

المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني

مسألة وفصول سقوط حق الأم في الحضنة بتزوجها وبيان من يكون أحق بالحضنة .

مسألة : قال : فإن لم تكن أم أو تزوجت الأم فأم الأب أحق من الخالة .

في هذه المسألة فصلان : الفصل الأول : أن الأم إذا تزوجت سقطت حضنتها قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح وهو قول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج .

ونقل مهنا عن أحمد : [إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها قيل له فالجارية مثل الصبي ؟ قال لا الجارية تكون معها إلى سبع سنين] فظاهر أنه لم يزل الحضنة عن الجارية لتزويج أمها وأزالها عن الغلام ووجه ذلك ما [روي أن عليا وجعفرنا وزيد بن حارثة تنازعوا في حضنة ابنة حمزة فقال علي : ابنة عمي وأنا أخذتها وقال زيد : بنت أخي لأن رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة وقال جعفر : بنت عمي وعندي خالتها فقال رسول الله ﷺ : الخالة أم وسلمها إلى جعفر] رواه أبو داود بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضنة وهي مزوجة .

والرواية الأولى هي الصحيحة قال ابن أبي موسى : عليها العمل [قول رسول الله ﷺ للمرأة : أنت أحق به ما لم تنكحي] ولأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضنة فكان الأب أحظ له ولأن منافعتها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة فأما بنت حمزة فإنما قضى لها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضنة ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضنة فكان أولى وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضنة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضنتها لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان في الحضنة وأحدهما متزوج للأم أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضنة قدم بها لذلك وظاهر قول الخرقى أن التزويج بأجنبي يسقط الحضنة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك لأن به تشتغل عن الحضنة .

ووجه الأول [قول النبي ﷺ : أنت أحق به ما لم تنكحي] وقد وجد النكاح قبل الدخول ولأن بالعقد يملك منافعتها ويستحق زوجها منعها من حضنته فزال حقها كما لو دخل بها .

الفصل الثاني : إن الأم إذا عدت أو تزوجت أو لم تكن من أهل الحضنة واجتمعت أم أب وخاله فأم الأب أحق وبه قال أبو حنيفة و الشافعي في الجديد وحكي ذلك عن مالك و أبي ثور وروي عن أحمد أن الأخت والخاله أحق من لأب فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب

وهو قول الشافعي القديم لأنها تدلي بأم وأم الأب تدلي به فقدم من يدلي بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب ول [أن النبي A قضى ببنت حمزة لخالتها وقال : الخالة أم] . ولنا أن أم الأب جدة فقدمت على الخالة كأم الأم ولأن لها ولادة ووراثة فأشبهت أم الأم فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقا في الجملة وليس النزاع فيه إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع وقولهم تدلي بأم قلنا لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة فأما أم أبي الأم فلا حصانة لها لأنها تدلي بأبي الأم ولا حصانة له ولا من أدلى به .

فصل : فإن اجتمعت أم أم وأم أب فأما الأم أحق وإن علت درجتها لأن لها ولادة وهي تدلي بالأم التي تقدم على الأب فوجب تقديمها عليها كتقديم الأم على الأب وعن أحمد أن أم الأب أحق وهو قياس قول الخرقي لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم وخالة الأب أخت أمه وخالة الأم أخت أمها فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها وذلك لأنها تدلي بعصبة مع مساواتها للآخرى في الولادة فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم وإنما قدمت الأم على الأب لأنها التي تلي الحصانة بنفسها فكذلك أمه فإنها أنثى تلي بنفسها فقدمت لما ذكرناه