مسائل في ولاية المرأة
في ضوء الفقه المقارن ومقاصد الشريعة

الدكتورة
لعناني عربية

الدكتورة لعناني عربية

مسائل في ولاية المرأة
في ضوء الفقه المقارن ومقاصد الشريعة

9 789931 890249

الإيداع القانوني: جوان 2023

ر د مك: 978-9931-890-24-9

مسائل في ولاية المرأة في ضوء الفقه المقارن ومقاصد الشريعة

منشورات أمرا
راس الجبل حسين

مسائل في ولاية المرأة

في ضوء الفقه المقارن ومقاصد الشريعة

مسائل في ولاية المرأة

في ضوء الفقه المقارن ومقاصد الشريعة

الدكتورة: لعناني عربية

منشورات أمرا
راس الجبل حسين

بسم الله الرحمن الرحيم

كل الحقوق محفوظة

العنوان: مسائل في ولاية المرأة في ضوء الفقه المقارن ومقاصد الشريعة.

المؤلف: لعناني عربية.

الحجم: 14/20 سم.

عدد الصفحات: 142 صفحة.

الطبعة الأولى : 1444/2023هـ

الناشر : مؤسسة حسين راس الجبل للنشر والتوزيع،

حي فيلالي عمارة ب رقم 3 قسنطينة- الجزائر.

هاتف\فاكس: 0021331925165 جوال: 00213797964157

البريد الإلكتروني: E-mail :hoikraa@gmail.com

© **مؤسسة حسين راس الجبل للنشر والتوزيع.**

ردمك: 978-9931-890 -24- 9

الإيداع القانوني: جوان 2023

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى والدي الكريم –رحمه الله تعالى- الذي أسأل الله أن يثيبه بثمرة هذا العمل في آخرته جزاء لسعيه، وأن يسكنه الفردوس أعلى درجات جنته.

وإلى والدتي الكريمة، أطال الله في عمرها، وقد كانت لي أول معلم، وإلى علو الهمة وتعاليم الدين وأخلاقه القرآن أكبر مرشد وملزم، وإلى حب الله ورسوله أفضل ملهم، وفي إخراج هذا الكتاب خير معين وخير محسن.

وإلى زوجي الكريم، خير السند الذي لا يطوى عن الذكر شكره، ولا ينسى فضله في توفير الأجواء المناسبة لتحمل عبء تحرير الكتاب وإخراجه.

إلى بناتي الحبيبات: إكرام، إخلاص، إيمان، إيثار، أسأل الله أن يجعلهن من خير النساء اللائي يهدي بهن الحيارى، ويكرم بهن خلقا في جنته خير إكرام.

وإلى إخوتي وأخواتي الكرام

أهدي هذا العمل

مقدمة:

بسم الله، والحمد لله الذي له الولاية وحده، وهو الولي النصير، وصلى الله وسلم على البشير النذير، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين:

وبعد:

لم يدع الشارع الحكيم جانبا، ولا حالة في حياة الناس إلا وشرع لها ما يحقق لها المصالح ويدفع عنها المفاسد، مستغرقا بذلك كل أنواع التصرف، سواء ما تعلق منها بالأنفس والأعراض أو الأموال وغيرها، وجعل من هذه التصرفات ما هو واجب وغير واجب، لتلبية مصالح الخلق، وقد اقتضت إرادة الله ضرورة احتياج بعض من الخلق إلى بعض آخر منه ليتولى شؤونه، ويدبر أموره، فناسب هذا ما قرره الشارع من حيث أنه أسند كل ولاية لمن هو أصلح لها وأقدر عليها.

وإذا كانت الولاية لا تقوم إلا بمعرفة الأصلح لها، فإن ذلك يقتضي أولا معرفة مقصود الولاية ومعرفة الوسيلة الموصلة إليه [1].

والأصل في الولاية أنها لله وحده، ولتحقيق الخلافة في الأرض فقد خلق الإنسان ليستخلفه فيها بولاية التصرف والتدبير، وجعله فيها وليا ومولى عليه، يتصرف وفقا ما شرعه-سبحانه وتعالى- من أحكام وضوابط، ليقيم المصالح بحسب طاقته وأهليته وما فطره الله عليه من استعدادات للقيام

(1) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية: مجموع الفتاوى، تحقيق أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، ط3، (1426هـ-2005م)، ج28، ص260.

بشؤون كل من تعلقت له به مصلحة، ومن لم يستطع منهم تصرفا أو ولاية تركها إلى من يستطيعها؛ لأن الولاية لا بد فيها من القدرة على أداء الواجب وفعله بحسب تلك القدرة والإمكان، وقد قال الشاطبي: "فمن كان قادرا على الولاية فهو مطلوب بإقامتها، ومن لا يقدر عليها مطلوب بأمر آخر وهو إقامة ذلك القادر"[1].

وكما هو معلوم، فإن كلي النفس من الضروريات التي إذا لم تحفظ اختل النظام الشرعي العام، ولم تجر حياة الناس على استقامة وانتظام، ولهذا فقد شرع الله -سبحانه وتعالى- لها ما يحفظها وجودا وعدما.

وللحفاظ على الأنفس فقد أوكل إلى الولي مهمة القيام بشؤون المولى عليه، ورعاية حقوقه الخاصة بشخصه، والنظر والتصرف فيها بما فيه حفظ له.

والمرأة في هذا الصدد لم تُعف من ذلك، فهي إلى جانب الرجل قد وليت أمورا كما ولي الرجل أمورا أخرى، ومنها ولايتها على النفس التي هي من الولاية خاصة، القسيم الثاني للولاية العامة، وهي مقدمة عليها.

فلقد أسند الشارع الحكيم إلى المرأة كثيرا من التصرفات ليس للرجل فيها حظ، ورتب عليها رعاية وتعهدا لكثير من الحقوق التي بمقتضاها يتم المحافظة على خُلُق الفرد، وكيان الأسرة، وتوازن المجتمع واستقراره، كما أعفاها من جزء منها قد أسنده إلى الرجل، وهذا توزيع حكيم من الله

(1) إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي: الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة- بيروت، (د.ط)، ج1، ص179.

سبحانه وتعالى، قد هيأ له في كل منهما من القوى الفطرية ما يناسبه، ورتب مصالح الخلق على أساسه.

وولاية المرأة على النفس هي ولاية تتعلق بحفظ حالة العجز المرافق للنفس، من بداية مرحلة الخلْق، إلى مرحلة انتهاء الولاية وارتفاعها.

وفي تتبع ما تركه الفقهاء من تراث حول هذا الموضوع ما يتطلب نظرا صحيحا فيه، وفيما استدلوا به لمعرفة ما تقتضيه من أحكام شرعية، تضبط تصرفات المرأة وتوجهها التوجيه الفطري السليم، وبما تتحملها طبيعتها التي فطرها الله عليها.

ولولاية المرأة على النفس أثر ملحوظ ومعتبر شرعا في بيان مدى أهليتها وقدرتها على التصرف.

فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن للمرأة ولاية الأفراد، والقيام على شؤونهم المختلفة، وأن لا ولاية لصغيرة ولا مجنونة ولا أمة، كما اتفقوا على النهي عن عدم منعهن من ذلك في كثير من التصرفات كالحضانة والرضاع.

غير أن أنظار الفقهاء قد اختلفت في تحديد مدى حرية المرأة في التصرف؛ فعلى مستوى ولايتها على نفسها، وفي ولاية النكاح بداية، قد ذهب فريق إلى جواز تصرفها وصحته، وفريق إلى رده وبطلانه، وفي الحضانة والرضاع قد اختلفوا في جبرها وعدم جبرها عليهما، وفي بيان شروط الحضانة وعودها إلى الحاضنة متى انتفت موانع الحضانة مطلقا أو بغير إطلاق، وفي ثبوت الرضاع لها ومنعها منه، بأجر وبغير أجر، زوجة كانت أو غير زوجة، مع بيان زمن انتهاء كل من الولايتين وأسباب انتهائها، وبيان عناية

الإسلام بالمرأة وما قصد إلى تحقيقه من خلال ما شرعه لها من أحكام ولايتها على الأنفس.

المبحث الأول
مسائل في ولاية المرأة
في ضوء الفقه المقارن

تمهيد في معنى الولاية

أولا: تعريفها لغة:

الولاية في اللغة [1] من ولي الشيء وعليه، يلي ولاية. وهي بالفتح مصدر، وبالكسر اسم، مثل: الإمارة والنقابة.

ومن ولي وليا بمعنى القرب والدنو، وتولى الأمر إذا تقلده أو لزمه، وولي الأمر إذا قام به، وتولى قوما: اتخذهم أولياء.

ويكون على وزن فعيل بمعنى فاعل أي من توالت طاعته، وبمعنى مفعول أي من يتوالى عليه إحسان الله وإفضاله.

وفي الجملة فالولاية بالكسر والفتح تعني النصرة والمعونة، وفيه قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمۡ يُهَاجِرُواْ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيۡءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُواْ ﴾، (الأنفال:72)، ومنها الولي في قوله تعالى:﴿ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ مِن وَلِيّٖ وَلَا نَصِيرٖ ﴾ (البقرة:107)، وبالكسر فقط تعني الإمارة والسلطة، والقدرة على التدبير والتصرف في أمر أو شيء ما[2]. كما تفيد معنى آخر وهو الملك؛ ومنها الوالي وهو اسم من أسماء الله تعالى المالك لكل شيء، والسيد الذي يلي عبيده وإماءه بسبب الملك.

---

(1) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (د.ط)، (1399هـ1979م)، ج6، ص141. و: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان- بيروت، طبعة جديدة، (1415هـ- 1995م)، ص740. و: محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، دار صادر- بيروت، ط1، (د.س)، ج15، ص405. و: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، (د.ط)، ص1732.

(2) أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري: النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي و محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية- بيروت، (د.ط)، (1399هـ-1979م)، ج5، ص510.

والمتأمل في جميع هذه المعاني يجدها تشترك في معنى واحد وهو القيام بفعل التصرف في أمر من أمور شخص ما أو مجموع من الأفراد.

ثانيا: تعريفها اصطلاحا

من خلال تتبع نصوص الفقهاء وعباراتهم تم تحديد معنى الولاية كما يأتي:

1- تعريفها عند فقهاء المذاهب:

أ- تعريف الحنفية:

ورد في كتاب تبيين الحقائق أن الولاية: " إلزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا "[1]. وفي بدائع الصنائع أنها:" تنفيذ القول على الغير"[2]، وفي شرح فتح القدير:" نفاذ القول على الغير "[3].

كما عرفها صاحب البحر الرائق مضيفا عبارة "شاء أو أبى"، فقال: "الولاية عبارة عن تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"[4].

تم انتقاد هذا التعريف بجملة من الاعتراضات نبينها فيما يأتي:

أ- إن عبارات فقهاء الحنفية السابقة قاصرة على بعض أنواع الولاية، ومنها ولاية الإجبار، وهي التي لا يعتبر فيها إذن المولى عليه مطلقا؛ إذ إنه ملزم

---

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق- مصر، ط2، ط1، (1313هـ)، ج4، ص218.

(2) علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي- بيروت، ط2، (1982م)، ج2، ص253.

(3) محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن الهمام: شرح فتح القدير، دار الفكر- بيروت، ط2، (د.س)، ج3، ص200.

(4) زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر بن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة- بيروت، (د.ط)، (د.س)، ج3، ص117.

بتنفيذ جميع تدابير وأقوال الولي، وهو ما أفادته عبارة "شاء أو أبى"؛ بالرغم من أن الولاية قد يتخلف فيها في بعض الحالات عنصر الإجبار، ومثاله: ولاية تزويج الحرة المكلفة سواء البكر أم الثيب.

لذا فقد أهملت هذه التعاريف النوع الذي يقابل ولاية الإجبار، وهو ولاية الاختيار، وهي التي يعتبر فيها إذن المولى عليه، بل من التصرفات ما يتوقف نفاذه على إذنه.

كما أنه اقتصر على الولاية المتعدية، فذكر أنها ولاية على "الغير"، في حين أهمل الولاية القاصرة وهي ولاية الشخص على نفسه وأمواله.

ب- عرفت الولاية في هذه التعاريف ببيان حكمها، وهو ممتنع في التعريفات، والأصوب أن تعرف بشرح حقيقتها[1].

ج- لم تحدد هذه التعاريف موضوع الولاية: الأنفس، أو الأموال أو غيرها، وفهم ذلك من لفظ "الغير"، إلا أنها دلت على أنواع أخرى منها: الولاية الخاصة والولاية العامة، فلفظ الغير قد يدل على الشخص الواحد، وقد يدل على مجموع الرعية أو الدولة.

د- لم تذكر هذه التعاريف القيد الخاص بمن يصدر منه الإلزام وهو الولي.

إن مجمل ما تفيده هذه التعاريف أن الولاية سلطة شرعية يتم بموجبها تنفيذ القول على المولى عليه على سبيل الجبر والإلزام.

(1) مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط10، (1387هـ-1968م)، ج2، ص818.

2-تعريف المالكية:

ورد في كتاب شرح حدود ابن عرفة أن:" الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام "[1].

وعرفها ابن جزي بمعنى الرابطة بموجب الإرث، فقال:" الولاية خمسة أنواع: ولاية الإسلام، ولا يورث بها إلا مع عدم تميزها، وولاية الحلف، وولاية الهجرة، وكان يتوارث بهما أول الإسلام ثم نسخ، وولاية القرابة، وولاية العتق، والميراث بهما ثابت "[2].

وقد تم انتقاد هذين التعريفين بما يأتي:

ففي التعريف الأول:

أ-نجده عرف الولاية بأحد قيودها الداخلة في تعريفها وهو الولي؛ فالولي هو القائم على شؤون المولى عليه، الناظر في أموره، فهو قيد في مفهومها، وليس الولاية نفسها.

ب- التعريف الأول قاصر؛ فقد ذكر جنس الإناث دون الذكور من المولى عليهم، لأنه كما يصدق على الأنثى يصدق على الذكر، ومن ذلك الولاية على المجنون، وعلى الصغير بالحضانة، وعلى السفيه وغيرهم.

ج- جاء التعريف محصيا لأسباب الولاية من القرابة، والوصاية وغيرها، فعرفها بذلك وأهمل توضيح حقيقتها.

أما التعريف الثاني فمما ورد عليه من الاعتراضات ما يأتي:

---

(1) أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي-بيروت، لبنان، ط1، (1993م)، ج1، ص241.

(2) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي: القوانين الفقهية، دار الفكر، (د.ط)، (د.س)، ص382.

أ- جاء التعريف في معرض تعداد أنواع الولاية ولم يورد أي قيد من قيود ماهيتها.

ب-ورد التعريف بمعنى الرابطة الموجبة للإرث؛ فاقتصر على ذكر أسباب الولاية بالإرث، وأهمل أسباب الولاية بمفهومها العام وهي الكفالة، والوصاية، والسلطنة، والوكالة وغيرها[1].

3- تعريف الشافعية والحنابلة:

بالنسبة لمذهبي الشافعية والحنابلة فإنني لم أعثر في كتبهم على أي تعريف للولاية، إلا أنه من خلال استعمالهم لمصطلح الولاية في عباراتهم الفقهية - في باب الولاية في النكاح أو الحجر أو الحضانة وحتى الولاية العامة وغيرها من مجالات التصرف والولاية- فإنه يفهم منها أنها عبارة عن قيام من له القدرة شرعا على أمور المولى عليه والتصرف في شؤونه الشخصية أو المالية لسبب من الأسباب من صغر أو جنون أو سفه وغيرها بما يعود عليه بالنفع ويدفع عنه الضرر.

ثانيا: تعريف الولاية عند الفقهاء المعاصرين:

لقد أورد المعاصرون تعريفات متقاربة في تحديد ماهية الولاية، وفيما يأتي بيان لأهمها:

1- عرفها مصطفى الزرقاء بقوله:" قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية "[2].

(1) نزيه حماد: نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار القلم- دمشق، الدار الشامية- بيروت، ط1، (1414هـ-1994م)، ص8.

(2) الزرقاء: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص817.

2- عرفها بدران أبو العينين بأنها:" سلطة شرعية بفعل من ثبتت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها "[1].

3- وعرفها أحمد الغندور في كتابه الأحوال الشخصية بأنها:" سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتب آثارها عليها دون توقف على إجازة أحد "[2].

4- وعرفها الأكحل بن حواء بقوله:" سلطة ثابتة شرعا لشخص بالغ عاقل تخوله القدرة على إنشاء التصرفات الشرعية النافذة بالنسبة لنفسه وغيره "[3].

5- وعرفها عوض بن رجاء العوفي بأنها:" سلطة شرعية، لعصبة نسب، أو من يقوم مقامهم، يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا للعقد"[4].

ومما يلاحظ على هذه التعاريف ما يأتي:

1- بين التعريف الأول بأن الولاية هي قيام الولي على نفس الغير وأمواله، ولم يذكر القيد الدال على الولاية على نفسه وأمواله (أي الولاية القاصرة).

2- وأهمل التعريف الثاني ذكر المولى عليه، وهو من يقوم الولي برعاية وتدبير شؤونه.

3- أهمل التعريف الثالث ذكر قيد المولى عليه، ثم ذكر بأن الولاية تنفذ دون توقف على إجازة أحد، وهذا ذكر لولاية الإجبار دون ولاية الاختيار؛ حيث يتوقف فيها تنفيذ الأمر أحيانا على إذن المولى عليه.

---

(1) بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت- لبنان، (د.ط)، ص134.

(2) أحمد الغندور: الأحوال الشخصية، مكتبة الفلاح- الكويت، ط1، (1392هـ- 1972م)، ط2، (1402هـ 1982م)، ص149.

(3) الأكحل بن حواء: نظرية الولاية في النكاح، (د.ط)، ص15.

(4) عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النكاح، ط1، (1423هـ-2002م)، ج1، ص29.

4- أما التعريف الرابع فيبدو أنه لا غبار عليه في تحديد معنى الولاية، وقد جاء مستوفيا لقيود التعريف.

5- أما التعريف الخامس فهو تعريف خاص بولاية التزويج، والولاية بمفهومها العام تشمل ولاية التزويج وغيرها من الولايات الأخرى.

وبناء على ما سبق من التعاريف فإنه يمكن تحديد تعريف جامع للقيود الداخلة في ماهية الولاية، المانعة من دخول ما ليس منها، كما يأتي:

الولاية سلطة شرعية ثابتة لمن له القدرة على مباشرة التصرفات وإنشاء العقود وتنفيذها لنفسه وغيره.

تحليل التعريف:

1- **سلطة شرعية:** قيد في التعريف أخرج به كل سلطة ليس مصدرها الشرع الحكيم.

2- **ثابتة لمن له القدرة:** قيد آخر أخرج به من لم يكن قادرا على الولاية، كالمجنون والصغير والرقيق وغيرهم. كما يشمل هذا القيد كل من كان قادرا على الولاية سواء بالولاية العامة أو الخاصة، الأصلية أو النيابية.

4- **مباشرة التصرفات وإنشاء العقود وتنفيذها:** أراد به الولاية على النفس والولاية على المال.

5- **لنفسه ولغيره**: أفاد بهذا القيد الولاية القاصرة والولاية المتعدية.

في هذا الكتاب -بحول الله- سأورد أهم المسائل الواردة في موضوع ولاية المرأة على النفس في باب النكاح، والحضانة، والرضاع، من بداية وجود الإنسان وولادته حيا، إلى حيث تنتهي ولايتها عليه شرعا، والتركيز على المسائل التي وقع فيها الخلاف بين الفقهاء، ودراسة هذه المسائل في ضوء الفقه المقارن والترجيح بين الأقوال المتعارضة بإحدى المرجحات الأصولية أو الحديثية أو المقاصدية، مع

إرداف مبحث يكشف عن مقصود الشارع الحكيم في إسناد بعض التصرفات وعدم إسناد بعضها الآخر إلى المرأة لما يحققه من المصالح ويدفعه من المفاسد عنها وعن المولى عليه.

وقبل الشروع في بيان حيثيات المسائل، كان لزاما بيان معنى الولاية على النفس، وهي قيام الولي على شؤون المولى عليه المتعلقة بشخصه ونفسه، بتنظيفه وغسل ثيابه وإطعامه وتأديبه وتعليمه وتطبيبه وتزويجه، وغيرها من الأمور التي فيها رعاية لنفس المولى عليه وتعهده.

المطلب الأول

ولاية المرأة في النكاح

تمهيد في معنى ولاية التزويج:

قد عرفت فيما سبق الولاية عموما، وهنا في باب النكاح يمكن تعريفها خصوصا بأنها ثبوت حق مباشرة عقد الزواج لمن ثبتت له القدرة شرعا، بسبب من الأسباب المتفق عليها وهي الصغر والجنون والرق، أو المختلف فيها وهي محل بحثي فيما يأتي:

الفرع الأول: حكم ولاية المرأة الحرة العاقلة البالغة في عقد النكاح (الكفاءة)

اختلف الفقهاء في مدى ضرورة اشتراط الولي في النكاح؛ فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الولي شرط صحة في عقد النكاح، بحيث إذا فقد لم يقع النكاح، وإذا وقع بدونه كان باطلا، وهذا القول مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة، وإليه ذهب سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز والثوري وابن أبي ليلى [1] وابن شبرمة [2]

(1) هو محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى، العلامة، الإمام، مفتي الكوفة وقاضيها، ولد سنة نيف وسبعين، أخذ العلم عن الشعبي، وعطاء بن أبي رباح وغيرهم، قال عنه أحمد: كان سيء الحفظ، مضطرب الحديث، وكان فقيها، مات سنة ثمان وأربعين ومئة. أنظر: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي: سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرناؤوط وحسين الأسد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط9، (1413هـ،1993م)، ج5، ص 468-476. و: الشيرازي أبو إسحاق: طبقات الفقهاء، تحقيق إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، ط1، (1970م)، ج1، ص84.

(2) هو عبد الله بن شبرمة بن حسان الضبي، الإمام العلامة، ولد سنة اثنتين وسبعين من الهجرة، كان فقيها كوفيا، أخذ الفقه عن الشعبي، والحسن البصري، وأنس بن مالك، وعنه سفيان الثوري والحسن

وابن المبارك وغيرهم [1].

بينما لم يقل بضرورة اشتراطه الحنفية؛ فيجوز للمرأة المكلفة أن تتولى عقد النكاح سواء كانت بكرا أم ثيبا، من الكفء ومن غير الكفء، فالنكاح صحيح، إلا أنه للولي حق الاعتراض إذا كان الزوج غير كفء، وهذا القول مروي عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة [2].

وقد استند كل من الفريقين إلى جملة من الأدلة نعرضها فيما يأتي:

أولا: أدلة الجمهور ومناقشتها:

استدل الجمهور بأدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول وهي كما يأتي:

1- من الكتاب:

أ-الدليل الأول: قوله تعالى:﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (البقرة: 232). ووجه الاستدلال على اشتراط الولي في تزويج المولى عليها يظهر من عدة وجوه:

بن صالح، توفي سنة أربع وأربعين ومئة. أنظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، المصدر نفسه، ج6، ص348. و: الشيرازي: طبقات الفقهاء، المصدر نفسه، ج1، ص84.

(1) أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب: مواهب الجليل، دار الفكر- بيروت، ط2، (1398ه)، ج5، ص187. و: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبد الله: تفسير القرطبي، تحقيق أحمد عبد العليم البردوني، دار الشعب- القاهرة، ط2، (1372ه) ج3، ص72. و: محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله: الأم، دار المعرفة- بيروت، ط2، (1393م)، ج5، ص12. و: الشافعي: أحكام القرآن، تحقيق الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية- بيروت، (د.ط)، (1400ه) ج1، ص172. و: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت، ط1، (1405ه) ج7، ص337. و:الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، (د.ط)، (د.س)، ج3، ص9.

(2) شمس الدين السرخسي: كتاب المبسوط، تصنيف خليل الميس، دار المعرفة، (د.ط)، (1406ه-1986م) ج5، ص81. و: زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر بن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة- بيروت، (د.ط)، ج3، ص117. و: محمد بن عبد الواحد السيواسي ابن الهمام: شرح فتح القدير، دار الفكر- بيروت، ط2، ج3، ص255.

-الوجه الأول: هو سبب نزول الآية [1]، حيث نزلت هذه الآية في معقل بن يسار، حيث صح أنه كانت له أختا فزوجها من رجل فطلقها، فلما انقضت عدتها جاء يخطبها، فقال معقل بن يسار: "زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها؟ لا والله لا تعود إليها أبدا، قال: وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه"، فنزلت الآية فقام فزوجها إياه.

ولو لم يكن لمعقل حق الولاية في النكاح لما نزل القرآن معاتبا له على منع أخته من الرجوع إلى زوجها، وقد أضاف النكاح في الآية إلى النساء " لتعلقه بهن وعقده عليهن "[2].

-الوجه الثاني: استناد العضل في الآية إلى الأولياء، والمراد بالعضل هنا المنع [3]؛ حيث إن الشارع نهى أولياء المرأة عن منعهم إياها من التزوج ممن ترضاه. ولو جاز أن تتولى المرأة تزويج نفسها لما كان للعضل أي تأثير [4]، بل إن النهي عن عضل الأولياء هنا عين الدليل على اشتراطهم في عقد النكاح.

قال الإمام الشافعي: "ولا أعلم الآية تحتمل غيره...وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقا، وأن على الولي ألا يعضلها إذا رضيت أن تنكح بالمعروف"[5].

---

(1) أبو الحسن علي بن أحمد الواحدي: أسباب النزول، دار الباز للنشر والتوزيع- مكة المكرمة، (د.ط)، ج1، ص50.

(2) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: شرح منتهى الإرادات، دار الفكر، (د.ط)، ج3، ص16.

(3) أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي: أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، (د.ط)، ج1، ص398.

(4) الشافعي: الأم، مصدر سابق، ج5، ص12.

(5) الشافعي: المصدر نفسه، ج5، ص12.

ولو كانت ولاية التزويج إلى المرأة نفسها ما خاطب به أولياءها، بل إن هذه الآية " أصرح آية في اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى "[1].

اعترض على هذا الاستدلال أن الخطاب للأزواج المطلقين وليس للأولياء؛ لأنه يحتمل أن المراد من الآية إذا قاربن بلوغ أجلهن، لأن الله تعالى خاطب الأزواج فقال: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ (البقرة:231)؛ أي إذا قاربن بلوغ أجلهن[2].

أجيب عنه بأن المرأة إذا قاربت بلوغ أجلها، يحظر عليها التزوج بغير زوجها حتى تنقضي عدتها[3]، لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾ (البقرة:235)، "فلا يأمر بأن لا يمنع من النكاح من قد منعها منه، إنما يأمر بأن لا يمتنع مما أباح لها من هو بسبب من منعها"[4].

ثم إن الإمساك لا يجوز بعد انقضاء العدة[5]، وأما إن كان المقصود ببلوغ الأجل بعد انقضاء العدة فلا سبيل للزوج على المرأة حينئذ حتى يكون له عضلها[6].

قال ابن العربي: "وهذا دليل قاطع على أن المرأة لا حق لها في مباشرة النكاح وإنما هو حق الولي خلافا لأبي حنيفة"[7].

---

(1) محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني: سبل السلام، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط4، (1379هـ- 1960م)، ج3، ص120.

(2) الشافعي: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج1، ص172.

(3) الشافعي: المصدر نفسه، ج1، ص173.

(4) الشافعي: المصدر نفسه، ج1، ص173.

(5) فخر الدين بن ضياء الدين محمد الرازي: التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، (1401هـ-1981م)، ج6، ص114.

(6) الشافعي: الأم، مصدر سابق، ج5، ص12.

(7) ابن العربي: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج1، ص201.

ب-الدليل الثاني: قوله تعالى:﴿ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ وَلَعَبۡدٞ مُّؤۡمِنٌ خَيۡرٞ مِّن مُّشۡرِكٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكُمۡۗ ﴾ (البقرة: 221).

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الخطاب موجه للأولياء؛ حيث نهاهم عن إنكاح المولى عليها من المشركين حتى يؤمنوا، دفعا لمفسدة الضرر على المسلمة، ولو لم يكن الخطاب موجها للأولياء لما نهاهم عن تزويج المسلمات من المشركين، ولو كانت ولاية النكاح إليهن لما دلت الآية على تحريم ذلك عليهن: "لأن القائل بأنها تنكح نفسها يقول بأنه ينكحها وليها أيضا، فيلزم أن الآية لم تف بالدلالة على تحريم إنكاح المشركين للمسلمات لأنها إنما دلت على نهي الأولياء من إنكاح المشركين لا على نهي المسلمات أن ينكحن أنفسهن منهم، وقد علم تحريم نكاح المشركين المسلمات، فالأمر للأولياء دال على أنه ليس للمرأة ولاية في النكاح"[1].

وقد قال القرطبي: "في هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي"[2]؛ "حيث خاطب الرجال بتزويج النساء"[3].

(1) محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني: سبل السلام، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط4، (1379هـ- 1960م)، ج3، ص120.

(2) القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج3، ص72.

(3) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني: مجموع الفتاوى، تحقيق أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، ط3، (1426هـ-2005م)، ج32، ص103.

وقد ناقش ابن رشد وجه الاستدلال بهذه الآية بعدم صحة الاستدلال بها على اشتراط الولي في النكاح فقال [1]: "هو أن يكون خطابا لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطابا للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولي الأمر. فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر، فإن قيل إن هذا عام والعام يشمل ذوي الأمر والأولياء قيل إن هذا الخطاب إنما هو خطا ب بالمنع، والمنع بالشرع، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن، أصله الأجنبي، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة".

وقد رد عليه الصنعاني[2] من وجوه عدة:

أولها: "لقد تكلم صاحب بداية المجتهد على الآية بكلام في غاية السقوط فقال الآية مترددة بين أن تكون خطابا للأولياء أو لأولي الأمر". ويجاب بأن تردد معنى الآية بين خطاب الأولياء وأولي الأمر بأن الخطاب موجه للمؤمنين كافة وهم الأولياء، ومنهم الأمراء عند فقدهم أو عضلهم، لأن "السلطان ولي من لا ولي له".

ثانيها: أجاب عن قوله "هذ الخطاب إنما هو خطاب بالمنع بالشرع" بنعم.

ثالثها: وأجاب عن قوله "والخطاب في الشرع يستوي فيه الأولياء وغيرهم" بأن هذا كلام في غاية السقوط؛ لأن المنع بالشرع هو للأولياء الذين يتولون العقد، ولا دخل للأجنبي في هذا المنع، فهو لا ولاية له في النكاح على أجنبية عنه، فلا معنى لنهيه عما لم يكلف به.

---

(1) ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي أبو الوليد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر-بيروت، (د.ط)، (د.س)، ج2، ص9.

(2) الصنعاني: سبل السلام، مصدر سابق، ج3، ص121.

رابعها: وأجاب عن قوله "ولو قلنا: إنه خطاب للأولياء لكان مجملا لا يصح به عمل " أن الخطاب للأولياء ليس بمجمل؛ لأن "الأولياء معروفون في زمان من أنزلت عليهم الآية، وقد كان معروفا عندهم، ألا ترى إلى قول عائشة: "يخطب الرجل إلى الرجل وليته" فإنه دال على أن الأولياء معروفون، وكذلك قول أم سلمة له -صلى الله عليه وسلم- "ليس أحد من أوليائي حاضرا".

ج-الدليل الثالث: قوله تعالى: ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ﴾ (النساء:34)، وقوله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ ﴾ (القصص:27). وهاتين الآيتين واضحتين في أن الخطاب موجه لأولياء المرأة، والولي هو القائم على شؤونها، ومن بينها ولاية تزويجها، والآية الثانية هي شرع من قبلنا وهو شرع لنا ما لم ينسخ، وقد دل عليه في شرعنا ما يؤيده من أدلة الكتاب التي أوردتها.

د-الدليل الرابع: قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ ﴾ (النور:32).

ووجه الاستدلال يظهر من وجهين:

-أن الله تعالى خاطب الرجال دون النساء، ولو كان الأمر إليهن لذكرهن[1].

-إن لفظ " أنكحوا " أمر للأولياء بإنكاح الحرائر، والأسياد بإنكاح العبيد والإماء[2].

اعترض على هذا بأن الخطاب في قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ ﴾ هو للأزواج[3].

---

(1) القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج3، ص73.

(2) ابن العربي: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص1376.

(3) القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج12، ص239.

أجيب عنه بأن الخطاب للأولياء وليس للأزواج، ولو أراد به الأزواج لقال : "وانكحوا"، بغير همز[1].

2-من السنة: واستدلوا بما يأتي:

أ-الدليل الأول: حديث النبي -صلى الله عليه وسلم-: "لا نكاح إلا بولي"[2].

الحديث صريح في دلالته على ضرورة اشتراط الولي في النكاح، فالنفي الوارد فيه يدل على نفي الصحة عن النكاح الخال من الولي، باعتبار أن الأصل في النكاح الصحة لا الكمال، أي نفي الحقيقة الشرعية؛ لأن كلام الشارع محمول على الحقائق الشرعية، أي لا نكاح شرعي إلا بولي، وبذلك لا أثر لنكاح بلا ولي شرعا، وإن وقع فهو باطل[3]. ومدار العمل في هذا الباب على هذا الحديث عند أهل العلم ومنهم: عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وأبو هريرة،

---

(1) القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج12، ص239.

(2) عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي: سنن الدارمي، تحقيق فواز أحمد زمرلي و خالد السبع العلمي، دار الكتاب العربي- بيروت، ط1، (1407ه)، باب النهي عن النكاح بغير ولي، رقم (2183)، ج2، ص185. و: سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الجميد، دار الفكر، (د.ط)، باب في الولي، رقم (2087)، ج2، ص191. و: محمد بن يزيد أبو عبد الله ابن ماجة: سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (1881)، ج1، ص605. و: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي: سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط)، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (1101)، ج3، ص407. و: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني: سنن الدارقطني، تحقيق عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة- بيروت، (د.ط)، (1386هـ-1966م)، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (8)، ج3، ص220. و: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز- مكة المكرمة، (د.ط)، (1414هـ- 1994م)، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (13389)، ج7، ص177.

(3) الصنعاني: سبل السلام، مصدر سابق، ج3، ص117. و: محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، إدارة الطباعة المنيرية، (د.ط)، (د.س)، ج6، ص178.

وعائشة. وبه قال من التابعين: سعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، وسفيان الثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وابن المبارك وغيرهم[1].

اعترض على الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

-**من جهة الإسناد:** هذا الحديث مضطرب بين الرفع والإرسال، والوصل والانقطاع[2].

جاء في شرح معاني الآثار أنه ترجح رواية الإرسال على الرفع، لأن هذا الحديث قد روي من طريقين: من طريق إسرائيل بالرفع ومن طريق شعبة وسفيان الثوري بالإرسال، وشعبة وسفيان أحفظ وأتقن للحديث من إسرائيل، بل إن كلا منهما حجة على إسرائيل إذا انفرد فكان بالضرورة أن يكون مرسلا[3].

والقول بأن الحديث مرسل يلزم القائلين باشتراط الولاية في النكاح بناء على أصلهم في رد الاحتجاج بالمرسل[4].

أجيب عنه من عدة وجوه[5]:

- إن هذا الحديث صحيح، قد صححه بعض المتقدمين من أئمة الحديث كالترمذي والحاكم وابن حبان وابن خزيمة.

---

(1) القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج3، ص72. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج7، ص337.

(2) ابن الهمام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج3، ص259.

(3) أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة أبو جعفر الطحاوي: شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، (1399هـ)، ج3، ص8.

(4) القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج3، ص72.

(5) القرطبي: المصدر نفسه، ج3، ص72 و 73. و: أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، (1415هـ)، ج6، ص71. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، ج7، ص108. و: محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري: المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1411هـ- 1990م)، ج2، ص184.

- إن إسرائيل[1] يرجح في حفظه وإتقانه في هذا الحديث، وإن كان شعبة والثوري أجل منه فهو حجة في حديث جده أبي إسحاق.

- إن وصل إسرائيل لهذا الحديث هو زيادة ثقة، وليس دون من أرسله، والزيادة إذا كان هذا حالها فهي مقبولة.

- إن إسرائيل قد وافقه غيره وتابعوه على وصل الحديث، وجاء في سنن البيهقي أنه ثقة.

- ما ذكره الترمذي، وهو أن سماع الذين وصلوه عن أبي إسحاق كان في أوقات مختلفة، وشعبة والثوري سمعاه في مجلس واحد.

- إن الطعن في هذا الحديث بالإرسال مبني على رد الاحتجاج بالمرسل، والخلاف فيه مشهور، في قبوله مطلقا، أو رده مطلقا، أو قبوله بشروط وهو الصحيح.

- أما عن انقطاع الحديث فقد ورد بروايته متصلا من طريق إسرائيل بدون خلاف، كما روي متصلا من طريق آخر.

- **من جهة دلالته:** اعترض بما يأتي:

- إن النفي في الحديث هو للكمال والاستحباب وليس للصحة، ووجه هذا الاستحباب أن المرأة لا تباشر عقد النكاح لئلا تنسب إلى الوقاحة، ولكن هذا لا يمنع صحة العقد[2]، ثم إن الحديث إذا حمل على الصحة فإنه سيعارض أحاديث أخرى تدل على عدم اشتراط الولي، ومنها حديث ابن عباس أن الرسول

---

(1) هو إسرائيل بن أبي إسحاق السبيعي الهمداني، أبو يوسف الكوفي، ثقة، تكلم فيه بلا حجة، مات سنة ستين وقيل بعدها. أنظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، (1415هـ-1995م)، ج1، ص88.

(2) محمد أمين ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر- بيروت، ط2، (1386هـ-1966م)، ج3، ص60.

–صلى الله عليه وسلم- قال: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها"، وهو حديث صحيح، رواه مسلم.

أجيب عن هذا الاعتراض بأن حمل النفي على الكمال والاستحباب خلاف الأصل في النصوص الشرعية، بمعنى أن النكاح بغير ولي غير صحيح شرعا[1].

أما ترجيح حديث ابن عباس على اعتبار صحته، فيجاب عنه بأنه قد ثبتت صحة حديث: "لا نكاح إلا بولي" كما أسلف.

كما أن المراد بالمرأة أحق بنفسها هو اعتبار الرضى منها جمعا بين الأخبار[2].

كما أجيب عنه بأن قوله –صلى الله عليه وسلم- "لا نكاح إلا بولي"، يقتضي أن يكون رجلا، ولو كانت هي المراد لقال: لا نكاح إلا بولية، كما يدل على ذلك أحاديث أخرى، كحديث عائشة: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل..." الذي هو نص في إبطال النكاح بغير ولي من غير تخصيص ولا تمييز[3].

- اعترض أيضا بأن لفظ "الولي" مجمل، فهو يحتمل اشتراط الولاية في النكاح، ويحتمل غيره، ومع هذا الاحتمال يبطل الاستدلال[4].

أجيب عنه بما يأتي:

-إن سبب نزول الآية "فلا تعضلوهن" الذي كان بسبب حديث معقل بن يسار قد دل على أن المرأة لا ولاية لها على نفسها، ولو كان لها ذلك لبين الشارع

---

(1) منصور بن يونس البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، (1402هـ)، ج5، ص48.

(2) أبو زكريا محيي الدين بن شرف: المجموع شرح المهذب، دار الفكر، (د.ط)، ج16، ص149.

(3) الماوردي: الحاوي الكبير، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، ج9، ص87.

(4) الصنعاني: سبل السلام، مصدر سابق، ج3، ص121.

بأنه لا سبيل لأخيها عليها حتى يعضلها عن الزواج[1]، وكما هو معلوم في أصول الفقه أن البيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة.

-أنه قد عرف لفظ الولي بين الصحابة أنه يراد به الرجل، كما قالت عائشة -رضي الله عنها- "يخطب الرجل إلى الرجل وليته"، وقول أم سلمة: "ليس أحد من أوليائي حاضرا..." [2].

-إن من يقوم على شؤون نفسه لا يسمى وليا، ولو جاز ذلك في الولاية لجاز مثله في الشهادة.

ب-الدليل الثاني: حديث عائشة-رضي الله عنها-أن النبي –صلى الله عليه وسلم- قال: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[3].

دل هذا الحديث بنصه على بطلان النكاح الذي تباشره المرأة بغير إذن وليها، وهو عام في كل امرأة؛ لأن " أيما " الواردة في الحديث من صيغ العموم، وبذلك تسلب جميع النساء ولاية النكاح، سواء كانت صغيرة أم كبيرة، بكرا أم

---

(1) الصنعاني: المصدر نفسه، ج3، ص120.

(2) الصنعاني: المصدر نفسه، ج3، ص121.

(3) الدارمي: سنن الدارمي، مصدر سابق، باب النهي عن النكاح بغير ولي، رقم (2184)، ج2، ص185. و: ابن ماجه: سنن ابن ماجه، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (1879)، ج1، ص605. و: الترمذي: سنن الترمذي، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (1102)، ج3، ص407. و: الدارقطني: سنن الدارقطني، باب النكاح، رقم (10)، ج3، ص221. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب النكاح لا يقف على الإجازة، رقم (13490)، ج7، ص124.

ثيبا[1]، ويفيد هذا خروج الرجال عن حكم النساء في ولاية النكاح لتخصيصهن بالذكر[2].

ودل التكرار للفظ "باطل" على التأكيد على بطلان كل نكاح كانت فيه المرأة وليا على نفسها، كما دل على أن الولاية حق من حقوق الولي تجاه موليته [3]؛ لأن التكرار فيه زيادة في البيان وتوكيد للحكم[4].

قال الماوردي: "وهذا نص في إبطال النكاح بغير ولي من غير تخصيص ولا تمييز"[5].

وأما عبارة "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" فقد دلت على أن المرأة إذا عضلها أولياؤها أن يزوجها السلطان [6].

يفهم من هذا في حال وجود أوليائها فإن ولاية عقد النكاح إليهم، ولا ولاية لها، ويؤكد هذا المعنى في الحديث نفسه أمران:

-التكرار في الحديث بالبطلان لكل نكاح امرأة لم يتول عقده ولي.

-أنه إذا عدم أولياؤها فالسلطان وليها في ذلك، ولو كانت تجوز ولايتها لعقد النكاح لما انتقلت إلى السلطان.

اعترض على هذا الحديث بجملة من الاعتراضات كما يأتي:

---

(1) أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري: تحفة الأحوذي شرح جاع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)، (د.س)، ج4، ص192.

(2) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص100.

(3) أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري: تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ط)،ج4، ص192.

(4) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص101.

(5) الماوردي: المصدر نفسه، ج9، ص87.

(6) الماوردي: المصدر نفسه، ج9، ص103.

-إن الزهري [1] وهو راوي الحديث قد سئل عنه فأنكره، وهذا يضعف الحديث [2].

-إن عائشة -رضي الله عنها- قد عملت بخلاف هذا الحديث الذي روته، وكذا الزهري، فكان دليلا آخر على ضعف الحديث.

-قد دل الحديث بمفهومه على صحة عقد المرأة إنكاح نفسها إذا أذن وليها.

-جاء في بعض ألفاظ هذا الحديث " بغير إذن موالها" بدل "وليها"، فدل على أن المراد اشتراط الولاية في نكاح "المولاة" وهذا مما لا خلاف فيه.

أجيب عن هذه الاعتراضات بما يأتي:

-أن الزهري قد يكون نسي ما رواه، وعلى فرض ذلك فإن النسيان لا يرد الحديث لأمرين:

أحدهما: لا يلزم من نسيان الزهري للحديث أن يكون سليمان بن موسى[3] وهم فيه،

---

(1) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري، من بني زهرة بن كلاب من قريش، تابعي، من أهل المدينة، ولد سنة ثمان وخمسين من الهجرة، أول من دون الحديث، وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء، كان يحفظ ألفين ومئتي حديث، نصفها مسند، استقر بالشام، ومات بشعب آخر حد الحجاز وأول حد فلسطين، سنة أربع وعشرين ومئة. أنظر: ابن خلكان أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ط1، (1971هـ)، ج4، ص177 و178. و: الذهبي أبو عبد الله شمس الدين: تذكرة الحفاظ، دار إحياء التراث العربي، (د.ط)، ج1، ص113.

(2) محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري: المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1411هـ- 1990م)، ج2، ص182.

(3) هو سليمان بن موسى الأشدق الصدوق الأصدق الفقيه الأحذق مولى بني أمية، روى عن أبي أمامة وواثلة والزهري وغيرهم، وعنه ابن جريج، والأوزاعي وغيرهم، فقيه الشام في زمانه، توفي سنة تسع عشرة ومئة. أنظر: ابن حجر العسقلاني: تهذيب التهذيب، دار الفكر للطباعة والنشر، ط1، (1404هـ-1984م)،

وسليمان بن موسى ثقة، وقد ينسى الثقة ما رواه لكن ذلك لا يرد به الحديث[1].

وثانيها: إن لكل من رواة هذا الحديث متابعا، فلم ينفرد برواية هذا الحديث ابن جريج عن سليمان ابن موسى ولا سليمان بن موسى عن الزهري، ولا الزهري عن عروة ابن الزبير عن عائشة، فلا تعتل هذه الروايات بحديث ابن علية[2]، ولا "يضر إنكار الزهري له لأنه من نسي شيئا بعد أن حفظه لم يضر ذلك من حفظه عنه"[3].

-كما أن هذا الحديث صحيح؛ لأنه قد رواه عن الزهري ثقات، ومنهم سليمان بن موسى، ورواه آخران غير الزهري عن عروة، فلم يصح إضافة إنكاره إلى الزهري مع عدد الرواة الذين رووه عنه، ولو صح إنكاره له لما أثر فيه مع رواية غير الزهري له عن عروة[4].

- فهذا الحديث أشهر من أن ينكر الزهري سليمان بن موسى ولا يعرفه، "وليس جهل المحدث بالراوي عنه مانعا من قبول روايته عنه، ولا معرفته شرطا

ج4، ص197. و: أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني: حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، دار الكتاب العربي، بيروت، ط4، (1405هـ)، ج6، ص87.

(1) الحاكم: المستدرك على الصحيحين، مصدر سابق، ج2، ص182. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، ج7، ص106.و: الصنعاني: سبل السلام، مصدر سابق، ج3، ص118.

(2) هو إسماعيل بن علية الحافظ، الثبت، العلامة، أبو البشر، ولد سنة عشر ومئة، كان ثقة، ورعا، تقيا، وكان فقيها ومفتيا، من أئمة الحديث، حدث عن شعبة وابن جريج وهما من شيوخه، ويروى أنه سيد المحدثين، وقد ولي القضاء، توفي سنة ثلاث وتسعين ومئة. أنظر: الذهبي: تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، ج1، ص322 و 323.

(3) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر: الاستذكار، تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1421هـ- 2000م)، ج5، ص392.

(4) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص87.

في صحة حديثه"[1]، كما أنه "لا اعتبار بإنكار المحدث للحديث بعد روايته عنه، وليس استدامة ذكر المحدث شرطا في صحة حديثه"[2].

- وأما عمل الزهري بخلاف ما روى، فإن الزهري قد سئل عن الرجل يتزوج بغير ولي، فقال: "إن كان كفؤا لم يفرق بينهما "[3].

- وقد أجيب بأن خلاف الراوي لا يبطل ما رواه، لأن الحجة في الرواية لا في العمل، ثم إن عائشة في تزويجها لابنة أخيها لم يرد فيه تصريح بمباشرة العقد، وإنما فقط مهدت لأسباب التزويج بالإذن ثم وكل أمر العقد إلى ولي أمرها.

- ويجاب عنه أيضا بأن ما روته عائشة –رضي الله- عنها، من الحديث أثبت عند المحدثين من الأثر الذي روي عنها في نكاح ابنة أخيها[4].

-إن قوله "بغير إذن وليها" تخصيص خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له، وذلك أن المرأة إذا تولت أمر تزويج نفسها لم يكن للولي أي إذن[5].

-إن هذه العبارة هي مفهوم وهي تعارض منطوق النص القائل باشتراط الولاية، والمنطوق يرجح على المفهوم[6].

-إن قول الحنفية أن "بغير إذن مواليها" تحمل على الأمة، أما غيرها من الحرة فلها ولاية نكاح نفسها، ويجاب عليه من ثلاثة أوجه[7]:

---

(1) الماوردي: المصدر نفسه، ج9، ص87 و88. و: ابن عبد البر: الاستذكار، مصدر سابق، ج5، ص392.

(2) الماوردي: المصدر نفسه، ج9، ص 88.

(3) أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني: مصنف عبد الرزاق، تحقيق عبد الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي- بيروت، ط2، (1403ه)، ج6، ص196.

(4) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص88.

(5) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج7، ص337. و: ابن عبد البر: الاستذكار، مصدر سابق، ج5، ص392.

(6) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص337.

(7) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص89.

أولهما: إن العبد والأمة في الولاية عليهما سواء، فوليهما سيدهما، وبذلك لم يكن لتخصيص الأمة تأثير ولا معنى في النص.

وثانيهما: لقد جاء في آخر الحديث: " فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "، "والسلطان لا يكون وليا للأمة وإن عضلها مولاها".

وثالثها: أن المولى يطلق على الولي كما قال تعالى:﴿ وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِى ﴾ (مريم:5)، "يعني الأولياء، لأنه لم يكن عليه رق فيكون له مولى".

جـ-الدليل الثالث: حديث أبي هريرة –رضي الله عنه- أن النبي- صلى الله عليه وسلم-قال: "لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"[1].

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أنه لا ولاية للمرأة على نفسها ولا على غيرها مطلقا، لا بولاية ولا بوكالة، أذن لها وليها أم لم يأذن لها[2]، كما يدل هذا الحديث على بطلان عقد الزواج الذي تولته المرأة، وعلى التقبيح والتنفير منه، لأن ذلك من شأن الزواني اللواتي يعرفن بوقاحتهن وبغيهن.

اعترض على هذا الحديث بأنه موقوف على أبي هريرة[3].

أجيب عنه بأن المراد بالوقف وقف الجملة الأخيرة، قال الحافظ ابن حجر: "فتبين أن هذه الزيادة من قول أبي هريرة "، وقد أورده في بلوغ المرام دون هذه الزيادة، وقال:"رجاله ثقات"[4].

---

(1) ابن ماجة: سنن ابن ماجة، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (1882)، ج1، ص606. و: الدارقطني: سنن الدارقطني، باب النكاح، رقم (25)، ج3، ص227. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (13412)، ج7، ص110.

(2) الصنعاني: سبل السلام، مصدر سابق، ج3، ص120.

(3) الشوكاني: نيل الأوطار، مصدر سابق، ج6، ص178.

(4) الصنعاني: سبل السلام، مصدر سابق، ج3، ص120.

ومع هذا فإن أبا هريرة وهو صحابي لا يمكن أن يقول هذا القول باجتهاده، وقد جاء في روايات أخرى بصيغة الجمع من الصحابة مثل: "وكنا نقول: إن التي تزوج نفسها هي الفاجرة" أو "كنا نعد التي تنكح نفسها هي الزانية"[1].

د-الدليل الرابع: حديث عروة بن الزبير أن عائشة –رضي الله عنها- أخبرته أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: منها نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته، أو ابنته فيصدقها، ثم ينكحها، ونكاح آخر...نكاح الاستبضاع...فلما بعث محمد -صلى الله عليه وسلم- بالحق هدم نكاح الجاهلية كله، إلا نكاح الناس اليوم"[2].

وجه الاستدلال من هذا الحديث على اشتراط الولاية في النكاح أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد أقر نكاح الذي اعتبر فيه الولي، وهدم كل نكاح آخر من أنكحة الجاهلية التي يخلو منها الولي[3].

3-من آثار الصحابة: من بين الآثار الواردة في اشتراط الولي في النكاح ما رواه الحسن البصري قال: قال عمر بن الخطاب- رضي الله عنه-: "أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل"[4].

وما رواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه-قال: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها، أو ذي الرأي من أهلها، أو السلطان"[5].

---

(1) البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب لا نكاح إلا بولي، ج7، ص111.

(2) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري: الجامع الصحيح، تحقيق وتعليق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة-بيروت، ط2، (1407هـ-1987م)، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، رقم (4834)، ج5، ص1970.

(3) الصنعاني: سبل السلام، مصدر سابق، ج3، ص120. و: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، (د.ط)، (1379هـ)، ج9، ص186.

(4) البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، مصدر سابق، باب لا نكاح إلا بولي، ج7، ص111.

(5) البيهقي: المصدر نفسه، باب لا نكاح إلا بولي، ج7، ص111.

وفي هذا الأثر تأويلان كلاهما يدل على أنه لا نكاح للمرأة إلا بولي[1]:

الأول: "إلا بإذن وليها إن كان واحد، أو ذي الرأي من أهلها إن كانوا جماعة، أو السلطان إن لم يكن لها ولي".

والثاني: "بإذن وليها إن كان لها ولي، فإن لم يكن لها ولي زوجها السلطان بمشورة ذي الرأي من أهلها".

وكذا ما رواه سعيد بن جبير، عن ابن عباس- رضي الله عنهما- قال:"لا نكاح إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل"[2].

وما رواه محمد بن سيرين، عن أبي هريرة –رضي الله عنه-قال: "كانوا يقولون: إن المرأة التي تزوج نفسها هي الزانية"[3].

4-من المعقول: استدل أصحاب هذا القول من المعقول بأن العلة في منع المرأة من ولاية عقد النكاح هو " صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة "[4].

وأن البضع أعظم قدرا وأشد خطرا، فوجب إسناد الولاية فيها إلى الرجل لكونه كامل العقل في النظر في مصالح موليته[5].

وأن الأبضاع يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القوية التي يبذل لأجلها عظيم المال، ومثل هذا الهوى يغطي عقل المرأة فيحجبه عما يصلحه لضعفه، فتلقي المرأة التي تتولى نفسها لأجل هواها فيما يفسد دنياها وأخرها، فكان ولاية ولي من الرجال عليها أحفظ لها من الوقوع فيما يرديها[6].

---

(1) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص90.

(2) البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، مصدر سابق، باب لا نكاح إلا بولي، ج7، ص112.

(3) البيهقي: المصدر نفسه، باب لا نكاح إلا بولي، ج7، ص111.

(4) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج7، ص337.

(5) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي: الفروق، عالم الكتب، بيروت، (د.ط)، (د.س)، ج3، ص136.

(6) القرافي: الفروق، مصدر سابق، ج3، ص136.

كما أن المفسدة إذا حصلت في البضع بسبب زواج غير الكفء حصل به الضرر، وتعدى إلى الأولياء بالعار والفضيحة، ولا يتعدى ذلك إليهم لو حصلت المفسدة في المال بتصرفها، لذلك فلا بد من إسناد الولاية إلى الأولياء دفعا للمفسدة والعار عنهم[1].

وقد أورد الماوردي جملة من دلائل المعقول وهي[2]:

-"إن كل ما كان من زوائد عقد النكاح كان شرطا فيه كالشهود، ولأن ما اختص من بين جنسه بزيادة عدد كانت الزيادة شرطا فيه، كالشهادة في الزنا".

وإن المرأة إذا عقدت على نفسها واعترض عليه غيرها في فسخ هذا العقد الذي كان عليها، دل على فساد عقدها، كالأمة والعبد إذا زوجا أنفسهما.

وأن "من منع من الوفاء معقود العقد خرج من العقد كالمحجور عليه، ولأنه أحد طرفي الاستباحة فلم تملكه المرأة كالطلاق".

وأن للولي على الصغيرة حقين: حق طلب الكفء، وحق في طلب العقد، فإذا بلغت بقي حقه ثابتا في طلب الكفء، فيكون غير مسقط لحقه في مباشرة العقد كالصغيرة.

ثانيا: أدلة الحنفية ومناقشتها:

استدل أصحاب هذا الرأي لما ذهبوا إليه بأدلة من الكتاب والسنة والأثر والمعقول، وتفصيلها كما يأتي:

1-من الكتاب:

(1) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي: الفروق، عالم الكتب، بيروت، (د.ط)،ج3، ص137.

(2) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص90 و91.

أ-الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (البقرة: 232).

دلت هذه الآية على جواز النكاح الذي تولت المرأة فيه العقد على نفسها بغير ولي، ويظهر هذا من عدة وجوه[1]:

أحدها: إضافة النكاح إلى المرأة في لفظ: "ينكحن" من غير شرط إذن الولي.

ثانيها: أن الشارع قد نهى الأولياء عن عضلهن من تزويج أنفسهن إذا تم التراضي بين الزوجين.

أجيب عن استدلالهم بإضافة النكاح إليهن، بأن المراد بنكاحهن هو ما يعقده لهن أولياؤهن، بدليل مخاطبتهم بالنهي عن الإضرار بهن إذا رغبن في نكاح أزواجهن، ولأن المرأة هي محل العقد وسببه، وقد دل على ذلك سبب النزول الذي كان في حديث معقل بن يسار في عضله مثلما سبق.

وأجيب عن الاستدلال بنهي الأولياء عن العضل بأنه يدل على ثبوت الولاية للمرأة لا لأوليائها، بأنه لو لم يكن الولي يملك ولاية عقد النكاح، لما نهاه عنه كما لا ينهى الأجنبي الذي لا ولاية له عنه[2].

ويجاب عن ذلك أيضا بأن المراد "برفع الجناح عنهن أن لا يمنعن من النكاح، فإن أردنه فلا يدل على تفردهن بغير ولي كما لم يدل على تفردهن بغير شهود"[3].

---

(1) أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر: أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، (د.ط)،(1405ه)، ج2، ص100.

(2) الصنعاني: سبل السلام، مصدر سابق، ج3، ص121.

(3) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص91.

ورد عليه بأن هذا غلط،"لأن النهي يمنع أن يكون له حق فيما نهي عنه، فكيف يستدل به على إثبات الحق"[1]، بل وقد ينصرف النهي إلى منعها من الخروج والمراسلة كما لو نهى عن الربا والعقود الفاسدة،لم يكن له حق فيما قد نهي عنه[2].

وجواب هذا أن ولاية الولي ولاية نظر ومصلحة، لذا فإن النهي عن العضل إثبات لحق الأولياء في الولاية، وذلك يوجب عليهم ولاية النظر فيما يصلح شؤون مولياتهم، بعدم منعهن من الزواج ممن هو كفء لهن إذا تراض الطرفان كما تقدم.

ب-الدليل الثاني: قوله تعالى:﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾ (البقرة:234).

ومما تدل عليه هذه الآية جواز ولاية المرأة عقد الزواج بنفسها، لقوله تعالى:﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾؛ أي يجوز لها أن تفعل في نفسها ما تريد، ومن ذلك تزويج نفسها من غير شرط الولي، لأن اشتراط الولاية لصحة العقد ينافي موجب الآية[3].

يجاب عنه من وجهين:

أحدهما: إن المراد من الآية جواز اختيار الأزواج ووجوب استئذانهن، لمعرفة رغبتهن أو عدمها في النكاح.

---

(1) الجصاص: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج2، ص100.

(2) الجصاص: المصدر نفسه، ج2، ص100.

(3) الجصاص: مصدر نفسه، ج2، ص101.

وثانيهما: إن قوله تعالى:﴿ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾، "يقتضي على ما جرى به العرف من المعروف الحسن، وليس من المعروف الحسن أن تنكح نفسها بغير إذن وليها "[1].

ورد عنه بأن ذلك غلط من وجهين:

أحدهما: عموم لفظ الفعل في نفسها يكون في الاختيار وفي غيره من شؤونها[2].

ويجاب عن هذا بأن الآية تدل على رفع الجناح عما كان محظورا على المرأة حال العدة من وفاة زوجها، ومن بينها النكاح، أما بعد انقضاء العدة فقد أبيح لها ما كان محظورا من التزين والإحداد والخروج، وهذا ما لا خلاف فيه، أما النكاح فيثبت لها حق اختيار الزوج والرضى به، بينما العقد فقد قامت الأدلة من السنة للدلالة على أنه بيد أوليائها[3].

وثانيها: "أن اختيار الزوج لا يحصل لها به فعل في نفسها، وإنما يحصل بالعقد الذي يتعلق به أحكام النكاح"، ولأن الاختيار قد ذكر مع العقد بقوله تعالى:"إذا تراضوا بينهم بالمعروف" [4].

أجيب عن هذا بأن قوله تعالى :﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾، خطاب للأولياء، ولولا أن العقد لا يصح إلا من الولي لما كان مخاطبا به[5].

---

(1) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص92.

(2) الجصاص: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج2، ص101.

(3) عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النكاح، مرجع سابق، ج1، ص161 .

(4) الجصاص: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج2، ص100.

(5) الرازي: التفسير الكبير، مصدر سابق، ج6، ص129 .

وإن فعل المرأة المتوفى عنها زوجها في نفسها قد حصل بما كان محظورا من التزين والتطيب الخروج وكذا اختيار الأزواج، ووجوب استئذان وليها إياها، وإن عضل كان لها حق تولية الحاكم لتزويجها من الكفء الذي ترغب، وبهذا كله يحصل لها فعل في نفسها، أما مباشرة العقد فليس في أي وجه من تحصيل فعلها في نفسها حقيقة، لأن الفعل الحقيقي لغيرها وهو الزوج لما كان بعيدا [1].

أما إن اختيار الأزواج مذكور في قوله تعالى: "إذا تراضوا بينهم بالمعروف"، فيجاب عنه بأن هذا أدل معنى على أن العقد هو من شأن طرف ثالث غير الزوجين الذين تراضيا، إذ لو كان عقدها مع زوجها صحيحا لما كانت هناك حاجة لذكر التراضي بينهما، ولكن الإكراه أو المنع قد يتصور من طرف ثالث، وهو الولي الذي يمنع المرأة من رغبتها في التزوج من هذا الزوج الكفء الذي رضيت به ورضي بها[2].

ومقتضى ذلك كله أنه على الولي أن يقوم بتزويجها ما دام قد وجد الرضى والكفاءة وهو ما يفهم من النهي عن العضل.

ج-الدليل الثالث: قوله تعالى:﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾ (البقرة:230).

ووجه الاستدلال بهذه الآية على عدم اشتراط الولي في النكاح يظهر من وجهين[3]:

---

(1) عوض بن رجاء العوفي: الولاية في النكاح، ط1، (1423هـ-2002م)، ج1، ص161 و162.

(2) ابن العربي: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج1، ص208 إلى 212.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج2، ص248. و: الجصاص: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج2، ص100.

-قوله تعالى:﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ ففيه أضاف النكاح إليها، وغاية ما تدل عليه الآية أن انتهاء حرمة التزوج من زوجها الأول يكون عند إنكاحها نفسها من زوج آخر غير زوجها الأول.

-قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ وفيه إضافة للرجعة إلى الزوجين من غير ذكر للولي، وهو ما يدل على صحة عقد نكاح المرأة نفسها من غير مباشرته من الولي.

وقد أجيب عن هذا الاستدلال بما يأتي:

-أن المراد بالإنكاح في الآية النكاح وهو ما يعقده الولي للمرأة، وليس ما تتولاه هي بنفسها، وإضافة النكاح إليها أنها هي محله كما سبق بيانه.

-إن المراد بالنكاح في قوله تعالى:﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾، الوطء لا العقد؛ وهو ما أثبتته السنة بعدم حل المطلقة لزوجها الأول إلا بعد أن تذوق عسيلة الثاني[1].

د-الدليل الرابع: قوله تعالى:﴿ وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ﴾ (الأحزاب:50).

ووجه الاستدلال من الآية أن النكاح قد انعقد في الآية بعبارة المرأة بلفظ الهبة، بل قد قيل أن هذه الآية نص في التدليل على عدم اشتراط الولاية في عقد النكاح[2].

إلا أن هذا الاستدلال محل نظر من عدة وجوه:

---

(1) ابن العربي: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج1، ص198 و199.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج2، ص248.

الوجه الأول[1]: إن أمر الواهبة نفسها بدون مهر ولا ولي خالص للنبي – صلى الله عليه وسلم- دون غيره من أمته، فالخطاب هنا في حق النبي - صلى الله عليه وسلم وحده- ودل على ذلك منطوق الآية: ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾.

قال قتادة: "ليس لامرأة تهب نفسها لرجل بغير ولي ولا مهر إلا للنبي – صلى الله عليه وسلم، فكانت هذه الحادثة وهي النكاح بغير ولي من خصائصه – صلى الله عليه وسلم"[2].

الوجه الثاني[3]: وأما القول بأن هذا النكاح قد كان بلفظ الهبة فيدل على أنها تملك إنكاح نفسها لأنها تملك هبته، فيجاب عليه بأن هذا الاستدلال ليس فيه أي ذكر لإسقاط الولي، وهو ما يستفاد مما جاء بعد ذكر لفظ الهبة فقال تعالى: ﴿ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا ﴾ ، وهذا ما يدل على أن الواهبة لم تحل للنبي – صلى الله عليه وسلم- بمجرد الهبة، وإنما الأمر يعود إليه بعد ذلك في قبول النكاح أو تركه، أما لفظ الهبة فلا يدل على أكثر من إسقاط الصداق الذي هو حق خالص للمرأة.

2-من السنة:

---

(1) ابن العربي: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص156، و: القرطبي: تفسير القرآن، مصدر سابق، ج14، ص210 و211. و: أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق- مصر، ط2، (1317هـ)، (د.ط)، ج3، ص163. و: الشافعي: الأم، مصدر سابق، ج5، ص141. و: أحمد بن محمد بن عبد الله بن محمود المرداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، (1377هـ، 1957م)، ج8، ص46.

(2) أبو الفداء ابن كثير إسماعيل بن عمر: تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، (1420هـ- 1990م)، ج6، ص445.

(3) ابن العربي: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص1560 و1561.

استدل هذا الفريق على عدم اشتراط الولي في النكاح بأدلة من السنة كما يأتي:

أ-الدليل الأول: حديث ابن عباس – رضي الله عنهما- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"[1].

ووجه الاستدلال من الآية أن المرأة لها الحق في مباشرة عقد نكاحها بنفسها من غير ولي؛ لأن المراد من الأيم المرأة التي لا زوج لها، بكرا كانت أو ثيبا، وهي أحق بولاية نفسها، ولا يثبت لها هذا الحق إلا إذا صح تزويجها نفسها دون رضاه[2].

أجيب عن الاستدلال بأن الأيم في الحديث - وإن كان يدل لغة على المرأة التي لا زوج لها- فإن المقصود به في الحديث هو المرأة الثيب، وليس المرأة البكر[3] ويدل على هذا ما يأتي:

- مقابلة الأيم بالبكر في الحديث دليل على أن المراد بالأيم المرأة التي لم تكن بكرا[4]؛ "لأن المعطوف غير المعطوف عليه، وليس غير البكر إلا الثيب، فلهذا عدل بالأيم عن حقيقة اللغة إلى موجب الخبر"[5].

---

(1) أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم: صحيح مسلم، دار الجيل بيروت و دار الأفاق الجديدة . بيروت، (د.ط)، (د.س)، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، (رقم3541)، ج4، ص141.

(2) جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي: نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر- (بيروت- لبنان)- دار القبلة للثقافة الإسلامية، (جدة- السعودية)، ط1،(1418هـ،1997م)، ج3، ص193. و: الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج2، ص248.

(3) ابن عبد البر: الاستذكار، مصدر سابق، ج5، ص388.

(4) الزيلعي: نصب الراية، مصدر سابق، ج3، ص193.

(5) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص92.

-قد دل على أن المراد بالأيم في الحديث الثيب لا البكر حديث آخر بلفظ: "الثيب أحق بنفسها من وليها"، فكان تفسيرا للفظ الأيم الذي ورد في الحديث الأول[1].

-أنه قد اشتهر استعمال لفظ الأيم في المرأة الثيب التي فارقت زوجها بموت أو طلاق، وهو أكثر استعمالا في اللغة[2]، وبهذا فإنه يتقرر عن الخبر ثلاثة أمور:

أحدها: أنها أحق بنفسها في أنها لا تجبر ولا تمنع إذا طلبت تفردها بالعقد من غير شهود.

ثانيها: أنه جعل لها وليا في الموضع الذي جعلها أحق بنفسها، فوجب أن لا يسقط ولايته عن عقدها، ليكون لها حقها في نفسها، وحق الولي في حقها، فيجمع بين هذا الخبر وبين خبر "لا نكاح إلا بولي" في العقد.

ثالثها: "إن لفظة "أحق" موضوعة في اللغة للاشتراك في المستحق إذا كان حق أحدهما أغلب، فالأغلب أن يكون من جهتها الإذن والاختيار من جهة قبول الإذن في مباشرة العقد".

ب-الدليل الثاني: عن ابن عباس -رضي الله عنهما- عن النبي –صلى الله عليه وسلم-:" ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها"[3].

---

(1) أبو الطيب آبادي، عون المعبود، مصدر سابق، ج6، ص87. و: أبو العلا المباركفوري: تحفة الأحوذي، مصدر سابق، ج4، ص205.

(2) النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، (1392ه)، ج9، ص203. و: ابن حجر: فتح الباري، مصدر سابق، ج9، ص192. و: أبو الطيب آبادي: المصدر نفسه، ج6، ص87. و: أبو العلا المباركفوري: المصدر نفسه، ج4، ص205.

(3) أبو داود، سنن أبي داود، باب في الثيب، رقم (2102)، ج2، ص196. و: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي: سنن النسائي الكبرى، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب، ط2، (1406ه-1986م)، باب استئذان البكر في نفسها، رقم (5374)، ج3، ص181. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب ما جاء في إنكاح الثيب، رقم (13458)، ج7، ص118.

دل الحديث بنصه على إسقاط اعتبار الولي في العقد، وفي إثبات المرأة حقها في ولاية تزويج نفسها[1].

أجيب عن هذا الاستدلال بما يأتي:

-علق الدارقطني والبيهقي عن راوي هذا الحديث وهو معمر بأنه قد أخطأ في متنه وإسناده؛ فمن ناحية متنه لم يروه بهذا اللفظ غير معمر فوهم فيه، واللفظ الصحيح هو ما رواه ابن عباس بلفظ: "الأيم أحق بنفسها من وليها" أو "الثيب أحق بنفسها من وليها"، أما ناحية الإسناد فقد رواه معمر وأسقط منه رجلا[2].

- وأجيب عليه أيضا بأن قوله -صلى الله عليه وسلم: "ليس للولي مع الثيب أمر"، فالأمر للإجبار و الإلزام، وليس للولي إجبار الثيب ولا إلزامها، ولا يقتضي ذلك أن تنفرد بالعقد دون وليها، كما لا تنفرد به دون الشهود[3].

ج-الدليل الثالث: ما رواه عبد الله بن بريدة عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: جاءت فتاة إلى النبي –صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله: إن أبي- ونعم الأب هو- زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال: فجعل الأمر إليها فقالت: إني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء"[4].

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج2، ص248.

(2) الدارقطني: سنن الدارقطني، ج3، ص239. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، ج7، ص118.

(3) ابن عبد البر: الاستذكار، مصدر سابق، ج5، ص388. و: الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص92.

(4) ابن ماجه: سنن ابن ماجه، باب من زوج ابنته وهي كارهة، رقم (1874)، ج1، ص602. و: النسائي: سنن النسائي الكبرى، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، رقم (5390)، ج3، ص284.

دلت العبارة الأخيرة من الحديث على أن الولاية في عقد النكاح إلى المرأة وليست إلى الأولياء، بإقرار النبي -صلى الله عليه وسلم- للفتاة، كما يدل الحديث بعمومه على أن ولاية الأولياء مستحبة مراعاة للحياء والأدب[1].

أجيب عن هذا الاستدلال بما يأتي:

-أن هذا الحديث مرسل؛ لأن عبد الله بن بريدة لم يسمع من عائشة -رضي الله عنها- شيئا[2]. والمرسل لا حجة فيه عندكم، "وإن كان غيره فهو مجهول، وجهالة الراوي تمنع من قبول حديثه، ثم لا حجة فيه لو صح لأنه رد نكاحا انفرد به الولي، وإنما يكون حجة لو أجاز نكاحا تفردت به المرأة"[3].

رد عليه أنه قد روى ابن بريدة هذا الحديث عن أبيه وأبوه كان صحابيا جليلا، وبالرغم من القول بضعفها إلا أنها شاهد لروايته عن عائشة، فقد قال فيها الشوكاني أن رجاله رجال الصحيح [4]، وفي الزوائد إسناده صحيح[5].

-إن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد خيرها لأن أباها زوجها غير كفئها[6].

ورد عليه بأن حمل الحديث "على عدم الكفاءة خلاف الأصل مع أن العرب إنما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها"[7].

-إن قياسهم على الرجل غير صحيح، لأن المعنى في الرجل أنه لما لم يكن للولي عليه اعتراض في الكفاءة، لم يكن له في العقد عليه ولاية،

---

(1) ابن الهمام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج 3، ص263.

(2) الدارقطني: سنن الدارقطني، ج3، ص233، و: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج7، ص118.

(3) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص94.

(4) الشوكاني: نيل الأوطار، مصدر سابق، ج6، ص145.

(5) ابن ماجه: سنن ابن ماجة نقلا عن الزوائد، ج1، ص602.

(6) البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، ج7، ص118.

(7) ابن الهمام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج3، ص263.

ولما للولي على المرأة اعتراض في الكفاءة كان له عليها في العقد ولاية[1].

د-الدليل الرابع: حديث أم سلمة - رضي الله عنها- قالت: دخل علي رسول الله –صلى الله عليه وسلم- بعد وفاة أبي سلمة فخطبني على نفسي، فقلت: يا رسول الله، إنه ليس أحد من أوليائي شاهدا، فقال: إنه ليس منهم شاهد ولا غائب يكره ذلك، قالت: قم يا عمر فزوج النبي، فتزوجها"[2].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث على عدم اشتراط الولي أن النبي – صلى الله عليه وسلم- قد خطب أم سلمة إلى نفسها، وهذا دليل على أن أمر التزويج كان إليها دون أوليائها، ويدل عليه أيضا قوله - صلى الله عليه وسلم- في أوليائها: "إنه ليس منهم شاهد ولا غائب يكره ذلك"، بمعنى أن أم سلمة هنا قد عقدت أمر نكاحها بنفسها دون حضور أحد من أوليائها ودون إذنهم، وهذا دليل على أن الأولياء لو كان لهم حق أو أمر في تزويجها لما أقدم النبي –صلى الله عليه وسلم- على إباحة حق الغير دون إذنهم أو إباحتهم ذلك له[3].

نوقش الاستدلال بهذا الحديث من ناحيتين:

ناحية السند: أن مدار هذا الحديث هو بن عمر، وهو مجهول للاختلاف في اسمه، فقد قيل هو عبد الله بن بريدة [4]. وقد ضعفه الألباني في كتابه إرواء الغليل[5].

---

(1) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص94.

(2) النسائي: سنن النسائي الكبرى، باب إنكاح الابن أمه، رقم (5396)، ج3، ص286. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها بغير، (رقم13530)، ج7، ص131.

(3) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي: شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، (1399ه)، ج3، ص11.

(4) الحاكم: المستدرك على الصحيحين، مصدر سابق، ج4، ص18. و: محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، (1405ه- 1985م)، ج6، ص220.

(5) الألباني: المرجع نفسه، ج6، ص220 و221.

ناحية المتن: نوقش هذا الحديث من جهة التحقيق في ولاية تزويج أم سلمة، كما يأتي:

-أن وليها هو ابنها عمر بن أبي سلمة وهذا ما يدل عليه ظاهر النص في قول أم سلمة:" قم يا عمر فزوج النبي". أجيب عنه بأن عمر كان صغيرا صبيا لم يبلغ يومئذ [1]، فلا تجوز الولاية في حقه[2].

ومهما يكن من اعتراض في مولده فإن ثبت بأنه هو الذي تولى تزويج أمه فإن لم يكن بالغا فهو قد بلغ سن التمييز، وإلا لم يكن معنى لقول أم سلمة لابنها قم يا عمر فزوج النبي -صلى الله عليه وسلم.

-وقيل إن من تولى تزويجها هو عمر بن الخطاب وهو المقصود بالخطاب بالتزويج في الحديث، لأنه من عصبتها، وهو الذي يلتقي معها في جدهما كعب بن لؤي[3]، ولكن قد يعترض على هذا بأنه لو كان عمر هو الذي تولى تزويجها وهو من أوليائها لما كان لقولها "إنه ليس أحد من أوليائي شاهدا"، وأيضا قول النبي -صلى الله عليه وسلم- إنه ليس منهم شاهد ولا غائب يكره ذلك" أية فائدة في الحديث، وهذا تعارض بين ولاية عمر بن الخطاب، وما جاء في الحديث من عدم كراهة ولاية أم سلمة بتزويج نفسها بلفظ النبي –صلى الله عليه وسلم، وكذا اعتذارها بغياب أوليائها.

-أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد تولى أمر نكاحها إما بولاية السلطنة أو هي خصوصية له؛ وأما الولاية بالسلطنة فلا خلاف بين العلماء في أن " السلطان ولي من لا ولي له "، وقد ورد في الحديث ما يدل على غياب الأولياء

---

(1) الذهبي: سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج3، ص406.

(2) الطحاوي: شرح معاني الآثار، مصدر سابق، ج3، ص11.

(3) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، (1399هـ-1979م)، ج1، ص107 و108.

بدليل اعتذار أم سلمة بغياب أوليائها، فنزلت منزلة من لا ولي لها فتنتقل ولايتها إلى السلطان[1].

أورد الطحاوي في شرحه منع الخصوصية للنبي -صلى الله عليه وسلم- فهي خلاف الأصل، لأن النبي –صلى الله عليه وسلم- لم يقل لها: " أنا وليك من دونهم" حتى يقابل بأن الحديث لم يقل فيه "أنت أحق بنفسك منهم..."، بل الحديث دل على أن وجود ولي أمر بعقد النكاح، ولا يؤمر بالنكاح إلا من كان من أهلها[2].

وفي الجملة فإن أم سلمة بمقتضى هذا الحديث فإنها لم تزوج نفسها، وإنما قد أمرت من زوجها فقالت:" قم يا عمر فزوج النبي -صلى الله عليه وسلم".

3-أدلتهم من آثار الصحابة:

مما استدل به الحنفية من آثار الصحابة على جواز ولاية المرأة في النكاح ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن نافع قال: "ولى عمر ابنته حفصة ماله وبناته ونكاحهن، فكانت حفصة إذا أرادت أن تزوج امرأة أمرت أخاها عبد الله فزوج"[3].

دل هذا الأثر على إسناد النكاح إلى المرأة من غير شرط الولي، بدليل إسناده على حفصة.

أجيب عنه بأن إسناد النكاح في هذا الأثر إلى حفصة لا يراد به أن تعقد النكاح ولكن يحمل على تمهيد أسباب النكاح من اختيار الأزواج، وتحديد المهر وغيره.

---

(1) عوض بن رجاء: الولاية في النكاح، مرجع سابق، ج1، 202.

(2) الطحاوي: شرح معاني الآثار، مصدر سابق، ج3، ص11.

(3) أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني: مصنف عبد الرزاق، باب النكاح بغير ولي، رقم (10495)، ج6، ص200.

كما استدلوا بما روي عن عائشة بأنها قد زوجت عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: أمثلي يصنع به هذا ويفتات عليه؟ فكلمت عائشة المنذر، فقال المنذر: إن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت أرد أمرا قضيته[1].

فدل هذا الأثر على جواز ولاية المرأة في عقد النكاح.

ورد عليه بأن هذا الأثر قد ذكر الدارقطني لإبطاله وجوها، كما أنه ليس بأثبت مما روته من بطلان النكاح بغير ولي في حديثها: " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل..." [2]

د-من المعقول:

إن تزويج المرأة المكلفة الحرة لنفسها هو تصرف خالص لحقها، وهي أهل لذلك، قياسا على جواز تصرفها في مالها، إذا بلغت عن عقل وحرية، حيث زال العجز بسبب الجنون أو الصغر أو الرق الموجب للولاية عليها[3].

القول المختار:

بعد عرض أقوال المذاهب وأدلتهم ومناقشتها فإنه يظهر رجحان مذهب الجمهور القائلين بعدم جواز ولاية المرأة في عقد النكاح سواء على نفسها أم على غيرها لما يأتي:

1-قوة أدلة الجمهور في دلالتها على ضرورة اشتراط الولي في عقد النكاح سواء من أدلة الكتاب أو من نصوص السنة التي جاء فيها حصر الولاية في الرجال، وتوجيه الخطاب إلا الأولياء بتزويج مولياتهم، وقد عضدها ما جاء من

---

(1) الطحاوي: شرح معاني الآثار، مصدر سابق، ج3، ص9.

(2) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص88.

(3) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص12. و: الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج3، ص1367.

آثار الصحابة التي تبين أن المعتاد والمعروف من أمر المسلمين عموما، والصحابة خصوصا أن عقدة النكاح هي إلى الرجال لا إلى النساء.

2-إن لكل من المرأة ووليها حقا في النكاح؛ فأما المرأة فحقها هو الاستئذان ورضاها، وحقه هو مباشرة العقد، وبه يتم الجمع بين حديث: " لا نكاح إلا بولي " و حديث: "الأيم أحق بنفسها من وليها"، فالمرأة أحق بنفسها في تعيين من تريد أو ترغب نكاحه إن كانت ثيبا، وإن كانت بكرا فحقها أن تستأذن في إمضاء العقد أو عدمه، أما ولاية العقد فهي إلى وليها.

3-قد ثبت عند الحنفية القائلين بولاية المرأة في عقد النكاح من دليل المعقول ما يرجح اشتراط الولي في عقد النكاح؛ فقد جاء في بدائع الصنائع أن المرأة ضعيفة العقل عن إدراك أحوال الرجال، فيولى عليها ولي لحماية هذا الضعف، وجبرا لمصلحتها، ودفعا للمفاسد التي لا تدركها بنفسها لنقصان عقلها، ثم إن المرأة من حالها التستر، والبعد عن محافل الرجال المبنية على التجربة والاختبار، والتي يعتبر حضورها عيبا يقدح في مروءتها، ويسقط من شأنها، ويهدر حياءها واحتشامها، فتدفع مثل هذه المفاسد بجعل نكاحها إلى أوليائها[1].

4- إن الرجل يتميز بعقله الناشئ عن الذكورة، فيكون أهلا للبحث عن الكفء لموليته؛ إذا له القدرة على معرفة أنواع الرجال، فالرجال أعرف بالرجال، ولا حظ للمرأة في ذلك، لسرعة انخداعها بما يظهر لها من الحسن، فتنجر وراء أهوائها ورغباتها، مما يوقعها فيما يرديها في العاجل والآجل، فلم تعتبر بذلك عبارتها في النكاح، وجعل أمرها إلى أوليائها.

(1) الكاساني: المصدر نفسه، ج2، ص242.

5- تعتبر المرأة جزء من أوليائها؛ فإذا حصلت المفسدة في بضعها بسبب ولايتها على نفسها تعدت منها الفضيحة والعار إلى أوليائها، فكان لهم حق منعها من ولاية عقد النكاح بنفسها.

الفرع الثاني: حكم ولاية المرأة على إمائها

أولا: حكم الولاية في النكاح على الأرقاء:

قد تقدم أن من أسباب الولاية الملك، فالمالك هو من يتولى تزويج عبيده وإمائه، وقد دل على ثبوت هذه الولاية- بالملك- أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1- من الكتاب: ما ورد في الكتاب مما يدل على أن ولاية إنكاح الإماء والعبيد إلى أسيادهم نصوص عدة نحو:

- قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ ﴾ (النور: 32)، في هذه الآية خطاب للأولياء بإنكاح مولياتهم، و للأسياد بإنكاح عبيدهم وإمائهم، والسيد هو من يتولى إنكاح مملوكه ذكرا كان أو أنثى[1].

وقوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ ﴾ (النساء:25)، دلت هذه الآية على أن المرأة المملوكة لا تنكح إلا بإذن أهلها، وهم المالكون لها الذين لهم ولاية إنكاحها، وكذا العبد فهو لا ينكح إلا بإذن سيده[2].

2- من السنة: ما ورد في السنة ما يدل على ولاية النكاح على العبيد والإماء نصوص منها:

---

(1) القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج12، ص240.

(2) ابن العربي: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج 2، ص 304.

- ما روي عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم: "أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر"[1].

وما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما- عن النبي - صلى الله عليه وسلم- قال: " إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل "[2].

أجيب عن هذا الحديث بأنه ضعيف، وهو موقوف على ابن عمر -رضي الله عنهما[3].

3- من المعقول:

إن النكاح عيب في الرقيق فلا ولاية لهم فيه، ولا يملكون تزويج أنفسهم إلا بإذن مواليهم، ولأن في النكاح "شغل ما ليته بالمهر والنفقة، وماليته ملك مولاه، فلا يملك شغل ذلك بتصرفه بغير إذن المولى"[4].

4- من الإجماع:

قد أجمع علماء المسلمين على أنه لا يجوز نكاح العبد بغير إذن سيده، قال القرطبي: " وقد أجمع علماء المسلمين على أنه لا يجوز نكاح العبد بغير إذن سيده "[5].

---

(1) أبو داود، سنن أبي داود، مصدر سابق، باب في نكاح العبد بغير إذن مواليه، رقم (2080)، ج2، ص188. و:الترمذي: سنن الترمذي، مصدر سابق، باب نكاح العبد بغير إذن سيده، رقم (1111)، ج3، ص419. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب نكاح العبد بغير إذن مالكه، رقم (13507)، ج7، ص127.

(2) أبو داود، سنن أبي داود، مصدر سابق، باب في نكاح العبد بغير إذن مواليه، رقم (2081)، ج2، ص189. و:البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، مصدر سابق، باب نكاح العبد بغير إذن مالكه، رقم (13509)، ج7، ص127.

(3) أبو داود، سنن أبي داود، المصدر نفسه، ج2، ص189.

(4) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص25. و: الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج9، ص174.

(5) القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج5، ص141.

ثانيا: ولاية المرأة في نكاح إمائها:

لقد ورد فيما تقدم إجماع المسلمين على أن العبيد والإماء لا يجوز لهم النكاح بغير إذن مواليهم؛ إلا أن الفقهاء قد اختلفوا فيما إذا كان المالك امرأة فيجوز لها أن تلي عقد نكاح إمائها أم لا. هذه المسألة فرع عن المسألة الأولى، وقد ذهب فيها الفقهاء مذهبان؛ مذهب الجمهور القائلين بالمنع، ومذهب الحنفية المجيزين لها الولاية في النكاح على نفسها وغيرها.

1-آراء الفقهاء في ولاية المرأة على إمائها في النكاح

أ-القول الأول:

وفيه ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية ورواية عن الحنابلة إلى نفي الولاية عن المرأة وإثباتها عليها مطلقا، فلا تعتبر عبارة النساء في النكاح مطلقا، لا لأنفسهن ولا لغيرهن، ولكن يجوز لها أن توكل غيرها[1].

ب-القول الثاني:

وهو للحنفية[2] ورواية عن الحنابلة، فذهبوا إلى أن للمرأة المالكة لأمتها أو عتيقتها ولاية نكاحهما[3].

2-الأدلة والمناقشة

أ-أدلة القول الأول: استدل الجمهور إضافة إلى استدلالهم السابق على عدم ثبوت الولاية للمرأة في النكاح مطلقا[4]، بما يأتي:

---

(1) مالك بن أنس: المدونة الكبرى، دار صادر- بيروت، (د.ط)، ج4، ص177. و: الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج3، ص187. و: محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، ج3، ص174. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج7، ص 358.

(2) الجصاص: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص120و 121. و: ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج3، ص202.

(3) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج7، ص 358.

(4) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص 358.

-إن امتناع الولاية في حق المرأة المالكة لأمتها في النكاح لقصورها، فهي ليست أهلا لها، فتثبت لغيرها.

وإن المرأة إذا عتقت كانت الولاية عليها في النكاح إلى أولياء مولاتها، ففي حال كونها أمة أولى.

كما أن الولاية في النكاح على الأمة من طرف الرجال ليس مطلقا، وإنما يتعلق بإذن من تملكها، لأنها تعتبر في الحقيقة ملك لمولاتها أي أنها مالها، ولا يجوز التصرف في مال مولاتها بغير إذنها ما دامت رشيدة، ويعتبر في الإذن النطق بالتزويج وإن كانت المولاة بكرا، لأن صماتها من حيائها في تزوجها نفسها، وإلا فإن في تزويج أمتها لا تستحي.

وإن كانت صغيرة أو سفيهة أو مجنونة فلولي المولاة على مالها تزويجها متى لاحت له المصلحة والحظ في تزويجها، وإلا فليس له تزويجها، "واحتمال الحظ مرجوح لما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد في حقها وبعض قيمتها والمرجوح كالمعدوم"[1].

ب-أدلة القول الثاني:

إضافة إلى ما استدل به أصحاب الفريق الثاني على صحة عبارة النساء في النكاح، وأن المرأة الحرة المكلفة عندهم لها أن تزوج نفسها وغيرها من الحرائر ومن عبيدها وإمائها، فقد استدلوا بما يأتي:

- **من الكتاب** قوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ ﴾ (النساء:25)، فذهب الحنفية إلى أن للمرأة أن تتولى عقد نكاح أمتها؛ لأن المراد بلفظ "أهلهن" في الآية المولى الذي له أهلية التصرف في ماله، ذكرا كان أم أنثى، فيجوز ولاية عبيده وإمائه في النكاح[2].

(1) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص 358.

(2) الجصاص: أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص120و 121.

وأجابوا عن قول الشافعية والمالكية بمنع تولي المرأة نكاح أمتها، ولكن يجوز توكيلها من يتولى ذلك من أقربائها، بأن قولهم مردود بظاهر الكتاب، حيث لم يفرق الله تعالى بين عقدها هي للتزويج وبين عقد غيرها بإذنها، ويدل عليه جواز تزويجها من امرأة أخرى إذا أذنت مولاتها، فتنكح بإذنها، كما يدل ظاهر الآية على جواز نكاحها بإذن مولاها[1].

وعليه "فإذا وكل مولاها أو مولاتها امرأة بتزويجها وجب أن يجوز ذلك؛ لأن ظاهر الآية قد أجاز، ومن منع ذلك فإنما خص الآية بغير دلالة..." [2].

وأجيب عن هذا من وجوه[3]:

-إن المراد بقوله تعالى: "بإذن أهلهن" أي برضاهم، والرضى غير كاف في نكاحهن، إذ ليس في الآية ما يدل على كفايته.

-والمراد بأهلهن من يقدر على تزويجهن، وهو المولى إن كان رجلا، أو ولي مولاتها إن كانت امرأة.

-ولو سلم أن المراد بـ: "الأهل" المولى وهو يعم الذكور والإناث، فإن الأدلة من السنة قد بينت أن المرأة لا يجوز لها أن تنكح نفسها، وهو في قوله -صلى الله عليه وسلم- من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه: "العاهر التي تنكح نفسها"[4]، وفي الحديث المرفوع إلى النبي -صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح المرأة المرأة، ولا تنكح المرأة نفسها"[5]، فدل على أن المرأة لا تعتبر عبارتها في النكاح، وإذا لم تثبت لها الولاية على نفسها في النكاح فأنى أن يكون ذلك لها على مملوكتها.

---

(1) الجصاص: المصدر نفسه، ج3، ص120و 121.

(2) الجصاص: المصدر نفسه، ج3، ص120و 121.

(3) الرازي: التفسير الكبير، مصدر سابق، ج 5، ص167.

(4) البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب لا نكاح إلا بولي، ج7، ص111

(5) ابن ماجة: سنن ابن ماجة، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (1882)، ج1، ص606. و: الدارقطني: سنن الدارقطني، باب النكاح، رقم (25)، ج3، ص227. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب لا نكاح إلا بولي، رقم (13412)، ج7، ص110.

- **من المعقول**[1]: واستدلوا من المعقول بأن المرأة المالكة لأمتها ولاية تزويجها، لأنها مالها، ولا يجوز لأحد التصرف في مالها.

وأن الأمة هي ملك لمولاتها وولايتها عليها ولاية تامة فتملك إذا تزويجها كالسيد، ولأنها تملك بيعها وإجارتها فكذلك إنكاحها.

وأيضا فإن الولاية "إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية وصيانة لحظ الأولياء في تحصليها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للأولياء فيها".

وأجيب عن الإمام أحمد في روايته هذه أنه لم يكن رأيه وإنما هي مجرد حكاية لمذهب غيره، قال ابن قدامة: "قال في سياقها –أي الرواية- أحب إلي أن تأمر زوجها لأن النساء لا يعقدن"[2].

ويجاب عن هذا بما ورد من أدلة السنة الواضحة على نفي الولاية في النكاح عن النساء مطلقا كـ: "لا تنكح المرأة المرأة"[3]، وقول عائشة - رضي الله عنها: "زوجوا فإن النساء لا يزوجن واعقدوا فإن النساء لا يعقدن".

كما يجاب عنهم أن المرأة لا تملك تزويج نفسها فغيرها أولى بعدم جواز تزويجها لهم.

المختار من القولين:

إن ما قيل في القول المختار في مسألة ولاية المرأة المكلفة الحرة في النكاح يقال في هذه المسألة؛ لأنها فرع عنها، فالمرأة سواء كانت تلي عقد نكاح حرة أو أمة فالأمر سواء، لأن نقصان عقلها عن الإدراك وسرعة انخداعها ووقوعها في الخطأ، وحصول المفسدة المتوقعة غالبا في هذا المجال، وبعدها عن مجامع الرجال وحضور مجالسهم، وكذا حياؤها واحتشامها في هذا الأمر على وجه

---

(1) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج7، ص358.

(2) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص358.

(3) سبق تخريجه. أنظر الصفحة قبلها.

الخصوص، والذي يحتاج إلى تجربة ومخالطة واختبار كبير، وبذلك يظهر ترجيح القول بعدم جواز ولايتها، ويتولى أمر تزويج أمتها وعتيقتها من يتولى أمرها هي من الأولياء، بشرط إذن سيدتها التي تملكها.

المطلب الثاني
ولاية المرأة بالحضانة

المهم بالبحث في هذا الموضوع هو الحديث عن ولاية المرأة في باب الحضانة، من حيث مفهوم الحضانة ومدتها، ومن حيث أحقية الأم فيها، وعن طبيعة هذا الحق هل هو للأم أم للطفل، والحديث عن مراتب النساء في هذه الولاية، والشروط التي يجب توافرها في الحاضنة، وعن زمن انتهاء الحضانة، وعن شرط عودها بعد انقطاعها، وبعض المسائل الفرعية الأخرى.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة ومدتها

أولا: مفهومها

1-مفهوم الحضانة

أ-مفهومها لغة: الحضانة في اللغة مأخوذة من حضن يحضن حضنا، وهي بالفتح والكسر بمعنى الضم إلى الجنب؛ ومنه حضن الطائر بيضه، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وحضنت المرأة ابنها واحتضنته، إذا جعلته في حضنها وضمته إلى جنبها وربته [1].

ب-اصطلاحا:

جاءت تعريفات الفقهاء لمصطلح الحضانة متقاربة في معناها، إلا أن الشافعية والحنابلة قد اختلفوا عن الحنفية والمالكية في تعميم المحضون فشمل عندهم كل من ليس له تمييز؛ وهو الطفل الصغير والكبير المجنون أو المعتوه.

ولا بأس في هذا المقام من إيراد بعض تعريفاتهم لبيان هذا الفرق كما يأتي:

---

(1) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مصدر سابق، ج2، ص73. و: الرازي: مختار الصحاح، مصدر سابق، ص167. و: ابن منظور: لسان العرب، مصدر سابق، ج13، ص122.

-**تعريف الحنفية:** عرف الحنفية الحضانة بأنها "تربية الولد"[1]، ومعلوم أن تربية الطفل تكون "بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه..."[2]

-**تعريف المالكية:** وعرفها المالكية بأنه : "حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[3].

-**تعريف الشافعية:** أما الشافعية فكان تعريفهم للحضانة بأنها: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته"[4].

ويشمل الحفظ والتربية تعهد المحضون "بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام"[5].

- **تعريف الحنابلة:** ولم يختلف الحنابلة عن الشافعية في تعريفهم للحضانة فقالوا بأنها "حفظ صغير ومعتوه وهو المختل العقل ومجنون عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم"[6]، ويكون ذلك بغسل "بدنهم وثيابهم ودهنهم وتكحيلهم وربط طفل بمهد وتحريكه لينام"[7].

وبالرغم من وجود تباين صغير بين تعريفات الحنفية والمالكية وبين تعريفات الشافعية والحنابلة إلا أن المعنى المقصود من الحضانة عندهم واحد.

ويمكن هنا وضع تعريف جامع للحضانة بقولنا: "الحضانة هي القيام على شؤون من لا يستقل بأمور نفسه لعدم تمييزه ".

---

(1) ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص179.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص40.

(3) الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج4، ص207.

(4) الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص352.

(5) السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي أبو بكر: إعانة الطالبين، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، (د.س)، ج3، ص114. و: محمد الشربيني الخطيب: الإقناع، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، (1415هـ)، ج2، ص489.

(6) البهوتي: كشاف القناع، مصدر سابق، ج5، ص496.

(7) البهوتي: المصدر نفسه، ج5، ص496.

والحضانة في ذاتها هي نوع ولاية[1]، لأنها قيام على من عجز عن إدارة أموره بنفسه، فهي ولاية على الغير.

ويشمل القيام على المحضون عادة التربية والحفظ؛ فأما التربية له فهي ما يقع بمعنى الإصلاح، وليس المعنى المتعارف عليه من غسل ودهن وإطعام، وليشمل الصغير والكبير المجنون أو المعتوه اللذين يصدق فيهما معنى الإصلاح[2].

وأما حفظه فيكون بجلب ما يصلحه، ويقابله دفع ما يلحقه من ضرر وأذى وهلاك أي حفظه عن كل ما يؤذيه ويضره[3]، وجلب ما يصلحه من غسل جسده وثيابه ودهنه وإطعامه...وغيره.

ومن لا يستقل بأمور نفسه كما يشمل الصغير، يشمل أيضا الكبير المعتوه والمجنون؛ لأن الصغير الذي بلغ معتوها أو مجنونا لا تسقط حضانته على وليه، وعلة استمرار الحضانة على هؤلاء هو عدم التمييز، فلو بلغ الصغير مميزا بأن لم يكن معتوها أو مجنونا، فإن ولاية الحضانة تسقط عن الأولياء.

أما عدم تمييز المحضون فهو تعليل يدخل به كل من الكبير المعتوه والمجنون تحت من لا يستقل بأمور نفسه كالطفل الذي لا يميز.

ثانيا: مدة الحضانة:

لم يرد في نصوص الكتاب والسنة ما يوضح زمن أو السن التي تنتهي فيه الحضانة على المحضون، فاختلف الفقهاء في تحديد مدة الحضانة على النحو الآتي:

---

(1) الشربيني: الإقناع، مصدر سابق، ج2، ص 489. و: مغني المحتاج: مصدر سابق، ج3، ص 452.

(2) البجيرمي: حاشية البجيرمي، مصدر سابق، ج4، ص122.

(3) البهوتي: كشاف القناع، مصدر سابق، ج5، ص 496.

1-مدة الحضانة بالنسبة للغلام

ذهب **الحنفية** في ظاهر الرواية إلى أن مدة الحضانة تبدأ بالولادة إلى البلوغ بأن يصبح الصغير مستغنيا بنفسه في أكله وشربه وملبسه وتنظيفه عن خدمة من يحضنه من النساء[1].

وقدر الخصاف[2] سن الاستغناء بسبع سنوات وهو الذي عليه الفتوى، وذكر أبو بكر الرازي بأنه يقدر بتسع سنين[3].

وتقدير الخصاف بسبع اعتبر على أساس ما يغلب على المحضون، بأنه إذا بلغ السن السابعة حصل له الاستغناء الذي به تنتهي حضانته، لأن علة الحضانة هي العجز والحاجة إلى الخدمة.

كما استند الخصاف في تقديره انتهاء الحضانة بالسن السابعة إلى ما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبع سنين"[4].

---

(1) الزيلعي: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص48.

(2) الخصاف هو أبو بكر، أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني، الفقيه الحنفي، المحدث، حدث عن وهب بن جرير، وأبي عامر العقدي، والواقدي، وأبي نعيم، وآخرون كان فاضلا صالحا، زاهدا ورعا، فارضا حاسبا، عالما بالرأي، صنف كتاب: "الخراج"، "الحيل"، "أدب القاضي" " أحكام الوقوف"، وغيرها، توفي ببغداد سنة 261هـ - 875م عن عمر يقارب الثمانين. أنظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج13، ص123.

(3) الزيلعي: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص48.

(4) أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني: مسند أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة- القاهرة، مسند عبد الله بن عمرو، رقم(6689)، ج2، ص180. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب عورة الرجل، رقم(3050)، ج2، ص228.

قال في تبيين الحقائق: "والأمر بالصلاة لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة"[1]؛ وهي تحصل ببلوغ السن السابعة كما في الحديث، وهو كما قدره بعض الحنفية بأن يصبح قادرا على الوضوء أو الاستنجاء وحده[2].

أما **المالكية** فيرون أن حضانة الذكر تبدأ من ولادته وتنتهي ببلوغه[3].

ويذهب **الشافعية** إلى أن حضانة النساء للمحضون تبدأ بولادته، وتستمر حتى يبلغ سن التمييز، وهو السابعة من عمره، وبعدها يخير بين أمه أو أبيه أو بين من يحل محلهما[4].

و يرى **الحنابلة** ما يراه الشافعية فيما يفتى به عندهم وهو أن الحضانة تنتهي ببلوغ الغلام السن السابعة، وبعدها هو مخير بين أبويه[5].

2-بالنسبة للجارية

الحضانة بالنسبة للجارية تختلف تماما عنها بالنسبة للذكر، كما اختلف في تحديد زمنها الفقهاء.

والحضانة بالنسبة للبنت في مذهب **الحنفية** تعود إلى طبيعة الحاضن؛ فإن كان الحاضن هو الأم أو الجدة امتدت من الولادة إلى البلوغ أي حتى

---

(1) الزيلعي: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص48.

(2) الزيلعي: المصدر نفسه، ج ، ص48.

(3) محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله العبدري، التاج والإكليل، دار الفكر- بيروت، ط2، (1398ه)، ج4، ص214. و: محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عليش، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، ، ج2، ص526.

(4) الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص452. و: البجيرمي: حاشية البجيرمي، مصدر سابق، ج4، ص121.

(5) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص301. و: أبو إسحاق: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي: المبدع، المكتب الإسلامي- بيروت، (1400ه)، ج8، ص237. و: المرداوي: الإنصاف، مصدر سابق، ج9، ص429.و: البهوتي: كشاف القناع، مصدر سابق، ج5، ص501.

تحيض، وإن كان غيرهما استمرت إلى سن التشهي، وقد قدر ببلوغها السن التاسعة، وهو الذي عليه الفتوى عند الحنفية[1].

وذهب **المالكية** إلى أن حضانة النساء للبنت تبدأ بالولادة وتستمر حتى تتزوج ويدخل بها زوجها، فإن طلقت أو مات زوجها قبل أن يبني بها استمرت الحضانة للأم أو من يحل محلها من النساء[2].

فأما الشافعية والحنابلة فالجارية تكون عند أمها حتى تبلغ سبع سنين ثم تخير كالغلام على مذهب الشافعية، وتنتقل وجوبا إلى أبيها حتى تتزوج على رأي الحنابلة[3].

3-الأدلة على اختلاف الفقهاء في مدة الحضانة

جاء في بدائع الصنائع: "وإنما اختلف حكم الغلام والجارية؛ لأن القياس أن تتوقت الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعا؛ لأنها ضرب ولاية، ولأنها ثبتت للأم فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال إلا أنا تركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة -رضوان الله عنهم"[4].

ومستند هذا الإجماع هو ما قضى به أبو بكر الصديق -رضي الله عنه- في قضية عاصم بن عمر ببقائه عند أمه حتى يشب أو تتزوج أمه حيث قال: "ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر"[5]، وقد كان ذلك بحضور جمع من الصحابة من غير نكير أحد منهم.

---

(1) الزيلعي: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص48 و49.

(2) الحطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق، ج5، ص594. و: العبدري: التاج والإكليل، مصدر سابق، ج4، ص214. و: الدسوقي: حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص526.

(3) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص1138.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص42.

(5) الزيلعي: نصب الراية، مصدر سابق، باب حضانة الولد ومن أحق به، ج3، ص266.

قال في البدائع: "فتركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم- فبقي الحكم في الجارية على أصل القياس"[1].

واستدل الحنفية أيضا بأن الغلام إذا أصبح مستغنيا احتاج إلى "التأدب بآداب الرجال والتخلق بأخلاقهم وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والتثقيف والأب على ذلك أقوم وأقدر[2]. أما الجارية فلا يوجد فيها هذا المعنى فتترك في يد الأم لحاجتها إلى تعلم ومعرفة آداب النساء، والتخلق بأخلاقهن، وخدمة البيت، ولا يحصل ذلك إلا أن تكون عند الأم [3].

وأما إذا بلغت البنت حد الشهوة؛ فإن الحاجة إلى تزويجها، وحمايتها وصيانتها عن العار ومطامع الرجال واحتيالهم، فكان لازما لدفع هذا الضرر والذب عنها من رجل، وأقربهم إلى تحقيق ذلك أبوها وهو على ذلك أقدر[4].

وأما إذا لم تكن الحاضنة أما أو جدة، كالأخوات والخالات والعمات فالحكم في الجارية والغلام واحد، وهو أن تترك البنت عندهن حتى تستغني كالغلام بنفسها، في شربها وأكلها ولبسها، وبعدها تسلم إلى الأب، وحجة ذلك أن البنت وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء "لكن في تأديبها استخدامها، وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات فتسلمها إلى الأب احترازا عن الوقوع في المعصية"[5].

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص42.

(2) الكاساني: المصدر نفسه، ج4، ص42. والزيلعي: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص48.

(3) الكاساني: المصدر نفسه، ج4، ص42. والزيلعي: المصدر نفسه، ج3، ص48.

(4) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص208. و: ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص184.و: ابن الهمام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج4، ص371. و: الزيلعي: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص48 و49.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص43.

وحجة الشافعية والحنابلة في عدم التفريق بين مدة الحضانة عند الذكر والأنثى هو أن "الغرض بالحضانة الحفظ والحفظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها، لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج... وإنما تخطب الجارية من أبيها لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها لأن الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ولا على سن البلوغ لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها"[1].

الفرع الثاني: من الأحق بالحضانة وطبيعة هذا الحق:

الصغير منذ ولادته حيا يكون عاجزا، محتاجا إلى من يدبر أموره ويقوم على شؤونه من تربية وحفظ، وهو ما يسمى بالولاية على نفسه، كما أن الولاية عليه ولاية مالية سواء بالنفقة عليه أو بحفظ أمواله هي قسم آخر من التعهد والرعاية، ولهذا أناط الشارع مسؤولية كل ذلك بمن هم أقرب إلى الصغير لحضانته وهم الآباء والأمهات.

وفيما يأتي سأتحدث عن مسألة أحقية الحضانة وعن طبيعة هذا الحق عند فقهاء المذاهب:

1-المسألة الأولى: من الأحق بالحضانة:

لما كان الإنسان يولد عاجزا عن تحصيل مصالحه في المرحل الأولى من حياته، جعل الشارع الحكيم من يقوم عليه لتحقيق تلك المصالح، بالولاية عليه، سواء على نفسه أو ماله، وأناط تحقيق ذلك بالآباء، لأنهم أقرب الناس

(1) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص303.

إليه، وأوثق وأقوى وأحكم رأيا في تعهده ورعايته، وقسم ذلك بين الوالدين كل على حسب ما يناسبه من الأعباء، وفقا لما تقتضيه الفطرة التي خلق عليها؛ فجعل نفقته على أبيه لكونه أقدر على تحصيلها، وجعل الحضانة إلى الأمهات لأنهن أشفق وأرفق وأقدر وأصبر على تحمل أعبائها ومشاقها، ثم إن ملازمتهن غالبا للبيوت يجعلهن أفرغ للقيام بخدمة الصغير، فكان حسنا في تحقيق منافعه، وأنظر له من غيرهن[1]، وهذا يوافق المقصد الذي من أجله قضى أبو بكر بالحضانة لمطلقة عمر في ابنهما عاصم، حين قال له: "ريقها خير له من سمن وعسل عندك يا عمر"[2].

قال ابن قدامة في المغني: "ولأنها أقرب إليه وأشفق عليه ولا يشاركها في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته وأمه أولى به من امرأة أبيه"[3].

وبهذا قال يحيى الأنصاري[4]، و الزهري، و الثوري، و مالك، و الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، ولم يعلم أن أحدا قد خالفهم[5].

2- المسألة الثانية: طبيعة الحق في حضانة الأم ولدها

قد جعل الشارع حضانة الولد حقا للأم إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد طبيعة هذا الحق، فهل هو حق للمحضون بحيث تجبر الأم أو

---

(1) الزيلعي: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص46 و47.

(2) الزيلعي: نصب الراية، باب حضانة الولد ومن أحق به، ج3، ص266.

(3) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص299.

(4) هو يحيى بن زين العابدين بن عبد القادر بن أحمد، الأنصاري الشافعي، محدث، ثقة، ثبت، أجل عند أهل المدينة من الزهري، من آثاره كتاب " الطبقات"، مات سنة ثلاث وأربعين ومئة بالهاشمية، قرب الكوفة. أنظر: االذهبي: سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج5، ص468 إلى 476.

(5) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص299. و: المرداوي: الإنصاف، مصدر سابق، ج9، ص416.

الحاضنات من النساء على الحضانة، أم أنه حق للحاضنة فهي لا تجبر عليه إذا امتنعت منه وفيما يأتي عرض لهذه الأقوال وأدلتهم.

أ-أقوال الفقهاء

من خلال تحديد محل النزاع يظهر أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

-**القول الأول:** ذهب الشافعية، والحنابلة، والحنفية إلا أبو الليث[1] والهندواني[2] وخواهر زاده[3] إلى أن الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لذلك بأن لم يوجد غيرها[4].

-**القول الثاني:** وهو لابن الماجشون من المالكية (في أحد قوليهم)، وهو اختيار بعض مشايخ الحنفية وهم أبو الليث والهندواني وخواهر زاده، وقد

---

(1) هو نصر بن محمد بن إبراهيم أبو الليث السمرقندي الحنفي، إمام فقيه، محدث حافظ، مفسر، كان زاهدا، له كتاب "تنبيه الغافلين" و "تفسير القرآن" و" كتاب الفتاوى" و" كتاب النوازل في الفقه"، توفي سنة خمس وسبعين وثلاثمائة للهجرة. أنظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء، مصدر سابق، ج16، ص322.

(2) محمد بن عبد الله بن محمد أبو جعفر الهندواني البلخي، يقال له أبو حنيفة الصغير، من تصانيفه "شرح أدب القاضي" و" الفوائد البهية" كان شيخ الديار ببلخ، توفي سنة اثنتين وستين وثلاثمائة. أنظر: عبد الحي بن أحمد العكري الدمشقي ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار النشر، دار الكتب العلمية، (د.ط)، (د.س)، ج3، ص41.

(3) هو محمد بن الحسين بن محمد بن الحسن أبو بكر خواهر زاده، كان فقيها نحويا، إماما فاضلا، كان شيخ الأحناف فيما وراء النهر، له متاب "المبسوط" و" المختصر" و "التجنيس" في الفقه، توفي سنة ثلاث وثمانين وأربعمائة للهجرة. أنظر: ابن العماد: المصدر نفسه، ج3، ص366 و 367.

(4) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص208. و: ابن الهمام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج4، ص368. و: ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص180. و: البجيرمي: حاشية البجيرمي، مصدر سابق، ج4، ص122. و: و: المرداوي: الإنصاف، مصدر سابق، ج9، ص417. و: البهوتي: كشاف القناع، مصدر سابق، ج5، ص489.

ذهبوا إلى أن الحضانة حق المحضون، وبذلك تجبر الحاضنة على الحضانة[1].

-القول الثالث: قول آخر للمالكية فقالوا بأن الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون، إلا أن حق المحضون فيه أقوى[2].

ب-الأدلة والمناقشة

-أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

- من الكتاب قوله تعالى:﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (البقرة:233)، وقوله تعالى: ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ (الطلاق:6).

أن الآية الأولى تحمل على الندب في الحضانة؛ ومقتضى ذلك أن الحاضنة لا تجب عليها حضانة المولود، بل يندب لها فقط، فإن امتنعت لم تجبر، أو تحمل على حال الاتفاق بين الزوجين في تحمل حضانة الطفل، وهو ما تفسره الآية الثانية بأنه في حال التعاسر والاختلاف لا تجبر فيه الحاضنة على الحضانة[3].

- من المعقول:

إن الحاضنة لا تجبر على حضانة الولد لأنها قد تعجز عنها، لأن شفقتها على المحضون تامة، وهي تحملها على ملازمة حضانته والصبر عليها غالبا، لأنها

---

(1) ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص180. و: الحطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق، ج4، ص219.

(2) الحطاب: المصدر نفسه، ج4، ص219. و: سيدي أحمد الدردير أبو البركات: الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، ج2، ص532. و: علي الصعيدي العدوي المالكي: حاشية العدوي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، (1412ه)، ج2، ص168.

(3) الزيلعي: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص47.

مجبولة على ذلك، فلا معنى لموقع الوجوب والإجبار في مقابل هذه الشفقة الكاملة الحاملة لها على الحضانة[1].

-**أدلة القول الثاني:** استدل أصحاب هذا القول القائلين بالجبر بما يأتي:

-من الكتاب:

-قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (البقرة:233)، ووجه الاستدلال أن الأمر هن ا محمول على الوجوب، والكلام فيه عن الحضانة، وبمقتضاه تجبر الحاضنة على حضانة الولد[2].

وأجيب عن استدلالهم بآية﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾، أن الكلام فيه عن الإرضاع وليس في الحضانة[3].

-من المعقول:

-إن الولد من حقه أن يكون عند أمه ما كان محتاجا إليها[4].

-"ولأن الولد خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه"[5].

ج- الرأي المختار:

من خلال عرض أدلة الآراء الثلاثة يظهر رجحان الرأي القائل بأن الحضانة حق للأم فقط، فلا تجبر على الحضانة إلا إذا تعينت بأن لم يوجد حاضن غيرها مثلا، لما يأتي:

---

(1) الزيلعي: المصدر نفسه، ج3، ص47.

(2) الزيلعي: المصدر نفسه، ج3، ص47.

(3) الزيلعي: المصدر نفسه، ج3، ص47.

(4) الزيلعي: المصدر نفسه، ج3، ص47. و: الحطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق، ج5، ص593 و 594.

(5) الحطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق، ج5، ص594.

1-إن أدلة الكتاب لا تدل على الحضانة، وإنما الحديث فيها عن الإرضاع. فلا تنهض دليلا على الحضانة لا بالندب ولا بالإجبار.

2-إن الأم قد جبلت على حرصها وحفظ ولدها، لأن شفقتها التامة وفرط حنوها على المحضون يحملها عادة على حضانته وتعهده ، والصبر عليه غالبا، وإذا كان كذلك فلا معنى للحديث عن إجبارها أو امتناعها، وإن امتنعت فذلك مظنة عجزها عن الحضانة.

الفرع الثالث: شروط الحاضنات ومراتبهن

أولا: شروط الحاضنات:

قد تقدم في الفصل الأول أن الولاية بوجه عام يشترط فيها أهلية الولي بأن يكون عاقلا بالغا حرا؛ فلا ولاية لمجنون ولا صبي ولا رقيق، لأن كلا منهم لا يستقل بالولاية على نفسه فأنى تكون له الولاية على غيره، ويلحق بالمجنون المعتوه لأنه لا يقوم بأمر المحضون على وجه كامل، كما يشترط في صاحبها الرشد في الولي والعدالة وقد يزاد على تلك الشروط بعض منها تختص بها الحاضنة دون غيرها من الأولياء، فيشترط فيها أيضا لتكون أهلا للحضانة ما يأتي[1]:

(1) ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص 181 و182. و: الدردير: الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص529. و: الخرشي: شرح مختصر خليل، مصدر سابق، ج4، ص 212. و: النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص320 و 321.و: الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص 1140 و 1149. و: البجيرمي: حاشية البجيرمي، مصدر سابق، ج11، ص452 و453 و454. و:ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص298.و: مجد الدين أبو البركات: المحرر في الفقه، مكتبة المعارف- الرياض، ط2، (1404هـ-1984م)، ج2، ص120. و: المرداوي: الإنصاف، مصدر سابق، ج9، 423.

1-**أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم**: لأن الأصل في الحضانة أنها تكون بالولاد، ومن ليست ذات رحم محرم كبنات العم والخال والعمة والخالة فلا حضانة لهن، فحق الحضانة منوط بالرحمية والمحرمية.

2-**عدم القسوة**: لأن حكمة جعل الحضانة إلى النساء أولا هو وجود الشفقة فيهن، الباعثة على القيام بأمور الحضانة، والتي فقدت ذلك قدم عليها في الحضانة من هي أبعد منها وأحق بها بعدها.

3-**الكفاية**: أي القدرة على القيام بأمور المحضون، فلا حضانة للعاجزة على ذلك، ويشمل المسنة التي أقعدها السن وأفقدها القدرة على الحضانة وإلا فهي ثابتة لها.

4-**الإقامة**: فمن أرادت السفر منعت من حضانة الطفل، والمقصود به سفر انتقال وانقطاع عن الولد، لا سفر تجارة وزيارة فلها أن تأخذه معها ولا تسقط حضانتها.

5-**أن تكون الحاضنة خالية من الزوج**: فإن تزوجت ودخل بها الزوج سقطت حضانتها، لأنها أصبحت مشتغلة بأمر الزوج، إلا إذا علم الزوج بأنها حاضنة لولد وسكت عن ذلك، كما لا تسقط إذا كان زوجها ممن يكون له حق حضانة الصغير.

6-**العفة والأمانة**: ويقصد بها الأمانة في الدين، فلا حضانة لفاسقة كشاربة للخمر أو بغي (التي تعرف بالزنا) أو لاهية بالمحرمات، لأن "الفاسق لا يوفي الحضانة حقها، ولأن الحضانة إنما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد في حضانة الفاسق، لأنه ينشأ على طريقته"[1].

(1) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص320.

7-**أن لا تكون مريضة بما هو مضر بالولد:** تلحق بالولد ضررا كجذام مضر، أو برص، أو سل،... فمن كان حالها كذلك منعت من الحضانة، ويزاد على ذلك من كان أعمى لأنه لا يبصر المحضون وتصرفاته التي يجب أن تراقب.

8-**أن تكون الحاضنة مرضعة:** فإن لم تكن مرضعة أو امتنعت عن الإرضاع فتسقط عنها الحضانة.

9-**اتحاد الدين واختلافه:** وقع بين الفقهاء خلاف في ثبوت هذا الشرط وعدم ثبوته، فذهب **الحنفية** إلى عدم اشتراطه حتى يعقل الأديان فيؤخذ من الحاضنة الكافرة.

واستدلوا بأن جميع الأمهات يتوفرن على الشفقة على أولادهن، لا فرق بين الكافرة ولا المجوسية و لا المسلمة، فيثبت لهن حق الحضانة، إذ لا تختلف باختلاف الدين، فدفعه إليها أنظر له، حتى يعقل الأديان فيؤخذ منها[1].

وذهب **المالكية**[2] **وأبو سعيد الإصطخري**[3] من الشافعية[4] إلى عدم اشتراط اتحاد دين الحاضن والمحضون، واستدلوا على ذلك بما رواه عبد الحميد بن سلمة عن أبيه أنه قال: أسلم أبي وأبت أمي أن تسلم وأنا غلام، فاختصما إلى النبي -صلى الله عليه وسلم فقال:" يا غلام اذهب إلى أيهما شئت،

---

(1) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص210. و: ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص185.

(2) العبدري: التاج والإكليل، مصدر سابق، ج4، ص216. و: الدردير: الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص529.

(3) هو الحسن بن أحمد بن يزيد، ولد سنة أربع وأربعين ومئتين، شيخ الشافعية بالعراق، كان زاهدا قنوعا، كان قاضيا وتولى الحسبة ببغداد، عاش نيفا وثمانين سنة، صنف التصانيف ومنها "آداب القضاء"، توفي سنة ثمان وعشرين وثلاثمئة ببغداد. أنظر: ابن عماد: شذرات الذهب، ج2، ص309. و: ابن خلكان: وفيات الأعيان، ج2، ص74 و 75.

(4) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص320.

إن شئت إلى أبيك، وإن شئت إلى أمك، فتوجهت إلى أمي، فلما رآني النبي -صلى الله عليه وسلم- سمعته يقول اللهم اهده فملت إلى أبى فقعدت في حجره "[1].

فالحديث واضح في دلالته على عدم اشتراط اتحاد دين الحاضن والمحضون، لأن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قد خير الغلام بين أبيه المسلم وأمه التي لم تسلم، وأيهما اختاره الغلام فإنه يحضنه دون الالتفات إلى دين كل من الحاضنين.

وذهب **والشافعية والحنابلة**[2] إلى أنه لا تثبت حضانة الكافر على مسلم؛ "لأن الحضانة جعلت لحظ الولد، ولا حظ للولد المسلم في حضانة الكافر، لأنه يفتنه عن دينه وذلك من أعظم الضرر"[3].

وإذا كان المقصد من تشريع الحضانة هي حفظ الولد، فيمتنع حضانة الكافر للمسلم، لأن فيه هلاك للمحضون ولدينه[4].

ولأن الحضانة ولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم كالولاية في النكاح والمال[5]، ولأنه إذا لم يجز حضانة الفاسق فالكافر أولى ألا يحضن.

وأجابوا عن الحديث الذي استدل به المالكية بأنه منسوخ بإجماع الأمة على عدم تسليم الصبي المسلم إلى الكافر، ثم إن المرأة إذا تزوجت بغير رحم

---

(1) أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني: مسند أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة- القاهرة، حديث أبي سلمة الأنصاري، رقم (23810)، ج5، ص447. النسائي: سنن النسائي الكبرى، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، رقم (5698)، ج3، ص381. و: ابن ماجه: سنن بن ماجه، باب تخيير الصبي بين أبويه، رقم (2352)، ج2، ص788.

(2) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص298.

(3) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص321.و: ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص298. و: الكافي: مصدر سابق، ج3، ص244.

(4) النووي: المجموع، المصدر نفسه، ج18، ص320. و: ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص298.

(5) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص298.

محرم للصغير سقطت حضانتها[1]، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطني له وعاء، وثديى له سقاء، وحجري له حواء، وان أباه طلقني وأراد أن ينزعه منى، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[2]، وبزواجها تشتغل باستمتاع الزوج عن الحضانة[3]، فلا تثبت لها بهذا الموجب.

كما رد على الحديث بأنه "روي على غير هذا الوجه ولا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال"[4].

أو أنه يحتمل أن الرسول كان عالما أن الولد يهتدي إلى أبيه بدعوته فجعل له الخيار، فيعتبر الحديث خاصا في حقه[5].

القول المختار:

بالنظر في أدلة كل من الفريقين فإني أختار ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة باشتراط اتحاد دين الحاضنة والمحضون؛ لأن الضرر الحاصل للولد بهلاكه في دينه أعظم وأخطر من ضرر تفريق الولد عن أمه الكافرة، فالولد مدعاة للنشأة على طريقة أمه غالبا، ودفع أشد الضررين أوجب، ثم إن المقصد الشرعي في الحضانة المحضون هو حفظه، ولا حفظ للولد المسلم إلا بحفظ دينه، ولا يكون ذلك إلا بمنع حضانة أمه الكافرة له.

---

(1) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج 18، ص 321.

(2) أحمد بن حنبل: مسند أحمد بن حنبل، مسند عبد الله بن عمرو، رقم (6707)، ج2، ص182.

(3) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج 18، ص 321.

(4) ابن ماجه: سنن بن ماجه، ج2، ص788. و: الطحاوي: مشكل الآثار، مصدر سابق، ج7، ص113. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص298.

(5) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص298.

10-تزوج الحاضنة:

اختلف الفقهاء في سقوط حق الحاضنة من الحضانة إذا تزوجت على قولين:

أ- القول الأول: إن المرأة إذا تزوجت استمر حقها في الحضانة ولا يسقط، وبه قال الحسن البصري وهو رواية عن الحنابلة[1].

ب-القول الثاني: إذا تزوجت الحاضنة سقط حقها من الحضانة إلا إذا كان الزوج من أهل الحضانة، وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية إلا الحسن البصري وهو رواية ثانية عن الحنابلة[2].

أ-أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول بأدلة من الكتاب والسنة:

-من الكتاب:

-قوله تعالى:﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ﴾ (النساء:23)، جواز حضانة الأم لولدها ولو تزوجت بأجنبي، والمقصود بالنساء في الآية اللواتي يكون أبناؤهن ربائب لهذا الرجل.

وأجيب عن الاستدلال بهذه الآية أن "المراد بها إذا لم يكن هناك أب أو كان ورضي"[3].

---

(1) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص307.

(2) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص210. الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص42.و: الدردير: الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص529. الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج4، ص213. و: الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص455. و: الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص1148. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص308. و: الكافي: مصدر سابق، ج3، ص244.

(3) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص325.

-من السنة:

-إن النبي - صلى الله عليه وسلم - تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها [1].

-وروى ابن عباس أن عليا وجعفر ابني أبى طالب وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب، واختصموا إلى النبي - صلى الله عليه وسلم، فقال جعفر: أنا أحق بها، أنا ابن عمها وخالتها تحتي، وقال علي: أنا أحق بها، أنا ابن عمها وابنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تحتي - يعنى ابنة ابن عمها، وقال زيد: أنا أحق بها لأنها ابنة أخي، وكان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - آخى بينه وبين زيد بن حارثة، فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم – لخالتها وقال:" الخالة أم "[2]، فقضى بها للخالة وهى مزوجة.

أجيب عن هذا الاستدلال بأن: "بنت حمزة إنما قضى لها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى"[3].

"وأما زينب وابنة حمزة فلأنه لم يكن هناك من النساء من تستحق الحضانة خالية من الأزواج"[4].

ب-أدلة القول الثاني: استدل هذا الفريق بأدلة من السنة والمعقول على النحو الآتي:

---

(1) سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني: المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم- الموصل، ط2، (1404هـ-1983م)، باب أم سلمة واسمها هند بنت أبي أمية، رقم 974، ج23، ص406.

(2) أبو داود: سنن أبي داود، باب من أحق بالولد، رقم 2280، ج2، ص251. و: النسائي: سنن النسائي الكبرى، باب ذكر الأخبار المؤيدة لما تقدم، (رقم8579)، ج5، ص169. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب الخالة أحق بالحضانة من الأم، (رقم 15549)، ج8، ص6.

(3) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص307. و: الكافي: مصدر سابق، ج3، ص244.

(4) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص325.

-من السنة:

حديث عبد الله بن عمرو " أن امرأة أتت النبي -صلى الله عليه وسلم- وقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني ويرد أن ينزعه منى، فقال -صلى الله عليه وسلم:" أنت أحق به ما لم تنكحي "[1].

فدل الحديث على أن الحضانة حق للحاضنة إلا إذا تزوجت فإنه يسقط حقها.

وحديث أبي هريرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم – قال: " الأم أحق بولدها ما لم تتزوج"[2].

-من المعقول:

إن المرأة إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة، واستحق الزوج الاستمتاع بها في كل الأوقات عدا أوقات العبادة، ومع هذا الانشغال لا تقوم حضانة الصغير[3].

وإن منافع المرأة إذا تزوجت كانت مملوكة للزوج فأشبهت المملوكة فلا يمكنها حضانة الولد[4].

---

(1) أحمد بن حنبل: مسند أحمد بن حنبل، مسند عبد الله بن عمرو، رقم (6707)، ج2، ص182.

(2) الدارقطني: سنن الدارقطني، باب المهر، ج3، ص304. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب الأبوين إذا افترقا، ج8، ص3.

(3) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج1، ص1148. و: النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص325. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج7، ص307. و: الكافي: مصدر سابق، ج3، ص244.

(4) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص307.

وأيضا فإن الأب أحظ بحضانة ولده، فيكون أحرص له وأقوم في دفع الضرر عنه [1].

وأن زوج الأم إذا لم يكن ذا رحم محرم للصغير (أجنبيا) فإنه لا يعطيه إلا الشيء القليل، ولا ينظر إليه إلا بالبغض، فيتضرر الصغير بالعيش في سكنى الأجنبي عنه، قال في البحر الرائق: "ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا فلا نظر له"[2].

وأن في مقام الولد مع زوج أمه جلبا للعار عليه وعلى عصبته[3]، وهذا يحملهم على عدم تركه عنده.

قال في المغني: "وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة برجل من أهل الحضانة لم تسقط حضانتها لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان في الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة قدم بها لذلك"[4].

ج-القول المختار

من خلال مناقشة أدلة الفريقين يتضح أن الرأي المختار في هذه المسألة هو رأي الفريق الثاني القائل بسقوط حضانة الولد بزواج أمه ممن ليس رحما محرما للصغير ويدل عليه ما يأتي:

-قد دل الدليل الصحيح من السنة الصريح الدلالة على أن الحضانة تسقط عن الحاضنة إذا تزوجت.

---

(1) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج7، ص307.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص183.

(3) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص1148.

(4) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج7، ص307.

-إن الاستدلال بدليل الكتاب بوجود الربائب في بيت زوج الأم محمول على انتفاء حاضن غير أم الولد، أو محمول على وجود الحاضن مع رضا الأب ببقاء الولد تحت رعاية الأجنبي مع رضاه، أو محمول على مشاركة الزوج أم الصغير في حق الحضانة.

-إن حضانة الأم لولدها وهي في حبال زوج غير أب الولد وغير حاضن له ترد من عدة وجوه:

-إن الولد يتضرر في سكنى زوج الأم لكونه ليس من أوليائه بالحضانة، ومن لم يكن كذلك انعدمت فيه الشفقة الباعثة على الحضانة غالبا، وحصل ما يضاده باحتقاره وبغضه للولد لأنه ليس منه.

- حتى وإن رضي زوج الأم بوجود الولد معه، فإن فيه إضرارا بأنفة الأب وباقي العصبة ببقاء ولده تحت رعاية أجنبي عنهم، إذ فيه نوع من إلحاق العار بهم وبالولد، فيقدم سقوط حق الأم بالحضانة على ثبوته، وإلحاق الولد بمن له حق في الحضانة بعد أمه في هذه الحالة أولى.

- إن انشغال المرأة بحقوق الزوج لا يتعارض في أغلبه مع حضانة الولد المشترك بينهما، لوجود ما يدفع التعارض وهو الولادة والشفقة الباعثة للزوج على تحمل انشغال الأم بولدهما بالحضانة حتى وإن حصل فيه تقصير في جانب الزوج، فأشبه في هذه الحال الأم، غير أن الأب إذا كان أجنبيا عن الولد قد تنعدم الشفقة الباعثة على قبول الولد وتحمل أمور حضانته في مقابل تقصير المرأة في بعض حقوقه.

فإذا اختل شرط من هذه الشروط سقطت الحضانة عن الحاضنة.

ثانيا: مراتب الحاضنات:

رعاية الصغير وتدبير أموره من أكل وشرب وتنظيف، لا تسند لغيرهن إلا إذا فقد جميعهن أو لم يكن أهلا للقيام على شؤون المحضون، فعندها يتولى الرجال على حسب ترتيبهم بالحضانة، إلا أن حديثي في هذا المقام يخص فقط من يتولى الحضانة من النساء فهو محل بحثي. وتفصيل القول فيه فيما يأتي:

1-مراتب الحاضنات عند الحنفية[1]:

إن ترتيب صاحبات الحق ممن يتولى أمر الحضانة عند الحنفية هو كما يأتي:

أ-الأمهات: وهن أولى النساء بحضانة الصغير، وتقدم فيهن الأم ثم أم الأم وإن علت درجتها، ثم أم الأب، وإن علت أيضا درجتها.

ب-الأخوات: ويأتين في الترتيب الثاني بعد الأمهات، فيبدأ الحضانة الأخت الشقيقة للصغير، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب .

ج-بنات الأخوات: و يأتين بعد الأخوات، فتقدم بنت الأخت الشقيقة ثم تليها بنت الأخت لأم.

د-الخالات: وتتقدمهم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب.

هـ-بنت الأخت لأب.

و-بنات الإخوة: فتتقدم بنت الأخ الشقيق، وتليها بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب.

ز-العمات: فتأتي العمة لأب وأم، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب.

---

(1) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص210-212.و: الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص41 و42.و: ابن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج4، ص367و 368 و 369 و370.

ح-**بنات العمات والخالات**: ليس لهن حق في حضانة الذكور ولكن لهن الحق في حضانة الإناث.

ط-**خالات الأم والأب**: فتتقدمهن خالات الأم ثم خالات الأب ؛ فتأتي خالة الأم الشقيقة ثم خالة الأم لأم ثم التي لأب، ثم خالات الأب فتأتي الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب.

ك-**عمات الأم والأب**: فتتقدم عمات الأم ويبدأ بالشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب، ثم عمات الأب فيبدأ بالشقيقة أيضا ثم التي لأم ثم التي لأب.

فإذا لم توجد واحدة من هؤلاء النساء أو لم يكن أهلا جمعهن انتقلت حضانة الصغير إلى من هو أحق بها من الذكور. إلا أن البحث في مراتبهم ليس من صميم هذا البحث.

2-مراتب النساء في الحضانة عند المالكية[1]:

أما ترتيب صاحبات الحق في الحضانة من النساء عند المالكية فهو كالآتي:

أ- **الأمهات لأم**: وتتقدم الأم ثم أم الأم وإن علت، والمقصود بأم الأم هنا كل أم من جهة الأم أو من جهة الأب؛ أي أم الأم من جهة الأم، أو أم الأب من جهة الأب كأم أبي الأم. وتقدم مثلا أم الأم على أم أبيها، فإن عدمت الاثنتان تقدم أم أم أمها على أم أم أبيها، كما تقدم أم أبي أمها على أم أبي أبيها.

ب- **خالات المحضون:** فتأتي الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب.

ج- **خالات أم المحضون:** فتأتي في الترتيب الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب.

د- **عمات أم المحضون**: فتأتي الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب.

---

(1) أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي: الفواكه الدواني، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، (1415هـ)، ج2، ص66. و:العدوي: حاشية العدوي، مصدر سابق، ج2، ص170. و: الحطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق، ج4، ص215.

هـ- الأمهات لأب: فتأتي أم الأب ثم أم أمه ثم أم أم أبيه، وإن علون.

و- الأب

ز- أخوات المحضون: فتقدم الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب.

ح- عمات المحضون: فتقدم الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب.

ط- عمات أبيه: فتقدم عمات الأب الشقيق ثم التي للأب لأم ثم التي للأب لأب.

ك- خالات أبيه: فتقدم خالات الأب الشقيق ثم اللاتي للأب لأم ثم اللاتي للأب لأب.

ل- بنات الأخ: فتقدم بنات الأخ الشقيق ثم اللاتي للأخ لأم ثم اللاتي للأخ لأب.

وخلاصة القول في الحاضنات عند المالكية أن الحضانة تكون للأم ثم للنساء من جهة الأم ثم لأم الأب ثم للنساء من جهة الأب بعد الأب.

أما من جهة الرجال فهي ليست محل بحثي.

3- مراتب النساء في الحضانة عند الشافعية[1]:

وأما ترتيب الحاضنات عند الشافعية فهي كالآتي:

أ- الأم: وهي أحق بولدها من غيرها، لخبر: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[2]، وهي أقرب الناس إليه وأشفقهم.

ب- أمهات الأم: لمشاركتهن الأم في الولادة والإرث، فتقدم الأقرب فالأقرب، فتقدم أم الأم، ثم أم أم الأم، وإن علون.

---

(1) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص326. و: الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص1167-1176. و: الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص457.

(2) سبق تخريجه.

في هذه المرتبة نميز بين مذهبي الشافعية القديم والجديد

-**في الجديد:** تنتقل الحضانة بعد أمهات الأم إلى **أمهات الأب**، الأقرب فالأقرب، فتقدم أم الأب ثم لأمهاتها وإن علون، وهو الصحيح عند الشافعية، ولأن أم الأب جدة وارثة فتنتقل إليها الحضانة مباشرة بعد أمهات الأم.

أ- **أمهات الجد، ثم أمهاتها وإن علون**.

ب- **أمهات أب الجد**.

ج- **الأخوات**: وتقدم الشقيقة ثم التي لأب ثم التي لأم.

د- **الخالات**: لمساواتهن للعمات في الدرجة والإرث، إلا أنهن قدمن عليهن في الحضانة لأن الخالة تدلي بالأم، والعمة تدلي بالأب، والأم تقدم على الأب، فتقدم الخالة لأنها تدلي بالأم، وتقدم الشقيقة، ثم التي لأم ثم التي لأب.

و- **العمات**: وتقدم الشقيقة، ثم التي لأب ثم التي لأم.

-**في القديم:** تكون الحضانة بعد أمهات الأم **للأخوات والخالات**؛ فتكون للأخت الشقيقة ثم التي لأم

أ- **الخالة**: وبعد الأخوات الشقيقات واللاتي لأم تأتي الخالات، وتقدم الشقيقات ثم اللاتي لأم ثم اللاتي لأب.

ب- **أم الأب**: وبعد الخالة أم الأب

ج- **الأخت لأب**: ثم تعود للأخوات فتكون الحضانة للأخوات لأب.

د- **العمات**: وتقدم العمات الشقيقات ثم اللاتي لأم ثم اللاتي لأب.

وهذا الترتيب يدل عليه أمران:

-حديث البراء بن عازب - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى في بنت حمزة لخالتها، وقال: " الخالة بمنزلة الأم "[1].

-لأن: "الخالة تدلي بالأم، وأم الأب تدلي بالأب، والأم تقدم على الأب فقدم من يدلي بها على من يدلي به، ولان الأخت ركضت مع الولد في الرحم، ولم تركض أم الأب معه في الرحم، فقدمت عليها"[2].

هـ-أمهات الجد: الأقرب فالأقرب؛ لأن الأب أقرب من الجد فتقدم الحاضنة التي تدلي به على التي تدلي بالجد.

أما ما عليه المذهب فإن الخالات يتقدمهن بنات الأخ وبنات الأخت، لكونهن أقرب من الخالات، ويتقدم العمات بنات الخالات.

4-مراتب الحاضنات عند الحنابلة[3]: فهو كالآتي:

أ-الأم: وهذا متفق عليه عند جميع الفقهاء

ب-أمهات الأم: وهن أم الأم ثم أم أم الأم وإن علون، لأنهن في معنى الأم.

ج-الأب: ترتيب آخر في الرواية المشهورة عند الحنابلة، وللإمام أحمد ترتيب آخر وهو الأم ثم الأب ثم أمهاته وإن علون، فهن مقدمات على أمهات الأم.

د-أمهات الأب

هـ-الجد

و-أمهات الجد: وإن كن غير وارثات إلا أنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة.

---

(1) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان، رقم (2552)، ج2، ص960.

(2) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص326.

(3) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص309. و: المرداوي: الإنصاف، مصدر سابق، ج9، ص417.

وفي رواية لأحمد أن تقدم الأخوات الشقيقات وهن أولى من جميع العصبات.

ز-الأخوات: فتقدم الشقيقات ثم اللاتي لأب ثم اللاتي لأم، لأنهن مشاركات في النسب للولد، ومقدمات في الميراث على العمات والخالات، بينما العمات والخالات يدلين بأخوة ولا ميراث لهن مع أصحاب الفروض، فيقدم من يرث فهو أقرب وأشفق على المحضون، وتقدم من الأخوات الشقيقات لقوة قرابتهن، ثم اللاتي لأب ثم اللاتي لأم، وهذا ما ذهب إليه الشافعي في الجديد من مذهبه، لأن الأخت لأب أقوى في الميراث من التي لأم، كما أنها تقوم مقام الأخت الشقيقة عند عدمها، وتكون عصبة مع البنات، وتقاسم الجد، وردوا على من قال بالإدلاء أنه "لا يلزم لأن الأخت تدلي بنفسها لكونهما خلقا من ماء واحد لهما تعصيب فكانت أولى"[1].

أو تقدم الخالات على العمات:

أ-الإخوة: ويقدم الذين لأبوين ثم لأب. ولا حضانة للإخوة لأم.

ب-الخالات: وتقدم فيهن الشقيقات ثم اللاتي لأب ثم اللاتي لأم كما هو الحال في الأخوات.

ج-العمات: فإذا انقرضت الخالات انتقلت الحضانة إلى العمات، وتقدم فيهن اللواتي لأبوين ثم اللاتي لأب ثم اللاتي لأم.

وله وجه آخر وهو أن تقدم العمات على الخالات.

أ- الأعمام: فيقدم الذي لأبوين ثم الذي لأب، ولا حضانة للعم لأم.

ب- أبناء العمات والأعمام.

(1) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص309.

ج- **خالات الأب أو خالات الأم وعماته:** فإذا عدمت العمات كانت الحضانة لخالات الأب على مذهب الخرقي وعلى قول آخر لخالات الأم.

وعلى قول آخر فإنه تقدم عمات الأب على خالاته وخالات الأم، أما عمات الأم فلا مدخل لهن في الحضانة؛ " لأنهن يدلين بأبي الأم وهو رجل من ذوي الأرحام لا حضانة له ولا لمن أدلى به "[1].

ويمكن تمحيص ترتيب الحاضنات لوحدهن بهذا الترتيب:

الأم ثم أمهاتها ثم أمهات الأب ثم أمهات الجد ثم الأخوات ثم الخالات أو العمات ثم خالات الأب أو خالات الأم وعمات الأب.

الفرع الرابع: أسباب انتهاء الحضانة وعودها

أولا: أسباب انتهاء الحضانة وانتقالها

تعددت أسباب انتقال الحضانة من حاضن إلى حاضن آخر، وبيان هذه الأسباب فيما يأتي:

1- **انتهاء مدتها أو تخلف شرط من شروطها:** تنتقل الحضانة من حاضن إلى آخر إذا انتهت مدة الحضانة، وقد وقع فيه الخلاف بين الفقهاء كما تقدم في مسألة مدة الحضانة، كما تنتهي بسقوطها عن الحاضن إذا وجد فيه ما يمنعه من الحضانة، وذلك إذا اختل شرط من الشروط الواجب توافرها في الحاضن فتفقد بذلك أهلية الحاضن في الحضانة.

(1) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص309.

2- **تزوج الحاضنة:** وقد تم الحديث عنه فيما سبق، فالحاضنة إذا تزوجت من لا حق له في الحضانة (أجنبي عنه) سقط حقها في الحضانة وانتقلت إلى غيرها ممن يليها من مستحقي الحضانة.

3- **غياب الحاضنة:** سواء كان هذا الغياب بوفاة أو جنون أو سفر نقلة أو غيره، فإذا غابت الحاضنة انتقلت الحضانة إلى من يستحقها من أصحاب الحق في الحضانة على ترتيبهم.

4- **التبرع بها والامتناع من الحضانة:**

ذهب الحنفية في قول لهم والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الحاضنة إذا أسقطت حقها في الحضانة صح منها هذا التصرف[1] وشرط الحنفية في مذهبهم هذا أنه تجبر الأم على الحضانة إذا لم يكن للمحضون ذو رحم محرم يحضنه، فإن وجد فلا إجبار، كما إذا وجدت الحاضنات دونها

ولكن امتنعن عن حضانته فتجبر هي على الحضانة، لأن وجود الحاضنات مع الامتناع كعدمه[2].

وذهب الحنفية في قول آخر لهم[3] إلى أن الأم تجبر على الحضانة وليس لها حق إسقاط حضانتها لأن الحضانة كما أنها حق لها فهي حق للصغير أيضا.

ويوفق بين قولي الحنفية بأن الحضانة حق لكل من الحاضنة والمحضون، فيحمل القول الأول الذي يقول بعدم الجبر على ما إذا لم تتعين للحضانة،

---

(1) ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص180. و:الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج4، ص217. و:النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص336. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص311. و: المرداوي: الإنصاف، مصدر سابق، ج9، ص421.

(2) ابن نجيم: المصدر نفسه، ج4، ص180.

(3) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج3، ص560.

بحيث لو امتنعت وجد من يحضن المحضون فلا يضيع، ويحمل القول الثاني على ما إذا تعينت فيكون حقا للمحضون لعدم من يحضنه[1].

واختلف الفقهاء فيمن تنتقل إليه الحضانة؛ فذهب الحنفية والشافعية في وجه لهم والمالكية في المعتمد عندهم والحنابلة في أصح القولين عندهم إلى أن الأم إذا امتنعت عن الحضانة فتنتقل إلى من تليها في المرتبة وهي الجدة (أم الأم)، لأن الأب أبعد في المرتبة فلا تنتقل إليه مع وجود الأقرب منه، بل إذا امتنعت أي حاضنة عن الحضانة فإنها تنتقل إلى من يليها في المرتبة[2].

قال الشربيني في مغني المحتاج: "وضابط ذلك أن القريب إذا امتنع كانت الحضانة لمن يليه".

وذهب الشافعية والحنابلة[3] في الوجه الثاني إلى أنها تنتقل إلى الأب؛ " لأن الأم لم يبطل حقها من الحضانة، لأنها لو طالبت بها كانت أحق فلم تنتقل إلى من يدلي بها"[4]، ولأن أمهات الأم فرع عليها في الاستحقاق فإذا امتنعت عن الحضانة فقد أسقطت حقها فيسقط فروعها معها[5].

ثانيا: عود الحضانة:

اتفق الفقهاء على أن كل من استحق الحضانة ثم منعه مانع منها، كرق أو كفر أو جنون أو صغر، ثم ارتفع المانع بأن عتق الرقيق، أو أسلم الكافر، أو عدل الفاسق، أو عقل المجنون، أو بلغ الصغير عاد حقهم من الحضانة، لأن

---

(1) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج3، ص560.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص180. و: ابن عابدين: المصدر نفسه، ج3، ص560.و: النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص336. و: الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج4، ص210. و: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص311.

(3)النووي: المصدر نفسه، ج18، ص336. و: ابن قدامة، المصدر نفسه، ج9، ص311 .

(4) النووي: المصدر نفسه، ج18، ص336.

(5) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص311.

سببها قائم وهو الذات الرحم المحرم وإنما امتنعت لمانع وعلة، فإذا زال العذر أو المانع عاد الحق[1]، واختلفوا فيما إذا تزوجت المرأة ثم تأيمت ففي عود الحضانة لها قد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

1-**القول الأول:** إن المرأة إذا كانت منكوحة ثم تأيمت من فرقة بوفاة أو طلاق بائن أو طلاق رجعي بشرط أن تنقضي عدتها منه، عاد حقها في الحضانة، وبه قال الحنفية[2]، واستدلوا بما يأتي:

أ-إن تزوج الحاضنة بغير محرم محرم مانع أو مسقط لحقها في الحضانة، فلما زال المانع زال حكم منعها من الحضانة ويعود حقها فيها.

ب-قياس الحاضنة على المرأة الناشز؛ إذ تسقط نفقتها ثم إذا عادت إلى منزل الزوج وجبت، فكذلك الحضانة تسقط لموانع فإذا زال المانع ثبت حقها لها من جديد.

ج-أما بالنسبة للطلاق الرجعي حيث لم تنقض عدة المطلقة فيه فلا يعود حقها في الحضانة لقيام الزوجية فيها، فأشبه ما لو كانت المرأة في حال النكاح.

أجيب عن كونها زوجة حال الرجعي أن الزوج: "قد عزلها عن فراشه، ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل، وعقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن في عدتها"[3].

2-**القول الثاني:** إذ تأيمت المرأة ثبت لها حق الحضانة مطلقا، وبه قال الشافعية والحنابلة[4]، واستدلوا بأن حق حضانة المرأة قد سقط لاشتغالها

---

(1) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج18، ص 325 و 326. و: ابن قدامة، المصدر نفسه، ج9، ص311.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج4، ص183.

(3) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص311.

(4)النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص325 و 326. و:ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص311. و: المرداوي: الإنصاف، مصدر سابق، ج9، ص425.

باستمتاع الزوج بها حال قيام الزوجية، أما بعد الطلاق البائن والرجعي فإن الزوج لا يملك الاستمتاع بها فيعود حقها في الحضانة.

3-**القول الثالث:** إن الحاضنة إذا تزوجت ثم تأيمت، أو أسقطت حضانتها الثابتة لها لا لعذر لا تعود لها الحضانة، وإليه ذهب المالكية[1]، واستدلوا بأن الحضانة حق للحاضن على المشهور، فإذا أخذها حاضن آخر فلا كلام لمن تأيمت مع هذا الحاضن.

4-القول المختار

بعد عرض أدلة المذاهب وأدلتهم فإنه يترجح الرأي الأخير القائل بأن المرأة التي نكحت ثم تأيمت لا يعود حقها من الحضانة، والسبب فيه ما يأتي:

أ- إن حضانة الولد قد انتقلت إلى من هو أحق بها بعد الأم، فإذا تأيمت فلا يمكن أن ينتزع من الحاضن الثاني، لأن الحضانة أصبحت حقا له.

ب- إن الأم لما تزوجت قد آثرت نفسها على حضانة الولد، وأسقطت حقها بالزواج، كما أنها تخلت عن حق الولد في الحضانة، فإذا تأيمت فلا تعود الحضانة لها مرة ثانية.

(1) الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج4، ص217.

المطلب الثالث:

ولاية المرأة بالرضاع

الفرع الأول: مفهوم الرضاع وأحقية الأم فيه

أولا: مفهوم الرضاع

1-لغة:

الرضاع –بكسر الراء وفتحها- في اللغة مأخوذ من الفعل رضع الصبي لبن أمه يرضع رضاعا ورضاعة أي امتصه من ثديها وشربه[1].

2-اصطلاحا:

عرفه الفقهاء بتعريفات متعددة نبيها فيما يأتي:

-**تعريف الحنفية:** عرف الحنفية الرضاع بأنه: "مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص"[2]

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يشر إلى وصول اللبن إلى الجوف، وهو مظنة حصول الغذاء، واكتفى بتعريفه بالمص فقط، وهو لا يدل دائما على حصول الرضاع فعلا.

---

(1) ابن منظور: لسان العرب، مصدر سابق، ج8، ص125.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق، مصدر سابق، ج3، ص238. و: ابن الهمام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج3، ص438.

-**وعرفه المالكية** بأنه "وصول لبن آدمي بمحل مظنة غذاء لتحريمهم بالسعوط والحقنة"[1].

-**وعرفه الشافعية** بأنه: "اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه"[2].

أما هذا التعريف وتعريف المالكية فهما لم يحددا المدة التي يصدق عليها الرضاع المحرم كما أنهما لم يشيرا إلى أن اللبن لا بد أن يكون ناتجا عن حمل.

-**أما الحنابلة** فقالوا الرضاع هو: " مص لبن ثاب عن حمل من ثدي امرأة أو شربه ونحوه "[3]

أما تعريف الحنابلة فهو لم يحدد الفترة التي يتحقق فيها معنى الرضاع المحرم.

إلا أنني أرى أن المص ليس قيدا ضروريا في تعريف الرضاع لأن الغاية هو ما حصل به معنى الغذاء.

ومن خلال كل هذا يمكن تعريف الرضاع المحرم بأنه: "وصول لبن مخصوص من ثدي مخصوص بمحل مخصوص في وقت مخصوص".

واللبن المخصوص هو ما ثاب عن حمل، وأما من ثدي مخصوص فهو ثدي امرأة، وبمحل مخصوص المحل الذي يحصل بوصوله إليه تغذية للرضيع، وفي وقت مخصوص أ ي المدة التي يقع فيها التحريم وفيها خلاف بين الفقهاء.

---

(1) الحطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق، ج4، ص172.

(2) الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص417.

(3) البهوتي: كشاف القناع، مصدر سابق، ج5، ص442.

ثانيا: أحقية الأم في الإرضاع

يقصد بهذه المسألة إثبات مدى أحقية الأم في الرضاع، ومدى إجبارها عليه وعدمه وهو ما سأتناوله فيما يأتي:

1- حق الأم في الإرضاع

إن الأم إذا أرادت أن ترضع ولدها فهل يحق لها ذلك بحيث لا يحال بينها وبين حقها في الإرضاع، أم أن لوالد الصغير أن يتدخل فيمنعها من ذلك.

لقد تعددت الآراء في ذلك إلى ثلاثة آراء:

أ-الرأي الأول: للأب أن يمنع الأم من إرضاع ولدها الصغير وإن كان يكره له ذلك، والأولى ألا يمنعها وهذا حال قيام الزوجية، أما بعد أن يبينها فليس له منعها وبه قال الشافعية[1].

واستدلوا على ما ذهبوا إليه حال الزوجية بأن الزوج مستحق للاستمتاع بها في كل وقت إلا أوقات العبادة، ولا يجوز لها تفويت حقه عليه بالرضاع، وأما باعتبار الأولى بعدم المنع فإن الرضاع حق للولد وأمه أشفق عليه ولبنها أصلح لولدها[2].

وأما بعد الزوجية فلا يجوز للأب انتزاعه منها، لأن بعد الزوجية لم يبق للأب حق في الاستمتاع، فلما زال المانع ثبت حقها في الرضاع، كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ

(1) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص313.

(2) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص313.

ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (البقرة:233)، وقالوا بأنه خطاب يخبر بأن للأم المطلقة إرضاع ولدها بعد الفرقة وهو حق لها[1].

ب- الرأي الثاني:

ليس للأب أن يمنعها من الرضاع وأن ذلك حق لها حال الزوجية وبعدها، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة [2].

واستدلا بقوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ (البقرة:233)، ولفظ يرضعن أمر ورد بصيغة المضارع، وهو من صيغ العموم فكان الإرضاع من حق كل والدة سواء كانت في حبال الزوجية أم مطلقة [3].

كما استدلا بقوله تعالى:﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا ﴾ (البقرة:233)، وفي انتزاع الولد من أمه إضرار بها[4].

ورد أصحاب هذا الرأي عن الشافعية بحمل لفظ الإرضاع على المطلقة بأنه غير صحيح؛ "لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجرة الرضاع ولا غيره"[5].

واستدلوا أيضا بما رواه أبو داوود من قوله - صلى الله عليه وسلم- للمرأة المطلقة فأراد زوجها أن ينتزع منها ولدها: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[6].

---

(1) النووي: المصدر نفسه، ج18، ص313.

(2)الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص40. و: العدوي: حاشية العدوي، مصدر سابق، ج2، ص65. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص312.

(3) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص312.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص40

(5) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص312.

(6) سبق تخريجه. أنظر ص119.

كما رد عنهم بأن القول بالإرضاع يخل بحق الزوج في الاستمتاع مردود؛ لأن إرضاع الأم لولدها إيفاء لحق على الزوج، فهو حق الولد في كونه مع أمه، والأم لها حقها في عدم التفريق بينها وبين ولدها[1].

الرأي المختار:

انطلاقا من عرض هذه الآراء والأقوال فإن الرأي المختار هو أن للأم حقها في إرضاع ولدها، سواء كان ذلك حال الزوجية أم بعدها لما يأتي:

أ- إن اجتماع الإرضاع مع إيفاء حق الزوج في الاستمتاع غير ممتنع، لأن استمتاع الرجل في كل وقت غير معقول، لأن مطالب الحياة والقيام بحاجات كل منهما في الحياة الأسرية من أكل وشرب وغسيل وتلبية حاجات الإنفاق بتوفير وسيلته من الرزق وغيره من الحاجيات كثير لكل منهما، وذلك يمنع استدامة الزوج في الاستمتاع، بل إن حضانة المولود تستغرق وقتا أكبر بكثير من أمر الإرضاع، وهو لا يجوز له أن يمنعها من الحضانة.

ب-إن الإرضاع حق على الوالد والجمع بين الأم وولدها هو حق للمولود، وحق للأم في أغلب حالاتها، فناسب إيفاء هذه الحقوق كلها إرضاع الأم ولدها.

ت-أن لبن الأم أصلح لبن وأنفعه لولدها، وهي أشفق عليه من غيره، فكيف تمنع من ذلك والأولى هنا هو جلب المنافع.

ج-إن داعي الفطرة في الأم بأن لا ترضى لأحد ولايته بالإرضاع قبلها، وهي مجبولة على ولايته في الحضانة والإرضاع، لا يختلف عنها في القيام على شؤون الصغير فهي أعرف به وأدرى بوقت حاجته إلى الإرضاع من عدمه، كما أنها أقرب منه في تلبية ذلك متى أراد.

---

(1) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص312.

ح-إن في انتزاع الولد من أمه نوع إضرار بها، ودفع الضرر من مقاصد الشارع، فلذا يلحق الولد في أمه في رضاعه أنفع لها ولولدها.

فإن كانت الأم في حبال زوج آخر فينظر في مسألة حكم إرضاع الأم ولدها بعد زواجها.

2- هل تجبر الأم على الإرضاع:

لعرض هذه المسألة يجب أولا التفريق بين حالتين: الحالة التي تكون فيها الأم في حبال الزوج والحالة التي تكون فيها مطلقة.

أ- أن لا تكون المرأة في حبال الزوج:

اتفق الفقهاء في هذه المسألة على أن الأم المفارقة لزوجها لا تجبر في الأصل على إرضاع ولدها، فلا يملك الأب إجبارها على ذلك، بل هو من يلزم به، لأن الرضاع من النفقة، التي تجب عليه وحده، فلا يشاركه فيها أحد.

جاء في المغني: "ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك –أي الرضاع- إذا كانت مفارقة خلافا"[1]. وقال في البدائع: "ولا تجبر الأم على إرضاعه ... وهذا قول عامة العلماء"[2].

ولكن قد يجب عليها الإرضاع في الحالات الآتية[3]:

-أن تكون متعينة للإرضاع بحيث لا يقبل ثدي امرأة غيرها.

-أن لا يوجد من ترضعه غيرها.

-إذا كان الأب معسرا ولم يكن للولد مال لتستأجر به مرضعة أخرى، ولم تكن هناك متبرعة بإرضاعه.

---

(1) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص313.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص40.

(3) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص312.

ففي هذه الحالات الثلاث يكون الإرضاع واجبا عليها بعينها، دفعا للهلاك عن ولدها، وهذه حالة ضرورة ففيها حفظ النفس وهو مقدم على حق الزوج، قال في المغني: "فإن اضطر الولد بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من إرضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته"[1].

ب-أن تكون في حبال الزوج

وهنا وقع الخلاف بين الفقهاء على ثلاثة أقوال:

-القول الأول:

فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والثوري إلى أن الأم لا تجبر على إرضاع ولدها، إلا إذا طرأت ضرورة كأن لم يقبل ثديها أو لم يجدوا مرضعا غيرها[2].

واستدلوا بالأدلة الآتية:

-من الكتاب:

قوله تعالى:﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ (الطلاق:6)، "وإذا اختلفا فقد تعاسرا"[3] أي أن الأب أراد منها الإرضاع ولكن الأم امتنعت، ولهذا فقد وقع

(1) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص313.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج4، ص180. و: النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص310. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، 313.

(3) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، 313.

التعاسر وهو يوجب طلب مرضع أخرى[1]، ولو كان الإرضاع واجبا لأجبرها الأب، ويتعين عليها الإرضاع وإن اختلفا.

-المعقول:

إن الإرضاع إما أن يكون حقا للزوج أو حقا للولد أو لهما معا، وليس حقا للزوج لأنه لو كان حقا له لأجبرها على إرضاع ولده من غيرها، ولكن ليس له ذلك، فلزم منه أن لا يكون له حق إجبار الأم على الإرضاع، كما أنه ليس من حقها، لأنه لا يلزمها بعد الفرقة فهو مما يلزم فيه الولد والده، فلزم الأب خصوصا كالنفقة أو كما بعد الفرقة[2].

ولا يكون لهما معا؛ "لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض، ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر"[3].

-القول الثاني: وفيه ذهب مالك، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، وأبو ثور إلى إن الأم تجبر على إرضاع ولدها[4].

وقد ذهب المالكية إلى أن التي في حبال الزوج أو معتدة من طلاق رجعي فإنه يجب عليها إرضاع ولدها، إلا إذا كانت شريفة فإنها لا تلزم به، إلا أن لا يقبل ولدها غيرها[5].

واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

---

(1) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص314.

(2) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص 313.

(3) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص313.

(4) أبو الحسن المالكي: كفاية الطالب، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر- بيروت، (د ط)، (1412هـ)، ج2، ص166.

(5) العدوي: حاشية العدوي، مصدر سابق، ج2، 166

-قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (البقرة:233).

ووجه الاستدلال من هذه الآية أن صيغة الخبر يرضعن من صيغ الأمر، فتكون الأم مأمورة بإرضاع ولدها، وتجبر على الإرضاع إذا امتنعت إلا إذا كانت شريفة[1].

-واستثنى المالكية المرضع إذا كانت شريفة فإنها لا تلزم به، إلا أن لا يقبل ولدها غيرها.

وسندهم العرف والعادة إذ إن "عرف المسلمين على توالي الأعصار في سائر الأمصار جار على أن الأمهات يرضعن أولادهن" وهذا الرأي هو المشهور عن مالك[2].

الرأي المختار:

بعد عرض القولين وأدلتهما يظهر رجحان القول بعدم إجبار الأم على إرضاع ولدها وإن كانت في حبال الزوجية إلا إذا تعينت بأن لم يقبل ثدي غيرها أو لم يجدوا مرضعا غيرها، لأن الرضاع حق للأم نظرا لما جبلت عليه من الميل إلى ولدها والحنو عليه، وإن امتنعت فقد شرع الله سبحانه طلب المرضعات عند الامتناع والتعاسر بين الزوجين، والأب مطالب بكفالة هذا الحق بطلب المرضع والنفقة عليه.

وما استند إليه المالكية من العرف والعادة الجارية على إرضاع الأمهات لأولادهن لا يكون سلطانا أو دليلا يحتكم إليه لإجبار الأم على الإرضاع في مقابل

---

(1) القرطبي: تفسير القرطبي، مصدر سابق، ج3، ص161.

(2) القرطبي: المصدر نفسه، ج3، ص161. و: أبو الحسن المالكي: كفاية الطالب، مصدر سابق، ج2، ص166.

دليل الكتاب بطلب مرضعة أخرى غير الأم عند التعاسر والامتناع، ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾، وبذلك يترجح عدم إجبار الأم على إرضاع ولدها.

الفرع الثاني: أسباب انتهاء الإرضاع

أولا: بسبب انتهاء المدة:

ذهب الحنفية إلى أن المولود إذا استغنى عن الرضاع في الحولين جاز ذلك، كما يجوز أن يستمر فيه إلى حولين ونصف، إلا أن المستحب إتمام مدته إلى الحولين[1]، وخالف في ذلك الزيلعي [2]بأنه لا يباح الإرضاع بعد مدته وهي الحولان.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن أكثر الرضاع حولان، والتعبير بالأكثر يدل على أنه لا يتعدى الحولين ويجوز الفطام قبلهما إذ لا حد لأقله عندهم[3].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز لأحد من الزوجين فطام ولدهما قبل بلوغ الحولين دون رضا الأخر، فإن اتفقا جاز وإن تنازعا وجب الإكمال، إلا إذا كان ذلك أصلح للولد فلا بأس، فإن كان في الإتمام إضرار بالولد فيفطم ولو بدون تراضيهما[4].

---

(1) ابن عابدين: حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج3، ص232.

(2) ابن عابدين: المصدر نفسه، ج3، ص232.

(3) أحمد النفراوي المالكي: الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص65. و: العدوي: حاشية العدوي، مصدر سابق، ج2، ص149.

(4) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأخيرة، (1404هـ- 1984م)، ج7، ص239. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص295.

واستدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بقوله تعالى:﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾ (البقرة:233). أي لا يجوز فصاله إلا بتراضيهما.

واستدلوا لحال الضرر بحديث: "لا ضرر ولا ضرار"[1].

ويجوز بدون حصول الرضا منهما بعد الحولين، لكن حيث لا يضر بالولد[2]

ولهذا **يظهر رجحان** هذا القول الأخير حيث علق انتهاء المدة بتراضي الزوجين وعدم الإضرار بالولد، قبل إتمام الحولين فإن تراضيا كان لهما وإن تنازعا لم يجز، مع مراعاة مصلحة الولد، فإن كان الفطام يضر بالولد وجب دون تراضيهما، وإن لم يكن فيه ضرر بالولد لم يكن عليهما جناح إذا اتفقا وتراضيا، أما بعد الحولين فيناسب تعليق الفطام وعدمه بالضرر الحاصل للولد دون النظر إلى رضا الطرفين، لأنه بإتمام الحولين قد تم الإيفاء بحق الإرضاع وما بعده فلا يلزم به أي من الطرفين، فعلق على الضرر بالولد فحيث لا ضرر جاز الفطام دون طلب مشورة أحد الزوجين للآخر.

ثانيا: بالزواج:

إذا طلقت الأم ثم تزوجت وكان لها ولد رضيع من زوجها الأول فإنه لا يحق لها إرضاعه إلا بإذن الزوج، فإذا أذن كانت أحق به من غيرها ولو طلبت في مقابل إرضاعه أجرة المثل، والدليل على ذلك أن الأم "إنما منعت من الإرضاع

---

(1)أحمد بن حنبل: مسند أحمد، مسند عبد الله بن العباس، رقم (2867)، ج1، ص313. و: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، باب لا ضرر ولا ضرار، رقم (11166)، ج6، ص69. و: الدارقطني: سنن الدارقطني، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، رقم (83)، ج4، ص227.

(2) الشافعي الصغير: نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج7، ص239 و204.

لحق الزوج فإذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج وإن منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إلى ذلك" [1].

وقد نقلت هنا رأي الحنابلة فقط، لأنني لم أعثر في كتب المذاهب الأخرى على آرائهم بشأن هذه المسألة.

ثالثا: بثبوت أجرة الرضاع وعدمه:

لتحديد متى تكون أجرة الرضاع سببا لاستمرار أو سقوط ولاية الرضاع على الأم، لا بد من بحث المسائل الآتية على اختلاف حالة الأم، من كونها في حبال الزوج، أو معتدة من طلاق رجعي، ومن طلاق بائن، أو مطلقة أي بعد انتهاء العدة، وتفصيل القول في هذه المسائل فيما يأتي:

أ-الأم في حبال الزوجية:

نظرا لكون الأم في حالة الطلاق الرجعي هي لا تزال في حبال الزوج، فتلحق بالأم في حال الزوجية.

لقد وقع الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في أثر طلب الأم لأجرة الرضاع من الأب، هل أن الرضاع يجب عليها مع الأجرة أم لا؟ وهل أنها إذا لم يوجب لها الشارع هذه الأجرة تجبر على الرضاع أم يجوز لها إسقاطه والامتناع عن الإرضاع أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال ثلاثة:

-القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية[2] إلى أن الإرضاع واجب على الأم ديانة

---

(1) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص313.

(2) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص128، و: أبو عبد الله العبدري: التاج والإكليل، مصدر سابق، ج4، ص213. و:أحمد النفراوي المالكي، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج2، ص65.

سواء كانت متزوجة أو رجعية؛ إلا أن المالكية استثنوا من الأمهات الأم الشريفة[1].

واستدلوا لذلك بقوله تعالى:﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (البقرة:233)؛ ووجه الاستدلال لفظ يرضعن ومعناه "ليرضعن فهو أمر بصيغة الخبر، والأمر يفيد الوجوب، فظاهره يقتضي أن يكون الإرضاع واجبا عليها شرعا، والاستئجار على مثل هذا العمل لا يجوز"[2].

وقد استدلوا أيضا بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "مثل الذين يغزون من أمتي ويأخذون الجعل يتقوون به على عدوهم كمثل أم موسى عليه السلام ترضع ولدها وتأخذ أجرها من فرعون"[3].

-القول الثاني:

ذهب أبو حامد الإسفراييني من الشافعية إلى أن الأم المتزوجة والرجعية لا يجب عليها الإرضاع، ولكن إذا أرادت ذلك فلا يجوز الإرضاع مقابل الأجر، "لأن أوقات الرضاع مستحقة لاستمتاع الزوج ببدل وهو النفقة، فلا يجوز أن تأخذ بدلا آخر"[4].

-القول الثالث:

---

(1) أبو عبد الله العبدري: المصدر نفسه، ج4، ص213. و: أحمد النفراوي المالكي، المصدر نفسه، ج2، 65. و: الدردير: الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص525.

(2) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص128.

(3) أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي: مصنف بن أبي شيبة، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد- الرياض، ط1، (1409ه)، باب ما ذكر في فضل الجهاد والحث عليه، رقم (19532)، ج4، 228.

(4) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص311.

وفيه ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الأم التي في حبال الزوج إذا أرادت إرضاع ولدها بأجر المثل فيجوز، بل هي أحق به من غيرها[1].

واستدلوا بقوله تعالى:﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (البقرة:233)، وهذا خبر عام في كل والدة[2].

كما استدلوا بأن الإرضاع عمل يجوز أخذ الأجرة عليه بعد البينونة، فجاز أخذ الأجرة عليه قبل البينونة كالنسج[3].

القول المختار:

من خلال عرض أقوال المذاهب وأدلتهم يظهر رجحان القول الثالث القائل بجواز إرضاع الأم في حبال الزوج ولدها بأجر لما يأتي:

1-لأن الأم في حبال الزوجية أحق المرضعات بولدها إذا أرادت، والقول بطلبها للأجر لا يسقط حقها في الإرضاع لأنها أقرب إلى الولد ولبنها أمرأ وأنفع له.

2-رعاية حق الولد في الرضاع من أمه، إلا إذا وجد ما يمنع منه، كامتناع الأم من الإرضاع بالتعاسر والاختلاف، أو لقلة أو انعدام اللبن في أمه؛ وطلب مرضع آخر مع انتفاء مسقط لحق الولد.

3-إن الإرضاع حق للأم بالدرجة الأولى، وللولد بالدرجة الثانية، وتحصيل هذا الحق على الأب، فعليه دفع أجرة الرضاع إذا طلبت ذلك.

ب- الأم معتدة من طلاق بائن أو بعد عدة الطلاق البائن:

اختلفت أقوال الأئمة في هذه المسألة على أربعة أقوال:

---

(1)النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص311. و: ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص312.

(2) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص312.

(3) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص311.

- **القول الأول**: وهو للحنفية[1] فيرون أن الاستئجار لا يجوز، وإن الأم لا تستحق أجرة إذا أرضعت ولدها مطلقا؛ سواء قبل العدة وفيها و بعدها، إلا أن هناك رواية أخرى أوردها السرخسي في المبسوط، وهو أن الأم يجوز لها أخذ أجرة الرضاع في عدة الطلاق البائن.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه أن الأم مجبرة على الإرضاع، والواجب يؤدى دون استحقاق ما يقابله من الأجر[2].

وقالوا إن معنى إيجاب الإرضاع أن يكون دون أجر ثابت بعينه قبل العدة وفيها وبعدها؛ واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (البقرة:233)، فالوالدات في هذه الآية أعم من البائنات فكان" الإيجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها "[3].

والإكليل مبينا حكم ذلك في حال المنكوحات والمعتدات من رجعي وبائن : " ... أو كان الطلاق بائنا وإن لم تنقض العدة فعلى الأب أجر الرضاع"[4].

والشاهد فيه أنها إذا انقضت عدتها ثبت حقها في ولاية الإرضاع مع استحقاق الأجر.

ويجاب عن القائلين بعدم استحقاق الأجر بعد العدة بأنه أمر مردود بدليل قوله تعالى:﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ (البقرة: 233)، وهذا متحقق حال قيام الزوجية والعدة حيث يكون الأب مطالبا بالإنفاق فيهما

(1) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج15، ص128.

(2) ابن الهمام: شرح فتح القدير، مصدر سابق، ج4، ص413.

(3) ابن الهمام: فتح القدير، مصدر نفسه، ج4، ص413.

(4) أبو عبد الله العبدري: التاج والإكليل، مصدر سابق، ج4، ص213.

على الأم، أما بعد العدة يسقط الإنفاق عليها، فوجب ثبوت حقها في الأجرة مقابل الإرضاع[1].

أما إذا أراد الأب أن يستأجر مرضعة أخرى فإنه تقدم الأم لإرضاع ولدها ولو طلبت أجرة المثل، ولو وجد الأب من ترضعه مجانا، ويفهم من هذا أن للأم بعد العدة حق إرضاع ولدها سواء مجانا أو بأجر المثل ولو مع وجود متبرعة أو ظئر ترضع بأقل من أجر المثل، أما إذا كان أجرها أزيد عن أجر المثل فللأب الخيار بين أن يقبل ذلك أو يؤاجر غيرها[2].

واستدلوا لهذا بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (الطلاق:6)، من غير تفريق أو تقيد بوجود متبرعة أو بمن ترضعه بأقل من أجرة المثل.

ولأنه حال البينونة لا يملك الاستمتاع بها بحيث لا تسقط حقه في ذلك، بخلاف ما لو كانت في حبال الزوجية، كما أن الإرضاع حق الولد، ولبن الأم أصلح وأنفع لولدها من لبن غيرها من المرضعات[3].

أما في حالة ما إذا طلبت أكثر من أجرة المثل حق له انتزاع الولد منها، وطلب غيرها ليرضعه؛ لأن ذلك تعاسر منها وإضرار بالأب[4]، ودليله قوله تعالى: ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ﴾ (الطلاق:6).

---

(1) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، ص311.

(2) أبو الحسن المالكي: كفاية الطالب، مصدر سابق، ج2، ص166.

(3) النووي: المجموع، مصدر سابق، ج18، 311.

(4) النووي: المصدر نفسه، ج18، ص311.

القول المختار

من خلال عرض هذه الأقوال وأدلتهم يترجح قول الجمهور بثبوت أجرة الرضاع للأم بعد البينونة وبعد انقضاء العدة ولو وجد متبرعة أو من ترضع بأجرة المثل أو أقل منها لما يأتي:

- إن الأب حال قيام الزوجية يكون مطالبا بالإنفاق فيهما على الأم، أما بعد العدة فيسقط الإنفاق عليها، فوجب ثبوت حقها في الأجرة مقابل الإرضاع لأنها أصبحت أجنبية عنه فتأخذ حكم المرضع الأجنبية في دفع الأجر إليها، وهو ما دل عليه دليل الكتاب.

- إن الإرضاع حق الولد، والأم أحق بولدها من غيرها، وهي أشفق عليه ولبنها أمرأ وأنفع وأصلح له من لبن غيرها من المرضعات.

- للأب استئجار مرضعة أخرى إذا طلبت الأم أكثر من أجرة الرضاع، لأن ذلك تعاسر منها وإضرار بالأب، ومن حق الأب دفع الضرر عنه بطلب غيرها لترضعه، لقوله تعالى:﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ (الطلاق:6).

المبحث الثاني
ولاية المرأة في ضوء مقاصد الشريعة

تمهيد

إن الأصل في الحر ألا يتولى أمره أحد، فهو ولي أمره، إلا أن العجز الذي يقوم به منذ ولادته يجعله محتاجا إلى من يليه ويقوم بشؤونه، فشرعت الولاية لحاجة المولى عليه لعجزه عن التصرف لنفسه بنفسه، سواء تعلق الأمر بشخصه أو بأمواله، فمن كان قادرا على قضاء حوائج المولى عليه وجبت عليه ولايته من باب النظر والمرحمة، ولا يمكنه ردها إلا لعذر أو مانع، ولو امتنع عن إقامة مصالحه فإنه يأثم[1]، ولأنه لو لم تفوض لهذا القادر الولاية لضاع المولى عليه[2].

وقد قسم الشارع الولاية أقساما عديدة، وأسن لكل شخص بعضا أو قسما منها على حسب ما يصلح له منها، ولو أسند جميعها إلى جميع الأشخاص لتعطلت مصالحها، كما يتعطل درء مفاسدها، "لأن الولاية كلما ضاقت قوي الولي على القيام بجلب مصالحها ودرء مفاسدها، وكلما اتسعت عجز الولي عن القيام بذلك"[3]، ولذا فإنه يقدم في كل تصرف الأقوم والأعرف بجلب مصالحه ودرء مفاسده[4].

كما أن القصد من جميع الولايات أن "يطلب الإنسان بها حظه فيقوم بذلك حظ الغير خدمة دائرة بين الخلق كخدمة بعض أعضاء الإنسان بعضا حتى تحصل المصلحة للجميع"[5].

---

(1) عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1،(1418هـ-1997م)، ج4، ص79 و80 و386.

(2) ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مصدر سابق، ج2، ص58.

(3) ابن عبد السلام: المصدر نفسه، ج1، ص64.

(4) ابن عبد السلام: القواعد الصغرى أو الفوائد في اختصار المقاصد، تحقيق إياد خالد الطباع، دار الفكر المعاصر، دار الفكر- دمشق، ط1، (1416هـ)، ج1، ص82.

(5) الشاطبي: الموافقات، مصدر سابق، ج2، ص181.

ومن الحكمة البالغة من الشارع أن يؤكد الطلب فيما فيه حظ الغير ومصلحته على الطلب لحظ النفس المباشر[1]، وهذا يفسر بأن العجز والحاجة تقع دوما في الغير، فيطلب له شرعا من يتولاه، أما النفس ذاتها إذا كانت من أهل الولاية على نفسها فلا يقع العجز الذي بسببه يطلب خدمته، وإذا وقع بها عجز كانت هي الغير الذي يؤكد له طلب حظه بالولاية عليه.

ومن ثم فإن الطلب يرد على البعض الذي له أهلية القيام ومباشرة الفعل المطلوب، فيتعين "على من فيه أوصافه المرعية لا على كل الناس"[2].

وإذا تقرر في حق عموم الخلق أن يقدم منهم في كل تصرف الأقوم والأعرف والأليق بجلب مصالحه ودرء مفاسده، فإنه قد تقرر أن يقدم الرجال في بعض التصرفات، وتقدم النساء في تصرفات أخرى؛ وبيانه أن يقدم الرجال على حسب أحوالهم المناسبة لأي من الولايات العامة دون النساء؛ لأن الولاية العامة من كمال الولايات، لا يصلح لها إلا الكامل من الرجال، نظرا لحاجتهم إلى البروز والخروج إلى الرعية للقيام بأمورهم وشؤونهم، والمرأة ناقصة بالأنوثة وعاجزة عن ولاية ما يحتاج إلى الخروج الدائم، ومقابلة عموم الرعية، فهذا كله يخالف فطرتها التي تحث على التستر والاحتشام[3]، إضافة إلى أن المرأة يغلب عليها الضلال والنسيان، ويقل لديها معنى الضبط والفهم، والولاية العامة أشد ما تحتاج إلى قوة الرأي والعقل[4].

وأما بالنسبة للولاية الخاصة فقد تقدم الحديث في المبحثين السابقين عن ولاية المرأة على النفس والمال، حيث ثبت أن المرأة لا تسند إليها جميع الولايات

---

(1) الشاطبي: المصدر نفسه، ج2، ص181.

(2) الشاطبي: الموافقات، مصدر سابق، ج1، ص176 و 177.

(3) زين الدين عبد الرؤوف المناوي: التيسير بشرح الجامع الصغير، مكتبة الإمام الشافعي-الرياض، ط3، (1408هـ-1988م)، ج2، ص589. و: القرافي: الفروق، مصدر سابق، ج3، ص206 و 207.

(4) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج16، ص114.

بل بعضها فقط، فتسند لها ولاية الحضانة والإرضاع، ويمتنع في حقها ولاية عقد النكاح، كما أن لها ولاية أموالها دون أموال غيرها. وقد قصد الشارع بذلك مراعاة كثير من الحكم التي انطوى على أساسها تشريع تلك الأحكام، وهذا أحد الجانبين اللذين أولاهما التشريع الإسلامي بالدراسة والعناية، فاهتم الإسلام بالمرأة بيانا لما تليه من التصرفات التي لا تقوم الحياة إلا بولايتها هي، ولإقامة الحياة على ميزان العدل الذي بدونه يختل نظامها فتسودها الفوضى في أغلب جوانبها.

وفي هذا المبحث سأتطرق إلى الحكمة التي من أجلها شرع الله لها في الولاية الخاصة بعضا من الأمور التي خصها بها دون الرجل، في حين لم يخصها بأمور أخرى قد أسند ولايتها إلى الرجال، ومن خلال ذلك ستعرف مدى عناية الإسلام بالمرأة، واهتمامه بها.

المطلب الأول

الحكمة من إسناد ولاية الحضانة والإرضاع للمرأة

لقد فوض الشارع الحكيم حضانة الأبناء وتربيتهم إلى الآباء والأمهات حماية لهم من الضياع، وهي في الحقيقة رعاية لمصالحهما جميعا، الحاضن والمحضون؛ فأما التي للمحضون فتحصل في العاجل بحفظه ورعايته وتعهده حتى تزول حالة العجز عنه، وأما التي للحاضن ففي الآجل بنيل الثواب عليها في الآخرة[1]، لأن المصالح منها ما يحصل في العاجل وهي مصالح دنيوية، ومنها يكون في الآجل وهي المصالح الأخروية، إلا أن هذا القسم قد غلبت مباشرته والقيام به من النساء، وبيان مقاصد هذا التغليب كما يأتي:

الفرع الأول: مقاصد ولاية المرأة للحضانة عموما

أولا: المرأة أقوم و أوفى في تحقيق مصلحة المحضون وحفظ حقوقه:

قد سبق أن كل ولاية يقدم لها الأقوم في جلب مصالحها ودرء مفاسدها، وإن أوفق من يحث على تحصيل مصالح المحضون ودفع المفاسد عنه هو المرأة، لذا فقد قدمت النساء في ولاية الحضانة تحقيقا لمنفعة المحضون وحفظا لحقوقه الخاصة بشخصه[2]، وهو مجال لا يستطيعه الرجال إلا إذا تعذر جانب النساء، حيث يكون حظ الولد عندهن أكثر، من حيث مطعمه ومشربه وغسله وتنظيفه وغيره، ويدل عليه أن الولد إذا بلغ عاقلا انتهت حضانة أمه له

(1) أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق محمود بن التلاميد الشنقيطي، دار المعارف- بيروت، (د.ط)، ج2، ص58 و 68.

(2) العز: القواعد الصغرى، مصدر سابق، ج1، ص83.

وانتقلت إلى أبيه، أما إذا كان معتوها استمرت ولايتها عليه، وكذا إذا زال عقله من جديد فتعود ولاية أمه له لأنها أوفق له[1].

قال في المغني في هذا الشأن: "فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في حال طفوليته، ولأن التقديم في الحضانة يلحق به الولد، فيتقدم من هو أشفق لأن حظ الولد عنده أكثر... ولأن الأم قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته"[2].

فالحضانة إذًا تتولاها النساء لما في تصرفهن من تحقيق مصلحة المحضون، "درءا للضرر والفساد، وجلبا للنفع والرشاد... وما لا فساد فيه ولا صلاح فلا يتصرف فيه الولاة على المولى عليه"[3] تركا أو جلبا.

و"لأن الوازع الطبيعي يزع عن التقصير في حق المولى عليه... والوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي"[4].

و قد ذهب الشاطبي إلى أن الإنسان قد جعله الله في هذه الأرض ليقيم المصالح بحسب طاقته على نفسه وعلى أهله وعلى كل من تعلقت له به مصلحة.

فكل ميسر للقيام برعاية من تتعلق له به مصلحة، والنساء في هذا الأمر قد تعلق بهن تحقيق مصالح المحضون والرضيع على حد سواء[5]، وفي الحديث: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته...والمرأة راعية على بيت زوجها وولده"[6].

---

(1) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج6، ص597. و: العز: المصدر نفسه، ج1، ص83.

(2) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص301.

(3) العز: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مصدر سابق، ج2، ص75.

(4) العز: المصدر نفسه، ج2، ص76.

(5) الشاطبي: الموافقات، مصدر سابق، ج1، ص179.

(6) البخاري: صحيح البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب العبد راع في مال سيده، (رقم2278)، ج2، ص848.

وتعيين تقديم النساء على الرجال في أمور الحضانة إنما لأهلية النساء في القيام بمصالحها، حيث يتم حصول مصلحة الولد تامة، فتوقفت لأنه بهن تحصل كفاية الرضيع أو المحضون[1].

وجاء في زاد المعاد: "فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال والنظر لهم...و لكون_النساء أقوم بمقاصد الحضانة والتربية من الذكور "[2]. أي من المصالح التحسينية، التي بها تحصل راحة المحضون والحاضن على حد سواء.

وقال في القواعد الصغرى: "المولى والحاضن يحثان على تحصيل مصالح النكاح والحضانة ودفع المفاسد عن المولى عليهم، وشفقة القرابة تحث على القيام بمصالح الأطفال ودفع المفاسد عنهم"[3]، لذا فقد قدمت الأم واعتبر حقها في الحضانة لكونها أقرب الناس إليه وأشفق عليه.

ثانيا: الضعف

أسند الشارع الحضانة إلى النساء وأخرها عن الولايات الأخرى نظرا لضعفها، فقد جاء في الفروق :"الأنوثة اقتضى ضعفها التأخر عن الولايات واقتضى ضعفها ولاية الحضانة والتقدمة فيها على الذكور فقد اقتضت الضدين"[4].

(1) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرناؤوط و عبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، (1399هـ-1979م)، ج5، ص392.

(2) ابن القيم: المصدر نفسه، ج5، ص392.

(3) العز بن عبد السلام: القواعد الصغرى، مصدر سابق، ج1، ص83.

(4) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص301.

ثالثا: التناسب الفطري بين طبيعة الأنثى والتقديم والتأخير في الولايات

إنما يطلب بالولايات كل من كانت فيه أهلية القيام بها "إذ لا يصح أن يطلب بها من لا يبدئ فيها ولا يعيد، فإنه من باب تكليف ما لا يطاق بالنسبة إلى المكلف، ومن العبث بالنسبة إلى المصلحة المجتلبة أو المفسدة المستدفعة وكلاهما باطل شرعا"[1].

ثم قال الشاطبي: "فمن كان قادرا على الولاية فهو مطلوب بإقامتها ومن لا يقدر عليها مطلوب بأمر آخر وهو إقامة ذلك القادر"[2]؛ لأن من لا يقدر عليها بمباشرتها فإنه مطالب بإجبار القادر على القيام بها، "فالقادر مطلوب بإقامة الفرض وغير القادر مطلوب بتقديم ذلك القادر، إذ لا يتوصل إلى قيام القادر إلا بالإقامة من باب ما لا يتم الواجب إلا به"[3].

والتعبير هنا بالقدرة أي أن كلا من الرجل والمرأة قد أسند إليه من الولايات ما يناسب طبعه من حيث مقدار التحمل والوسع والقدرة، فمن لا يستطيع ولاية ما أُخر عنها إلى ما يستطيعه من الولايات الأخرى التي يكون أهلا وقادرا على مباشرتها، والقيام بتحقيق وجلب منفعة المولى عليه فيها أو درء مفاسدها عنه.

و"لأن الوازع الطبيعي يزع عن التقصير في حق المولى عليه، لأن الطبع يزع عن الكذب فيما يضر بنفسه أو ماله، والوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي"[4]، فالمرأة بطبيعتها أميل إلى رعاية الولد، ولها من القدرة على الصبر

---

(1) الشاطبي: الموافقات، مصدر سابق، ج1، ص177.

(2) الشاطبي: المصدر نفسه، ج1، ص179.

(3) الشاطبي: المصدر نفسه، ج1، ص178 و 179.

(4) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مصدر سابق، ج2، ص76.

والتحمل وفرط الحنو ما يجعلها تقوم بذلك دون إجبار ولا تقصير[1]، لأن بقاء المرأة أغلب الوقت في البيت يناسب ملازمة الطفل وبقائها قريبة منه، ودوام حرصها له ممكن، في حين أن الرجل لا يتوفر على ذلك.

وليس قيام من كان أهلا بالولاية إلا نتيجة للباعث والإلهام الفطري والحاث الجبلي، وليس هذا وحده ما يهيئ القيام بالولاية، وإنما أيضا ما أودعه فيهم من العلم بوجوه مصالحها عن طريق التدريج والتربية.

وأنقل هنا كلام الشاطبي ليدل على هذا المعنى بدقة حيث يقول[2]:" وذلك أن الله عز وجل خلق الخلق غير عالمين بوجوه مصالحهم لا في الدنيا ولا في الآخرة"، وإن الله تعالى قد خلق الخلق وهم لا يعلمون شيئا "ثم وضع فيهم العلم بذلك على التدريج والتربية، تارة بالإلهام كما يلهم الطفل التقام الثدي ومصه، وتارة بالتعليم، فطلب الناس بالتعلم والتعليم لجميع ما يستجلب به المصالح وكافة ما تدرأ به المفاسد إنهاضا لما جبل فيهم من تلك الغرائز الفطرية والمطالب الإلهامية، لأن ذلك كالأصل للقيام بتفاصيل المصالح كان ذلك من قبيل الأفعال أو الأقوال أو العلوم والاعتقادات أو الآداب الشرعية أو العادية وفي أثناء العناية بذلك يقوى في كل واحد من الخلق ما فطر عليه وما ألهم له من تفاصيل الأحوال والأعمال فيظهر فيه وعليه ويبرز فيه على أقرانه ممن لم يهيأ تلك التهيئة فلا يأتي زمان التعقل إلا وقد نجم على ظاهره ما فطر عليه في أوليته فترى واحدا قد تهيأ لطلب العلم وآخر لطلب الرياسة وآخر للتصنع ببعض المهن المحتاج إليها وأخر للصراع والنطاح إلى سائر الأمور".

وكذلك فإن المولى -عز وجل- قد غرز في الإنسان عموم التصرفات، مع غلبة بعضها عليه، فإذا أصبح مكلفا، فيكون التكليف معلما ومهذبا لتصرفاته،

(1) العز بن عبد السلام: المصدر نفسه، ج2، ص76.

(2) الشاطبي: الموافقات، مصدر سابق، ج1، ص179.

وعندها يكون الطلب على هذا المكلف بحسب التصرفات التي أدبه التكليف عنها، ويتعين على الناظرين تربية من عليهم ولاية بما يليق بهم، كما عليهم أن يعينوهم على القيام بها وحثهم عليها والدوام فيها حتى تغلب تلك التصرفات عليهم، ثم يتركون للتصرف بها ليكونوا من أهلها، وبهذا التدريج تنتهض فيهم تلك التصرفات كالأوصاف الفطرية والمدركات الضرورية، ويصبحوا من الرعاة لها، وبها يتم حصول المصالح والانتفاع، وبها تظهر نتيجة تلك التربية والتهذيب[1].

رابعا: الشفقة والرأفة والصبر والاطلاع والمعرفة بأمور المولى عليه

قدمت النساء على الرجال في الحضانة لما يأتي:

- إن الصغير يولد خلقا ضعيفا، عاجزا عن النظر لنفسه والقيام بحاجاته، يحتاج إلى كافل يقوم على تربيته إلى أن يقوم بنفسه[2]، وإن ترك ضاع وهلك[3]،فجعل الشارع ولايته إلى من هو مشفق عليه، لأن مبنى الحضانة الشفقة الحاثة على إدامة النظر[4]، فكانت في النساء لأنهن أبلغ وأقوى في تحمل المشقة في الحضانة ما لا يتحمله الرجال، ولأن في تفويضها لهن زيادة منفعة للصغير[5]، أما الولاية عليه في ماله أو الإنفاق عليه أو إنكاحه فجعلت إلى الأب، لأنه أقوم بتحصيل مصلحته والاحتياط له في البضع، وإن كلا الولايتين الحضانة والولاية على المال والنكاح للطفل هما من محاسن الشريعة[6].

---

(1) الشاطبي: الموافقات، مصدر سابق، ج1، ص179 و 180.

(2) الحطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق، ج5، ص593 و 594.

(3) ابن قدامة: الكافي، مصدر سابق، ج3، ص244.

(4) أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي: المنثور في القواعد، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، ط2، (1405هـ)، ج3، ص345.

(5) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص207.

(6) ابن القيم: زاد المعاد، مصدر سابق، ج5، ص392.

- لكونهن أعرف بأمور المحضون والأقوم بمصالحه من حيث ما ينفعه في تربيته؛ في طعامه وشرابه وغسله ودهنه وتكحيله وغيرها مما يلزم في تربية المحضون.

- زيادة شفقتهن، ورأفتهن، وفرط حنوهن على الأطفال فيكون دافعا قويا على حضانة الطفل وحفظه[1].

- وتقدم الأم على جميع الحاضنين والحاضنات لأنها أكثرهم حنوا وشفقة على ولدها، وتقدم وإن كانت جاهلة بشؤون وأحكام الحضانة لأن "طبعها يحثها على معرفة مصالح الطفل وعلى القيام بها وحث الطبع أقوى من حث الشرع"[2].

قال في الهداية: "إن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر"[3].

بل إنها أشفق "لزيادة اتصاله بها من حيث يقص منها بالمقص"[4] وأقدر على الحضانة "بلزومها البيت فكان في التفويض إليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها"[5]، و"لأن الولاية على الطفل تستدعي الخلو والفراغ والنظر في أحواله"[6].

-وقد أشار إلى ذلك أبو بكر –رضي الله عنه- بقوله: "ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر"[7] وكان ذلك بحضرة الصحابة.

---

(1) العز: القواعد الصغرى، مصدر سابق، ج1، ص81.

(2) العز: القواعد الصغرى، مصدر سابق، ج1، ص81.

(3) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني أبو الحسن: الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية- بيروت، (د.ط)، (د.س)، ج2، ص37.

(4) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص301.

(5) المرغيناني: الهداية شرح البداية، مصدر سابق، ج2، ص37.

(6) أبو الحسن علي بن محمد الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، دار الكتاب العربي-بيروت، ط1، (1404هـ)، ج3، ص302.

(7) سبق تخريجه. أنظر: ص110.

- "إن الحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال"[1].

- ولقد أسندت الحضانة للنساء لأنها تفتقر إلى وفور الصبر على الأطفال لكثرة البكاء والتضجر من الهيئات العارضة للصبيان، ولأن النساء يتوفرن على مزيد الشفقة والرقة الباعثة على الرفق بالمحضون[2].

وقد ساق القرافي مجموعة من الحكم للحالات التي تعرض للصبيان كالبكاء والآلام وغيرها فقال[3]: "إن الله سبحانه وتعالى لما اقتضت حكمته التامة البالغة كثرة بكاء الأطفال منفعة لهم، أما أولا فلأن في أدمغتهم رطوبات لو بقيت فيها لأحدثت أحداثا عظيمة والبكاء يسيل ذلك ويحدره من أدمغتهم فتقوى أدمغتهم وتصح" كما أن "البكاء والعياط يوسع عليهم مجاري النفس ويفتح العروق ويصلبها ويقوي الأعصاب واقتضت أيضا أن تكون هذه الدار الدنيا ممزوجة عافيتها ببلائها وراحتها بعنائها ولذتها بآلامها وصحتها بسقمها وفرحها بغمها وأنها دار ابتلاء تدفع بعض آفاتها ببعض... حتى صارت آلام الأطفال كآلام البالغين من لوازم النشأة الإنسانية التي لا ينفك عنها الإنسان ولا الحيوان كالحر والبرد والجوع والعطش والتعب والنصب والهم والغم والضعف والعجز بحيث إن الإنسان لو تجرد عنها لم يكن إنسانا، بل كان ملكا أو خلقا آخر إلا أن البالغين لما صارت لهم عادة سهل موقعها عندهم بخلاف الأطفال... افتقرت حضانتهم إلى وفور الصبر عليهم في كثرة بكائهم وتضجرهم من الهيئات العارضة لهم وإلى مزيد الشفقة والرقة الباعثة على الرفق بالضعفاء والرفق بهم ولما كانت النسوة أتم من الرجال في ذلك" قدمن في الحضانة عليهم.

---

(1) الشربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج3، ص452.

(2) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص301. و: القرافي: الفروق، مصدر سابق، ج3، ص206,

(3) ابن قدامة: المصدر نفسه، ج9، ص301. و: القرافي: المصدر نفسه، ج3، ص206.

وأخر الرجال في حضانة الصبيان، " لأن أنفات الرجال وإباءة نفوسهم وعلو هممهم تمنعهم الانسلاك في أطوار الصبيان وما يليق بهم من اللطف والمعاملات وملابسة القاذورات وتحمل الدناءات"[1]، ومن هنا فإن "ولاية الأم في التربية والحضانة أقوى فتبعية الطفل لأمه في الإسلام إن لم تكن أقوى من تبعية الأب فهي مساوية له، وأيضا فالولد جزء منها حقيقة ولهذا تبعها في الحرية والرق اتفاقا دون الأب فإذا أسلمت تبعها سائر أجزائها والولد جزء من أجزائها يوضحه أنها لو أسلمت وهي حامل به حكم بإسلام الطفل تبعا لإسلامها لأنه جزء من أجزائها"[2]، ولذلك لا تجبر الأم على حضانة ولدها لأنه جزء منها، ولأن طبعها يحثها على عدم تركه، وشفقتها حاملة لها على حضانته، ولا يمكنها أن تصبر عنه غالبا، فإن امتنعت فذلك مظنة عجزها وعدم قدرتها على حضانته[3].

الفرع الثاني: مقاصد أحكام الحضانة

الأم أحق الناس بولدها ما لم تتزوج، وقد دل على ذلك قوله -صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[4]، فإذا نكحت سقطت حضانتها، والمقصود النكاح بمن ليس رحم محرم للصغير، لأن من كان له حقا في الحضانة فيكون معينا لحصول مصالح المحضون، أما الأجنبي فلا تحصل معه غالبا مقاصد حضانة الطفل لعدة أمور: منها أن الولد يتضرر في سكنى زوج الأم لكونه ليس من أوليائه بالحضانة، ومن لم يكن كذلك انعدمت فيه الشفقة

(1) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص301. و: القرافي: الفروق، مصدر سابق، ج3، ص206 و207.

(2) ابن قيم الجوزية: أحكام أهل الذمة، تحقيق يوسف أحمد البكري و شاكر توفيق العاروري، دار ابن حزم-الدمام- بيروت، ط1، (1418هـ-1997)، ج2، ص923.

(3) الزيلعي: تبيين الحقائق، مصدر سابق، ج3، ص47.

(4) سبق تخريجه أنظر: ص119.

الباعثة على الحضانة غالبا، وحصل ما يضاده باحتقاره وبغضه للولد لأنه ليس منه.

حتى وإن رضي زوج الأم بوجود الولد معه، فإن فيه إضرارا بأنفة الأب وباقي العصبة ببقاء ولده تحت رعاية أجنبي عنهم، إذ فيه نوع إلحاق العار بهم وبالولد، "ولما فيه من تغذيته وتربيته في نعمة غير أقاربه وعليهم في ذلك منة وغضاضة"[1].

وأيضا فإن انشغال المرأة بحقوق الزوج لا يتعارض في أغلبه مع حضانة الولد المشترك بينهما، لوجود ما يدفع التعارض وهو الولادة والشفقة الباعثة للزوج على تحمل انشغال الأم بولدهما بالحضانة حتى وإن حصل فيه تقصير في جانب الزوج، فأشبه في هذه الحال الأم، غير أن الأب إذا كان أجنبيا عن الولد قد تنعدم الشفقة الباعثة على قبول الولد وتحمل أمور حضانته في مقابل تقصير المرأة في بعض حقوقه، وفي هذا إضرار بالولد مع عدم حصول حضانته على الوجه الأتم.

ولهذا يقدم سقوط حق الأم بالحضانة على ثبوته، وإلحاق الولد بمن له حق في الحضانة بعد أمه في هذه الحالة.

وإذا نكحت ثم تأيمت من طلاق أو وفاة فلا تعود لها حق الحضانة، لأنه بزواجها قد تخلت عن حضانة المحضون وآثرت نفسها عليه، وقد أسقطت حق الطفل وحقها في الحضانة، ثم إن المحضون قد انتقلت حضانته بزواجها إلى من هو أحق بها بعدها، فلا يعقل أن ينتزع منه المحضون مرة أخرى، فالحق قد أصبح له، فلا ينتزع منه الولد.

والمسقط لحقه في الحضانة ليس كمن منعه منها مانع كرق أو كفر أو صغر، فإذا زال المانع عاد له حقه، أما النكاح فليس بمانع من الحضانة، بل إن الأم هي التي أسقطت حضانتها باختيارها حين آثرت النكاح على ولدها.

---

(1) ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، مصدر سابق، ج5، ص404.

إلا إذا لم يكن لهذا المحضون حاضن غير أمه فتكون أحق به في جميع أحوالها؛ وفي هذه الحال ترجح حضانتها على حضانة من يدفعه إليه القاضي من الأجانب عنه لتربيته، لأن "تربيته في حجر أمه أصلح من تربيته في بيت أجنبي محض لا قرابة بينهما توجب شفقته ورحمته وحنوه، ومن المحال أن تأتي الشريعة بدفع مفسدة، بمفسدة أعظم منها بكثير، والنبي -صلى الله عليه و سلم- لم يحكم حكما عاما كليا أن كل امرأة تزوجت سقطت حضانتها في جميع الأحوال حتى يكون إثبات الحضانة للأم في هذه الحالة مخالفة للنص"[1].

وكون الأم أحق بحضانة الطفل ليس مطلقا في كل أم، بل لا بد من حصول شروط الحضانة المعتبرة في الحاضنة، فإذا اختل أحد شروطها كان ذلك مظنة تقصير بحضانته على وجهه الأتم، وربما حصل الضرر أو المفسدة بغياب إحدى شروطها، ولأن مقصود الحضانة حصول مصالح المحضون ومنافعه.

كما أن إسناد حق الحضانة في الحديث للأم لا يستفاد منه أن يقضى لها بالولد مهما كانت؛ كافرة أو مسلمة، فإذا كانت الأم الكافرة انتزع منها، لأن ذلك أقرب إلى حصول ما قصده الشرع من الحضانة؛ ولأن الضرر الحاصل للولد بهلاكه في دينه أعظم وأخطر من ضرر تفريق الولد عن أمه الكافرة، فالولد مدعاة للنشأة على طريقة أمه غالبا، ودفع أشد الضررين أوجب، ثم إن المقصد الشرعي في حضانة المحضون هو حفظه، ولا حفظ للولد المسلم إلا بحفظ دينه، ولا يكون ذلك إلا بمنع حضانة أمه الكافرة له.

وقد علل ابن القيم هذا بأمرين[2]:

"أحدهما : أن الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه وأن ينشأ عليه ويتربى عليه فيصعب بعد كبره وعقله انتقاله عنه وقد يغيره عن فطرة الله التي

(1) ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، مصدر سابق، ج5، ص409.

(2) ابن قيم الجوزية: المصدر نفسه، ج5، ص409.

فطر عليها عباده فلا يراجعها أبدا"، كما قال النبي -صلى الله عليه و سلم: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"، "فلا يؤمن تهويد الحاضن وتنصيره للطفل المسلم".

ثانيهما: "أن الله سبحانه قطع الموالاة بين المسلمين والكفار وجعل المسلمين بعضهم أولياء بعض والكفار بعضهم من بعض والحضانة من أقوى أسباب الموالاة التي قطعها الله بين الفريقين".

وإذا كان الفسق يمنع من الحضانة فالأولى أن لا تحضن الكافرة، فالضرر الذي يتوقع حصوله بحضانة الكافرة أشد من الضرر المتوقع بحضانة الفاسقة، لأن أقل ما يصلح في حضانة الفاسقة أن لا تنشئه على ملة الكفر، بخلاف الكافرة التي ينشأ الطفل على طريقتها، ويدين بملتها.

والمختار عندي ألا تمنع الفاسقة من حضانة ولدها، لأن الحق ثابت للأم في أغلب أحواله، والفاسقة المسلمة لا تخالف دين المحضون المسلم حتى يخاف عليه، ولو فرض أن تمنع كل أم فاسقة عن حضانة ولدها لحصلت المشقة والعسر والحرج الأكبر؛ وبيانه أن الأم الحاضنة قد تكون في حال الزوجية وقد تكون في حال الفرقة، وانتزاع الولد منها لكونها فاسقة مع شيوع ذلك في المجتمع مؤد إلى ضياع أغلب الأبناء، ولكان التفريق بين الأم وأولادها ضررا آخر بالنظر إلى كثرة حصوله بكثرة الأمهات الفاسقات، وكذا فإن طبع النساء الذي فطرن عليه يقوم مقام العدالة في جلب ما يصلح أبناءهن ويدرأ عنهم المفاسد، وهو حاث على كل ذلك [1].

وقد قال ابن القيم: "ولو اشترط في الحاضن العدالة لضاع أطفال العالم، ولعظمت المشقة على الأمة، واشتد العنت، ولم يزل من حين قام الإسلام إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق بينهم لا يتعرض لهم أحد في الدنيا مع كونهم

(1) العز: القواعد الصغرى، مصدر سابق، ج1، ص83.

الأكثرين ومتى وقع في الإسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه؟ وهذا في الحرج والعسر - واستمرار العمل المتصل في سائر الأمصار والأعصار على خلافه ...- بمنزلة اشتراط العدالة في ولاية النكاح فإنه دائم الوقوع في الأمصار والأعصار والقرى والبوادي مع أن أكثر الأولياء الذين يلون ذلك فساق ولم يزل الفسق في الناس ولم يمنع النبي -صلى الله عليه و سلم- ولا أحد من الصحابة فاسقا من تربية ابنه وحضانته له ولا من تزويجه موليته والعادة شاهدة بأن الرجل ولو كان من الفساق فإنه يحتاط لابنته ولا يضيعها ويحرص على الخير لها بجهده وإن قدر خلاف ذلك فهو قليل بالنسبة إلى المعتاد، والشارع يكتفي في ذلك بالباعث الطبيعي ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة وولاية النكاح لكان بيان هذا للأمة من أهم الأمور واعتناء الأمة بنقله وتوارث العمل به مقدما على كثير مما نقلوه وتوارثوا العمل به فكيف يجوز عليهم تضييعه واتصال العمل بخلافه ولو كان الفسق ينافي الحضانة لكان من زنى أو شرب خمرا أو أتى كبيرة فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره"[1].

وأما السفر فلا أرى الفرق فيه بين الإقامة والنقلة إلا ما فيه صلاح أو ضرر يلحق الولد، فينظر إلى الأحوط له في الأصلح والأنفع له، وأيهما كان "أصون وأحفظ روعي ولا تأثير لإقامة ولا نقلة هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر وانتزاع الولد منه فإن أراد ذلك لم يجب إليه"[2].

ومن المعلوم أن لكل ولاية زمن ابتدائها وزمن انتهائها، فأما الحضانة فقد قلنا فيما تقدم أنها تبتدئ بولادة الإنسان، واختلف في انتهائها وزمن انتقالها بين المذاهب الفقهية في الذكر والأنثى، ومهما يكن من اختلاف فإن مراعاة مصالح

(1) ابن القيم: زاد المعاد، مصدر سابق، ج5، ص409.

(2) ابن القيم: المصدر نفسه، ج5، ص409.

الأبناء وما يصونهم ويحفظهم هو المقصد والغاية الكبرى من تشريع الحضانة، وهو ما يجب الاحتياط له، وبيانه من كما يأتي:[1].

-إن النفوس البشرية قد جبلت على حب الذكر واختياره على الأنثى غالبا، ومع نقص الرغبة فيها وضعفها الناشئ عن نقص أنوثتها، مؤد في أغلبه إلى تعريض البنت إلى الضياع والفساد الذي يحيل تلافيه.

-إن الأنثى تحتاج إلى صون ورعاية وحفظ أكثر مما يحتاجه الذكر، ولهذا شرع لها من الستر ما لم يشرع للذكر.

-إن ضعف الأنثى مع صغر سنها جار غالبا إلى ضعف رأيها فتكون أسهل وأسرع إلى الانخداع.

- إن تردد البنت بين الأبوين مما يعود على مقصود الحضانة بالإبطال أو الإخلال به، لأن ذلك يمنعها من الاستقرار في مكان معين، كما أنه يعودها على البروز والخروج الدائم وانتقالها من مكان إلى مكان آخر، وفي التناوب عنها ضياع لها، لأنها لا يمكن لأحد منهما أن يشعر بخطر ما أوكل إليه من أمانة الحفظ والصون للبنت.

- إن تخيير المحضون عموما ذكرا كان أم أنثى مبني في الصغر على التشهي، نظرا لضعف عقله، فقد يؤثر من الأبوين من يميل إلى ما يشتهيه من اللعب وغيره. كما أن التخيير يضعف رغبة كل منهما في الحفظ والصيانة بخلاف ما لو أسند الأمر إلى أحدهما فإنه يشعره بثقل ما أوكل إليه من حفظها وصونها.

-إن الأب يتصرف بالخروج للكسب والمعاش أو لقاء الناس، فهو غائب أغلب أوقاته عن البيت، فإذا وضعت البنت عنده فيكون إما غائب عنها في غالب أحواله، فلا يأمن عليها، أو يتركها عند امرأته فلا تكون أشفق وأصون لها كأمها.

---

(1) ابن القيم: المصدر نفسه، ج5، ص416. و: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج4، ص384 و ج34، ص128 و 129 و 131.

- إن البنت "إذا دفعت إلى الأب اختلطت بالرجال فيقل حياؤها والحياء في النساء زينة"[1]، بل هو ضرورة.

-إن البنت إذا بلغت أصبحت عورة محل ترمقه العيون، وتسبق إليه الظنون، فيجب حفظها من ذلك، بجعلها في الحرز الأحفظ لها[2].

وبناء على هذا كله فإن أصلح ما يكون للأنثى أن تجعل عند أمها فهي على حفظها أقدر، وبتدبيرها أخبر، لأن الغالب من أمرها أن تكون في بيتها فتكون البنت عندها أصون وأحفظ لقربها منها دوما، وأقل في عروض المفاسد عليها، كما أن البنت في هذه الحال تحتاج إلى المعرفة بأمور النساء، وإلى تعلم ما يناسب النساء من الأشغال ومصالح البيوت، فتكون أحوج إلى أمها لتعلمها ذلك، بينما لو دفعت إلى الأب لأدى إلى تعطيل هذه المصلحة[3]، كما أن النساء أعرف بعادات النساء، لأن الرجال أعرف بعادات الرجال، للتجانس وتشابه الأخلاق[4].

أما إذا لم تكن الأم محل أمن واستقرار وحصن للبنت، أو كانت الأم غير حاثة على مصالح ابنتها أو مهملة لها، فللأب انتزاعها منها[5].

وكونها عند أمها لا ينافي ولاية أبيها عليها في النكاح، فإذا تقرر أن تزوج فلأبيها أن يتولى عقد نكاحها، واختيار الكفء لها.

وخلاصة القول كما قال الحسن: "علموهم وأدبوهم وفقهوهم فإذا كانت الأم تتركه في المكتب وتعلمه القرآن، والصبي يؤثر اللعب ومعاشرة أقرانه وأبوه

---

(1) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص208.

(2) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص1164.

(3) ابن القيم: زاد المعاد، مصدر سابق، ج5، ص416.

(4) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص1165.

(5) ابن قيم: زاد المعاد، مصدر سابق، ج5، ص416.

يمكنه من ذلك فإنه أحق به بلا تخيير ولا قرعة. وكذلك العكس، ومتى أخل أحد الأبوين بأمر الله ورسوله في الصبي وعطله والآخر مراع له فهو أحق وأولى به"[1].

ثم يقول ابن القيم: "قال شيخنا : وإذا 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 بحسب الإمكان" ثم قال:" قال شيخنا : وليس هذا الحق من جنس الميراث الذي يحصل بالرحم والنكاح والولاء سواء كان الوارث فاسقا أو صالحا بل هذا من جنس الولاية التي لا بد فيها من القدرة على الواجب والعلم به وفعله بحسب الإمكان ... فلو قدر أن الأب تزوج امرأة لا تراعي مصلحة ابنته ولا تقوم بها وأمها أقوم بمصلحتها من تلك الضرة فالحضانة هنا للأم قطعا قال : ومما ينبغي أن يعلم أن الشارع ليس عنه نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا ولا تخيير الولد بين الأبوين مطلقا والعلماء متفقون على أنه لا يتعين أحدهما مطلقا بل لا يقدم ذو العدوان والتفريط على البر العادل المحسن"[2].

أما الغلام فالمختار أنه إذا بلغ السبع خير بين أبويه: لأن "التخيير يستدعي التمييز والفهم، ولا ضابط له في الأطفال، فضبط بمظنته وهي السبع فإنها أول سن التمييز ولهذا جعلها النبي -صلى الله عليه وسلم- حدا للوقت الذي يؤمر فيه الصبي بالصلاة"[3].

وقد ناسب الغلام التخيير بين أبويه لانتفاء المفاسد التي قد تعرض له كما تعرض للأنثى كما أشرت سابقا، إلا أنه إذا عرف أن أحدهما قد يكون سببا في حصول ما يفسده، فيكون للآخر حق أخذه منه كما في كلام ابن القيم السابق.

---

(1) ابن قيم: المصدر نفسه، ج5، ص416.

(2) ابن قيم: المصدر نفسه، ج5، ص416. و: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج34، ص132.

(3) ابن قيم: المصدر نفسه، ج5، ص416.

-وجعلت الحضانة للنساء لمناسبة أمر الرضاع، وتقدم فيه الأم على غيرها من النساء لأنها أحن وأشفق ولبنها أمرأ من لبن غيرها وأصلح، كما أن في رضاعها لولدها تثبيت لحقها في الحضانة، وفي رضاع غيرها تفويت لهذا الحق وإضرار بالولد[1].

-ليس للأب إجبار الأم على إرضاع ولدها، فأما في حال الزوجية فإن المستحق منها تسليم نفسها لنفقته عليها المقابلة للاستمتاع، أما غير ذلك من أعمال البيت ومنها إرضاع الولد، فهي تطالب بها ديانة ولكن لا تجبر عليها[2]، ففي حال التعاسر يؤجر له من ترضعه، إلا إذا لم توجد من ترضعه، أو لم يقبل الصغير غيرها، فإنها تتعين لأنها حال ضرورة، وحفظ لنفس الولد.

(1) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج9، ص313.

(2) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص209.

المطلب الثاني

الحكمة من عدم إسناد ولاية النكاح للمرأة

يقدم في كل تصرف ولي على غيره من الأولياء متى كان أقرب للمولى عليه وأنظر له في شؤونه، لأن القرب ينبئ عن الشفقة الحاثة على حسن النظر أكثر.

والأولياء في عقد النكاح يقدم منهم الأقرب فالأقرب، "لأنها أي ولاية الإنكاح ما شرعت إلا على وجه النظر للمولى عليه باعتبار عجزه عن مباشرة النكاح بنفسه مع حاجته إلى مقصوده"[1].

ولولاية النكاح مصالح عاجلة ومصالح آجلة؛ فأما العاجلة فهي للمرأة كما سيأتي بيانه، وأما الآجلة فهي ثواب الولي إذا كان يقصد القربة والأجر في الآخرة[2].

-إن الآباء في النكاح هم أعلم بمن يكافئ مولياتهم، وأقدر على البحث في معرفتهم أنواع الرجال وبمن يصلح لمولياتهم من الرجال.

- إن الرجال هم أعرف بالرجال، وأما المرأة فإنه لا حظ لها في ذلك وخاصة البكر، لسرعة انخداعها بما يظهر لها من حسن الحال والهيئة فتنجر وراء رغباتها، لذلك فإن عبارتها في النكاح غير معتبرة[3].

- إن الرجل يفرق عن المرأة "بقوة عقله الناشئ عن الذكورية وضعف عقلها الناشئ عن الأنوثة، فالمرأة تتميز بقصور الرأي في أمر النكاح لنقصان عقلها فيقدم للولاية الرجال على النساء[4]، فيفوض أمرها إلى أوليائها لكمال العقل فيهم حيث يكون النظر لها في مصالحها.

---

(1) علاء الدين البخاري: كشف الأسرار، مصدر سابق، ج3، ص527.

(2) ابن عبد السلام: قواعد الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص68.

(3) ابن قدامة: المغني، مصدر سابق، ج7، ص337.

(4) القرافي: الفروق، مصدر سابق، ج3، ص136.

- المرأة جزء من وليها إذ يتعلق به عارها فكان له حق منعها ولاية عقد نفسها أو حتى غيرها[1]، ولأن المرأة "محل الزلل والعار إذا وقع لم يزل"[2].

-قال القرافي: "إن الأبضاع أشد خطرا وأعظم قدرا فناسب أن لا تفوض إلا لكامل العقل ينظر في مصالحها"[3] وقال أيضا: "إن الأبضاع يعرض لها تنفيذ الأغراض في تحصيل الشهوات القوية التي يبذل لأجلها عظيم المال فيغطى مثل هذا الهوى على عقل المرأة وجوه المصالح لضعفه فتلقي نفسها لأجل هواها فيما يرديها في دنياها وأخراها فحجر عليها على الإطلاق لاحتمال توقع مثل هذا الهوى المفسد"[4] ثم قال: "إن المفسدة إذا حصلت في الأبضاع بسبب زواج غير الأكفاء وحصل الضرر للمرأة تعدى منها للأولياء بالعار والفضيحة الشنعاء"[5].

وإذا قال المعارض أن المرأة تتصرف في أموالها فتصرفها في نفسها أولى لكونها عالمة بأغراضها ومصالحها من وليها.

فيقال له إن المرأة أعلم بأغراضها من وليها ولكن ليست عالمة بأحوال الرجال وأغراضهم، ولأن عقد الزواج ليس كغيره من العقود المالية، لأن عقد النكاح عقد حياة لأن القصد منه الديمومة التي يترتب على أساسها حقوق وواجبات لازمة للطرفين، ولأنه شرع لتحقيق مقاصد عظيمة تحتاج إلى المحافظة عليها كثير من التريث والتثبت والنظر والاطلاع على أمور الكفء وغير الكفء، وهذا مما يعلمه ويستطيع ولايته الولي، أما العقود المالية فلا يعظم فيها الضرر، وإن علم موضع الجهالة والغرر فيه كان بالإمكان فسخه ولا يترتب أي خطر على فسخه أو إنهائه.

---

(1) القرافي: المصدر نفسه، ج3، ص136.

(2) القرافي: المصدر نفسه، ج3، ص136.

(3) القرافي: الفروق، مصدر سابق، ج3، ص136.

(4) القرافي: المصدر نفسه، ج3، ص136.

(5) القرافي: المصدر نفسه، ج3، ص136.

-إن المرأة نظرا لضعفها في ولاية عقد النكاح لضعف عقلها المدرك لأحوال الرجال، فيولى عليها لهذا الضعف عن مثل هذا التصرف على وجه النظر والمصلحة التي لا تدركها بنفسها لنقصان عقلها، ثم إن المرأة تعرف بالتستر عادة والبعد عن مجامع الرجال، والحياء الذي من فطرتها وطبيعتها التي جبلت عليها، وعقد النكاح يحتاج إلى الخروج إلى محافل الرجال التي تبنى على التجربة والاختبار، والتي لا يمكن للمرأة حضورها، وخروجها يعتبر عيبا يقدح في مروءتها، واختراقا لغطاء الاستحياء والاحتشام، لذلك فإن أولياءها من الرجال هم المسؤولون على إنكاحها[1].

ولو فوض النكاح إلى النساء لاستحيا معظمهن من مباشرة العقد، ولوقع عليهن الضرر بالخجل والاستحياء[2].

كما أن الرجال أعرف من النساء بعادات الرجال، لتماثل الجنسين وتشابه الأخلاق، فلذلك يقدم الرجال في عقد النكاح[3].

-إن من قال أن المخاطبين في نصوص الكتاب هم أولوا الأمر قد غفل أنه ليس لأولياء الأمر غيرة على المرأة كما هي لوليها، وليسوا بأعلم بما يناسبها ويصلح لها مثل ما يدركه ويعلمه أولياؤها، لأنهم أقرب إليها وأعرف بها، ولذلك فأول من يعنى بالخطاب هم الأولياء، ثم إن ولاة الأمر لا يلحقهم ما يلحق أولياء المرأة من ضرر العار والفضيحة.

والولي مأمور باستئمار وليته، وذلك يقتضي وجودها منفردة وخالية، فيفسح لها حرية الإجابة والرد بما ترضاه، ولا يتحقق ذلك إذا كانت في ملإ من

---

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج2، 242

(2) العز: قواعد الأحكام، مصدر سابق، ج2، ص58.

(3) الماوردي: الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص1165.

الناس، لأن الحياء يمنعها من الرد، وقد تصمت وهي كارهة، فيكون الصمت دالا على الرضا بوجودها مع وليها دون غيره من الناس[1].

إن الفطرة السليمة تقر بأن المرأة مطلوبة في النكاح، وولايتها لعقد النكاح يشعر بطلبها للنكاح ومنفر عنها، فتنجر عنه مفاسد عظيمة على نفسها وولدها وأوليائها، بخلاف ما إذا أسند ذلك إلى أوليائها فلا يترتب عليه شيء من ذلك[2].

(1) السرخسي: المبسوط، مصدر سابق، ج4، ص196.

(2) بلقاسم حديد: "ولاية النكاح واختلاف أهل العلم فيها"، مجلة المعيار، العدد 20، (ربيع الأول 1431هـ-فيفري 2010م)، ص365.

خاتمة

الولاية إسناد تصرف من التصرفات إلى قادر عليه شرعا، وبهذا المعنى فهي تعم كل ما كان فيه معنى القيام بأمر من الأمور، أو مباشرة تصرف ما، ولذا فهي مسمى يدخل ضمنه كل ما اختص بجانب من جوانب التصرف، كالوكالة أو الوصاية أو الكفالة وغيرها.

ومعنى أن يكون القائم بالولاية قادرا شرعا أن تتوفر فيه شروط الولاية وأهلية مباشرة التصرفات، ويتوفر سبب الولاية بأن يكون الولي من قرابة المولى عليه أو يكون مالكا له أو يكون وليا بحكم الولاية العامة، وأن يقوم الداعي إليها من صغر أو جنون وغيرهما، ومما توصل إليه هذا البحث من النتائج ما يأتي:

1-إن إسناد ولاية النكاح إلى أولياء المرأة الحرة المكلفة لا تعني استبدادهم بها، وإنما هي حق مشترك بينها وبين أوليائها؛ فأما الذي للمرأة فهو أخذ الإذن منها في إمضاء النكاح، وأما الذي لأوليائها فهو مباشرة عقد النكاح وإمضاؤه، واستجابة لداعي الفطرة في طلب البنت حماية الولي المدرك لمصالحها شرعا، ومنها إدراك أحوال الرجال وأصنافهم.

2-إن أحق الناس بالحضانة هي الأم؛ لأن شفقتها على المحضون تامة، وهي تحملها على ملازمة المحضون والصبر عليه، ولذا فهي لا تجبر على الحضانة عليها، إذ لا معنى لإجبارها في مقابل ما جبلت عليه من هذه الشفقة الكاملة الحاملة لها على حضانة ولدها.

3-تقدم النساء في الحضانة لأن المرأة أقرب وأشفق وأكثر صبرا في مراعاة وتتبع مصالح المحضون شرعا.

4-لا تجبر الأم على الإرضاع سواء كانت في حبال الزوج أم كانت مفارقة له، إلا إذا تعينت بأن لم يقبل ثدي امرأة غيرها، أو لا يوجد من ترضعه، أو حال إعسار الأب لاستئجار مرضع له، لأن الإرضاع يحمل على الأم الشفقة على المحضون دون داعي الإجبار.

5-يجوز للأم إرضاع ولدها حال الزوجية بأجر، رعاية لحقها في الإرضاع، وحق الولد في الارتضاع.

6- تثبت أجرة الرضاع للأم بعد البينونة، وبعد انقضاء العدة، ولو وجد الأب متبرعة أو من ترضع بأجرة المثل أو أقل منها، إلا إذا طلبت الأم أكثر من أجرة الرضاع، فللأب استئجار مرضعة أخرى، لأن ذلك تعاسر منها وإضرار بالأب، ومن حق الأب دفع الضرر عنه بطلب غيرها لترضعه، ولأنه تولي وانحراف عن باعث الفطرة في الإرضاع.

الفهرس:

مقدّمة. 7
المبحث الأوّل: تمهيد في معنى الولاية والولاية على النفس..... 11
تمهيد..... 12
المطلب الأول: ولاية المرأة في عقد النكاح..... 20
الفرع الأول: حكم ولاية المرأة الحرة المكلفة في عقد النكاح.... 20
الفرع الثاني: حكم ولاية المرأة على إمائها..... 55
المطلب الثاني: ولاية المرأة بالحضانة. 62
الفرع الأول: مفهوم الحضانة ومدتها..... 62
الفرع الثاني: من الأحق بالحضانة وطبيعة هذا الحق..... 69
الفرع الثالث: شروط الحاضنات ومراتبهن..... 74
الفرع الرابع: أسباب انتهاء وانتقال الحضانة وعودها..... 90
المطلب الثالث: ولاية المرأة بالرضاع..... 95
الفرع الأول: مفهوم الرضاع وأحقية الأم فيه..... 95
الفرع الثاني: أسباب انتهاء الإرضاع..... 104
المبحث الثاني : عناية الإسلام بالمرأة 113
المطلب الأول: الحكمة من إسناد ولاية الحضانة والإرضاع للمرأة 117
الفرع الأول: مقاصد ولاية المرأة للحضانة عموما..... 117
الفرع الثاني: مقاصد أحكام الحضانة..... 125
المطلب الثاني: الحكمة من عدم إسناد ولاية النكاح للمرأة. 134

خاتمة 138
الفهرس 141