نقل الحضانة من الأم في منظور الفقه الإسلامي عند المذهب الشافعي والقانون الأندونيسي

Riska Binti Nashrun
Sekolah Tinggi Ilmu Islam dan Bahasa Arab (STIBA) Makassar-Indonesia
E-Mail: riskan72@yahoo.co.id

M. Muinudinillah Basri
Fakultas Agama Islam Universitas Muhammadiyah Surakarta
E-Mail: m.muin@ums.ac.id

Abstract: *Mother is the person most entitled to the care of her children as stated in Islamic laws and shari'ah, and this is in line with the nature of a mother who is very fond of their children and mother is the most patient person with their children but there is quite a worrying problem happening in the midst of our society, where there are many cases of mistreatment of children coming from their mothers, not even a few that lead to death. Found in marriage law No. 1 of 1974 and Presidential Decree on Compilation of Islamic law number 1 of 1999 the articles regulating the causes of a mother not getting custody of her child, the author tries to analyze the articles and compare it with the view of mazhab syafi 'i. And the results of the author's analysis shows the similarities between the articles that regulate the transfer of custody of the child from the mother contained in the two laws above with the view of mazhab syafi'i if compared to the eyes of maqasid syari'ah where the articles aimed at maintaining the safety children of hifzu nafs and hifzul aql. But there is a fundamental difference between mazhab syafi'i school and the law that is: in syafi'i school set some conditions for the mother as child custody holder while in the law there is no article that regulates about it. And in syafi'i madhhab mentioned some things that cause the move custody of the child from mother whose purpose is to keep aqidah children to keep straight hifzu addin, keep safety of mother hifzu nafsil ummi and keep honor father hifzu 'irdil abi where purpose of cause - because the intended is not contained in the articles contained in the law.And the authors conclude that the Articles contained in the law that regulate the move of custody of the child from the mother need addition to be more effective in overcoming the problems that occur in the community, especially cases of mistreatment of mothers against their children.*

Keywords: *Child custody, Mother, Law, Shafi'i School*

Abstrak: *Ibu adalah orang yang paling berhak terhadap pangasuhan anak-anaknya sebagaimana tertuang dalam undang-undang dan syari'at islam, dan hal ini sejalan dengan fitrah seorang ibu yang sangat menyayangi anak-anak dan ibu adalah sosok yang paling sabar menghadapi anak-anak dibandingkan orang lain, akan tetapi ada permaslahan yang cukup menghawatirkan terjadi ditengah-tengah masyarakat kita, dimana didapati banyaknya kasus penganiayaan terhadap anak-anak yang datang dari ibu mereka, bahkan tidak sedikit yang berujung pada kematian. Didapati dalam undang-undang Perkawinan nomor 1 tahun 1974 dan Keputusan presiden tentang Kompilasi hukum islam nomor 1 tahun 1999 pasal-pasal yang mengatur sebab-sebab seorang ibu tidak mendapatkan hak asuh anaknya, penulis mencoba menganalisa pasal-pasal tersebut dan membandingkanya dengan pandangan mazhab syafi'i. Dan hasil analisa penulis menunjukan adanya kesamaan antara pasal-pasal yang mengatur tentang pindahnya hak asuh anak dari ibu yang terdapat pada kedua undang-undang diatas*

dengan pandangan mazhab syafi'I, jika keduanya dibandingkan menurut kacamata maqasid syari'ah dimana didapati pasal-pasal yang mengatur pindahnya hak asuh ibu terhadap seorang anak dan pendapat para ahli fiqhi dalam mazhab syafi'i sama-sama bertujuan untuk menjaga keselamatan anak atau hifzu nafs dan hifzul aql. Namun terdapat Perbedaan antara mazhab syafi'i dan undang-undang yaitu: dalam mazhab syafi'i ditetapkan beberapa syarat bagi ibu sebagai pemegang hak asuh anak sedangkan dalam undang-undang tidak ada pasal yang mengatur tentang hal tersebut. Dan dalam mazhab syafi'i disebutkan beberapa hal yang menyebabkan pindahnya hak asuh anak dari ibu yang tujuan nya untuk menjaga aqidah anak-anak agar tetap lurus hifzu addin, menjaga keselamatan ibu hifzu nafsil ummi dan menjaga kehormatan ayah hifzu 'irdil abi dimana tujuan dari sebab-sebab yang dimaksudkan tidak terkandung dalam pasal-pasal yang terdapat dalam undang-undang. Sekalipun terdapat beberapa perbedaan antara mazhab syafi'i dan kedua undang-undang diatas, tetapi pasal-pasal yang mengatur tentang pindahnya hak asuh anak dari ibu tidak menyelisihi dalil-dalil yang sharih dalam Al-qur'an maupun hadits-hadits Rasulullah SAW, dan walaupun demikian menurut penulis Pasal-pasal yang dimaksud tetap memerlukan penambahan agar lebih jelas dan efektif dijadikan sebagai landasan hukum dalam memutuskan perkara di pengadilan agama.

Kata Kunci: *Hak asuh anak, Ibu, Undang-Undang, Mazhab syafi'i*

الملخص: إن أولى الناس في حضانة الولد المحضون أم لشفقتها وصبرها على أعباء الرعاية والتربية ولكن ومن الوقائع المؤسفة التي تناقض فطرة الأم قد حدثت بمجتمعنا اليوم, أن وجد واعتداء واعدام نحو الأولاد من الأم. ولحل المشكلة وضع في القانون مواد تنص على أسباب نقل الحضانة من الأم وذالك في القانون الوضعي الأندونيسي الرقم الأول سنة ١٩٧٤ عن الزواج وفي قرار رئيس الجمهور الرقم ١ عام ١٩٩١ عن أحكام الأحوال الشخصية, وقارن الباحث تلك الأسباب المنصوصة في القانونين بنظرة المذهب الشافعي. وينتج من البحث أن مضمون الأسباب المنصوصة في القانون متفقة بالأسباب المنصوصة من المذهب الشافعي نظرا إلى تحقق مصلحة حفظ نفس المحضون وحفظ عقله وراء هذه الأسباب. واتفق القانون بالمذهب بأن المحضون المميز يخير بين أمه وأبيه. وورد الخلاف بين القانون والمذهب أبرزها الخلاف في شروط الحاضن ومواد القانون عامة بينما نصوص المذهب مقيدة وأن فقهاء المذهب يراعي تحقق مصلحة حفظ دين المحضون وحفظ نفس الأم وحفظ عرض الأب بينما مادة القانون تغفل عنها, ولكن مع هذا لم يكن الخلاف بينهما خلافا حقيقيا لأن مادة القانون لم تكن تخالف الأدلة الصريحة من الكتاب ولا من السنة حيث أنها مستمدة من الشريعة الإسلامية كذالك, إلا أن المواد التي تبين أسباب نقل الحضانة من الأم ناقصة تحتاج إلى زيادة من البيان أو زيادة في بعض المواد لتكون أوضح كونها مصدرا في القضاء بالمحكمة الدينية.

الكلمة الرئيسية: الأم, نقل الحضانة, القانون الأندونيسي, المذهب الشافعي

المقدمة

جعل الشارع الأم أولى الناس بحضانة المحضون لوفور شفقتها، وصبرها على أعباء الرعاية والتربية ولأنها ألين بحضانة الأطفال ورعايتهم وأقدر على بذل ما يحتاجون إليه من العاطفة والحنو. كما روي عن عبدالله بن عمرو – رضي الله عنه –: أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، جاءته امرأة، فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا، كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحجري له حواءً، وإن أباه طلّقني، وأراد أن ينزعه منّي، فقال لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: « أنت أحق به ما لم تنكحي»[1]. لما كانت الأم أحق الناس بالحضانة فالأولى أن يستقر المحضون مع أمه ولكن من الوقائع المؤسفة المتناقضة بفطرة الأم حدثت بمجتمعنا اليوم أن وجد التعذيب نحو الأولاد المحضونين من قبل الأم مما يؤدي إلى هلاكهم وضياعهم كما تشهد البينات الصادرة من مجمعة حماية الأطفال) KPAI (أن الإعتداء على الأطفال خلال سنة ٢٠١٦ بلغ ٧٠٢ قضية ٥٥٪ منها من قبل الأم[2] أما البينات الصادرة من هيئة حماية الأطفال LPAI سجل ١١٤ قضية اعتداء على الأولاد خلال سنة ٢٠١٧ و٢٤ اعتداء من قبل الأم[3].

انطلاقا لما سبق يهمنا أن نعرف أسباب نقل الحضانة من الأم في منظور القانون الأندونيسي، هل مواد القانون التي تنص فيها أسباب نقل الحضانة من الأم تمثل الأمثل؟ ولماذ مع وجود هذه المواد لم تتوقف قضية اعتداء الأم نحو ولدها المحضون بل تزداد من حين بعد حين إذ النتيجة المرجوة تمثل والأنظمة الصالحة والنظرية الصالحة، لنقف على الإجابة قارن الباحث نظرة القانون بالفقه الإسلامي واختار الباحث نظرة المذهب الشافعي حيث أنه اكثر انتشارا وعملا بأندونيسيا.

وبناء لما سبق من خلفية البحث يتوصل الباحثة إلى مشكلات البحث التي

1 وأخرجه أبو داود و هذا لفظه ،أنظر: أبو داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني، سنن أبي داود ، المحقق: شعَيب الأرنؤوط – محَمَّد كامِل قره بللي ، (دار الرسالة العالمية ، الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ – ٢٠٠٩ م ، ج ٣ ، ص ٥٨٨ ،رقم ٢٢٧٦)

2 http://m.republika.co.id/berita/gaya-hidup/parenting/16/12/22/oila9u282-kpai-jumlah-ibu-yang-menjadi-pelaku-kekerasan-anak-meningkat [13/4/2018 19:22] WIB

3 https://www.viva.co.id/gaya-hidup/parenting/991621-orang-tua-pelaku-terbanyak-kekerasan-pada-anak [13/4/2018 20:56] WIB

ستقوم بحلها نحو الأتي: 1. ما نظرة الفقه الإسلامي عند المذهب الشافعي والقانون الأندونيسي في حق الحضانة ؟ 2. ما هي أسباب نقل الحضانة من الأم في منظور الفقه الإسلامي عند المذهب الشافعي والقانون الأندونيسي ؟ ويهدف هذا البحث إلى إجابة مشاكل البحث: 1. الوقوف على نظرة الفقه الإسلامي عند المذهب الشافعي والقانون الأندونيسي في الحضانة. 2. المقارنة بين الفقه الإسلامي عند المذهب الشافعي والقانون الأندونيسي للحصول على أصلح نظرة عند نقل الحضانة من الأم.

منهج البحث

للحصول على أهداف البحث ينبغي على الباحث أن يستخدم المناهج المناسبة بالموضوع ويعتمد الباحث على أسس الآتية وهي

١. نوع البحث: هذا البحث مكتبي أو هو بحث المعلومات والبينات من الكتب المستمدة ذات علاقة بموضوع البحث والبحوث العلمية والإنترنيت وغير ذالك

٢. صفة البحث: هذا بحث تحليلي مقارنة وهو أن يستخدم الباحث من الحقائق المجموعة بحثا علميا تابعا للنظام ثم يحلله مع المقارنة بين رأيين

٣. مصادر البينات: وهو المصادر المتعلقة بالمعلومات، ويرجع الباحث في بحثه إلى المصدرين الآتيين:

أ. البينات الأساسية هي كتب الفقة الشافعي أبرزها الأم لإمام الشافعي وروضة الطالبين ومنهاج الطالبين كلاهما للنووي وكتب شروح المنهاج منها أبرزها تحفة المحتاج لإبن حجر الهيتمي ونهاية المحتاج لشمس الدين الرملي ومغني المحتاج للخطيب الشربيني. ونسخة القانونين الأول القانون الأندونيسي الرقم الأول سنة ١٩٧٤ عن الزواج والثاني قرار رئيس الجمهور الرقم الأول سنة ١٩٩١ عن أحكام الأحوال الشخصية

ب. البينات الثانوية: من كتب فقه الإختلاف في المذهب الشافعي أبرزها الحاوي الكبير للماوردي وفتح العزيز للرافعي والمجموع للنووي والمهذب لأبي اسحاق الشيرازي، ومن الرسائل العلمية ومن موقع الإنترنيت.

٤. طريقة تحليل المعلومات، والطريقة التي استخدمها الباحث لتحليل المعلومات المجموعة هي كالتالية:

أ. الطريقة الإستقرائية (Deduktif) وهو منهج الإستنباط والإستنتاج حيث يبدأ الباحث بجمع الحقائق الخاصة ثم استنبط منها الفكرة العامة وستخدمها الباحث في معرفة حقيقة الحضانة عند المذهب وحقيقة الحضانة عند القانون

ب. الطريقة الإستدلالية (Induktif) وهي التفكير التي يبدأ من الحكم الكلي ثم الإنتقال إلى الشواهد الجزئية من العام إلى الخاص يستخدم الباحث هذه الطريقة لبيان علاقة أسباب نقل الحضانة من الأم بالمقاصد الشرعية

ج. تحليل الوصف المقارن (Deskripsi Komparatif) وهو أن يستخرج الباحث من الحقائق المجموعة بحثا علميا تابعا بالنظام ثم يحلله مع المقارنة بين رأيين وأكثر، استخدمها الباحث في كشق أوجه الإختلاف والإتفاق بين القانون والمذهب.

الإستنتاج والمبحث

المبحث الأول: حقيقة الحضانة عند المذهب الشافعي والقانون الأندونيسي

إن أول من عرف الحضانة في المذهب الشافعي هو إمام الحرمين الجويني، ثم الرافعي، ومنهم من جاء بصيغ مختلفة إلا أنه قريب إلى معنى تعريف الرافعي ،وتدور تعريفهم حول صيغة تعريف الرافعي وهي»حفظ أو تربية من لا يستقل بأمره» «وتربية من لا يميز» ،لكن لو اطلعنا إلى تعريفات فقهاء المذهب بعضهم قيد التعريف بما قبل التمييز بقول»تربية من لا يميز» فيستلزم من هذا أن معنى الحضانة مقتصرة بما قبل التمييز، فيفهم منه أن الحضانة حق خالص للأم حيث أن الأم أحق بحضانة المحضون قبل بلوغ سن التمييز أو سن الإختيار،على هذا جدير بأن يقال أن ليس للأب حق في الحضانة أصلا بهذا المصطلح لأن ما بعد التمييز لا يدخل في مسمى الحضانة بل يسمى كفالة عند بعض فقهاء المذهب وأول من أطلق هذا المصطلح هو الإمام الماوردي في كتابه الحاوي وتبعه بعد ذالك فقهاء المذهب[4].وقال ابن حجر الهيتمي أن التفريق بين الحضانة والكفالة خلاف لفظي[5] ولذالك نرى أن الأولى ألا يقيد التعريف بما قبل التمييز ليشمل فيه معنى الكفالة والحضانة، واختار الباحث تعريف الحضانة عند النووي في كتابه «منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه» حيث قال «**الحضانة حفظ من لا يستقل وتربيته**» لإيجاز لفظه وشمول معناه، وخصوصا أن هذا التعريف أقرب إلى مقصود الباحث في الموضوع.

لم يقف الباحث على تعريف الحضانة في نصوص القانون الأندونيسي في حدود ما اطلع عليه من مراجع، ويظن الباحث أن سبب ذالك أن مادة الحضانة لم تتحد في باب واحد بل أن موضوعاتها متفرقة. لذالك حاول الباحث اخراج معنى الحضانة مستنبط من مادة القانون، ويظن الباحث أن الحضانة عند القانون تدور معناها حول: «**حفظ وتربية الأولاد**» كما ذكر في القانون الأندونيسي الرقم الأول سنة ١٩٧٤ عن الزواج الباب الخامس المادة ٤٥ البند الأول «يجب على الوالدين حفظ وتربية أولاحدها» وهذا التعريف يوافق تعريف الحضانة لغوية وقريب إلى التعريف الإصطلاحي للمذهب.

في حدود ما الطلع الباحث من مراجع ليس في القرآن ولا في الحديث دليل صريح على تدل على وجوب الحضانة وهي في هذه المثابة جدير بأن يقال أن الحضانة ظنية الدلالة، ورغم كونها من الأدلة الظنية لكن الحضانة داخلة تحتى أصل قطعي ، حيث اضرار الولد مثبوت منعه في الشريعة،ومن الأدلة التي تؤيد هذا القول : قوله تعالى: «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا»[6]

المبحث الثاني: أسباب نقل الحضانة من الأم عند المذهب الشافعي والقانون الأندونيسي

---

4 الإمام الماوردي أول من فرق بين الكفالة والحضانة وتبعه فقهاء المذهب، حيث يقول ما قبل التمييز سمي الحضانة وبعد التمييز إلى سن البلوغ سمي الكفالة وبعد البلوغ سمي الكفاية، أنظر الماوردي،الحاوي الكبير

5 الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، ج٨، ص٣٥٣ . وقال شمس الدين الرملي أن تفريق الحضانة و الكفالة خلاف لفظي فيما يظهر، أن ما بعد التمييز يخالف ما قبله في التخيير وتوابعه. أنظر الرملي، شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج٧،ص٢٢٥، فالظاهر أن ما بعد التمييز تسمى الحضانة أيضا عند المذهب ولكن لكونها خلاف لفظي ولا زال الفقهاء يختلفون فيه ولايرجح أحدهما ربا أنهم لا يرون في أهيمة تفريق المصطلحين فالخلاف ناشئ إلى الأن. فيجوز أن يسمى ما بعد التمييز بالكفالة أو بالحضانة.والله أعلم

6 الإسراء ٣١

المذهب الشافعي	القانون الأندونيسي
١. أن تكون مجنونة	١. أن تهملا الأم واجباتها اهمالا نحو ولدها المحضون
٢. أن تكون مملوكة	٢. أن تكون أفعال وتصرفات الأم سيئة جدا
٣. أن تكون كافرة	٣. ألا تضمن الأم سلامة ولدها المحضون جسدية وروحية
٤. ان تكون فاسقة	٤. تمييز المحضون أوبلوغ ١٢ من عمره
٥. أن تسافر حاجة وأن تسافر نقلة المودية إلى افتراق المحضون عن أبيه	
٦. أن تكون مريضة بالأمراض الدائمة	
٧. أن تكون متزوجة بزوج أجنبي للمحضون	
٨. أن تأبى من ارضاع المحضون وهي ذات لبن	
٩. تمييز المحضون	
١٠. أن ترفض عن الحضانة	
١١. أن ترضى في تسليم الحضانة إلى غيرها	

المبحث الثالث: أوجه الإتفاق والإختلاف بين المذهب الشافعي والقانون الأندونيسي

البيان	المذهب	القانون	الضروريات الخمسة	النتيجة
شروط استحقاق الأم الحضانة	منصوصة	غير منصوصة		الخلاف وجوزي
تفصيل أسباب نقل الحضانة	يبين في المذهب حالة المنازعة والمدافعة والتراضي بين الحواضن	يبين حالة المنازعة بين الحواضن		الخلاف وجوزي
نصوص أسباب نقل الحضانة	مفصلة	عامة		الخلاف وجوزي
نقل الحضانة من الأم التي لا تقدر على حفظ نفس المحضون	عبر في المذهب بنقل الحضانة من الجنونة والمملوكة والسافرة حاجة والأم التي أبت أن ترضع ولدها وهي ذات لبن	عبر في القانون بنقل الحضانة من الأم التي لا تضمن سلامة ولدها جسدية وروحية''	حفظ نفس المحضون	اتفق من حيث تحقق مصلحة حفظ نفس المحضون من هذه الأسباب. واختلف في جهة آخر
نقل الحضانة من الأم التي لا تقدر على إقامة واجباتها نحو الولد المحضون	عبر في المذهب بنقل الحضانة من الأ المريضة التي تعجز عن التصرف والحركة والعادات المؤثرة	عبر في القانون بنقل الحضان من الأم التي فرطت في واجباتها	حفظ نفس المحضون	اتفق نظرة القانون بالمذهب فيه
نقل الحضانة من الأم التي لا توثق ولا تؤتمن في الحضانة	عبر في المذهب بنقل الحضانة من الأم الفاسقة	وعبر في القانون بنقل الحضانة من الأم التي كانت أفعالها وتصرفاتها سيئة جدا	حفظ نفس المحضون	اتفق نظرة القانون بالمذهب فيه

البيان	المذهب	القانون	الضروريات الخمسة	النتيجة
نقل الحضانة من الأم الكافرة	إن ارتدت الأم تنقل الحضانة منها إلى أبي المحضون أو إلى غيرها من مستحق الحضانة من المسلمين	إن كانت الأم ذمية فهي أحق على الحضانة من غيرها ولا يعد كفرها مانعا لها	حفظ دين المحضون	الخلاف وجوزي لأن ليس فيه دليل صريح يبين نقل حضانة من الأم الكافرة. وقد اختلف السلف في القضية
نقل الحضانة من الأم المتزوجة	زواج الأم بزوج جديد مانعا لها ويستثني منه ما لو رضي زوج الأم وأبو المحضون أن تكون الحضانة مع الأم. أو أن تتزوج الأم بقريب المحضن ورضي بأن تكون الحضانة مع الأم	لا يرون بنقل الحضانة من الأم المتزوجة وبهذا ذهب الأحناف	حفظ نفس الأم وزوجها الجديد، حفظ عرض الأب وعصباة المحضون وحفظ نفس المحضون	الخلاف وجوزي لأن ورد فيه عدة دليل على جواز حضانة الأم المتزوجة.
نقل الحضانة من الأم بسبب السفر	إن سافرت الأم حاجة لا تسمح لها أخذ المحضون معها وبه تنقل الحضانة إلى غيرها	لا يعد السفر مانعا	حفظ نسب المحضون	الخلاف وجوزي لأن الفقهاء قد اختلفوا فيه لعدم وجود دليل صريح
	وإن سافرت نقلة ويؤدي به إلى اتفراق المحضون عن أبيه فتكون الحضانة على الأب وهو أحق بها		وحفظ نفسه	يدل على أن السفر مانعا في الحضانة
إن رفضت الأم من الحضانة	تنتقل الحضانة إلى من يجب عليه نفقة المحضون	ليس فيه مادة تشير إلى القضية	حفظ نفس الأم	الخلاف وجوزي
إن رضيت الأم والمستحقون أن تسلم الحضانة إلى غيرها	عمل بما اتفقوا عليه	ليس فيه مادة تشير إلى القضية	حفظ نفس الأم	الخلاف وجوزي
نقل الحضانة من الأم إن اختار المحضون المميز أباه	تنقل الحضانة إلى الأب	تنقل الحضانة إلى الأب	حفظ عقل المحضون	اتفق نظرة القانون بالمذهب فيه
سن التمييز	٧ أو ٨ سنوات	١٢ سنة		الخلاف وجوزي
سن المحضون	مظنة لمعرفة التمييز	مناط في الإختيار		الخلاف وجوزي

المبحث الرابع: التعليق على أوجه الإختلاف بين المذهب الشافعي والقانون الأندونيسي

كون القانون الأندونيسي الرقم الأول سنة ١٩٧٤ عن الزواج وقرار رئيس الجمهور الرقم الأول عن أحكام الأحوال الشخصية مستمدتان من شريعة الإسلام –وسبق بيانه في الباب الثاني من الرسالة– إن الخلاف الناشئ بين هاذين القانونين بالمذهب الشافعي ليس خلافا حقيقيا، أي أن كلا القانونين ليس في موادها ما تخالف شريعة الإسلام

فاختلف القانون بالمذهب في حضانة الأم الكافر وهذا الخلاف ناشئ من عدم ورود دليل صريح في القضية، وقد اختلف أئمة المذاهب الأربعة في حضانة الأم الكافرة كذالك. ذهب الإمام الشافعي والإمام أحمد إلى عدم جواز حضانة الأم الكافرة على ولدها المسلم وذهب الإمام مالك وأبو حنيفة وأبو سعيد الإصطخري من الشافعي إلى جوازها.

استدل من قال بجواز حضانة الأم الكافرة بحديث رسول الله لما روى عبد الحميد ابن سلمة عن أبيه أنه قال: أسلم أبي وأبت أمي أن تسلم وأنا غلام، فاختصما إلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقَالَ: يَا غلام اذهب إلى أيهما شئت، إن شئت إلى أبيك، وإن شئت إلى أمك، فتوجهت إلى أمي، فلما رأني النبي صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اللهم اهده فلمت إلى أبي فقعدت في حجره[٧]. قالوا أن جواز رسول الله صلى الله عليه وسلم على الولد لأن يختار بين أبيه وأمه الكافرة دليل على جواز حضانتها، فلو امتنعت بكفرها لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، أدلة من قال بعدم جوازها قالوا أن الحديث السابق منسوخ بعموم الأية :»...وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»[٨]، وقوله تعالى :» يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ»[٩] إن كل

7 سبق تخريجه

8 النساء ١٤١

9 التحريم ٦

أمرور تجري فيها التخيير والقرعة والتعيين فهي مقيدة بهذه الأية[10]

ويرى الباحث أن الأرجح منهما عدم جواز حضانة الأم الكافرة على ولدها المسلم حفظا لدين المحضون وإن تعارضة بين مصلحة حفظ الدين وحفظ النفس قدم الحفظ على النفس، لأن مرحلة الصبيان هي مرحلة تكوين شخصية الولد أي المرحلة الذهبية في نمو زكاء الولد نفسيا، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «كل مولودٍ يولد على فطرة الإسلام، فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه»[11].

واختلف القانون بالمذهب في حضانة الأم المتزوجة وقد ورد هذا الخلاف بين الفقهاء في القضية، –وسبق بيان خلاف الفقهاء في الباب الثالث من الرسالة – أي لو تزوجت المرأة سقطت حقها من الحضانة، وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الحسن البصري لا يسقط حقها لقولها تعالى « وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم « ولان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها. وروى ابن عباس أن عليا وجعفر ابني أبى طالب وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب، واختصموا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ جعفر أنا أحق بها أنا ابن عمها وخالتها تحتي، وقال على أنا أحق بها أنا ابن عمها وإبنة رسول الله صلى الله عليه وسلم تحتي – يعنى إبنة ابن عمها. وقال زيد أنا أحق بها لانها إبنة أخى – وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آخى بين زيد بن حارثة – فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة أم. فقضى بها للخالة وهى مزوجة[12].

ودليل من قال بعدم جوازها ماروى عبد الله بن عمرو « أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسلم وقالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجرى له حواء، وثدبي له سقاء، وإن أباه طلقني ويرد أن ينزعه منى، فقال صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي « وروى أبو هريرة النبي صلى الله عليه وسلم قال « الام أحق بولدها ما لم تتزوج»[13] ولانها إذا تزوجت استحق الزوج الاستمتاع بها إلا في وقت العبادة، فلا تقوم بحضانة الولد. وأما الآية فالمراد بها إذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى وأما زينب وابنة حمزة فلانه لم يكن هناك من النساء من تستحق الحضانة خالية من الازواج[14].

ويرى الباحث أن الأصلح هو أن تنقل الحضانة من الأم المتزوجة أصالة حفظا لحق زوجها ولكبر حق الزوج في الإسلام، فينبغي على الأم أن تختار بين المهمتين طاعة الزوج أو حضانة الأولاد. وأن هذا المنع ليس اطلاقا فلو أذن الزوج وأذن أبو الولد أن تكون الحضانة على الأم فلا يعد زواجها مانع لها، فتقيد استحقاق الأم الحضانة بإذن زوجها وأذن أبي الولد أوسط في مراعاة حق الجميع.

الخاتمة

الحضانة عند المذهب «حفظ من لا يستقل وتربيته»وفي القانون تدور معناها حول: «حفظ وتربية الأولاد». واتفق القانون بالمذهب أنها واجبة وبين فقهاء المذهب أنها واجبة كفائية على المستحقين فيها وإن تعين على أحدهم الحضانة فأصبحت واجبة عينية.

واختلف القانون عن المذهب في عدة نقاط منها أن المذهب وضع عدة شروط في استحقاق الأم الحضانة بينما القانون ليس فيه مادة تنص عنها ويفصل نقل الحضانة من الأم في المذهب إلى ثلاث حالات نظرا إلى حالة الحواضن وهي المنازعة والمدافة والتراضي، بينما القانون اكتفى بالمنازعة فحسب، أسباب نقل الحضانة عند المذهب مقيدة وأخص بينما المذهب موادها عامة تحتمل التأويل، يختلف القانون عن المذهب في جعل سن المحضون مناط الإختيار بينما المذهب جعل سن المحضون مظنة لمعرفة التمييز لا مناط في الإختيار، ويختلف في تعيين السن التي يظن فيه بلوغ تمييز المحضون عند المذهب حدد بسبع أو ثمان سنوات وفي القانون ١٢ سنة. واتفق القانون بالمذهب في نقل الحضانة من الأم التي لا تقدير على حفظ نفس المحضون، ونقل الحضانة من الأم التي لا تقدر على إقامة واجباتها نحو المحضون، ونقل الحضانة من الأم التي لا تؤتمن في الحضانة. و واتفق القانون بالمذهب بنقل الحضانة من الأم إن اختار المحضون المميز أباه. وأخيرا تميز المذهب بمراعاة تحقق بعض المصلحة التي تغفل عنها القانون وهي مصلحة حفظ دين المحضون ونسبه وحفظ نفس الأم وحفظ عرض الأب أو عصباة المحضون ويقول الباحث أن الخلاف بين المذهب الشافعي والقانون ليس خلافا حقيقيا، لأن مادة القانون لم تكن تخالف الأدلة الصريحة من الكتاب ولا من السنة كونهما مستمدة من شريعة الإسلام كذالك، بل من الجدير أن يقال بأن مادة القانون تمثل رأي الفقهاء الأندونيسيين من مختلف المذاهب ولا تقتصر مادته بالمذهب الشافعي، إلا أن مواد القانون ناقصة تحتاج إلى زيادة من البيان أو زيادة في بعض المواد لتكون مصدرا في القضاء بالمحكمة الدينية.

10 النووي والسبكي والمطيعي، المجموع ج ١٨، ص ٣٢٤

11 أخرجه مسلم

12 سبق تخريجه

13 سبق تخريجه

14 النووي، السبكي، المطيعي، المجموع شرح المهذب، ج ١٨ ص ٣٢٥

المراجع

القرآن الكريم

الرملي،شمس الدين، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي. ١٤٠٤هـ–١٩٨٤م. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، بأعلى الصفحة كتاب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج وبعده مفصولا بحاشية أبي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي الأقهري وحاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشيدي. بيروت لبنان: دار الفكر.

الشافعي، محمد بن أدريس. بدون سنة. الأم تحقيق حسان عبد المنان. الرياض المملكة العربية السعودية: بيت الأفكار الدولية.

الماوردي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري،أبو الحسن. بدون سنة. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، المحقق الشيخ علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت لبنان: دار الكتب العلمية.

النووي،أبو زكريا، محيي الدين يحيى بن شرف النووي وغيره . بدون سنة. المجموع شرح المهذب، طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي. دار الفكر.

النووي، أبو زكريا، محيي الدين يحى بن شرف النووي. ١٤٢٥هـ– ٢٠٠٥م. منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، المحقق عوض قاسم أحمد عوض. دار الفكر.

النووي ،أبو زكريا، محيي الدين يحى بن شرف. ١٤١٢هـ – ١٩٩١م. روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش. بيروت دمشق عمان: المكتب الإسلامي.

الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر. ١٣٥٧هـ – ١٩٨٣م. تحفة المحتاج في شرح المنهاج تحقيق على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء،بعده مفصولا بحاشية الإمام عبد الحميد الشرواني وحاشية الإمام أحمد بن قاسم العبادي. المكتبة التجارية الكبرى ثم صورتها دار إحياء التراث العربي بيروت.
أبو داود،سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني. ١٤٣٠ هـ – ٢٠٠٩ م. سنن أبي داود، المحقق شعَيب الأرنؤوط ،محَمَّد كامِل قره بللي.دار الرسالة العالمية.
أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل.١٤٢٩ هـ – ٢٠٠٨ م. معجم اللغة العربية المعاصرة.الناشر: عالم الكتب.
https//:ar.m.wikipedia.org
https://www.hukumonline.com
http://m.republika.co.id
https://www.viva.co.id