وفي الحديث دليل على ثبوت حق الحضانة للأم الكافرة وإن كان الولد مسلما إذ لو لم يكن لها حق لم يقعده النبي صلى ا عليه وسلم بينهما وإلى هذا ذهب أهل الرأي والثوري وذهب الجمهور إلى أنه لا حق لها مع كفرها قالوا لان الحاضن يكون حريصا على تربية الطفل على دينه ولأن ا تعالى قطع الموالاة بين الكافرين والمسلمين وجعل المؤمنين بعضهم أولى ببعض وقال ولن يجعل ا للكافرين على المؤمنين سبيلا والحضانة ولاية لا بد فيها من مراعاة مصلحة المولى عليه كما عرفت قريبا وحديث رافع قد عرفت عدم انتهاضه وعلى القول بصحته فهو منسوخ بالآيات القرآنية هذه وكيف تثبت الحضانة للأم الكافرة مثلا وقد اشترط الجمهور وهم الهادوية وأصحاب أحمد والشافعي عدالة الحاضنة وأنه لا حق للفاسقة فيها وإن كان شرطا في غاية من البعد ولو كان شرطا في الحاضنة لضاع أطفال العالم ومعلوم أنه لم يزل منذ بعث ا رسوله صلى ا عليه وسلم إلى أن تقوم الساعة أطفال الفساق بينهم يربونهم لا يتعرض لهم أحد من أهل الدنيا مع أنهم الأكثرون ولا يعلم إنه انتزع طفل من أبويه أو أحدهما لفسقه فهذا الشرط باطل لعدم العمل به نعم يشترط كون الحاضن عاقلا بالغا فلا حضانة لمجنون ولا معتوه ولا طفل إذ هؤلاء يحتاجون لمن يحضنهم ويكفيهم وأما اشتراط حرية الحاضن فقالت به الهادوية وأصحاب الأئمة الثلاثة وقالوا لأن المملوك لا ولاية له على نفسه فلا يتولى غيره والحضانة ولاية وقال مالك في حر له ولد من أمته إن الأم أحق به ما لم تبع فتنتقل فيكون الأب أحق به واستدل بعموم حديث لا توله والدة عن ولدها وحديث من فرق بين والدة وولدها فرق ا بينه وبين أحبته يوم القيامة أخرج الأول البيهقي من حديث أبي بكر وحسنة السيوطي وأخرج الثاني أحمد والترمذي والحاكم من حديث أبي أيوب وصححه الحاكم قال ومنافعها وإن كانت مملوكة للسيد فحق الحضانة مستثنى وإن استغرق وقتا من ذلك كالأوقات التي تستثنى للمملوك في حاجة نفسه وعبادة ربه وعن البراء بن عازب أن النبي صلى ا عليه وسلم قضى في ابنة حمزة لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم أخرجه البخاري وأخرجه أحمد من حديث علي رضي ا عنه فقال والجارية عند خالتها فإن الخالة والدة وعن البراء بن عازب رضي ا عنه أن النبي صلى ا عليه وسلم قضى في ابنة حمزة لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم أخرجه البخاري وأحمد من حديث علي رضي ا عنه قال والجارية عند خالتها فإن الخالة والدة الحديث دليل على ثبوت الحضانة للخالة وأنها كالأم ومقتضاه أن الخالة أولى من الأب ومن أم الأم ولكن خص ذلك الإجماع وظاهره أن حضانة المرأة المزوجة أولى من الرجال فإن عصبة المذكورة من الرجال موجودون طالبون للحضانة كما دلت له القصة واختصام علي رضي ا عنه

وجعفر وزيد بن حارثة وقد سبقت وأنه قضى بها للخالة وقال الخالة بمنزلة الأم وقد وردت رواية في القصة أنه صلى ا عليه وسلم قضى بها لجعفر فاستشكل القضاء بها لجعفر فإنه ليس محرما وهو وعلي رضي ا عنهما سواء في القرابة لها وجوابه أنه صلى ا عليه وسلم قضى بها لزوجة جعفر وهي خالتها فإنها كانت تحت جعفر لكن لما كان المنازع جعفرا