الباب الثاني
الإطار النظري

الفصل الأول: الحضانة

أ. تعريف الحضانة

إن الذرية هبة من الله سبحانه وتعالى للوالدين كما قال تعالى في القرآن الكريم: (هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ)[١٩]، وقال تعالى: (وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا)[٢٠].

تدل هذان الآيتان أن الذرية هبة من الله سبحانه وتعالى ووجود الشكر عليه يجب على الوالدين حضانتها، فالحضانة في اللغة مأخوذة من الحضن: الحاء والضاد والنون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته[٢١]، وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان؛ ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها[٢٢]. والمقصود من الحضانة في اللغة: هي تربية الصغير ورعايته، مشتقة من الحضن، وهو الجنب؛ لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى جنبه. والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويرعيانه[٢٣].

---

[١٩] سورة آل عمران، الآية: ٣٨

[٢٠] سورة الفرقان، الآية: ٧٤

[٢١] ***معجم مقاييس اللغة***، ٧٤/١

[٢٢] مُحَمَّد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى، ***لسان العرب***، (بيروت: دار صادر، ١٤١٤هـ)، ١٢٢/١٣

[٢٣] ***الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة***، ٣٣٤/١

والحضانة في الشرع: هي تربية الولد لمن له حق الحضانة. أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون[٢٤] أو هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه بدنيا ومعنويا، ووقايته عما يؤذيه[٢٥].

ومن التعارف عن الحضانة فمفهوم أن الحضانة هي حفظ الطفل وتربيته مع أنه لم يميز ولم يستقل بأمور نفسه وعما يؤذيه حتى يبلغ عمره سنا معينا أو يقوم بنفسه.

ب. مشروعية الحضانة وحكمها

شرع الإسلام حضانة الطفل لإعطائه حقوقه في الرعاية والحماية، وتعاهدا لبنائه وتعليمه، فالفطرة السوية تقتضي تعاهد الأبناء وحمايتهم وإطعامهم وتربيتهم وبذل الوسع في تنشئتهم بما يليق بظروف الزمان والمكان والإنسان، وقد أقرت الشرائع السماوية تشريعات تفرض حفظ النفس على تعدد وجوه الحفظ والرعاية وحفظ المحضون مرسل على التربية والتنمية والإصلاح والإطعام والتعليم والإمساك عن الأذى للنفس أو للغير[٢٦].

أن مشروعية الحضانة مذكورة في الكتاب والسنة، كما يلي:

الكتاب: قال الله تعالى: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ

---

[٢٤] ***الفقه الإسلامي وأدلته***، ١٠/٧٢٩٥

[٢٥] ***الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة***، ١/٣٣٤

[26] http:mawdoo3.com/حضانة_الطفل_بعد_الطلاق, diakses pada tanggal 5 September 2019

وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ)[٢٧]، تدل هذه الآية على أن كل المسلم المكلف له مسؤولية وهي حفظ النفس والأسرة وتدخل في ذلك حضانة الطفل.

وقال تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى)[٢٨] وقال تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)[٢٩]، تدل هذان الآيتان أن الله تعالى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن، والحضانة هي من لوازم الرضاع فدلت هذان الآيتان على مشروعية الحضانة.

والسنة: لما ورد أن امرأة قالت : (يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي)[٣٠]. يدل هذا الحديث على مشروعية الحضانة، وعلى أن الأم إذا نكحت سقط حقها

---

[٢٧] سورة التحريم، الآية: ٦

[٢٨] سورة الطلاق، الآية: ٦

[٢٩] سورة البقرة، الآية: ٢٣٣

[٣٠] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، ***سنن أبي داود***، باب من أحق بالولد، رقم الحديث: ٢٢٧٦، ٢/٢٨٣

من الحضانة وإليه ذهب الجماهير، وقال ابن المنذر[٣١]: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم[٣٢].

وحكم حضانة الطفل واجبة وإليه ذهب الجماهير، قال الشافعية[٣٣]: وجبت حضانته، لأنه إن ترك حضانته ضاع وهلك[٣٤]، وقال الحنابلة[٣٥]: كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك[٣٦]. وقال المالكية[٣٧]: هي تكون واجبة وجوبا عينيا، إن لو يوجد إلا الحاضن ولو أجنبيا من المحضون وقد تكون وجوبا كفائيا عند تعدده، ولذا إذا وجد جماعة طفلا منبوذا وجب عليهم التقاطه وحضنه، فإذا قام به البعض سقط عن غيره كسائر فروض الكفاية[٣٨]. وقال ابن رشد القرطبي[٣٩]: لا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة الأطفال الصغار[٤٠].

ج. المستحقون للحضانة وترتيبهم:

الحضانة تكون للنساء والرجال من المستحقين لها، إلا أن النساء يقدمن على الرجال، لأنهن أشفق وأرفق، وبها أليق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف

---

[٣١] مُحَمَّد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر: فقيه مجتهد، من الحفاظ. (٢٤٢-٣١٩هـ/٨٥٦-٩٣١م)

[٣٢] مُحَمَّد بن إسماعيل بن صلاح بن مُحَمَّد الحسني الصنعاني، ***سبل السلام***، (دار الحديث)، ٣٣١/٢

[٣٣] هم الفقهاء الذين يعتمدون المذهب الشافعي في استنباطاته وطرائق استدلاله

[٣٤] أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، ***المجموع شرح المهذب***، (دار الفكر)، ٣٢٠/١٨

[٣٥] هم الفقهاء الذين يعتمدون المذهب الحنبلي في استنباطاته وطرائق استدلاله

[٣٦] أبو مُحَمَّد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن مُحَمَّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الدمشقي الحنبلي، ***المغني لابن قدامة***، (مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م)، ٢٣٧/٨

[٣٧] هم الفقهاء الذين يعتمدون المذهب المالكي في استنباطاته وطرائق استدلاله

[٣٨] أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي، ***الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني***، (دار الفكر، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م)، ٦٦/٢

[٣٩] مُحَمَّد بن أحمد بن رشد، وهو أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة، وكان من أعيان المالكية وجد ابن رشد الفيلسوف (٤٥٠ - ٥٢٠هـ/١٠٥٨ - ١١٢٦م)

[٤٠] أبو الوليد مُحَمَّد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، ***المقدمات الممهدات***، (دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ٥٦٤/١

إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر[٤١]. والحكمة في هذا التقديم للإناث في حق الحضانة هي الإناث غالبا ما يكون ألين بحضانة الأطفال، ورعايتهم، وأصبر على مشاكلهم، وأقدر على بذل ما يحتاجون إليه من الحنو والعاطفة[٤٢].

وحضانة الطفل تكون للأبوين إذا كان النكاح قائما بينهما، فإن افترقا فالحضانة لأم الطفل باتفاق[٤٣]، لما ورد أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: : يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي[٤٤]. في الحديث دليل على أن الأم أولى بالولد من الأب ما لم يحصل مانع من ذلك كالنكاح لتقييده صلى الله عليه وسلم للأحقية بقوله ما لم تنكحي وبه قال مالك والشافعية والحنفية وقد حكى بن المنذر الإجماع عليه وقد ذهب أبو حنيفة إلى أن النكاح إذا كان بذي رحم محرم للمحضون لم يبطل به حق حضانتها وقال الشافعي يبطل مطلقا لأن الدليل لم يفصل وهو الظاهر[٤٥].

وإن الأم أحق بالحضانة من الأب، للأسباب التالية:

---

[٤١] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ***بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع***، (دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، ٤١/٤

[٤٢] مصطفى سعيد الخن، ومصطفى البغا، وعلي الشربجي، ***الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي***، (دمشق: دار القلم، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م)، ١٩٣/٤

[٤٣] جماعة من العلماء، ***الموسوعة الفقهية الكويتية***، (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية)، ٣٠٢/١٧

[٤٤] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، ***سنن أبي داود***، باب من أحق بالولد، رقم الحديث: ٢٢٧٦، ٢٨٣/٢

[٤٥] أبو عبد الرحمن شرف الحق العظيم آبادي مُحَمَّد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، ***عون المعبود شرح سنن أبي داود***، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ)، ٢٦٥/٦

١) لوفور شفقتها، وصبرها على أعباء الرعاية والتربية.
٢) لأنها ألين بحضانة الأطفال، ورعايتهم، وأقدر على بذل ما يحتاجون إليه من العاطفة والحنو[٤٦].

وبيان ترتيب المستحقين للحضانة كما يلي:

أولا من النساء:

١) الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة فجورا يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة ونياحة، أو غير مأمونة، بأن تخرج كل وقت، وتترك الولد ضائعا. ودليل تقديم الأم من السنة: ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ، فقالت له: : يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي[٤٧]. ولا اختلاف بين أحد من أهل العلم أن الأم أحق بالحضانة من الأب[٤٨]. وقال ﷺ: مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ[٤٩]. وروي أن عمر بن الخطاب[٥٠] طَلَّقَ أُمَّ عَاصِمٍ، ثُمَّ أَتَاهَا عَلَيْهَا وَفِي حِجْرِهَا عَاصِمٌ، فَأَرَادَ

---

[٤٦] ***الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي***، ١٩٣/٤

[٤٧] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، ***سنن أبي داود***، باب من أحق بالولد، رقم الحديث: ٢٢٧٦، ٢٨٣/٢

[٤٨] ***المقدمات الممهدات***، ٥٦٥/١

[٤٩] أبو عيسى مُحَمَّد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي، ***سنن الترمذي***، باب كراهية التفريق بين السبي، رقم الحديث: ١٥٦٦ (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م)، ١٣٤/٤

[٥٠] أبو حفص عمر بن الخطاب العدوي القرشي الملقب بالفاروق، وهو ثاني الخلفاء الراشدين، ومن كبار أصحاب الرسول مُحَمَّد صلى الله عليه وسلم

أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهَا، فَتَجَاذَبَاهُ بَيْنَهُمَا حَتَّى بَكَى الْغُلَامُ، فَانْطَلَقَا إِلَى أَبِي بَكْرٍ، فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ[٥١]: يَا عُمَرُ، مَسْحُهَا، وَحِجْرُهَا، وَرِيحُهَا خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ حَتَّى يَشِبَّ الصَّبِيُّ، فَيَخْتَارَ[٥٢].

٢) ثم أم الأم (الجدة الأم) لمشاركتها الأم في الإرث والولادة، ثم عند الحنفية، والشافعية في الجديد: أم الأب، لمشاركتها أم الأم في المعنى السابق، ثم أم أبي الأب، ثم أم أبي الجد للمعنى نفسه. وأخر المالكية أم الأب بعد الخالة وعمة الأم. وقدم الحنابلة الأب ثم أمهاته بعد الجدة لأم، ثم الجد، ثم أمهاته.

٣) ثم الأخت عند الحنفية والشافعية والحنابلة أخت المحضون الشقيقة، ثم عند الحنفية والحنابلة والمالكية الأخت لأم؛ لأن الحق من قبلها، ثم الأخت لأب، وعكس الشافعية فقدموا في الأصح الأخت لأب على الأخت لأم، لاشتراكها مع المحضون في النسب، ولقوة إرثها، فإنها قد تصير عصبة، ثم بنات الأخت الشقيقة، ثم لأم. والسبب في تقديم الأخوات عند الجمهور هؤلاء على الخالات والعمات: أنهن أقرب، وأنهن أولاد الأبوين، لذا قدمن في الميراث. وقدم المالكية الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم أبو المحضون على الأخت ـ أخت المحضون.

٤) ثم الخالة عند الحنفية والشافعية والحنابلة خالة المحضون الشقيقة، ثم عند الحنفية والحنابلة والمالكية خالة لأم، ثم خالة لأب؛ لأن الشأن

---

[٥١] أبو بكر الصدِيق عبد الله بن أبي قحافة التيمي القرشي، وهو أول الخلفاء الراشدين، ومن كبار أصحاب الرسول مُحَمَّد ﷺ

[٥٢] أبو بكر بن أبي شيبة عبد الله بن مُحَمَّد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، ***الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار***، (الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٠٩هـ)، ١٨٠/٤

أن من كان من جهة الأم أشفق ممن كان من جهة الأب فقط. والأصح عند الشافعية تقديم خالة لأب، وعمة لأب على من كان من جهة الأم، لقوة الجهة كالأخت. وقدم المالكية كما سبق الخالة ثم الجدة لأب وإن علت على الأخت.

٥) ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ في رأي الحنفية والشافعية، فالصحيح عندهم أن الخالة أولى من بنات الأخت أو الأخ؛ لأن بنت الأخ تدلي بقرابة الذكر، والخالة تدلي بقرابة الأم، فكانت الخالة أولى. وبنت الأخ أولى من العمة؛ لأن بنت الأخ أقرب، لأنها ولد الأب، والعمة ولد الجد، فكانت بنت الأخ أقرب، فكانت أولى، وذلك كما يقدم ابن الأخ في الميراث على العم. ورأى المالكية والحنابلة أن العمة مقدمة على ابنة الأخ.

٦) ثم العمة اتفاقا عمة المحضون، ثم عمة أبيه وهي أخت جد المحضون[٥٣].

والخلاصة من ذلك أن ترتيب الحواضن من النساء في المذاهب كما يلي:

أ. الحنفية: الأم، ثم أم الأم ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخت ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العصبات بترتيب الإرث.

ب. المالكية: الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب وإن علت، ثم الأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم للوصي، ثم للأفضل من العصبة.

---

[٥٣] *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٧٢٩٨/١٠

ج. الشافعية: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصبات على ترتيب الإرث، فهم كالحنفية.

د. الحنابلة: الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الجد ثم أمهاته، ثم أخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب، ثم عمة، ثم خالة أم، ثم خالة أب، ثم عمته، ثم بنت أخ، ثم بنت عم أب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب[٥٤].

ثانيا من الرجال:

إن لم يكن للمحضون أحد من النساء المذكورات، انتقلت الحضانة إلى الرجال على ترتيب العصبات الوارثين المحارم: الآباء والأجداد وإن علوا، ثم الإخوة وأبناؤهم وإن نزلوا، فالأعمام ثم بنوهم عند الحنفية وغيرهم على الصحيح عند الشافعية. ولكن لا تسلم مشتهاة لذكر وارث غير محرم للمحضون كابن العم، فلا حق له في حضانة البنت المشتهاة اتفاقا تحرزا من الفتنة، وله حضانة الطفل. ثم إذا لم يكن للصغير عصبة من الرجال، انتقلت الحضانة عند الحنفية لذوي أرحام، فتكون للأخ لأم، ثم لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال الشقيق ثم لأم؛ لأن لهؤلاء ولاية في النكاح، فيكون لهم حق الحضانة[٥٥].

١) ورأى الحنفية أنه إذا اجتمع اثنان في درجة واحدة من القرابة كعمين، قدم الأورع، ثم الأسن غير الفاسق والمعتوه وابن عم لفتاة مشتهاة وهو غير مأمون.

---

[٥٤] *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٧٣٠١/١٠

[٥٥] *المرجع السابق*، ٧٣٠٣/١٠

٢) وقال المالكية: إن لم يكن واحد من الإناث السابقات تنتقل الحضانة للوصي، ثم للأخ الشقيق أو لأم أو لأب، ثم للجد لأب الأقرب فالأقرب ثم ابن الأخ المحضون، ثم العم فابنه. ولا حضانة لجد لأم ولا خال، ثم المولى الأعلى: وهو من أعتق المحضون، فعصبته نسبا، فمواليه، فالأسفل: وهو من أعتقه والد المحضون. ويقدم في المتساوين درجة كأختين وخالتين وعمتين بالصيانة والشفقة، فإن تساويا فالأسن.

٣) وقال الشافعية: إن استوى اثنان في القرابة والإدلاء كالأخوين أو الأختين أو الخالتين أوا لعمتين، أقرع بينهما؛ لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة، ولا مزية لإحداهما على الأخرى، فوجب التقديم بالقرعة. والأصح أنه إن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء، وللمحضون أقارب من رجال ذوي الأرحام ومن يدلي بهم، كالخال وأبي أم، فلا حضانة لهم، لفقد الإرث والمحرمية، أو لضعف القرابة، فلا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوي الأرحام وهم ابن البنت وابن الأخت وابن الأخ من الأم وأبو الأم، والخال، والعم من الأم؛ لأن الحضانة لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال، وهذا لا يوجد في ذوي الأرحام من الرجال.

٤) ورأى الحنابلة كالحنفية أن الحضانة عند فقد العصبات تثبت لذوي الأرحام الذكور والإناث، وأولاهم أبو أم، فأمهاته، فأخ لأم، فخال، ثم الحاكم يسلم المحضون لثقة يختاره[٥٦].

---

[٥٦] *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٧٣٠٣/١٠

د. شروط المستحقين للحضانة

الحضانة من الولايات والغرض منها صيانة المحضون ورعايته، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك، ولهذا يشترط الفقهاء شروطا خاصة لا تثبت الحضانة إلا لمن توفرت فيه، وهي أنواع ثلاثة: شروط عامة في النساء والرجال، وشروط خاصة بالنساء، وشروط خاصة بالرجال[٥٧]. وأما الشروط العامة فهي:

١) الإسلام. وذلك إذا كان المحضون مسلما، إذ لا ولاية للكافر على المسلم، وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه، وهذا شرط عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية، ومثله مذهب الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر، أما عند المالكية في المشهور عندهم وعند الحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى، فلا يشترط الإسلام إلا أن تكون المرأة مرتدة، لأنها تحبس وتضرب – كما يقول الحنفية – فلا تتفرغ للحضانة. أما غير المسلمة – كتابية كانت أو مجوسية – فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة

٢) البلوغ والعقل، فلا تثبت الحضانة لطفل ولا لمجنون، أو معتوه، لأن هؤلاء عاجزون عن إدارة أمورهم وفي حاجة لمن يحضنهم، فلا توكل إليهم حضانة غيرهم

٣) الأمانة في الدين، فلا حضانة لفاسق، لأن الفاسق لا يؤتمن، والمراد: الفسق الذي يضيع المحضون به، كالاشتهار بالشرب، والسرقة، والزنى واللهو المحرم، أما مستور الحال فتثبت له الحضانة.

---

[٥٧] *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٣٠٥/١٧

٤) القدرة على القيام بشأن المحضون، فلا حضانة لمن كان عاجزا عن ذلك لكبر سن، أو مرض يعوق عن ذلك، أو عاهة كالعمى والخرس والصمم، أو كانت الحاضنة تخرج كثيرا لعمل أو غيره وتترك الولد ضائعا، فكل هؤلاء لا حضانة لهم إلا إذا كان لديهم من يعنى بالمحضون، ويقوم على شؤونه، فحينئذ لا تسقط حضانتهم

٥) ألا يكون بالحاضن مرض معد، أو منفر يتعدى ضرره إلى المحضون، كالجذام، والبرص وشبه ذلك من كل ما يتعدى ضرره إلى المحضون.

٦) الرشد: وهو شرط عند المالكية والشافعية، فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون

٧) أمن المكان بالنسبة للمحضون الذي بلغ سنا يخشى عليه فيه الفساد، أو ضياع ماله، فلا حضانة لمن يعيش في مكان مخوف يطرقه المفسدون والعابثون[٥٨].

٨) واشترط المالكية أيضا ألا يسافر عن المحضون ولي المحضون أو تسافر الحاضنة سفر نقلة ستة برد[٥٩] فأكثر فإن أراد الولي أو الحاضنة السفر المذكور، كان له أخذ المحضون من حاضنته إلا أن تسافر معه، بشرط كون السفر لموضع مأمون وأمن الطريق[٦٠].

شروط خاصة بالنساء:

ويشترط في المرأة أيضا ما يأتي:

---

[٥٨] ***الموسوعة الفقهية الكويتية***، ٣٠٧/١٧

[٥٩] البريد العربي: ١٢ ميلا أو أربعة فراسخ، وتساوي ٢٢١٧٦ م، والميل ١٨٤٨

[٦٠] ***الفقه الإسلامي وأدلته***، ٧٣٠٩/١٠

١) ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه: وهو متفق عليه للحديث السابق: (أنت أحق به ما لم تنكحي) ولأنه يعامل الصغير بقسوة وكراهية، ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج. فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه وابن عمه وابن أخيه، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له حق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته.

٢) أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته وجدته: فلا حضانة لبنات العم أوالعمة، ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة إلى الصبي، لعدم المحرمية، ولهن عند الحنفية الحق في حضانة الأنثى.

٣) ألا تكون قد امتنعت من حضانته مجانا والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة. فإن كان الأب معسرا وقبلت قريبة أخرى تربيته مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة. وهذا شرط عند الحنفية.

٤) ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه ويكرهه، ولو كان قريبا له؛ لأن سكناها مع المبغض يعرضه للأذى والضياع[٦١].

شروط خاصة بالرجال:

ويشترط في الرجل الحاضن أيضا ما يأتي:

١) أن يكون محرما للمحضون إذا كان أنثى مشتهاة: وهي التي حدد الحنابلة والحنفية سنها بسبع، حذرا من الخلوة بها، لانتفاء المحرمية بينهما، وإن لم تبلغ حد الشهوة أعطيت له بالاتفاق؛ لأنه لا فتنة. فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة. وأجاز الحنفية إذا لم

---

[٦١] *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٧٣٠٩/١٠

يكن للبنت عصبة غير ابن عمها إبقاءها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمونا عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه. وكذلك أجاز الحنابلة تسليمها لغير محرم ثقة إذا تعذر غيره. وأجاز الشافعية تسليمها لغير محرم إن رافقته بنته أو نحوها كأخته الثقة، وتسلم لها لا له، إن لم تكن في رحله، كما لو كان في الحضر، أما لو كانت بنته أو نحوها في رحله، فإنها تسلم إليه، فتؤمن الخلوة.

٢) أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة؛ إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء. فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة وهذا شرط عند المالكية[٦٢].

هـ. حقوق الأطفال على الوالدين في الحضانة

١) اختيار أجمل الإسم، لأن الطفل سينادى به بين الناس في الدنيا، وينادى به يوم القيامة: فعن ابن عباس[٦٣] قال: قالوا: يا رسول الله، قد علمنا حق الوالد، فما حق الولد؟ قال: أن يحسن اسمه، ويحسن أدبه[٦٤].

٢) تربية الأطفال تربية إسلامية: فقال الله تعالى: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ)[٦٥]، ومن أهم

---

[٦٢] ***الفقه الإسلامي وأدلته***، ٧٣٠٩/١٠

[٦٣] عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم، صحابي جليل، وابن عم النبي ﷺ

[٦٤] أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني أبو بكر البيهقي، ***شعب الإيمان***، باب حقوق الأولاد والأهلين، رقم الحديث: ٨٢٩١ (الرياض: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، ١٣٢/١١

[٦٥] سورة التحريم، الآية: ٦

وأفضل وسائل الوقاية: تربية الأطفال على الفضائل، وإبعادهم عن الفواحش، وتعليمهم علوم الدين، وتدريبهم على الصلوات المكتوبة، وعلى العبادات الأخرى، وتفريق المضاجع بينهم. ويدل على ذلك: ما ورد عن رسول الله ﷺ قال: مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا، وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ[٦٦]، والوالد له مسؤول عن ذلك، فقد ورد عن رسول الله ﷺ قال: كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالأَمِيرُ رَاعٍ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ، وَالمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ زَوْجِهَا وَوَلَدِهِ، فَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ[٦٧].

٣) إعانة الأطفال على الخير: والإعانة تكون بالإحسان إليهم وهم صغار، وتوقيرهم إن بلغوا سن من يوقر، ولا يعمل بقولهم: من عرفك صغيرا لم يوقرك كبيرا، ولقد رأينا كثيرا من الآباء يحمل ولده ما لا يطيقه، فيلجئه إلى خلافه، ويعده عاقا وهو الباحث على حتفه بكفه[٦٨].

٤) إعطاء النفقة والرضاع على الأطفال: لقول الله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا

---

[٦٦] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، ***سنن أبي داود***، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم الحديث: ٤٩٥، ١٣٣/١

[٦٧] مُحَمَّد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، ***الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه***، باب الجمعة في القرى والمدن، رقم الحديث: ٥٢٠٠، ٣١/٧

[٦٨] مُحَمَّد بن إسماعيل بن صلاح بن مُحَمَّد الحسني الصنعاني، ***التنوير شرح الجامع الصغير***، (الرياض: مكتبة دار السلام، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م)، ٢٤٩/٦

لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)[٦٩]، وقوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى)[٧٠]. دلت الآيتان على إقامة حقوق الأطفال كالرضاع والنفقة عليهم.

و. أسباب سقوط الحضانة

تسقط الحضانة بوجود مانع منها، أو زوال شرط من شروط استحقاقها، كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، وكأن يصاب الحاضن بآفة كالجنون والعته، أو يلحقه مرض يضر بالمحضون كالجذام وغير ذلك مما سبق بيانه، أو بسبب سفر الولي أو الحاضن حسب ما هو مبين في مكانه. وقد تسقط الحضانة بسبب إسقاط المستحق لها. كذلك إذا أسقط الحاضن حقه ثم عاد وطلب أجيب إلى طلبه، لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة[٧١].

وإذا امتنعت الحضانة لمانع ثم زال المانع كأن عقل المجنون، أو تاب الفاسق، أو شفي المريض عاد حق الحضانة، لأن سبيلها قائم وأنها امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم طبقا للقاعدة المعروفة (إذا زال

---

[٦٩] سورة البقرة، الآية: ٢٣٣

[٧٠] سورة الطلاق، الآية: ٦

[٧١] *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٣١٣/١٧

المانع عاد الممنوع)[٧٢]. وهذا كله متفق عليه عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والشافعية والحنابلة واختلفوا في بعض التفصيلات[٧٣]، كما يلي:

١) فقال الحنابلة وهو المذهب عند الشافعية: إن حق الحضانة يعود بطلاق المنكوحة من أجنبي فور الطلاق، سواء أكان بائنا أم رجعيا دون انتظار انتهاء العدة وذلك لزوال المانع.

٢) وعند الحنفية والمزني من الشافعية أن حق الحضانة يعود فور الطلاق البائن أما الطلاق الرجعي فلا يعود حق الحضانة بعده إلا بعد انتهاء العدة.

٣) أما المالكية فإنهم يفرقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري. كما يلي:

١. فإذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري لا يقدر معه الحاضن على القيام بحال المحضون كمرض الحاضن أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة، أو سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفاء الحاضنة من المرض، أو عودة الولي من السفر، أو عودتها من أداء فريضة الحج، عادت الحضانة للحاضن، لأن المانع كان هو العذر الاضطراري وقد زال، وإذا زال المانع عاد الممنوع.

٢. وإذا زالت الحضانة لمانع اختياري كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي من المحضون ثم طلقت، أو أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة

---

[٧٢] مُحَمَّد عميم الإحسان المجددي البركتي، ***قواعد الفقه***، (كراتشي: الصدف ببلشرز، ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م)، ٥٧/١

[٧٣] ***الموسوعة الفقهية الكويتية***، ٣١٣/١٧

بإرادتها دون عذر، ثم أرادت العود للحضانة. فلا تعود الحضانة بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق للحاضن، وهو المشهور في المذهب وقيل: تعود بناء على أن الحضانة حق المحضون. لكنهم قالوا: إذا كانت الحضانة لا تعود للمطلقة إلا أنه من حق من انتقلت له الحضانة رد المحضون لمن انتقلت عنه الحضانة، فإن كان الرد للأم فلا مقال للأب، لأنه نقل لما هو أفضل، وإن كان الرد لأختها مثلا فللأب المنع من ذلك، فمعنى أن الحضانة لا تعود، أي لا تجبر من انتقلت لها الحضانة على رد المحضون، ولها الرد باختيارها [٧٤].

ز. مدة الحضانة

قد اتفق الفقهاء على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز[٧٥]، واختلفوا في بقائها بعد سن التمييز كما يلي:

١) الحنفية قالوا: مدة الحضانة للغلام قدرها بعضهم بسبع سنين، وبعضهم بتسع سنين، قالوا: والأول هو المفتى به، ومدتها في الجارية، فيها رأيان: أحدهما: حتى تحيض. ثانيهما: حتى تبلغ حد الشهوة، وقدر بتسع سنين، قالوا: وهذا هو المفتى به، فإذا كان الولد في حضانة أمه فلأبيه أن يأخذه بعد هذا السن، فإذا بلغ الولد عاقلاً رشيداً كان له أن ينفرد ولا يبقى في حضانة أبيه إلا أن يكون فاسد الأخلاق، فلأبيه ضمه وتأديبه، وإذا لم يكن له أب، فلأحد أقاربه

---

[٧٤] *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٣١٣/١٧

[٧٥] *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٧٣٢٢/١٠

أن يضمه إليه ويؤدبه متى كان مؤتمنا، ولا نفقة للبالغ إلا أن يتبرع والده بها، وإلا أن يكون طالب علم

٢) المالكية قالوا: مدة حضانة الغلام من حين ولادته إلى أن يبلغ، فإن كان له أم حضنته حتى يبلغ، ثم تسقط حضانتها، ولو بلغ مجنونا، ولكن تستمر نفقته على الأب إذا بلغ مجنونا، ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج، ويدخل بها الزوج بالفعل.

٣) الشافعية قالوا: ليس للحضانة مدة معلومة، فإن الصبي متى ميز بين أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما كان له، وكذا يخير بين أم وجد أو غيره، أو بين أب وأخت له من أم أو خالة، وله بعد اختيار أحدهما أن يتحول للآخر وإن تكرر منه ذلك، وإن اختارهما معا أقرع بينهما، وإذا سكت ولم يختر أحدا كان للأم.

٤) الحنابلة قالوا: مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنه يصح، وإن تنازعا خير الصبي، فكان مع من اختار منهما، بشرط أن لا يعلم أنه اختار أحدهما لسهولته وعدم التشدد عليه في التربية وإطلاق العنان له فيشب فاسدا، فإذا علم أن رغبة الولد هكذا فإنه يجبر على البقاء عند الأصلح[٧٦].

---

[٧٦] *الفقه على المذاهب الأربعة*، ٤/٥٢٤

الفصل الثاني: الحضانة في القوانين الوضعية

الحضانة على حسب القانون رقم ١ العام ١٩٧٤ عن الزواج، حضانة الطفل لا تعطى إلا لأب أو أم الطفل فقط. لذلك لا يمكن تقديم طلبية حضانة الطفل إلا من قبل أحد والدي الطفل إما الأب أو الأم. إن عطاء الحضانة على أحد والدي الطفل لا ينفي التزام أو مسؤولية الآخر للطفل الذي لا يحصل على الحضانة وعند حالة الطلاق تستمر سلطة الوالدين على الطفل، لذلك لا يسبب التوكيل على الطفل[٧٧].

إن التوكيل يظهر إن كانت سلطة الوالدين على الطفل تزول بسبب وفاة والدي الطفل أو بسبب إلغاء سلطة الوالدين بناء على قرار من المحكمة. ولا يمكن لجد أو جدة الطفل أن يشترك بالحضانة إلا من حيث التوكيل، لأن لا تزال سلطة الوالدين في الحضانة، فيمكن إلغاء سلطة أحد الوالدين أو كليهما إذا أهمل أحدهما أو كليهما مسؤوليتهما إلى أطفالهما و يرتكبان السيء. ويمكن تقديم طلبية إلغاء سلطة الوالدين من قبل أحد الوالدين إلى الآخر (الأم إلى أب الطفل أو الأب إلى أم الطفل) وجد أو جدة الطفل أو الأخ الكبير من الطفل[٧٨] .

وقد ذكر في فصل ٤١ الآية (أ) القانون رقم ١ العام ١٩٧٤ عن الزواج أن واجبة الوالدين على الطفل كما يلي:

a) Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada

[77] Vivi Kurniawati, ***Pengasuhan Anak***, (Jakarta: Rumah Fqh Publishing, 2018), 23
[78] Ibid., 23

perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusan.[79]

وقد ذكر في فصل ٤٥ الآية (١) و(٢) القانون رقم ١ العام ١٩٧٤ عن الزواج كما يلي:

1) Kedua orang tua wajib memelihara dan menddidik anak-anak mereka sebaik-baiknya
2) Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus.[80]

وهذه الواجبة مستمرة رغم أن الوالدين قد افترقا وأشار ذلك الفصل إلى عدم تحريم الطفل من حنان الوالدين ومحبتهما فوجود حضانة الطفل لأحد الوالدين قطع النزاع حول حضانة الطفل وإذا لم تقرر المحكمة الدينية حضانة الطفل فقد يؤدي إلى مستقبل الطفل ومصلحته لأن من أهداف الحضانة توصيل حنان الوالدين لطفلهما وليس منعه عنه، وبيان عمن أحق بالحضانة ذكر في فصل ١٠٥ مجموعة الأحكام الإسلامية كما يلي:

a) Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;
b) Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaanya;
c) Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.[81]

وقد ذكر في فصل ١٠٥ إلى أن تطبيق حضانة الطفل الذي لم يبلغ التمييز تفوض إلى أمه وهذا يناسب بالفقه الإسلامي. وأما خلافه في حد سن التمييز.

---

[79] Republik Indonesia, *Undang-undang R.I. Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*, Bab VIII, Pasal 41 (Permata Press), 90
[80] Republik Indonesia, *Undang-undang R.I. Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*, Bab X, Pasal 45 (Permata Press), 91
[81] *Kompilasi Hukum Islam*, Bab XIV Tentang Pemeliharaan Anak, Pasal 105 (Permata Press), 32

أن مجموعة الأحكام الإسلامية أثبتت أن الطفل مميز لديه حق الخيار بأن يسكن مع أبيه أو أمه في الثاني عشر من عمره على الأقل

ويختلف الفقهاء في حد سن التمييز، فقال الشافعية: ليس للحضانة مدة معلومة، فإن الصبي متى ميز بين أبيه وأمه، فإن اختار أحدهما كان له وقال الحنابلة: مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق أبواه أن يكون عند أحدهما فإنه يصح، وإن تنازعا خير الصبي، فكان مع من اختار منهما[٨٢].

وذكر في فصل ١٠٥ مجموعة الأحكام الإسلامية إن كان الطفل بلغ سن التمييز، فيرحب له أن يختار بين أمه أو أبيه ولو اختار الطفل أمه فمسؤولية النفقات الحضانة وأما نفقات الرضاعة فقد ذكرت في فصل ١٠٤ مجموعة الأحكام الإسلامية كما يلي:

1) Semua biaya penyusuan anak dipertanggung jawabkan kepada ayahnya. Apabila ayahya setelah meninggal dunia, maka biaya penyusuan dibebankan kepada orang yang berkewajiban memberi nafkah kepada ayahnya atau walinya.
2) Penyusuan dilakukan untuk paling lama dua tahun, dan dapat dilakukan penyapihan dalam masa kurang dua tahun dengan persetujuan ayah dan ibunya.[83]

دل هذا الفصل إلى أن جميع نفقات رضاعة الطفل تحت مسؤولة الأب وتجري مدة الرضاعة في حولين على الأكثر

---

[٨٢] *الفقه على المذاهب الأربعة*، ٤/٥٢٤

[83] *Kompilasi Hukum Islam*, Bab XIV Tentang Pemeliharaan Anak, Pasal 104 (Permata Press), 32

وذكر في فصل ٤١ (ب) القانون رقم ١ العام ١٩٧٤ عن النفقات كما يلي:

b) Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilaman bapak dalam kenyataannya tidak dapt memberi kewajiban tersebut pengadilan dapat menentukan bahwa ikut memikul biaya tersebut.[84]

وذكر في فصل ٩٨ مجموعة الأحكام الإسلامية عن حد عمر الطفل البالغ أو يستطيع الطفل سد حوائجه كما يلي:

1) Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
2) Orang tuanya mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar Pengadilan. [85]

دل هذا الفصل أن حد عمر الطفل البالغ أو القادر بسد حوائجه واحد وعشرون سنة

وأما في فصل ١٥٦ مجموعة الأحكام الإسلامية بيان الحضانة أوسع كما يلي:

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

a) Anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan hadhanah dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
    1. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu;

[84] Republik Indonesia, *Undang-undang R.I. Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*, Bab VIII, Pasal 41 (Permata Press), 90
[85] *Kompilasi Hukum Islam*, Bab XIV Tentang Pemeliharaan Anak, Pasal 98 (Permata Press), 31

2. ayah;
3. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah;
4. saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
5. wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.

b) Anak yang sudah mumayyiz berhak memilih untuk mendapatkan hadhanah dari ayah atau ibunya;
c) Apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohanianak, meskipun biaya nafkah dan hadhanah telah dicukupi, maka atas permintaann kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula;
d) Semua biaya hadhanah dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya,sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun)
e) Bilamana terjadi perselisihan mengenai hadhanah dan nafkah anak, Pengadilan Agama membverikan putusannya berdasrkan huruf (a),(b), dan (d);
f) Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.[86]

إذن على حسب مجموعة الأحكام الإسلامية إن الطفل الذي لم يبلغ سن التمييز أو لم يبلغ الثاني عشر من عمره يحصل على الحضانة من أمه وبعد سن التمييز فيمكن للطفل الإختيار لحصول على الحضانة من أبيه أو أمه. ومن بيان مجموعة الأحكام الإسلامية والقانون رقم ١ العام ١٩٧٤ عن الزواج، يمكن أن نستنتج بأنه لو حصل الطلاق فإن الأم أحق بحضانة الطفل ولأب مسؤول عن

[86] *Kompilasi Hukum Islam*, Bab XVII Tentang Akibat Putusnya Perkawinan, Pasal 156 (Permata Press), 47

نفقات الطفل إلى أن يبلغ الطفل وقادر على سد حوائجه ومقدار النفقة على حسب قدرة الأب أو يمكن أيضا أن تقررها المحكمة.

وهكذا فيما ينبغي للمحكمة الدينية فعلها لحماية الطفل كما ذكرت في فصل ١ رقم ٢ وفصل ٣ وفصل ١٣ وفصل ١٤ القانون رقم ٢٣ العام ٢٠٠٢ جونتو القانون رقم ٣٥ العام ٢٠١٤ عن حماية الطفل كما يلي: فصل ١ رقم ٢ عن حماية الطفل:

2) Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hakhaknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi, secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.[87]

وفصل ٣ عن هدف حماية الطفل:

Perlindungan anak bertujuan untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang berkualitas, berakhlak mulia, dan sejahtera.[88]

وفصل ١٣ عن حق الطفل:

1) Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak lain mana pun yang bertanggung jawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan:
   a. diskriminasi;
   b. eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual;

[87] Republik Indonesia, *Undang-undang R.I. Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak*, Bab I, Pasal 1
[88] Republik Indonesia, *Undang-undang R.I. Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak*, Bab II, Pasal 3

c. penelantaran;

d. kekejaman, kekerasan, dan penganiayaan;

e. ketidakadilan;

f. perlakuan salah lainnya.

2) Dalam hal orang tua, wali atau pengasuh anak melakukan segala bentuk perlakuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), maka pelaku dikenakan pemberatan hukuman.[89]

وفصل ١٤ عن حق الطفل:

Setiap anak berhak untuk diasuh oleh orang tuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir.[90]

وقد ذكر القانون رقم ٢٣ العام ٢٠٠٢ جونتو القانون رقم ٣٥ العام ٢٠١٤ عن حماية الطفل ووضح لنا أن حماية الطفل في حضانة الطفل لا بد تكون إهتماما فالمحكمة الدينية بحقها أن تغير وتقرر حق الحضامة إلى من أحق بها لأهمية مصلحة للطفل وهذا الملاحظة الأخيرة

وأن مجموعة الأحكام الإسلامية هي أمر رئيس الجمهورية الإندونيسية رقم ١ العام ١٩٩١ وأمره كما يلي:

أ. أن العلماء الإندونيسيين في المعتمر في جاكرتا بالتاريخ ٢ إلى التاريخ ٥ فبراير ١٩٨٨ قبلوا ثلاث خطط كتب مجموعة الأحكام الإسلامية: الكتاب الأول عن قانون الزواج، والكتاب الثاني عن قانون الورثة والكتاب الثالث عن قانون الوقف

[89] Republik Indonesia, *Undang-undang R.I. Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak*, Bab III, Pasal 13

[90] Republik Indonesia, *Undang-undang R.I. Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak*, Bab III, Pasal 14

ب. أن مجموعة الأحكام الإسلامية المذكورة في حرف أ من قبل إدارة الحكومة والمجتمع الذي يحتاج إليها يمكن أن يستخدمها كطريقة في إنهاء المشكلات في مجال المذكور

ج. لذلك مجموعة الأحكام الإسلامية في حرف أ تحتاج إلى النشر[٩١]

ثم بإشارة فصل ٤ (١) القانون الأساسي ١٩٤٥ " رئيس الجمهورية الإندونيسية يمسك السلطة الحكومية على حسب القانون الأساسي"، الرئيس يأمر وزير الشؤون الدينية لأجل كما يلي:

١. نشر مجموعة الأحكام الإسلامية التي تتكون من:

أ. الكتاب الأول عن قانون الزواج،

ب. والكتاب الثاني عن قانون الورثة

ج. والكتاب الثالث عن قانون الوقف

كما قبلها العلماء الإندونيسيين في المعتمر في جاكرتا بالتاريخ ٢ إلى التاريخ ٥ فبراير ١٩٨٨ لتستخدمها إدارة الحكومة والمجتمع الذي يحتاج إليها

٢. تنفيذ هذا الإرشاد بأحسن وبمسؤولية[٩٢]

ثم في تقرير وزير الشؤون الدينية عن تنفيذ أمر رئيس الجمهورية الإندونيسية رقم ١ العام ١٩٩١ مذكور كما يلي:

١. جميع وزارة الشؤون الدينية وإدارة الحكومة الأخرى لتنشر مجموعة الأحكام الإسلامية في مجال قانون الزواج، وقانون الورثة، وقانون الوقف كما يقصد في القول الأول من إرشاد رئيس الجمهورية

---

[91] Ahmad Rofiq**,** *Hukum Perdata Islam Di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2015), 22

[92] *Ibid.*, 23

الإندونيسية رقم ١ العام ١٩٩١ لتستخدمها إدارة الحكومة والمجتمع الذي يحتاج إليها في إنهاء المشكلات في مجال المذكور

٢. جميع دائرة إدارة المذكورة في القول الأول في إنهاء المشكلات في مجال قانون الزواج، وقانون الورثة، وقانون الوقف يلزم عليها تطبيق مجموعة الأحكام الإسلامية المذكورة جانب نظام القوانين الأخرى

٣. مدير تأسيس الشؤون الدينية ومدير إشراف المجتمع الإسلامي وشؤون الحج يسوق تنفيذ تقرير وزير الشؤون الدينية في مجال وظيفتهما

٤. هذا القرار يجري منذ المثبت

أن الكلمة "جانب نظام القوانين الأخرى" تدل وجود درجة واحدة بين مجموعة الأحكام الإسلامية بنظام القوانين عن الزواج رقم ١ العام ١٩٧٤، ونظام الحكومة رقم ٢٨ العام ١٩٩٧ عن وقف أرض الملك[٩٣].

[93] Ahmad Rofiq, *Hukum Perdata Islam Di Indonesia*, 24

الفصل الثالث: المصلحة

أ. تعريف المصلحة

المصلحة في اللغة: كالمنفعة وزنا ومعنى، فهي مصدر من صلح – يصلح – صلاحا والمنفعة مصدر من نفع – ينفع – نفعا. الصلاح: ضد الفساد أي نقيض الإفساد والمصلحة: اسم للواحد من المصالح[٩٤]، والصلاح هو: الخير والصواب في الأمر[٩٥].

والمصلحة في الإصطلاح: عرفها الغزالي[٩٦] بأنها: "المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو 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"[٩٧].

وعرفها البوطي[٩٨] بأنها: "المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها"[٩٩].

ومن التعارف فمفهوم أن المصلحة: هي المحافظة على مقصود الشرع أو المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من الضروريات الخمس: حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ العقل وحفظ النسل وحفظ المال.

---

[٩٤] ***لسان العرب***، ٥١٦/٢

[٩٥] أحمد بن مُحَمَّد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، ***المصباح المنير في غريب الشرح الكبير***، (بيروت: المكتبة العلمي)، ٣٤٥/١

[٩٦] مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد الغزالي الطوسي الشافعي، أبو حامد حجة الإسلام: فقيه أصولي، ومتصوف، وفيلسوف، مولده ووفاته في الطابران (قصبة طوس، بخراسان)

[٩٧] أبو حامد مُحَمَّد بن مُحَمَّد الغزالي الطوسي، ***المستصفى***، (دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م)، ١٧٤/١

[٩٨] مُحَمَّد سعيد رمضان البوطي (١٣٤٧– ١٤٣٤هـ/١٩٢٩– ٢٠١٣م)، وهو عالم سوري متخصص في العلوم الإسلامية

[٩٩] مُحَمَّد سعيد رمضان البوطي، ***ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية***، (مؤسسة الرسالة)، ٢٣/١

ب. أقسام المصلحة

تنقسم المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها إلى ثلاثة أقسام:

١) المصالح المعتبرة: هي المصالح التي قام الدليل الشرعي المعين على اعتبارها ورعايتها، ويرجع حاصلها إلى القياس وهو: اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع، ويدخل تحت هذا النوع جميع المصالح التي جائت الأحكام الشرعية لتحقيقها، كحفظ العقل الذي شرع الشارع لتحقيقه تحريم الخمر وكل مسكر وإيجاب الحد على شاربها، وحفظ النفس الذي شرع الشارع لتحقيقه تحريم القتل وإيجاب القصاص من القاتل المتعدي، وحفظ المال الذي شرع الشارع لتحقيقه تحريم السرقة وقطع يد السارق والسرقة، إلى غير ذلك من المصالح الضرورية والحاجية التي اعتبرها الشارع وشرع الأحكام لتحقيقها[١٠٠].

٢) المصالح الملغاة: هي المصالح التي ليس لها شاهد اعتبار من الشرع، بل شهد الشرع يردها وإلغائها وهذا النوع من المصالح مردود لا سبيل إلى قبوله، ولا خلاف في إهماله بين المسلمين[١٠١] مثل: مصلحة المرابي في زيادة ماله فقد ألغاه الشارع، قال الله تعالى: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ

---

[١٠٠] مُحَمَّد صدقي بن أحمد بن مُحَمَّد البورنو أبو الحارث الغزي، ***كشف الساتر شرح غوامض روضة الناظر***، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، ٥٤٠/١

[١٠١] مُحَمَّد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، ***مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية***، (دار ابن الجوزي، ١٤٣٩هـ)، ٥٠١/١

الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ)[١٠٢].

٣) المصالح المرسلة: هي المصالح التي لم يقم دليل شرعي معين على اعتبارها أو إلغائها، وهي المصالح التي سكت عنها الشارع ولم يرتب حكما معينا على وفقها أو خلافها[١٠٣]، مثل: جمع المصحف في عصر الصحابة رضوان الله عليهم. ويرى الجمهور من العلماء أن المصالح المرسلة حجة شرعية وأصل من الأصول التي يعتد بها في تشريع الأحكام، وعلى هذا الرأي الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب الفقهية، وقد اشترط العلماء للعمل بهذه المصلحة المرسلة كما يلي:

١. أن تكون هذه المصلحة من المصالح التي لم يقم دليل شرعي على اعتبارها أوإلغائها
٢. أن تكون المصلحة محققة لا موهومة بمعني أن يتحقق من أن تشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعا أو يدفع ضرا
٣. أن تكون المصلحة من المصالح العامة لا الخاصة
٤. أن لا يعارض هذه المصلحة نص شرعي معارضة حقيقية لا متوهمة
٥. أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها بحيث لو عرضت على أهل العقول السليمة لتلقتها بالقبول[١٠٤].

---

[١٠٢] سورة البقرة، الآية: ٢٧٥

[١٠٣] ***كشف الساتر شرح غوامض روضة الناظر***، ٥٤٢/١

[١٠٤] *المرجع السابق*، ٥٤٤/١

ج. مراتب المصلحة

تنقسم المصلحة من حيث قوتها في ذاتها إلى ثلاثة أقسام:

١) المصالح الضرورية: وهي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة الإنسانية في الدنيا، وفات النعيم وحل العقاب في الآخرة، وهي تنحصر بالاستقراء في المحافظة على الخمس: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال[١٠٥]. قال الشاطبي[١٠٦]: "فقد اتفقت الأمة بل سائر الملل على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس وهي: الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل"[١٠٧]. وقال الغزالي: "وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح"[١٠٨]. فالأدلة التي اشتملت على هذه الضروريات الخمس هي: قوله تعالى: (قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ (١٥١) وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (١٥٢) وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي

---

[١٠٥] محمد طاهر حكيم، ***رعاية المصلحة والحكمة في تشريع نبي الرحمة (ﷺ)***، (الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة)، ٢٠٦/١

[١٠٦] إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، هو أصولي حافظ من أهل غرناطة وكان من أئمة المالكية

[١٠٧] إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ***الموافقات***، (دار ابن عفان، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ٣١/١

[١٠٨] ***المستصفى***، ١٧٤/١

مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ)[١٠٩]. فقد اشتملت هذه الآيات الكريمة على العناية بالضروريات الخمس، فقد ورد فيها حفظ الدين وذلك في قوله تعالى: (ولا تشركوا به شيئا)، وحفظ النفس في قوله تعالى: (ولا تقتلوا أولادكم من إملاق)، وفي قوله تعالى: (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق)، ودلالة هذه من وجهين: الوجه الأول: النهي عن قتل النفس التي حرم الله بغير حق، والوجه الثاني: ما يفهم من شرع قتل النفس التي حرم الله بالحق فإن في قتل النفس بالحق حفظا للنفس في باب القصاص، وحفظا للدين في باب الردة وحفظا للنسل في باب الرجم، وحفظ النسل في قوله تعالى: (ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن)، ومن أعظم الفواحش الزنا الذي وصفه الله تعالى في آية أخرى بأنه فاحشة كما قال تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)[١١٠]، وحفظ المال في قوله تعالى: (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده)، وقوله عز وجل: (وأوفوا الكيل والميزان بالقسط)، وأما حفظ العقل فإنه يؤخذ من مجموع التكليف بحفظ الضرورات الأخرى، لأن الذي يفسد عقله لا يمكن أن يقوم بحفظ تلك الضرورات، كما أمر الله سبحانه وتعالى، ولعل في قوله سبحانه وتعالى في ختام الآية الأولى: (ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون) ما يدل على ذلك[١١١].

---

[١٠٩] سورة الأنعام، الآية: ١٥١-١٥٣

[١١٠] سورة الإسراء، الآية: ٣٢

[١١١] عبد الله قادري الأهدل، ***الإسلام وضرورات الحياة***، (دار المجمع)، ١١/١

٢) المصالح الحاجية: وهي رفع المشقة ودفع الحرج والضيق عن الناس فبفقدها لا تختل حياتهم، بل يصيبهم حرج وضيق لا يبلغان مبلغ الفساد المتوقع في فقد الضروريات، كتيسير حاجاتهم بإباحة البيع والإجارة ونحوهما، وتخفيف التكاليف عنهم بقصر الصلاة والفطر في رمضان للمسافر وإباحة المسح على الخفين، ونحو ذلك.

٣) المصالح التحسينية: وهي مالا يدخل في النوعين السابقين، بل يرجع إلى اجتناب ما لا تألفه العقول الراجحات، وإلى الأخذ بمحاسن العادات وما تقتضيه المروءات ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات، مثل ستر العورة وأخذ الزينة عند كل مسجد، والأخذ بآداب الأكل والشرب وتجنب الإسراف والامتناع عن بيع النجاسات وما أشبه ذلك[١١٢]

د. جلب المصلحة ودرء المفسدة

قد نزل الله تعالى شريعته للناس أجمعين لمصلحة لهم، قال العز بن عبد السلام[١١٣]: "الشريعة كلها مصالح: إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح، فإذا سمعت الله يقول: (يا أيها الذين آمنوا)، فتأمل وصيته بعد ندائه، فلا تجد إلا خيرا يحثك عليه أو شرا يزجرك عنه، أو جمعا بين الحث والزجر، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفاسد حثا على اجتناب المفاسد وما في بعض الأحكام من المصالح حثا على إتيان المصالح"[١١٤].

---

[١١٢] ***رعاية المصلحة والحكمة في تشريع نبي الرحمة (ﷺ)***، ٢٠٦/١

[١١٣] عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، وكان يلقب بسلطان العلماء، وفقيه أصولي الشافعي

[١١٤] أبو مُحَمَّد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، ***قواعد الأحكام في مصالح الأنام***، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية)، ١١/١

وإذا اجتمعت المصالح والمفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالا لأمر الله تعالى فيهما[١١٥] لقوله سبحانه وتعالى: (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَاسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَأَنْفِقُوا خَيْرًا لِأَنْفُسِكُمْ وَمَنْ يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ)[١١٦].

وإذا لم يمكن تحصيل المصالح إلا بارتكاب بعض المفاسد فينظر في هذه الحالة إلى الغالب منهما: فإن كان الغالب المصلحة لم ينظر إلى المفسدة اللاحقة بها، وإن كان الغالب المفسدة لم ينظر إلى المصلحة[١١٧].

وقال العز بن عبد السلام: "وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة، قال الله تعالى: (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ)[١١٨]، حرمهما لأن مفسدتهما أكبر من منفعتهما"[١١٩].

وإذا تساوت المصلحة والمفسدة فتقدم المفسدة كما في القاعدة الفقهية: (درء المفاسد أولى من جلب المصالح)[١٢٠]، وقال السيوطي[١٢١]: "إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، قدم دفع المفسدة غالبا، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد

---

[١١٥] ***قواعد الأحكام في مصالح الأنام***، ٩٨/١

[١١٦] سورة التغابن، الآية: ١٦

[١١٧] ***مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية***، ٣٨٣/١

[١١٨] سورة البقرة، الآية: ٢١٩

[١١٩] ***قواعد الأحكام في مصالح الأنام***، ٩٨/١

[١٢٠] تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ***الأشباه والنظائر***، (دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ/١٩٩١م)، ٤٥٥/١

[١٢١] عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين، والسيوطي نسبة إلى أسيوط مدينة في صعيد مصر، وعالم في الحديث والفقه والتفسير والتاريخ واللغة والأدب وغيرها من العلوم الشرعية

من اعتنائه بالمأمورات"[١٢٢]، ولذلك قال الله تعالى: (ولا تَسُبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ من دوُنِ اللهِ فَيَسُبُّوا اللهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ)[١٢٣]، وقال ﷺ: (فَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِالشَّيْءِ فَخُذُوا بِهِ مَا اسْتَطَعْتُمْ، وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَاجْتَنِبُوهُ)[١٢٤].

[١٢٢] عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، ***الأشباه والنظائر***، (دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ/١٩٩٠م)، ٨٧/١

[١٢٣] سورة الأنعام، الآية: ١٠٨

[١٢٤] أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، ***السنن الصغرى للنسائي***، باب وجوب الحج، رقم الحديث: ٢٦١٩، (حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، ١١٠/٥