

**حضانة الطفل**  
**بين الفقه والقانون والإنسان**

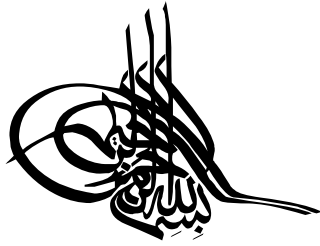


# حضانة الطفل

بين الفقه والقانون والإنسان

يتضمن تقريراً لبحث العلامة الأستاذ  
سماحة السيد عبد الكريم فضل الله

الشيخ محمد أسعد شمس



## مقدمة المقرر

هذا البحث مما أفاضه سماحة آية الله السيد عبد الكريم فضل الله حفظه الله ورعاه، من دروس البحث الخارج التي يلقيها على طلابه في حوزة الثقلين العلمية. ولا شك أن سماحته بما له من ذائقة علمية متجددة مستندة إلى النصوص الشرعية، له رأيه الخاص والمتميز في الحضانة وقد وافق المشهور في بعض مسائلها وخالف في بعضها.

وتأتي أهمية هذا البحث باعتباره أنه يرتبط عملياً بازدياد حالات الطلاق والحاجة إلى اجتهادات تنظم الخلافات الزوجية ومنها حضانة الأولاد.

ولا يخفى أن حالات الطلاق في لبنان وفي غيره

ازدادت خلال العشر سنوات الأخيرة<sup>(١)</sup> وازدادت معها النزاعات حول حضانة الطفل، واستغلها بعض وسائل الإعلام لتكبير وتعظيم المشكلة وصوّب بالدرجة الأولى على الفقه الإسلامي على المذهب الشيعي بتصويره أنه جامد ولا يتمتع بالمرونة ويحابي الرجل على المرأة، وما إلى ذلك.

علماً أن الفقه الإسلامي على المذهب الشيعي يتمتع بمرونة وحيوية منقطعة النظير حيث إن باب الاجتهاد مفتوح معتمداً على النصوص الشرعية من آيات قرآنية وأحاديث شريفة معتبرة وأصول عقلية ونقلية، مع انسجام كامل مع القيم الإنسانية والأخلاقية مستمداً من النصوص والأصول.

وقد انجرت بعض وسائل الإعلام إلى تصوير

---

(١) صدر عن المجلس الشيعي الأعلى في لبنان ٢٠١٨ معلومات تبين ازدياد حالات الطلاق في لبنان خلال الأربع سنوات الأخيرة.

خاطيء وفهم غير سليم حول حكمة هذا الأحكام  
وإنسانيتها.

نسأل الله أن يطيل عمر سماحته وينتفع الناس  
بعلمه إنه سميع مجيب.

الشيخ محمد شمس





## حضانة الطفل

دراسة فقهية طبقاً لرأي سماحة آية الله السيد  
عبدالكريم فضل الله أيده الله.

### مقدمة:

من المفارقات المؤسفة إنك تجد من يلهث وراء  
الثقافة الغربية ويقدمها باعتبارها النموذج الأرقى  
للحضارة والتقدم في كل شيء، بينما تجد الغرب  
نفسه غارقاً في الكثير من المشاكل الاجتماعية  
والتربوية والإنسانية.

ففي مسألة حضانة الطفل حال انفصال  
الزوجين، نجد أن الغرب بشكل عام يكرس  
الحضانة للأم دون الأب بناء لقوانينه الوضعية  
ويعكس ذلك على الممارسة والتطبيق.

وإليك بعض النماذج الموجودة في أوروبا، فعلى سبيل المثال أدى القانون في فرنسا إلى نشوء جمعيات تطالب بحق الأب بحضانة أطفاله باعتبار أن هذا القانون يحابي الأمهات على حساب الآباء ولا يراعي حاجة الطفل لكلا والديه، وقد اعترفت وزيرة الشؤون العائلية الفرنسية دومينيك بارتينوتي بعدم التوازن في القانون الفرنسي بين الآباء والأمهات في ما يخص حق حضانة الأطفال<sup>(١)</sup>.

وفي بلجيكا أيضاً تجمع العشرات من الآباء المطلقين أمام قصر العدالة بـ (شارلروا)، وطالبوا بتعميم حضانة الأطفال المشتركة<sup>(٢)</sup>، مما يعني أن الآباء ليس لهم حق الحضانة. أما في السويد فقد كثرت وشاعت النزاعات حول حضانة الأطفال بين

---

(١) أب يقضي ليلته الثالثة على رافعة احتجاجاً على قانون حضانة الأطفال، فرنس ٢٤، نشرت في: ٢٠١٣/٢/١٨.  
(٢) نشرت في موقع بلجيكا العربي، ٨ ديسمبر، ٢٠١٦.

الوالدين المنفصلين، إذ من المعروف أن الأمهات في هذا البلد يحصلن على الحضانة الفردية بينما الكثير من الآباء يدخلون في نزاع طويل للحصول عليها ويطالبون بالعيش مع أطفالهم.. ومن يراجع سيجد عشرات الحالات التي تمنع الأب بالخصوص من الاقتراب من أبنائه أو لربما تبعده كلياً عن الأمكنة التي يقطنون فيها حال الانفصال.

### نظرة الإسلام إلى الحضانة:

أما في الإسلام الدين السماوي الذي يقوم على الوحي والتعاليم الإلهية الشاملة التي تراعي فطرة الإنسان نجد أن الشريعة وازنت بين الوالدين في هذه المسألة. بداية اهتمت الشريعة اهتماماً بالغاً بحقوق الطفل من كافة جوانبه النفسية والجسدية والخُلُقِيَّة. وجعلت له حقوقاً قبل ميلاده وبعده. قبل مولد الطفل حثت الشريعة الزوجين على حسن الاختيار (الزوج أو الزوجة)، وفي الخلوة اعتنت

عناية كبيرة بأداب الجماع بل فيما قبله، فعن الصادق عليه السلام: أنه نظر إلى غلام جميل، فقال: ينبغي أن يكون أبو هذا أكل سفرجل ليلة الجماع<sup>(١)</sup>. بل في أثناء الحمل كما ورد في الحديث: أطعموا حبالكم اللبن<sup>(٢)</sup>. ثم حرمت الإجهاض بمجرد انعقاد النطفة أو بمجرد التغيريز في الرحم على قول آخر. وبعد الولادة جعلت لهذا الطفل حقوقاً ترعاه نفسياً وجسدياً. فمن حقه عند الولادة أن يكون له نسب، ومن حقه تأمين الرضاعة له، واختيار اسم لائق له، ومن حقه أيضاً النفقة عليه، وتربيته تربية سليمة ثم تعليمه وإرشاده، ومن حقه الطبيعي أيضاً أن ينشأ بدفء الأسرة بين حنان الأم وعطف الأب، ومن حقه الاكتساب من صفات الأنوثة المتجسد في الأمومة، ومن صفات

(١) الطبرسي: مكارم الأخلاق، ص ١٧٢.

(٢) الكليني: الفروع من الكافي، ج ٧، ١٠٥١٢.

الذكورة المتجسد في الأبوة ليحصل التوازن في شخصيته.

## حق الحضانة:

السؤال في ظل الأزمات الاجتماعية التي قد تحصل هل يضيع حق الطفل فيما لو وقع الطلاق وانفصل الزوجان؟ هل يترك الولد دون رعاية؟ كيف عالجت الشريعة هذا الأمر؟

تقدم الكلام أن الشريعة في الإسلام جعلت لهذا الطفل حقوقاً والحضانة جزء من هذه الحقوق حال انفصال الزوجين، فجاءت أحكامها لأجل حفظه ورعايته ووقايته من الأذى والضياع في ظل هذه الحالة الاستثنائية. وهذه الأحكام لا تنفصل أبداً عن هدف الشريعة السامي الذي هو بناء إنسان متوازن من الناحية الروحية والنفسية والجسدية. من هنا وازنت الشريعة بين الوالدين وأعطت حق

حضانة الطفل لكل منهما، فهي لم تمنع الأم عن ممارسة دورها، كذلك لم تمنع الأب، وأعطت كل منهما حق الرعاية والحضانة التي تعود فائدتها على الطفل بالدرجة الأولى فهو محتاج إلى حنان الأم وعطفها كذلك يحتاج إلى اهتمام الأب ورعايته، مع عدم تغيّب الحاجة الفطرية الإنسانية لعاطفة الأمومة والأبوة الموجودة في كليهما، ثم قدمت حضانة الأم على حضانة الأب في مراحل عمر الطفل الأولى لاعتبار أن الأم في هذه المرحلة أقدر على توفير الرعاية والاهتمام والحنان له، ولأنها أشفق وأرفق بطفلها وأصبر على تحمل المشاق في سني عمره الأولى..

والحضانة لا تعني أن يمنع أحد الوالدين الآخر من رؤيته أو ملاقاته ومحادثته وملاعبته متى يشاء أبداً، فهذا غير جائز، بل محرم شرعاً، بل تستطيع الأم رؤية ابنها متى شاءت ويستطيع الأب رؤية ابنته

متى شاء، والأمر موكول إلى الاتفاق بينهما حول موضوع الرؤية. أما ما نشاهده من أخطاء تطبيقية فهذا لا تتحمله الشريعة ولا تتبناه.

في هذا البحث المختصر سنتناول رأي سماحة آية الله السيد عبد الكريم فضل الله في هذه المسألة واستدلالاته وانسجامه مع الحكمة في التشريع، وقد وافق فيها مشهور الفقهاء في بعض الفروع وخالف في أخرى.

### وتقسيم البحث على الشكل الآتي :

١ - أحكام الحضانة (الحضانة حق أم حكم؟  
الفرق بين الولاية والحضانة؟ التراتبية؟  
المدة؟ أهلية الحاضنة والحاضن، سقوط  
حق الحضانة....).

٢ - قراءة في رأي سماحة السيد.

٣ - القانون اللبناني وإمكانية التعديل.

## أحكام الحضانة:

### أ - تعريف الحضانة:

في اللغة: هي من حضن الطير إذا وضع بيضه تحت جناحه.

في الاصطلاح: خدمة المولود من غسل ثيابه وإطعامه وتنظيفه وتسليته وما شاكل ذلك، وبهذا فالحضانة هي عبارة عن مجرد اهتمام بالولد من تنظيف وإطعام وشرب ورعاية وتونس. وليست الحضانة إعطاء الولد لا للأب ولا للأم.

### ب - الحضانة حكم أو حق؟

الجعل الشرعي ثلاثة: جعل حكمي وجعل حقي وجعل ملك<sup>(١)</sup>.

أما الحكمي فهو إنشاء من الشارع لا يجوز إسقاطه من أحد ولو مع المقابل، كالحكم بأن

---

(١) الملك جعل اعتباري مستقل غير منتزع من حكم تكليفي.



الماء طاهر والخمر حرام، وأحكام الإرث،  
والذباحة بالطرق الشرعية والعقود وغيرها الكثير.

أما الحقي فهو سلطة مجعولة من الشارع من  
طرف على طرف آخر أو من طرف على شيء آخر،  
ولذا يحق لصاحبه إجمالاً إسقاطه سواء كان بعوض  
أم لا. وتطبيقه على الحضانة يكون بالنسبة للأم فهو  
جعل حقي وليس حكماً، وكذلك الرضاع ففي  
الحديث المعتبر: محمد بن علي بن الحسين بإسناده  
عن عبد الله بن جعفر عن أيوب بن نوح قال: كتب  
إليه بعض أصحابه: كانت لي امرأة ولي منها ولد،  
وخلّيت سبيلها؟ فكتب عليه السلام: المرأة أحق بالولد  
إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة<sup>(١)</sup>.

---

(١) وسائل الشيعة: الحر العاملي، ج١٥، ب٨١، أن الأم أحق  
بحضانة الولد من الأب حتى يفطم إذا لم تطلب من الأجرة زيادة  
على غيرها ما لم تطلق وتزوج وبالبت إلى أن تبلغ سبع سنين  
ثم يصير الأب أحق منها فان مات فالأم ثم الأقرب فالأقرب،  
ح٦، ص١٩٢. ط (الإسلامية).

كلمة «إلا أن تشاء المرأة» تدل على أنه حق لأن الحكم لا يمكن التنازل عنه. ومعنى ذلك أن الشرع قد أعطاهما حق الحضانة وأعطاهما حق إسقاطه، وهذا يعني أن الشارع أعطى للأم مساحة واسعة من الحرية أكبر من الرجل، حيث أنه يلزم بحضانة الطفل إذا أسقطت حضانتها حيث لا تلزم هي بذلك، فالأمر لها ولها الحرية في حضانة الطفل وعدمها، فهي تسقط حقها ساعة شاءت كما لو وجدت لها مصلحة في ذلك كما في الكثير من الحالات.

ويتفرع عن الحق والحكم أن المرأة إذا تنازلت عن الحضانة فقد تنازلت عن حقها، فلا يحق لها استرجاعها بعد ذلك لو بدا لها أن ترجع إلا بالتراضي.

مسألة: لو أن المرأة أرادت أن تتخلى عن حضانة الطفل، والرجل أيضاً أراد أن يتخلى عن حضانتها، فعلى من تجب حضانتها حينئذ؟

الظاهر أن الحضانة حينئذ واجبة على الأب قهراً إذا رفضتها الأم، فلو تخلت الأم عن حضانة الطفل لأمر ما ولو لمصلحة ما وألقتة إلى أبيه فإنه لا يجب عليها أن تحضن ابنها بل يجب حينئذ على الأب القبول ولا يجوز له أن يتخلى عن ابنه.

أما لو تخلى الأب عن حضانة الطفل وتركه إلى أمه فلا يجب على الأم أن تقبل، فالحضانة للأب حكم وللأم حق.

ج - الفرق بين الحضانة والولاية: الفرق بينهما في أن الولاية معناها المرجعية في الأمور العامة للطفل وهي حكم يقتضي الأولوية في إدارة أمور الطفل العامة من أموال ونفقات وسكن وحماية وتعليم وكل ما يشمل شؤون الطفل ورعايته وتربيته ودفع الأذى، ولذلك كان الأصل فيها أن تكون للأب إلا ما خرج منها بدليل، لذا هو المسؤول عن الطفل في الإنفاق المادي والمعنوي. أما الحضانة

فهي إحدى تطبيقات الولاية خرجت منها حضانة  
الأم بدليل وشروط، فإن أسقطت الأم حقها عادت  
الحضانة للأب.

#### د - أهلية الحاضنة:

عدّد المشهور عدة صفات. وفي جواهر الكلام  
في شرح شرائع الإسلام للشيخ محمد حسن  
النجفي: أنه بلا خلاف في الأربعة التالية لكنها  
محل أخذ ورد وتأمل وهي:

١ - مسلمة: وأما كونها مسلمة فقد استدل له  
بقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى  
الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾<sup>(١)</sup> وفيه أن خدمة الولد ليست  
سبيلاً عليه، وليست علواً أيضاً. ويستدل  
بعضهم بمرسلة الصدوق، (الإسلام يعلو  
ولا يعلو عليه)<sup>(٢)</sup> لكن الظاهر أن «يعلو»

---

(١) سورة النساء، الآية: ١٤١.

(٢) وسائل الشيعة: الحر العاملي، ج ١٧، ب ١، إن الكافر لا يرث =

بمعنى اليد، أو الحجة، أو القوة، وهنا لا توجد لا اليد ولا القوة ولا غير ذلك. وبأصالة إطلاق لفظ المرأة في الرواية، عندئذ يمكن القول بعدم اشتراط كون الحاضنة مسلمة، إلا أن يدعى الانصراف أو الإجماع إلى خصوص المسلمة وكلاهما كما ترى. هذا إذا لم يكن هناك عنوان آخر مزاحم بحيث يقتضي إسقاط حضانتها، كأن تتعمد تربيته وتثقيفه تربية خاطئة، أو غير نظرية، أو غير ذلك من العناوين السلبية

٢ - عاقلة: أما كونها عاقلة فهذا مما لا شك فيه وهو أمر وجداني للحفاظ على الولد.

٣ - حرة: لا يوجد دليل على ذلك إلا الإجماع. وقلنا إن الإجماع لا نقول به لا صغرى ولا

---

=المسلم ولو ذمياً، والمسلم يرث المسلم والكافر، ح ١١، ص ٣٧٦، ط (الإسلامية).

كبرى، لكن في النفس من مخالفة الإجماع شيئاً.

٤ - غير متزوجة: مع وجود الأب تسقط حضانتها لو تزوجت. أما إذا توفي الأب فالأم أحق بالحضانة ولو تزوجت.

واشترط كونها غير متزوجة فيه دليلاً: الإجماع، وروايات لا تخلو من ضعف.

أما الإجماع قلنا إننا لا نسلم بحجيته بما هو إجماع، إلا إذا أدى إلى القطع برأي المعصوم عليه السلام.

أما الدليل الآخر فهو الروايات الواردة في المقام والتي لا تخلو من ضعف لكنها مجبورة بعمل الأصحاب باعتبار أن المجمعين استندوا إلى تلك الروايات فتصبح المسألة من باب الشهرة العملية أي اشتهار العمل على طبق الروايات.

فالمشهور أن عمل الأصحاب يجبر ضعف الرواية، ولكن نحن نقول كما ذكر السيد

الخوئي رحمته الله إن عمل الأصحاب لا يجبر ضعفها، هذا تقنياً، لكن نفسياً من الصعب ترك عمل الأصحاب، اجتهادهم حجة عليهم وليس حجة علينا، نعم نقلهم حجة علينا. فإذا قلنا في المسألة الأصولية إن عمل الأصحاب يجبر ضعف الرواية، حينئذ تصبح هذه الروايات حجة ودليلاً، وإذا قلنا بخلافه لا تكون هذه الروايات دليلاً.

وملخص الدليل على عدم الانجبار بإشكالين:

الأول: قد لا يكون المشهور استند إلى نفس الروايات، بل قد يكون المستند هو أدلة أخرى.

الثاني: من قال بأن القرائن التي تدل على العمل بالرواية الضعيفة عندهم تكون حجة عندنا لو اطلعنا عليها؟!!

- أهلية الحاضن: وهل يشترط في الأب الحاضن الإسلام والعقل؟ والكلام فيهما نفس الكلام إجمالاً في أهلية الحاضنة، كذلك باقي الشروط المحتملة.

فرع: هل تعود الحضانة بعد الطلاق؟

فلو فرضنا أن الزوجة تزوجت وبعد فترة من الزمن طلقت، فهل تعود الحضانة؟ قيل بالعودة وقيل بعدم العودة، وليس هناك روايات خاصة في المسألة بعنوانها، أي بعنوان الرجوع بعد الطلاق لا سلباً ولا إيجاباً، نلجأ في حلّ المسألة إلى تطبيقات القواعد الأصولية.

دليل عدم العود هو استصحاب سقوط الحضانة بعد الزواج: أي كنت متيقناً من سقوط الحضانة للمرأة بسبب تزوجها، وبعد الطلاق أشك في بقاء هذا السقوط، فاستصحب البقاء وذلك لتمامية أركان وشرائط الاستصحاب من وحدة الموضوع في القضيتين المتيقنة والمشكوكة وغير ذلك من الشرائط.

دليل من قال بالعود:

إن المقتضي موجود وهو الحاضن مع أهليته: والمانع مفقود وهو الزواج، فتتم العلة التامة للمعلول وهو استحقاق الحضانة.



وفيه : أن هذه قاعدة المقتضي والمانع لم تثبت في علم الأصول. بالإضافة إلى عدم ثبوت المقتضي بعد ارتفاع الحضانة بالزواج.

العموم في أدلة الحضانة : بمعنى أن فترة الحضانة تمتد إلى زمن معيّن وهذا يشمل تمام الزمن الممتد من ولادة الطفل إلى حين بلوغه ، إذا سقط منها زمن الزواج ، يبقى الباقي تحت العموم فتثبت الحضانة بعد الزواج.

قد يقال : إن هذا معارض باستصحاب سقوط الحضانة الثابت عند الزواج. ولكنه يقال : إن العموم أصل لفظي ، والاستصحاب أصل عملي فيقدّم عليه.

٥ - عدم الاصابة بمرض مزمن : كما يشترط خلوها من الأمراض المزمنة المانعة لها عن خدمة الولد. كذلك الأمراض التي تؤذيه كالأعراض المعدية مع مباشرة خدمته. وعن كتاب مسالك

الأفهام للشهيد الثاني الحاق المرض المزمن الذي لا يرجى زواله كالسل والفالج بحيث يشغله الألم عن كفالتة وتدبير أموره. ونقول: المرض المزمن وغيره سواء في سقوط الأهلية، لأن المناط هو عدم التمكن من مباشرة الخدمة والرعاية كالتغسيل وغيره. أما مع عدم اشتراط المباشرة فلا يشترط الخلو من الأمراض التي تشغل المريض عن رعاية الولد لإمكان الاستنابة في ذلك، وهذا بخلاف المجنون الذي لا يستطيع الاستنابة.

ولا دليل على شمول ولاية المجنون لما يخول الولي الاستنابة في هذه الحالة لأن الولاية على المجنون تدبير نفس شؤون المجنون لا غيره.

هـ - هل تشترط المباشرة في خدمة الولد ورعايته من قبل الحاضن:

لا يوجد في الروايات ما يشير إلى ذلك، والذي أراه إن المسألة عقلائية عرفية.

فالطرف الذي يحق له الحضانة لو تخلّى عن شيء منها أو عن جميعها في زمن ما، كما لو سافر في فترة إلى بلد آخر، فإنه يحق للطرف الآخر أخذ الولد ورعايته في خصوص ما تخلّى عنه الآخر، وما تبقى يدخل تحت إطلاقات الأدلة.

فلا بد للطرف الحاضن من مباشرة التغسيل والتنظيف والمؤانسة والملاعبة.

لكن الظاهر عدم وجوب المباشرة، بل تكفي الرعاية والعناية العرفية. ذلك أن لفظ الحضانة لم أجده في الروايات بل هو اصطلاح فقهي. والموجود في روايات الحضانة لفظ: «أحق به» «والولد بينهما بالسوية» من دون ذكر متعلّق التسوية والأحقية. فلو جعل الأب خادماً يخدم الطفل، فيغسله ويغسل ثيابه وغير ذلك ويكون ذلك تحت رعاية الأب فلا يبعد لحوقه بالحكم الوضعي وهو «الأحقية».

ولو شككنا في اشتراط المباشرة بإطلاق لفظ «أحق» يطردها. ولذا لا يبعد عدم جواز أخذ الولد من الأم في حال جعلت له خادماً يخدمه لكن تحت نظرها وإشرافها، وكذلك العكس، أي لا يبعد عدم جواز أخذ الأم للولد في حال جعل الأب خادماً له، طبعاً ضمن زمن الحضانة.

نعم، لو سافر الحاضن سفراً طويلاً تاركاً الرعاية والعناية بالطفل لشخص آخر، فلا يبعد سقوط حضانته، ولا يبعد حق مطالبة الطرف الآخر، لعدم اعتبار العقلاء أن الطفل حيثئذ تحت رعاية وعناية الطرف الحاضن مع طول السفر.

بعبارة أخرى: إن المسألة تدور مدار انطباق عنوان الرعاية وعدمه مع ملاحظة أن هذا العنوان عرفي.

و - حق الرؤية: رؤية الطرف الآخر غير الحاضن للولد:

يحق لكل من الأب والأم رؤية ولده، ذكراً كان

أم انثى، والأنس به ساعة يشاء، ولا يجوز للطرف الحاضن منعه من ذلك، لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَاكِرُ وَالِدَةٌ يَوْلِدَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يَوْلِدُهُ﴾<sup>(١)</sup>. نعم يشترط عدم الضرر على الطرف الحاضن من حيث الذهاب والمجيء إلى البيت الذي يقيم فيه الطفل.

أما ما هو متعارف في المحاكم الشرعية من جعل ستة أيام في الأسبوع للطرف الحاضن ويوم واحد فقط للطرف الآخر فهو من باب تنظيم أمور رؤية الولد والأنس به إذا تعسر تنظيم ذلك، وليس إجراء لا بد منه شرعاً، بل التصالح على كيفية تنظيم الحضانة بينهما أولى، لكن مع عدم إمكان الصلح ولحسم النزاع يتدخل الحاكم لتنظيم مسألة الرؤية بحيث لا يضر بمصلحة الطفل ولا بمصلحة الأب والأم.

### ز - تراتبية الحضانة:

إذا ماتت الأم فالأب أحق بالحضانة، وإذا مات

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

الأب فالأم أولى وإن تزوجت، ومع فقد الأبوين فأب الأب أولى، ومع فقد الجد، قيل: الحضانة للأقرب وقيل للوصي وهو الأقرب عندنا.

أما كون الحضانة للأب مع موت الأم فمحل إجماع، ويمكن أن يستدل لها بكون الولاية للأب<sup>(١)</sup>، والحضانة من تطبيقات الولاية، سقطت الحضانة عن الأب بخصوصها وصارت الأم أحق بها لفترة زمنية معينة، وبعد هذه الفترة ترجع الحضانة للأب وذلك لبقاء الولاية له. ولذا فإذا فقدت الأم ترجع الحضانة للأب.

وإذا مات الأب فالحضانة للأم وإن تزوجت كما

---

(١) لم نجد دليلاً لفظياً من عموم أو إطلاق في كون الولاية على الصغير للأب حصراً - على حد اطلاعنا - نعم وردت ولايته في النكاح وفي الأموات. وقد يستدل لها بالسيرة المتشرعية على ذلك من دون ورود ردع عنها. إلا أن السيرة دليل لبي يقتصر فيه على القدر المتيقن وهو ثبوت ولاية الأب دون الانحصار فيه، أي إن السيرة لا تدل على حصر الولاية بالأب، إلا أن الشهرة، بل الإجماع بل التسالم على كون الولاية على الصغير للأب.

في صحيحة داوود بن الحصين «فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصة»<sup>(١)</sup> فالرواية مطلقة غير مقيدة بعدم زواجها.

قد يقال: إن الرواية تدل على ثبوت الحضانة للأم مقدّمة على العصة، ولم تذكر الجد؟ وعليه فالجد أولى من الام بعد زواجها لكون الولاية له.

فإنه يقال: إن إطلاق الرواية مقدّم على إطلاق الولاية تقديم الخاص على العام، فإن متعلق الولاية عام يشمل جميع نواحي شؤون الطفل من سكن ورعاية وحضانة وتربية وإدارة وغير ذلك، أما إطلاق الرواية فهو في خصوص الحضانة، ولذا يقدم.

---

(١) وسائل الشيعة: الحر العاملي، ج١٥، ب٨١، أن الام أحق بحضانة الولد من الأب حتى يفطم إذا لم تطلب من الأجرة زيادة على غيرها ما لم تطلق وتزوج وبالبت إلى أن تبلغ سبع سنين ثم يصير الأب أحق منها فإن مات فالأم ثم الأقرب فالأقرب، ج١، ص ١٩٠ ط (الإسلامية).

أما حضانة الجد فتكون بعد فقد الأبوين وذلك  
لولايته الشاملة في تطبيقاتها للحضانة، ومشاركته  
للأب في صدق كون الولد له.

نعم قد يشكل على الاستدلال برواية داود بن  
الحصين بأنها غير ظاهرة في حكم الحضانة بعد  
الطلاق، بل يحتمل كونها واردة في خصوص  
الرضاع أو في الحضانة قبل الطلاق أي في حال  
الزوجية فيما لو اختلف الزوجان على حضانة الطفل.  
كما سنبين ذلك لاحقاً في فقرة مدة الحضانة.

ومع فقد الجد قيل الحضانة للأقارب حسب  
ترتيبهم في الإرث نظراً للآية: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ  
أَوْلَىٰ بَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾<sup>(١)</sup>، وقيل للوصي للأب ثم  
للوصي للجد نظراً لكونهما نائبين عنهما في حفظ  
الولد ومصالحه، وهو المتجه، إذ لو سلمنا تطبيق  
الآية على مقامنا فإن النائب يقوم مقام المنوب عنه،

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.



فيكون الوصي للأب أقرب من غيره من العصابة. وأيضاً يشير إليه خبر ابن محبوب: محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن محبوب، عن ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل مات، وترك امرأته ومعها منه ولد، فألقته على خادم لها، فأرضعته، ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصي؟ فقال: «لها أجر مثلها، وليس للوصي أن يخرجها من حجرها حتى يدرك، ويدفع إليه ماله»<sup>(١)</sup>.

من حيث السند: الرواية صحيحة.

وفيها إشارة إلى أن إدارة أمور الولد هي للوصي قبل إدراكه، فيما لو أرجعنا الضمير في جاءت إلى المرضعة الخادم. لكن لا يستقيم ذلك مع إرجاع الضمير في حجرها إلى الأم، وإن كان ممكناً لكنه خلاف المفروض من عود الضميرين إلى مرجع

---

(١) وسائل الشيعة (الإسلامية) الحر العاملي، ج ١٥، ص ١٧٩.

واحد. ثم إن حق إخراج الولد من حجر أمه بعد الإدراك حق للوصي لا للعصبة، في إشارة إلى بقاء الولاية للوصي بعد الإدراك فيما يمكن أن يبقى، كما لو أدرك سفيها أو غير راشد أو غير ذلك، إذ لا ولاية عليه ولا حضانة بعد الإدراك إلا في بعض الحالات، مما يقتضي أن تكون الولاية له كذلك عند فقدان الأم.

### ح - مدة الحضانة للأب أو الأم؟

بعد ما بيّنا إن الحضانة هي عبارة عن مجرد اهتمام بالولد من تنظيف وإطعام وشرب ورعايته وتوحيده. وليست الحضانة إعطاء الولد لا للأب ولا للأم<sup>(١)</sup>.

وقع الكلام بين الفقهاء حول مدة الحضانة:

---

(١) كما يشاع في هذه الأيام في وسائل الإعلام، حيث يتجادلون في كون الحضانة حقاً للأم أو للأب ولا ينظرون أبداً إلى حق الطفل.

في مدة الحضانة للأب ومدة الحضانة للأم؟ في  
المسألة وجوه وأقوال:

١ - الحضانة للأم مطلقاً للذكر والأنثى ما لم  
تتزوج، وقد يستدل له بالحديث المرسل: علي بن  
إبراهيم عن علي بن محمد القاساني، عن القاسم  
بن محمد (الملقب بكاسولا)، عن المنقري، عمن  
ذكره، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق  
امراته وبينهما ولد، أيهما أحق بالولد؟ قال: المرأة  
أحق بالولد ما لم تتزوج<sup>(١)</sup>.

الرواية ضعيفه بالقاسم بن محمد، وبالإرسال.  
هذا الوجه لا نتبناه لعدم الدليل المعتبر عليه.

٢ - الحضانة في البنت هي للأم ما لم تتزوج، إذ

---

(١) وسائل الشيعة: الحر العاملي، ج ١٥، ب ٨١، أن الام أحق  
بحضانة الولد من الأب حتى يفطم إذا لم تطلب من الأجرة زيادة  
على غيرها ما لم تطلق وتزوج وبالبنات إلى أن تبلغ سبع سنين  
ثم يصير الأب أحق منها فإن مات فالأم ثم الأقرب فالأقرب،  
ح ٤، ص ١٩١. ط (الإسلامية).

أن الحر العاملي احتمل أن يكون المراد بالولد في  
مرسلة المنقري السابقة هو خصوص الأنثى بقريئة  
رواية أيوب بن نوح في كون الحضانة للأم لسبع  
سنوات، فانتفى إطلاق الولد على الطفل الذكر<sup>(١)</sup>.  
ويشكل عليه بأن هذا الحمل لا شاهد له. وقد عنون  
صاحب الوسائل في ج ١٥ الباب ٨١ ص ١٩٠ بهذا  
باب إن الأم أحق بحضانة الولد من الأب حتى

---

(١) قلنا سابقاً إنه لا توجد أصالة إطلاق ولا أصالة الحقيقة ولا  
أصالة العموم، بل الموجود أصالة الظهور. التقييد إذا كان له  
احتمال قوي ينتفي معه الإطلاق ويختل الظهور، كذا لا يوجد  
هناك أصالة إطلاق أو أصالة عموم أو أصالة الحقيقة تعبداً كما  
ذهب الكثيرون، الأصالات كما ذكرنا ترجع إلى أصالة الظهور،  
كل ما ذكر من أصالات لفظية إنما ترجع إلى أصالة الظهور.  
العقلاء والعرف وأهل اللغة يعملون بالظواهر، نعم عند  
الاحتمال الملغى لما يخالف الظهور أي احتمال التقييد أو  
التخصيص أو المجاز يكون ظهور في الإطلاق أو العموم أو  
الحقيقة. هنا يبدو أن الحر العاملي رحمته الله انطلق من هذه النقطة،  
ولعله يقول إن روايات السبع قريئة على الظهور بأن المراد من  
الولد هو خصوص البنت.

يفطم إذا لم تطلب من الأجرة زيادة على غيرها ما لم تطلق وتزوج، والبنت إلى أن تبلغ سبع سنين، ثم يصير الأب أحق منها فإن مات فالأم، ثم الأقرب فالأقرب.

هذا القول نحن لا نقول به ولا دليل عليه، وإذا كان الدليل الرواية فالرواية مرسلة، ولا دليل على التفصيل بين البنت والصبي.

٣ - الحضانة للصبي والبنت هي للأم لسنتين مدة الرضاع ثم الأب أحق.

وقد يستدل له على أن الأصل أن تكون الحضانة للأب لأنها من شؤون الولاية، وقد خرج عن حضانة الأب وحضانته السنتان الأوليان وهما سنتا الرضاع، فما بعد السنتين يبقى تحت عموم ولاية الأب والحضانة من تطبيقات الولاية. وإذا كان ثمة دليل على السبع سنين فهما روايتان غير معتبرتين. وأتصور أن هذا دليل السيد الخوئي رحمته الله. وهو أن ولاية الأب تشمل إدارة الأموال وغيرها وأيضاً

تشمل الحضانة. فالمفروض أن تكون الحضانة للأب، لكن ورد دليل خاص على أن الحضانة للأم في فترة معينة، والفترة المتيقن منها الخارجة عن حضانة الأب هي السنتان، سنتا الرضاعة فلذلك تخرج هاتان السنتان عن عموم الولاية ويبقى الباقي تحت عموم ولاية الأب<sup>(١)</sup>.

---

(١) أي عموم يخرج منه بعض الأفراد يبقى الباقي تحت العموم. في الأصول هناك مسألة في مباحث الألفاظ: العام عندما يخص هل يبقى ظاهراً في تمام الباقي أو في بعض أو جزء الباقي. مثلاً: «أكرم العلماء إلا زيداً» ولنفرض أن العلماء عشرة وخرج «زيد» يبقى تسعة. هل يجب إكرام جميع التسعة أو بعضهم أو أقل الجمع إلى آخره؟ المناط في هذه المسألة إن أكثر القدماء كانوا يقولون بأن التخصيص نوع من المجاز، فإذا قلت: «أكرم العلماء إلا الفساق» «إلا» قرينة على المجاز. استعمل العام «العلماء» في بعضه، إذن استعمل في غير ما وضع له. «أكرم كل عالم إلا زيداً» استعملت «كل» ببعض العلماء، فتكون «إلا زيداً» قرينة على الاستعمال في غير ما وضع له، ولا مرجح لمجاز على آخر. فلا يمكن حينئذ أن أحمل اللفظ على أحد المجازات. إذا قلنا إن التخصيص مجاز فلهذا الكلام وجه حق. لكن قلنا إنه ليس هناك مجازاً، «أكرم العلماء إلا زيداً» تخصيص، =

ويشكل عليه بأن الروائيتين لا تخلوان من الاعتبار كما سنبين لاحقاً، فلا بد من الذهاب إلى كون الحضانة إلى السبع سنين. كذلك قد يستدل برواية داوود بن الحصين السالفة الذكر، إلا أنها غير ظاهرة في حكم الحضانة بعد الطلاق.

---

= والتخصيص ليس قرينة على المجاز، تبقى «العلماء» مستعملة في ما وضع له، نعم المراد من المركب «العلماء» ناقص واحد. ثانياً: لا يوجد عندي أن الأصل أن يظهر المجاز في التمام. ولا عندي أن الأصل ظهور المجاز في خصوص أقل الجمع مثلاً. والمسألة ليست فقط في العموم، لو قلت: «رأيت أسداً يرمي»، «يرمي» أصبحت قرينة على أن المراد من الأسد ليس المعنى الحقيقي. لكن هل استعمل في الرجل الشجاع، أو في كثيف الشعر، أو في أبخر الفم، أو المعاني المجازية الأخرى، هناك عدّة مجازات، فالذهاب إلى أحد المجازات أيضاً يحتاج إلى قرينة. فالقرينة الأولى صرفت اللفظ عن المعنى الحقيقي إلى المعنى المجازي «يرمي» قرينة صرفت اللفظ عن المعنى الحقيقي للأسد. هناك عدّة معانٍ مجازية لكن أي واحد منهن؟ إذن يحتاج إلى قرينة أخرى أو ظهور. غالباً ما يستعمل الأسد في الرجل الشجاع، وفي الشعر، وأبخر الفم نادراً ما يستعمل. لذلك الاستعمال في تمام الباقي يحتاج إلى قرينة عامة كانت أو خاصة.

٤ - التفصيل بين الذكر وحضانتها سنتان للأم وبعد ذلك للأب إلى البلوغ وبعد ذلك يختار، وبين الأنثى وحضانتها سبع سنين للأم وبعد ذلك للأب إلى البلوغ وبعد ذلك هي تختار.

وهو المنسوب إلى المشهور وقد يستدل له بالجمع بين روايات الستين وروايات السبع.

وطريقة الجمع هو أن رواية السنين السبع تحمل على البنت، بينما تحمل روايات الستين على الذكر، لأن موضوع الروايتين هو الولد وعليه يقع التعارض بينهما، ولحل هذا التعارض نحمل رواية السبع على البنت ورواية الستين على الصبي.

ويشكل عليه بأنه جمع تبرعي لا دليل على اعتباره<sup>(١)</sup>.

---

(١) قلنا إن الجمع يحتاج إلى ظهور، أما الجمع التبرعي فلا دليل عليه. وإن ادعى في غوالي اللئالي الإجماع عليه، وقد استدل على حججه أن الجمع مهما أمكن فهو أولى من الطرح، ولذا =



ولعلّ المشهور المنقول هو مشهور المتأخرين ،  
لأن الشيخ الطوسي رحمته الله نقل إجماعاً على كون  
الحضانة لل سبع سنين هي للأُم في الذكر والأنثى .

ذكر في الخلاف في الجزء الخامس ص ١٣١ ،  
مسألة ٣٦ : «إذا بانَت المرأة من الرجل ، ولها ولد  
منه ، فإن كان طفلاً لا يميز ، فهي أحق به بلا  
خلاف ، وإن كان طفلاً يميز - وهو إذا بلغ سبع  
سنين أو ثمان سنين فما فوقها إلى حد البلوغ - فإن  
كان ذكراً فالأب أحق به ، وإن كان أنثى فالأُم أحق  
بها ما لم تتزوج ، فإن تزوجت فالأب أحق بها» .  
ووافقنا أبو حنيفة وأصحابه في الجارية .

---

=بعد ورود روايتين معتبرتين السند والجمع بينهما غير ظاهر ،  
فالجمع بينهما ولو تبرعا ، بأن نقلص موارد أحدهما أو الأخرى  
أو كليهما ، بما يرتفع به التعارض يكون أولى من طرحهما لأن  
طرحهما يؤدي إلى إسقاط حجية السند . والجواب : إن المحكم  
في فهم المراد من الألفاظ هو الظهور ، ومع عدمه فلا دليل على  
أي تفسير . وأما التكاذب بينهما فهو يؤدي إلى التعارض ونرجع  
حينئذ إلى أحكام باب التعارض وعلاجاته .

وقال في الغلام: الأم أحق به حتى يبلغ حداً يأكل ويشرب ويلبس بنفسه فيكون أبوه أحق به. وقال الشافعي: يخير بين أبويه، فإذا اختار أحدهما يسلم إليه. وبه قال علي، وعمر، وأبو هريرة. وقال مالك: إن كانت جارية فالأم أحق بها حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها الزوج، وإن كان غلاماً فأمه أحق به حتى يبلغ. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم. انتهى

وذكر في المبسوط الجزء السادس ص ٣٩ (فصل) (في أن الأبوين أحق بالولد) إذا بانت امرأة الرجل منه بطلاق أو فسخ أو خلع أو غير ذلك وهناك ولد فتنازعه لم يخل الولد من ثلاثة أحوال إما أن يكون طفلاً لا يميز أو بالغاً أو طفلاً يميز ويعقل. فإن كان طفلاً لا يميز ولا يعقل، فالأم أحق به من أبيه تربيته وتحضنه والنفقة على أبيه لما روى أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء وحجري له وطاء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها

النبي ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي». فإن كان الولد بالغاً رشيداً فلا حق لأحد الوالدين فيه، والخيار إليه في المقام عند من شاء منهما، والانتقال عنهما، ذكراً كان أو أنثى، غير أنه يكره للبت أن تفارق أمها حتى تتزوج وقال بعضهم ليس لها أن تفارق أمها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج. وأما إن كان طفلاً بلغ حداً يميز بين ضره ونفعه وهو إذا بلغ سبع سنين أو ثماني سنين فما فوقها إلى البلوغ، فالذي رواه أصحابنا أنه إن كان ذكراً فالأب أحق به، وإن كانت أنثى فالأم أحق بها إلى أن تبلغ ما لم تتزوج وقال قوم تخير بين أبويه فمن اختار سلم إليه. وقال آخرون الأم أحق به، حتى يبلغ إن كان ذكراً، وإن كان أنثى حتى يتزوج ويدخل بها الزوج. وقال قوم إن كانت جارية فأمها أحق بها ما لم تتزوج، وإن غلاماً فأمه أحق به حتى يبلغ حداً يأكل ويشرب ويلبس بنفسه، فتكون أحق به. انتهى.

من هنا نقول إن إجماعات الشيخ الطوسي وإن لم تكن حجة كونه يقول بحجية الإجماع من باب قاعدة اللطف، أي يقول بكشف اتفاق أهل عصر واحد عن رأي المعصوم بقاعدة اللطف، لكن نقله حجة فهو الفقيه الثقة الثبت، والقدر المتيقن الذي نستفيدة من هذا النقل هو اتفاق أهل عصره أو من كان قبل عصره على أن الحضانة للأم قبل السنين السبعة، ومع هذا النقل نشك في بقاء الشهرة على خلافه.

٥ - الحضانة لتسع سنين للأم في خصوص

البت:

ففي الجواهر: قيل والقائل المفيد وسلاار والقاضي فيما حكى عنهم: الأم أحق بها حتى تبلغ تسعا، إلا إننا لم نقف على مستنده.

وقد يستدل له باستصحاب الحضانة إلى التسع وهو سن البلوغ عند الفتاة بعد ادعاء انصراف لفظ «الولد» في خبري السبع إلى خصوص الذكر.

ويشكل عليه بعدم الدليل على هذا الحمل ، إذ  
تنزيل الولد في خبري في السبع على خصوص  
الذكر دون الأنثى خلاف ظهور الولد الشامل  
بإطلاقه للذكر والأنثى.

٦ - الحضانة للصبوي والبنت معاً هي للأم سبع  
سنين ثم الأب أحق إلى البلوغ وبعده يختار الولد  
من شاء.

وهذا هو الرأي المختار، مع الاحتياط استحباباً  
بكون الحضانة للمرأة ما لم تتزوج. ودليله روايتان:

الأولى: محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن  
عبد الله بن جعفر، عن أيوب بن نوح قال: كتب  
إليه بعض أصحابه: كانت لي امرأة، ولي منها  
ولد، وخليت سبيلها؟ فكتب المرأة أحق بالولد إلى  
أن يبلغ سبع سنين، إلا أن تشاء المرأة<sup>(١)</sup>.

---

(١) وسائل الشيعة: الحر العاملي، ج١٥، ب٨١، أن الأم أحق  
بحضانة الولد من الأب حتى يفطم إذا لم تطلب من الأجرة=

من حيث السند: الرواية مقبولة، بل معتبرة ولا يضر بها الإضمار ولا كونها مكاتبة، كون المضمّر أيوب بن نوح وهو من الأجلّاء الثقات، ويبعد كون هذا التعبير «كتب إليه بعض أصحابه» أن يكون المكتوب إليه غير المعصوم عليه السلام أو ممن له شخصية فقهية، مع العلم إن التفقه في زمن أيوب بن نوح لا يبعد عن الرواية، أو تطبيقها في أقصى الحالات.

الرواية الثانية: محمد بن إدريس في آخر السرائر نقلاً من كتاب مسائل الرجال ومكاتباتهم مولانا أبا الحسن علي بن محمد عليه السلام رواية الجوهري والحميري، عن أيوب بن نوح قال: كتبت إليه مع بشر بن بشار: جعلت فداك، رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقتها، متى يجب له أن يأخذ ولده؟

---

=زيادة على غيرها ما لم تطلق وتزوج وبالبت إلى أن تبلغ سبع سنين ثم يصير الأب أحق منها فان مات فالأم ثم الأقرب فالأقرب، ح ٦، ص ١٩٢. ط (الإسلامية).

فكتب: إذا صار له سبع سنين، فإن أخذه فله، وإن تركه فله<sup>(١)</sup>.

في السند مشكلة وهي إن ابن إدريس لم يذكر طريقه إلى الكتابين إلا أن الفاصل الزمني قصير، مع انتشار الكتابين وشهرتهما. ثم إن الحميري رجل غير عادي، وصاحب «قرب الإسناد» عبد الله بن جعفر من كبار الثقات، فيكفينا رواية الحميري. والجوهري ليس كالحميري لم يوثق صريحاً. لذلك أميل إلى قبول الرواية عن الحميري، مع ملاحظة أن ابن إدريس كان لا يقول بحجية خبر الواحد، فيحتمل أنه كان مطمئناً إلى اعتبار الرواية.

أما من حيث الدلالة فإن كلمة «يجب» هي بمعنى

---

(١) وسائل الشيعة: الحر العاملي، ج١٥، ب٨١، أن الأم أحق بحضانة الولد من الأب حتى يفطم إذا لم تطلب من الأجرة زيادة على غيرها ما لم تطلق وتزوج وبالبتت إلى أن تبلغ سبع سنين ثم يصير الأب أحق منها فان مات فالأم ثم الأقرب فالأقرب، ح٧، ص١٩٢. ط (الإسلامية).

«يحق» وإطلاق الولد واضح لجهة شموله الصبي وال بنت.

ومع وجود هاتين الروایتين لا بد من الذهاب إلى أن الحضانة للولد مطلقاً هي للأم سبع سنوات.

نعم هاتان الروایتان متعارضتان مع رواية داوود بن الحصين وهي صحيحة.

فصار عندنا روايتان مقبولتان وهما متعارضتان مع رواية صحيحة، الروایتان تقول بالسبعة، ورواية داوود تقول بالسنتين. كيف نتخلص من هذا التعارض؟

تعارض الروایتين السابقتين مع صحيحة داوود بن الحصين :

محمد بن يعقوب، عن أبي علي الأشعري، عن الحسن بن علي، عن العباس بن عامر، عن داوود بن الحصين، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ﴿وَأَوْلَادَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ قال: ما دام الولد في الرضاع فهو بين



الأبوين بالسوية، فإذا فطم فالأب أحق به من الأم،  
فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبة، وإن وجد  
الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الأم: لا أرضعه  
إلا بخمسة دراهم فإن له أن ينزعه منها، إلا أن ذلك  
خير له وأرفق به أن يترك مع أمه<sup>(١)</sup>.

من حيث السند فالرواية معتبرة صحيحة.

أما من حيث الدلالة فيوجد ثلاثة احتمالات:

١ - أن يكون موضوع الرواية الحضانة في حال  
الطلاق.

٢ - أن يكون موضوع الرواية الحضانة في حال  
الزوجية.

٣ - أن يكون موضوع الرواية الرضاع.

---

(١) وسائل الشيعة: الحر العاملي، ج١٥، ب٨١، أن الام أحق  
بحضانة الولد من الأب حتى يفطم إذا لم تطلب من الأجرة زيادة  
على غيرها ما لم تطلق وتزوج وبالبتت إلى أن تبلغ سبع سنين  
ثم يصير الأب أحق منها فان مات فالأم ثم الأقرب فالأقرب،  
ح١، ص ١٩٠ ط (الإسلامية).

١ - فظاھرھا أن الحضانة هي للأبوين بالسوية زمن الرضاع وإن كان دون السنّتين، وهذا خلاف المشهور من أن السنّتين الأولين هي للأم فقط في حال الطلاق والفراق.

٢ - واحتمل أن الرواية ناظرة للنزاع على الحضانة في حال الزوجية، لا حال الطلاق، وبهذا اختلفت موضوعاً عن الروایتين السابقتين اللتين قالتا بحضانة الأم لسبع سنوات حال الطلاق فيرتفع التعارض. ومنشأ هذا الاحتمال عدم ذكر وقوع الطلاق بين الزوجين، بل وعدم الإشارة إليه لا من قريب ولا من بعيد، مع عدم اشتھار كون الحضانة للأم في السنّتين الأوليين للأم في الذكر والأنثى، مما يجعل ظهورها في كون الحضانة بين الأبوين بالسوية في زمن الرضاع في حال الطلاق والفراق غير واضح، بل يمكن ادعاء العكس، أي ظهورها في خصوص زمن الزوجية. ويؤيد هذا الاحتمال من دون أن يكون دليلاً هو جعل الشيخ الصدوق

الرواية في باب: «الولد يكون بين والديه أيهما أحق به» حيث إن تعبير «بين والديه» ظاهر في حال الزوجية لا في حال الطلاق.

٣ - بل قيل يحتمل أن يكون موضوع رواية داوود بن الحصين هو خصوص الرضاع، لا الحضانة، ومنشأ هذا الاحتمال أن السؤال عن آية الرضاع ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾<sup>(١)</sup>، و صدر الجواب هو «ما دام في الرضاع» وليس في الرواية ذكر للحضانة أصلاً. ويؤيده حرف «الفاء» في قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فإذا فطم فالأب أحق به» الظاهرة في ترتيب التفصيل في الرضاع على مقدمة الرواية. كذلك يؤيده ذيل الرواية حيث يقول الإمام عَلَيْهِ السَّلَامُ: «وإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الأم لا أرضعه إلا بخمسة...» فإن هذا الفرع يتكلم عن خصوص الرضاع. فكذلك تختلف هذه الرواية عن الروایتين السابقتين موضوعاً.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

ومع هذه الاحتمالات لا تكون الرواية ظاهرة في  
الحضانة. ومع الاحتمال يبطل الاستدلال.

ثم إن للروائتين ترجيحين على رواية داوود بن  
الحصين:

أولاً: إنهما متأخرتان زماناً عن رواية داوود بن  
الحصين فهما عن أحد العسكريين عليه السلام ورواية  
داوود عن الصادق عليه السلام. هذا المرجح الأول. «خذ  
بالأحدث»، فإذاً روايتا السبعة أحدث من رواية  
داوود، فتكونان أرجح من هذه الجهة.

الثاني: إن الحضانة أليق بالأم وهو مروى،  
وهذا ما يجعل الظن بتقديم الروائتين أقوى، وهو  
مما يرجحهما عندنا.

## رأينا في مرجحات باب التعارض:

ذهبنا نحن إلى ما ذهب إليه الشيخ  
الأنصاري رحمته الله في مسألة المرجحات مع لحاظ  
بسيط. ماذا قال الشيخ الأنصاري في مقام تعارض

الروائيتين؟ قال: نأخذ بالأقرب إلى الواقع، وكأن  
المرجحات المنصوصة عبارة عن تطبيقات  
للمقربات إلى الواقع. مثلاً: خذ ما اشتهر بين  
أصحابك، المشهور أقرب إلى الواقع في نظر  
الناس، إذ في نظرهم أن المشهور أقرب من غير  
المشهور. ومثال آخر مخالفة القوم: المخالف  
للسلطان الجائر أقرب إلى الواقع من الموافق  
للسلطان الذي يصادر حرية الآخرين والذي يسعى  
لمخالفة الواقع إذا كان يصب في مصلحته أو يتوافق  
مع هواه. وهكذا فقول الأتقى أقرب من قول الأقل  
تقوى. وقول الأوثق أقرب من الأقل وثاقة مع أن  
كلا الراويين ثقة. فتكون هذه المرجحات السندية  
والمضمونية والداللية تطبيقات للمقربة إلى الواقع.

بعبارة أخرى: المرجح هو الأقرب للواقع. وإن  
هذه المرجحات المنصوصة، أي المرجحات  
السندية، الداللية، الروائية هي من باب التطبيق  
وليس من باب حصر المرجحات بها.

وهذا مذهب الشيخ الأنصاري في علاج باب التعارض وأنا أؤيده، مع زيادة شرط وهو أن يكون المرجح مرجحاً ناشئاً من بناء العقلاء أو من النصوص الشرعية. المرجح يكون منشأ الشارع أو الروايات أو الحديث أو العقلاء، حينها يكون مرجحاً. أما المرجح الناشيء عن استحسان شخصي فلا يكون حجة على غيره.

نحن نقول الأقرب للواقع هو الأرجح حجة، في مقام تعارض الروايتين عند استحكام التعارض بينهما لا بد من العمل بأحدهما، فنأخذ الأقرب للواقع إذا كانت الأقربية من دليل عقلائي أو شرعي. أما إذا كانت بدليل استحساني شخصي محض فلا.

مثلاً في مسألتنا وهي أن تكون الحضانة للأم للسنتين أو لسبع سنوات، في بعض الروايات تقول إن الأم أليق. فهي أليق للحضانة عقلائياً في هذا

العمر، وروائياً أيضاً، نستطيع أن نجعل هذا المرجح الروائي والعقلاني مرجحاً أيضاً في مقام التعارض. فإذا الروايتان في السبع فيهما أيضاً مرجحان آخران على رواية داوود بن الحصين. نعم من حيث السند فإن رواية داوود بن الحصين أقوى سنداً وأنقى.

### قراءة في رأي سماحة السيد:

يتميز سماحة أستاذنا في هذا البحث بعدة نقاط:

- ١ - الحضانة حق للطفل قبل أن تكون حقاً للأم أو للأب. نعم يحق للأبوين استفتاء الحاجة العاطفية.
- ٢ - الحضانة: الحضانة سبع سنوات حق للأم سواء كان الولد ذكراً أم أنثى. وبعدها تكون للأب. وعند البلوغ يختار الولد مع الاحتياط استحباباً بكون الحضانة للمرأة مطلقاً ما لم تتزوج، لورود روايات مخدوشة الاعتبار، ولبعض الأقوال في ذلك.

٣ - الموازنة بين الأب والأم: إذ لا بد للطفل أن تتوازن شخصيته فيأخذ من صفات أمه الحب والحنان والعاطفة، ويأخذ عن أبيه صفات الحزم والإرادة، والمقصود انه يأخذ من طباع الذكورة المتجسدة في الأب والأنوثة المتجسدة في الأم. هذا التوازن برأي سماحته يحصل عندما يكون الطفل مع أمه في سنينه السبعة الأولى حيث تشبعه من حنانها وعطفها وقدرتها على إدارة شؤونه في هذا العمر وبعدها أي بعد بلوغه السبع يكون الوقت قد حان ليكتسب من صفات أبيه. فغياب الأب عن المشاركة في التربية من شأنه أن ينتج ردود فعل متنوعة عند الطفل منها: عدم الشعور بالأمان الذي ينتج عنه ضعف الثقة بالنفس وعدم تقدير الذات أو الاعتماد على الآخرين. تماماً كحال غياب الأم الذي ينتج ردود فعل أخرى سلبية كعدم الإشباع العاطفي الذي قد ينتج عنه العدوانية والتعويض العاطفي في غير محله والانطوائية أو غير ذلك.



إذن الشريعة وازنت بين الأب والأم لتحقيق مصلحة الطفل فحرمان الطفل من أحد والديه سيؤثر على نموه النفسي والعاطفي.

٤ - مصلحة الطفل: أن مصلحة الطفل يجب أن تكون المعيار الحاكم والأساس في أي قانون ينظم حياته، والشريعة جعلت لهذا الطفل حقوقاً والحضانة جزء من هذه الحقوق فجاءت أحكامها لأجل حفظه ورعايته ووقايته من الأذى والضياع حال انفصال الوالدين.

٥ - رؤية الطرف الآخر غير الحاضن للولد: اعتبر سماحته أنه من غير الجائز أن يمنع أحد طرفين الآخر من رؤية الطفل والاستئناس به. أما ما نشهده من دعاوى وشكاوى في الإعلام وغيره فلا يمتُّ إلى الشريعة بصلة، وهو إما ناتج عن جهل في الأحكام الشرعية وإما عن معصية.

٦ - فرق سماحته بين الحضانة والولاية: اعتبر

سماحته أن الحضانة ضمن دائرة الولاية، فالولاية تشمل الحضانة وغيرها ولا يمكن سقوطها عن الأب إذ أنه الراعي الأول في عملية الإنفاق وتحديد مصلحة الطفل بخلاف الحضانة التي يمكن أن تسقط اذا أرادت الوالدة ذلك.

٧ - أهلية الحاضن: تميز سماحته في هذه النقطة أيضاً إذ اعتبر أن ليس للإسلام كدين دخالة في صفات الحاضن، إذ من الممكن أن تكون والدة الطفل كتابية ويكون لها حق الحضانة، طبعاً مع اكتمال باقي الشروط.

٨ - عودة الحضانة للأم لو طلقت بعد زواجها الثاني: قال سماحته بعودة الحضانة بعد سقوطها بسبب الزواج فيما لو طلقت، إلا أن دليل سقوط الحضانة بزواجها غير تام عنده وإن كان هو المشهور. كما أنه تكلم في أهلية الحاضن الأب.

## القانون اللبناني وإمكانية التعديل:

إن حضانة الطفل في حالة الطلاق تعتبر من القضايا المعقّدة التي تزيد من حدّة الصراع بين الزوجين، مما يسبب للطفل أزمات نفسية تؤثر على شخصيته وحياته إذ إن فسخ الروابط الأسرية يفقده الشعور بالأمان والاستقرار.

### القانون اللبناني:

إن القانون اللبناني يتبع النظام الطائفي في كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية.

سن الحضانة للأُم لدى الطوائف يتوزع كالتالي<sup>(١)</sup>:

---

(١) المفكرة القانونية، ٢٠١٦/١٢/٦.

الأنثى	الذكر	الطائفة
١٢	١٢	السُّنِّيَّة
٩	٧	الأرمن الأرثوذكس
١٥	١٤	الروم الأرثوذكس
٩	٧	السرمان الأرثوذكس
٩	٧	الآشورية
١٢	١٢	الإنجيلية
١٤	١٢	الدروز
٢	٢	الروم الكاثوليك
٢	٢	الموارنة
٧	٢	الشيعة

### الطائفة الإسلامية الشيعية:

إن المجلس الإسلامي الشيعي الأعلى في لبنان حدد سن الحضانة للصبى بستين للأُم وللبنات بسبع سنوات وفقاً لمشهور الفقهاء، مع الحث على توافق الأبوين ما أمكن.

## خاتمة

بناءً على البحث المتقدم وبعد الالتفات إلى منطق وإنسانية هذا الرأي - أي أن تكون الحضانة للطفل إلى سبع سنين للمرأة، ثم بعدها للرجل، ثم بعد البلوغ يكون الخيار له - وبعد استناد هذا الرأي إلى النصوص الشرعية والأصول العقلانية، وتلبية لحاجات الأطراف الثلاثة في الحضانة: الطفل والأم والأب، ومع ملاحظة الأحكام الأسرية الأخرى كالنفقة وغيرها، فإنني أقترح طرح هذا الرأي على المحافل القانونية اللبنانية والدولية، ومناقشته، والأخذ به، لعل العالم الضائع الباحث

عن مصلحة الطفل والأم والأب أن يستفيد من هذا  
القانون.

نسأل الله القبول، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب  
العالمين.

## الفهرس

٥	.....	مقدمة المقرّر
٩	.....	حضانة الطفل
٩	.....	مقدمة
١١	.....	نظرة الإسلام إلى الحضانة
١٣	.....	حق الحضانة
١٦	.....	أحكام الحضانة
٥٢	.....	رأينا في مرجحات باب التعارض
٥٥	.....	قراءة في رأي سماحة السيد
٥٩	.....	القانون اللبناني وإمكانية التعديل
٦١	.....	خاتمة

