمَّلَ لنا الدين وأَتَمَّهُ، وشرع لنا سبحانه أحكاماً تضمن لنا السعادة في الدارين، والصلاة والسلام على أرحم الناس بالعالمين، مَنْ أَرْسله ربه سبحانه رحمة مهداة، ونعمة مسداة.

وبعد :

فلاشك أن الشريعة الإسلامية جاءت لحفظ ضروريات الناس وحاجياتهم وكمالياتهم، وفق منظومة دقيقة تضمن المحافظة على الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية بالأمر بحفظ من لا يستقل بأمر نفسه كالأبناء الصغار، وتربيتهم بمختلف وجوه الانتفاع والإصلاح، إلى أن ينتهي أولئك الصغار إلى سن التمييز، ومن ثَمَّ رعايتهم وكفالتهم إلى أن يصلوا إلى سن البلوغ، ويتم ذلك بتنظيم المسؤوليات المتعلقة بالصغار من قبل والديهم اللذين ربما يكونان قد انفصلا عن بعضهما، أو اختلفا فيما بينهما، أو تعاسرا فيما يتعلق بالنظر إلى صغارهما، فلو ترك الأمر لشقاق الوالدين لأهدرت مصلحة الأبناء الصغار بينهما، ولأثر ذلك في نفسياتهم وحياتهم.

ولذلك نجد أنه لا نزاع عند أحد من الفقهاء بأن الوالدين إذا افترقا لسبب ما، وكان بينهما ولد؛ فالأُمُّ أحق بالولد، مالم يقم بالأُمِّ ما يمنع تقديمها، أو يقوم بالولد وصفٌ يقتضي تخييره^(١).

وإن مما يؤثر سلباً على الأبناء الصغار؛ ما يحصل لهم في المحاكم بعد انتهاء فترة الحضانة، من إقحامهم في خلافات الآباء والأمهات وزجهم فيها، وتخييرهم للبقاء مع آبائهم أو أمهاتهم.

فأحببت استعراض أقوال أهل العلم في هذه المسألة، ومقارنة ذلك مع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، أملاً في تحقيق المصلحة العامة للأبناء والآباء والمجتمع على السواء.

(١) سيأتي إيراد الدليل على ذلك من قول النبي ﷺ : (أنت أحق به ما لم تنكح).

وقد جعلت هذا البحث في تمهيد، ومبحثين، وخاتمة، وملحق.

أما التمهيد : فأذكر فيه تعريف الحضانة والكفالة. وفيه مطلبان :

الأول : تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً.

الثاني : تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً.

وأما المبحث الأول: فهو عن طبيعة الحضانة، والمستحقين لها، وشروطهم. وفيه خمسة مطالب:

الأول : الولاية وأنواعها.

الثاني : حق الحضانة.

الثالث : المستحقون للحضانة.

الرابع : شروط الحاضن.

الخامس : انتهاء الحضانة.

وأما المبحث الثاني : فهو في أقوال العلماء في تخيير المحضون، ومنشأ الخلاف، وأدلتهم، ومناقشتها، والترجيح. وفيه ستة مطالب :

الأول : أقوال العلماء في تخيير المحضون.

الثاني : منشأ الخلاف.

الثالث : أدلة المجيزين للتخيير مطلقاً، ومناقشتها.

الرابع : أدلة المجيزين لتخيير الغلام دون الجارية، ومناقشتها.

الخامس : أدلة المانعين من التخيير مطلقاً، ومناقشتها.

السادس : الترجيح.

ثم تأتي الخاتمة وفيها أهم النتائج والتوصيات، وبعدها ملحق أبين فيه بعض قضايا محكمة التمييز الكويتية في بعض قضايا الحضانة، ثم يعقبها فهرس للمصادر، وآخر للمحتويات.

وقد استقرأت أقوال العلماء في مسألة البحث، مع تحليل نصوصهم،

وتمحيص أدلتهم، وإذا ذكرت الحديث اكتفيت بالصحيحين إذا ورد الحديث فيهما، أو في أحدهما. فإن ورد الحديث في غير الصحيحين؛ فإنني أخرج الحديث من كتب الآثار والسنن، مع الحكم على الحديث دراية من كلام نُقَاد الحديث.

كما أنني أضع القوسين المعقوفين [] للدلالة على موضع الآيات القرآنية، وللدلالة على الزيادة في النص المقتبس.

والله أسأل لي وللمسلمين حسن الاتباع لسنة المصطفى المٌطَاع ﷺ،
وصلِّ اللهم على معلم الناس الخير، والحمد لله رب العالمين.

التمهيد

تعريف الحضانة والكفالة

وفيه مطلبان :

الأول : تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً.

الثاني : تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً.

المطلب الأول

تعريف الحضانة

أولاً : تعريف الحضانة لغة :

الحِضْن هو : ما دون الإبط إلى الكَشْح.

وقيل : الحِضْن هو الصدر والعضدان وما بينهما.

والجمع : أحضان، ومنه : الاحتضان، وهو : احتمالك الشيء وجعله في حضنك ؛ كما تحتضن المرأة طفلها، فتحتمله في أحد شقيها^(١).

والحِضْنُ : الجَنْب^(٢)، ومنه قولهم : " حَضَنَ الصبي يحضُّه حَضْنًا وحِضَانَةً " : إذا جعله في حِضْنه وربَّاه وكفله^(٣).

والحِضَانَةُ : فعل التربية والحفظ^(٤).

والحاضن والحاضنة : الموكلان بالصبي، يحفظانه ويربيانه^(٥).

(١) ينظر: لسان العرب ١٢٢/١٣ مادة (حِضْن)، تاج العروس ٤٤١/٣٤، ٤٤٥ مادة (حِضْن) ض ن.

(٢) ينظر: لسان العرب ١٢٢/١٣ مادة (حِضْن).

(٣) ينظر: لسان العرب ١٢٢/١٣ مادة (حِضْن)، تاج العروس ٤٤٢/٣٤ مادة (حِضْن) ض ن.

(٤) ينظر: لسان العرب ١٢٣/١٣ مادة (حِضْن).

(٥) ينظر: لسان العرب ١٢٣/١٣ مادة (حِضْن)، تاج العروس ٤٤٣/٣٤ مادة (حِضْن) ض ن.

وتستعمل الحضانة مجازاً بمعنى الإبعاد والتنحية، فيقال: "احتضنه وحضنه": إذا أبعده عنه، ونحاه عنه، ويقال: "حَضَنْتُ الرجلَ عن هذا الأمر: إذا استبددت به وانفردت به دونه"^(١).

فحضانة الأم ولدها: ضمُّها إياه إلى جنبها، واعتزالها إياه من أبيه؛ ليكون عندها، فتقوم بحفظه، وإمساكه، وغسل ثيابه.

يقول ابن فارس: "الحاء والضاد والنون أصل واحد يُقاسُ وهو: حفظ الشيء وصيانته. فالْحِضْنُ: مَدُونُ الْإِبْطِ إِلَى الْكَشْحِ، يقال: احتضنت الشيء: جعلته في حضني ...، ومن الباب: حَضَنْتُ المرأةَ ولدها"^(٢).

ثانياً: تعريف الحضانة اصطلاحاً:

عرّف جمع من العلماء الحضانة بأنها: حفظٌ مَنْ لا يستقل بنفسه وتربيته^(٣)، أي: بالعناية به عمّا يؤذيه؛ لعدم تمييزه، كأن يكون طفلاً، أو كبيراً مجنوناً، أو قليل تمييز، وذلك يحصل برعاية شؤون ذلك الشخص، وتدبير أمور حياته بكل ما يعتبر في ذلك عُرفاً، من طعام وشراب وملبس وتربية، وغسل لثيابه وبدنه، ودَهْنِه وكَحْلِه^(٤)، وربطه في المهد، وتحريكه لينام، ونحو ذلك، حتى يصل الطفل إلى سنٍّ يستغني فيها عن الحاضن له، أو يفيق المجنون ويستغني عن رعاية غيره له.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي تعريفُ حضانة الصغير بما لا يختلف جملة وتفصيلاً عن التعريف الذي ذكرناه آنفاً

(١) ينظر: لسان العرب ١٢٣/١٣ مادة (حُضِنَ)، تاج العروس ٤٤٣/٣٤ مادة (ح ض ن).

(٢) مقاييس اللغة ٧٣/٢ - ٧٤ مادة (حُضِنَ).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٤٠/٤، حاشية ابن عابدين ٥٥٥/٣، الشرح الصغير ٦٣٢/٣، مغني المحتاج ٤٥٢/٣، الإنصاف ٤٥٥/٢٤.

(٤) مقولة: "ودَهْنِه وكَحْلِه" بفتح أولهما، إشارة إلى أن المراد: الأفعال، وأما الأعيان كالدهن والكحل: فبضم أوله فيهما، ويجب إحضارها من قبل الولي، وإن جرت العادة بخلافه.

ينظر: حاشية البجيرمي ١٧٧/٣.

بأنها: "تربيته، ورعايته، وتعهده، بتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه، وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره، ممن له حق تربيته شرعاً" (١).

وهذا التعريف عند فقهاءنا المتقدمين لا يختلف عنه تعريف محكمة التمييز الكويتية للحضانة حينما عرفت أنه: "تربية الصغير ورعايته، والقيام بجميع شؤونه التي بها صلاح أمره، في سنٍّ معينة، ممن له الحق في ذلك" (٢).

المطلب الثاني تعريف الكفالة

أولاً: تعريف الكفالة لغة:

كَفَلَ الشيءَ يَكْفُلُهُ، وَكَفَلَهُ إِيَّاهُ، فَهُوَ كَفِيلٌ: ضَمِينٌ، وَكَافِلٌ: عَائِلٌ (٣). ومنه قول النبي ﷺ: (أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا) وأشار بأصبعيه السبابة والوسطى (٤)، أي: لأنه يكفل اليتيم، ويقوم بتربيته ويضمن القيام بأمره؛ كما كَفَّلَ زكريا ﷺ مريمَ بنتَ عمران وَكَفَلَهَا (٥).

يقول ابن فارس: "الكاف والفاء واللام: أصل صحيح، يدل على تَضَمُّنِ الشيءِ للشيء...، والكافل الذي يكفل إنساناً: يَغُولُهُ" (٦).

ويقول المطرزي: "الكفيل: الضامن، وتركيبه دالٌّ على الضمِّ والتضمن" (٧).

-
- (١) قانون الأحوال الشخصية الكويتي/ ٢٩٤.
 - (٢) انظر حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩٤/٦، جلسة ١٩/١١/١٩٩٤م.
 - (٣) ينظر: لسان العرب ٥٨٩/١١ مادة (كفل)، تاج العروس ٣٣٤/٣٠ مادة (ك ف ل).
 - (٤) رواه البخاري، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيماً، بلفظه، (٦٠٠٥)، ورواه مسلم، كتاب الزهد، باب فضل الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، بنحوه، (٧٤٦٩).
 - (٥) ينظر: لسان العرب ٥٨٩/١١ - ٥٩٠ مادة (كفل)، تاج العروس ٣٣٤/٣٠ مادة (ك ف ل).
 - (٦) مقاييس اللغة ١٨٧/٥.
 - (٧) المغرب/ ٤١٢.

ثانياً تعريف الكفالة اصطلاحاً :

الكفالة بالمعنى الذي يبحثه الفقهاء في باب الحضانة لا تختلف عن الحضانة، ويعنون بكفالة الصغير: إعالته، والقيام بأمره^(١)، إلا أنه وقع بينهم خلاف في تسمية الفترة التي تعقب فترة حضانة الصغير بعد تخييره عند من يقول بالتخيير: هل تسمى حضانة أو كفالة؟ وسيأتي بسط ذلك في مطلب انتهاء الحضانة إن شاء الله تعالى.

(١) ينظر: الحاوي الكبير ١٥/١٠٠ - ١٠١، مغني المحتاج ٣/٤٥٢، حواشي الشرواني ٣٥٣/٨.

المبحث الأول

طبيعة الحضانة والمستحقون لها وشروطهم

وفيه خمسة مطالب :

الأول : الولاية وأنواعها.

الثاني : حق الحضانة.

الثالث : المستحقون للحضانة.

الرابع : شروط الحاضن.

الخامس : انتهاء الحضانة.

المطلب الأول

الولاية وأنواعها

يتكرر مفهوم الولاية عند الحديث على سلطة الأب أو الأم أو من كان في مقامهما على الأبناء الصغار، وهم مَنْ كان دون سن البلوغ، مما يجعل الحق الشرعي للولي عليهم تنفذ بمقتضاه العقود على الصغار، وتترتب عليها آثارها، دون توقف على إجازة أحد.

وهذه الولاية يقسمها الفقهاء إلى :

- ١ - الولاية على المال : وهي سلطة التصرف في مال الصغير.
- ٢ - الولاية على النفس : وهي سلطة إنشاء عقد الزواج والتعليم والعمل، مما ترتب بالأسرة ارتباطاً تعتمد عليه في المستقبل.

ثم إن الولاية على النفس نوعان :

- أ - ولاية قاصرة : وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه، أو بيعه ما يملكه، دون توقف على رضا أحد.

ب - ولاية متعديّة: وهي سلطة تزويج الإنسان غيرَه جبراً عنه؛ كأن يزوّج الوليُّ ابنتَه، أو يتصرف في مال ولده الصغير^(١).

ومن منطلق ذلك؛ كانت ولاية الأبوين على أبنائهما الصغار تتمثل في ولاية الحضانة، والولاية على النفس، وولاية النفقة، والولاية على المال.

وحضانة الصغير تعني تربيته ورعايته وتدبير شؤون حياته من طعام وشراب وملبس ونوم، وغير ذلك مما يحتاج إليه الطفل؛ لضعفه وعجزه عن القيام بذلك بنفسه.

ولمّا كان الأبوان أرفأَ الناس بأطفالهم، وأرعاهم لمصالحهم؛ فقد جعل الشارع الحكيم لهما الولاية على الأبناء الصغار، مراعاة للأصلح والأئنف للصار، فجعل سبحانه أمر تربية الطفل وتدبير شؤونه وإرضاعه والعناية به في سنواته الأولى من حياته إلى أمّه - ومن يقوم مقامها -؛ لرفقها، وقدرتها على التربية، وحسن رعايتها في هذه المرحلة أكمل من الرجال، ولهذا كانت النساء أولى بحضانة الصغار من الرجال^(٢).

يبين ذلك السرخسي فيقول: "اعلم بأن الصغار إمّا بهم من العجز عن النظر لأنفسهم، والقيام بحوائجهم؛ جعل الشرع ولايةً ذلك إلى من هو مشفق عليهم، فجعل حق التصرف إلى الآباء؛ لقوة رأيهم مع الشفقة، والتصرف يستدعي قوة الرأي، وجعل حق الحضانة إلى الأمهات؛ لرفقهن في ذلك مع الشفقة، وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت، والظاهر أن الأم أخفَى وأشفق من الأب على الولد، فتتحمل في ذلك من المشقة ما لا يتحملة الأب، وفي تفويض ذلك إليها زيادةً منفعةً للولد"^(٣).

ويقول ابن القيم في بيان الولاية وترتيب الأحقية فيها للمحضون: "الولاية

(١) ينظر: الأحوال الشخصية/١٤٩، ١٥١.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٤/٤١، الحاوي الكبير ١٥/١٠٠، قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٢٩٤.

(٣) المبسوط للسرخسي ٥/٢٠٧.

على الطفل نوعان: نوعٌ يُقَدَّم فيه الأب على الأم ومَنْ في جهتها، وهي ولاية المال والنكاح، ونوعٌ تُقَدَّم فيه الأم على الأب، وهي ولاية الحضانة والرضاع. وقُدِّمَ كُلُّ من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد، وتوقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه، وتحصل به كفايته.

ولما كان النساءُ أعرفَ بالتربية، وأقدرَ عليها، وأصبرَ وأرأفَ وأفرغَ لها؛ لذلك قُدِّمَت الأم فيها على الأب.

ولما كان الرجالُ أقومَ بتحصيل مصلحة الولد والاحتياط له في البُضع؛ قُدِّم الأب فيها على الأم، فتقدِّمُ الأمُّ في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال، والنظر لهم، وتقدِّمُ الأب في ولاية المال والتزويج كذلك^(١).

ومن البدهي؛ أنه إذا اختلفت الحاضنة وولي المحضون في غير ما يتعلق بخدمة المحضون؛ فالأمر يكون للولي؛ كما في توجيه المحضون إلى حرفة، أو نوع من التعليم، على اعتبار أن تصرفات الولي منوطة بالمصلحة لمن ولي أمره.

ولابد في الولي القائم على مصلحة المحضون أن تُشترط فيه شروط، سيأتي بيانها في مطلب قادم إن شاء الله تعالى، فإذا فقد الولي شرطاً منها؛ لم يكن صالحاً للقيام بشؤون الصغير، فتُسَلَّب ولايته عن المحضون، وتنتقل إلى غيره.

المطلب الثاني حق الحضانة

تقدم معنا أن حضانة الصغير واجبة على من يقوم بشؤونه؛ لأنه لو لم يُتَكَفَّل بشؤونه لهلك بتركه إياه، فكان واجباً المحافظة على الصغير من الهلاك، مثلما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك^(٢).

(١) زاد المعاد ٤٣٧/٥ - ٤٣٨.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٤٥٢/٣، المغني ٤١٢/١١.

والولاية على الطفل في نظر الشريعة الإسلامية نوعان :

١ - نوعٌ يُقَدَّم فيه الأب على الأم - ومن في جهتها -، وهي : ولاية المال والنكاح.

٢ - ونوعٌ يُقَدَّم فيه الأم على الأب، وهي : ولاية الحضانة والرضاع.

ويعرف من ذلك أن الشارع الحكيم قد راعى تمام مصلحة الولد في تقديم كُلِّ واحد من الأبوين فيما جُعِلَ له من الأحكام الشرعية، مما تتوقف فيه مصلحة الولد على من يلي أموره من أبويه، وتحصل به كفايته.

ولما كانت النساءُ أعرَفَ بالتربية، وأقدرَ عليها، وأصبرَ على القيام بها، وأرأفَ بالطفل وأفرغ له وأشفق عليه، ولا يشاركهن في ذلك إلا والد الطفل، مع أنه ليس له مثل شفقتهن؛ رأينا الشارع الحكيم قد قدمهن في الحضانة على الأب.

ولما كان الرجالُ أقومَ بتحصيل مصلحة الولد والاحتياط له في البُضع والمال؛ قُدِّم الأب على الأم في ذلك.

فتقدِّمُ الأمُّ في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال، وتقدِّمُ الأب في ولاية المال والتزويج كذلك^(١).

ومما هو ثابت لدى كثير من الفقهاء أن من الحقوق ما لا يقبل الإسقاط، ولا النقل، ولا الإرث؛ كحق الرجوع في الهبة، وحق الزوج في الاستمتاع، وحق العاقلة في التأجيل، وحق ولاية النكاح، وحق الحضانة^(٢).

فإذا تبين ذلك؛ فقد اختلف الفقهاء في بيان صاحب الحق في الحضانة، فيرى الجمهور من فقهاء المذاهب أن الحضانة حق للحاضن؛ لاحتمال عدم

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٤/٤١، مغني المحتاج ٣/٤٥٢، حاشية البجيرمي ٤/١٢٢، المغني ١١/٤١٤، زاد المعاد ٥/٣٧ - ٤٣٨، قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٢٩٤.

(٢) ينظر: المنشور في القواعد ٢/٥٤.

قدرة الحاضن على الحضانة، ولأن له إسقاط حقّه ولو بلا عوض، فلا يُجبر الحاضن لو امتنع، ولو كانت الحضانة حقاً لغيره لما سقطت بإسقاطه.

وزهد بعضهم إلى أن الحضانة حق للمحضون، يُجبر عليها الحاضن؛ مادام الصغير المحضون لا يقبل منه إسقاطها عن نفسه، وكما نقل القرطبي ذلك قائلًا: "وإنما ينظر في ذلك إلى من يحوط الصبي، ومن يحسن إليه في حفظه وتعلّمه الخير، وهذا على قول من قال: إن الحضانة حق الولد، وقد روي ذلك عن مالك، وقال به طائفة من أصحابه" (١).

قال ابن نجيم: "اعْلَمْ أَنَّ الْحَضَانَةَ حَقُّ الصَّغِيرِ لاحتِاجِهِ إِلَى مِنْ يُمْسِكُهُ، فَتَارَةً يَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَقُومُ بِمَنْفَعَةِ بَدَنِهِ فِي حَضَانَتِهِ، وَتَارَةً إِلَى مَنْ يَقُومُ بِمَالِهِ حَتَّى لَا يَلْحَقَهُ الضَّرَرُ، وَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى مَنْ [هو] أَقْوَمُ بِهِ وَأَبْصَرُ، فَالْوِلَايَةُ فِي الْمَالِ جُعِلَتْ إِلَى الْأَبِّ وَالْجَدِّ لِأَنَّهُمْ أَبْصَرُ وَأَقْوَمُ فِي التَّجَارَةِ مِنَ النِّسَاءِ، وَحَقُّ الْحَضَانَةِ جُعِلَ إِلَى النِّسَاءِ لِأَنَّهُنَّ أَبْصَرُ وَأَقْوَمُ عَلَى حِفْظِ الصَّبِيَّانِ مِنَ الرِّجَالِ؛ لِزِيَادَةِ شَفَقَتِهِنَّ، وَمَلَا زَمَتِهِنَّ لِلنِّبُوتِ" (٢).

وحكي عن بعض الفقهاء أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون، مع ترجح حق المحضون (٣).

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بهذا الحق بأنه حق مشترك للحاضنة والمحضون، وليس حقاً خالصاً لواحد منهما، بل إن حق المحضون فيها أقوى من حق الحاضنة (٤).

والناظر في حقيقة الحضانة يجد أنها حق مشترك، يتعلق بها ثلاثة حقوق:

- (١) الجامع لأحكام القرآن ٣/١٦٥، وانظر معه: المبدع ٨/٢٣٦.
- (٢) البحر الرائق ٤/١٨٠.
- (٣) ينظر: المبسوط ٥/٢٠٨، بدائع الصنائع ٤/٤١، حاشية ابن عابدين ٣/٥٥٩ - ٥٦٠، الشرح الصغير ٣/٦٤٧، كفاية الطالب الرباني ٣/٢٧٣، مغني المحتاج ٣/٤٥٦، المغني ١١/٤٢٠، ٤٢٧، ٤٣٢، قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٢٩٤.
- (٤) انظر حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٤/١٦، جلسة ١٠/٢٢/١٩٨٤ م، والطعن رقم ٨٥/١، جلسة ٥/٦/١٩٨٥ م.

حق المحضون، وحق الحاضن، وحق الأب ومن يقوم مقامه ممن له الولاية على الصغير المحضون، فإن اتفقوا على مصلحة المحضون؛ فذاك هو الحكم، وإلا تُراعى مصلحة المحضون على مصلحة غيره.

بيان ذلك: أن المحضون لو لم يقبل غير أمه من الحاضنات، أو لم يوجد غيرها لرعايته والقيام بشؤونه؛ تعينت الأم لحضانتها، ويكون ذلك فرض عين في حقها. وبالمقابل فإن الحاضن لو أراد الامتناع عن الحضانة؛ فإنه لا يُجبر عليها، ولو أراد إسقاط حقه؛ كان له ذلك، وإذا أراد العود إلى الحضانة بعد زوال المانع عنه؛ جاز له ذلك، على تفصيل ذكره الفقهاء؛ لاعتبار حق المحضون، وأن ذلك من مصلحة المحضون.

وقد جمع ابنُ عابدين بين الأقوال المختلفة في المسألة، فأوضح: "أن لكل من الحاضنة والمحضون حقاً في الحضانة...، فقول من قال: «إنها حق الحاضنة فلا تجبر» محمولٌ على ما إذا لم تتعين لها، واقتصر على أنها حقها؛ لأن المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها. ومن قال: «إنها حق المحضون فتجبر» محمولٌ على ما إذا تعينت، واقتصر على أنها حقه لعدم من يحضنه غيرها" (١).

فالأم لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت، إلا إذا تعينت لها، بأن لم يكن للمحضون غيرها، أو لم يكن للأب ولا للمحضون مال (٢).

ويترتب على ماسبق: صحة إسقاط الأم لحقها في الحضانة، ولا فرق في ذلك بين هذا وبين إسقاط المرأة القسَم في المبيت لِضَرَّتْهَا، فإنه حتى لو أرادت المرأة العود إلى حقها في المبيت أو الحضانة فَلَا يُدْفَعُ ذلك بِأَنَّ السَّاقِطَ لَا يَعُودُ؛ لاختلاف المدرك في الحضانة عنه في المبيت، فَإِنَّ الْعَائِدَ غَيْرُ السَّاقِطِ.

(١) حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٣.

(٢) قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٦٨ مادة (١٩٣)، والحضانة لا تختلف عن حق الإرضاع المذكور في المادة (١٨٦): " يجب على الأم إرضاع ولدها إن لم يمكن تغذيته من غير لبنها ".

وقيل: بل هي مجبرة على الحضانة مطلقاً، ولا تملك إسقاطها عن نفسها حتى بالخلع الذي هو حق لها؛ لأن أقوى الحَقَّين متحقق في الحضانة للصغير، وَلَكِنْ أَسْقَطَتِ الزَّوْجَةُ حَقَّهَا في الحضانة؛ فَلَا تَقْدِرُ عَلَى إِسْقَاطِ حَقِّ الصَّغِيرِ أَبَدًا^(١).

المطلب الثالث المستحقون للحضانة

لَمَّا كَانَتِ النِّسَاءُ أَشْفَقُوا وَأَرْفَقُوا بِالصِّغَارِ مِنَ الْآبَاءِ، وَأَلِيقُوا وَأَهْدَى إِلَى تَرْبِيَتِهِمْ، وَكَانَ مَبْنَى الْحُضَانَةِ عَلَى الشَّفَقَةِ الْمُسْتَحْتَةِ عَلَى إِدَامَةِ النَّظَرِ لِلْمَحْضُونِ؛ لاحتِياج الصغير غير المميّز إلى العناية به؛ فقد قدمه الشارع الحكيم على الرجال في الحضانة، وتكون الأم مقدّمة على الأب في ذلك عند التنازع والافتراق بين الأبوين^(٢).

قال ابن المنذر: "أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد؛ أن الأم أحق به مالم تنكح"^(٣).

وقال ابن عبد البر: "لا أعلم خلافاً بين السلف من العلماء والخلف في المرأة المطلقة إذا لم تتزوج؛ أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلاً صغيراً لا يميز شيئاً، إذا كان عندها في حرز وكفاية، ولم يثبت فيها فسق ولا تبرج"^(٤).

إلا أن العلماء اختلفوا في ترتيب المستحقين للحضانة؛ بناءً على اختلافهم في مدى الشفقة والنظر الحاصلين للمحضون من قبل حاضنه، وسأذكر ترتيب المستحقين للحضانة في كل مذهب إجمالاً، باعتبارها تمهيداً لمسألة تخيير المحضون، وذلك على النحو التالي:

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٥٦٠/٣، مغني المحتاج ٤٥٦/٣، الشرح الصغير ٣/٦٤٧، المغني ١١/٤٢٧.

(٢) ينظر: إعلاء السنن ١١/٢٦٩ - ٢٧٠، بدائع الصنائع ٤/٤٤، زاد المعاد ٥/٤٦٤ - ٤٦٥، ٤٧٦، ٤٨٤.

(٣) لم أقف على هذا النقل المهم عن ابن المنذر في أمهات كتب الفقه، وهو موجود في الجامع لأحكام القرآن ٣/١٦٤.

(٤) الاستذكار ٧/٢٩٠، وفيه تصحيف في آخر النص المنقول من النسخة المطبوعة إذ كانت "ولم تتزوج"، والتصويب من الجامع لأحكام القرآن ٣/١٦٤.

فالحنفية يرتبون المستحقين للحضانة من النساء على أن تلي الأمُّ الحضانة، فإن امتنعت أو سقط حقها لمانع انتقلت الحضانة لأم الأم، ثم تنتقل لأم الأب وإن علت، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، إلى آخر ترتيب النساء عندهم، ثم تنتقل إلى العصابات من الرجال على ترتيب الإرث، فيقدم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، إلى آخر ترتيب الرجال، ثم إذا لم تكن عصة انتقل حق الحضانة لذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم، فيقدم الجد لأم، ثم الأخ لأم، إلى آخر ترتيبهم، فإن تساوا فأصلحهم، ثم أورعهم، ثم أكبرهم^(١).

وزهب المالكية إلى أن الأحق بالحضانة بعد الأم هي أم الأم، ثم جدة الأم، ثم أخت الأم الشقيقة، ثم أخت الأم لأم، ثم أخت الأم لأب، ثم خالة الأم الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب، ثم عمّة الأم، ثم أم الأب، ثم الجدة لأب، ثم تكون الحضانة للأب، ثم أخت المحضون الشقيقة، ثم أخت المحضون لأم، ثم أخت المحضون لأب، إلى آخر الترتيب عندهم^(٢).

وزهب الشافعية إلى أن أحق الناس بالحضانة بعد الأم: أمهاتها اللاتي يدلين بإناث وارثات، تُقدّم القربى فالقربى، ثم يليهم الأب، ثم أم الأب وإن علت، ثم أم أبي الأب وإن علت، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأب، ثم الأخت التي لأم، ثم الخالة، إلى آخر النساء المذكورات في ترتيب الحضانة عندهم^(٣).

وزهب الحنابلة إلى أن الأحق بالحضانة بعد الأم: أمهاتها، القربى فالقربى، ثم الأب، ثم أمهات الأب القربى فالقربى، ثم الجد، ثم أمهات الجد، القربى فالقربى، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأب، ثم لخالة لأم، ثم العمة لأبوين، إلى آخر المذكورين^(٤).

(١) ينظر: المبسوط ٥/٢١٠، بدائع الصنائع ٤/٤١، حاشية ابن عابدين ٣/٥٦٣.

(٢) ينظر: الشرح الصغير ٣/٦٣٤، كفاية الطالب الرباني ٣/٢٧٤.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير ١٥/١١٦، مغني المحتاج ٣/٤٥٤.

(٤) ينظر: المغني ١١/٤٢٦، الإنصاف ٢٤/٤٥٧.

وأما الظاهرية: فقد رتبوا المستحقين للحضانة بتقيد الحاضن بالأمانة حيثما كان، فالأم - والجدة مثلها - أولى وأحق بحضانة صغارها إن كانت مأمونة في دينها ودنياها، فإن لم تكن مأمونة وجبت الحضانة للأب - والجدة مثله -، أو الأخ، أو الأخت، أو العمّة، أو الخالة، أو العم، أو الخال، ثم الأقرب فالأقرب.

قال ابن حزم: "الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة ...، والجدة أمّ. فإن لم تكن الأمّ مأمونة في دينها ودنياها؛ نُظِرَ للصغير أو للصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فحيثما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين وجبت هنالك عند الأب، أو الأخ، أو الأخت، أو العمّة، أو الخالة، أو العم، أو الخال. وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال، والدين مغلب على الدنيا. فإن استوتوا في صلاح الحال فالأم والجدة، ثم الأب والجدة، ثم الأخ والأخت، ثم الأقرب فالأقرب" (١).

ويلحظ على اختلاف الفقهاء في ترتيب المستحقين للحضانة أن نظرتهم تختلف في ترتيب الأب، فالحنفية يجعلونه بعد فريق من النساء: الجدّات والأخوات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت والعمّات، والمالكية يجعلون الأب بعد الجدّات لأم والخالات والعمّات والجدّات لأب، والشافعية والحنابلة يترتبون حق الحضانة للجدّات لأم، ثم يكون الحق للأب، ثم لجدّات الأب، والظاهرية لالترتيب عندهم في استحقاق الحضانة، بل هو موكل بمن يتصف بالأمانة في دينه ودنياه، ويمكن أن يكون الأبّ أولّ مستحق للحضانة إن لم تكن الأم على أمانة في دينها أو دنياها.

فالأم أولى مطلقاً بالحضانة من الأب عند الجمهور خلافاً للظاهرية، لكنها في صور معينة عندهم قد تتأخر عن الأب في استحقاق الحضانة؛ كما لو امتنع الوالدان جميعاً من حضانة الصغير؛ فالأب يلزم به، وكما لو تزوجت الأم الحاضنة، أو كانت مجنونة، أو لم يكن في الأم لبن والطفل محتاج إليه، أو إذا امتنعت الأم من إرضاع الصغير، أو كان بالأم مرض يُخشى على الصغير منه،

(١) ينظر: المحلى ٧٤٢/١١ مسألة (٢٠١٨).

أو لا تستطيع معه من تدبير شؤون الصغير أو شؤون نفسها؛ كأن تكون الأم عمياء، أو بها جذام^(١).

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي بمذهب المالكية في ترتيب المستحقين للحضانة فقال في مادته (١٨٩): "حق الحضانة للأم، ثم لأمها وإن علت، ثم للخاله، ثم خالة الأم، ثم عمّة الأم، [ثم أم الأب]، ثم الجدّة لأب، ثم الأب، ثم الأخت، ثم العمّة ...، وإذا تساوى المستحقون للحضانة؛ اختار القاضي الأصحّ منهم للمحزون"^(٢).

هذا المنطوق في القانون هو ما فسرتة المذكرة الإيضاحية بقولها بعد شرح المادة: "ومصدر هذه المادة: فقه المالكية"^(٣).

هذا الحصر في ترتيب المستحقين للحضانة أوردهم القانون الكويتي على سبيل الحصر، وبترتيب لا يجوز الاجتهاد فيه بتغيير، أو تقديم، أو تأخير، سواء أكانت الزوجية بين الأب والأم قائمة، أم انتهت لسبب من الأسباب^(٤).

إن هذا الاختلاف بين الفقهاء في المستحقين للحضانة مرجعه المصلحة العامة والخاصة في الشريعة بين الحاضن والمحزون، ويجب أن لا يغفل القاضي عن ذلك في أيامنا هذه، ولا سيما مع تغير الأعراف والعادات. فمع أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي قد حدد المستحقين للحضانة؛ إلا أن إجراءات إثبات عدم صلاحية الحاضن الحالي قد تطول، وفي أحيان كثيرة تضر بالمحزون.

ولذلك؛ لو أُعطي للقاضي مجالاً من الاختيار في هذه المسألة تبعاً لمصلحة المحزون؛ لكان خيراً للحاضن وللمحزون، وأبعد عن تعقيدات

(١) ينظر: الأشباه والنظائر/٥١١.

(٢) قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٦٦ مادة (١٨٩)، والزيادة بين المعقوفين ساقطة من القانون، مع أنها مشروحة في المذكرة التفسيرية في ص/ ٢٩٥.

(٣) قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٢٩٦.

(٤) انظر حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٧/٢٣، جلسة ١٩٨٨/٦/٢٧م، والحكم رقم ٩٢/١١، جلسة ١٩٩٢/١٢/١٢م.

إجراءات المحاكم، أو تأثير ذلك على المحضون، وربما حقه وغيبه على الطرف المثبت لعدم استحقاق الحاضن للمحضون.

فمذهب الظاهرية فيه سعة، وقاعدتهم التي لم يختلف عليها أحد من الفقهاء؛ يمكن الاعتماد عليها في أيماننا هذه، ولاسيما إذا اتفق الوالدان على ترتيب الحضانة للمحضون بينهما.

المطلب الرابع شروط الحاضن

مفهوم الحضانة كما ذكرناه يشتمل على رعاية المحضون وتربيته والاهتمام به، وهذا الأمر يستلزم أن يكون الحاضن أهلاً لذلك، فيكون على قدر كافٍ من الكفاءة حتى يتمكن من حُسْنِ رعايته للمحضون.

ولهذا اشترط الفقهاء في الحاضن شروطاً، لا تثبت الحضانة له إلا إذا توافرت فيه، فإذا اختل شرط منها؛ لم يُمكن من الحضانة عند التنازع، ويعتمد للتأكد من فوت شرط من شروط الحضانة على إقرار الحاضن بفقدانه لأحد الشروط، أو دعوى المعارض المثبتة بالبينة، أو بتحقيق القاضي عند شكه بسقوط أحد شروط الحاضن.

وهذه الشروط قسّمها الفقهاء إلى ثلاثة أقسام، منها: شروط عامة يشترك فيها الحاضنان؛ سواء أكانا أبوين، أم كانا غيرهما من الرجال والنساء الحواضن، ومنها: شروط تختص بالنساء، وأخرى تختص بالرجال^(١).

(١) لعدم اعتمادي إجمالاً في بحثي هذا على شروط الحاضن، لذلك ذكرتها مختصرة، ولمزيد النظر في مدارك العلماء في كل شرط يُنظر: بدائع الصنائع ٤/٤١ - ٤٤، حاشية ابن عابدين ٣/٥٦٤ - ٥٧١، الشرح الصغير ٣/٦٢٣، ٦٢٧ - ٦٤٥، كفاية الطالب الرباني ٣/٢٧١ - ٢٧٣، الحاوي الكبير ١٥/١٠٥ - ١٠٩، مغني المحتاج ٣/٤٥٤ - ٤٥٩، المغني ١١/٤١٤، ٤١٧، ٤١٩، الإنصاف ٢٤/٤٦٩ - ٤٨٢، الأشباه والنظائر/٢٧٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧/٣٠٥ - ٣١١.

وعلى وجه الإيجاز، فالشروط العامة بالنساء والرجال هي :

١ - العفة والأمانة في الدين: فلا حضانة لفاسق، لأنَّ الفاسق لا يؤتمن، ولا شك أن المراد بالفسق هنا: الفسق الذي يَضِيع المحضون به؛ كأن يكون الحاضن مشهوراً بشرب الخمر، أو بالسَّرقة، أو الزَّنا، أو مشهوراً باللَّهو المحرَّم. ويكفي في الحاضن أن يكون مستور الحال والعدالة، وذلك يكون بعدم اشتهاره بارتكاب الكبائر، أو بعدم اشتهاره بالإصرار على الصغائر، ولا يشترط لثبوت العفة والأمانة لدى الحاضن شهادة أو بيّنة.

ولأهمية هذا الشرط فإن الظاهرية لم يعتبروا في شروط الحاضن إلا هذا الشرط فقط، كما يصرح بذلك ابن حزم قائلاً: "الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا المحيض، أو الاحتلام، أو الإنبات مع التمييز وصحة الجسم، سواء أكانت [الأم] أمة أم حرّة، تزوجت أو لم تتزوج، رَحَلَ الأب عن ذلك البلد أو لم يرحل. والجدة أمّ، فإن لم تكن الأمّ مأمونة في دينها وديناها؛ نُظِر للصغير أو للصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فحيثما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين؛ وجبت هناك عند الأب، أو الأخ، أو الأخت، أو العمّة، أو الخالة، أو العمّ، أو الخال. وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال...، والأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع، فإذا بلغا من السنّ والاستغناء ومبلغ الفهم: فلا حضانة لكافرة، ولا لفاسقة" (١).

ويرى ابن القيم أن النصوص العامة الواردة في الحضانة غير ناصّة على الشروط التي ذكرها الفقهاء للحاضن، ولا حتى بطريق الإشارة، وأن الشروط في حقيقتها استفادها الفقهاء من نصوص أخرى، ومن واقع الحال بالنسبة للحاضن والمحضون، وحتى لو وردت فلا بد من الجمع

(١) المحلى ١١/٧٤٢ مسألة (٢٠١٨).

بينها وبين النصوص الخاصة بالحضانة. يقول ابن القيم: "وقضاؤه ﷺ بالولد للأمه، وقوله: (أنت أحق به مالم تنكحي)^(١) لا يستفاد منه عموم القضاء لكل أم حتى يقضى به للأم وإن كانت كافرة أو رقيقة أو فاسقة أو مسافرة، فلا يصح الاحتجاج به على ذلك، ولا نفيه، فإذا دل دليل منفصل على اعتبار الإسلام والحرية والديانة والإقامة لم يكن ذلك تخصيصاً، ولا مخالفة لظاهر الحديث"^(٢).

٢ - الإسلام: وذلك إذا كان المحضون مسلماً ولو حُكماً؛ للخشية على المحضون من الفتنة في دينه، ولأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم. وهذا شرط عند الشافعية والحنابلة وبعض المالكية، كما أنه مذهب الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر.

ويفهم من هذا الشرط - فيما يبدو لي - أن المحضون لو كان من أبوين غير مسلمين؛ جازت حضانتهم من أيهما شاء.

٣ - البلوغ والعقل: فلا تثبت الحضانة لطفل ولا لمجنون، أو معتوه؛ لعجز هؤلاء عن إدارة شؤون حياتهم، وهم بحاجة إلى من يحضنهم، فلذلك؛ لا توكل إليهم حضانة غيرهم. وهذا شرط متفق عليه في الجملة، على تفصيل للمالكية في هذا الشرط.

(١) رواه أبوداود، كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، بلفظه، (٢٢٧٠)، ورواه أحمد في المسند ٣١٠/١١ (٦٧٠٧) ورجاله ثقات كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٣٢٣/٤، وصح الحديث الحاكم في مستدركه ٢٠٧/٢، ووافقه الذهبي في التلخيص، ورواه الدارقطني ١٨٤/٣ (٣٧٦٦)، (٣٧٦٧)، (٣٧٦٨)، وعبدالرزاق في مصنفه ١٥٣/٧ (١٢٥٩٦)، (١٢٥٩٧).

والحديث سنده حسن على أقل تقدير، فهو من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، والعلماء على تحسين طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

ينظر: البناية في شرح الهداية ٤٧١/٥ - ٤٧٢، تهذيب التهذيب ٤٩/٨، زاد المعاد ٤٣٤/٥.

(٢) زاد المعاد ٤٥٨/٥ - ٤٥٩.

٤ - القدرة على القيام بشؤون المحضون: وهذا شرط بدهي يُعرف بطبيعة الحال في الحضانة، فلا تكون الحضانة لمن كان عاجزاً عن القيام بشؤون المحضون لِكِبَرِ سِنِّ، أو مرض يعوق عن ذلك، أو عاهة كالعمى والخرس والصَّمم، أو كان الحاضن يخرج كثيراً لعمل أو غيره ويترك الولد ضائعاً. فكلّ هؤلاء لا حضانة لهم إلا إذا كان لديهم من يُعنى بالمحضون، ويقوم على شؤونهم، فحينئذ لا تسقط حضانتهم.

وقد نقل ابن القيم عن ابن تيمية توجيهاً لطيفاً لهذا الشرط، وذلك في قوله: "إذا ترك أحد الأبوين تعليم الصبي وأمره الذي أوجبه الله عليه فهو عاص، ولا ولاية له عليه، بل كل من لم يقم بالواجب في ولايته فلا ولاية له، بل إما: أن ترفع يده عن الولاية ويقام من يفعل الواجب، وإما: أن يضم إليه من يقوم معه بالواجب؛ إذ المقصود طاعة الله ورسوله [ﷺ] بحسب الإمكان. وليس هذا الحق من جنس الميراث الذي يحصل بالرحم والنكاح والولاء؛ سواء أكان الوارث فاسقاً أم صالحاً، بل هذا من جنس الولاية التي لا بد فيها من القدرة على الواجب والعلم به وفعله بحسب الإمكان" (١).

٥ - ألا يكون بالحاضن مرضٌ مُعَدٍ، أو مرض مُنْفَرٍ، يتعدى ضرره إلى المحضون؛ كالجذام والسلّ. أما ما لا يتعدى ضرره إلى المحضون: فلا يضر وجوده في الحاضن.

٦ - الرشد: وهذا شرط عند المالكية والشافعية، فلا حضانة لسفيه مبدّر؛ لئلا يُتلف مال المحضون، أو يُنفق عليه من ماله ما لا يليق.

٧ - أمن المكان بالنسبة للمحضون الذي بلغ سنّاً يخشى عليه فيه الفساد، أو ضياع ماله. وهذا شرط عند المالكية. وهو شرط وجيه، فلا حضانة لمن يعيش في مكان مخوفٍ يطرقه المفسدون والعابثون.

٨ - الإقامة: فلا يصح سفر الحاضن بالمحضون سفر حاجة - كحجٍّ مثلاً -

(١) زاد المعاد ٥/٤٧٥، وأصل الكلام في مجموع الفتاوى ٣٤/١٣٢.

عن البلد الذي كان مكاناً للزوجية بين الزوجين، أو في البلد الذي يكون المحضون مقيماً فيه ويقيم معه صاحب الحق في الحضانة إلى بلد آخر، ويُسَلَّم المحضون خلالها إلى من يلي من كان عنده إلى عودة الحاضن صاحب الحق.

أما لو كان السفر فيه نقلة وانقطاع، ويكون انتقالاً إلى بلد آخر، بلا قصد للعودة: فهذا لا يستوجب سقوط حق الحضانة بشرط أمن الطريق، وأمن البلد المقصود.

هذه الشروط اكتفى المشرّع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية ببعضها، مصرّحاً بذلك في المادة (١٩٠) قائلاً: "١ - يشترط في مستحق الحضانة: البلوغ والعقل والأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته صحياً وخلقياً".

فالأصل في الحاضن توافر شروط الحضانة فيه مالم يثبت عكس ذلك، وتقدير توافر هذه الشروط يخضع إلى تقدير قاضي الموضوع؛ كما قررته محكمة التمييز الكويتية^(١).

ويلحظ بأن المشرّع الكويتي لم يشترط في الحاضن أن يكون مسلماً، وهذا ما صرّح به في المادة (١٩٢) بإجازته حضانة غير المسلم للصغير المسلم وفق شروط فقال: "الحاضنة غير المسلمة تستحق حضانة الولد المسلم حتى يعقل الأديان، أو يُخشى عليه أن يآلف غير الإسلام، وإن لم يعقل الأديان. وفي جميع الأحوال لايجوز إبقاء المحضون عند هذه الحاضنة بعد بلوغ السابعة من عمره"^(٢).

هذا الشرط - أعني شرط الإسلام - لم يأخذ به الحنفية والظاهرية، وكذا المشرّع الكويتي، معللاً ذلك بأن الحضانة مبناها على الشفقة والحنان ولا يؤثر

(١) انظر حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٨٨/١٨، جلسة ١٣/٢/١٩٨٩م، والطعن رقم ٨٩/٢٨، جلسة ٤/٦/١٩٩٠م.

(٢) قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٦٧ مادة (١٩٠)، (١٩٢).

فيهما اختلاف الدين، فإذا تبين خطر الحاضنة على دين المحضون، بأن بدأت تعلّم أمور دينها، وأصبح المحضون يعقل ذلك؛ فإنه في هذه الحال - وحال ما إذا بلغ الطفل السابعة من عمره - يسقط حقها في حضانتها^(١).

أما الشروط الخاصة بالنساء، وتزيد على ما سبق ذكره من الشروط العامة : فهي :

١ - أن لا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي عن المحضون؛ لأنها ستشتغل بحق الزوج عن حق المحضون، ولا توجد ضمانات لرعاية الطفل، والنظر في شأنه، وقد قال النبي ﷺ: (أنت أحقّ به ما لم تنكحي)^(٢)، إلا في صور مستثناة لمُزك صحيح، وذلك ما لو كان زوج الأم قريباً للمحضون، أو قبلَ والد المحضون بقاء المحضون مع زوج أمه. فلا يحرم على المرأة المتزوجة حضانة ابنها إذا اتفقت هي والزوج أو هي وأقارب الطفل على ذلك، وقد تزوجت أم سلمة رضي الله عنها بعد وفاة زوجها برسول الله ﷺ، ولم تسقط كفالتها على أبنائها، واستمرت على حضانتها لهم باعتبار عدم وجود المنازع في ذلك. وإنما تسقط الحضانة بالنيكاح: مراعاةً لحق الزوج الجديد، فإنه يتنصص عليه الاستمتاع المطلوب من المرأة لحضانتها ولدَ غيره، وربما تنكد عليه عيشه مع المرأة بسبب ذلك، فلا يؤمن أن يحصل بينهما خلاف، وتزول المودة والرحمة من حياتهما^(٣).

وعلى هذا فإن زواج الأم - أي: بغير والد الصغير - يسقط حضانتها من حين العقد عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وبالدخول عند المالكية.

٢ - أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون كأُمّه وأختها:

(١) ينظر: قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٢٩٧، ٢٩٨ - ٢٩٩.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير ١٥/١٠٨.

حضانة لبنات العمّ والعمّة، ولا لبنات الخال والخالة. وهذا شرط عند الحنفية والمالكية، خلافاً للشافعية والحنابلة.

٣ - أن لا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغض المحضون ويكرهه: كما لو تزوّجت الأمّ وأخذته أمّ الأمّ، وأقامت بالمحضون مع الأمّ، أي: في بيت زوج الأمّ إذا كان لها عيال من هذا الزوج، فحينئذ تسقط حضانة أمّ الأمّ. وهذا شرط عند الحنفية، وهو المشهور عند المالكية.

٤ - أن لا تمتنع الحاضنة عن إرضاع الطّفل إذا كانت أهلاً له، وكان المحضون محتاجاً للرّضاع: وهذا هو الصحيح عند الشافعية. وهذا الشرط - في حقيقته - إيجاب للرّضاع على الحاضنة بالقيدين السابقين، فهو بالحكم التكليفي أقرب منه من الحكم الوضعي، فليس هو شرطاً في النساء الحواضن بصفة عامة.

وقد اكتفى المشرّع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية ببعض هذه الشروط تصريحاً، فقال في المادة (١٩١): "أ - إذا تزوّجت الحاضنة بغير مَحْرَمٍ للمحضون، ودخل بها الزوج؛ تسقط حضانتها"^(١)، فاعتبر الشرط الأول من الشروط الخاصة بالنساء في الحضانة.

كما أنه أخذ بالشرط الثاني، مصرّحاً بذلك في مادته (١٨٩) للمستحقين للحضانة، وجاء في المذكرة التفسيرية للقانون بأن هذه المادة مأخوذة بكاملها من فقه المالكية^(٢).

أما الشرط الثالث: فهو شرط عام، والمفترض في الحاضنة رعاية المحضون، وعدم إهانته بالعيش مع من يكرهه، ولكن إثبات ذلك يبقى وظيفة من يدّعيه، والبيئة على المدّعي، ويمتنع حق الحضانة بموانعه، ولا يسقط بالإسقاط، ويعود الحق بزوال المانع.

وأما الشرط الرابع: فالحضانة لا تختلف عن حق الإرضاع المذكور في

(١) قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٦٧ مادة (١٩١).

(٢) ينظر: قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٦٦ مادة (١٨٩)، ص/٢٩٦.

المادة (١٨٦) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، فإنه "يجب على الأم إرضاع ولدها إن لم يمكن تغذيته من غير لبنها"^(١)، وكذلك الحال للحاضنة؛ فإنها يجب عليها أن لا تمتنع عن إرضاع الطفل إذا كان المحضون محتاجاً للرّضاع، وكانت الحاضنة أهلاً لذلك وقادرة عليه.

وأما الشروط الخاصة بالرجال - زيادة على ما سبق ذكره من الشروط العامة - فهي:

١ - أن يكون محرماً للمحضون إذا كانت المحضونة أنثى مشتتة: فلا حضانة لابن العمّ لأنّه ليس محرماً، ولأنّه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها منه. فإن كانت المحضونة صغيرة لا تشتت، أو لا يخشى عليها كأن توضع المحضونة عند أمينة يختارها ابن العمّ؛ فلا تسقط حضانة ابن عمّها. وهذا شرط عند الشافعية والحنابلة. وأما الحنفية: فذهبوا إلى أن القاضي هو من يختار المرأة الأمينة لتكون المحضونة عندها إذا لم يكن ابن عمّها أصلح لها، وإلا أبقاها القاضي عنده، وعند المالكية يسقط حقّ الحضانة لغير المحرم.

٢ - يشترط المالكية لثبوت الحضانة للذكر أن يكون عنده من النساء من يصلح للحضانة كزوجة، أو أمّة، أو مستأجرة لذلك، أو متبرّعة، وإلا فالرجل لا يصلح للحضانة؛ لانشغاله بأمور المعاش؛ وقد يهمل الصغير الذي هو بحاجة لرعاية وصيانة.

وبهذين الشرطين أخذ المشرّع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية، فقال في المادة (١٩٠): "ب - يشترط في الحاضن أن يكون محرماً للأنثى، وعنده من يصلح للحضانة من النساء"^(٢)، وصرحت بذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع^(٣).

(١) قانون الأحوال الشخصية الكويتي/ ٦٥ مادة (١٨٦).

(٢) قانون الأحوال الشخصية الكويتي/ ٦٧ مادة (١٩٠).

(٣) ينظر: قانون الأحوال الشخصية الكويتي/ ٢٩٨.

وهذا الشرط الثاني داخل في شرط عام في الحاضن قد تقدم، وهو: قدرته على القيام بشؤون الصغير، أي: سواء أكان ذلك بنفسه، أم كان بمساعدة غيره له.

المطلب الخامس

انتهاء الحضانة

مما هو معروف عند الفقهاء أن الصغير مادام غير بالغ؛ فهو لا يُلحق بالبالغ في التكاليف الشرعية والتصرفات من الواجبات، أو المحرمات، أو الحدود، أو العقود، أو الفسوخ، أو الولايات.

ومن الأحكام: ما يُلحق فيه الصبي غير البالغ بالبالغ عند الجمهور؛ كزكاة ماله، وإتلافاته باعتبار ارتباط أحكام هذه المسائل بالشخص ارتباط السبب بمسببه، فمن أُلِفَ حقاً لغيره ضمنه، بغض النظر عن تكليفه أو عدم تكليفه، من باب الحكم الوضعي، لا التكليفي.

ومن الأحكام: ما لا يُلحق بالبالغ؛ كعدم تكليفه بالأحكام الشرعية من الواجبات والمحرمات والحدود والتصرفات؛ كالعقود والفسوخ والولايات^(١).

وحكى بعض الفقهاء - ممن يرى جواز تخيير المحضون - الإجماع على بعض المواضع التي يقبل فيها خبر المميّز مثل: الإنز في دخول البيت، وإيصال الهدية، واختياره أحد أبويه في الحضانة^(٢).

إلا أن هذه الدعوى يعارضها ما وقع في المسألة التي بين أيدينا من خلاف، فمن الفقهاء: من لا يجوز تخيير المميّز أصلاً؛ كما سيأتي بيانه، ويلزمه ألا يقبل خبر المميّز.

وقد اختلف الفقهاء المجوزون لتخيير المحضون في تحديد السن التي تنتهي فيها فترة الحضانة، ويكون عندها تخيير المحضون على قولين:

(١) ينظر: الأشباه والنظائر/٢٤٠ - ٢٤٤، المنشور في القواعد ٢/٢٩٥ - ٣٠٢.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر/٢٤٤.

الأول: أن الحضانة تنتهي في الصغير بالتمييز، وأما بعد التمييز: فتسمى تربيته كفالةً، وذلك حاصل بحفظه ومعاونته عند تمييزه، وقَبْلَ كمال قوته، ويكون ذلك ما بين سن السابعة والثامنة^(١).

والثاني: أن الحضانة تنتهي بالبلوغ، وتسمى تربيته قبل بلوغه حضانةً، سواء أكان الطفل مميزاً، أم كان غير مميز^(٢).

ولا يفهم من قول من لا يفرق بين تربية البالغ وغير البالغ تساوي الأمر عنده للبالغ وغير البالغ في كل شيء باعتبار اتحاد اسم الحضانة، بل الفقهاء يُفَرِّقون بينهما في بعض الأحكام الفقهية؛ كتعليم الغلام الصلاة، وأمره بها لسبع سنين، وضربه على تركها لعشرٍ، وغير ذلك مما يُكَلِّف به البالغ دون غير البالغ، ويطبق في حق المميز دون غير المميز.

وحقيقة التفريق بين الحضانة والكفالة أو عدم التفريق بينهما؛ لا يغير من حكم تخير المحضون عند من أجازاه، فالتخير ثابت عند أصحاب القولين، ويكون بالتمييز عندهم، ولا أثر لبلوغ المحضون مادام مميزاً قبل بلوغه.

وهذا ما رجّحه بعض العلماء من كون الخلاف لفظياً في هذه المسألة^(٣).

ومن المعلوم لدى المجوزين للتخير: وقوع التخير بعد تمييز الغلام، على خلاف بينهم في الجارية؛ ومدار التخير على التمييز و السنّ معاً.

وقد ضبطوا سن التمييز في باب الحضانة بما بين السابعة والثامنة من عُمر الطفل غالباً، فهي السنّ التي يأكل ويشرب ويستنجي فيها وحده، وهو الوقت الذي يحتاج فيه الصغير إلى التأديب وتهذيب الأخلاق والتعلم^(٤).

ولا يعني ذلك أن هذه السن محددة لا يتعداها، أو يُنقص منها، فَرُبَّمَا مَيَّزَ

(١) وهذا قول الماوردي؛ كما حكاه في الحاوي الكبير ١٥/١٠٠ - ١٠١.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٣/٤٥٢، حواشي الشرواني ٨/٣٥٣، ترشيح المستفيدين ٣٦١.

(٣) ينظر: حواشي الشرواني ٨/٣٥٣.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٤/٤٢، البناية في شرح الهداية ٥/٤٧٧ - ٤٧٨، حاشية ابن

عابدين ٥/٨، الحاوي الكبير ١٥/١٠٤، مغني المحتاج ٣/٤٥٦.

الطفل لنباهته وفطنته قبل سن السابعة، ولربما كان التمييز عنده متأخراً عن الثامنة لبلادته، فكان تخير المحضون عند تمييزه.

والمعتبر في هذا التمييز: أن يكون الطفل عارفاً بأسباب الاختيار، وذلك بأن يعرف الطفل كيف يختار بين أمه وأبيه، ويكون ذلك بمعرفة الأسباب الصحيحة في اختياره ذاك، فإن لم يميّز الطفل بين ما ينفعه في اختياره أو يضره إلى بلوغه كبيراً؛ كان مع أمه كحاله في زمن الحضانة، ويؤخره القاضي إلى إدراكه لتلك الأسباب، وهو أمر موكول إلى اجتهاد القاضي^(١).

قال الماوردي مؤكداً ذلك: "فإن كان [الطفل] فطناً نكياً؛ قُدّم في زمان الحضانة إذا بلغ خمساً أو ستاً، وإن كان بليداً ضعيف التخير؛ أُخر إلى زمان الكفالة إذا بلغ سبعاً أو ثمانياً"^(٢).

والحكمة من تخيير الطفل - عند من يقول به - عند بلوغه سنّ التمييز، بعدما كان في فترة ما قبل التمييز لا يستغني فيها عن رعاية أمّه الخاصة، ولا يكاد يقوم بها غيرها من الرجال هي: أن الصغير بعد سن التمييز يحتاج إلى رعاية عامة، قد يستوي في القدرة عليها كل من الأب والأم؛ بسبب قدرة الصغير المميز على الاستقلال بالكثير من شؤونه، لما فيه من طاقة وقوة عقلية في الجملة، فناسب ذلك أن يُعطى الخيار - عند من يقول بالتخير - بين أبويه، أو من يقوم مقامهما، يختار لنفسه ما شاء.

فنخلص مما سبق بيانه إلى أن شروط انتهاء الحضانة هي هي شروط المحضون عند القائلين بالتخير، فلا بد في المحضون عندهم إذا أردنا تخييره أن يكون مميّزاً بما يعقله أمثاله، وأن ينتهي إلى السنّ التي يستحق التخير فيها. فلو تخلف أحد الشرطين؛ لم يجز التخير، وبقي الطفل عند أمّه.

(١) ينظر: الحاوي الكبير ١٥/١٠٤ - ١٠٥، مغني المحتاج ٣/٤٥٦، حواشي الشرواني

٣٦٠/٨، ترشيح المستفيدين/٣٦١، ٣٦٢.

(٢) الحاوي الكبير ١٥/١١١.

المبحث الثاني

أقوال العلماء في تخيير المحضون ومنشأ الخلاف وأدلتهم ومناقشتها والترجيح

وفيه ستة مطالب :

الأول : أقوال العلماء في تخيير المحضون.

الثاني : منشأ الخلاف.

الثالث : أدلة المجيزين للتخيير مطلقاً، ومناقشتها.

الرابع : أدلة المجيزين لتخيير الغلام دون الجارية، ومناقشتها.

الخامس : أدلة المانعين من التخيير مطلقاً، ومناقشتها.

السادس : الترجيح.

المطلب الأول

أقوال العلماء في تخيير المحضون

هذه المسألة فيها ثلاثة أقوال مشهورة، مع اختلاف فيما يتفرع عنها بين العلماء، وسأذكر أصل كل قول مع الإشارة إلى بعض الفروق في الفروع فيها، حتى لا يُظن اتفاقهم في تلك الفروع، وذلك على النحو الآتي :

القول الأول: مشروعية تخيير الطفل المميز^(١) بما يعقله أمثاله إذا انتهى إلى السنّ التي يستحق التخيير فيها بين أبويه، سواء أكان ذكراً أم كان أنثى.

وهذا مذهب الشافعية^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد^(٣)، على اختلاف بينهما

(١) من غير تحديد سن للتخيير، وإنما يكون التخيير إذا بدأ الصغير بالأكل والشرب وحده.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٣/٤٥٦، ٤٥٨، حاشية البجيرمي ٤/١٢٥، ١٢٦، حواشي الشرواني ٨/٣٦٠، ٣٦٣.

(٣) ينظر: الإنصاف ٢٤/٤٩٢، زاد المعاد ٥/٤٦٧.

فيما لو اختار الطفل والديه، أو لم يختَر أحدهما؛ هل يُقَرع بينهما، أو تُقدّم الأم لشفقتها ؟

القول الثاني : مشروعية تخيير الغلام غير المعتوه بين أبويه إذا بلغ سبع سنين، دون الجارية، فإن لم يختَر أحدهما؛ أُقَرع بينهما.

وهذا قول الحنابلة في المعتمد من مذهبهم، على خلاف بينهم فيمن تكون عنده الجارية، والمعتمد أنها تكون عند الأب إذا بلغت سبع سنين، وهذا من مفردات مذهب الحنابلة، واختار بعضهم - وقوّاه ابن القيم - إمساك الجارية عند أمها إلى بلوغها عاقلة، ثم تكون عند أبيها بلا تخيير^(١).

القول الثالث : عدم مشروعية تخيير الطفل بين أبويه، ويبقى الطفل في حضانة أمه، مع اختلاف أصحاب هذا القول في مصير الطفل إلى أحد أبويه بعد سن التمييز.

وهذا مذهب الحنفية والمالكية والظاهرية^(٢)، وقول للحنابلة بأن يكون الطفل عند الأب مطلقاً^(٣).

وقد ذهب الحنفية إلى إبقاء الغلام مع الحاضنة حتى يستقل بنفسه في الأكل واللبس والاستنجاء، والجارية تبقى مع الحاضنة حتى تحيض، ثم يقوم الأب برعايتهما إن لم يخف الفساد عليهما بإبقائهما عنده مالم يتقدّم الصغار في السنّ، فيكون الخيار لهما أينما يريدان السّكن فيه^(٤).

(١) ينظر: المغني ١١/٤١٥، ٤١٨، الإنصاف ٢٤/٤٨٣، ٤٨٨، ٤٩٠، المبدع ٨/٢٣٧، ٢٣٩، زاد المعاد ٥/٤٧٣ وذكر أن الرواية الأخيرة هي الأشهر عن الإمام أحمد، وهي الأصح دليلاً.

(٢) ينظر: المبسوط ٥/٢٠٧، بدائع الصنائع ٤/٤٢، حاشية ابن عابدين ٣/٥٦٦، الشرح الصغير ٣/٦٣٢، ٦٣٣، كفاية الطالب الرباني ٣/٢٧٣، المحلى ١١/٧٤٢ مسألة (٢٠١٨).

(٣) ينظر: الإنصاف ٢٤/٤٨٥، زاد المعاد ٥/٤٦٧.

(٤) ينظر: المبسوط ٥/٢٠٧، ٢١٢، بدائع الصنائع ٤/٤٢ - ٤٣، حاشية ابن عابدين ٣/٥٦٦، ٥٦٨، ٥٦٩.

ونذهب المالكية والظاهرية، وهو أضعف الأقوال عند الحنابلة إلى أن الحضانة في الغلام والجارية من حق الأم، حتى البلوغ في الغلام والجارية عند الظاهرية وقول للحنابلة، وحتى الدخول بالفتاة بعد زواجها عند المالكية^(١)، وعلى رأي المالكية العمل في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (١٩٤) في أنه "تنتهي حضانة النساء للغلام بالبلوغ، وللأنثى بزواجها ودخول الزوج بها"^(٢).

المطلب الثاني

منشأ الخلاف

من خلال تتبع أطراف مسألة تخيير المحضون في كتب أهل العلم؛ تبين لي أن أسباب اختلاف العلماء فيها نابع من عدة أمور، بعضها أوضح من غيره، ويمكن بيان منشأ الخلاف فيها فيما يلي:

١ - اختلاف الفقهاء في وصف الذكورة وتأثيره في تخيير المحضون، أو عدم تأثيره. فمن رأى من الفقهاء عَدَمَ التأثير؛ خَيَّرَ المحضون مطلقاً، ومن رأى تأثير وصف الذكورة؛ منع من التخيير مطلقاً، أو منع من التخيير في حق الأنثى فقط^(٣).

يوضح ذلك ابن القيم قائلًا: "لا ريب أن من الأحكام: ما يكفي فيها وصف الذكورة، أو وصف الأنوثة قطعاً، ومنها: ما لا يكفي فيه، بل يُعتبر فيه إما: هذا، وإما: هذا، فيُلغى الوصف في كل حكم تعلق بالنوع الإنساني المشترك بين الأفراد، ويُعتبر وصف الذكورة في كل موضع كان له تأثير فيه؛ كالشهادة والميراث والولاية في النكاح، ويُعتبر وصف

(١) ينظر: الشرح الصغير ٦٣٣/٣، حاشية الصاوي ٦٣٣/٣، الإنصاف ٤٨٥/٢٤، المحلى ٧٤٢/١١ مسألة (٢٠١٨).

(٢) قانون الأحوال الشخصية الكويتي/٦٨ مادة (١٩٤)، وأكدت المذكرة الإيضاحية ذلك في ص/٣٠١.

(٣) ينظر: مغني المحتاج ٤٥٧/٣.

الأنوثة في كل موضع يختص بالإناث، أو يُقدَّمَن فيه على الذكور؛ كالحضانة، إذا استوى في الدرجة الذكر والأنثى قدمت الأنثى.

بقي النظر فيما نحن فيه من شأن التخيير؛ هل لوصف الذكورة تأثير في ذلك فيلحق بالقسم الذي تعتبر فيه، أو لا تأثير له فيلحق بالقسم الذي يلغى فيه؟

ولا سبيل إلى جعلها من القسم المُلغى فيه وصف الذكورة؛ لأن التخيير هاهنا تخيير شهوة، لا تخيير رأي ومصلة، ولهذا إذا اختار غير مَنْ اختاره أولاً؛ نُقِلَ إليه^(١).

٢ - من رأى جواز تخيير المميّز فذاك لاستناده إلى بعض الأحاديث المجوزة للتخيير، ومن منع من ذلك فلعدم صحة شيء من تلك الأحاديث لديه.

والأمر نفسه يقال بأحقية الأم لحضانة أبنائها الصغار ما لم تنكح زوجاً غير والد الطفل، من حيث ثبوت الحديث في ذلك، أو عدم صحته^(٢).

٣ - بقاء النفقة على البنت البالغة، أو سقوط تلك النفقة عنها من قبل والدها؛ سبَّبَ اختلاف الفقهاء في مشروعية تخيير البنت أو منعه؛ مما ترتب عليه بقاء الكفالة على البنت بعد البلوغ حتى تتزوج، باعتبار أن الزوج يجب عليه الإنفاق عليها، أو عدم وجوب النفقة على البنت البالغة من قبل أبيها؛ لسقوط الكفالة بالبلوغ^(٣).

المطلب الثالث

أدلة المجيزين للتخيير مطلقاً، ومناقشتها

لأصحاب هذا القول أدلة من السنة النبوية، وآثار عن الصحابة رضي الله عنهم؛ سأوردها كما يلي :

(١) زاد المعاد ٥/٤٧١.

(٢) ينظر: بداية المجتهد ٢/٤٣.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير ١٥/١٠٣.

الدليل الأول: أورد أصحاب السنن عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت له: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عنبّة، وقد نفعتني. فقال رسول الله ﷺ: (استهما عليه)، فقال زوجها: مَنْ يُحَاقُّني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: (هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت)، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به^(١).

وجه الدلالة من الحديث ظاهر، فقد خير النبي ﷺ الغلام بين أبويه، ولم يلحقه بأحدهما ابتداءً من غير تخير^(٢).

إلا أن الاستدلال بهذا الحديث قد نوقش من عدة وجوه:

١ - أن هذا الحديث مطلق، لا تقييد فيه، والمجوزون للتخير يقيدون تخيير الغلام بسن معينة دون البلوغ، والحديث لا يدل على ذلك، والأولى حمله على تخيير الغلام إذا بلغ، وذلك لأمر:

(١) رواه أبوداود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، بلفظه، (٢٢٧١)،
ورواه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في تخيير الغلام ...، بنحوه، (١٣٥٧)،
وقال: حسن صحيح،
ورواه النسائي، كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخير الولد، بمعناه، (٣٤٩٦)،
ورواه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه، بنحوه، (٢٣٥١)،
ورواه سعيد بن منصور في سننه ١١٠/٢ (٢٢٧٥)، وعبدالرزاق في مصنفه ١٥٧/٧
(١٢٦١١)، (١٥٨/٧) (١٢٦١٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه ١٧٣/١٠ (١٩٤٦٢)، وفي
٣٣/١٥ (٢٩٦٧٠) من طريق ابن عليّ عن عثمان البتيّ عن عبد الحميد بن سلمة عن
أبيه عن جده، ورواه أحمد في المسند ٣٠٧/١٢ (٧٣٥٢) ورجاله ثقات، ٤٨٠/١٥
(٩٧٧١)، كما رواه الحاكم في المستدرک ٢٠٦/٢، ٩٧/٤ وصححه ووافقه الذهبي في
التلخيص، ورواه البيهقي في السنن الكبرى ٣/٨. قال ابن القطان: هذا الحديث يرويه
هلال بن أسامة عن أبي ميمونة، سلمى: رجل صدق، مولى من أهل المدينة، عن أبي
هريرة. وأبو ميمونة هذا ليس مجهولاً، فقد كناه هلال بن أسامة بأبي ميمونة، وسماه:
سلمى، وذكر أنه مولى من أهل المدينة، ووصفه بأنه رجل صدق. وهذا القدر كاف في
الراوي حتى يتبين خلافه. وأيضاً فقد روى عن أبي ميمونة المذكور أبو النضر، قاله أبو
حاتم، وروى عنه يحيى بن أبي كثير هذا الحديث نفسه، كما رواه ابن أبي شيبة في
مسنده ...، قال ابن القطان: فجاء من هذا جودة الحديث وصحته.

ينظر: نصب الراية ٣/٢٦٩، التلخيص الحبير ٤/١٢.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ١٥/١٠١، حاشية البجيرمي ٤/١٢٥، المغني ١١/٤١٥.

أ - أن الطفل عند البلوغ يعتد بقوله؛ لأنه يكون له اختيار معتبر، فأما قبل بلوغه : فقد اتفق جميع الفقهاء على أنه لا اعتبار لاختياره في سائر حقوقه، فيقاس عليه قوله في اختياره أحد الأبوين^(١).

ب - أن أم الغلام ذكرت أنها تنتفع من ابنها في مهامها وحوائجها، فالغلام يأتيها بالماء من بئر أبي عنبه، وهي بئر تقع على بعد أميال من المدينة المنورة، ولا يُتصور أن صبيّاً غير بالغ يصل إليها لينقل الماء إليها^(٢).

ج - أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه خير غلاماً بين أم الغلام وعمّه، وقال لأخي الغلام: "وأخوك هذا إذا بلغ ما بلغت خير كما خُيرت"^(٣)، أي: أنه ما خير الأول إلا وهو بالغ، ويجوز في لغة العرب تسمية البالغ غلاماً^(٤).

٢ - ثم إن تنزلنا معكم وقلنا: إن الحديث يدل على التخيير بالنسبة للغلام، سواء أدل على البلوغ أم لم يدل عليه؛ فهو كذلك لا ينفي البلوغ أيضاً، والأولى حمله على البلوغ؛ جمعاً بين النصوص الشرعية المتعارضة.

٣ - أن الحادثة المذكورة تعد واقعة عين، لا يصح الاستدلال بعمومها على التخيير^(٥).

وقد أجيّب عن هذه المناقشة بما يلي:

١ - حمل سن الغلام على الغلام البالغ مردود بدلالة اللغة؛ لأن الغلام في

(١) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٤٠٦/١.

(٢) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٤٠٦/١، بدائع الصنائع ٤٤٤/٤.

(٣) رواه عبدالرزاق في المصنف ١٥٦/٧ (١٢٦٠٩) وابن أبي شيبة في مصنفه ١٠/١٧٥ (١٩٤٦٨)، وسعيد بن منصور في سننه ١١١/٢ (٢٢٧٩)، والبيهقي في السنن الكبرى ٤/٨. والحديث في إسناده: عمارة الجرمي، وهو مجهول العين؛ كما ذكره ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل من غير جرح فيه، ولم يرو عن عمارة هذا غير يونس بن عبدالله الجرمي، ولم يوثقه أحد.

ينظر: الجرح والتعديل ٣٦٥/٦، تعجيل المنفعة ٢٩٥.

(٤) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ٤٠٦/١، بدائع الصنائع ٤٤٤/٤.

(٥) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٦/٣٤، زاد المعاد ٤٧٦/٥.

لغة العرب يطلق على الصبي من حين يولد على اختلاف حالاته إلى أن يبلغ، سواء أكان مميزاً، أم لم يكن مميزاً^(١)، والأصل في الكلام حمله على الحقيقة، مالم يتعذر ذلك، وهنا لا امتناع من حمله على حقيقته، وحمله على البالغ إخراج للفظ عن حقيقته إلى مجازه بغير موجب، ولا قرينة صارفة^(٢).

٢ - ثم إن الغلام لو كان بالغاً فلا حضانة عليه أصلاً؛ لقيامه بشؤون نفسه، ولا حاجة له بمن يحفظه ويقوم بالإشراف عليه، وإنما الحضانة تكون للصغير غير البالغ، ولا يتصور عاقل حصول التخيير لإنسان عاقل كبير بعد بلوغه^(٣).

٣ - ثم إن الغلام لو كان بالغاً لما احتاج إلى التخيير بين أبويه فقط، ولخيرّه النبي ﷺ بين الاستقلال بنفسه وبين بقاءه مع أحد أبويه إن أراد ذلك؛ إذ تخيير البالغ أمر مستهجن شرعاً وعرفاً وعادة. فظاهر هذا الحديث نصٌ في محل النزاع، والتخيير إنما كان لغلام دون سن البلوغ^(٤).

٤ - أن حمل الحديث على تخيير البالغ مردود بفعل كثير من الصحابة الكرام رضي الله عنهم، الذين ورد عنهم تخيير الطفل عند سن السابعة، وهي سن التمييز لدى الطفل، كما أن الشارع الحكيم قد وجّه إلى أمر الأبناء بالصلاة لسبع، وضربهم على تركها لعشر، فخالف في حكمه بين ما قبل السابعة وما بعدها، فوجب أن يكون حكمه في حضانة الولد بعد السبع مخالفاً لحكمه قبلها، ولا وجه للمخالفة إلا بالتخيير^(٥).

٥ - أما الاعتراض بسقي الغلام لأمه من بئر أبي عتبة، وأنها على بعد أميال من المدينة المنورة، وأنه لا يطيق ذلك إلا من كان بالغاً من الصبيان:

(١) ينظر: تاج العروس ١٧٦/٣٣ مادة (غ ل م)، الكليات ٣/٣١١، تهذيب الأسماء واللغات ٦٢/٤.

(٢) ينظر: حاشية البجيرمي ١٢٥/٤، زاد المعاد ٤٧٨/٥.

(٣) ينظر: زاد المعاد ٤٧٨/٥.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير ١٠٢/١٥، زاد المعاد ٤٧٨/٥.

(٥) ينظر: الحاوي الكبير ١٠٢/١٥.

فغير صحيح؛ لأن البئر المذكورة لا تبعد إلا ميلاً واحداً عن المدينة المنورة^(١)، ولربما كان منزل المرأة على مقربة من البئر، إضافة إلى أن أبناء البادية يستقون الماء وهم دون البلوغ؛ لما فيهم من القوة^(٢).

٦ - أن الواقعة وإن كانت واقعة عين؛ فالعبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب، مع مراعاة ما جاء في الأدلة الأخرى من تقييد لشروط الحاضن.

الدليل الثاني: عن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري عن أبيه عن جده، أن جده أسلم، وأبّت امرأته أن تُسلم، فجاء ابنٌ لهما صغير، لم يبلغ الحلم. قال: فأجلس النبي ﷺ الأب ههنا، والأم ههنا، ثم خيرَه، وقال: (اللهم اهده)، فذهب إلى أبيه^(٣).

وقد نوقش هذا الدليل بما يلي:

١ - ضعف الحديث: كما نقل عن ابن المنذر وغيره^(٤).

-
- (١) ينظر: معجم البلدان ٣٠١/١، تهذيب الأسماء واللغات ٣/٣٦.
 (٢) ينظر: زاد المعاد ٥/٤٧٨.
 (٣) رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الزوجين مع من يكون الولد، بنحوه، (٢٢٣٨)،
 ورواه النسائي، كتاب الطلاق، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، بلفظه، (٣٤٩٥)،
 ورواه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه، بمعناه، (٢٣٥٢)،
 ورواه سعيد بن منصور في سننه ١١٠/٢ (٢٢٧٦)، وأحمد في المسند ١٦٦/٣٩ - ١٦٨ (٢٣٧٥٥ - ٢٣٧٥٧)، ١٧٠/٣٩ (٢٣٧٥٩) وعلق المحققون بصحة إسناد الحديث في المواضع السابقة، والدارقطني ٢٦/٤ (٣٩٧٢)، (٣٩٧٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ٣/٨، وضعف الحديث ابن حزم في المحلى ٧٤٩/١١ مسألة (٢٠١٨).
 والحديث من رواية عبد الحميد بن سلمة فيه اضطراب كثير في متنه، فتارة يصرح بأن الصبي غلام، وهو الذي صححه ابن الجوزي، وفي روايات أن المخير جارية، وتارة يصرح في الحديث بالتحديث، وأحياناً يروى بالعنعنة، ولذلك ضعفه ابن المنذر بقوله: لا يثبت أهل النقل، وفي إسناده مقال. ثم إن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري مجهول العين، وأباه وجده لا يعرفان. بخلاف سند الحديث الذي هو من رواية عبد الحميد بن جعفر، فقد نقل توثيقه عن أكثر من واحد من أهل العلم.
 وانظر: التلخيص الحبير ١١/٤، نصب الراية ٣/٢٧١، الجوهر النقي ٤/٨.
 (٤) ينظر: المغني ١١/٤١٣، زاد المعاد ٥/٤٦٠، ٤٧٠.

٢ - اضطراب متن الحديث من وجوه عدة، فقد ورد في بعض الروايات أن الغلام كان فطيماً^(١)، ومعلوم - في اللغة - أن الفطيم من كان دون الحولين من عمره^(٢)، وليس هذا سن التخيير عند أحد من العلماء؛ لانعدام الإدراك والأهلية لدى الطفل الفطيم^(٣).

٣ - كما ورد الاضطراب في بعض الروايات من كون التخيير وقع لجارية^(٤)؛ كما جاء ذلك عن عبد الحميد بن جعفر قال: أخبرني أبي عن جدي رافع ابن سنان أنه أسلم، وأبّت امرأته أن تُسَلِّمَ، فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي وهي فطيمٌ أو شُبْهَةٌ، وقال رافع: ابنتي، فقال له النبي ﷺ: (أَقْعِدْ نَاحِيَةً)، وقال لها: (اقْعُدِي نَاحِيَةً)، وَأَقْعِدِ الصَّبِيَّةَ بينهما، ثم قال ﷺ: (أَدْعُواهَا)، فمالت الصبيّة إلى أمها، فقال النبي ﷺ: (اللهم اهْدِهَا)، فمالت إلى أبيها، فأخذها^(٥).

٤ - أن النبي ﷺ رَغِبَ الأبوين بالاستهتام على المحضون، لا باعتبار أن القرعة تُعَدُّ حجة شرعية هنا، بل بموافقة الأبوين؛ لارتفاع التنازع بينهما بطريق التفاهم، وهو أفضل لهما وللمحضون بلا شك^(٦).

٥ - أن التخيير في هذا الحديث حاصل بين أبوين؛ مسلم وكافر، والكافر ليس من أهل الحضانة عند القائلين بالتخيير، فلا يجوز التخيير عندهم حينئذ، بل يسقط حق الكافر في الحضانة عندهم، وهم لا يقولون بموجبه، فكان ذلك إبطالاً لأصلهم المجوّز للتخيير^(٧).

(١) رواها البيهقي في السنن الكبرى ٣/٨.

(٢) ينظر: لسان العرب ٤٥٤/١٢ مادة (فطم)، تاج العروس ٢٠٩/٣٣ مادة (ف ط م).

(٣) ينظر: المغني ٤١٣/١١، زاد المعاد ٤٧٠/٥.

(٤) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٦/٣٤ وضعف رواية تخيير الجارية، زاد المعاد ٤٦٠/٥، ٤٧٠ ونقل ابن القيم ترجيح ابن الجوزي لكون المخير غلاماً.

(٥) هي رواية أبي داود (٢٢٣٨)، والدارقطني (٣٩٧٢)، (٣٩٧٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ٣/٨ من طريق عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان.

(٦) ينظر: إعلاء السنن ٢٧٠/١١، الجواهر النقي ٤/٨.

(٧) ينظر: زاد المعاد ٤٧١/٥، الجواهر النقي ٤/٨.

قلتُ: يمكن أن يجاب عن تضعيف الحديث بأنه ورد في بعض طرقه بأسانيد يمكن الاحتجاج بها، وذلك من طريق عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان، وعبد الحميد هذا وإن اختلف العلماء في توثيقه وتضعيفه؛ إلا أنه يصلح للاحتجاج بحديثه؛ لأن من ضعفه كالثوري فلأجل مذهبه، وضعفه يحيى بن سعيد القطان مرّة، ووثّقه أخرى، والأكثر من على توثيقه؛ كابن معين وأحمد وأبي حاتم والنسائي وغيرهم، فحديثه لا يخرج عن درجة الحسن^(١).

ثم إن النبي ﷺ أراد أن يُقرعَ بين الأبوين، لكنه ﷺ لما رأى تنازعهما في الولد، وخشية اتهام الحكم من قبل الأم غير المسلمة؛ ترك الاختيار للجارية.

ثم إن الاستدلال بالحديث وإن لم يصلح للقائلين بالتخيير مطلقاً لعدم قولهم بالتخيير بين المسلم والكافر في تولي الحضانة على الصغير؛ إلا أنه يؤيد مشروعية التخيير مطلقاً في الجملة.

الدليل الثالث: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه امرأته الأنصارية أمّ ابنه عاصم، فلقبها تحمله بمحسر^(٢)، وقد فطم ومشى، فأخذ بيده لينتزعها منها، ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى، وقال: أنا أحق بابني منك. فاختصما إلى أبي بكر رضي الله عنه فقاضى لها به، وقال: "ريحها وحرّها وفرشها خير له منك حتى يشبّ، ويختار لنفسه"^(٣).

(١) ينظر: الجرح والتعديل ١٠/٦، تهذيب التهذيب ١١١/٦.

(٢) محسر: سوق بين قباء و الحديبية، كما جاء ذكره في الأثر نفسه.

(٣) رواه عبد الرزاق في المصنف ١٥٤/٧ (١٢٦٠١) من رواية عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما، ومعلوم أن عطاء لم يلق ابن عباس كما في تهذيب التهذيب ٢١٣/٧، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ١٧٠/١٠ (١٩٤٥٥) من طريق مروان بن معاوية عن عاصم عن عكرمة، وفي ١٧٣/١٠ (١٩٤٦٣) من طريق حفص عن مجالد عن الشعبي، وفي ١٧٣/١٠ (١٩٤٦٤) من طريق محمد بن بسر عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن ابن المسيب، ورواه مالك في الموطأ ٧٦٧/٢ كتاب الوصية، باب من أحق بالولد، ورجاله ثقات، إلا أن سنده من طريق القاسم بن محمد بن أبي بكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والقاسم لم يدرك ابن الخطاب، ورواه سعيد بن منصور في سننه ١٠٩/٢ (٢٢٦٩ - ٢٢٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٨ وزاد: (لا توله والدة عن ولدها).

وجه الدلالة في الأثر من وجهين :

١ - أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه حكم بالغلام لأمه حين لم يكن له تمييز، حتى يشبَّ فيتخير، وذلك يكون بالتمييز، ومعلوم أن أبا بكر رضي الله عنه لا يقضي بمثل هذا بمجرد الرأي، وإلا لاعترض عليه عمر رضي الله عنه في قضائه، فكان ذلك بمثابة المرفوع^(١).

٢ - أن قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه يُعَدُّ قول صحابي، وقد احتج بقول الصحابي كثير من العلماء، كما هو معروف في أصول الفقه.

وقد يعترض على هذا الدليل بأنه قول صحابي، وفي الاحتجاج بقوله خلاف.

ويجاب: بالمنع؛ إذ قول الصحابي حجة عند كثير من الأصوليين، ولا سيما إذا كان من الخلفاء الأربعة.

ثم إن هذا القول من أبي بكر الصديق رضي الله عنه لم يرد ما يعارضه من صحابي آخر، وقد شاع وانتشر بينهم، مع مضي زمن للتأمل، فكان بمثابة الإجماع السكوتي.

الدليل الرابع: عن عبدالرحمن بن غنم: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خَيْرَ غلاماً بين أبيه وبين أمه، وفي رواية قال رضي الله عنه: "هو مع أمه حتى يُعَرَّبَ عنه لسانه فيختار"، وفي أخرى قال رضي الله عنه ليتيم اختار أمه على عمه: "جَدَّبُ أَمَّكَ خَيْرٌ مِنْ خَصْبِ عَمِّكَ"^(٢).

وقد يعترض على هذا الدليل بأنه قول صحابي، وفي الاحتجاج بقوله خلاف.

(١) ينظر: زاد المعاد ٥/٤٦٥.

(٢) رواه عبدالرزاق في المصنف ١٥٦/٧ (١٢٦٠٦)، وابن أبي شيبة في مصنفه ١٧١/١٠ (١٩٤٥٦)، وسعيد بن منصور في سننه ١١٠/٢ (٢٢٧٧)، ٢/١١١ (٢٢٧٨)، والبيهقي في السنن الكبرى ٤/٨، رجاله عندهم رجال الصحيح.

ويجاب: بالمنع؛ إذ قول الصحابي حجة عند كثير من الأصوليين، ولا سيما إذا كان من الخلفاء الأربعة.

ثم إن هذا القول من عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يرد ما يعارضه من صحابي آخر، وقد شاع وانتشر بينهم، مع مضي زمن للتأمل، فكان بمثابة الإجماع السكوتي.

الدليل الخامس: عن عمارة الجرمي أنه تخاصمت فيه أمه وعمه إلى علي ابن أبي طالب رضي الله عنه. قال: فجاء عمي وأمي، فأرسلوني إلى علي رضي الله عنه فجاء، فقصوا عليه، فقال: "أمك أحب إليك أم عمك؟"، قلت: بل أمي، ثلاث مرات، وكانوا يستحبون الثلاث في كل شيء، فقال: "أنت مع أمك، وأخوك هذا إذا بلغ ما بلغت خَيْرٌ كما خَيْرْتُ"، قال: وأنا غلام^(١).

وقد يعترض على هذا الدليل بأنه قول صحابي، وفي الاحتجاج بقوله خلاف.

ويجاب: بالمنع؛ إذ قول الصحابي حجة عند كثير من الأصوليين، ولا سيما إذا كان من الخلفاء الأربعة.

ثم إن هذا القول من علي بن أبي طالب رضي الله عنه لم يرد ما يعارضه من صحابي آخر، وقد شاع وانتشر بينهم، مع مضي زمن للتأمل، فكان بمثابة الإجماع السكوتي؛ كما قيل في جواب الدليلين السابقين.

الدليل السادس: عن أبي ميمونة سلمى - مولى من أهل المدينة، رجُلٌ صدقٌ - قال: بينما أنا جالس مع أبي هريرة رضي الله عنه جاءته امرأة فارسية معها ابنٌ لها فادّعياء، وقد طلقها زوجها، فقالت: يا أبا هريرة! - رطنت بالفارسية -: زوجي يريد أن يذهب بابني! فقال أبو هريرة رضي الله عنه: "استهما عليه"^(٢).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) هذا الأثر طرف من حديث مرفوع نفسه، وقد تقدم تخريجه، وهو أول دليل للمجيزين مطلقاً.

وقد يعترض على هذا الدليل بأنه قول صحابي، وفي الاحتجاج بقوله خلاف.

ويجاب: بالمنع؛ إذ قول الصحابي حجة عند كثير من الأصوليين، وأبوهريرة رضي الله عنه يُعدُّ من فقهاء الصحابة رضي الله عنهم عند جمهور الأصوليين، وبعض محققي الحنفية، خلافاً للمشهور في مذهبهم^(١).

الدليل السابع: أن الصحابة رضي الله عنهم لم ينكروا على من قام بتخيير المحضون؛ كأبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم، وهي قضية اجتهادية، لم يرد في الفصل فيها نص صحيح صريح عن النبي ﷺ، وقد اشتهر قول أولئك الصحابة القائلين بالتخيير، ولم يرد إنكار عليهم من مجتهدين آخرين، مع وجود الزمن الكافي للمعترض لو أراد الاعتراض على فتاويهم تلك، فكان إجماعاً سكوتياً على مشروعية التخيير للمحضون إذا بلغ^(٢).

قال ابن قدامة بعدما أورد آثاراً عن بعض الصحابة رضي الله عنهم في مشروعية التخيير: "وهذه قصص في مظنة الشهرة، ولم تُنكر، فكانت إجماعاً"^(٣).

وقد يعترض على هذا الدليل بعدم حجية الإجماع السكوتي.

فيجاب: بكون الإجماع السكوتي يُعدُّ إجماعاً صحيحاً، وهو حجة ظنية عند كثير من العلماء^(٤).

(١) حيث كان يفتي في عهدهم؛ كما حققه عبدالعزيز البخاري في كشف الأسرار ٧٠٨/٢، والكمال بن الهمام في التحرير ٥٣/٣، وابن عبدالشكور البهاري فواتح الرحموت ١٧٧/٢، خلافاً لغيرهم من الحنفية إذ يجعلون أبا هريرة رضي الله عنه من طبقة المعروفين غير الفقهاء.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ١٠٢/١٥، المغني ٤١٥/١١.

(٣) المغني ٤١٦/١١.

(٤) ينظر: تيسير التحرير ٢٤٦/٣، فواتح الرحموت ٢٣٢/٢، إحكام الفصول ٤٠٧/٤، الإحكام للآمدي ٢٥٢/١، نهاية الوصول ٢٥٦٨/٦، البحر المحيط ٤٩٥/٤، القواعد والفوائد الأصولية/٢٩٥.

الدليل الثامن: أن المقدم فيمن يحتضن الولد إنما هو باعتبار حَقِّ الولد، ومناطق ذلك الشفقة، فمن كان أشفق بالولد؛ ألحق به. ومن المسلم به أن الأم أكثر شفقة بالأبناء، إلى أن يبلغ الولد سنّاً يعرب فيها عن نفسه، ويميز بين الإكرام وغيره. وإنما قيّدناه بتمييزه في سن السابعة؛ لأنها أول حالٍ أَمَرَ الشرعُ فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة، ولأن الأم قُدّمت في حال الصغر لحاجة الصغير إلى حمله ومباشرة خدمته، باعتبار معرفتها بذلك وقيامها به، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه؛ لقربهما منه، فحينئذٍ يخير بين أبويه؛ لأنه لن يختار لنفسه إلا من كان أشفق عليه، فكان رأيه مقدماً لذلك من خلال التخيير^(١).

المطلب الرابع

أدلة المجيزين لتخيير الغلام دون الجارية، ومناقشتها

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: جميع ما تقدم من الأدلة الستة الأولى في المطلب السابق، مما يجيز التخيير إنما ورد في حق الغلام، دون الجارية، فلذلك لا يُتعدّاها، ولا يقاس عليها للفارق بين الغلام والجارية في التخيير، من حيث إن الغلام لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجة الجارية إليه، ولا اعتبار لسِنِّ البلوغ في الجارية في قضية تخييرها بين أبويها، وإنما هذه السنُّ معتبرة فقط في الجارية في إذنّها وتوكيلها وإقرارها واختيارها^(٢).

وقد نوقش هذا الدليل بأن وصف الذكورية في الحديث غير معتبر، ومن ثمّ فلا فرق بين الغلام والجارية في التخيير؛ لأن ما وقع فيها إنما هو واقعة عين، فلا يَتمسك بظاهرها، بل يَتعدّاها الحكم؛ إذ لا أثر للتفريق بين نوع الطفل في التخيير. ونظير ذلك مما لا تأثير له في الحكم؛ قول النبي ﷺ: (مَنْ أدرك

(١) ينظر: المغني ١١/٤١٦.

(٢) ينظر: المبدع ٨/٢٣٩، المغني ١١/٤١٨.

ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلَسَ ...) ^(١)، وقوله ﷺ : (مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ فِي عَبْد ...) ^(٢)، فلفظ "رجل"، و "عبد" في الحديثين لا تأثير لهما في الحكم، بل لو وجد الشخص متاعه عند امرأة قد أفلست، أو أعتق أمةً مشتركةً بينه وبين غيره؛ لكان له حق في ذلك. وحديث الحضانة أولى بعدم اشتراط الذكورية فيه؛ لأن لفظ "الصبي" ليس من كلام النبي ﷺ أصلاً، وإنما حكاة الصحابي في تلك القصة، وأنها كانت في صبي، فإذا نُقِّحَ المناط في أحاديث الحضانة؛ تبين أنه لا تأثير للذكورة فيها في شيء ^(٣).

وأجيب بأن إلغاء وصف الذكورية في بعض أحكام الشرع لا يقتضي إلغاءه في جميع الأحكام الشرعية، فمتى ما كان للوصف الذي قُيِّدَ به الحكم أثرٌ في الحكم؛ كان هذا الوصف معتبراً - كما سنبينه في الدليل القادم -، فلم يمكن إلغاؤه، ومالم يكن له تأثير في الحكم؛ فهو كما ذكرتم لا اعتبار له ^(٤).

الدليل الثاني: أن هناك فرقاً كبيراً بين تخيير الغلام والجارية، لا يمكن من خلاله إلغاء وصف الذكورية، فالتخيير هاهنا تخيير شهوة، لا تخيير رأي ومصلحة، ولهذا إذا اختار الغلام غيرَ من اختاره أولاً؛ فإنه ينقل إليه. فلو كان التخيير في الجارية أيضاً؛ لأفضى ذلك إلى أن تكونَ عند الأب تارةً، وعند الأم أخرى؛ لجواز أن تنتقل إلى من شاءت منهما كلما أرادت الانتقال، وذلك عكس ما شرع ديننا للإناث من لزوم البيوت، وعدم البروز، ولزوم الخدور وراء الستور. فلهذا لا يليقُ بأن تمكن البنت من مخالفة مقصد الشارع في قضية جوهرية مثل هذه ^(٥).

(١) رواه البخاري، كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض ...، بلفظه، (٢٤٠٢).

(٢) رواه البخاري، كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء، (٢٥٢٢)، ورواه مسلم، كتاب الأيمان، باب من أعتق شِرْكَاً له في عبد، (٤٣٢٥).

(٣) ينظر: مغني المحتاج ٣/٤٥٦، حاشية البجيرمي ٤/١٢٥، حواشي الشرواني ٨/٣٦٠، زاد المعاد ٥/٤٧٠.

(٤) ينظر: المبدع ٨/٢٣٩.

(٥) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤/١١٦، ١٢١ - ١٢٢، زاد المعاد ٥/٤٧١ - ٤٧٢.

ويمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين :

١ - أنه لا يصح التفريق بين الصبي والجارية في التخيير للاعتبار المذكور أعلاه، فكما يعتبر التخيير لمصلحة الصبي بناءً على إرادته الكاملة المنبثقة من حريته في البقاء مع أمه أو أبيه، فكذلك لا يختلف الحال للجارية ؛ إذ اختيارها ينبع من إرادتها الخاصة في البقاء مع أمها أو أبيها، وماكان من جواب لكم؛ فهو جواب لنا.

٢ - أن هذا التعليل المذكور في الدليل يعتمد في حقيقته على سد الذرائع، وهذا التخيير وسيلةً أعطاهها الشرع للأبناء بعد تمييزهم، وليست هذه الوسيلة مما يُتوصل بها إلى المحرم غالباً حتى نسدها، ولا هي موصلة إلى المحرم أحياناً كثيرة فنمنع منها، بل هي من نوع الوسائل التي قد توصل نادراً إلى المحرم، والعلماء متفقون على عدم سد هذا النوع من الذرائع^(١)، فكُم من جارية بعد اختيارها لأحد أبويها لزم بيتها، فلم تبرُز منه إلا لحاجتها، ومتى ما أرادت تغيير الحاضن لها؛ انتقلت إليه وهي مستورة في جدرها، فلم نخالف بتخيير الجارية مقصد الشارع في لزوم البيوت، وعدم البروز، ولزوم الخدور وراء الستور.

الدليل الثالث: وهو توجيه من أصحاب هذا القول للإجماع السكوتي المحكي في أدلة الفريق الأول، قالوا: إن التخيير ثبت عن النبي ﷺ في الغلام دون الجارية؛ كما جاء ذلك في حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وثبت مثله عن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وغيرهم من الصحابة الكرام، ولم يُعرف لهم مخالف من الصحابة رضي الله عنهم، ولا أنكره منكر منهم، "وهذا غاية في العدل الممكن، فإنَّ الأمَّ إنما قُدِّمَتْ في حال الصغر؛ لحاجة الولد إلى التربية والحمل والرضاع والمداواة التي لا تنتهي لغير النساء، وإلا فالأمُّ أحد الأبوين، فكيف تُقدِّم عليه؟ فإذا بلغ الغلام حداً يُعربُ فيه عن نفسه، ويستغني عن الحمل والوضع وما تُعانيه النساء ؛ تساوى الأبوان، وزال السبب الموجب لتقديم

(١) ينظر: الفروق ٣٢/٢، ٢٦٦/٣، الموافقات ٣٩٠/٢، البحر المحيط ٨٣/٦، إعلام الموقعين ٢٤١/٣.

الأم، والأبوان متساويان فيه، فلا يقدم أحدهما إلا بمرجّح، والمرجّح إما: من خارج، وإما: من جهة الولد، وهو اختياره. وقد جاءت السنّة بهذا وهذا، وقد جمعها حديث أبي هريرة [رضي الله عنه]، فاعتبرناهما جميعاً، ولم ندفع أحدهما بالآخر، وقدمنا ما قدّمه النبي ﷺ، وأخّرنا ما أخّره، فقدم التخيير؛ لأن القرعة إنما يُصار إليها إذا تساوت الحقوق من كل وجه، ولم يبقَ مرجّح سواها. وهكذا فعلنا هاهنا، قدّمنا أحدهما بالاختيار، فإن لم يختَر، أو اختارهما جميعاً؛ عدّلنا إلى القرعة. فهذا لو لم يكن فيه موافقة السنّة؛ لكان من أحسن الأحكام^(١)، وأعدّلها، وأقطعها للنزاع بتراضي المتنازعين^(٢).

ويناقش هذا الاستدلال من وجهين:

١ - أن قضية الإجماع السكوتي ثابتة، بلا تفريق بين صبي وجارية في تخيير المحضون إذا ميّز، فلا يصح توجيهها بخلاف ما ثبتت عليه.

٢ - أن الحديث قدّم فيه النبي ﷺ القرعة على اختيار الغلام، وهذا أولى من عكسه؛ لأن القرعة تُعدُّ طريقاً شرعياً للتقديم عند تساوي المستحقين للشيء، وهنا يتساوى الأبوان، فالقياس تقديم أحدهما بالقرعة، فإن أبياً القرعة؛ خير الغلام^(٣).

وأجيب عن المناقشة الثانية: بأن تقديم التخيير على القرعة مسبّب بأمور:

١ - اتفاق ألفاظ الحديث على التخيير دون القرعة، فبعض الرواة ذكر القرعة في روايته، وبعضهم لم يذكرها أصلاً.

٢ - أن عمل الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم على تقديم التخيير على القرعة.

(١) لكنه من أحسن الأحكام، فهو موافق للسنّة أيضاً، من قبيل القياس الاستثنائي على نسق قوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا أَنَّهُ كَانَ مِنَ الْمُسَبِّحِينَ﴾ لَلْبَثَ فِي بَطْنِهِ إِلَى يَوْمِ يُبْعَثُونَ لكنه لم يلبث في بطنه، لأنه كان من المسبحين.

(٢) زاد المعاد ٥ / ٤٦٨ - ٤٦٩.

(٣) ينظر: زاد المعاد ٥ / ٤٦٩.

٣ - أنه إذا تعذر القضاء بالتخير؛ تعينت القرعة طريقاً للترجيح؛ إذ لم يبق سواها^(١).

الدليل الرابع: أن العادة شاهدة بأن اختيار الجارية لأحد الأبوين؛ يُضعف من رغبة الوالد الآخر في الإحسان إليها وصيانتها، وما تناوب الناس على حفظه؛ تواكلوا فيه، وآل أمره إلى الضياع^(٢).

وقد نوقش هذا الدليل بأن هذا الأمر بعينه موجود في الغلام أيضاً، ومع ذلك لم يمنع ذلك من تخييره عندكم، فكان الأجدر المساواة بين الغلام والجارية في التخيير^(٣).

وأجيب: بالفرق بين الغلام والجارية في هذا، فالقلوب مجبولة على حب البنين، وتقديهم واختيارهم على البنات، "فإذا اجتمع نقص الرغبة، ونقص الأنوثة، وكراهة البنات في الغالب؛ ضاعت الطفلة، وصارت إلى فسادٍ يَغُسرُ تلافيه، والواقع شاهد بهذا، والفقهاء تنزِيلُ المشروع على الواقع، وسِرُّ الفرق: أن البنت تحتاج من الحفظ والصيانة فوق ما يحتاج إليه الصبي، ولهذا شُرِعَ في حق الإناث من الستر والحَفَرِ^(٤) ما لم يُشَرَّعْ مثله للذكور في اللباس، وإرخاء الذيل شِبْراً أو أكثر، وجمع نفسها في الركوع والسجود دون التجافي، ولا ترفع صوتها بقراءة القرآن، ولا تَرْمُلُ^(٥) في الطواف، ولا تتجرّد في الإحرام عن المخيط، ولا تَكْشِفُ رأسها، ولا تسافر وحدها، هذا كله مع كِبَرِها ومعرفتها، فكيف إذا كانت في سنّ الصغر وضعف العقل الذي يقبل فيه الانخداع؟

ولا ريب أن ترددها بين الأبوين مما يَعُودُ على المقصود بالإبطال، أو يُخِلُّ به، أو يُنْقِصُه؛ لأنها لا تَسْتَقِرُّ في مكان معين، فكان الأصح لها أن تُجْعَلَ عند

(١) ينظر: زاد المعاد ٥/٤٦٩.

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤/١٢٨ - ١٢٩، زاد المعاد ٥/٤٧٢.

(٣) ينظر: زاد المعاد ٥/٤٧٢.

(٤) أي: شدة الحياء.

(٥) أي: الهولة والإسراع في المشي.

أحد الأبوين من غير تخير كما قاله الجمهور: مالك وأبوحنيفة وأحمد وإسحاق، فتخيرها ليس منصوصاً عليه، ولا هو في معناه فيلحق به ^(١).

قلت: بل ورد في بعض الروايات الحسنة تخيير جارية، والحديث الحسن يشارك الصحيح في الاحتجاج بهما، ولو كان حسناً لغيره.

ثم إن الجارية لا تختلف في هذا الحق عن الصبي، وقد سبق بيان عدم الفرق بينهما، والرد على المجيزين لتخير الصبي دون الجارية، فلا داعي لتكرار الكلام.

الدليل الخامس: وهو خاص بإبقاء الجارية عند الأم خاصة دون الأب، مع المنع من تخييرها. قالوا: "قد جرت العادة بأن الأب يتصرف في المعاش والخروج ولقاء الناس، والأُم في خدرها، مقصورة في بيتها، فالبنت عندها أصون وأحفظ بلا شك، وعينها عليها دائماً بخلاف الأب، فإنه في غالب الأوقات غائب عن البنت، أو في مظنة ذلك. فجعلها عند أمها أصون لها وأحفظ" ^(٢).

ويُناقش هذا الدليل بأنه إن كانت النساء أعرف بتدبير البنات من الرجال، فكانت الأم أحقّ بالبنت بعد التمييز؛ فالرجال أقوم بمصالح البنات من الأمهات، ولئن كان الأب أعرف بتعليم البنين؛ فليس يمنع من تعليمه أو تعليم الجارية مالهو اختار الطفل أحد الأبوين ^(٣).

ثم إنه في هذا الزمان تساوى الآباء في خروج كل منهما للعمل، وبحثه عن وسائل المعاش لنفسه أو لأبنائه، فلا يسوّغ التفريق بينهما في مراعاة من يكون معه الصغير.

الدليل السادس: وهو - كذلك - دليل خاص بإبقاء الجارية عند الأم خاصة دون الأب، مع المنع من تخييرها. قالوا: "كل مفسدة يعرض وجودها عند الأم؛ فإنها تعرض أو أكثر منها عند الأب، فإنه إذا تركها في البيت

(١) زاد المعاد ٤٧٢/٥ - ٤٧٣.

(٢) زاد المعاد ٤٧٣/٥.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير ١٠٣/١٥.

وَحَدَّهَا؛ لَمْ يَأْمَنْ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَرَكَ عِنْدَهَا امْرَأَتَهُ أَوْ غَيْرَهَا؛ فَالْأُمُّ أَشْفَقُ عَلَيْهَا وَأَصُونُ لَهَا مِنَ الْأَجْنِبِيَّةِ" (١).

قلتُ: إذا لم يتيسر الحفيظ على الصغار، ذكوراً كانوا أو إناثاً؛ تعرضوا للفساد أينما كانوا، وكما أسلفت آنفاً فالأم تشارك الأب في العمل والخروج للمعاش، بل أكثر رجال زماننا يتعيشون على رواتب نسائهم !

الدليل السابع: وهو كذلك دليل خاص بإبقاء الجارية عند الأم خاصة دون الأب، مع المنع من تخييرها. قالوا: الجارية محتاجة إلى تعلم ما يصلح للنساء من الغزل، والقيام بمصالح البيت، وهذا إنما تقوم به النساء دون الرجال، فالجارية أحوج إلى أمها؛ حتى تعلّمها ما يصلح للمرأة، وفي دفعها إلى أبيها تعطيلٌ لهذه المصلحة، وتسليم الجارية إلى امرأة أجنبية تُعلّمها ذلك، وترديدها بين الأم وبينه؛ كل ذلك يُمرّن الجارية على البرّوز والخروج من بيتها، وفي ذلك فساد كبير لها (٢).

قلتُ: لاشك فيما ذكر هنا، لكنه لا يصلح لمنع تخيير الجارية بعد تمييزها؛ لحصول الحق الشرعي لها في اختيارها من تريد البقاء معه، ولو لمدة معينة، وذلك بالأخبار الثابتة في التخيير مطلقاً، ولا تقدم المصالح العقلية على ظواهر النصوص الشرعية، وإلا لأدّى ذلك إلى تعطيل النصوص، أو إبطالها، مع أن صحيح المنقول لا يعارضه صريح المعقول.

الدليل الثامن: وهو خاص بإبقاء الجارية عند الأب خاصة دون الأم، مع المنع من تخييرها. قالوا: الجارية بعد السبع سنين تحتاج إلى جَفْظٍ، والأب أولى بذلك من وجوه:

- ١ - أن الأم ذاتها تحتاج إلى من يحفظها ويصونها.
- ٢ - أن الجارية إذا بلغت سبع سنين تكون قد قاربت الصلاحية للتزويج، وإن كان ذلك مما تتغاير فيه أعراف الناس، فقد تزوج النبي ﷺ عائشة

(١) زاد المعاد ٥ / ٤٧٣.

(٢) ينظر: زاد المعاد ٥ / ٤٧٣، الحاوي الكبير ١٥ / ١٠٢.

رضي الله عنها وهي ابنة ست سنين^(١)، وإنما تخطب الجارية من أبيها، فهو وليها والمالك لتزويجها، وهو أعلم بكفاءة الزوج من غيره، كما أنه أقدر على البحث عن حال الزوج، فينبغي أن يُقدم على غيره، ولا يصار إلى تخيير الجارية^(٢).

ويُعلق ابنُ القيم على ذلك فيقول: "الرجالُ أُغَيِّرُ على البنات من النساء، فلا تستوي غيرة الرجل على ابنته وغيرةُ الأم أبداً، وكم من أمٍّ تُساعد ابنتها على ما تهواه، ويَحْمِلُها على ذلك ضعفُ عقلها، وسُرْعَةُ انخداعها، وضعفُ داعي الغيرة في طَبْعِها، بخلاف الأب. ولهذا المعنى وغيره جعل الشارع تزويجها إلى أبيها دون أمها، ولم يجعل لأمها ولايةً على بُضْعِها ألبتة، ولا على مالها، فكان من محاسن الشريعة أن تكون [الجارية] عند أمِّها ما دامت محتاجةً إلى الحضانة والتربية، فإذا بلغت حداً تُشْتَهَى فيه، وتَصْلُحُ للرجال؛ فمن محاسن الشريعة أن تكون عند مَنْ هو أُغَيِّرُ عليها، وأحرصُ على مصلحتها، وأصونُ لها من الأم"^(٣).

قلت: يقال في هذا الدليل: ما قيل في سابقه، وهو أنه لاشك فيما ذُكر فيه من توجيهه، ولكنه لا يصلح لمنع تخيير الجارية بعد تمييزها؛ لحصول الحق الشرعي لها في اختيارها من تريد البقاء معه، ولو لمدة معينة، وذلك بالأخبار الثابتة في التخيير مطلقاً.

المطلب الخامس

أدلة المانعين من التخيير مطلقاً، ومناقشتها

استدل أصحاب هذا القول بأدلة هي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنِ^ط﴾ [من الآية (٢٣٣)، من سورة البقرة].

(١) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإمام، (٥١٣٤)،
ورواه مسلم، كتاب النكاح، باب جواز تزويج الأب للبكر الصغيرة، (٣٤٧٩).

(٢) ينظر: المغني ١١/٤١٨.

(٣) زاد المعاد ٥/٤٧٤.

وجه الدلالة: أن الله تعالى جعل حق الحضانة للأم، وجعلها أولى من غيرها، ويتحقق ذلك بإرضاعها لابنها، وتكون الحضانة في الغلام إلى البلوغ، وفي الجارية إلى النكاح^(١).

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الله تعالى أمر الوالدات المطلقات بإرضاع أولادهن مدة الحولين إذا شاء الوالدان إتمام الرضاعة، وأن على الوالد الإنفاق بالمعروف على المرضع؛ لتقوم بخدمة الرضيع، من غير إضرار أحد الأبوين بالآخر بسبب الرضيع. وليس في الآية تحديد سن لتخيير المحضون الرضيع، أو إجبار بكون الحضانة للأم، من غير ولاية للأب في ذلك.

الدليل الثاني: عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له جواء^(٢)، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني! فقال لها رسول الله ﷺ: (أنت أحقّ به ما لم تنكحي)^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يخير الغلام، بل حكم بحق الأم في حضانته مالم تنكح زوجاً غير والد الغلام، فيسقط حقها في الحضانة، ولو كان التخيير مشروعاً لفعله النبي ﷺ، ولو خير الطفل لما كانت أمّه أحقّ به إلا إذا اختارها، ولا يكون الأب كذلك أحقّ به إلا إذا اختار الطفل والدّه، ولو قدرنا في الكلام: أنت أحقّ به إن اختارك؛ لوجب تقدير مثله في الأب فيقال: أنت أحقّ به إن اختارك، ولكن عدم ورود مثل ذلك كله؛ دليل على عدم التخيير أصلاً ولاسيما قبل البلوغ؛ كما يراه القائلون بالتخيير^(٤).

أضف إلى ذلك: أن جَرَّ الأم وريحها لا يكون خيراً للصبي إذا بلغ سبع سنين أو عشرًا، بل المشاهد بالتجربة أن جَرَّ الأم خير للغلام قبل بلوغه

(١) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ١/٤٠٥، الجامع لأحكام القرآن ٣/١٦٤.

(٢) أي: كان حضني له مكاناً يحويه ويضمّه إليه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ينظر: إعلاء السنن ١١/٢٦٩ - ٢٧٠، أحكام القرآن للجصاص ١/٤٠٦، بدائع الصنائع ٤/٤٤، الهداية شرح البداية ٢/٣٧، زاد المعاد ٥/٤٦٤ - ٤٦٥، ٤٧٦، ٤٨٤.

فقط، وأما بعد البلوغ: فحضانة الأب خير للغلام؛ حتى لا يكون من أحلاس البيت، متخلقاً بأخلاق النساء. بخلاف الجارية، فحضانة الأم لها في صغرها إلى أن تبلغ مبلغ النكاح خير لها من حضانة أبيها^(١).

وفي لفظة لطيفة إلى بعض المعاني في هذا الحديث؛ يقول ابن القيم معلقاً على قول هذه المرأة: "كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له جِواءً:" وفي هذا دليل على اعتبار المعاني والعلل، وتأثيرها في الأحكام، وإناطتها بها، وأن ذلك أمر مستقر في الفِطْرِ السليمة حتى فِطَر النساء، وهذا الوصف الذي أدلت به المرأة وَجَعَلَتْهُ سَبَباً لتعليق الحكم به؛ قد قرره النبي ﷺ، ورَتَّبَ عليه أثره، ولو كان باطلاً أُلْغاه، بل ترتب عليه الحكم عقبيه دليل على تأثيره فيه، وأنه سببه^(٢).

وقد نوقش هذا الدليل من وجهين:

١ - ضعف إسناد الحديث، فهو من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ومروياته كانت في صحيفة، وهذه الصحيفة لا يُحْتَجُّ بها^(٣).

٢ - أن الحديث ورد مطلقاً، ومع اتفاق الفقهاء أنه لا يتعين أحد الأبوين حاضناً لابنه طول حياته، ولا يُقَدَّم ذو العدوان والتفريط على البرِّ العادل المحسن، إلا أن هذا الحديث قد جاء تقييده بأحاديث التخيير، ولاسيما وأن هذا الحديث لم يبين فيه سنَّ الغلام حتى يتم تخييره أو لا يتم تخييره، كما أنه لم يبين فيه النبي ﷺ - أيضاً - السنَّ الذي يخيَّر فيه الغلام، ولا ذَكَرَ فيه شروط الأم الحاضنة، مع أن لها شروطاً معروفة عند الفقهاء، من كونها مسلمة، عاقلة، عفيفة، أمينة، مقيمة، خالية من الأزواج^(٤).

(١) ينظر: إعلاء السنن ١١/٢٦٩، الهداية شرح البداية ٢/٣٧.

(٢) زاد المعاد ٥/٤٣٥.

(٣) ينظر: المحلى ١١/٧٤٦ مسألة (٢٠١٨).

(٤) ينظر: زاد المعاد ٥/٤٧٧، وما تقدم في هذا البحث من شروط للحاضن.

ويجاب عن الوجه الأول: بأن جمهور المحدثين على تحسين مرويات عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده^(١).

الدليل الثالث: عن البراء بن عازب رضي الله عنه أن ابنة حمزة اختصم فيها عليٌّ وجعفرٌ ابنا أبي طالب، وزيدٌ بن حارثة، فقال عليٌّ: أنا أخذتها وهي بنتٌ عمي، وقال جعفرٌ: ابنةٌ عمِّي وخالتها تحتي^(٢)، وقال زيدٌ: ابنة أخي^(٣). ففضى بها رسولُ الله ﷺ لخالتها، وقال: (الخالة بمنزلة الأم)^(٤).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يخيّر الجارية بحضانة أحد معين، بل اعتبر المرجح الذي ذكره جعفرٌ رضي الله عنه، دون مرجح الآخرين، ودفعها ﷺ إليه؛ لكون خالة البنت زوجة جعفر، ويحرم على الإنسان الجمع بين المرأة وخالتها، مع عدم إنكار النبي ﷺ ادعاء عليٍّ وجعفرٍ بأحقية كل منهما لحضانة البنت، فالحديث فيه دلالة على عدم سقوط حق الحضانة لمن كانت متزوجة بمن هو من أهل الحضانة وإن كان غير ذي محرّم للمحضون^(٥).

"ولا يشك أحد أن ما حكم به النبي ﷺ في هذه الواقعة هو عين المصلحة والحكمة والعدل، وغاية الاحتياط للبنت والنظر لها، وأن كلّ حكم خالفه لا ينفك عن جورٍ أو فساد لا تأتي به الشريعة، فلا إشكال في حكمه ﷺ، والإشكال كلّ الإشكال فيما خالفه والله المستعان، وعليه التكلان"^(٦).

وقد نوقش هذا الدليل بأن البنت لم يخيّرهما النبي ﷺ لأنه لم يكن لها أب

(١) ينظر: البناية في شرح الهداية ٤٧١/٥ - ٤٧٢، تهذيب التهذيب ٤٩/٨، زاد المعاد ٤٣٤/٥.

(٢) يعني: أسماء بنت عميس رضي الله عنها.

(٣) أي: باعتبار المؤاخاة التي عقدها رسولُ الله ﷺ بينه وبين حمزة، وكان الإخاء حينها يثبت به التوارث، فظن زيد رضي الله عنه أحقيته بالبنت لذلك. ينظر: فتح الباري ٥٠٥/٧.

(٤) رواه البخاري، كتاب المغازي، باب عمرة القضاء. ذكره أنس عن النبي ﷺ، بلفظه، (٤٢٥١).

(٥) ينظر: إعلاء السنن ٢٧١/١١، أحكام القرآن للجصاص ٤٠٥/١، زاد المعاد ٤٨٠/٥.

(٦) ينظر: زاد المعاد ٤٩٨/٥ - ٤٩٠.

وأم يتنازعانها، وقد كانت أم الجارية قد تزوجت بعد مقتل حمزة رضي الله عنه، ولاشك أن ابنة العم إذا لم يكن لها قرابة سوى ابن عمها؛ جاز أن تُجعل مع امرأته في بيته، ولاسيما إن كان ابن العم مبرزاً في الدين والعفة والصيانة، وهو أولى من أن تكون ابنة عمه تحت حضانة أجنبي. وقد لَحِقَت البنت بأولاد عمومته عقيب فراغهم من عمرة القضاء تناديهم، فأخذ عليّ رضي الله عنه بيدها، ثم تنازع فيها الثلاثة عند رسول الله ﷺ^(١).

وهنا لطيفة يحكيها ابن القيم بقوله: "فإن قيل: فالنبي ﷺ كان ابنَ عمها، وكان محرماً لها؛ لأن حمزة كان أخاه من الرضاعة، فهلاً أَخَذَهَا هو؟

قيل: رسولُ الله ﷺ كان في شُغْلٍ شاغل بأعباء الرسالة، وتبليغ الوحي، والدعوة إلى الله، وجهاد أعداء الله عن فراغه للحضانة، فلو أَخَذَهَا؛ لدفعها إلى بعض نسائه، فخالَتْهَا أُمُّ بِهَا رَجِماً وَأَقْرَبُ. وأيضاً فإن المرأة من نسائه لم تكن تَجِيئُهَا النُّوبَةُ إلا بعد تسع ليال، فإن دارت الصَّبِيَّةُ معه [ﷺ] حيث دار؛ كان مشقةً عليها، وكان فيه من بروزها وظهورها كلَّ وقتٍ ما لا يخفى"^(٢).

الدليل الرابع: استدل ابن حزم على منع التخيير أصلاً بحديث: يا رسول الله! من أحق الناس بحسن صحابتي؟ فقال ﷺ: (أُمُّكَ)، فقال الرجل: ثُمَّ مَنْ؟ قال: (أُمُّكَ)، فقال الرجل: ثُمَّ مَنْ؟ قال: (أُمُّكَ)، فقال الرجل: ثُمَّ مَنْ؟ قال: (ثُمَّ أَبُوك)^(٣).

وجه الدلالة: أن هذا النص صريح بإيجاب الحضانة للأُم؛ لأنها صحبت مولودها، بناءً على أن الولد كان في بطنها، ثم هو يصير إلى حجرها مدة الرضاع^(٤).

(١) ينظر: زاد المعاد ٥/٤٨٣.

(٢) ينظر: زاد المعاد ٥/٤٨٣ - ٤٨٤.

(٣) متفق عليه، رواه البخاري، كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحبة، (٥٩٧١)،

ورواه مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب بر الوالدين وأيهما أحق به، (٦٥٠٠).

(٤) ينظر: المحلى ١١/٧٤٢ - ٧٤٣ مسألة (٢٠١٨).

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال: بأن أحقية الأم بحسن صحبة الإنسان، وأنها مقدمة على حُسن صحابته لأبيه؛ فذاك حيثما لا تعارض بين هذا النص مع نصوص أخرى، بدليل أن هذا الحق لا يقال به إذا تعارض مع حق الله تعالى فيما لو أمر أحد الوالدين الابنَ بمعصية الله تعالى، فكَذلك الأمر هنا، فالأم يبقى ابنها عندها صغيراً مالم يُمَيِّز، فإذا مَيَّزَ خَيْرٌ؛ كما دلت عليه الأحاديث النبوية الثابتة، وقضاء الخلفاء الراشدين المهديين رضي الله عنهم.

الدليل الخامس: ما سبق من قصّة تطبيق عمر بن الخطاب رضي الله عنه لامرأته الأنصارية أمّ ابنه عاصم، حينما لقيها تحمله، وقد فُطِمَ ومشى، فأخذ بيده لينتزعه منها، ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى، وقال: أنا أحق بابني منك. فاختصما إلى أبي بكر رضي الله عنه ففضى لها به، وقال: "ريحها خير له من سمنٍ وعسلٍ عندك"، وفي رواية "فدعه عندها حتى يشبَّ"، أي: أترك الغلام عندها بلا تخيير له، والصحابة حاضرون متوافرون، ولم ينكر أحد منهم ذلك، أي: فكان إجماعاً سكوتياً^(١).

وقد نوقش هذا الدليل بغرابة هذا اللفظ الوارد فيه، من غير تخيير، وأن المشهور عن الحفاظ روايته بتخيير الغلام^(٢).

الدليل السادس: أنه لا يصح تخيير الغلام؛ لأنه لا يقبل قوله أصلاً، فهو لا يعرف ما ينفعه، ولربما اختار من يَلْعَبُ عنده، فلذلك لا يقبل تخييره. ويدل على ذلك قول المرأة في الحديث الذي استدلت به: "وقد سقاني من بئر أبي عنبه"^(٣)، ومعلوم أن هذه البئر على بُعْدٍ أميال من المدينة، كما أن غير البالغ لا يتأتى منه عادة أن يحمل الماء من هذه المسافة ويستقي من البئر، ولو سلمنا أنه ليس في الحديث ما يدل على البلوغ فليس فيه ما ينفيه، والواقعة واقعة

(١) ينظر: المبسوط ٢٠٧/٥، بدائع الصنائع ٤٢/٤، الهداية شرح البداية ٣٧/٢، نصب الراية ٢٦٦/٣.

(٢) ينظر: البناية في شرح الهداية ٤٧٢/٥، نصب الراية ٢٦٦/٣، وقد تقدم تخريج الأثر.

(٣) وهو الدليل الأول للمجيزين مطلقاً.

عين، ولم يرد عن الشارع نص معين في تخيير مَنْ هو دون البلوغ حتى يجب المصير إليه^(١).

وقد نوقش هذا الدليل من وجهين :

١ - أن النبي ﷺ قد حكم للمرأة بأنها أحق بابنها بشرط ألا تنكح زوجاً غير والد الغلام، وذلك يقتضي أنها لا حق لها في حضانة الولد بعد نكاحها زوجاً غير أبيه، ولم يفرق ﷺ بين أن تنكح قبل بلوغ الصبي السن الذي يكون عنده أو بعده. ولذلك؛ لا يُسلم لكم هذا الاستدلال من الحديث، وما كان من جواب لكم؛ فهو جواب لنا^(٢).

٢ - أن عدم قبول قول الطفل: إنما هو في الحقوق الواجبة؛ كالإقرار والشهادة، لكنه يُقبل قوله في المصالح، كما يُقبل قوله في الإنن وقبول الهدية، وقد أمر رسول الله ﷺ عمرو بن سلمة رضي الله عنه أن يُصلي بقومه وهو ابنُ ست أو سبع سنين^(٣)، وتبَّعه الرجال في الصلاة، فلو لم يكن لقوله حكمٌ؛ لما جاز اتباعه، فكان تخييره في حق نفسه أولى^(٤).

الدليل السابع: أن تخيير الطفل بعد تمييزه يؤدي إلى فساد، فإن الطفل إذا استغنى عن حضانة أمه؛ احتاج إلى من يحفظه بعد ذلك، والأب أقدر على الحفظ من المرأة، والمرأة تعجز عن حفظ نفسها، وتحتاج إلى من يحفظها، فكيف تُقدر الأم بعد ذلك على حفظ غيرها؟ وفي هذا فسادٌ للطفل^(٥).

وقد نوقش هذا الدليل بأن تخيير الطفل بين أبويه، واختياره أحدهما؛ لا يمنع الآخر من تأديبه، أو تقويمه، أو تعليمه^(٦).

(١) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ١/٤٠٦، المبسوط ٥/٢٠٨، بدائع الصنائع ٤/٤٤٤، زاد المعاد ٥/٤٧٦.

(٢) ينظر: زاد المعاد ٥/٤٧٧.

(٣) رواه البخاري، كتاب المغازي، باب أحاديث أخرى في الفتح، (٤٣٠٢).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير ١٥/١٠٣.

(٥) ينظر: المبسوط ٥/٢٠٧.

(٦) ينظر: الحاوي الكبير ١٥/١٠٣.

ثم إذا كانت المرأة في الماضي تحتاج في الغالب إلى من يحفظها؛ فإنها في زماننا هذا أصبحت تعيل العديد من الأسر وتحفظها.

الدليل الثامن: أن الغلام إذا استغنى بالتميز فإنه يحتاج إلى تعلّم أعمال الرجال، والأبّ على ذلك أقدر، ويحتاج الغلام إلى من يتقنه ويؤدبه، والأبّ هو الذي يقوى على ذلك. أضف إلى ذلك: أن صحبة النساء مفسدة للرجال، فإذا ترك الغلام عند أمه يميل طبعه إلى طبع النساء، فلهذا يُدفع إلى الأبّ بعد تمييزه. وأما الجارية: فهي وإن استغنت عن التربية بعد تمييزها؛ فإنها محتاجة إلى تعلم الغزل والطبخ وغسل الثياب، والأمّ أقدر على ذلك من الأبّ، وإذا دفعنا الجارية بعد تمييزها إلى الأبّ؛ فإنها ستختلط بالرجال فيقل حياؤها، ومعروف أن الحياء في النساء زينة، وإنما يبقى حياء البنت إذا كانت في ظلّ أمها، فكانت الأمّ أحقّ بها حتى تحيض، فإذا بلغت احتاجت إلى التزويج - وولاية التزويج إلى الأبّ - وصارت الفتاة عرضة للفتنة، ومطمعة للرجال، ومن المعلوم: أن بالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء، فيتمكن الأبّ من حفظها على وجه لا تتمكن الأم من ذلك^(١).

ويُناقش هذا الدليل بأنه إن كانت النساء أعرفَ بتدبير البنات من الرجال، فكانت الأمّ أحقّ بالبنت بعد التمييز؛ فالرجال أقوم بمصالح البنات من الأمهات، ولئن كان الأبّ أعرفَ بتعليم البنين؛ فليس يمنع من تعليم الصبي أو الجارية ما لو اختار الطفل أحد الأبوين^(٢).

المطلب السادس

الترجيح

بعد هذا الاستدلال والمناقشة والاعتراض والإجابة؛ يترجح لي قول من أجاز التخيير مطلقاً، وذلك لما يلي:

(١) ينظر: المبسوط ٢٠٧/٥ - ٢٠٨، بدائع الصنائع ٤ / ٤٣.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ١٥ / ١٠٣.

١ - أنه لما كانت الأدلة الواردة في السنة النبوية - مما جاء التنصيص فيها على مشروعية التخيير - محلّ خلاف بين العلماء، وبسببها وقع الخلاف؛ فقد تقدم معنا في أدلة الذين يرون جواز تخيير الغلام والجارية أن بعضاً من أدلتهم يصلح للاستدلال به على جواز التخيير، والقاعدة المنطقية في ذلك هي ما حكى عن الأئمة الأربعة وغيرهم من قولهم: "إذا صحّ الحديث فهو مذهبي"، فكان حقاً على من صحّ الحديث عنده أن يأخذ به متى ما سلّم عن المعارضة.

٢ - أنه بورود بعض الآثار الصحيحة عن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم الدالة على تخيير الغلام؛ فلا محيص من اقتفاء آثارهم، وقد أمرنا الشارع الحكيم باتباع سنتهم، بل والعصّ عليها بالنواجذ، ولا سيما وأنه لم يُنقل عن غيرهم من الصحابة ما يخالف رأيهم في المسألة.

٣ - أن الإجماع السكوتي قد انعقد في عهد الصحابة الكرام رضي الله عنهم على جواز التخيير في حق الغلام، ولا يعني ذلك امتناعه في حق الجارية، ومادام الجمهور من الأمة - ومنهم: المانعون من التخيير، أو من تخيير الجارية فقط - يرون حجية الإجماع السكوتي وإن كان بعضهم يحتاج به بشروط خاصة؛ فذاك يؤكد الأخذ بهذا الدليل على جواز التخيير في حق الغلام، من غير منع على تخيير الجارية.

٤ - أن قضية التفريق بين الغلام والجارية في التخيير، مما ورد دليلاً للمانعين من تخيير الجارية دون الغلام، وأراها من أقوى أدلة هذا الفريق؛ جاءت تبعاً لقول أصحاب هذا القول بسدّ الذرائع، وهو دليل يعتريه الكثير من الأخذ والرد، إضافة إلى عدم صحة العمل به فيما لو أردنا ذلك؛ لكون الوسيلة هنا من النوع الذي لا يجب سدّه باتفاق القائلين بسدّ الذرائع، بل لو قلنا بالعكس هاهنا لكان ذلك صحيحاً؛ لأن الإسلام في جملته قد ساوى بين الرجل والمرأة في العبادات مع مراعاة تغير بعض الهيئات، كما ساوى بينهما في توحيد الله تعالى، فلا يصح بعد ذلك أن يُفرق فيه بين الغلام والجارية وهما غير مكلفين أصلاً، ولو أراد أحد منّا

المساواة بينهما في كثير من الأمور؛ لما مُنع من ذلك إلا على سبيل التأديب والتعليم للغلام بأخلاق وأعمال الرجال التي تخالف أخلاق النساء وأعمالهن.

٥ - أن ما قيل من معقول في المنع من تخيير الغلام والجارية، أو ما قيل من منع تخيير الجارية فقط؛ كل ذلك يمكن قلبه على أصحابه، فيقال في الغلام ما قد قيل في الجارية. فلذلك؛ لا أرى صحة الاستدلال به، إلا على سبيل الاستئناس لا غير.

٦ - أنه يبدو لي ضرورة ترك جانب من النظر للقاضي في هذه المسألة بعد تخيير الطفل، وأنه يحتاج للطفل في الأصلح له والأنفع من الإقامة مع أحد والديه، والانتقال إلى الآخر من وقت لوقت، فأيهما كان أنفع للصغير وأصون له وأحفظ لحقه؛ روعي، مع وجوب مراعاة نفسية الطفل في البقاء أو الانتقال، وذلك يتسنى بمشاركة الأهل، أو جهات خيرية لإضفاء جوٍّ عائلي لا يشعر فيه الصغير بانفصال والديه، أو تنازعهما عليه.

ويلحظ من خلال إحصائيات الإدارة العامة للتنفيذ بوزارة العدل الكويتية ورود قضايا كثيرة تتعلق بالحضانة ورؤية المحضون، وصلت في عام ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ إلى ١٣٣١ حكماً في إثبات الحضانة، و ٥١٧ حكماً في قضايا الرؤية، و ٢٠٨ حكماً في تسليم المحضون، بينما تم تنفيذ ١٧٩ حكماً من هذه القضايا التي عرضت على القضاء الكويتي نتيجة لاختلاف الأبوين.

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث ؛ أذكر النتائج التي تستلخص منه على النحو الآتي :

- ١ - الحضانة لا تختلف عند الفقهاء عن الكفالة، فكل منهما فيه حفظٌ مَنْ لا يستقل بنفسه، وتربيته، والقيام بأموره.
- ٢ - قدمت الشريعة الإسلامية الأمَّ على الأب في الحضانة؛ لزيادة رفقتها وشفقتها، وقدرتها على التربية، وحسن رعايتها.
- ٣ - حق الحضانة لا يقبل الإسقاط، ولا النقل، ولا الإرث.
- ٤ - الحضانة حق مشترك بين الله والعبد، وكل منهما غالب في جهته، وذلك متمثل في عدم إسقاط حق المحضون؛ لتغليب حق الله، وصحة إسقاط العبد لحق الحضانة للطرف الآخر؛ لتغليب حق العبد.
- ٥ - ترتيب المستحقين للحضانة معتمد على مدى الشفقة والنظر الحاصلين للمحضون.
- ٦ - الأمُّ أولى مطلقاً بحضانة الصغير من الأب عند جمهور الفقهاء خلافاً للظاهرية.
- ٧ - العفة، والأمانة في الدين، والبلوغ، والعقل، والقدرة على القيام بشؤون الصغير، والمكان الآمن؛ شروط لابد منها لاستحقاق حضانة الصغير، مع اشتراط المحرمية بين الحاضن الرجل والمحضون إن كانت أنثى مشتهاة.
- ٨ - مدار تخيير المحضون - عند من يقول به - على حصول التمييز لدى الصغير.
- ٩ - المعتبر في تمييز الصغير هو معرفته بأسباب الاختيار الصحيحة، لا المعتمدة على التَّشْهِي واللَّعب.
- ١٠ - شروط انتهاء الحضانة هي هي شروط المحضون الذي يصح اختياره فيها بين أبويه.

١١- سبب الخلاف في المسألة هو: اختلافهم في تأثير وصف الذكورة في الاختيار أو عدم تأثيره، واختلافهم في صحة الأدلة الصريحة المثبتة للاختيار، وعدم اضطرابها، وبقاء النفقة على الجارية خاصة دون الغلام أو سقوط تلك النفقة عنها من قبل والدها.

١٢- ثبوت بعض الأدلة المجيزة للتخيير مطلقاً.

١٣- عدم تأثير وصف الذكورة في تخيير الصغير.

١٤- الأدلة العقلية عند المانعين من التخيير أو المجيزين لتخيير الغلام فقط ؛ يمكن قلبها لتصير دليلاً للمجيزين مطلقاً.

هذا، وإنني أوصي في ختام هذا البحث بما يلي :

١ - إتاحة الفرصة لجمعيات النفع العام ومؤسسات الدولة التخصصية للعمل على تضيق الشقاق الحاصل بين الأبوين في حال الفراق، وذلك بتهيئة الجو الأسري المناسب بين الآباء وأطفالهم بعد معاناتهم من مشاعر الفقد والانتقاص في الذات والهوية، وترسيخ قيم الغفران والتسامح والبر بالوالدين، مع إكساب الوالدين المهارات اللازمة للتكيف مع الأبناء في ظل ظروف ما بعد انفصال الوالدين بالطلاق.

٢ - وضع خطة زمنية لتعديل بعض نصوص قانون الأحوال الشخصية بما يتلاءم في نصوصه مع الأحوال المتغيرة والأعراف السائدة التي لا تتعارض مع الشريعة.

٣ - تقدير المصلحة العامة للصغار عند تخييرهم حال النزاع بين الأبوين، مع مراعاة المصلحة الشخصية للوالدين، بما لا يغلب حق أحدهما على الآخر.

٤ - معالجة آثار الطلاق السلبية على نفسية الأطفال.

٥ - العمل على الإفادة من اختلافات الفقهاء المعتمدة.

والحمد لله رب العالمين

ملحق

في نهاية هذا البحث أعرض في هذا الملحق بعض القضايا المتعلقة بالحضانة، مما عرض على المحاكم الكويتية، وذلك من خلال أحكام محكمة التمييز، باعتبارها أعلى جهة قضائية، مع ملاحظة أن قضية تخيير المحضون لا تمثل جانباً واضحاً في تلك القضايا؛ لأن قانون الأحوال الشخصية الكويتي جعل الولد في حضانة أمه إلى بلوغه، والأنثى في حضانة أمها إلى حين زواجها ودخول الزوج بها، فكأن القانون قد ألغى قضية التخيير نهائياً، وهو ماقررتة محكمة التمييز الكويتية صراحة من أن صغر سن الأنثى المحضونة أو كبره لا أثر له في تقرير حق الأم في الحضانة؛ باعتبار أن حضانة الأم لابنتها - وفقاً لمذهب الإمام مالك رحمه الله - تستمر حتى تتزوج البنت، ويدخل الزوج بها^(١).

وربما كان السبب في ذلك عدة أمور فيما يبدو لي :

١ - تمشي القانون في هذه المسألة مع مذهب المالكية، وهو في الجملة يتمشى مع مذهب الإمام مالك رحمه الله، إذ هو مذهب الدولة في الكويت.

٢ - عدم انضباط التخيير عند بعض الصغار، حتى عند بلوغ الصبي.

٣ - انضباط البلوغ بعلامة واضحة هي علاماته الواضحة الظاهرة، يتم من خلالها ربط الحكم الشرعي بها.

٤ - أن البلوغ يعني التكليف الشرعي إذا صاحبه العقل، وذلك يعني تعلق الأحكام الشرعية بتصرفات ذلك البالغ، ومنها : الاختيار. مما يعني تحقق المسؤولية بتلك التصرفات لدى البالغ المختار.

ومع ذلك؛ فلا مانع من الإفادة من هذه القضايا في بعض جوانبها، بما يمهّد لهذا البحث من الوصول إلى الكمال حسب جهدي واجتهادي، وسأذكر كل قضية منفردة إن شاء الله تعالى، مع التعليق على كل منها بما يناسب المقام.

(١) انظر الطعن رقم ٨/٨٦، جلسة ١٣/٣/١٩٧٨م.

القضية الثالثة

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم صاحب السمو أمير الكويت
الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح
محكمة التمييز

دائرة الأحوال الشخصية

بالجلسة المنعقدة علنا بالمحكمة بتاريخ ١٤ ذو القعدة ١٤٢٥ هـ الموافق ٢٠٠٤/١٢/٢٦ م
برئاسة السيد المستشار / راشد يعقوب الشراح رئيس الجلسة
وعضوية السادة المستشارين / حامد عبد الله و محمد مصباح
عبد المنعم الشهراوي و عبد الحميد الحلفاوي
وحضور الأستاذ / محمد جلال رئيس النيابة
وحضور السيد / محمد الحسين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي

في الطعن بالتمييز المرفوع من : ماجد [REDACTED]

ضد

حليمة [REDACTED]

والمقيد بالجدول برقم : ٢٠٠٤/١٠٧ أحوال شخصية .

المحكمة "

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع المرافعة والمداولة .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائل الأوراق - تتحصل
في أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠٠٣ أحوال شخصية على الطاعن
بطلب الحكم بضم أولاد ابنتها منه إليها وهم ([REDACTED]) وإلزامه بتسليمهم
لها ، وقالت في بيان دعواها أن ابنتها طلقت منه بعد أن رزق منها بالأولاد
المذكورين ، وإنهم بيده وفي حضائنه بموجب الحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٣٠٧ لسنة
٢٠٠١ أحوال شخصية ، وباعتبارها جده لأم فهي الأحق بحضائنتهم ومن ثم أقامت
الدعوى ، حكمت المحكمة برفض الدعوى ، استأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف

تابع حكم الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٤/١٠٧ أحوال شخصية .

رقم ٢٣٨٧ لسنة ٢٠٠٣ أحوال شخصية ، وبتاريخ ٢٠٠٤/٢/١١ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وضم حضانة الأبناء ([REDACTED]) إلى المطعون ضدها وإلزام الطاعن بتسليمهم لها ، طعن الأخير على هذا الحكم بطريق التمييز ، وأودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى بتمييز الحكم المطعون فيه ، عرض الطعن على المحكمة فى غرفة مشوره فحددت جلسة لنظره ، وفيها التزمت النيابة رأياها .

وحيث إن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعن بالسبب الأول والوجه الأول من السبب الثانى على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبب والفساد فى الاستدلال ، وفى بيان ذلك يقول أنه تمسك بأن المطعون ضدها مريضة وطاعة فى السن وتحتاج لمن يرعاها ولا قدره لها على رعاية المحضونين ، وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ولم تجبه المحكمة إلى طلبه وأقامت قضاءها بضم الصغار إليها على أن الأوراق خلت من ثمة طعن جدى على صلاحيتها للحضانة بما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أنه يشترط فى مستحق الحضانة - وفقا لنص المادة ١/١٩٠ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ فى شأن الأحوال الشخصية - (البلوغ والعقل والأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانتهم صحيا وخلقا) وكان من المقرر أن تقدير توافر شروط الحضانة والصلاحية لها متروك لمحكمة الموضوع بغير معقب متى أقامت تقديرها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى الأوراق ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلغاء الحكم المستأنف وضم الأبناء ([REDACTED]) إلى حضانة جدتهم لأهمهم المطعون ضدها على سند من أن الأصل صلاحيتها للحضانة وأن الأوراق خلت من ثمة طعن جدى على تلك الصلاحية ، وكان هذا الاستخلاص سائغا ويقوم على أسباب موضوعية قدرها مأخوذة من ظروف الدعوى وملابساتها ، فلا عليه أن لم يستجب إلى طلب الطاعن إحالة الدعوى الى التحقيق طالما أنه وجد فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدته ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالوجه الثانى من السبب الأول على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه ، وفى بيان ذلك يقول إن الحكم المطعون فيه قضى بإلغاء الحكم الابتدائى وبإحاقية المطعون ضدها فى حضانة الصغار رغم أنها علمت بانتقال الحضانة

تابع حكم الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٤/١٠٧ احوال شخصية .

إليه ولم ترفع الدعوى إلا بعد أكثر من عام ونصف بما يسقط حقها في الحضانة مما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه .

وحيث إن هذا النعي في غير محله ، ذلك بأن النص في المادة ١٩١ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أنه (أ) إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون ، ودخل بها الزوج تسقط حضانتها (ب) سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة - بلا عذر بعد علمه بالدخول ، يسقط حقه في الحضانة ... يدل على أن الأصل أنه لا يوجد قيد زمني على رفع الحاضنة لدعوى الحضانة ، ولم يستثن المشرع من ذلك إلا في حالة زواج الحاضنة بغير محرم للمحضون ودخول الزوج بها عملاً بالمادة سالفة الذكر ، وإذا لم يدع أى من طرفي النزاع زواج والدة المحضونين من غير محرم لهم وخلت الأوراق من ثمة دليل على ذلك ، فإنه لا مجال لبحث سقوط حق المطعون ضدها في الحضانة ، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بوجه النعي يكون على غير أساس . ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة : بقبول الطعن شكلاً ، وفي الموضوع برفضه ، والزمّت الطاعن المصروفات مع مصادرة الكفالة .

رئيس الجلسة

أمين سر الجلسة

ويلحظ في هذه القضية أن الجدة أم طالبت زوج ابنتها - المطلقة منه - بضم الأولاد لحضانتها؛ باعتبارها أول المستحقين للحضانة بعد الأم إذا تزوجت - كما هو في الدعوى - ، أو منع مانع من حضانة الأم.

إلا أن المحكمة رفضت دعواها فاستأنفت الحكم، وقضت لها محكمة الاستئناف بضم الأولاد لحضانتها؛ لأحقيتها بهم حسب نصوص قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

ولما طعن الأب في هذا الحكم بطريق التمييز معللاً ذلك بتأخر طلب الجدة لأكثر من عام بعد علمها بوجود الأبناء في حضانة أبيهم؛ قضت محكمة التمييز برفض دعواه، باعتبار أن تأخر الجدة بطلب الحضانة ولو بعد سنة؛ لا يغير أحقيتها في الحضانة؛ لأن القانون لم يستثن من قيد العلم إلا أم الأولاد إذا تزوجت بغير محرم للمحضون ودخول هذا الزوج بها.

القضية الرابعة

بسم الله الرحمن الرحيم
باسم صاحب السمو أمير الكويت
الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح
محكمة التمييز

دائرة الأحوال الشخصية

بالجلسة المنعقدة علناً بالمحكمة بتاريخ ٤ ذو الحجة ١٤٢٥ هـ الموافق ٢٠٠٥/٢/١٣ م.
برئاسة السيد المستشار / راشد يعقوب الشراح رئيس الجلسة
وعضوية السادة المستشارين / حامد عبد الله ، محمد مصباح
عبد المنعم الشهاوي و عبد الحميد الحلفاوي
وحضور الأستاذ / طارق عبد العظيم رئيس النيابة
وحضور السيد / محمد الحسين أمين سر الجلسة

صدر الحكم الآتي

في الطعن بالتمييز المرفوع من : مديحة [REDACTED] .

ضد

ممدوح [REDACTED] .

والمقيد بالجدول برقم : ٢٠٠٤/١٥٤ أحوال شخصية .

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع المرافعة ، وبعد المداولة .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ١١٧ لسنة ٢٠٠٣ أحوال شخصية على الطاعنة بطلب الحكم بإسقاط حضانتها لابنتيه منها عهد وولاء وضمهما إليه ، وقال بيانا لذلك ، إنها كانت زوجها له ورزق منها بالبنيتين المذكورتين وهما من مواليد ١٩٩١/٤/٢٣ ، ١٩٩٢/١١/٢٧ ، وأنها تزوجت بأجنبي عنهما وأنه سعودي الجنسية فيكون المذهب الحنبلي هو الواجب التطبيق ، ومن ثم أقام الدعوى ، أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، وبعد أن سمعت شهود الطرفين ، أوقفت الدعوى لحين الفصل في الدعوى رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٣ أحوال

تابع حكم الطعن بالتمييز رقم : ٢٠٠٤/١٥٤ أحوال شخصية

شخصية المقامة من الطاعة ضد زوجها بطلب تطليقها منه ، ثم عجل المطعون ضده الدعوى ، بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/١ حكمت المحكمة بإسقاط حضانة الطاعة لبنيتها من المطعون ضده عهد وولاء وضمهما إليه ، استأنفت الطاعة هذا الحكم ، وتمسكت ببطلان إعلانها بصحيفة التعجيل من الوقف ، بتاريخ ٢٠٠٤/٢/٢٤ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف لبطلانه وإسقاط حضانة الطاعة لبنيتها عهد وولاء وضمهما لوالدهما المطعون ضده ، طعن الطاعنة فى هذا الحكم بطريق التمييز ، وأودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن ، عرض الطعن على المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره ، وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعى الطاعة بالأول منها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون ، وفى بيان ذلك نقول ، إنه كان على الحكم المطعون فيه تطبيق القانون الكويتي لعدم تقديم المطعون ضده للقانون السعودي الذي تمسك بتطبيقه .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك بأن النص فى المادة ٤٣ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على أنه "يسري قانون جنسية الأب فى الولاية على النفس وفى الحضانة " ، ولا خلاف بين الطرفين فى أن المطعون ضده سعودي الجنسية ، فإن القانون السعودي يكون هو الواجب التطبيق ، ولئن كان القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية يجب على مدعيها إقامة الدليل عليها أمام محكمة الموضوع ، إلا أنه يكفى أن يقدم من يتمسك بذلك القانون قواعد الإسناد الموضوعية التى يأخذ بها ، ولا يلزم أن يكون هذا فى صورة نصوص مقننة ، إذا كان ذلك القانون يحيل إلى شريعة محددة أو مذهب أو نظام معين بحيث يمكن الرجوع إلى القواعد القانونية أو الشرعية الواجبة التطبيق ، والتى تكون حينئذ فى قوة النصوص القانونية التى يصدر بها تشريع من السلطة المختصة ؛ لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده قدم صورة من شهادة صادرة من السفارة السعودية بالكويت لم تجدها الطاعة ، تضمنت أن قضايا الأحوال الشخصية يحكمها المنصوص عليه فى كتب الفقه الإسلامى ويرجع فى ذلك إلى كتب المذهب الحنبلي ، بما مفاده أن المذهب الحنبلي هو الواجب التطبيق فى شأن الحضانة إذا كان الأب

تابع حكم الطعن بالتمييز رقم : ٢٠٠٤/١٥٤ أحوال شخصية

سعودي الجنسية ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ، ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ، ونقول بيانا لذلك ، إن الثابت من عقد زواجها أنها تزوجت بتاريخ ٢٠٠١/٧/٣٠ . بينما أقام المطعون ضده دعواه بتاريخ ٢٠٠٣/٢/٢ بعد مضي أكثر من سنة من علمه بهذا الزواج بما يسقط حقه في ضم بنتيه إليه عملا بالمادة ١٩١ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية ، وإذ لم يطبق الحكم هذا النص ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك بأن المذهب الحنبلي هو الواجب التطبيق على الدعوى الماثلة على نحو ما سلف ، ولم يتطلب هذا المذهب قيда زمنيا معيناً ترفع خلاله دعوى الضم ، فلا يرجع في ذلك إلى أحكام القانون الكويتي ، ومنها ما نصت عليه المادة ١٩١ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية من أنه إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحزون ودخل بها الزوج وسقطت حضانتها لهذا السبب فإن سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بلا عذر بعد علمه بالدخول يسقط حقه في الحضانة ، إذ أن هذا النص لا يسرى إلا إذا كان القانون الكويتي هو الواجب التطبيق ، ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب ، وفي بيان ذلك نقول ، إنها تمسكت بأن المطعون ضده غير أمين على بنتيه ، إذ أنه لا يملك مسكنا بالكويت وغاب عنهما وتركهما بلا نفقة ، واستصدرت ضده حكما بإلزامه بنفقة لهما لم تتمكن من تنفيذه ، إلا أن الحكم لم يمحس هذا الدفاع بالرد .

وحيث إن هذا النعي غير مقبول ، ذلك بأن من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن المحكمة لا تلتزم بالرد إلا على الدفاع الجوهرى الذي من شأنه - إن صح - أن يؤثر في النتيجة التي خلصت إليها ، ولا يعيب الحكم التفاته عن دفاع غير جوهري ، وكان ما تسوقه

تابع حكم الطعن بالتمييز رقم : ٢٠٠٤/١٥٤ أحوال شخصية

الطاعة - أي كان وجه الرأي فيه - لا يؤدي إلى انتفاء أمانة المطعون ضده على بنتيه ، ومن ثم فإن النعى يكون غير مقبول .

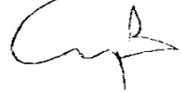
ولما تقدم ، يتعين رفض الطعن .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه وأنزمت الطاعة المصروفات مع مصادرة الكفالة .

رئيس الجلسة

أمين سر الجلسة



هذه القضية تختلف عن سابقتها من حيث تطبيق قانون الأحوال الشخصية السعودي عليها بدلاً من قانون الأحوال الشخصية الكويتي في قضية تخيير المحضون والسن التي يتم تخيير الصغير فيها، بسبب أن والد الطفلتين سعودي الجنسية، والمعتبر في تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي أنه يسري فيها قانون جنسية الأب في الولاية على النفس والحضانة^(١).

وتدور الأحداث حول حاضنة تزوجت بأجنبي عن ابنتيها المحضونتين لديها، وكان والد البنيتين سعودي الجنسية، الأمر الذي ألزم بتطبيق نصوص مذهب الحنابلة في قضايا الأحوال الشخصية السعودية، والقاضية بتخيير الغلام غير المعتوه بين أبويه إذا بلغ سبع سنين، فإن لم يختار أحدهما؛ أقرع بينهما، والمعتمد في الجارية أنها تكون عند الأب إذا بلغت سبع سنين^(٢).

وقد أقام الأب الدعوى ضد الأم التي تزوجت وفي حضانتها ابنتيها، فقضت المحكمة بإسقاط حضانة الأم، وضم البنيتين لوالدهما، فاستأنفت الأم هذا الحكم، وقضت محكمة الاستئناف بمثل الحكم الأول، ولما طعنت الأم في هذا الحكم بطريق التمييز؛ قضت محكمة التمييز برفض موضوع الطعن من الأم، وأبقت الطفلتين في حضانة والدهما السعودي.

(١) انظر المادة (٤٣) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وحكم

محكمة التمييز في الطعن رقم ٧٤/٣، جلسة ١١/٤/١٩٧٤م.

(٢) ينظر ماتقدم في ص/٢٩.

المراجع والمصادر

- القرآن الكريم.
- الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الأمدي.
- تعليق / عبدالرزاق عفيفي. طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية.
- إحكام الفصول في أحكام الأصول، سليمان بن خلف الباجي.
- تحقيق الدكتور/عبدالله محمد الجبوري. طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م.
- أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص.
- طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
- الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، د/أحمد الغندور.
- طبعة مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي.
- تحقيق / سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض. طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
- الأشباه والنظائر، عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي.
- مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر.
- إعلاء السنن، ظفر أحمد العثماني التهانوي.
- تحقيق /محمد تقي العثماني. طبعة إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، الطبعة الثالثة، ١٤١٥هـ.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر، ابنُ قيم الجوزية.
- تحقيق / طه عبدالرؤوف سعد. طبعة دار الجيل، بيروت.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان بن أحمد المرداوي.

تحقيق د/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي. طبعة دار هجر، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي. طبعة دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.
- البحرالمحيط في أصول الفقه، محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي. تحقيق/ عبدالقادر العاني، ومجموعة. منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ، ١٩٩٢م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبوبكر بن مسعود الكاساني. طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد. طبعة دار الفكر، بيروت.
- البناية في شرح الهداية، محمود بن أحمد العيني. علّق عليه /المولوي محمد عمر الرّامفوري، وحققه/كل حسن. المكتبة الرشيدية، الهند.
- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي. تحقيق/عبدالستار أحمد فراج، ومجموعة. مطبوعات وزارة الأعلام، الكويت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.
- التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية، محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد الإسكندري، المعروف بـ: الكمال بن الهمام. مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٥٠هـ، (مطبوع مع شرحه : تيسير التحرير).
- ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين، علوي بن أحمد السقاف. طبعة مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٧٤هـ، ١٩٥٥م.
- تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني. طبعة دار الكتاب العربي، بيروت.

- التلخيص، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي.
- منشورات مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب. (بذيل المستدرك للحاكم).
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني.
- عني به / عبدالله هاشم اليماني المدني. ١٣٨٤هـ، ١٩٦٤ م.
- تهذيب الأسماء واللغات، يحيى بن شرف النووي.
- طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
- تهذيب التهذيب، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني.
- طبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٢٧هـ.
- تيسير التحرير، محمد أمين، المعروف بـ: أمير بادشاه.
- مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٥٠هـ.
- الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي.
- مطبعة دار الكتب المصرية، الطبعة الثانية، ١٣٧٢هـ، ١٩٥٢ م.
- الجرح والتعديل، عبدالرحمن بن أبي حاتم الرازي.
- طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٧١هـ، ١٩٥٢ م.
- الجواهر النقي، علي بن عثمان المارديني، المعروف بـ: ابن التركماني.
- طبعة دار المعرفة، بيروت، (مطبوع بذيل السنن الكبرى للبيهقي).
- حاشية البجيرمي على المنهج المسماة: التجريد لنفع العبيد، سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي.
- طبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة، ١٣٦٩هـ، ١٩٥٠ م.
- حاشية ابن عابدين المسماة: رد المحتار على الدر المختار، محمد الأمين، المعروف بـ: ابن عابدين.
- طبعة دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦ م.

- حاشية الصاوي، أحمد بن محمد الصاوي المالكي.
مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر (مطبوع بذيل الشرح الصغير).
- الحاوي الكبير، علي بن محمد بن حبيب الماوردي.
تحقيق الدكتور/محمود مطرجي، ومجموعة. طبعة دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
- حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، عبد الحميد الشرواني.
دار صادر، بيروت.
- زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر الزرعي، المعروف بـ:
ابن قيم الجوزية.
تحقيق/شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط. طبعة مؤسسة الرسالة،
بيروت، الطبعة الخامسة عشر، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.
- سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني.
طبعة دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني.
تحقيق /محمد عوامة. طبعة دار القبة للثقافة الإسلامية، جدة، ومؤسسة
الريان، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
- سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي.
تحقيق /أحمد محمد شاكر. طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- سنن سعيد بن منصور.
تحقيق/حبيب الرحمن الأعظمي. طبعة دار الكتب العلمية، بيروت.
- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين البيهقي.
طبعة دار المعرفة، بيروت، (مصورة عن طبعة مجلس دائرة المعارف
العثمانية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٥٥هـ).
- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني.
تحقيق/محمد فؤاد عبد الباقي. طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت،
١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م.

- سنن النسائي (الصغرى)، عبدالرحمن بن شعيب النسائي.
تحقيق/عبدالفتاح أبوغده. طبعة مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ، (مصورة عن الطبعة المنيرية، القاهرة).
- الشرح الصغير، أحمد بن محمد بن أحمد الدردير.
مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر.
- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري.
تحقيق/محمد فؤاد عبدالباقي، ومحب الدين الخطيب. طبعة دار الفكر، بيروت، (مطبوع مع فتح الباري).
- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري.
طبعة دار السلام، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني.
تحقيق/محمد فؤاد عبدالباقي، ومحب الدين الخطيب. طبعة دار الفكر، بيروت.
- الفروق، أحمد بن إدريس القرافي.
طبعة دار المعرفة، بيروت.
- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، عبدعلي محمد بن نظام الدين الأنصاري.
المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٢٢هـ، (مطبوع بذيّل المستصفى للغزالي).
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي.
إدارة الفتوى والتشريع، مجلس الوزراء الكويتي. مطبعة ٢٥ فبراير، الطبعة السادسة، ٢٠٠٤ م.
- القواعد والفوائد الأصولية، علي بن عباس البعلي.
تحقيق/محمد حامد الفقي. طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣ هـ، ١٩٨٣ م.
- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبدالعزيز بن أحمد البخاري.
تحقيق / محمد المعتصم بالله البغدادي. طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ، ١٩٩١ م.

- كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، علي بن خلف المنوفي. تحقيق/أحمد حمدي إمام، وأشرف على طبعه وراجعته /علي الهاشمي. مطبعة المدني، مصر، الطبعة الأولى، ١٤٠٧ هـ، ١٩٨٧ م.
- الكليات، أيوب بن موسى الكفوي. تحقيق/ عدنان درويش، ومحمد المصري. منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، دمشق، ١٩٨١ م.
- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي. طبعة دار صادر، بيروت.
- المبدع، إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي. طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠ هـ.
- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي. مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٢٤ هـ.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي. طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢ م.
- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، أحمد بن عبدالحليم. جمع وترتيب/عبدالرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، وابنه : محمد. مطابع الرياض، الطبعة الأولى، ١٣٨١ هـ.
- المحلّى، علي بن أحمد بن حزم. تحقيق/زيدان أبوالمكارم حسن، وحسن زيدان طلبه. طبعة مكتبة الجمهورية العربية، مصر، ١٣٨٧ هـ، ١٩٦٧ م.
- المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبدالله الحاكم. منشورات مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب.
- المسند، أحمد بن حنبل. أشرف على إخراج الكتاب د/عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ومجموعة، طبعة مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ، ١٩٩٣ م.

- المصنف، عبدالرزاق بن همام الصنعاني. تحقيق / حبيب الرحمن الأعظمي. طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.
- المصنف، عبدالله بن محمد بن أبي شيبة. تحقيق/ محمد عوّامة. طبعة دار القبلة، جدة، ومؤسسة علوم القرآن، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.
- معجم البلدان، ياقوت بن عبدالله الحموي. طبعة دار صادر، بيروت، ١٣٩٧هـ، ١٩٧٧م.
- المغرب في ترتيب المعرب، ناصر بن عبدالسيد المطرزي. طبعة دار الكتاب العربي، بيروت.
- المغني، عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة. تحقيق د/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي، د/ عبدالفتاح الحلو. طبعة دار هجر، مصر، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الشربيني الخطيب. مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٧هـ، ١٩٥٨م.
- مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا. تحقيق / عبدالسلام هارون. طبعة دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ، ١٩٩١م.
- المنثور في القواعد، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي. تحقيق / تيسير فائق أحمد. منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
- الموافقات في أصول الشريعة، إبراهيم بن موسى الشاطبي. تحقيق وشرح/ عبدالله دراز. طبعة دار المعرفة، بيروت.
- الموسوعة الفقهية الكويتية. منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

- الموطأ، مالك بن أنس.
- تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي. طبعة دار إحياء الكتب العربية.
- نصب الراية لأحاديث الهداية، عبدالله بن يوسف الزيلعي.
- طبعة دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية (مصورة عن نسخة إدارة المجلس العلمي، الهند).
- نهاية الوصول في دراية الأصول، محمد بن عبدالرحيم الأرموي الهندي.
- تحقيق د/ صالح بن سليمان اليوسف، د/ سعد بن سالم السويح. طبعة المكتبة التجارية، مكة، الطبعة الأولى.
- الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبدالجليل المرغيناني.
- طبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأخيرة.

