



الأزهر الشريف
هيئة كبار العلماء
الأمانة العامة

رد هيئة كبار العلماء
بخصوص دعوى الدستورية عن
سن الحضانة وترتيب المستحقين للحضانة

اعداد

الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد الأستاذ/ مدير الإدارة العامة للقضايا التابعة للإدارة المركزية للشؤون القانونية
السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، أما بعد:

فإنه ردًا على خطابكم بخصوص إعداد مذكرة شرعية شارحة لموضوع الدعوى رقم (5) لسنة 47 ق دستورية عليا، والمقامة من/ محمد سيد حسين علي، ضد/ فضيلة الأمام الأكبر وأخريين؛ بشأن الطعن على المادة رقم (20) من القانون رقم (25) لسنة 1929م، والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م، فإننا نفيد بما يلي:

الجواب المختصر

نعي الطاعن على المادة رقم 20 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 أنها تخالف الشريعة الإسلامية في حكمين:

الحكم الأول: تحديد من الخصماء بين الخامسة عشرة.

الحكم الثاني: يتعلق بترتيب المستحقين للحضانة على النحو المذكور في المادة، وطلب الطاعن تغيير مدين الحكمين؛ لمخالفتهما للمادة الثانية من الدستور، التي تنص على أن الإسلام دين الدولة، وأن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع.

رأي الأزهر الشريف: هذان الحكمان من المسائل الخلافية، وقد أخذ القانون في سن الحضانة برأي السادة المالكية، وأخذ في ترتيب المستحقين للحضانة برأي جمهور الفقهاء، ومنهم السادة الحنفية، ويرى الأزهر الشريف أن هاتين المسألتين من المسائل الظنية التي تقبل الاختلاف، وأن الترجيح بين الآراء ينبغي أن تراعى فيه الأبعاد النفسية والاجتماعية والتربوية، مع مراجعة الإحصاءات الصادر عن المراكز المختصة ومؤسسات الأبحاث المعنية بهذا الشأن.

التفصيل

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، وبعد:
فإن الأحكام النوقية منها ما هو قطعي، لا يقبل فيه خلاف ألبتة؛ كأنصبة المواريث، ومنها ما هو ظني اجتهادي، يقبل فيه خلاف من حيث الجملة، والطعن الموجه للمادة المذكور من النوع الثاني، ويراعى في الترجيح بين المسائل الخلافية قواعد الترجيح المعتمدة بين العلماء المختصين، ومنها تحقيق مصالح العباد.

ويحسن بنا قبل التطرق لموضوع الدعوى أن ننبه على بيان المقصد الشرعي من الحضانة في الإسلام، وهو رعاية الطفل، وحفظه من أسباب الضياع؛ حتى ينشأ في المجتمع



نشأة صالحة، فإن أخل الحاضن بهذا المقصد سلب منه حق الحضانة، يقول الكاساني الحنفي: «إذا كان الصغير جارية، فلا بد أن يكون الحاضن ممن يؤتمن عليها، فإن كان لا يؤتمن لفسده، وإلغائه؛ لم يكن له فيها حق، لأن في كفالتها لها ضرراً عليها، وهذه ولاية نظير، فلا تثبت مع الضرر»¹.

ويقول ابن عابدين الحنفي أيضاً: «ينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة؛ ليراعي الأصلاح للولد، فإنه قد يكون له قريب مريض له يتمى موته، ويكون زوج أمه مشغولاً عليه، يبرئ عليه فراقه، فيريد قريبه أخذه منها؛ ليؤديه وإلزاماً، أو يأكل من ثمنه، أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة تؤديه أضعاف ما يؤديه زوج أمه الأخ، وقد يكون له أولاد ينشئ على البيت منهم الفتنة؛ لسكنائها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعها من أمه؛ لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد»².

وعن سعيد بن الخارث قال: «اختصم غم وغان إلى شريح في طفل، فقضى به للغان، فقال الغان: أنا أنفق عليه من مالي، فدفعه إليه شريح»³.
فالمعنى الذي نؤكد: أنه ينبغي ألا تتخذ مسألة الحضانة ذريعة لتصفية الخصومات بين الزوجين اللذين انفصلا، وينبغي أن تغلب مصلحة الطفل أولاً.
أولاً: مسألة سن الحضانة:

نص قانون الحضانة مادة رقم 20 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985م: «ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذا السن في البقاء في يد الحاضنة، وذلك حتى يبلغ سن الرشد، وحتى تتزوج الصغيرة».

الرأي الشرعي:

لم يرد في النصوص الشرعية تحديد معين لانتهاء سن الحضانة في حق المحضون، وإنما ورد بيان نبوي يتعلق بأمد استحقاق الحاضنة لحضانة طفلها:

«فمن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عند الله بن عمرو، أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وقطني له سقاء، وخجري له جواء، وإن أباه طلقني،

¹ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (4/ 43).

² الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (3/ 565).

³ زاد المعاد في هدي خير العباد (5/ 394).

وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَرِغَهُ مَيْسِي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مِنْ أَلَمِ تَنْكِحِي»⁴.

غَيْرَ أَنَّهُ جَاءَ فِي قَضَاءِ مَسْئَلَتِنَا أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ حَقَّ الْحَضَانَةِ يَنْتَهِي بِاعْتِمَادِ الصَّبِيِّ عَلَى نَفْسِهِ، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ قَالَ: طَلَّقَ خُمَيْرُ بْنُ الْخَطَّابِ ابْنَةَ الْأَنْصَارِيِّتِ أُمَّ ابْنِهِ عَامِسَ، فَلَمَّا تَحَبَّلَتْ بِخُسَيْرٍ، وَلَيْتِيهِ قَدْ قُبِلَتْ وَهَشَى، فَأَخَذَ يَتَرَدَّدُ لِيَنْتَرِغَهُ بِشَأْنِهَا، وَتَوَارَعَتْ إِيَّاهُ حَتَّى أَوْجَعَ الْغُلَامَ وَيَكِي، وَقَالَ: أَنَا أَحَقُّ بِإِبْنِي مِنْكَ.

فَاخْتَصَمَا إِلَى أَبِي بَكْرٍ، فَحُكِيَ لَهَا بِهِ، وَقَالَ: «رِيحُهَا وَخَرُفُهَا وَفَرْقُهَا خَيْرٌ لَكَ مِنْكَ، حَتَّى يَثْبُتَ وَيُخْتَارَ لِنَفْسِهِ»⁵.

وَقَدْ اخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي تَحْدِيدِ انْتِهَاءِ مَسْئَلَةِ الْحَضَانَةِ؛ وَاخْتَلَفَتْهُمْ مَبْنَى عَلَى النَّظَرِ فِي مَصْلَحَةِ الطِّفْلِ:

فَعِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ: رَهْنُ الْحَضَانَةِ لِلْغُلَامِ حَتَّى يَسْتَغْنِيَ عَنِ الْأُمِّ، وَأَمَّا الْأَنْثَى فَإِلَى وَقْتُ الْحَيْضِ أَوْ الْبُلُوغِ، وَلَا يَتَوَرَّعُ وَاحِدُهُمَا⁽⁶⁾.

وَعِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ: الْأُمُّ أَحَقُّ بِالْغُلَامِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ، وَبِالْجَارِيَةِ إِلَى أَنْ تَتَزَوَّجَ وَيَدْخُلَ بِهَا الزَّوْجُ⁽⁷⁾.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ: الْأُمُّ أَحَقُّ بِهِمَا إِلَى أَنْ يَبْلُغَا، وَيَبْلُغَا سَبْعَ سِنِينَ، ثُمَّ يَخْتَارُ⁸.
وَعِنْدَ الْحَنَابِلَةِ: الْأُمُّ أَحَقُّ بِالْغُلَامِ إِلَى سَبْعَ سِنِينَ، فَإِذَا كَانَ عَاقِلًا خَيْرَ بَيْنِ أَبَوَيْهِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَقِيلَ إِلَى أَنْ يَأْكُلَ وَيَشْرَبَ وَيَتَوَضَّأَ وَيَلْبَسَ وَحْدَهُ، ثُمَّ يَخِيرُ، وَالْجَارِيَةُ إِلَى أَنْ تَبْلُغَ سَبْعَ سِنَوَاتٍ⁹.

الْخُلَاصَةُ: أَنَّ الْمَسْأَلَةَ اجْتِهَادِيَّةٌ، مَبْنِيَّةٌ عَلَى النَّظَرِ: وَلَا مَنَاحَ مِنْ تَجْدِيدِ الْاجْتِهَادِ فِيهَا، وَاخْتِيَارَ مَا يَنْأَسِبُ الْمَجْتَمَعَ.

⁴ مَسْنَدُ أَبِي دَاوُدَ (2/ 251).

⁵ مُصَنَّفُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ الصَّنْعَانِيِّ (7/ 154).

⁶ الْمَبْسُوطُ 5/ 207، بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ 4/ 42، الْبَنَاءُ شَرْحُ الْبَيْدِيَّةِ 5/ 477 - 479، الدَّرُ الْمَخْتَارُ 4/ 595، رَدُ الْمَخْتَارِ 3/ 596.

⁷ الْمَفْتَى شَرْحُ الْمُوطَأِ لِلْبَاجِي 6/ 185، الْقَوَانِينُ الْفَقْهِيَّةُ ص 194.

⁸ الْحَاوِي الْكَبِيرُ 15/ 101، الْمَجْمُوعُ 18/ 389، مَشْنَعِي الْحَتَّاجِ 5/ 198.

⁹ الْمَبْدَعُ 8/ 237، الْفُرُوعُ 5/ 619، الْإِسْلَامُ 24/ 331 - 335.

الرأي: أن يعتمد المشرع في تحديد سن الحضانة على المختصين من علم الاجتماع، وبعد أخذ رأي ذوي الاختصاص في: محاكم الأسرة، وجمعيات رعاية الطفل، ونحو ذلك؛ لاختيار القول الذي يتناسب مع حال المجتمع.

المسألة الثانية: ترتيب المستحقين للحضانة:

نص المادة: «ثبت الحق في الحضانة للأم، ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب الآتي: الأم، فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخ الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المذكور في الأخوات، فبنت الأخت لأب؛ فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالخالات الأم بالترتيب المذكور، فالخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء، أو لم يكن منهن، أهل للحضانة، أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال، بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي:

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم. الرأي الشرعي في ترتيب المستحقين للحضانة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أن أم الطفل أحق بالحضانة ما دامت أهلاً لها، واختلفوا في ترتيب المستحقين للحضانة بعد الأم.

أولاً: حضانة الأم لطفلها:

اتفق الفقهاء على أن أحق الناس بحضانة الطفل أمه ما لم تتزوج بأجنبي عن الطفل؛ لأن الأم أقرب إليه، وأشفق وأحن عليه. قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل، أن الأم أحق به ما لم تتكح»¹⁰.



¹⁰ الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (171/5).

ومستند الإجماع في هذه المسألة الكتاب والسنة:

أ- من الكتاب:

1- قوله تعالى: {فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ} (12) فَرَدَّدْنَاهُ إِلَىٰ أُمِّهِ كَيْ تَنْزَرَ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَلِتَلْمِزْنَهُ أَنْ وَعَدَ اللَّهُ حَقًّا وَلَكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ} [القصاص: 12، 13].

وجه الدلالة من الآية: صرحت الآية بأن المعني بكفالة الطفل أمه، والآية - وإن كانت تحكي حال موسى عليه السلام إلا أنها - تدل بطريق الإشارة على أن المعني بحضانة الطفل أمه، وهذا كقولنا بالاستدلال به هنا، كيف وقد تعضد هذا الحكم بأدلة أخرى.

2- قوله تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ} [البقرة: 233].
وجه الدلالة من الآية: يستدل بهذه الآية على أن الحضانة للأم؛ لكونها المرضعة خلال الحولين.

ب- من السنة:

ما رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباها طلقني، فأراد أن ينزعه مني؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تنكحي»¹¹.

وجه الدلالة من الحديث: الحديث نص في المسألة على أحقية الأم بالحضانة ما لم تنكح.
ثانياً: ترتيب المستحقين للحضانة بعد الأم:

عند عدم وجود الأم حقيقة بوفاتها، أو حكماً بزوال الحضانة منها لأي سبب من الأسباب؛ كتنازلها، أو زواجها من أجنبي عن الطفل، أو لم تكن صالحة للحضانة، فمن أحق بالحضانة بعدها؟

هذه مسألة خلافية، اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة:
القول الأول: يرى أصحابه أن الأحق بالحضانة بعد الأم: أم الأم. وهو مذهب الجمهور من الحنفية¹²، والمالكية¹³، والشافعية¹⁴، والمشهور عند الحنابلة¹⁵.

¹¹ رواه أبو داود في سننه رقم (2276) (283/2) وسكت عنه، ومعلوم أن ما سكت عنه أبو داود فهو صالح للاحتجاج.

¹² المبسوط 5/210، بدائع الصنائع 4/42، البداية شرح الهداية 5/474.

القول الثاني: يرى أصحابه أن الأب أحق بالحضانة بعد الأم. وهو رواية عند الإمام أحمد: قال ابن قدامة: «وعنه أي الإمام أحمد - أن أميات الأب، أولى من أميات الأم؛ لأنهن يدلن بعصبة، فعلى هذا يكون الأب بعد الأم، ثم أمهات، ثم أميات الأم»¹⁶، واختارها ابن

تيمية¹⁷، وتلميذه ابن القيم¹⁸.
قال ابن تيمية: «مُجْتَمَعُ أَصُولِ الشَّرْعِ إِنَّمَا يُقَدِّمُ أَقْرَبَ الْأَبِّ فِي الْمِيرَاثِ وَالْعَقْدِ وَالنَّفَقَةِ وَرِلَايَةِ
الْمَوْتِ وَالْمَالِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَلَمْ يُقَدِّمِ الشَّارِعُ قَرَابَةَ الْأُمِّ فِي حُكْمِ مِنَ الْأَحْكَامِ، فَمَنْ قَدَّمَ هُنَّ فِي
الْحَصَانَةِ خَالَفَ أَصُولَ الشَّرِيعَةِ، وَلَكِنْ قَدَّمَ الْأُمَّ لِأَنَّهَا أَمْرَأَةٌ، وَجِئْتُ النِّسَاءَ فِي الْخَصَانَةِ
مُقَدَّمَاتٍ عَلَى الرِّجَالِ»¹⁹.

وقال ابن القيم: «لما كانت الحضانة ولاية تَعْتَمِدُ الشَّفَقَةَ وَالرَّبِّيَّةَ وَالْمِلَاطِفَةَ، كَانَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهَا أَقْوَمُهُمْ بِمِيزَةِ الصِّفَاتِ، وَهُمْ أَقَارِبُهُ، بِمَقْدَمِ مِنْهُمْ أَقْرَبُهُمْ إِلَيْهِ، وَأَقْوَمُهُمْ بِصِفَاتِ الْحَضَانَةِ، فَإِنْ اجْتَمَعَ مِنْهُمْ اثْنَانِ فَصَاعِدًا، فَإِنَّ السُّقُوتَ ذَرَجَتُهُمْ فَيَمُتِ الْأُنثَى عَلَى الذَّكَرِ»²⁰، وعليه فلما كان الأب والأم في درجة قرابة واحدة من الملائكة قدمت الأم، ثم يليها في الترتيب الأب.

القول الثالث: ذهب ابن حزم إلى أن الحضانة بعد الأم الأصلح للطفل في دينه، ثم الأنفع له في دنياه، فإن تساوا فالأنفع في دنياه، فإن استوا فالأم والجدة، ثم الأب والجدة، ثم الأخ والأخت، ثم الأقرب فالأقرب.

13. الكافي في فقه أهل المدينة ص 296، الخريفي على مختصر خليل 4/ 208، المنقلى شرح الموطأ 6/ 188، حاشية السوئي 2/ 527، مواهب الجليل 5/ 595، منح الجليل 4/ 422، بلغة المالك 1/ 528.
14. الحاوي الكبير 15/ 118، المجموع 18/ 328، 331، 332، مغني المحتاج 5/ 192، نهاية المحتاج 7/ 226، 229.
15. المغني 11/ 426، الكافي 3/ 381، الشرح الكبير للمقدسي 24/ 457، 458، شرح الزركشي 6/ 35، الفروع 5/ 614، المبدع 8/ 231، الإنصاف 24/ 457، منتهى الإرادات 4/ 471، كشف القناع 5/ 496 - 497.

16 الكافي في فقه الإمام أحمد (3/ 244).

¹⁷ مجموع الفتاوى لابن تيمية (34/ 122).

¹⁸ زاد المعداد في هندي خبز العباد (5/395).

19 مجموع الفتاوي (123/34)

²⁰ راد المتاد في مدي خير العباد (402/5).

قال ابن حزم: «فإن لم تكن الأم مأمونة في دينها ودنياها نظر الصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فحيثما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين وجبت هنالك عند الأب، أو الأخ، أو الأخت، أو العمّة، أو الجدة، أو العم، أو الخال، وذو الرحم أولى من غيرهم بكل حال، والدين مغلب على الدنيا»²¹.

ثم قال: «فإن استؤوا في صلاح الحال: فالأم والجدة، ثم الأب والجدة، ثم الأخ والأخت، ثم الأقرب فالأقرب»²².

والفرق بين مذهب ابن حزم ومذهب الجمهور: أنه بناء على مذهب الجمهور لا يجوز انتزاع الحضانة من أم الأم إلى من يليها في الترتيب، إلا إن كانت أم الأم غير صالحة للحضانة، فهي أولى بالحضانة، حتى وإن كان غيرها أصح منها؛ أما ابن حزم فيجعل ما سوى الأم من الأقارب متأهلاً للحضانة إن توافرت مصلحة الطفل معه، فإن تساوا تعين الترتيب كما هو مذهب الجمهور، قال: «فإن استؤوا في صلاح الحال: فالأم والجدة، ثم الأب والجدة، ثم الأخ والأخت، ثم الأقرب فالأقرب».

الأدلة:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من انتقال الحضانة من الأم إلى أم الأم بما يأتي:
- ما رواه الإمام مالك في الموطأ، عن القاسم بن محمد أنه قال: «كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار، فولدت له عاصمًا، ثم إن عمر فارقها؛ فجاء عمر إلى قباء، فوجد ابنه عاصمًا يلعب بفناء المسجد، فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام، فنازعته إياد، حتى أتيا أبا بكر الصديق، فقال عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر: خل بينها وبينه. فما راجعه عمر»²³.

ووجه الدلالة من هذا الأثر: أن أبا بكر رضي الله عنه قضى بإسداد الحضانة لأم الأم، ولم يسمح لعمر رضي الله عنه بأخذ الطفل، وقد رضي عمر رضي الله عنه بقضاء أبي بكر رضي الله عنه بحضانة الغلام لجدة.

قال ابن عبد البر معلقاً على هذا الأثر: «وفيه دليل على أن عمر كان مذهبه في ذلك خلاف مذهب أبي بكر، ولكنه سلم بالقضاء ممن له الحكم والمضاء، ثم كان بعد في خلافته

²¹ المحلى بالآثار (10/143).

²² المحلى بالآثار (10/143).

²³ موطأ الإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى، (2/317).

يُقَضَى بِهِ وَيُقْتَبَى، وَلَمْ يُخَالَفْ أَبَا بَكْرٍ فِي شَيْءٍ مِنْهُ مَا دَامَ الصَّبِيُّ صَبِيحًا لَا يُمَيِّزُ، وَلَا مُخَالَفَ لِهَمَّا مِنَ الصَّخَابَةِ»²⁴.

وإنما قضى أبو بكر رضي الله عنه بانتقال الحضانة لأم الأم؛ لأن أم الطفل كانت متزوجة من أجنبي، وأخرج البيهقي هذا الأثر في سننه وفيه: «وَأُمُّ عَاصِمٍ يُؤْتِيهِ حَيْثُ مَتْرُوجَةٌ»²⁵.

ومن المحقول:

1- أن الأصل في الحضانة اختصاصها بالنساء؛ لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، فتحتمل في ذلك من المشقة ما لا يحتمله الأب، وفي تفويض الحضانة إليها زيادة منفعة للولد.

2- أن أم الأم هي تحقق الولادة والبراث ومعرفة الحضانة؛ فهي أولى بالحضانة.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني - والذين قلنا بأن الأب في المرتبة الثانية بعد الأم - بما يأتي:

1- أن الأم إنما قدمت؛ لكونها أنثى، لا لتفوقها على الأب، لأن كان جهتها راجحة لترجح رجالها ونسائها على الرجال والنساء من جهة الأب، ولما لم يترجح رجالها اتفاقاً فكذلك النساء، وما الفرق المميز؟!

2- وأيضاً فإن أصول الشرع وقواعده شاهدة بتقديم أقارب الأم، في الميراث، وولاية النكاح، وولاية الموت، وغير ذلك، ولم يُعْهَدْ في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام، فمن قدمها في الحضانة فقد خرج عن موجب الدليل²⁶.

3- أن مصلحة المحضون هي المغلبة في الحضانة، وحيث إن الواقع الآن يشهد أن الأب أحسن على أطفاله وأقدر على القيام بمصالحهم من قرابة الأم فينبغي أن تكون الحضانة إليه.

دليل القول الثالث:

• استدل ابن حزم على ما ذهب إليه من تأمل أقارب الطفل للحضانة بعموم قوله تعالى: {وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ} [الأنفال: 75]²⁷.

²⁴ الاستذكار (7/ 289).

²⁵ السنن الكبرى للبيهقي (7/ 8).

²⁶ زاد المعاد في هدي خير العباد (5/ 393).

«استدل على التقديم بالأصلح في الدين بقوله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ} [المائدة: 2]. وقوله تعالى: {كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ} [النساء: 135]. وقوله تعالى: {وَذَرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ} [الأنعام: 120].

وقال: «من ترك الصغير والصغيرة حيث يدر بان على سماع الكفر، ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعلى ترك الصلاة، والأكل في رمضان، وشرب الخمر والأنس اليها، حتى يسهل عليهما شرائع الكفر، أو على صحبة من لا خير فيه، والإنحياز على البلاء - فقد عاون على الإثم والعدوان، ولم يعاون على البر والتقوى، ولم يحم القصد ولا ترك ظاهر الإثم وباطنه، وهذا حرام ومعصية»²⁸.

واستدل على تقديم الأصلح في الدنيا بعد المساوي في صلاح الدين بعموم قوله تعالى: {وَبِالْأَنْفُسِ الْإِحْسَانِ وَبِذِي الْقُرْبَى} [النساء: 36].

وكرر الأصلح في الدنيا أن يكون آمناً في عيشه، ومطعمه وملبسه، ومركبه وخدمته، وبره وإكرامه، والامتنان به إحسان إلى الصغير والصغيرة، فواجب أن يراعى بعد الدين.

القول المختار:

القول بانتقال الحضانة إلى الأب مباشرة بعد الأم؛ لما يأتي:

1- أن تصرفات ولي الأمر منوطة بالمصلحة، فحيثما تكبر المصلحة فثم شرع الله، وإذا كانت المسألة اجتهادية فعليه أن يختار من الأقوال ما فيه مصلحة الصغير، وإذا كان الوضع الاجتماعي الآن انشغال كل واحد بنفسه وأسرته الضيقة، وضعف الروابط الأسرية التي كانت قديماً لا تسمح بضياح طفل يتيم، أو يتربى بعيداً عن أبيه، فإن الواقع الآن على ذلك تماماً، وقد انتبه لهذا الأمر المشرع المصري، حيث اختار إعطاء الأحفاد من التركة وصية واجبة؛ مراعاة لضعف الروابط الاجتماعية، وما نتج عنها من تخلي عن المسؤولية، واتساقاً مع هذا المبدأ ينبغي جعل الحضانة بيد الأب مباشرة بعد الأم.

2- أن الشريعة قد جعلت على الطفل ولايتان: ولاية حضانة ورضاع، وولاية نفقة.

²⁷ المحلى بالآثار (10/143).

²⁸ المرجع السابق نفس الصفحة.

ولاية الحضانة مناسبة لأم الطفل المباشرة؛ لما جبلها الله عليه من تحمل أعباء التربية والرعاية، لا سيما في هذه العصور، التي صارت التربية فيها شاقة ومجتهدة للآم الشابة الصبور، فما بالناس بأمها! التي غالباً ما تكون مشغولة بأمراض الشيخوخة، وتضعف عن مراعاة أحفادها، فضلاً عن الخالة، التي لا تتوافر فيها نفس مشاعر الأم، وعندها يضيع الطفل، ولا يتحقق المعنى المقصود من الحضانة، ثم إن الأب الذي يتولى الإنفاق على طفله هو أحرص الناس على رعاية طفله، الذي يحمل اسمه، فكما أن الغنم بالنرم، فكذلك ينبغي أن تكون الرعاية المعنوية (الحضانة) بيد الأب، كما أن الرعاية المادية (النفقة) بيده أيضاً.

3- يجب عن الاستئذان من القضاء سيدنا أبي بكر باحتمال أن يكون عمر رضي الله عنه تنازل طوعية فيكون إقرار الطفل في حضانة أم الأم صلحاء، أو تكون جدته لأمه في هذه الواقعة

أصلح له كما هو مذهب ابن حزم.

وبناء على ما سبق: فإن المادة المطعون عليها لا يمكن القول بأنها تخالف الشريعة الإسلامية مخالفة جازمة؛ إذ المادة قد اعتمدت في حكمها على أقوال معتبرة في الجملة، وإن كان الطاعن مُحِقَّ في أن هذه الاختيارات محل نظر، فإن الصواب والأرجح إعادة النظر في هذه الاختيارات لمسايرة الواقع الاجتماعي الآن، بعد أن أراء التربويين والمختصين بشأن الأسرة.

أمين عام

هيئة كبار العلماء

(أ.د/ عباس شومان)

