اختلاف الفقهاء في كيفية مراعاة مقاصد الشريعة في المسائل الفقهية موانع الحضانة ومسقطاتها (أنموذجًا)

د. رشا محمد الزعبي*

تاريخ وصول البحث: 2023/10/10م تاريخ قبول البحث: 2024/1/10م

الملخص

تتناول هذه الدراسة بيان اختلاف الفقهاء في كيفية اعتبار مقاصد الشريعة الإسلامية وتطبيقها، في مسائل موانع الحضانة ومسقطاتها، مع بيان القواعد المؤيدة لذلك، وقد اعتمد البحث في ذلك على المنهج الاستقرائي والتحليلي والاستنباطي والمقارن، وخلصت الدراسة لمجموعة من النتائج أهمها: أن من أسباب اختلاف الفقهاء في باب موانع الحضانة ومسقطاتها هو اختلافهم في كيفية مراعاة مقاصد الشريعة وتطبيقها، كما ظهر ذلك جليًا في مسائل منع الحضانة وسقوطها بالكفر، والفسق، والعجز، والمرض، والسَّفَه الضار بالمحضون، لكونها معارضة لمقصد الحضانة، وأوصت الدراسة بالعناية بمقاصد الشريعة في جميع الأبواب الفقهية، في قضايا المحاكم المتعلقة بذلك، والاستفادة من مثل هذا البحث في الحكم فيها، وتوعية الناس والمؤسسات المختصة بذلك.

الكلمات الدالة: مقاصد، الشريعة، موانع، الحضانة، مسقطات.

* محاضر غير متفرغ، جامعة أربد الأهلية.

Variation Among Jurists in Considering the Objectives of Islamic Sharia and Their Application in Matters of Impediments to Custody and Their Revocation (A Model).

Abstract

This study addresses the variation among jurists in considering the objectives of Islamic Sharia and their application in matters of impediments to custody and their revocation. It also elucidates the supporting principles and their impact on jurisprudential applications. The study relies on inductive, analytical, deductive, and comparative methodologies. The study concludes that one of the reasons for the divergence among jurists in issues related to impediments to custody and their revocation is their difference in how they consider and apply the objectives of Sharia. This is evident, particularly in issues related to the prevention and nullification of custody due to apostasy, misconduct, incapacity, illness, and harmful foolishness to the ward, as they contradict the objective of custody. The study recommends giving attention to the objectives of Sharia in all jurisprudential issues, especially in court cases related to this matter. It also suggests utilizing the research findings in issuing judgments, as well as raising awareness among the public and relevant institutions.

Keywords: Custody, Impediments, Nullifications, Objectives, Sharia

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا الكريم، محمد -ﷺ- وعلى آله وصحبه إلى يوم الدين، أما بعد...

فما زال علماء الإسلام منذ ظهور علم الفقه، يراعون مقاصد الشريعة ويعتبرونها عند إطلاق الأحكام الشرعية في جميع الأبواب الفقهية؛ وذلك لأنه لا يمكن دراسة الفروع الفقهية وتحليلها وصولًا إلى مقصد الشارع الحكيم دون الإحاطة بهذه المقاصد الشرعية.

وبعد البحث والتتبع تحددت هذه المقاصد في خمسة مقاصد أساسية، اتفق عليها العلماء اتفاقًا ظاهرًا في كتاباتهم واستنباطاتهم، هي: حفظ الدين والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

ونتج عن ذلك أن جعل الإسلام لكل فرد من أفراد المجتمع الإسلامي حقوقًا وواجبات، تكون تجاه بعضهم البعض، ومن تلك الحقوق الواجبة، حق الحضانة.

قال بعض العلماء:" وقد بان أن قصد الشرع حفظ الدين والعقل والنفس والمال، فكل ما قام بحفظ هذه فهو مناسب واقع في رتب الضرورة، وكل ما انتهض بحفظ مصالحها وتهيئتها وتربيتها فهو في رتبة الكمالات والتتمة، وبين هاتين الرتبتين رتب الحاجات، مثاله: أن حضانة الصغير وتربيته من رتبة الضرورة؛ لأن به حفظ الأنفس، وأما اتصاله إلى كفؤ في الزوج فمن تكملة عيشته وتتمة مصلحته، وبين ذلك أصل تزويجه"[1].

ولمْ يتوانَ علماء الشريعة في البحث عن حق المحضون في نصوص الشرع، والمقصد الأساسي في الحضانة، والأحكام والضوابط والشروط التي تنظم ذلك.

ومن تلك الأحكام والضوابط، مسألة سقوط حق الحضانة لعدم أهلية الحاضن أو المُطالَب بأدائها على أكمل وجه، إما لفسقه أو عجزه عنها، أو مرضه أو غير ذلك من الأسباب.

وفي هذه الدراسة سيتم البحث في كيفية مراعاة مقاصد الشريعة واختلاف الفقهاء في ذلك، وذلك في مسألة موانع الحضانة ومسقطاتها، لتكون حجر أساس في كافة مسائل الحضانة، بل وفي جميع أبواب الفقه الإسلامي.

مشكلة الدراسة:

يعد باب الحضانة بابا مهما من أبواب الشريعة الإسلامية، لأنه سبب نشوء الطفل على الصلاح والخير ورضا الله تعالى، ولما كانت مقاصد الشارع تدخل في كل باب من أبواب الفقه

الإسلامي، كان لا بد من البحث عن مقاصد الشارع في باب الحضانة ومراعاتها، لتتحقق غاية الحضانة، من صلاح الطفل في كل شؤونه الدينية والدنيوية، لذا يمكن أن تتحدد أسئلة الدراسة في الإجابة عن الأسئلة التالية:

- ما المقصد الأساسي من الحضانة؟
- من هو صاحب الحق في الحضانة؟
- ما القواعد الفقهية المتعلقة بمقصد الحضانة؟
- كيف راعى الفقهاء مقصد الحضانة في مسائل موانع الحضانة ومسقطاتها؟
- هل يسقط حق الحضانة بفسق الحاضن؟
- هل يسقط حق الحضانة بالضعف أو العجز أو المرض؟
- هل يسقط حق الحضانة بالجنون والسفه؟
- هل يسقط حق الحضانة بالكفر؟

أهداف الدراسة وأهميتها:

تسعى الدراسة لتحقيق الأهداف التالية:

- بيان المقصد الأساسي من الحضانة.
- بيان من هو صاحب الحق في الحضانة.
- توضيح القواعد الفقهية المتعلقة بمقصد الحضانة.
- بيان كيف راعى الفقهاء مقصد الحضانة في مسائل موانع الحضانة ومسقطاتها.
- بيان حكم سقوط حق الحضانة بفسق الحاضن.
- بيان حكم سقوط حق الحضانة بالضعف أو العجز أو المرض.
- بيان حكم سقوط حق الحضانة بالجنون والسفه.
- توضيح حكم سقوط حق الحضانة بالكفر.

أهمية الدراسة:

وتنبع أهمية هذه الدراسة من أهمية مقاصد الشريعة الإسلامية، في باب الحضانة التي لا يخفى عظيم أثرها في المجتمع الإسلامي، فهي التي تضمن أن يحظى الطفل بحياة كريمة، تحفظ عليه دينه ونفسه، وتصون عقله وماله أثناء نشأته، وهي المقاصد الشرعية التي قصدها الشارع

في باب الحضانة، وفي غيرها من أبواب الفقه الإسلامي، لذا فإننا نجد أن فوائد هذه الدراسة يمكن أن تتعدى إلى عدة جوانب، نذكر منها:

1- الأهمية النظرية: بإضافة دراسة جديدة إلى المكتبات الإسلامية، ومعرفة جديدة يستفيد منها الباحثون والدارسون والمدرسون للفقه الإسلامي في المدارس أو الجامعات، في كيفية مراعاة مقاصد الشريعة، وأن من أسباب اختلاف الفقهاء إعمالهم لهذه المقاصد.

2- الأهمية العملية: بإضافة الفائدة للمؤسسات التربوية، والمحاكم والمؤسسات المتعلقة بالأسرة، إضافة إلى المؤسسات المعنية، كدائرة قاضي القضاة، ودور الإفتاء.

منهج الدراسة:

تستخدم هذه الدراسة المناهج التالية:

- المنهج الاستنباطي: وذلك بتتبع أقوال الفقهاء والأصوليين في باب الحضانة، وأدلتهم، ووجه استدلالهم واستنباطهم معاني ودلالات نصوص الشرع، وصولًا إلى مقاصد الدراسة.

- المنهج الاستقرائي: باستقراء وتتبع أقوال الفقهاء في المسائل موضوع البحث، من كتب المذاهب المعتمدة.

- المنهج التحليلي: وذلك بتحليل أقوال الفقهاء والأُصوليين، لاستخراج مراعاتهم لمقاصد الشريعة.

- المنهج المقارن: وذلك بالمقارنة بين أقوال الفقهاء والأصوليين، في المسائل قيد البحث.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتحري في المصادر والمراجع المتوفرة بين يدي الباحث، أو التي يمكنه الوصول إليها، لم يجد دراسة تناولت كيفية تطبيق الفقهاء لمقاصد الشريعة في فروعها، وأثر ذلك على اختلافهم، وذلك في الأحكام الفقهية المتعلقة بموانع ومسقطات الحضانة، لكن هناك بعض الدراسات التي تتعلق بموضوعه، ولها صلة به، فمن ذلك:

1 – دراسة المغربي، (2017م)، بعنوان: الحضانة ومراعاة المصلحة الفضلى للطفل [2].

تناولت الدراسة المصلحة الفضلى للطفل وماهيتها ومعاييرها كالمعيار المعنوي والمادي والصحي والنفسي وغير ذلك وذلك في القانون المغربي، وكيف أنها انسجمت مع أحكامها في الفقه الإسلامي، والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل.

وقد اختلفت هذه الدراسة عن دراستي في عدم تطرقها لكيفية تحقيق مقاصد الشريعة في الأحكام الفقهية المتعلقة بمسائل موانع الحضانة ومسقطاتها.

2- دراسة السلمي، (1437هـ) بعنوان: الحضانة: تعريفها ومقاصدها[3].

تناولت الدراسة تعريف الحضانة ومقاصد تشريعها من حفظ الضروريات الخمس للمحضون. لذلك فقد اختلفت عن دراستي في عدم تناولها كيفية تطبيق الفقهاء لمقاصد الشريعة في باب موانع الحضانة ومسقطاتها الذي تناولته دراستي.

3- دراسة بوزيان، (2013) بعنوان: مدى مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد حضانته أو إسقاطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري[4].

تناولت الدراسة تعريف الحضانة وشروط استحقاقها بالمقارنة بين الفقه والقانون الجزائري، دون تطرق للأدلة بشكل مسهب، أو لمقاصد الشرع فيها، وكيفية مراعاتها، وهو ما تميزت به دراستي.

4- دراسة مصباحي وسايح، (2012) بعنوان: الضرورة الشرعية وتطبيقاتها في باب الحضانة [5].

وقد التقت مع دراستي في مطلب واحد هو: تطبيقات الضرورة في بعض مسائل الحضانة، وإن كانت قد عالجتها باختصار ومن ناحية فقهية بحتة، ولم تشر بوضوح إلى المقاصد وأثرها، كما تميزت به دراستي.

5- دراسة الشريف، (1436هـ)، بعنوان: أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية [6].

وتحدثت الدراسة عن أحكام الحضانة بشكل عام، ولم يتجاوز حديثها عن مقاصد الشارع في أحكام الحضانة قرابة الصفحة أو أكثر قليلًا، وكان ذلك بمجرد إشارات إلى تلك المقاصد.

خطة الدراسة:

استلزمت طبيعة هذه الدراسة أن تكون في مبحثين، مع مقدمة وتمهيد وخاتمة فيها أبرز النتائج والتوصيات، وذلك كالآتي:

المبحث الأول: مقاصد الشريعة في الحضانة وكيفية مراعاتها

المطلب الأول: مقصد الحضانة

المطلب الثاني: صاحب الحق في الحضانة

المطلب الثالث: مراعاة الفقهاء لمقصد الحضانة

المطلب الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بمقصد الحضانة

المبحث الثاني: أمثلة تطبيقية على مراعاة مقصد الحضانة مع أدلتها

المطلب الأول: سقوط الحضانة بفسق الحاضن

المطلب الثاني: سقوط حق الحضانة بالضعف أو العجز أو المرض

المطلب الثالث: سقوط الحضانة بالجنون والسفه

المطلب الرابع: سقوط الحضانة بالكفر

تمهيد:

قبل الدخول في البحث وتفاصيله، لا بد من بيان مصطلحات الدراسة، ليكتمل فهم البحث والمراد منه.

أما مقاصد الشريعة: فالمقاصد: جمع مقصد، وهو من القصد، والقصد لغة: إتيان الشيء وأمِّه [7].

هي الغايات العامة والمعاني والحكم الملحوظة للشارع في التشريع [8].

الحضانة لغة: من حضن: وهو الضم وحمل الشيء ما دون الإبط إلى الكشح، أو بين الصدر والعضدين [9].

واصطلاحا: اتفقت المذاهب بالجملة أن الحضانة هي حفظ الولد، وتربيته، وتعهده، والقيام بمصالحه، وتنميته بما يصلحه، حتى يستقل بنفسه [10].

الموانع: جمع مانع، والمنع: خلاف الإعطاء، وأن يحال بين الإنسان وما يريد [11]، واصطلاحا: ما يلزم من وجوده انتفاء الحكم [12].

أما المُسقطات: فجمع مُسقِط، من الفعل أسقط: أي وقع، والسقوط: الوقوع من أعلى إلى أسفل [13]، والزوال، فسقوط الحق: زواله [14]، ومنه: سقوط الحد بالشبهة، وسقطت الدعوى: أصبحت لاغية لبطلانها [15]، فالسقوط إما أن يكون لشيء مادي، فيكون معناه الوقوع، أو شيء معنوي، فيكون معناه الزوال والارتفاع.

وأما الإسقاط اصطلاحًا: فهو إزالة الملك أو الحق الثابت دون نقله للغير، فيكون المراد بالمسقطات هنا أنها آفات تؤثر في الحكم بإعدامه [16].

أما الفرق بين المسقطات والموانع: فمن خلال التعريف يمكن القول بأن المسقطات تشمل عدم استحقاق الحق ابتداء، كما يشمل انتفاءه بعد ثبوته، فيكون أعم من المانع، الذي يقتصر على منع ثبوت الحق قبل ثبوته، وقيل: إنهما بنفس المعنى [17].

المبحث الأول: مقاصد الشريعة في الحضانة وكيفية مراعاتها.

المطلب الأول: مقصد الحضانة.

إن من أعظم مقاصد وقواعد الشريعة التي تكاد تعم جميع الأبواب الفقهية والشرعية، قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد، حيث يقول ابن عاشور:" فالشرائع كلها، وبخاصة شريعة الإسلام جاءت لما فيه صلاح البشر في العاجل والآجل، أي في حاضر الأمور وعواقبها"[18].

وهذه المصالح تتفرع إلى ثلاثة أقسام رئيسية: الضروريات، والحاجيات، والتحسينات، فالضروريات تتركز في حفظ الضروريات الخمس من أهم مقاصد الشريعة الأساسية وهي: حفظ الدين والعقل والنفس والمال والنسل، وكل ما قام بحفظ هذه الأمور فهو في رتبة الضرورة أيضًا [19].

فالمصلحة في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة، وهي من مقاصد الخلق، فصلاح الخلق يكون بتحصيل مقاصدهم، ومن المصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة.

ولا يظن أن حفظ هذه الضروريات يتعلق فيما بين العبد ونفسه، أي فيما يقوم به تجاه نفسه، بل يتعلق أيضًا بما يقوم أو ينبغي أن يقوم به تجاه غيره من العباد، خصوصًا من يتحمل مؤونتهم ومسؤوليتهم [20].

وإن مما يشمله مقصد حفظ الضروريات هو حضانة الصغير وتربيته وصيانته وتغذيته، لذا فهو يعد في رتبة الضروريات، لأنه لا يتم حفظ نفس المحضون ودينه وعقله إلا بها، وحفظ هذه الأمور من الضروريات له، ففي تركها هلاك نفسه، وبالتالي هلاك النفوس وانقطاع الجنس، لذا وقع في رتبة الضروريات [21].

لذا فإن من الحقوق التي تكون لبعض المكلفين على بعض – والتي سبق ذكرها- حضانة الأطفال وتربيتهم وتأديبهم وتعليمهم حسن الكلام والصلاة والصيام إذا صلحوا لذلك، والسعي في مصالحهم العاجلة والآجلة، والمبالغة في حفظ أموالهم، ودفع الأذى عنهم، وجلب الأصلح فالأصلح لهم، ودرء الأفسد فالأفسد عنهم [22]. وإن ذهاب البعض إلى أن حضانة الصغير داخلة في حق الله سبحانه، فالمراد بحق الله هو حقوق الأمة التي فيها تحصيل النفع العام، أو حق من يعجز عن حماية حقه، حيث أمر الله بحمايتها، وليس لأحد إسقاطها، وذلك مثل حق بيت المال، وحق القاصر، وحق الحضانة للصغير الذي لا حاضن له، لأجل ذلك نجد أن جماهير العلماء

ذهبوا إلى أن مقصد الحضانة الرئيس هو مراعاة حق المحضون ومصلحته والنظر له في دينه ونفسه وعقله وماله[23].

المطلب الثاني: صاحب الحق في الحضانة، ودور مقصد الحضانة في تحديده.

كان لاعتبار مقاصد الشريعة في التطبيقات الفقهية، وخاصة مقصد الحضانة، دور كبير حتى في تحديد صاحب الحق في الحضانة، حيث اختلف العلماء في ذلك على أقوال:

القول الأول: أنه حق للحاضنة، وإليه ذهب الحنفية في الصحيح المعتمد وعليه الفتوى، والمالكية في المشهور، وهو لازم كلام الشافعية، والمذهب عند الحنابلة [24].

القول الثاني: أنه حق للمحضون، وإليه ذهب الحنفية في قول، والمالكية في قول [25].

القول الثالث: أنه حق لهما معًا (الحاضنة والمحضون)، وإليه ذهب بعض الحنفية، وقول عند المالكية [26].

القول الرابع: أنه حق لله تعالى، وإليه ذهب بعض المالكية [27].

ولعل القول الثالث هو الأقوى كما ذهب إليه بعض المحققين؛ لأنه الذي يراعي مقصد الحضانة من مراعاة مصلحة المحضون، يؤيده أن القولين الأوليين ليس بينهما تعارض أصلًا، وأنهما يؤولان إلى قول واحد وهو أن لكل من الحاضنة والمحضون حقًا في الحضانة، فالقول بأنها حق للحاضنة محمول على ما إذا لم تتعين عليها، بأن كان هناك حاضن سواها، وإنما اقتصر على كونه حقًا لها؛ لأن المحضون في هذه الحالة لا يضيع حقه ومصلحته لوجود من يحضنه غيرها، فلم يضع مقصد الحضانة، والقول بأنها حق للمحضون محمول على ما إذا تعينت على الحاضنة بأن لم يوجد سواها، فيراعى مقصد الحضانة ويغلب حق المحضون، واقتصر عليه لعدم من يحضنه غيرها، فيكون الخلاف لفظيًا بذلك[28].

المطلب الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بمقصد الحضانة.

وضع الأصوليون عدة قواعد تنظم أحكام الحضانة وتسيرها بما يتوافق مع مقاصد الشريعة بشكل عام، ومع مقصد الحضانة الأساسي بشكل خاص، وهو مراعاة مصلحة المحضون في دينه ونفسه وماله وعقله، ومن تلك القواعد:

1- قاعدة: "**يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها** [29]"، أو قاعدة: "الفرق بين قاعدة الحضانات وقواعد الولايات":

أي أن الحضانة يقدم فيها النساء على الرجال، بخلاف جميع الولايات يقدم فيها الرجال على النساء، لأن قاعدة الشرع أن يقدم في كل موطن وكل ولاية من هو أقوم بمصالحها، وأعظم

المصالح المقصودة في الحضانة، هي حفظ دين المحضون ونفسه وعقله من المقاصد الضرورية، ودفع الضرر والمشقة والضياع عنه من المقاصد التي يحتاج إليها، وهذه يصلح لها النساء في صغره.

يقول القرافي: "فلهذه القاعدة يقدم كل ولي على غيره من الأولياء إذا كانت صفته أقرب، وحاله على حسن النظر أكثر من غيره فيقدم"، لذلك [30]:

- تقدم النساء على الرجال في الحضانة، لكونهن أعلم بتربية الصغار، وأشفق عليهم، وأصبر على أخلاق الصبيان، وأقدر على العناية بهم، في حين أن مزيد إنفاق الرجال على الصغار يمنعهم من تحصيل مصالحهم، لذلك كن أكمل في الحضانة من الرجال.

- كما تقدم الأم على سائر الأقارب لفرط شفقتها وحنانها، بل إنها تقدم ولو كانت جاهلة بأحكامها، على العمة العالمة بأحكامها، لأن طبعها يحثها على معرفة مصالح صغيرها والقيام بها، وكما هو معلوم فإن حث الطبع أقوى من حث الشرع.

- وتقدم الجدة على الخالة في الحضانة؛ لأن الأنظر في الحضانة إنما هو غلبة الشفقة، وهي موجودة عندها أكثر من الخالة والأخت، لكونها تتبع الولادة.

- كما يقدم الآباء على الحكام في النظر في أموال الصغار لكون فرط شفقتهم يحثهم على المبالغة في جلب مصالحهم ودرء المفاسد عنهم.

- كما أنه لا يشترط العدالة في الحاضنة، فتجوز حضانة الأم أو القريبة الفاسقة، لأن طبعها وفرط شفقتها على قرابتها يغلب فسقها، فيحثها على القيام بمصالح ابنها أو قريبها.

فيتبين من هذه القاعدة أنه يقدم في الحضانة من يقوم بتحقيق مقاصدها الضرورية والحاجية والتحسينية بحسن تربيته على الدين والخلق، والتي من أهمها مقصد حفظ دين المحضون ونفسه الضروري، ودفع المشقة عنه بإبعاده عن أمه أو النساء القريبات منها.

2-**قاعدة: "الترجيح بما ليس علة للاستحقاق"**[31].

ومعنى القاعدة جواز الترجيح بين دليلين بشيء ليس علة ولا سببا إنما هو من القرائن، مع أن الأصل في الترجيح في الأقيسة يكون عن طريق العلة، ومع ذلك فإذا غلب الظن على رجحان أحد الأمرين بقرينة فيجوز الترجيح بها.

وتطبيقها في باب الحضانة، أنه لو ترددت الحضانة بين أخوات المحضون، بين أخت شقيقة وأخت لأب، فإن الأخت الشقيقة أولى بها، لأن قرابتها من جهتين، والشفقة على المحضونِ إنما

تكون بالقرابة، فذو القرابتين يغلب على الظن تحقيقه لمقصود الحضانة أكثر من ذو القرابة الواحدة بكونه أشفق وأرعى لحق الصغير، فكان أحق بالحضانة، وإن كانت قرابة الأم ليست سببًا مستقلًا لاستحقاق الحضانة [32]، فهنا كان الاعتبار بما يحقق مقصد الحضانة من حفظ الصغير والعناية به على ما يستلزمه القياس.

3- "إذا غاب من ثبتت له الولاية لتقدمه انتقلت إلى السلطان باستثناء الحضانة فتنتقل للأبعد"[33]؛ لأن مبناها على الشفقة، وهو الأنظر والأصلح للمحضون.

ومعناها إذا كانت الولاية ثابتة لشخص على شخص أو مال، كولاية حفظ مال اليتيم والمجنون وولاية التزويج، فغاب هذا الولي، فإنها تنتقل للسلطان وتصبح في يده أو في يد نائبه، إلا في موضوع الحضانة، فإنها تنتقل للأبعد لا للسلطان، فإذا غابت الأم فإنها تصبح بيد الجدة مثلا، والسبب بأن النظر والمصلحة في التزويج وحفظ المال يتهيأ للسلطان أو نائبه، في حين أن الحضانة مبناها على الشفقة والرحمة، الحاثة على إدامة النظر والعناية والرعاية – مقصود الحضانة-، فالصغير إنما حاجته لذلك، وهذا لا يتهيأ لغير القريب المشفق، فبهذه القاعدة يتبين أن مقصد الحضانة في رعاية المحضون في دينه ونفسه وحياته يقدم في أحكامها[34].

4- قاعدة: "إذا زال المانع عاد الممنوع" [35].

والمراد بها هنا أنه إذا سقط حق الحاضن في الحضانة لمانع قام به، كجنون، أو نكاح، أو مرض، أو فسق، أو كفر، أو غيرها، ثم زال هذا المانع فإنه يعود حقه في الحضانة، إذ لم يبق سبب للمنع، والعلة هي مراعاة حق المحضون ومصلحته، والذي هو المقصد الأساسي من الحضانة.

5- قاعدة: "إذا سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة"[36].

والمراد أن الوسائل تعد في الدرجة الثانية بعد المقاصد في الاعتبار، فينظر أولًا إلى المقصد ثم إلى الوسيلة، تحققًا وتخلفًا، ومثاله في باب الحضانة: أنه لو نكحت أم المحضون، ولم يقم وليه بالمطالبة بحضانته حتى تطلقت الأم، فالأظهر أنه لا ينزع منها؛ لأن الانتزاع إنما هو وسيلة لمقصد أساسي هو مصلحة المحضون وعدم ضيعته، فإذا طلقت سقط اعتبار الضيعة، فلم يبق وجه لاعتبار الوسيلة، أي بطلاقها عدمت ضيعة المحضون لرجوعها له بالعناية والاهتمام، فسقطت الوسيلة المانعة منه وهي انتزاعه منها [37].

6- **"يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء"**[38]، وذلك مراعاة لمصلحة بقاء المحضون مع أمه، كونها الأكثر شفقة به والأعرف بأموره وحاجاته، فلو تزوجت الحاضنة من له حق في الحضانة

فاستحقتها، ثم عرض للزوج ما يخرجه عن استحقاق الحضانة كفسق، فهل تستمر الحضانة لها ويغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء أو ينقطع حقها؟

ذكر العلماء هنا احتمالين، فقد يقال: أنه لا بد من عدالته ابتداء، وقد يتوقف فيه؛ لأنه الآن ليس شريكًا مع الحاضنة في الحضانة، بل هي المختصة بها، فشرط بقاء حضانتها هو زواجها ممن له حق في الحضانة، وإن لم يكن مستحقًا لها الآن؛ لتأخره في الترتيب أو لفسقه، فليس المشروط أن يكون ذو حضانة إنما له حق فيها، وإن لم يستحقها الآن.

فهذه القاعدة تشير إلى اعتبار مقاصد الشرع الخاصة بالحضانة، حيث اغتفر خروج الزوج عن استحقاقه للحضانة، مراعاة لمصلحة المحضون ببقائه مع أمه، لمعرفة الشارع أن في ذلك تحقيقًا لمقاصد الحضانة الضرورية بحفظ دينه ونفسه وعقله، إذ الأم أو قريبتها أحرص على ذلك من غيرها، وحفظ مقاصدها الحاجية، بدفع مشقة إبعاده عنها، وعن حضنها وحنانها.

المطلب الرابع: كيفية اعتبار الفقهاء لمقصد الحضانة.

مع اتفاق العلماء جملة على وجوب مراعاة مقصد الحضانة الأصلي وهو مراعاة حق المحضون ومصلحته [39]، فقد اختلفت نظرتهم في كيفية مراعاة هذا الحق، وكيفية تطبيقه واقعًا، وتجلى ذلك في عدة مسائل منها:

مسألة حضانة غير المسلمة للطفل المسلم، حيث قيل: إن مصلحة المحضون ومقصد الحضانة يقتضي بأن تثبت لها الحضانة؛ لأن الأنظر والأصلح للصغير أن يكون عند الأم ولو كانت غير مسلمة، لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على الرعاية بملاحظته ومراعاة مصالحه أكثر من غيرها، والشفقة لا تختلف باختلاف الدين، وقيل: بل إن مصلحة المحضون ومقصد الحضانة يتحقق بسلب حق الحضانة منها، لأن في حضانتها له هلاك دينه، إذ يخشى على دين الولد منها، وحفظ الدين من أهم مقاصد الشرع الضرورية [40].

ومن ذلك مسألة تخيير الغلام بين والديه إذا بلغ السبع وحصلت الفرقة بينهما، حيث قيل: إنه بالتخيير سيختار المقام مع الأكثر شفقة ورفقًا به، وفي ذلك تحقيق لمصلحته ومنفعته، وتحقيق لمقصد الحضانة.

وقيل: لا يخير، مراعاة لمصلحته المقصودة أصالة من الحضانة، فالتخيير هنا متردد بين النفع والضرر، بل الضرر متعين، لأنه لقصور عقله قد يختار من يضره في عاقبة أمره، ممن يبالغ في إعطائه كل رغباته بغض النظر هل فيها مصلحته أم لا، بل الظاهر أنه سيميل إليه لا محالة، لأن

طبعه ينفر عمن يؤدبه ويحمله على التخلق بآداب الشرع والمروءة، ويميل إلى من يدعه للهو والهوى، وفي ذلك ضرر به، فالواجب اعتبار مظنة الأنظر والأصلح له [41].

ومن ذلك مسألة حضانة الأعمى حيث قيل: إن مقصد الحضانة، ومصلحة المحضون تستلزم أن يكون مانع من الحضانة ولو كانت أما، لأن الولد لا يستقل بذاته، فحفظ الأم له لا يقبل التهاون فيه، فالطفل مع كثرة حركاته لو لم يلاحظ بدقة دون سهو ولا غفلة، لخشي عليه الهلاك والضرر، وهذا لا يمكن مع العمى، لذا كان العمى مانعًا من الحضانة [42].

وقيل: العبرة بتحقق مصلحة المحضون ومقصد الحضانة، فإذا أمكن الأعمى أن يحفظ الصغير ويدبر أموره ويقوم بمصلحته، وحمايته من السوء والضرر، فلا سبب وجيه لمنعه منها، وإلا فلا حق له، فالعمى بذاته ليس قادحا في الحضانة، إنما ما قد يترتب عليه من التقصير في حفظ حقوق الصغير ورعايته وتدبيره، والتي هي المقصود الأساسي من الحضانة [43].

وكذلك حضانة الفاسقة، حيث منعها من منعها لما فيها من ضياع المحضون وضياع حقوقه، وبالتالي ضياع مقصود الحضانة، كتضمنه كثرة خروجها من المنزل وانشغالها عنه، وذلك بخلاف فسقها المقتصر ضرره عليها كترك الصلاة ونحوه، فعلى هذا فالمراد الفسق الذي يضيع به الولد، بل قاس بعضهم على ذلك كثرة العبادة والصلاة المشغلة لها عن العناية بالصغير [44].

وأجازها من أجازها لأنه رأى أن ذلك لا يمنع تحقق مقصد الحضانة ومصلحة المحضون، لكون الطبع قائما مقام العدالة في جلب مصالح الصغير ودرء المفاسد عنه، إذ طبع الحاضن وشفقته على قريبه الصغير يحثه على تحصيل مصالحه [45].

ومما راعى فيه بعض المحققين مقصد الحضانة بحفظ حقوق الصغير، مسألة سقوط حضانة الأم بنكاحها لغير محرم للصغير، حيث ذهب الجمهور [46] إلى سقوط حقها بذلك، وتنتقل الحضانة إلى القريب الأولى بعدها، لكن فصل ابن عابدين تفصيلا بديعا في ذلك، حيث يقول:

"إن سقوط الحضانة بالنكاح إنما هو لدفع الضرر عن الصغير، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، في حين يكون زوج أمه مشفقًا عليه يعز عليه فراقه، فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها، أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون لهذا القريب زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي، وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئا من ذلك، لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد" [47].

المبحث الثاني: أمثلة تطبيقية على مراعاة مقصد الحضانة مع أدلتها.

المطلب الأول: سقوط الحضانة بفسق الحاضن.

اختلف العلماء في سقوط حق الحضانة بالفسق على قولين:

القول الأول: ذهب الجمهور من الحنفية في المعتمد والمالكية والشافعية والحنابلة [48]، إلى سقوط الحضانة بفسق الحاضن، لأن مقصد الحضانة أن يكون الولد مأمونًا عليه، في حرز وصيانة، ولا يخاف عليه تضييع ولا دخول فساد، فتسقط الحضانة بالفسق لاستلزامه كثرة الخروج من البيت، والانشغال عن الولد وضياعه تبعًا لذلك، ويدخل فيه ترك الصلوات والسرقة والغناء والنياحة وغيرها من المعاصي، لأن مطلق الفسق يضيع به الولد.

ورجح بعضهم أن فسق الحاضنة إنما يسقط حقها إذا لزم منه ضياع الولد فقط، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية، وأدخل بعضهم في ذلك كثرة الخروج، سواء لمعصية أم لا، كعمل خارج بيتها تخرج له كل وقت، ومثله لو كانت صالحة كثيرة الصلاة تشغلها عن الولد شغلًا يضيع به، والولد في حكم الأمانة عندها، ومضيع الأمانة لا يستأمن، إذ الحضانة من حق الولد، كما أنها ولاية، والفاسق لا يلي ولا يؤتمن، فلا يوثق به، ولا يوفي الحضانة حقها، ويخشى على الصغير أن ينشأ على طريقته [49].

القول الثاني: وهو للحنفية في قول، أن لها الحق، وإن كانت فاجرة سيئة السيرة، حتى يعقل المحضون، لكن هذا القول حمله محققو المذهب على الفسق الذي لا يضيع به المحضون [50]، واختاره ابن القيم [51].

وذلك قياسًا على الذّمّيّة، فإن الذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان، فالمسلمة الفاسقة أولى، وأجيب عنه بأن الذمية إنما تفعل ما تفعل مما يوجب الفسق عندنا على جهة اعتقاده دينًا لها، فلا يلحق بها الفاسقة المسلمة [52].

واستدل ابن القيم على عدم سقوط الحضانة بالفسق بعدة أدلة منها [53]:

- أن الشارع لم يفرق بين ولد وأبويه بالفسق، ولم يتعرض لهم مع كثرتهم، بل أقر الناس على ذلك، فلو كان الفاسق ساقط الحضانة لبينه الشارع للأمة لأهميته، واعتنت بنقله وتوارثته، ولما ضيعته.

- استمرار العمل على ذلك في سائر الأمصار منذ ظهور الإسلام، كولاية النكاح، فكثير من الأولياء فساق، ولم يمنع النبي - ﷺ- ولا صحابته –رضوان الله عليهم- فاسقًا من تربية ابنه وحضانته له وتزويجه.

- الأصل احتياط الفاسق لابنه وشفقته عليه وعدم تضييعه له، بل الغالب حرصه على الخير له، وخلاف ذلك قليل جدًا غير معتبر، فاكتفى الشارع بالباعث الطبيعي.

- أنه لو اشترط في الحاضن العدالة، لضاع كثير من الأطفال، ولعَظُمت المشقة بالتفريق بينهم وبين أهلهم، وإيجاد حواضن غيرهم.

وإن كان قد يعترض عليه بأن كثيرًا من الفساق لا يبالون بتعلم أولادهم منهم، وقد يعلمونهم عمدا لاضطراب الفطرة السوية عندهم، فلا يشفقون على أبنائهم الشفقة السليمة [54].

ولعل القول الأقرب للصواب هو ثبوت الحضانة للفاسق، لكن في الفسق المقتصر عليه، وليس المتعدي للمحضون، وذلك لأمور:

1- أن من مقاصد الحضانة حفظ دين المحضون وعرضه ونفسه وماله، وهي من المقاصد الضرورية، ولا يمكن ذلك إلا إذا كان الفسق غير متعد إليه، فإن تعدى كان سببا لسلب حق الحضانة منه.

2- أنه لم يرد نص على المنع من ذلك، مع عموم البلوى به، ولم يفرق بينهم الشارع ولا الصحابة والسلف الصالح، كما ذكر ابن القيم، وذلك لأن الوالد بطبعه وفطرته وشفقته يحرص على الخير لابنه ودفع الشر عنه، فاعتيض بالباعث الطبعي عن الباعث الشرعي.

3- قد يشكل على هذا الدليل، إذا كان الفطرة عند الحاضن منكوسة، أو كان القرابة بينهما فيها بعد، فلم تتوفر الشفقة، فهنا يحتاط لحق الصغير ومصلحته، فيعطى لمن أهو أكثر أهلية، ويغلب على الظن عنايته به.

4- قد يستشهد بالأدلة الكلية وأصول الشريعة الدالة على دفع الضرر عن النفس والغير، وخاصة الضعفاء منهم كالصغير، كقوله - ﷺ-:"لا ضرر ولا ضرار"[55]، ونصوص الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كقوله - ﷺ-:" من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فمن لم يستطع فبلسانه، فمن لم يستطع فبقلبه"[56]، فإذا رأينا أن الحاضن الفاسق يتعدى فسقه على الصغير، فيخشى أن يتربى الصغير على طريقته، فمن النهي عن المنكر باليد نزعه منه، وإعطاؤه لمن هو مستحق لذلك شرعًا.

المطلب الثاني: سقوط حق الحضانة بالضعف أو العجز أو المرض.

اتفق العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة [57] بالجملة على سقوط الحضانة بالعجز والمرض والضعف المانع من تمام الحضانة، لاشتراطهم في الحاضن القدرة على الحضانة، وعدم وجود عاهات مضرة به يخشى منها على الولد، وذلك تحقيقًا لمقاصد الحضانة الضرورية، بحفظ المحضون وصونه في نفسه وعقله، إضافة إلى تحقيق المقاصد الحاجية بتيسير تربيته ورعايته، ودفع الضرر والمشقة عنه [58].

فذهب جمهورهم مثلًا إلى سقوط الحضانة بالعمى والزمانة والخرس والصمم والبرص والجذام، بل وبالقسوة، فمن عرف بذلك قدم عليه الأبعد والأجنبي، وتسقط في الرضيع في قول عند الشافعية لعدم اللبن عند الأم، وبامتناعها مع قدرتها في الأصح عندهم [59].

واستدلوا بعجز الحاضن عن القيام بحق المحضون، فالمريض يشغله ألمه عن تدبير أمور المحضون، فلا يتحصل مقصد الحضانة، وقد تقرر أنه يشترط في الحاضن أن يكون مأمونًا على الولد، لا يخاف منه على الطفل تضييع ولا فساد، كما أنه يخشى على الرضيع من لبن الحاضنة المريضة ومخالطتها، والمعتوه منهم والعاجز وضعيف البصر لا يقدر عليها، بل هو محتاج إلى من يكفله فكيف يكفل هو غيره[60].

وقد يجاب بأنه لا يخلو شخص من بعض العلل أو الأشغال التي تقلل من تمام الحضانة، وإنما العبرة بالغالب، كما أنه إذا كان قادرا عليها مع ضعف بصره فلا مبرر لمنعه منها، كما أنه يتحصل مقصود الحضانة بالإعانة، فإذا وجد من يعينه فلا دليل على المنع [61]. وأما العدوى فيمكن التحرز منها، خاصة إذا كان المرض خفيفا، وغالب الناس يصيبها المرض وتشفى بلا ضرر على غيرها.

في حين ذهب بعض الحنفية والمالكية والشافعية [62] إلى عدم سقوط الحضانة بمطلق الضعف أو المرض، بل يقيد ذلك بالفاحش، أو المانع من القيام بالحضانة كليًا، بخلاف إذا قدر عليها ولو مع مرضه سواء بنفسه أو مع من يعينه.

فمثلًا أجاز الحنفية حضانة الأعمى إذا كان أهلا لها وقادرا عليها، والشافعية في الظاهر إذا باشرها غيره، وذهب بعض المالكية إلى اغتفار الجذام والبرص الخفيفين دون الفاحشين، لأنه إذا كان الحاضن أهلا للحضانة، فلا مبرر لسلب أحقيته بالحضانة ما دام قادرًا عليها بنفسه أو

بمعونة غيره، إذ قد تم مقصد الحضانة، كما أنه تغتفر الأمراض الخفيفة إذ لا يخلو منها أحد، وإنما يخشى من الفاحشة التي تعدي [63].

واعترض على ذلك بأن العاجز والمريض يعجز عن حضانة الصغير وحفظه غالبًا، وهذا أمر يؤدي إلى ضياعه، فلا يتم مقصود الحضانة، كما أن الأمراض المعدية وإن كانت خفيفة ففيها ضرر بالصغير، وحقه في الحضانة منع أي ضرر قد يلحق به ولو قليلا، إضافة إلى أن الحضانة يحتاط فيها، لأن الحق فيها لصغير لا يعرف مصلحته ولا يقدر على تحصيلها فيحتاط له، خاصة وقد أدخله العلماء ضمن حق الله تعالى [64].

ولعل القول الأقرب للصواب هو أن المرض والعجز والضعف لا يسلب حق الحضانة مطلقًا، إنما في الحالات الشديدة، وذلك لأمور، منها:

1- عدم وجود دليل على ذلك، مع عموم البلوى به، مما يدل على أن الأصل استحقاقه لحق الحضانة، إلا إذا وصل الأمر إلى تضييع حق المحضون، فهنا يتناوله حكم آخر.

2- لا يخلو حاضن من بعض الضعف والعجز في بعض الجوانب، وليس له تأثير كبير غالبًا في تحصيل مقصد الحضانة، ففي سلب حق الحضانة به تشديد يؤدي إلى التفريق بين كثير من الحواضن، وهو أمر معلوم مفسدته.

3- يمكن درء كل تخوف على مصلحة المحضون باشتراط وجود حاضن آخر يعين العاجز الكلي، بحيث يغلب على الظن القيام بمقصود الحضانة.

المطلب الثالث: سقوط الحضانة بالجنون والسفه.

اتفق الفقهاء [65]على سقوط حضانة المجنون ولو كان غير مطبق، إذ يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة قادرة، ولأنه يخاف رعب الولد عند نزول الجنون عليه، ومعلوم أن كل ما يضيع الولد مانع من حضانته، كما أن الحضانة ولاية والمجنون ليس من أهلها، إضافة إلى أنه لا يقدر على لوازمها من الحفظ والتعهد، بل هو نفسه محتاج إلى من يحضنه ويكفله فكيف يكفل غيره [66].

وأما سقوط الحضانة بالسفه، فقد قسم العلماء السفه إلى أقسام [67]:

- سفه في الدين: وهذا يسقط الحضانة، لأنها غير مأمونة، ويخشى أن تدخل على من تحضنه فسادًا أو ينشأ على ما لا يرضى. وسفه في العقل: بأن تكون ذات طيش وقلة عقل وضبط لا تحسن تأديب المحضون، فيخشى تأثره بها. وسفه في المال: بتبذير ما تقبضه من أجرة الحضانة.

وقد اختلف العلماء في حضانة السفيه على قولين:

القول الأول: أنه لا حضانة له، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة [68] إذا كان محجورًا عليه، لأنه يشترط في الحضانة الرشد والكفاءة، والقدرة على القيام بأمر المحضون، حفظًا وتحقيقًا لمقصد حفظ مال الصغير، فالضعيف عنها لا حضانة له، إلا إذا كان معه من يحضن، فلا حضانة للسفيه المبذر في المال لئلا يتلف مال المحضون، ومن مقاصد الحضانة الضرورية حفظ مال الصغير [69]. وقد يعترض على هذه الأدلة بأنه إذا كان الحاضن مولى عليه، معه من يقوم بالحضانة وأعبائها، انتفت كل هذه الموانع.

القول الثاني: أن له الحضانة، وهو قول عند المالكية، وظاهر رواية المدونة [70]، ولعل الأقرب عندهم أن السفيه إذا كان له ولي فإنه يحضن، وأما إذا لم يكن له ولي فلا حضانة له، لأنه إذا كان عليه ولي راشد ذو صيانة وقيام عليه، فلن يكون متلفًا لما يقبضه، فيتحقق مقصد الحضانة، وتثبت له لعدم المانع الواضح [71]. وقد يعترض عليه بأنه قد يتعذر على الولي ضبط تصرفات الحاضن السفيه.

ولعل القول الأقرب للصواب، هو استحقاق السفيه للحضانة، ما لم يغلب على الظن ضياع مصلحته، وذلك لأمور:

- لتحقق مقصد الحضانة في ذلك وهو حفظ ماله، وهو من المقاصد الضرورية الخمسة، إذا لم يغلب على الظن تضييعه لماله، وإضافة إلى عدم الدليل على المنع، مع احتمالية وجود ذلك على عهد النبي - ﷺ-، ولأن مفسدة السفه في التصرف في مال المحضون يمكن تجنبها، بوضع ولي على ذلك، وقد تكون مفسدة التفريق بين المحضون وأمه أو أبيه تتعدى مفسدة السفه الذي يخشى ضرره، ولأن الباعث الطبيعي والفطري للوالدين والأقارب قد يكون مانعا من التصرف في مال المحضون بما يضيعه.

المطلب الرابع: سقوط الحضانة بالكفر.

اختلف العلماء في جواز حضانة الكافر للمسلم، وذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية في المشهور إلى أن الأصل جواز حضانة الكافر لمسلم، سواء كانت الأم كتابية أو مجوسية، لكن ذلك عند بعضهم ما لم يعقل المحضون الأديان، وذلك خوفًا عليه من تعلمه الكفر منها أو يألفه، فإذا عقل سقط حقها، كما يسقط حقها إذا خيف منها أن تغذي الطفل خمرا أو خنزيرا فيكون الأب أولى؛ لأن الولد على دين أبيه، إلا أن تضم الحاضنة إلى مسلمين ولو مسلمة واحدة [72].

واستدلوا بما ورد عن النبي - ﷺ- أنه خير غلاما بين أبيه المسلم وأمه المشركة فمال إلى الأم، فقال النبي - ﷺ-: "اللهم اهده، فعدل إلى أبيه"[73]، فدل أنه يثبت للأم الكافرة حق الحضانة[74]، وذلك لشفقتها على الولد ولو اختلف الدين، ويمكن الاحتراز من تعلمه الكفر بأن يضم إلى مسلمين، وكونه صغيرًا لا يعقل الأديان يمنع مفسدة تعلمه الكفر، فإذا عقل خشي حينها من ذلك، وسقط حقها[75].

وأجيب عن أدلتهم[76]:

بأن الحديث في إسناده مقال، فقد روي على غير هذا الوجه، لذا لم يثبته أهل النقل، كما أنه يحتمل أن النبي - ﷺ- علم أنه يختار أباه بدعوته، فكان ذلك خاصا في حقه، وإنما قصد بتخييره استمالة قلب أمه، وقيل: بأنه منسوخ أو لا دلالة فيه، إذ لو كان الحق لأمه لأقرها عليه ولما دعا، كما أنه ليس فيه ما يدل على قولهم؛ لأن النبي - ﷺ- دعا له بالهداية، فدل على أن كونه مع الكافر خلاف الهداية، كما أن مقصد الحضانة هو مصلحة الصغير، وهذا لا يتحقق في حضانة الكافرة، فالكافر لا يؤمن حتى على الصغير الذي لا يعقل، فقد يغذيه بحرام أو يضيعه ولا يعتني به[77].

القول الثاني: ذهب المالكية في قول والشافعية والحنابلة[78] إلى عدم جواز حضانة الكافر للمسلم، لأن الحضانة إنما تثبت لحظ الولد، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه، والحضانة ولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال[79]، ثم إنها إذا كانت لا تثبت للفاسق فالكافر أولى، إذ يخشى على دين الولد منها، وحفظ الدين من أهم مقاصد الشرع الضرورية[80]. وقد يجاب عن ذلك بأن الحضانة قائمة على الشفقة بالصغير وحفظ دينه، وهذه أكثر ما تكون في الوالدين ولو كان كافرين، وأما الخوف من تعليمه الكفر فيحترز منه بنزعه منها إذا عقل الأديان، وأما القياس على الفاسق فالكافر الأصلي يقر على دينه، وأما الفاسق فلا يقر على فسقه فافترقا[81].

لعل القول الأقرب للأدلة هو قول الحنفية بجواز حضانة الكافر للمسلم ما لم يعقل الأديان، أو يخشى أن تربيه على محرم، وذلك لعدة أمور:

أن مقصد الحضانة هي حفظ الصغير في نفسه وعقله وماله، وهو أمر متوفر في الأم ولو كانت كافرة، وذلك لوفور الشفقة في الأم بفطرتها أكثر من غيرها، وفي هذا حفظ للمقاصد الحاجية التي يحتاجها الصغير أيضًا، إذ الصغير بطبيعته يألف البقاء مع أمه، لوجود الشفقة والحنان بطبعها، وفيه تيسير ودفع للمشقة عنه[82]، وأما حفظ دينه فيمكن ذلك، بالقول بسقوط

الحضانة إذا عقل الأديان، أو خيف على دينه منها، أو بمنعها من تعليمه الكفر، يؤيد ذلك الواقع، حيث إنه بإباحة الزواج بالكتابيات يلزم منه غالبًا حضانة الكتابية للطفل المسلم، مع تربية الأب المسلم له، أثناء قيام الزواج، فكذلك إذا حصل الفراق.

الخاتمة:

توصلت الدراسة إلى عدة نتائج نذكر منها:

- رغم اتفاق الفقهاء على أن مقصد الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون في الضروريات الخمس، لكنهم اختلفوا في تحديد موضع تحقق هذا المقصد، وبناء عليه اختلفوا في أحكام موانع الحضانة ومسقطاتها.
- بناء على مراعاة مقصد الحضانة، وضعت عدة قواعد تعالج هذا المقصد واقعيًا وتطبيقيًا، في مسائل موانع الحضانة ومسقطاتها.
- الراجح سقوط حق الحضانة ومنعها ممن اتصف بالكفر – إذا عقل-، والفسق، والضعف، والمرض، والسفه ونحوها، ما لم يوجد معين معه، لضمان تحقق مقصد الحضانة من تحقق مصلحة الصغير في الضروريات والحاجيات.

التوصيات:

يوصي الباحث بعد هذه الدراسة بعدة توصيات من أهمها:

1- عناية الباحثين بإبراز دور مقاصد الشريعة في استنباط الأحكام، وترجيحها، وبيان أُثرها في الأبواب الفقهية المتنوعة.

2- مخاطبة المؤسسات المعنية: التعليمية ممثلة بكليات الشريعة، والتنفيذية كدائرة قاضي القضاة، ودائرة الإفتاء العام، بعمل ندوات، وورشات عمل، ودورات، ومؤتمرات لتبصرة الناس وتوعيتهم بحقوق الطفل وحضانته.

الهوامش:

(1) محمد بن علي بن الدهان (592هـ، 1196م)، **تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة**، تحقيق: صالح الخزيم، الرياض، مكتبة الرشد، 2001م (ط1)، ج4، ص46.

(2) طارق المغربي، الحضانة ومراعاة المصلحة الفضلى للطفل"، ***مجلة القانون المغربي***، دار السلام، العدد 26، 2017م، ص(121-144).

(3) عياض نامي السلمي، الحضانة: تعريفها ومقاصدها، ***مجلة المجمع الفقهي الإسلامي***، *رابطة العالم الإسلامي*، السعودية، المجلد (29)، العدد33، 1437هـ، 2015م، ص85.

(4) بوشنتوف بوزيان، مدى مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد حضانته أو إسقاطها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ***مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية***، جامعة الإسكندرية، المجلد (2)، العدد 1، 2013م، ص961.

(5) دلال مصباحي، كريمة سايح (1433هـ، 2012م)، **الضرورة الشرعية وتطبيقاتها في باب الحضانة**، معهد العلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، المركز الجامعي بالوادي، شهادة ليسانس، بإشراف: محمد رشيد أبو غزالة.

(6) ندوة "أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة"، المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، بالتعاون مع كلية الشريعة بجامعة أم القرى، منشور على شبكة الإنترنت.

(7) ابن فارس، مقاييس اللغة 95/5.

(8) محمد الطاهر بن عاشور (1393هـ، 1973م)، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2004, 3: 165.

(9) محمد بن مكرم ابن منظور (711هـ،1311م)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، 1414هـ، (ط3)، ج13، ص122.

(10) علي بن محمد الجرجاني (816هـ، 1413م) **التعريفات**، لبنان، دار الكتب العلمية، 1983م، (ط1)، ص88. حاشية ابن عابدين، ج3، ص555. الشرح الكبير حاشية الدسوقي عليه، دار الفكر، دت، ج2، ص526. الشربيني، مغني المحتاج ج5، ص191. المرداوي، الإنصاف ج9، ص416.

(11) ابن منظور، لسان العرب، ج8، ص343.

(12) ابن الدهان، تقويم النظر ج1، ص98.

(13) ابن منظور، لسان العرب، ج7، ص317.

(14) السرخسي، المبسوط 13/6.

(15) محمد قلعجي، وحامد قنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس، 1988، ص246. أحمد مختار عبد الحميد (1424هـ،2003)، معجم **اللغة العربية المعاصرة**، عالم الكتب، 2008م (ط1)، ج1، ص532. ج2، ص1077.

(16) عمر شكور البياتي، **مسقطات الولاية والوصاية في الشريعة الإسلامية**: دراسة مقارنة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2019.

(17) سليمان يوسف الشيحان، **مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي**: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2002، ص17. إبراهيم حسن البلوشي، **مسقطات الحضانة**: دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، آل البيت،2002، ص17. عماد إبراهيم الباليساني، **الأحاديث الواردة في مسقطات عصمة الدماء**، جمع وتخريج ودراسة، رسالة دكتوراه، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، السودان 2015، ص 1.

(18) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، 3: 36.

(19) محمد بن علي بن الدهان، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ج4، ص46.

(20) محمد بن محمد الغزالي (505هـ،1111م), **المستصفى**، تحقيق: محمد عبد الشافي، لبنان، دار الكتب العلمية، 1993، ص 174.

(21) ابن الدهان، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ج4 ، ص46. علي بن أبي علي الآمدي (631هـ،1234م) **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ج3، ص275.

(22) عبد العزيز بن عبد السلام (660هـ، 1262م)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، تحقيق: طه عبد الرؤوف، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، دار أم القرى،1991م، ج1، ص159. ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج3، ص 404.

(23) محمد أمين بن عمر ابن عابدين (1252هـ، 1836م)، **حاشية ابن عابدين**، بيروت، دار الفكر, 1992م (ط2), ج3، ص 556. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص79. ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج3، ص407.

(24) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص559. محمد بن عبد الله الخرشي (1101هـ، 1690م)، **شرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، ج4، ص213. أحمد بن محمد الهيتمي (909هـ، 1567م)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، 1983م، ج8، ص359. المرداوي، **الإنصاف**(885هـ، 1480م)، دار إحياء التراث، ج9، ص416.

(25) زين الدين بن إبراهيم بن نجيم (970هـ، 1562م)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، (ط2)، ج4، ص180. محمد بن أحمد عليش (1299هـ، 1882م)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، 1989، ج4، ص431.

(26) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص560. محمد بن محمد الحطاب (954هـ،1547م)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، 1992م (ط3)، ج4، ص215.

(27) أبو بكر بن العربي (543هـ، 1148م)، **المسالك في شرح موطأ مالك**، دار الغرب الإسلامي، 2007(ط1)،ج6،ص 490.

(28) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص560.

(29) محمد بن عبد الله الزركشي (794هـ، 1392م)، **المنثور في القواعد الفقهية**، الكويت، وزارة الأوقاف الكويتية, 1985م، (ط2)، ج1، ص388. أحمد بن إدريس القرافي (684هـ، 1285م)، **الفروق**، عالم الكتب، ج3، ص 102، 206. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعيد، القاهرة، مكتبة الكليات الازهرية، ج1، ص 76.

(30) القرافي، الفروق، ج3، ص103. الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج2، ص375.

(31) محمد بن أحمد السرخسي (483هـ، 1090م)، **المبسوط**، بيروت، دار المعرفة, 1993م, ج5، ص 211.

(32) المرجع السابق.

(33) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج3، ص345.

(34) المرجع السابق.

(35) أحمد بن محمد الزرقا (1357هـ، 1938م)، **شرح القواعد الفقهية**، تحقيق: مصطفى الزرقا، دمشق، دار القلم، 1989م (ط2)، ص191.

(36) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج3، ص407.

(37) المرجع السابق.

(38) عبد الحميد الشرواني (1301هـ، 1884م)، **حاشية الشرواني على تحفة المحتاج**، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، 1983م, ج8، ص358.

(39) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص79. ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ج3، ص407.

(40) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556. اللخمي، التبصرة، ج6، ج2570. عليش, منح الجليل، ج4، ص426. ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص238.

(41) عبد العزيز بن أحمد البخاري (730هـ، 1330م)، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، ج4، ص260.

(42) عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (911هـ، 1505م)، **الأشباه والنظائر**، بيروت، دار الكتب العلمية, 1990م (ط1), ص250، 251.

(43) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص251. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556.

(44) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556.

(45) الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج2، ص375. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص389.

(46) أبو بكر بن مسعود الكاساني (587هـ، 1191م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت، دار الكتب العلمية 1986م (ط2), ج4، ص42. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص213. الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص229. منصور بن يونس البهوتي، **شرح منتهى الإرادات** (1051هـ، 1641م)، عالم الكتب 1993م (ط1), ج3، ص250.

(47) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص565.

(48) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556. ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص181. الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص43. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص211. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص357. الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص229. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص250. منصور بن يونس البهوتي (1051هـ، 1641م)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، بيروت، دار الكتب العلمية، ج5، ص498.

(49) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص557. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص211. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص357. الرملي، نهاية المحتاج، ج7، ص229.

(50) ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص181.

(51) محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (751هـ، 1350م)، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، بيروت، مؤسسة الرسالة, (ط27)، ج5، ص412.

(52) ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص181، 182.

(53) ابن القيم، زاد المعاد، ج5، ص412.

(54) الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص195.

(55) محمد بن عبد الله الحاكم (405هـ، 1014م)، **المستدرك على الصحيحين**، حديث رقم 2345. وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه. وقال النووي: حديث حسن، وله طرق يقوي بعضها بعضا. الأربعين النووية الحديث رقم 32، تحقيق: مصطفى عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، 1990م (ط1).

(56) مسلم بن الحجاج (261هـ، 875م)، **صحيح مسلم**، كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، حديث رقم 78, تحقيق: محمد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

(57) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص211. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص359. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498.

(58) حمزة بن حسين الشريف، **أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية**، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، بالتعاون مع كلية الشريعة بجامعة أم القرى، (1436هـ)، ص20،في الإنترنت.

(59) عليش، منح الجليل، ج4، ص425. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص358، 359. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص499.

(60) الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص211. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص197. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498، 499.

(61) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص197. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص359.

(62) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ج212. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص358، 359.

(63) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556. محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م (ط1)، ج5، ص597. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص359.

(64) الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص197. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص359. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498.

(65) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص555. عليش، منح الجليل، ج4، ص425. محمد بن أحمد الرملي (1004هـ، 1596م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، بيروت: دار الفكر, 1984م (ط أخيرة)، ج7، ص229. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498.

(66) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص555. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص211. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص195. ابن قدامة، المغني، ج8، ص237.

(67) علي بن محمد اللخمي (478هـ، 1085م)، **التبصرة**، تحقيق: أحمد نجيب، قطر: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية, 2011م (ط1)، ج6، ص2564.

(68) المواق، التاج والإكليل، ج5، ص598. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص359. عبد الله الطيار، **وبل الغمامة في شرح عمدة الفقه لابن قدامة**, السعودية: دار الوطن, 2010م (ط1)، ج7، ص95.

(69) الخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص211. عليش، منح الجليل، ج4، ص425. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498.

(70) عليش، منح الجليل، ج4، ص426. المواق، التاج والإكليل، ج5، ص598.

(71) اللخمي، التبصرة، ج6، ص2564. الخرشي, شرح مختصر خليل، ج4، ص212.

(72) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص42. الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص212.

(73) أبو داود سليمان بن الأشعث (275هـ، 888م)، **سنن أبي داود**، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الأبوين، مع من يكون الولد، حديث 2244، تحقيق: شعيب الأرنؤوط, بيروت: دار الرسالة العالمية، 2009م (ط1)، ج2، ص273. وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (ط العلمية:33/4): "في سنده اختلاف كثير وألفاظ مختلفة، وقال ابن المنذر: لا يثبته أهل النقل، وفي إسناده مقال".

(74) محمد بن إسماعيل الصنعاني، (1182هـ، 1768م)، **سبل السلام**، القاهرة: دار الحديث، ج2، ص333.

(75) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، ص556. عليش، منح الجليل، ج4، ص427.

(76) عمر ابن الملقن (804هـ، 1401م) **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، الرياض: دار الهجرة, 2004م (ط1)، ج8، ص322. عبد الله بن يوسف الزيلعي (762هـ، 1361م)، **نصب الراية لأحاديث الهداية**، تحقيق محمد عوامة، بيروت: مؤسسة الريان, 1997م (ط1)، ج3، ص271. الشربيني، مغني المحتاج، ج5، ص195. ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص238.

(77) محمد بن أحمد السفاريني (1188هـ، 1774م)، **كشف اللثام شرح عمدة الأحكام**، تحقيق: نور الدين طالب، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، سوريا: دار النوادر،2007م (ط1)، ج6، ص54. ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص185. ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص238.

(78) عليش، منح الجليل، ج4، ص426. الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص358. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص250.

(79) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج8، ص358. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص498.

(80) اللخمي، التبصرة، ج6، ج2570. عليش, منح الجليل، ج4، ص426. ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص238.

(81) السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص210. عليش، منح الجليل، ج4، ص426.

(82) حمزة الشريف، أحكام الحضانة في ضوء المقاصد الشرعية، ص20، على شبكة الإنترنت.