حَضَانَة المولود
بين الشريعة والقانون

بحث فقهي استدلالي مقارن
بين الفقه الجعفري والمذاهب الاربعة
وقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨

بقلم
القاضي الشرعي
الشيخ محمد رضا الساعدي

(إصدارات مؤسسة نور الشريعة)

هوية الكتاب

اسم الكتاب .....حضانة المولود

تأليف .....الشيخ محمد رضا الساعدي

الطبعة: .....الاولى/ ١٤٤٧-٢٠٢٥م

عدد الصفحات ١٥٠

آية الكتاب:

(لاٰ تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا ولاٰ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ)

سورة البقرة-٢٣٣.

رواية الكتاب:

«المرأة أحقّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين»

وسائل الشيعة ٤٧٢:٢١، ب ٨١ من أحكام الأولاد، ح ٦.

المقدمة

إن الإسلام جاء كمنهج للحياة في كل مستوياتها الفردية والجماعية، بما يحفظ كرامة الانسان ويكفل له سعادة الدارين، فسطر في تشريعاته ما يغطي كل وقائع الحياة الخاصة والعامة، اذ ما من واقع الا ولها حكم شرعي [١].

ومما اهتم به المشرع العظيم هو بيان الأحكام الشرعية المتعلقة بالأسرة والزواج والطلاق والنفقة والحضانة بما يحفظ حال المجتمع الاسلامي بل الانساني، لان الله تعالى هو خلقنا ويعلم ما يضرنا او ينفعنا وما يصلح حالنا او يفسده، قال تعالى: (**أَلا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِير**) [٢].

وقال تعالى في بيان ضرورة الاستجابة لله وللرسول لان في ذلك حياتنا السعيدة في الدارين: (**اسْتَجِيبُوا للهِ وَلِلرَّسُولِ إِذا دَعاكُمْ**

(١) كما هو مضمون متصيد من جملة من الروايات.

(٢) سورة الملك الآية ١٤.

لِما يُحْيِيكُم)[١].

ووصف تلك الحياة بالطيبة مع الالتزام بالعمل بما انزله الله من شريعة دون غيرها كما قال تعالى: **(مَنْ عَمِلَ صالِحاً مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَياةً طَيِّبَة)**[٢].

وحرم الاستهانة والكراهة للأحكام الشرعية في القلب او التطبيق فقال تعالى: **(وَالَّذِينَ كَفَرُوا فَتَعْساً لَهُمْ وَأَضَلَّ أَعْمالَهُمْ-ذلِكَ بِأَنَّهُمْ كَرِهُوا ما أَنْزَلَ اللهُ فَأَحْبَطَ أَعْمالَهُم)**[٣].

فلا يصح ان نعمل بما يخالف الشرع المبين وما يخالف القرآن الكريم ونجعل أنفسنا في مقام التشريع مقابل تشريعات الله تعالى او نركن الى تشريعات ارضية فنكون من المفترين او الخاسرين: **(...فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَراماً وحَلالًا قُلْ آللهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللهِ**

(١) سورة الانفال الآية ٢٤.

(٢) سورة النحل الآية ٩٧.

(٣) سورة محمد الآية ٨ و٩.

تَفْتَرُونَ)[١].

ولا يجوز ان نفتي بلا علم او حجة شرعية كما قال تعالى: **(وَ لا تَقْفُ ما لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ، إِنَّ السَّمْعَ والْبَصَرَ والْفُؤادَ كُلُّ أُولئِكَ كانَ عَنْهُ مَسْؤُلا)**[٢].

ونظام الاحوال الشخصية ـ ومنه تشريع الحضانة ـ من تلك المساحات التي استوعبها في تشريعاته لحفظ البنية الاسرية حتى بعد افتراق الوالدين عن بعضهما بالطلاق او بالموت او مع موتهما.

فعالج هذه المسالة الحساسة تفصيلا بما لا تجده في كل التشريعات الارضية وبما يحفظ حق الوالدين بالحضانة من جهة، وبما يراعى مصلحة المحضون من جهة اخرى، واخذت التشريعات الأرضية منه بعض بنوده بعد نقص تشريعاتها عن تغطية ذلك كحال الكثير من سد النقص في تشريعاتهم كما صرحوا بذلك

(١) سورة يونس الآية ٥٩

(٢) سورة الاسراء الآية ٣٦.

خصوصا في قانون الاحوال الشخصية.

وفي هذا البحث محاولة لعرض الحضانة تعريفا وموضوعا وحكما وفروعا وتطبيقا لتحري الوصول الى راي الشرع فيها بعد ان كانت مثارا للخلاف والاختلاف بين الشريعة والقانون.

وجاء بحثها مختصرا الى حد ما، وذلك بما يناسب الهدف الذي اريد منه، وهو بيان الحكم الشرعي في الحضانة ومدى مخالفة القانون الوضعي لذلك الحكم، وتم ارجاء التفاصيل الاستدلالية لمناسبة أخرى ان شاء الله تعالى.

وكان سبب الكتابة في هذه المسالة هو كثرة الابتلاء فيها عند الناس عموما وعند المشرع الشرعي والقانوني خصوصا ، وبالأخص في هذه الايام التي نشهد فيها الخلاف الكبير على تعديل قانون الاحوال الشخصية العراقي بما يناسب الفقه الجعفري.

كما جاء ذلك على انه جزء من مشروع كبير يدعو الى (**اسلمة**

القوانين) الوضعية وجعلها مطابقة للشرع من خلال اعادة صياغتها بلغة قانونية طبقا للشريعة الاسلامية، في كل نواحي الحياة سواء الاجتماعية او التربوية او القانونية او ادارة الدولة او الاقتصاد والمصارف.

وقد جعلته بحثا مقارنا بين المذهب الجعفري والمذاهب الاربعة الاخرى والقانون الوضعي العراقي، لكي يكون القارئ اللبيب على بصيرة من احقية مذهب اهل البيت عليهم السلام وموافقته للقران والسنة النبوية والعقل والفطرة والعدل.

واحتوى الكتاب على اثني عشر مبحثا، اجيب فيه عن اهم الاسئلة حول الحضانة.

فنتناول مجموعة مباحث كتعريف الحضانة وبيان حكمها شرعا، وهل الوجوب فيها عيني او كفائي ؟ وهل هي حكم او حق ؟ وهل هي ثابت للاب او الام ؟ وفي اي عمر تثبت ،ومتى تنتهي ؟ ومع فقد الابوين الى من ينتقل هذا الحق...الخ من المباحث.

اهدي هذا الجهد المتواضع الى سيدتي ومولاتي السيدة الطاهرة فاطمة بنت محمد صلوات الله وسلامه عليهما، راجيا من الله نيل شفاعتها الكبرى يوم القيامة.

والحمد لله اولا واخرا.

محمد رضا الساعدي / النجف الاشرف

١ ربيع الاول ١٤٤٦

المبحث الأول

تعريف الحضانة لغة واصطلاحا

اما الحضانة لغة:

فقد وردت كلمة الحضانة في المعاجم اللغوية بصورة واضحة:

فقالوا: ان الحضن ما دون الابط إلى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، ومنه الاحتضان ، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك، كما يقال: احتضنت المرأة ولدها اي جعلته في حضنها.

وهو جُزْء الجِسْم مِن أسفل الإبْط إلى الكَشْح: (ينام الوَلَد في حِضْن أُمِّه). وقال في القاموس: حضن الصبي حضنا وحضانة بالكسر جعله في حضنه أو ربّاه كاحتضنه.

وقال الجوهري: حضن الطائر بيضه يحضنه، إذا ضمّه الى نفسه تحت جناحه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، وحاضنة الصبي

التي تقوم عليه في تربيته.[١]

وفي لسان العرب: حضن عنا هديته اي كفها وصرفها [٢]، وحضن اليتيم رعى وربى [٣].

وفي الحديث: (انه خرج محتضنا احد ابني ابنته اي حاملا له في حضنه) [٤].

وفي جمع من المعاجم: الرجل حاضن والمرأة حاضنة.

اقول: ان المستفاد من كلام اهل اللغة عدة نقاط:

١ ـ ان الحضن هو الرعاية المادية من خلال الضم الى الصدر او احتضان الطير للبيض، كما يطلق على الحضن المعنوي وهو الرعاية والتدبير للأمور والتربية كما صرح الجوهري.

٢ ـ ان المرعي بالحضانة الحفاظ على المحضون وحمايته وتطويره

---

(١) الصحاح ٢١٠١:٥-٢١٠٢. المصباح المنير: ١٤٠، مادة (حضن) والقاموس.

(٢) ج١ ص ٢٦٧.

(٣) المنجد في اللغة العربية المعاصرة ص٢٩٧.

(٤) لسان العرب ج٢ ص ١٠٥.

ماديا او معنويا وتحويله الى حالة يستطيع ان يقوم بشؤونه بصورة مستقلة، كما في تحول البيض الى فراخ.

٣ ـ ان المأخوذ بالحضانة ان يكون الحاضن له قدرة على الاحتضان والرعاية من جهة معنوية كالتربية والتعليم ومادية كالقيام بواجباته من اطعام وتنظيف وتدبير وغيرها .

اما الحضانة اصطلاحا:

فلم يختلف المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي في تفسير الحضانة بل جاء مساوقا له، لذا لم يذكر اكثر الفقهاء القدامى تعريفا اصطلاحيا لها اكتفاء منهم بالمعنى اللغوي، وقد ذكر من تأخر من الاعلام تعريفا لها ابتداء من العلامة الحلي في القرن السابع الهجري الى عصرنا، منها:

قال العلامة الحلي في القواعد: انها ولاية وسلطنة على تربية الطفل والمجنون[1]، وبمثله قال الشهيد في المسالك والطباطبائي في

(١) قواعد الأحكام ٣:١٠١. كفاية الأحكام ٢:٢٩٢.

الرياض [١] وغيرهما.

وذهب بعض اخر كالمحقق صاحب الجواهر إلى أنّها من الحقوق وليس من الولايات[٢] .

وقيل: هي حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه[٣].

مناقشة الاقوال:

اما القول الثالث فهو ليس تعريفا للحضانة ،وانما هو بيان لوظيفة الحاضن ،فلا يتم.

اما القول الثاني فهو تام في الام مع عدم انحصار الحضانة بها فيكون حقا من حقوقها، اما مع الانحصار بها كما لو فقد الاب فهي حكم عليها لانحصار الحفظ بها ، وهذا التفصيل هو ظاهر ادلة

(١) مسالك الافهام ج ٨ ص ٤٢١ ورياض المسائل ج ٧ ص ٢٤٠.

(٢) جواهر الكلام ٢٨٣:٣١-٢٨٤.

(٣) مغني المحتاج ٣:٤٥٢. كشّاف القناع ٥:٤٩٥-٤٩٦. المغني ٧:٦١٣. القوانين الفقهية: ٢٢٤. حاشية ابن عابدين ٢:٦٤١.

الحضانة وانه حق من حقوقها لنص الروايات على تعليق الحضانة على مشيئتها وكذلك التعبير بالأحقية فيكون حقا بقرينة الاسقاط للاب مع وجوده، ومع الانحصار بها كما لو فقد الاب فيكون حكما اقتضائيا لآية عدم المضارة بالطفل وادلة حفظ النفس واقتضاء لحق الامومة والبنوة وكذلك ظاهر الروايات في ان الاسقاط لحضانتها يكون للاب لا مطلقا، واما الاب فهو حكم في حقه مطلقا اي حتى مع وجود الام، لثبوت ولايته على الطفل بما يشمل الانفاق حال الحمل والانفاق في الارضاع سواء كانت امه او اجنبية ولانحصار حفظ المحضون به اقتضاء لحق الابوة والبنوة، ولعدم ورود ما يدل على التخيير في الاحتضان للاب او جواز الاسقاط لحضانته، فتكون حكما لا مجرد حق ،وهو القول الاول مع تفصيل.

وهذا ظاهر كلام الشهيد الثاني في الروضة نقلا عن القواعد: (لو امتنعت الام عن الحضانة صار الاب اولى به، ولو امتنعا معا

فالظاهر اجبار الاب) [1]

فالصحيح تبني القول الاول مع التفصيل. وانه حكم على الاب مطلقا، وحق على الام لقبوله الاسقاط الا مع الانحصار بها فيكون حكما عليها.

ومعنى كونه حكما انه يجب على الحاضن حضن الاطفال تحقيقا للحفظ ونفيا للمضارة كما سياتي، ومعنى كونها حقا انها سلطنة مجعولة للإنسان على غيره.

ويمكن اعطاء تعريفا جامعا لها من مجموع ما مر وما سياتي من ابحاث.

تعريف الحضانة اصطلاحا:

(ان الحضانة هي ولاية خاصة واجبة على الاب مطلقا وعلى الام مع الانحصار بها وحق لها مع عدم الانحصار، غايتها الحفظ والتدبير المادي والمعنوي لفاقد الاهلية سواء اكان طفلا او مجنونا

(١) القواعد والفوائد للشهيد الاول ج١ ص ٣٩٦ قاعدة ١١.

كل بحسب ما يحتاجه مع مراعاة مصلحته، وهي حق من حقوق المحضون، فحضانة الطفل بإطعامه وتنظيفه وجعله في سريره وحمايته من المخاطر وعلاجه من الامراض).

مفهوم الحضانة عند فقهاء أهل السنّة:

قال المالكيّة: «الحضانة هي حفظ الولد، أي في مبيته وذهابه ومجيئه... والقيام بمصالحه، أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه، وحضانة الذكر للبلوغ... فإن بلغ ولو زمناً... سقطت عن الأمّ، واستمرّت نفقته على الأب... وعليه القيام بحقّه»[1].

و قال الشافعية: «الحضانة شرعاً حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عمّا يؤذيه؛ لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون»[2].

و قال الحنابلة: «الحضانة حفظ صغير ومجنون ومعتوه - وهو المختلّ العقل - عمّا يضرّهم وتربيتهم بعمل مصالحهم، كغسل

(١) الشرح الكبير ٢:٥٢٦.

(٢) مغني المحتاج ٣:٤٥٢.

رأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه، وكدهنه وتكحيله وربطه في المهد، وتحريكه لينام، ونحو ما ذكر ممّا يتعلّق بمصالحه»[1].

اقول: الواضح من كلماتهم في تعريف الحضانة أنّها بنفس معناها اللغوي والعرفي، وبالحقيقة انها ليست تعريفا لحقيقة الحضانة اصطلاحا بل هو تعريف لأثرها وفائدتها وهو الحفظ للمحضون، بلا تعرض الى كونها حقا او واجبا كما في تعريف الامامية، فتعاريفهم ليست في محلها لأنها لا تعطي حدا بالإضافة الى مخالفتها لظاهر الادلة من العقل والنقل من تعين الحفظ على الحاضن كما سياتي.

تعريف الحضانة في القانون العراقي الوضعي:

لم يعرف القانون الوضعي الحضانة صريحا، وانما المستفاد من كلماتهم انها رعاية شوون المحضون وتربيته في مدة معينة وانها حق من الحقوق وليست حكما شرعيا .

---

(١) كشاف القناع ٥:٥٨٣.

وهذه اشكالية في عدم توجه التكليف الواجب على الاب او الام مع الانحصار في رعاية المحضون بعد اثبات كون الحضانة من الحقوق فحسب.

فيكون تعريفهم مخالفا للوضع الشرعي الدال على وجوب الحفظ والحضانة كما سياتي في الادلة تفصيلا.

المبحث الثاني

الحكم التكليفي للحضانة

وقع الخلاف بين الاعلام في ان الحضانة حق للوالدين او هي حكم واجب عليهما، لم يصرح جملة من الاعلام بالوجوب واكتفوا بكونها حق لهما، لذا قالوا بان الام لو تنازلت عن الحضانة او امتنعت صار الامر الى الاب كما صرح الشهيد الاول في القواعد والطباطبائي في الرياض، ولكن ذهب جملة من الاعلام بل لعله المجمع عليه ومنهم الشهيد الثاني الى كونها واجبا تكليفيا تجاه المحضون ؛ لأنّ ترك الحضانة من الام والاب يستلزم تضييعهما.

و الصحيح انه حكم واجب في الجملة لأنه واجب مطلقا على الاب وواجب على تفصيل في الام كما مر في التعريف.

الفرق بين الحكم والحق:

ان البحث عن الحكم والحقّ بمعناهما المصطلح عند الفقهاء له تفاصيل ليس هنا محلها تعريفا وآثارا، وانما نذكر شيئا منها هنا

اجمالا:

ذهب بعض الفقهاء الى تعريف الحكم بأنّه:(جعل بالتكليف أو بالوضع متعلّق بفعل الإنسان من حيث المنع عنه والرخصة فيه أو ترتّب الأثر عليه)[١].

وقال بعض آخر: (هو الاعتبار المتعلّق بأفعال العباد).

وعرفوا الحقّ: (علاقة اختصاصيّة يثبت بها الشرع سلطة على شيء في حدود معيّنة وتسقط بالإسقاط)[٢].

وعرّف المحقّق الأصفهاني الحقوق بأنّها «اعتبارات خاصّة في موارد مخصوصة »[٣].

ومن اهم اثارهما:

١ – كون اختيار الحكم للحاكم، ولكن الحقّ يكون بيد من له

(١) بلغة الفقيه ١:١٣.

(٢) الحكم والحقّ بين الفقهاء والأصوليّين: ٤٥ و١٥٥.

(٣) حاشية كتاب المكاسب للمحقّق الأصفهاني ١:٥٢.

الحقّ[١].

٢ - الحقّ في نفسه يقبل الإسقاط[٢] بخلاف الحكم.

٣ - في بعض الموارد ينتفي الحكم بدليل تعلّقه بموضوعٍ خاصّ، وهو غير الإسقاط، ويعبر عنه انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه[٣].

٤ - إذا شُكّ في أنّه هل يقبل الإسقاط أم لا؟

فالأصل يقتضي عدم سقوطه ويحمل عليه آثار الحكم[٤].

والمقصود من الحقّ هنا هو الحقّ الذي بمعنى سلطنة مجعولة للإنسان على غيره، الذي هو في مقابل الحكم لا مطلق الحقّ حتّى يشمل الحقّ المسامحي العرفي، مثل حقّ الجار وما شابه ذلك.

وبعد هذا البيان يستفاد من الأدلّة أنّ الحضانة حكم على الاب

---

(١) حاشية المكاسب للسيّد اليزدي: ٥٥-٢٥٦.

(٢) حاشية المكاسب للمحقّق الأصفهاني ١:٤٥.

(٣) بلغة الفقيه ١:١٩ وما بعده؛ منية الطالب ٢:٤٣.

(٤) بلغة الفقيه ١:١٩ وما بعده؛ منية الطالب ٢:٤٣.

مطلقا وحق للام يقبل الاسقاط الا في مورد الانحصار.

إن قلت: لم عبّر عنه في الروايات بالحقّ مع أنّه حكم؟

قلنا: التعبير بالحقّ إمّا من باب التسامح العرفي او من باب انه حق للام قابل للإسقاط، وإمّا من باب أنّه كان بالنسبة اليهما ذا جهتين، أي حكم من جهةٍ وحقّ من جهةٍ أخرى، مثلاً إذا كان الأب واجداً لشرائط الحضانة واختارها فللأمّ إسقاط حقّها وإن كانت واجبة عليها مع الانحصار وهو حق له وواجب عليه مطلقا.

نعم، لو امتنعا معاً يجبر الحاكم الشرعي الأب بإقامتها إن وجد المصلحة في ذلك، قال في الرياض: «لو امتنعت الأُمّ من الحضانة صار الأب أولى به، ولو امتنعا معاً فالظاهر إجبار الأب، ونقل عن بعض الأصحاب وجوبها وهو حسن؛ حيث يستلزم تركها تضييع الولد إلاّ أنّ حضانته تجب كفايةً كغيره من المضطرّين»[1].

و قال في المهذّب: «لو امتنعا معاً يجبر الحاكم الشرعي الأب بها

(١) رياض المسائل ٧:٢٥٤.

إن وجد المصلحة في ذلك؛ لأنّه حينئذٍ من الأمور الحسبيّة، ولا ريب في ثبوت ولايته فيها»[١].

ادلة الحكم التكليفي للحضانة:

يمكن الاستدلال على حكم الحضانة وتفاصيلها بعدة ادلة:

الدليل الاول: القران الكريم:

الآية الاولى:

قوله تعالى: (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) [٢].

المستفاد من الآية الكريمة حرمة الضرر الواقع على الولد ذكرا كان او انثى ، سواء اكان من جانب الاب ام الام، وسواء كان الضرر من الحضانة او غيرها.

فلو كان ترك الحضانة من الابوين يوجب الضرر على

(١) مهذّب الأحكام ٢٨٢:٢٥.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٣.

المحضون فهو حرام اقتضاء للنهي الوارد في الآية، فيستفاد من الآية ولو التزاما ان الحضانة واجبة من باب دفع الاضرار بالمولود.

وكذلك المستفاد حرمة منع غير الحاضن من مشاهدة المحضون من باب الاضرار به.

فمفاد الآية بإطلاقها يستفاد منه النهي العام عن المضارة بنحو المطابقة بمضارة الاب بولده او مضارة الام بولدها او بنحو الالتزام وهو ترك الحضانة للطفل اضرارا. (١)

وقد دلت الروايات المفسرة للآية على هذا المعنى كما سياتي في الدليل الثاني وطيات البحث الاخرى.

الآية الثانية:

قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ كُنَّ أُولاٰتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتّٰى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ**

(١) تراجع كلمات المفسرين من الشيعة والسنة في ذلك. كالطبرسي في المجمع ج ٢ ص ١١٥ وتفسير المنار ج ٢ ص ٤١٣.

بِمَعْرُوفٍ)[1].

وجه الاستدلال: أنّ ذيل الآية الشريفة **(وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ)** تدل على وجوب الائتمار والتشاور في أمر الاولاد بالمعروف لدفع الضرر عنهم ومراعاة عدم حرمانهم من شفقة الام، اذ ان صدر الآية وإن دلّ على وجوب النفقة وأجرة الرضاع على الأزواج، الا ان ذيلها دلّ بالدلالة الالتزامية على وجوب الحضانة؛ فهي من الأُمور المعروفة التي يلزم على الوالدين رعايتها، ويجب عليهم التشاور بشأنها والإقدام عليها، حتّى لا يتضرّر الولد من تركها؛ وهذا ما اشار اليه جملة من مفسري الشيعة والسنة [2] وموافق لجملة من الروايات وكلام الفقهاء.

ويقرب بوجهين:

الاول ما ذكره الشيخ الطبرسي في مجمع البيان: «و الأقوى

---

(١) سورة الطلاق (٦٥):٦.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٨:١٦٩.

عندي أن يكون المعنى دبّروا بالمعروف بينكم في أمر الولد ومراعاة أمّه حتّى لا يفوت الولد شفقتها وغير ذلك»[١].

الثاني: الاولوية، ان الله سبحانه وتعالى كما اوجب على الآباء والأُمّهات مراعاة الرابطة العاطفية بينهم وبين أولادهم والاهتمام بها، فيستكشف منه بطريق أولى وجوب حفظهم وحضانتهم وهو المطلوب.

الدليل الثاني: الروايات:

ان المتتبع لروايات الحضانة لا يجد اي نصّ صريح دلّ على وجوب الحضانة، وانما يوجد ما يدل على اصل استحقاقها، وقد صرح بذلك جملة من الفقهاء كالشهيد الثاني رحمه الله تعالى: «و ليس في الأخبار ما يدلّ على غير ثبوت أصل الاستحقاق»[٢]. فالأخبار مدلولها المطابقي يدل على استحقاق الحضانة ولازمه اثبات

(١) مجمع البيان ٤٢:١٠.

(٢) الروضة البهية ٤٦٤:٥.

الوجوب.

وفي المقام نذكر المهم منها لتقريب الاستدلال ونترك التفاصيل في دلالتها الى المباحث القادمة:

الرواية الاولى: صحيحة أيوب بن نوح قال: كتب إليه بعض أصحابه: كانت لي امرأة ولي منها ولد وخلّيت سبيلها، فكتب عليه السلام: «المرأة أحقّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين، إلاّ أن تشاء المرأة» [1].

الرواية الثانية: صحيحة داود الرقّي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرّة نكحت عبداً فأولدها أولاداً، ثمّ إنّه طلّقها فلم تقم مع ولدها وتزوّجت، فلمّا بلغ العبد أنّها تزوّجت أراد أن يأخذ ولده منها وقال: أنا أحقّ بهم منك إن تزوّجت، فقال: «ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها وإن تزوّجت حتّى يعتق، هي أحقّ بولدها منه ما دام مملوكاً، فإذا اعتق فهو أحقّ بهم منها»[2].

---

(١)وسائل الشيعة ٢١:٤٧٢، ب ٨١ من أحكام الأولاد، ح ٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٨١:١٥ باب ٧٣ من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

الرواية الثالثة: رواية أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا طلّق الرجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتّى تضع حملها، وإذا وضعته أعطاها أجرها ولا يضارّها إلاّ أن يجد من هو أرخص أجراً منها، فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحقّ بابنها حتّى تفطمه»[1].

الرواية الرابعة: صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الحبلى المطلّقة ينفق عليها حتى تضع حملها، وهي أحقّ بولدها حتّى ترضعه بما تقبله امرأة اخرى، إنّ الله يقول: (لاٰ تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا ولاٰ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ)[2]...»[3].

الرواية الخامسة: خبر المنقري، عمّن ذكره قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلّق امرأته وبينهما ولد أيّهما أحقّ بالولد؟ قال:

---

(١) وسائل الشيعة ١٥:١٩١ باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد ح ٢.

(٢) سورة البقرة (٢):٢٣٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٥:١٩٢ باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد ح ٥.

«المرأة أحقّ بالولد ما لم تتزوّج»[1].

تقريب الاستدلال:

يقرب الاستدلال بالروايات على وجوب الحضانة على بيان امرين:

الأوّل: أنّ الحضانة من الأُمور الطبيعيّة والفطريّة، بمعنى أنّ الآباء والأمّهات يحبّون حفظ أولادهم من البلايا والآفات، ويسعون في تدبير شئونهم من تنظيفهم وغسل ثيابهم و.... وهذا لا يختصّ بالإنسان فقط، بل الحيوان أيضاً كذلك يسعى في حفظ أولاده ويهيّئ لهم كلّ ما يحتاجون إليه من الماء والغذاء وغير ذلك.

الثاني: إن المستفاد من الروايات الواردة في الباب وبالالتفات إلى سياقها وإلى ما يسأله السائل، الذي كانت أسئلته منصّبةً في الغالب على حكم انفصال الولد من الأم وخاصّة بعد الزواج الثاني، يعلم أنّ لزوم الحضانة عند الإمام عليه السلام وعند السائل كان أمراً

(١) المصدر نفسه، ح ٤.

معلوماً وقطعياً؛ ولذا بيّن الإمام عليه السلام مَن هو الأحقّ فيها، وأيّ الوالدين أكثر استحقاقاً من الآخر. والدليل على ما قلنا كثرة سؤال السائل عمّن يستحقّ الحضانة هل الأمّ أو الأب بعد أن كان وجوبها واضحاً عندهم. وإلاّ يجب على الإمام بيان هذا الوجوب لهم.

فعلى هذا دلّت هذه الروايات بمضمونها وسياقها على وجوب الحضانة، وأنّ وجوبها مفروغ عنه عند السائل والإمام عليه السلام، وقد سئل فيها عمّن يستحقّ الحضانة إذا اختلف الزوجان في أمرها أو تشاجرا أو طلّق الزوج زوجته ولها منه ولد.

و أيضاً يمكن أن يستفاد وجوب الحضانة من صحيحة الحلبي خاصّة.

و تقرير ذلك أن يقال: حكم الإمام عليه السلام فيها بأحقيّة الزوجة المطلَّقة بإرضاع ولدها إن أخذت الأجرة بما تقبله غيرها، وعلّل هذا الحكم بقوله: إنّ اللهّٰ تعالى يقول: (لاٰ تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا ولاٰ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ) والآية تحرّم الإضرار بالولد، سواء كان من جانب الأب

أو الأمّ، كما أوضحناه سابقاً، وحرمة الإضرار مطلقا يشمل الإضرار من ناحية ترك الحضانة أيضاً بتعبير آخر، كما أنّ الآية تدلّ على حرمة الرضاع؛ لأنّه إضرار بالولد، وتدلّ على حرمة ترك الحضانة أيضاً، وبهذا الدليل يثبت وجوب الحضانة وهو المطلوب.

الدليل الثالث: العقل:

فان العقل يدرك بان الطفل في هذه الفترة يحتاج الى من يقوم بواجباته ورعايته وتدبير حياته، وحق البنوة يقتضي ان يقوم بهذا الدور الام او الاب، وقد قامت السيرة العقلائية والمتشرعية على الزام الابوين بنحو التشريك في رعايته ومع التشاح يقدم دور الام في رعايته اول عمره، وانهم يذمون من يخل بهذا الواجب تجاه الابناء بحيث يعد الترك القبائح عند العقلاء، نعم لا يخفى ان هذا الدليل انما يتم مع عدم وجود من يتبرع او يقوم في الحضانة بأجرة.

الدليل الرابع: الاجماع:

المتابع لكلمات الفقهاء يتضح له ان الحضانة واجبة في الجملة

اجماعا، ولمفروغية هذا الوجوب لم يبحثوا الوجوب بل بحثوا الاستحقاق لها وتفاصيل ذلك كما اشرنا الى ذلك في تعريف الحضانة ، وان الصحيح انها واجبة على الاب لو امتنعت الام عن الحضانة او اسقطتها وواجب على الام مع الانحصار بها.

نعم لا يخفى ان هذا الاجماع مدركي فيرجع الى مدركه، بالإضافة الى عدم تعرض اكثر متقدمي الاعلام لذلك كما اشرنا في التعريف وان كان يمكن التعذر لعدم الذكر بسبب الوضوح فتأمل.

فصل: هل الحضانة واجبة عينا او كفائية ؟.

بعد ان ثبت اصل الوجوب في الجملة ، وقع الخلاف بين الاعلام في ان هذا الوجوب على الأولياء هل هو وجوب عيني أو كفائي كغيرهم ممّن يجب عليه حفظ الطفل والمجنون إذا لم يوجد أحد يتكفّل بحضانته ؟

والمتحصل منه قولان:

الأوّل: الوجوب العيني:

ان الحضانة واجبة عيناً على الأولياء، وهو يظهر ممّن صرح بإجبار الأب على الحضانة إذا امتنعت الأُمّ منها، أو امتنعا معاً[١]، وهو ظاهر ايضا من منع الأُمّ من أخذ الأُجرة عليها أيضاً[٢].

القول الثاني: الوجوب الكفائي:

أنّ وجوب الحضانة كفائي ولا اختصاص له بذي الحقّ؛ لعدم دلالة الأخبار إلّا على أصلّ الاستحقاق، وهو لا يستلزم الوجوب، وهو ظاهر من حكم أنّ لصاحب الحقّ إسقاطه والمطالبة بأجرته[٣].

والصحيح القول بالتفصيل: انه واجب على الاب عينا من جهة ولايته لولادته منه فتجب النفقة عليه وحفظه ورعايته مع ثبوت حق الحضانة له في سنين من عمره اقتضاء لحق الابوة لولا

---

(١) القواعد والفوائد ١:٣٩٦. وانظر: الروضة البهية ٥:٤٦٤. رياض المسائل ١٠:٥٢٩.

(٢) انظر: مسالك الأفهام ٨:٤٢١. جواهر الكلام ٢١:٢٨٣-٢٨٤.

(٣) الروضة البهية ٥:٤٦٤. رياض المسائل ١:٥٢٩. جواهر الكلام ٣١:٢٨٤.

اولوية امه في السنتين او السبع الاولى على خلاف يأتي، نعم هو حق للام لا حكم لجواز اسقاطه لأجل ابيه لا مطلقا، وواجب عليها عينا مع فقدان الاب والانحصار بها، نعم لو لم يقوما بها انتقل الوجوب الى الاخرين من باب حفظ النفس المحترمة.

ويدل على التعيين ان السقوط ورد في الام دون الاب الا اذا مات الاب او ارتد او لم يقدر على الحضانة فيتعين بالأم اقتضاء لحق بنوتها، ويستأنس لذلك بالإجبار مع الانحصار ولو بتدخل الحاكم الشرعي كما مر كلام الشهيد.

رأي فقهاء أهل السنّة في وجوب الحضانة:

المفهوم من كلمات فقهاء المذاهب الأربعة من أهل السنّة – أيضاً – وجوب الحضانة كما ذهب لذلك فقهاؤنا:

أ الحنابلة: قال في المغني: «كفالة الطفل وحضانته واجبة؛ لأنّه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك، ويتعلّق بها حقّ لقرابته؛ لأنّ فيها ولاية على

الطفل»[١].

ب - الشافعيّة: فقد جاء في مغني المحتاج: «... وعدم إجبار الأمّ عند الامتناع هو مقيد بما إذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت كأن لم يكن له أب ولا مال، أجبرت كما قال ابن الرفعة؛ لأنّها - أي الحضانة - من جملة النفقة، فهي حينئذٍ كالأب»[٢].

ج - المالكيّة: جاء في الشرح الكبير للدردير: «إذا أسقطت الحاضنة حقّها منها بغير عذرٍ بعد وجوبها لها، ثُمّ أرادت العود لها فلا تعود، بناءً على أنّها - أي الحضانة - حقّ الحاضن وهو المشهور، وقيل: تعود بناءً على أنّها حقّ للمحضون»[٣].

د - الحنفيّة: جاء في ردّ المحتار «اختلف في الحضانة هل هي حقّ الحاضنة أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٩:٢٩٧؛ وانظر المفصل في أحكام المرأة ١٠:١١.

(٢) المفصّل في أحكام المرأة ١٠:١٠ نقلاً عن مغني المحتاج ٣:٤٥٦.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢:٥٣٢؛ المفصل في أحكام المرأة ١١:١٠.

حقّ الولد؟ فقيل بالأوّل، فلا تجبر إذا امتنعت، ورجّحه غير واحد، وعليه الفتوى. وقيل بالثاني فتجبر... فقول مَن قال: إنّها حقّ الحاضنة فلا تجبر محمولٌ على ما إذا لم تتعيّن لها، واقتصر على أنّها حقّها؛ لأنّ المحضون حينئذٍ لا يضيع حقّه لوجود من يحضنه غيرها. ومن قال: إنّها حقّ المحضون فتجبر محمولٌ على ما إذا تعيّنت واقتصر على أنّها حقّه؛ لعدم من يحضنه غيرها»[1]

(١) حاشية ردّ المحتار على الدر المختار ٦١٤:٣-٦١٥.

المبحث الثالث

من تجب حضانته وامدها

ذهب الإمامية إلى أنّ الحضانة تجب لرعاية الطفل وتعهّده بغسل ثيابه وتنظيفه وتكحيله وغير ذلك من الأُمور التي يحتاجها الطفل كما مر، وكذلك تجب الحضانة للمجنون؛ لأنّه لم يستقلّ بأموره وإن كان بالغاً[1].

أَمَد الحضانة:

بعد إثبات وجوب الحضانة وعلى من تجب، ينبغي ان نعرف أمد الحضانة ابتداء وانتهاء .

قلنا أنّ الحضانة شرّعت لمصلحة المحضون، فمدّتها تتحدّد بقدر حاجة المحضون اليها وتنتهي بانتفاء الحاجة إليها، وذلك عند استغناء المحضون عن الحضانة، بأن يصير المحضون بالغاً رشيداً،

(١) قواعد الأحكام ٣:١٠١. كفاية الأحكام ٢٩٢:٢. كشف اللثام ٥٤٩:٧، ٥٥٧.

فحينئذٍ ليس لأحد حقّ الحضانة عليه حتى الأبوين فضلاً عن غيرهما، وهذا ممّا لا خلاف فيه عند الفقهاء.

واليك جملة من كلماتهم:

قال العلاّمة رحمه الله في القواعد: «فإن كان الولد بالغاً رشيداً تخيّر في الانضمام إلى مَن شاء منهما ومن غيرهما»[١] وكذا قال في الإرشاد[٢].

و قال سيد الرياض «إذا بلغ الولد رشيداً سقطت الحضانة عنه بلا خلاف»[٣].

و قال المحقّق رحمه الله: «إذا بلغ الولد رشيداً سقطت ولاية الأبوين عنه، وكان الخيار إليه في الانضمام إلى من شاء»[٤].

و قال الشهيد في المسالك: «و هو موضع وفاق، ولكن كرهوا

---

(١) قواعد الاحكام ٣:١٠١ و١٠٢.

(٢) إرشاد الأذهان ٢:٤٠.

(٣) رياض المسائل ٧:٢٥٤.

(٤) شرائع الإسلام ٢:٣٤٦.

للبنت مفارقة أمّها إلى أن تتزوّج»[١].

و هذا مختار جملة من الاعلام كالشيخ في المبسوط[٢] والسيد ابن حمزة[٣] وصاحب الجواهر[٤] والسيد الخميني[٥] رحمه الله وغيرهم[٦].

أدلّة الحكم:

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم بعدة ادلة:

أوّلاً: بالأصل، قال صاحب الجواهر في شرح كلام المحقّق في هذا المقام: «لا خلاف في أنّه إذا بلغ الولد رشيداً سقطت ولاية

---

(١) مسالك الأفهام ٨:٤٣٦.

(٢) المبسوط ٦:٣٩.

(٣) إصباح الشيعة ١٨:٣٥٠.

(٤) جواهر الكلام ٣١:٣٠١.

(٥) تحرير الوسيلة ٢:٣١٢.

(٦) السرائر ٢:٦٥٢؛ قواعد الأحكام ٢:٥١ الطبع الحجري؛ كشف اللثام ٧:٥٤٩؛ رياض المسائل ٧:٢٥٤؛ فقه الإمام الصادق عليه السلام ٥:٣١٤؛ مهذّب الأحكام ٢٥:٢٨٥؛ تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٥٦٥.

الأبوين عنه؛ للأصل»[١].

و يقرب كلام الجواهر بان الأصل عدم ولاية أحدٍ على أحدٍ، خرج عنه بمقتضى الدليل أيّام عدم بلوغ المحضون، فإذا انقضت أيّام الحضانة وشُكّ في بقائه أثّر الأصل أثره، وهو عدم ولاية أحدٍ على أحد، ويشمل المورد؛ لأنّ الحضانة كما قلنا في تعريفها نوع ولايةٍ.

ثانياً: التمسك بإطلاق أدلّة البلوغ والرشد، كما في إطلاق قوله تعالى: **(وَابْتَلُوا الْيَتَامىٰ حَتّٰى إِذٰا بَلَغُوا النِّكٰاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ)**[٢].

والابتلاء هو الاختبار بان تتّبع أحوال اليتامى حتّى يتبيّن حالهم من الرشد، فإن ثبت يُعطوا أموالهم وإلاّ فيترك ويحجر حتّى يتبيّن الرشد[٣].

---

(١) جواهر الكلام: ٣١:٣٠١.

(٢) سورة النساء: (٤):٦.

(٣) زبدة البيان ١-٢:٦٠٧.

و في اصطلاح الفقهاء معناه القدرة على حفظ المال وعدم تضييعه، لقول الامام الصادق عليه السلام في تفسير قول الله عزّ وجلّ: (**فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ**)[1] قال: «إيناس الرشد حفظُ المال»[2].

و كذلك الخروج عن اليتم يحصل بالرشد والاحتلام؛ لما ورد عن عليّ ابن جعفر، عن أخيه الامام موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن اليتم متى ينقطع يتمه؟ قال: «إذا احتلم وعرف الأخذ والعطاء»[3].

و ما ورد في وصيّة النبيّ صلى الله عليه وآله لعليّ عليه السلام قال: «يا عليّ لا يُتْمَ بعد احتلام»[4].

فالخروج عن اليتم هو أن يعلم صلاح المال وعدم صرفه في

---

(١) سورة النساء ٤:٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٣:١٤٣ باب ٢ من أحكام الحجر، ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة ١:٣١ باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، ح ٦.

(٤) المصدر نفسه ١:٣٢ باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، ح ٩.

وجهٍ غير لائق في نظر العقلاء، فتضييع المال بإلقائه في البحر أو حرقه أو صرفه في المحرّمات منافٍ للرشد، كما أنّ صرف المال في وجهٍ لائق موافق للرشد.

فالآية تدل على جواز الابتلاء والامتحان قبل البلوغ وانتهائه بالبلوغ والرشد، وهكذا الظاهر منها بمعونة النصوص الواردة أنّ الرشد وخروج الطفل عن اليتم يحصل بالبلوغ، وببلوغهم يكونون مالكين لأنفسهم، ولا يحتاجون حينئذٍ إلى الحضانة.

وعليه فان أَمَد الحضانة منتهاه إن بلغ الولد حال كونه رشيداً، وحينئذٍ يصير مالكا لنفسه وله الخيار في الانضمام لمن يشاء من الأبوين ذكراً كان الولد أو أنثى، وقد وردت عدة روايات في ذلك[1]:

منها: ما ورد عن حمران قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له:

(١) المصدر نفسه ١:٣١ باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات وج ١٣:١٤٣ باب ٢ من أبواب أحكام الحجر.

متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة، ويقام عليه، ويؤخذ بها؟ قال: «إذا خرج عنه اليتم وأدرك، قلت: فلذلك حدٌّ يعرف به؟ فقال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو أنبت قبل ذلك أقيمت عليه الحدود التامّة، واخذ بها واخذت له، قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامّة وتؤخذ بها ويؤخذ لها؟ قال: إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، واقيمت عليها الحدود التامّة، واخذ لها وبها. قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع، ولا يخرج من اليتم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»[1].

تقريب الاستدلال: أنّه إذا احتلم الغلام أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو أنبت، وهكذا إذا تزوّجت الفتاة ولها تسع سنين جاز أمرهما في الشراء والبيع، ويؤخذان بالحدود التامة، ويصيران

(١) وسائل الشيعة ٣٠:١ باب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، ح ٢.

مالكين لأنفسهما، وهذا عبارة أخرى عن أنّه لا ولاية عليهما من جهة المال وغيره، ومنها الحضانة، فيمكن أن نحكم بانقضاء الحضانة بالبلوغ والرشد بإطلاق هذه النصوص.

آراء مذاهب أهل السنّة في مدّة الحضانة وتخيير المحضون:

تختلف آراء مذاهب أهل السنّة في هذه المسألة، فبعضهم قالوا بانتهاء الحضانة إلى البلوغ والرشد، وبعده له الخيار في الانضمام لمن شاء. وبعضهم على خلاف ذلك. وأيضاً فصّل بعضهم بين الابن والبنت، فقالوا: للابن الخيار، وأمّا البنت فليس لها الخيار. ونذكر شطراً من كلماتهم على نحو الاختصار:

أ ـ الحنابلة: قال ابن قدامة: «و لا تثبت الحضانة إلاّ على الطفل أو المعتوه، فأمّا البالغ الرشيد فلا حضانة عليه، وإليه الخيرة في الإقامة عند مَن شاء من أبويه، فإن كان رجلاً فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما، ويستحبّ أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع برّه عنهما. وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد، ولأبيها منعها منه؛ لأنّه لا

يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها، ويلحق العار بها وبأهلها»[١].

ب - **الحنفيّة**: قال في تنوير الأبصار: «و لا خيار للولد عندنا مطلقاً» وشرحه في الدرّ المختار بقوله: «ذكراً كان أو أنثى خلافاً للشافعي. قلت: وهذا قبل البلوغ، وأمّا بعده فيخيّر بين أبويه: وإن أراد الانفراد فله ذلك»[٢].

ج - **المالكيّة**: قال في المدوّنة الكبرى: «(قلت:) كم يترك الغلام في حضانة الأمّ في قول مالك؟ (قال) قال مالك: حتّى يحتلم ثمّ يذهب الغلام حيث شاء... (قلت:) والجارية حتّى متى تكون الأمّ أولى بها...؟ قال مالك: حتّى تبلغ مبلغ النكاح ويخاف عليها، فإذا بلغت مبلغ النكاح وخيف عليها نظر...»[٣].

و أصرح منه أنّهم قالوا: «مدّة حضانة الغلام من حين ولادته إلى أن يبلغ... ومدّة حضانة الأنثى حتّى تتزوّج ويدخل بها الزوج

---

(١) المغني لابن قدامة ٩:٢٩٩.

(٢) ردّ المحتار على در المختار: ٥:٢٧٠.

(٣) المدوّنة الكبرى ٢:٣٥٦.

بالفعل»[١].

د - **الشافعيّة**: ولهم رأيان، قال في نهاية المحتاج: «و تنتهي [الحضانة] في الصغير بالبلوغ، وقال الماوردي: بالتمييز وما بعده إلى البلوغ كفالة»[٢].

امد الحضانة في القانون الوضعي العراقي:

فقالوا في المادة ٥٧ الفقرة (٥): إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر، يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه، أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر، إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار.

وهذا تام في الذكر لان حضانته تنتهي شرعا ببلوغه كما مر، ولكن غير تام في الانثى لان بلوغها باكمال التاسعة فحينئذ تتخير .

ولا يجوز الانفصال عن ابويه شرعا اذا كان مقتضيا لاذيتهما،

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ٤:٥٩٩؛ رد المختار ٥:٢٦٨.

(٢) نهاية المحتاج ٧:٢٢٥.

وهذا لم يذكره المشرع القانوني في عدم رعاية حق الابوين.

المبحث الرابع

مراتب استحقاق الحضانة

ان الحضانة ثابته مع اجتماع الزوجين او افتراقهما، وان كان الفقهاء تركيزهم على حالة الافتراق لأنها الحالة الاكثر ابتلاءً.

فإذا افترق الزوجان فقد ذهب فقهاء الإمامية في حقّ الحضانة الى التفصيل بين مدّة الرضاع وبين انفطام الولد عن الرضاع.

لذا يقع البحث في مرحلتين:

المرحلة الاولى ـ الحضانة في الحولين:

وقع الخلاف في ان الحضانة في الحولين من اختصاص الام او انه حق مشترك بينهما ؟ قولان في المسالة.

القول الاول: ما ذهب اليه المشهور بل كاد ان يكون اجماعا، من ان الأُمّ أحقّ بحضانته مطلقاً، ذكراً كان أم انثى، إذا كان الولد يرضع فعلاً، وهو الصحيح.

ادلة القول الاول:

استدل له بعدة ادلة:

الاول: ادّعي عليه عدم الخلاف بل الإجماع كما صرح جملة من الاعلام في الموسوعات الفقهية [١]، قال في المسالك: (لا خلاف في ان الام احق بالولد مطلقا مدة الرضاع).

الثاني: قوله تعالى: (**لاٰ تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا**)[٢]. اذ ان التفريق بين الام وولدها مع انها غير مطالبة بشي زائد نحو من الاضرار بها كما تقدم بيانه في الدليل الاول من ادلة وجوب الحضانة.

الثالث: ـ وهو العمدة ـ النصوص الدالّة على أحقيّة الأُمّ، منها:

رواية المنقري سُئل الإمام أبو عبد الله الصادق عليه السلام عن الرجل يطلّق امرأته وبينهما ولد أيهما أحقّ؟ قال: «المرأة أحقّ بالولد ما لم

---

(١) كفاية الأحكام ٢:٢٩٢. كشف اللثام ٧:٥٤٩. رياض المسائل ١٠:٥٢٢. جواهر الكلام ٣١:٢٨٤-٢٨٥.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

تتزوّج»[١].

فهي دالة على احقيتها بالحضانة في اول عمر المحضون ما لم تتزوج، ومفهومها دال على احقيتها في فترة عدم الزواج بغير ابي المحضون.

صحيحة أيوب بن نوح عن الإمام أبي عبد الله الصادق عليه السلام قال: كتب إليه بعض أصحابه أنّه كانت لي امرأة ولي منها ولد فخلّيت سبيلها، فكتب عليه السلام: «المرأة أحقُّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلّا أن تشاء المرأة»[٢].

وهي دالة على سبق حضانتها في اول العمر للمولود، اذ ان السنتين داخلة في السبعة الاولى والحضانة فيها للام خاصة.

ورواية مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللهِ عليه السلام إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وهِيَ حُبْلَى أَنْفَقَ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ

(١) وسائل الشيعة ٢١:٤٧١، ب ٨١ من أحكام الأولاد، ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢١:٤٧٢، ب ٨١ من أحكام الأولاد، ح ٦.

حَمْلَهَا وإِذَا وَضَعَتْهُ أَعْطَاهَا أَجْرَهَا ولَا يُضَارَّهَا إِلَّا أَنْ يَجِدَ مَنْ هُوَ أَرْخَصُ أَجْراً مِنْهَا فَإِنْ هِيَ رَضِيَتْ بِذَلِكَ الْأَجْرِ فَهِيَ أَحَقُّ بِابْنِهَا حَتَّى تَفْطِمَهُ.

وهذا الرواية واضحة الدلالة باحقية الام بالحضانة في زمن الارضاع وهو السنتان.

ورواية فَضْلٍ أَبِي الْعَبَّاسِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللهَّ عليه السلام الرَّجُلُ أَحَقُّ بِوَلَدِهِ أَمِ الْمَرْأَةُ قَالَ لَا بَلِ الرَّجُلُ فَإِنْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا الَّذِي طَلَّقَهَا أَنَا أُرْضِعُ ابْنِي بِمِثْلِ مَا تَجِدُ مَنْ يُرْضِعُهُ فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ.

وهذه الرواية واضحة الدلالة كسابقتها في ثبوت الحضانة فترة الارضاع اذا قبلت بالاجرة التي عرضها الزوج.

وغيرها من الروايات التي تشكل استفاضة بمجموعها.

الدليل الرابع: السيرة: فإنها قائمة على اعطاء الولد للام في السنين الاولى من عمره وان العرف يذم من لا يسلم الام ولدها مدة الرضاع او اوسع ويذم الام التي تتنصل عن ارضاع ابنها في

بداية عمره.

القول الثاني: وهو قول شاذ ونادر ذهب اليه الشيخ ابن فهد في المهذب من المتقدمين والسيد السيستاني دام ظله في المنهاج من المعاصرين ، وهو أنّ الحضانة مشتركة بين الأب والأُمّ.

وادّعى عليه الإجماع[١]: وهو كما ترى.

واستدلّ له بموثق داود بن الحصين عن الإمام أبي عبدالله الصادق عليه السلام قال: (**وَالْوٰالِدٰاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاٰدَهُنَّ**)[٢]، قال: «ما دام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية...»[٣].

ويرد على هذا القول:

اولا: بانه خلاف اكثر الروايات المستفيضة الدالة على اثبات الحضانة للام خاصة في فترة الرضاع او ما هو اوسع كعنوان ما لم تتزوج او عنوان سبع سنين، فيحمل الاشتراك على معنى اخر غير

(١) المهذّب البارع ٣:٤٢٦.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢١:٤٧٠-٤٧١، ب ٨١ من أحكام الأولاد، ح ١.

ما فهم وهو ان الحضانة للام والولاية للاب او ان الرضاع على الام والاجرة على الاب كما احتمله بعض الاعلام، ولا اقل من اجمال السوية فلا يتمسك به مقابل ما دل صريحا على ان الحضانة للام في السبع او في السنتين .

فيتمسك بما هو اكثر عددا واصح سندا واوضح دلالة.

ثانيا: ان الاجماع المدعى باطل لمخالفته للإجماع المركب في الاقوال الاخرى كما سياتي ذكرها وانها للام في السنتين او السبع.

قال في الجواهر: (وفيه أنّ الإجماع موهون بمصير الأكثر إلى خلافه بل الكلّ، ومعارضة صدر الخبر بذيله مع عدم وضوح المراد بالتسوية فيه، إذ يمكن إرادة ذلك من جهة أنّ على الأُمّ الرضاعة وعلى الأب الأُجرة فتربيته بينهما بالسوية من هذه الحيثية، وعلى كلّ حال فلا ريب في ضعفه».[1]

(١) . جواهر الكلام ٣١:٢٨٦.

وقال المجلسي في روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه :

(فالظاهر أنه عليه السلام يقول: إن في الحولين يلزم الوالدات أن يرضعن الأولاد ويلزم على الأب القيام بما يحتجن إليه من النفقة والكسوة بنسبة حالهن وحاله في الغناء والفقر ولا يصل ضرر بالوالدة بسبب الولد بأن ينزع عنها ولا بالوالد بزيادة أجرة الرضاع وغيرها ولو مات الوالد كان على وارث الأب القيام بشأنهن من أجرة الرضاع وكسوة الولد ونفقة الزوجة لو كانت حاملا وغيرها مما سيجيء)[1].

ثالثا: ان رواية الحصين بالاضافة لضعف سندها فهي متعارضة الذيل والصدر، والاصحاب اعرضوا عنها، كما انها معارضة للاخبار كما قلنا.

كما ان الاستدلال باية المضارة لايتم ايضا اذ انها ليست في مقام بيان من هذه الناحية وانما تؤسس لحكم كلي في المضارة.

---

(١) ج٨ ص ٣٤٠

رابعا: الملازمة العرفية بين حق الرضاع وحق الحضانة، فثبوت الرضاع للمراة يلازمه ثبوت الحضانة كما هو ظاهر اية الارضاع، فلا تعارضها رواية الحصين فتامل.

هذا إذا أرضعت الأُمّ ولدها.

أمّا لو استرضعت غيرها ففي بقاء حقّها في الحضانة قولان:

قول بسقوط حقّها لما ورد في بعض النصوص من أنّ للأب أن ينزعه منها إذا لم تقبل أن ترضعه إلّا بخمسة دراهم، ولما في بقاء حقّ الحضانة مع انتفاء حقّ الرضاعة العسر والحرج بتردّد المرضعة إلى الأُمّ.

وقول بعدم سقوط حقّ الحضانة؛ لمباينته لحقّ الإرضاع، فلا يسقط بسقوطه[1] وهو الصحيح كما سياتي.

ولو فطم قبل الحولين هل ترتفع حضانة الأُمّ، كما هو مقتضى

---

(١) شرائع الإسلام ٢:٣٤٥. السرائر ٢:٦٥٢. تحرير الأحكام ٤:١١. كشف اللثام ٧:٥٤٧. رياض المسائل ١٠:٥٢٢.

قوله عليه السلام: (فإذا فطم فالأب أحقّ به من الأُمّ) أم أنّ لها الحضانة في مدّة تمام الحولين وإن فطم قبلهما لتنزيل قوله عليه السلام: «حتى يفطم» على الغالب من الحولين؟ وجهان في المسألة[1] والاصح عدم السقوط ولا منافاة مع ارضاع غيره .

المرحلة الثانية: الحضانة بعد الحولين:

أمّا ما بعد الحولين فقد اختلف فقهاء الإمامية إلى عدّة أقوال بسبب اختلاف الاخبار، وهذه اهمها:

الأوّل - إنّ الأُمّ أحقّ بالبنت إلى سبع سنين، والأب أحقّ بالابن بعد السنتين، وهو ما اختاره الأكثر[2]، جمعاً بين الأخبار، وقيل إنّه المشهور، بل ادعي عليه الإجماع، وقيل هو الحجّة فيه[3].

---

(١) جواهر الكلام ٣١:٢٩٠.

(٢) الخلاف ٥:١٣١، م ٣٦. شرائع الإسلام ٢:٣٤٦. أرشاد الأذهان ٢:٤٠. تبصرة المتعلّمين: ١٤٣. اللمعة الدمشقية: ١١١. نضد القواعد الفقهية: ٤٣٣. جواهر الكلام ٣١:٢٩٠.

(٣) رياض المسائل ١٠:٥٢٤-٥٢٥. جواهر الكلام ٣١:٢٩٠-٢٩١.

يرد عليه: انه لا دليل على هذا التفصيل من الروايات، والاجماع ليس بحجة لأنه مدركي.

قد يقال :انه مقتضى الجمع بين رواية داوود بن الحصين الدالة على احقية الاب بعد الحولين مطلقا وكذا مفهوم رواية ابي الصباح وان الاب احق بالولد بعد الفطام، وبين ما دل على السبع سنين.

فانه يقال: ان هذا جمع اقرب للجمع التبرعي لان مقتضاه حمل الطائفة الاولى على الذكر والطائفة الثانية على الانثى وهو كما ترى لا قرينة عليه ومخالف لأطلاق الطائفتين.

الثاني – إنّ الأُمّ أحقّ بالولد ما لم تتزوّج مطلقا [1]، قال الشيخ الصدوق في المقنعة: (واذا طلق الرجل امراته وبينهما ولد فالمرأة احق بالولد ما لم تتزوج).

ويستدل له برواية المنقري سُئل الإمام أبو عبد الله الصادق عليه السلام عن الرجل يطلّق امرأته وبينهما ولد أيهما أحقّ؟ قال: «المرأة أحقّ

(١) حكاه عنه في مختلف الشيعة ٧:٣٠٦.

بالولد ما لم تتزوّج»[١].

ويرد عليه: ان الرواية مرسلة ومعارضة لصحيح ابن نوح الدالة على القول المختار وان كان يمكن الجمع كما سياتي.

الثالث – إنّ الأُمّ أحقّ بالبنت ما لم تتزوّج وبالصبيّ إلى سبع سنين[٢].

نسبه العلامة الى ابن الجنيد وبه قال الشيخ في الخلاف وادعى انه اجماع الفرقة.

يرد عليه ان هذا القول غير تام لعدم النص عليه بالإضافة الى مخالفته لما اشتهر بين فقهائنا وموافقته لبعض العامة، وقد رد ابن ادريس عليه في السرائر ردا قاسيا.

الرابع: إنّ الأُمّ أحقّ بالذكر مدّة الحولين وبالأنثى إلى تسع سنين[٣]، وهو ما ذهب اليه الشيخ المفيد.

---

(١) وسائل الشيعة ٢١:٤٧١، ب ٨١ من أحكام الأولاد، ح ٤.

(٢) مختلف الشيعة ٧:٣٠٦. الخلاف ٥:١٣١، م ٣٦.

(٣) المقنعة: ٥٣١. المراسم العلوية: ١٦٤. المهذّب (ابن البراج) ٢:٣٥٢.

وربّما استدلّ له بأنّه المناسب لصونها وتربيتها حتى البلوغ[1].

ويرد عليه: لا يوجد لنا خبر يدل على ذلك، ولعله وصل اليه ولم يصل الينا، او تمسكا بروايات البلوغ في الانثى.

الخامس: ان الام احق بالولد ذكرا كان ام انثى الى سنتين والباقي للاب وهو ما اختاره جملة من الفقهاء المعاصرين كالسيد الخوئي (قد) والسيد السيستاني دام ظله وغيرهما.

ويرد عليه:

اولا: ان لا رواية دالة على تحديد الحضانة بالسنتين الا ما هو محدد لأيام الارضاع الذي هو سنتين وان الام احق به، ولا ملازمة بين الامرين، اذ ان الحضانة قد تسقط زمن الارضاع كما لو تزوجت او تنازلت او فطم قبل الحولين ـ على قول ـ وقد تبقى بعد السنتين كما هو الصحيح من ان التحديد هو السبع سنوات، نعم لا خلاف في انها احق بحضانته في مدة الارضاع ولكن لا يعني تحديد الحضانة

(١) انظر: جواهر الكلام ٣١:٢٩١.

بها فتأمل.

ثانيا: ان اكثر الفقهاء يحددون الارضاع بها دون السنتين تمسكا بمدلول الآية (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) فيجعلون مدة الرضاع واحد وعشرون شهرا، وان المرأة قد تترك الارضاع مطلقا او ترضع الطفل لفترة وجيزة فهل يا ترى يلتزمون بذهاب الحضانة بها دون السنتين، وكل هذا يكشف ان لا ملازمة بين الارضاع والحضانة ؟!.

السادس: إنّ الأُمّ أحقّ بالولد مطلقا إلى سبع سنين[1]؛ لصحيحة أيوب بن نوح قال: كتب إليه عليه السلام بعض أصحابه أنّه كانت لي امرأة ولي منها ولد وخليّت سبيلها، فكتب عليه السلام: «المرأة أحقّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين»[2].

قال صاحب المدارك معلقا على هذه الرواية: (وهذه الرواية

(١) كفاية الأحكام ٢:٢٩٤. نهاية المرام ١:٤٦٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢١:٤٧٢، ب ٨١ من أحكام الأولاد، ح ٦.

اصح ما بلغنا في هذا الباب، ومقتضاها ان الام احق بالولد مطلقا الى سبع سنين من غير فرق بين الذكر والانثى، والعمل بها متجه) [١].

وروايته الاخرى عن مُحَمَّدُ بْنُ إِدْرِيسَ فِي آخِرِ اَلسَّرَائِرِ نَقْلاً مِنْ كِتَابِ مَسَائِلِ الرِّجَالِ ومُكَاتَبَاتِهِمْ مَوْلاَنَا أَبَا الْحَسَنِ عَلِيَّ بْنَ مُحَمَّدٍ عليه السلام رِوَايَةَ اَلْجَوْهَرِيِّ واَلْحِمْيَرِيِّ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَيْهِ مَعَ بِشْرِ بْنِ بَشَّارٍ جُعِلْتُ فِدَاكَ رَجُلٌ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ فَارَقَهَا مَتَى يَجِبُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ وَلَدَهُ فَكَتَبَ إِذَا صَارَ لَهُ سَبْعُ سِنِينَ فَإِنْ أَخَذَهُ فَلَهُ وإِنْ تَرَكَهُ فَلَهُ. [٢]

وهذا الراي مختار جملة من الفقهاء المعاصرين كالسيد محسن الحكيم والسيد محمود الهاشمي وغيرهم.

وهو الصحيح لأسباب:

---

(١) نهاية المرام ج١ ص ٤٦٦.

(٢) المصدر والصفحة.

اولا: للروايات الصحيحة الواردة عنهم عليهم السلام وهي العمدة في المقام، وهي صحيحة ابن نوح الاولى والثانية، بعد طرح اكثر الروايات لضعف السند او ضعف الدلالة او تعارض صدرها مع ذيلها.

ثانيا: لضعف مستند باقي الاقوال فلا تنهض للمعارضة، فان روايات السبع اصح واكثر واشهر فلا تعارضها غيرها.

ثالثا: واما الاجماع الذي هو دليل القول المشهور فهو مدركي فيناقش في مدركه بالإضافة الى امكان ابطال دعوى الاجماع لكثرة الخلاف بين طبقات الفقهاء في هذه المسالة، ولو تم فلا حجة فيه اذا عارض الرواية الصحيحة.

رابعا: يؤيد القول المختار ما دل على ان الاب احق بالتربية والتأديب بعد السبع الاولى وانحصاره بالأب كمعتبرة يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: امهل صبيك حتى يأتي له ست سنين ثم ضمه إليك سبع سنين فأدبه بأدبك فان قبل وصلح وإلا

فخلِّ عنه»[1].

وفي الصحيح الى يونس عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: دع ابنك يلعب سبع سنين والزمه نفسك سبع سنين فان افلح والا فانه من لا خير فيه»[2].

و في رواية علي بن أسباط عن عمّه عن أبي عبد اللهّ (عليه السلام) قال: إنّ الغلام يلعب سبع سنين ويعلّم الكتابة سبع سنين ويتعلّم الحلال والحرام سبع سنين.

فأنّ السبع سنين التي هي مدّة التربية واللعب إنّما يكون عند الأم لأنّها هي المربّية له، وإليه يشير «ثمّ ضمّه إليك وألزمه نفسك» وهو ظاهر في أنّ الأب إنّما يضمّه إلى نفسه وتصير الحضانة له بعد تلك السبع التي مضت للولد عند امّه، ولا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى.

---

(١) وسائل الشيعة: أبواب أحكام الأولاد باب ٨٢ ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة: أبواب أحكام الاولاد، باب ٨٢ ح ١.

وفي مستطرفات السرائر نقلا من كتاب مسائل الرجال ومكاتباتهم إلى أبي الحسن علي بن محمد (عليه السلام) برواية الجوهري والحميري عن أيوب بن نوح قال: كتب إليه معي بشير بن بشار: جعلت فداك رجل تزوّج امرأة فولدت منه ثمّ فارقها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: « إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله وإن تركه فله»، وهي كما ترى صحيحة صريحة كصحيحة أيّوب بن نوح المتقدمة.

خامسا: يؤيد هذا الراي المختار بانه اقرب لواقع حاجة المولود وانه في السبع سنين الاولى يحتاج الى امه اكثر ؛ فهي سنين الرعاية الخاصة التي تقدر عليها الام اكثر من الاب، والسنين السبعة الثانية اقرب للاب ؛ لأنه يحتاج الى تربية خاصة وتأديب خاص لمواجهة الحياة خصوصا في الصبي.

وبعبارة اخرى: تقدم ولاية الأب في السبعة الثانية على حق الام في الحضانة عند التدافع لأهمية متعلق ولاية الأب حينئذ،

بخلاف السبعة الاولى فتقدم متعلق ولاية الأم على متعلق ولاية الأب لشدة احتياج الولد للحضانة، وكفالة الحجر، وهذا هو الجمع المختار بين الطوائف.

سادسا: انه اقرب لقاعدة العدل والانصاف بين الزوجين لكي يمارس كل منهما حقه في الحضانة.

سابعا: ان روايات ما لم تتزوج مطلقة يقيد بها مدة السبع سنين فاذا تزوجت سقط حق الحضانة ولو في السبع الاولى فلا تعارض روايات السبع سنين.

راي فقهاء المذاهب الاربعة:

وأطلق فقهاء المذاهب أحقية الأُمّ بالحضانة بالاتّفاق عند افتراق الزوجين، لما ورد أنّ امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله، ابني هذا، كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنّه ينزعه منّي، فقال: «أنتِ أحقّ

به ما لم تنكحي»[1].

واختلف فقهاء المذاهب في مدّة الحضانة، فذهب الأحناف إلى أنّ حضانة النساء على الذكر تظلّ حتى يستغني عن رعاية النساء فيأكل ويشرب وحده، ويلبس وحده؛ لأنّ الغالب الاستغناء عن الحضانة في هذه السن، وقيل: تسع سنين، وتظلّ حضانة الأُنثى قائمة حتى تبلغ بالحيض او الاحتلام أو السن إذا كانت الحاضنة الأُمّ أو الجدّة، أمّا غير الأُمّ والجدّة فإنهنّ أحقّ بالصغيرة حتى تُشتهى، وقدّر بتسع سنين.

وعن محمد بن الحسن: إنّ الحكم في الأُمّ والجدّة كالحكم في غيرهما، فتنتهي حضانة النساء على الصغيرة عند بلوغها حدّ الاشتهاء الذي يقدّر بتسع سنين، فإذا انقضت حضانة النساء فلا يخيّر المحضون ذكراً أو انثى بل يضم إلى الأب؛ لأنّه لقصور عقله يختار من عنده اللعب، فإذا بلغ مستغنياً برأيه مأموناً عليه، فيُخيّر

(١) مسند أحمد ٢:١٨٢. وانظر: الموسوعة الفقهية الكويتيّة ١٦:٣٠٢.

حينئذٍ بين المقام مع وليه أو مع حاضنته أو الانفراد بنفسه، وكذلك الأُنثى إذا كانت ثيّباً، أو كانت بكراً طاعنة في السن ولها رأي فإنّها تخيّر كما يخيّر الغلام، وإن كان الغلام والثيب والبكر الطاعنة في السن غير مأمون عليهم لو انفردوا بقيت ولاية الأب عليهم، وكذلك الحكم في البكر إذا كانت حديثة السن، وكذلك المعتوه إلى أنّ يعقل[1].

وذهب المالكية إلى أنّ حضانة النساء على الذكر تستمرّ إلى بلوغه، وتنقطع بالبلوغ ولو مريضاً أو مجنوناً، أمّا الحضانة بالنسبة إلى الأُنثى فتستمرّ إلى زواجها ودخول الزوج بها[2].

وذهب الشافعية إلى أنّ الحضانة تستمرّ حتى التمييز ذكراً كان أم انثى، ويقدّر بسبع سنين أو ثمان غالباً، فإذا بلغ حدّ التمييز خُيّر بين الأب والأُمّ، وإذا امتنع من الاختيار فالأُمّ أولى به لأنّها أشفق،

(١) حاشية ابن عابدين ٢:٦٤١-٦٤٢. بدائع الصنائع ٤:٤٢-٤٣.

(٢) حاشية الدسوقي ٢:٥٢٦.

وقيل: يقرع بينهما، وإن امتنع المختار من كفالته كفله الآخر، وتظلّ الولاية لمن بقي عنده إلى البلوغ، فإن بلغ وكان غلاماً وبلغ رشيداً ولي أمر نفسه، والأولى أن لا يفارقهما ليبرّهما، ولو بلغ عاقلاً غير رشيد فأطلق البعض أنّه كالصبيّ.

وإن كان انثى، فإن بلغت رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوّج إن كانا مفترقين، وبينهما إن كانا مجتمعين؛ لأنّه أبعد عن التهمة، وإن بلغت غير رشيدة، ففيها التفصيل الذي قيل في الغلام.

أمّا المجنون والمعتوه فلا يخيّر وتظّل الحضانة عليه لأُمّه إلى أن يفيق[1].

وذهب الحنابلة إلى أنّ الغلام يكون عند حاضنته حتى يبلغ سن السابعة، فإن اتّفق أبواه بعد ذلك أن يكون عند أحدهما جاز، وإن تنازعاه خيّره الحاكم بينهما، والتخيير إنّما يكون مع السلامة من

(١) مغني المحتاج ٣:٣٥٦-٣٥٧، ٤٥٧-٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠. نهاية المحتاج ٧:٢٢٠-٢٢٢. أسنى المطالب ٣:٤٤٩-٤٥١.

فساد، فإن علم أنّه يختار أحدهما ليمكنه من فساد لم يعمل بمقتضى شهوته، أمّا الأُنثى فإذا بلغت سبع سنين فلا تخيير، وإنّما تكون عند الأب وجوباً إلى البلوغ، وبعد البلوغ تكون عنده أيضاً إلى الزفاف وجوباً؛ لأنّ الأب أحفظ لها، والمعتوه ولو كان انثى يكون عند امّه ولو بعد البلوغ، لحاجته إلى من يخدمه ويقوم بأمره والنساء أعرف بذلك[1].

مدة الحضانة في القانون العراقي:

المادة ٥٧: فقرة ١ ـ الام أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك.

وفي فقرة ٤: للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، أن مصلحة الصغير تقضي

(١) كشّاف القناع ٥٠١:٥، ٥٠٢، ٥٠٣. المغني ٦١٤:٧-٦١٦.

بذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته.

اقول: هذا التحديد مخالف لكل الآراء الفقهية في الحضانة ولما هو ظاهر القران الكريم ونص الروايات، بالإضافة الى انه مجحف بحق الرجل ومخالف لقاعدة العدل والانصاف العقلائية والتي يقرها العرف والذوق العام.

وكذلك لا موجب للتقييد بعدم البيتوته عند غي الحاضن فهو داخل في عنوان المضارة.

المبحث الخامس

ترتيب مستحقّ الحضانة مع فقد احد الابوين او كليهما

الكلام في ذلك في مرحلتين الاولى مع فقد احد الابوين والثانية مع فقد كلا الابوين:

المرحلة الاولى: مع فقد احد الابوين:

اذا مات الاب فذهب المشهور الى انتقال الحضانة للام مطلقا سواء تزوجت ام لا، ولا مخالف الا ما يظهر من الشهيد في المسالك من انتقال الحضانة للجد لأنه اب، ولكن هذا لا يتم لظهور الروايات بأحقية الام وان النص دل على سقوط حضانتها اذا تزوجت مع وجود الاب وحصل التنازع بينهما فيكون الاب احق، ومع عدمه فلا حق له، ويمكن الاستدلال على ذلك بعدة ادلة:

الاول: اطلاق قوله تعالى لا تضار والدة بولدها، بان حق الحضانة لهما بالأصل الاولي وليس لغيرها ذلك، ومع ذهاب الاب ينحصر الحق بالأم مطلقا، ولا يجوز اخذ الولد منها دفعا للمضارة.

الثاني: اطلاق قاعدة الاولوية في الارحام (أُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ) [١] ولا شك ان الام اقرب للمولود من كل احد بعد الاب.

الثالث: قيام الاجماع على ذلك كما ذكره صاحب الجواهر [٢]

واذا ماتت الام فالاب احق بالحضانة بلا ريب، ولا يلتفت الى ما يظهر من الشهيد الثاني من انتقال الحضانة لام الام فانه محمول على آداب الحضانة كما سياتي.

وهذا المشهور بين الامامية بل هو اجماعهم وعليه كل الفقهاء المعاصرين.

المرحلة الثانية: مع فقد الابوين:

اختلف الإمامية في حضانة الطفل بعد فقد الأبوين لعدم النص الخاص في هذا الحكم على عدّة أقوال:

---

[١] الانفال ٧٥ .

(٢) ج٣١ ص ٢٩٣.

الأوّل – إنّ الحضانة تكون بعد الأبوين لأُمّ الأب، فإن لم تكن فلأبيه، فإن لم يكونا فلأُمّ الأُمّ[١].

وهو مما انفرد به الشيخ المفيد، ولا دليل عليه خاص، الا ان يقال ان العرف الخارجي يرى ان ام الاب وام الام احن على ابناء الابن والبنت من غيرهم.

القول الثاني – إنّ الحضانة تنتقل إلى باقي الأقارب والأرحام على ترتيب الإرث؛ لقوله تعالى: (**وَأُولُوا الْأَرْحٰامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتٰابِ اللّٰهِ**...)[٢]، والأولوية شاملة للإرث والحضانة وغيرهما، وقيل أنّه المشهور[٣].

بالإضافة الى ان الطفل يحتاج الى قيم ومربٍ والارحام اولى به من البعيد.

ومال الى هذا القول جملة من الفقهاء كالشيخ في المبسوط وابن

---

(١) المقنعة: ٥٣١.

(٢) الأنفال: ٧٥.

(٣) مختلف الشيعة ٧:٣١٢. مسالك الأفهام ٨:٤٣٠. كفاية الأحكام ٢:٢٩٥.

حمزة في الوسيلة وابن سعيد في الجامع والعلامة في التحرير، وعبر عنه الشهيد الثاني بالمعتمد [١].

القول الثالث – إنّ الحضانة تكون للجدّ من الأب لا غير، ومع عدمه فإنّ كان للولد مال استأجر الحاكم من يحضنه، وإلّا كان حكم حضانته حكم الإنفاق عليه، تجب على الناس كفاية[٢].

قال الشيخ ابن ادريس في السرائر: ولا حضانة عندنا الا للام والاب، فأما غيرهما فليس لاحد ولاية عليه سوى الجد من قبل الاب خاصة [٣]

وذهب الى هذ القول جملة من الفقهاء كالمحقق الحلي واستوجهه السيد العاملي في نهاية المرام، واختاره او مال اليه البحراني والخونساري وكاشف اللثام.

والوجه فيه ان الجد هو الولي على المال والنكاح فمن الاولى

(١) مسالك الافهام ج٨ ص ٤٣٠

(٢) انظر: السرائر ٢:٢٥٤. جواهر الكلام ٣١:٢٩٦.

(٣) السرائر ج ٢ ص ٦٥٤

ولايته على الحضانة، ولولا النص الخاص لما كانت الحضانة للام بعد الاب، فاذا ماتت الام انحصرت الولاية به.

القول الرابع: إنّ الحضانة بعد فقد الأبوين تكون للجدّ من الأب، ثمّ للوصيّ، ثمّ للأرحام على مراتبهم في الإرث، ثمّ للحاكم، ثمّ للعدول من المؤمنين[1].

وهذا مختار جملة من الاعلام كصاحب الجواهر.

القول الخامس: إنّ الحضانة للأجداد دون من شاركهم في الإرث من الأخوة، فإن عدموا فإلى باقي مراتب الإرث ولم يفضّل بين الأجداد للأب والأُمّ، ولا بين القريب والبعيد[2].

القول السادس: إنّ الحضانة بعد موت أحد الأبوين لقرابة الميّت، إلّا أن يكون المستحقّ غير رشيد فيكون من قرب إليه أولى به، فإن تساوت القرابات قامت القرابات مقام من هي له قرابة في

---

(١) جواهر الكلام ٣١:٢٩٧. تحرير الوسيلة ٢:٢٧٩، م ١٧. مهذّب الأحكام ٢٥:٢٨١.

(٢) انظر: جواهر الكلام ٣١:٢٩٦.

ولايته[1].

القول السابع: ما ذهب اليه اكثر الفقهاء المعاصرين كالسيد الخوئي والسيد الصدر والشيخ الوحيد والشيخ التبريزي والسيد السيستاني وغيرهم.

من ان الحضانة لاب الاب والا فلوصي احدهما والا يصار الى التراضي مع الاستئذان من الحاكم الشرعي.

وغيرها من الاقوال .

المختار في المقام:

والارجح هو القول الرابع الذي بنى عليه صاحب الجواهر رحمه الله تعالى وجمع من الفقهاء المعاصرين لانه مقتضى الجمع بين الادلة مع عدم اطراحها جميعا لا الخاص منها ولا العام.

بيان ذلك: اما تقدم اب الاب فهو محل وفاق اكثر الاقوال بلا ريب ولا يضر القول الشاذ الذي قدم الجدة اذ لا دليل له الا

(١) انظر: جواهر الكلام ٣١:٢٩٧.

الاعتبار الخارجي في انها اكثر حرصا على تربيته، بالإضافة الى تقدم الجد لعموم واطلاق ادلة ولايته الشامل للحضانة بالعموم او بالاولوية ولان اب الاب اب ومشارك للاب في ان الولد له.

واما تقديم الوصي على غيره، فلعمومات واطلاقات ادلة الوصايا وانه يقوم مقام الموصي في اداء ما عليه من واجبات.

واما تقدم الارحام في الارث بحسب الطبقات على غيرهم فلان اطلاقات وعمومات قاعدة الاولوية تقتضي التقديم بالإضافة الى الرواية الخاصة كموثق ابن الحصين (فإلام احق به من العصبة) التي دلت بمفهومها على تقدم العصبة بعد فقد الابوين والجد ووصيهما، ومع التشاح بينهم يرجع للقرعة.

واما تقدم الحاكم فلعموم واطلاقات الادلة بانه ولي من لا ولي له او انه القدر المتيقن من القيام بامر من لا ولي له.

ومع فقده او عدم الوصول اليه فالولاية لعموم المؤمنين طبقا لقاعدة عدول المؤمنين التي ثبتت في موارد مهمة لا يقبل الشارع

بضياعها.

ومع التشاح في نفس الطبقة فيصار الى التراضي ومع الخلاف فيقرع فانها لكل امر مشكل.

راي فقهاء العامة:

وذهب فقهاء المذاهب إلى أنّ الأُمّ أولى بالحضانة، فإذا فقدت الأُمّ فقد اختلفوا في ترتيب ذلك، فذهب الحنفية إلى أنّ امّ الأُمّ تلي الأُمّ، ثمّ امّ الأب وإن علت، ثمّ الأُخت لأب، ثمّ بنت الأُخت لأبوين، ثمّ لأُمّ ثمّ الخالات لأبوين، ثمّ لأُمّ ثمّ لأب، ثمّ بنت الأُخت لأب ثمّ بنات الأخ لأبوين، ثمّ لأُمّ ثمّ لأب ثمّ العمّات لأبوين، وهكذا[1].

وذهب المالكية إلى أنّ الأحقّ بالحضانة بعد الأُمّ أمّ الأُمّ ثمّ جدّة الأُمّ، وتُقدّم من كانت من جهة الأُمّ على من كانت من جهة الأب، ثمّ خالة المحضون الشقيقة، ثمّ التي للأُمّ، ثمّ التي للأب، ثمّ خالة

(١) حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٨-٦٣٩.

الأُمّ الشقيقة، ثمّ التي للأُمّ، ثمّ التي للأب، ثمّ عمّة الأُمّ، ثمّ الجدّة للأب (وتشمل امّ الأب وأُمّ امّه وأُمّ أبيه وتقدّم القربى على البعدى)، ثمّ بعد الجدّة من جهة الأب تكون الحضانة للأب، ثمّ اخت المحضون الشقيقة، ثمّ التي للأُمّ ثمّ التي للأب، ثمّ العمة ثمّ عمّة الأب، ثمّ خالة الأب.

واختلف في تقديم بنت الأخ أو بنت الأُخت أو تقديم الأكفأ منهن، وهو أظهر الأقوال، ثمّ الوصيّ ثمّ الأخ ثمّ الجدّ من جهة الأب، ثمّ ابن الأخ ثمّ العمّ ثمّ ابن العمّ ثمّ المولى الأعلى، ثمّ المولى الأسفل، واختلف في حضانة الجدّ للأُمّ، فمنع البعض، واختار البعض بأنّ له حقّاً، ومرتبته تكون بعد مرتبة الجدّ لأب[1].

وذهب الشافعية إلى أنّ الأحقّ بالحضانة بعد الأُمّ البنت ثمّ امّهات الأُمّ اللاتي يدلين بإناث وارثات تقدّم القربى فالقربى، ثمّ الصحيح بعد ذلك – على القول على الجديد – انتقال الحضانة إلى امّ

(١) حاشية الدسوقي ٢:٥٢٧-٥٢٨.

الأب، ثمّ بعد امّ الأب امّهاتها المدليات بإناث وارثات، ثمّ امّ أبي الأب، ثمّ امّهاتها المدليات بإناث وارثات، ثمّ امّ أبي الجدّ ثمّ امهاتها المدليات بإناث وارثات القربى فالقربى، ثمّ الأُخت الشقيقة ثمّ التي لأب - على الأصحّ - ثمّ التي لأُمّ، ثمّ الخالة على هذا الترتيب - على الأصحّ - ثمّ بنت الأُخت ثمّ بنت الأخ ثمّ العمّة من الأب والأُمّ، ثمّ العمّة من الأب ثمّ العمّة من الأُمّ.

وعلى القديم يقدّم الأخوات والخالات على امّهات الأب والجدّ، والأصحّ اثبات حقّ الحضانة للإناث غير المحارم كبنت الخالة، وبنت العمّة وبنت الخال وبنت العمّ.

أمّا بالنسبة لحضانة الرجال فقد ذكروا أنّها تثبت لكلّ محرم وارث على ترتيب الإرث عند الاجتماع، فإن فقد الذكر الإرث والمحرمية معاً كابن الخال وابن العمّة، أو فقد الإرث فقط مع بقاء المحرمية، كالخال وأبي الأُمّ فلا حضانة لهم على الأصحّ، ومقابل الأصحّ لهم الحضانة لشفقتهم بالقرابة، وإذا اجتمع للمحضون

مستحقّون من الذكور والإناث قدّمت الأُمّ ثمّ امّهات الأُمّ المدليات بإناث ثمّ الأب[1].

وذهب الحنابلة إلى أنّ الأحقّ بالحضانة بعد الأُمّ امّهاتها القربى فالقربى، ثمّ الأبّ، ثمّ امّهات الأب القربى فالقربى، ثمّ الجدّ ثمّ امّهات الجدّ القربى فالقربى، ثمّ الأُخت لأبوين ثمّ الأُخت لأُمّ ثمّ لأب، ثمّ الخالة لأبوين ثمّ الخالة لأُمّ ثمّ الخالة لأب، ثمّ العمّة لأبوين، ثمّ لأُمّ ثم لأب ثمّ خالة امّه كذلك خالة أبيه ثمّ عمّة أبيه ثمّ بنات أخوته وبنات أخواته ثمّ بنات أعمامه وبنات عمّاته، ثمّ بنات أعمام أبيه وبنات عمّات أبيه تقدّم من كلّ ذلك من كانت لأبوين، ثمّ من كانت لأُمّ ثمّ من كانت لأب، ثمّ تكون الحضانة لباقي العصبة الأقرب فالأقرب، فإن كان المحضون انثى فالحضانة عليها للعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة، ومتى بلغت الأُنثى سبعاً فلا حضانة عليها بعد السبع لابن العمّ ونحوه إن لم يكن محرماً لها

(١) مغني المحتاج ٣:٤٥٢-٤٥٤. نهاية المحتاج ٧:٢١٥-٢١٧.

برضاع أو مصاهرة[١].

هذا، وقد حكي عن أحمد أن امّ الأب واُمّهاتها مقّدمات على امّ الاُمّ فيكون الأب أولى بالتقديم، فيكون الأب بعد الاُمّ ثمّ امّهاته، كما حُكي عن أحمد أنّ الاُخت من الاُمّ والخالة أحقّ من الأب، فتكون الاُخت من الأبوين أحقّ منه ومن جميع العصبات، أّما ترتيب الرجال فأولاهم الأب ثمّ الجدّ: أبو الأب وإن علا، ثمّ الأخ من الأبوين، ثمّ الأخ من الأب، ثمّ بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث ثمّ العمومة، ثمّ بنوهم كذلك ثمّ عمومة الأب ثمّ بنوهم[٢].

الحضانة بعد الابوين في القانون الوضعي:

قال في المادة ٥٧ الفقرة ٧: (في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الاب، الا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك. وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره

(١) كشّاف القناع ٤٩٧:٥-٤٩٨.

(٢) المغني ٦٢١:٧-٦٢٢.

المحكمة، مراعية بذلك مصلحة الصغير).

وقال في المادة ٨: (إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين، كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها).

وقال في المادة ٩: أ - إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لاقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد.

ب -إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط:

١ ـ أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة.

٢ـ ان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم.

٣ـ أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم

الإضرار به.

ج -إذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً لطلب التفريق من قبل الزوجة

وفي هذه الاحكام مخالفة واضحة للشرع كما لا يخفى، واهم تلك المخالفات.

١ ـ في الفقرة ٧: لا موجب شرعي لتقييد نقل الحضانة الى الاب بوجود مصلحة للنقل الى غيره. وكذلك موجب شرعي لجعل ولاية للمحكمة في سلب حضانة الاب واعطائها بحسب ما ترى.

٢ـ في الفقرة ٨: مع فقد الابوين او عدم اهليتهما يعطى الولد للجد والا بحسب الطبقات كما مر، فلا موجب لجعل امر الولد للمحكمة اطلاقا.

٣ ـ في الفقرة ٩ ب: لا موجب للتقييد بالعراقيين. وكذلك في نقطة ٣ من ب: لا مسوغ لهذا الشرط، وليس هو موجب من موجبات التفريق اطلاقا، وهنا مخالفة شرعية

واضحة توجب هدم الاسرة.

المبحث السادس

شروط متولي الحضانة

ذكر الفقهاء شروطاً عدّة في متولّي الحضانة، وهي محل خلاف في بعضها، وهي كالتالي:

الشرط الأوّل – الإسلام:

أجمع فقهاء الإمامية على اشتراط الإسلام في الحاضن اذا كان المحضون مسلما لانه لا ولاية للكافر او الكافرة على المسلم او المسلمة، فلو كانت الأُمّ كافرة كان الأب أحقّ بتولّي الحضانة، ولو كان الأب كافراً كانت الأُمّ أحقّ بها[1]؛ تمسكا بقاعدة نفي السبيل التي ثبتت في محلها استنادا لادلة منها:

الاول: قوله تعالى: **(وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ**

(١) المبسوط ٦:٤٠. شرائع الإسلام ٢:٣٤٥. رياض المسائل ١٠:٥٢٣. جواهر الكلام ٣١:٢٨٧.

سَبِيلاً)[١].

الثاني: النبوي المشهور: «الإسلام يعلو ، ولا يعلى عليه» [٢].

الثالث: لأنّ الكافر يفتن المحضون عن دين الإسلام لما يألفه منه كما صرح الشهيد[٣].

ولو كان الابوان كافرين كان الولد لهما إن ترافعوا إلينا بحسب شرعنا في الحضانة. نعم، لو اظهر الولد الإسلام نزع من أهله ولم يمكّنوا من كفالته؛ لئلّا يفتنوه عن الإسلام الذي قد مال إليه وإن لم يُصحّح إسلامه[٤].

اما العامة: فهذا شرط عند الشافعية والحنابلة وبعض المالكية، ومثله عند الحنفية في الحاضن الذكر.

أمّا عند المالكية في المشهور، وعند الحنفية في الحاضنة الأُنثى فلا

---

(١) النساء: ١٤١.

[٢] كنز العمال: ٢٤٦.

(٣) مسالك الأفهام ٨:٤٢٢.

(٤) مسالك الأفهام ٨:٤٢٢. جواهر الكلام ٣١:٢٨٧.

يعتبر الشرط المذكور، وغير المسلمة كالمسلمة في ثبوت حقّ الحضانة ما لم يعقل المحضون الدين، أو يخشى أن يألف الكفر فإنّه حينئذٍ ينزع منها ويضمّ إلى اناس مسلمين، لكن عند المالكية إن خيف عليه لا ينزع منها، وإنّما تُضم الحاضنة إلى اناس مسلمين ليكونوا رقباء عليها.

وذكر الحنفية أنّ الحاضنة إذا كانت مرتدّة سقطت حضانتها؛ لأنّها تحبس وتضرب فلا تتفرغ لها[1].

الثاني - الحرية:

تشترط الحرية في الحاضن أو الحاضنة إن كان الولد حرّاً ذكرا كان او انثى، فلا حضانة للأمة؛ لأنّ منفعتها للسيّد وهي مشغولة به غير متفرغة للحضانة، ولأنّه نوع ولاية واحتكام بالحفظ

(١) حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٣-٦٣٩. حاشية الدسوقي ٢:٥٢٩. جواهر الإكليل ١:٤٠٩. مغني المحتاج ٣:٤٥٥. كشّاف القناع ٥:٤٩٨.

والتربية، والرقيق لا ولاية له وإن إذن السيّد[١].

ولو كان احدهما حرا فتثبت له الحضانة دون الاخر.

ولكن هذا الشرط انما يتم لو قلنا ان الحضانة من الولايات، فيتم في الاب ولا يتم في الام، فتثبت الحضانة للام وكون منافعها للسيد لا ينافي الجمع بين حقه وحق مولودها.

وذهب الى هذا الشرط العامة الا المالكية [٢]

الثالث – العقل:

ذهب الفقهاء الى اشتراط العقل في الحضانة لامور:

الاول: ان المجنون هو يحتاج الى حاضن وفاقد الشي لا يعطيه.

الثاني: ان الحضانة نحو من الولاية عند الاب ولا تثبت

---

(١) مسالك الأفهام ٨:٤٢٢-٤٢٣. كفاية الأحكام ٢:٢٩٤. رياض المسائل ١٠:٥٢٣. جواهر الكلام ٣١:٢٨٦. الإقناع (الشربيني) ٢:١٥٠. مغني المحتاج ٣:٤٥٤. كشّاف القناع ٥:٥٨٦. فقه السنّة ٢:٣٤٤.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ج٢ ص ٣١٩

الولاية للمجنون.

الثالث: ان معنى الحضانة هو الرعاية المادية والمعنوية للطفل وهذا لا يمكن ان يقوم به المجنون كما بينا في تعريف الحضانة.

الرابع: الاجماع بين الشيعة والسنة [١].

استثناء من الشرط:

قد يستثنى من الشرط صورتان:

الاولى: لو كان للمجنون او المجنونة ولي فتكون الحضانة للمجنون او المجنونة بمعية الولي الذي يدير شوون المجنون والمحضون فلا يبطل حق الحضانة لاصل ثبوت الحضانة وانتفاء المانع ولو بالولاية من اب المجنون او المجنونة كما مال اليه صاحب الجواهر [٢].

---

(١) المغني ج٩ ص ٢٩٧.

(٢) ج٣٢ ص ٤٩٩.

الثانية: ان الجنون فنون ودرجات كما يقال وكما يظهر من الروايات، وعليه لو كان الجنون بدرجة خفيفة جدا لا تنافي الحضانة لوجود عاطفة الام المجنونة او الاب المجنون كما هو مشاهد في الخارج فقد يقال ببقاء الحضانة لهما مع الاطمئنان بحفظ المحضون فتأمل.

وقال الفقهاء: ولا فرق في الجنون بين الإطباقي أو الأدواري[1].

ولكن لا يخلو من تأمل لو كان دليله الاجماع، لرجوع الحق والولاية بسبب زوال المانع خصوصا لو كان وقت صحوته طويلة نسبيا، الا اذا كانت افاقته قصير جدا بحيث يخاف على المحضون حال رجوع الجنون .

(١) مسالك الأفهام ٨:٤٢٣. كفاية الأحكام ٢:٢٩٤. رياض المسائل ١٠:٥٢٣. جواهر الكلام ٣١:٢٨٧. حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٣. حاشية الدسوقي ٢:٥٢٨. مغني المحتاج ٣:٤٥٤. كشّاف القناع ٥:٤٩٨.

الرابع – البلوغ:

لم يذكر الفقهاء هذا الشرط لوضوحه لان الحمل لا يحصل الا ببلوغ الزوجين، فيكون سالبة بانتفاء الموضوع، وفي غير الابوين فالأمر واضح ايضا.

الخامس: عدم فسق الحاضنة:

وقع الخلاف بين الفقهاء في شرطية العدالة، فذهب الى اشتراط عدم الفسق جملة من الاعلام كالمبسوط والجامع والوسيلة والتحرير والكفاية والجواهر وغيرهم.

وذهب جماعة من الفقهاء الى عدم الاشتراط كالقواعد والحدائق والرياض، ولم يذكره اخرون كالمحقق وابن ادريس.

وذهب الشهيد الثاني الى التفصيل بوجود حالة ثالثة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشترط عدم الفسق، وهو ان المانع من الحضانة ظهور الفسق.

فقال من اشترط العدالة: لا حضانة للفاسقة لأنّ الفاسق لا

يلي، ولأنّها لا تؤمن أن تخون في حفظ الطفل، ولأنّه لا حظ له في حضانتها، لأنّه ينشأ على طريقها[١].

وذهب العلّامة الحلّي إلى عدم اشتراط العدالة عملاً بعموم الأدلة[٢]، كما شّكك في اعتبار الشرط المذكور المحقّق النجفي؛ لأنّ مقتضى إطلاق الأدلّة خلاف ذلك[٣].

والصحيح عدم الاشتراط لإطلاق الادلة، وانتفاء العدالة عند الكثير من الناس، وعدم منع النبي والائمة صلوات الله عليهم من حضانة الفاسق، فيكفي ما يظهر من اعتبار حسن التربية والحفظ والرعاية والمنع من الانزلاق في المحرمات في الحاضن كما هو ظاهر تعريف الحضانة، وهو ما نستطيع ان نعبر عنه بالأمانة.

---

(١) المبسوط ٦:٤٠. مسالك الأفهام ٨:٤٢٤. القواعد والفوائد ١:٣٩٥-٣٩٦. حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٣-٦٣٤. حاشية الدسوقي ٢:٥٢٩. نهاية المحتاج ٧:٢١٨. كشّاف القناع ٥:٤٩٨.

(٢) قواعد الأحكام ٣:١٠٢.

(٣) جواهر الكلام ٣١:٢٨٩.

رأي أهل السنّة في شرط العدالة:

جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة يعتقدون بلزوم عدم الفسق في الحاضنة، وأنّ الفسق يوجب سقوط حقّ الحضانة. فنذكر في المقام شطراً من كلماتهم في هذا المعنى:

الشافعيّة: فقد جاء في مغني المحتاج في الفقه الشافعي: «و لا حضانة للفاسق؛ لأنّ الفاسق لا يلي ولا يؤتمن، ولأنّ المحضون لا حظَّ له في حضانته، لأنّه ينشأ على طريقته، وتكفي العدالة الظاهرة كشهود النكاح»[1]..

الحنفية: قالوا: «يشترط في الحضانة أمور:... ثانيها: أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه، فإن ثبت فجورها بفسق أو سرقةٍ، أو كانت محترفة حرفة دنيئة كالنائحة والراقصة، فإنّ حقّها يسقط»[2].

الحنابلة: قال ابن قدامة: «و لا تثبت الحضانة... ولا الفاسق؛

(١) مغني المحتاج ٣:٤٥٤-٤٥٥.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ٤:٥٩٦-٥٩٧.

لأنّه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة. ولا حظّ للولد في حضانته؛ لأنّه ينشأ على طريقته»[١].

المالكية: وفي عقد الجواهر الثمينة: «و يشترط كون الحاضنة أمينة؛ إذ لا يوثق بالفاسقة»[٢]

السادس – أن تكون الحاضنة مقيمة:

فلو انتقلت إلى مكان تقصر فيه الصلاة بطل حقّها من الحضانة عند جماعة من الإمامية[٣].

ثمّ نُقل عن جماعة آخرين تفصيل هو: إن كان المنتقل هو الأب فالأُمّ أحقّ به، وإن كانت المنتقلة هي الأُمّ فإن انتقلت من قرية إلى بلد فهي أحقّ به، وإن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحقّ به لأنّ في

(١) المغني لابن قدامة ٩:٢٩٧.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢:٣١٩.

(٣) المبسوط ١:٣٩٦.

القرية يقلّ تعليمه[١]، وذكر البعض أن اشتراط ذلك مخالف لإطلاق الأدلّة كما عبر صاحب الجواهر [٢] وهو الصحيح وفاقا لجملة من الفقهاء.

وصرّح فقهاء المذاهب باشتراط عدم سفر الحاضن أو الولي[٣].

السابع – أن تكون الحاضنة فارغة من حقوق الزوج:

يشترط في خصوص الام الحاضنة ان لا تتزوج من غير الاب، فلو تزوّجت سقط حقّها من الحضانة اذا كان الاب موجودا الا ان يكون عبدا او كافرا فالأم احق.

اولا: للإجماع على هذا الشرط.

ثانيا: لما ورد من قول النبي ﷺ للمرأة التي طلقها زوجها

---

(١) انظر: مسالك الأفهام ٨:٤٢٥. جواهر الكلام ٣١:٢٨٨-٢٨٩.

(٢) جواهر الكلام ٣١:٢٨٩.

(٣) بدائع الصنائع ٤:٤٤. التاج والإكليل ٤:٢١٥، ٢١٧. مغني المحتاج ٣:٤٥٨. المغني ٧:٦١٨-٦١٩. الموسوعة الفقهية الكويتيّة ١٧:٣٠٧.

وتطالب بطفلها: «أنت أحقّ به ما لم تنكحي»[١]. ومرسلة المنقري. وقد مر تحقيق ذلك في من له حق الحضانة.

وثالثا: لأنّ النكاح يشغلها بحق الزوج ويمنعها من الكفالة[٢].

وهذا الشرط إنّما يُعتبر مع وجود الأب، فلو مات الأب فالأُمّ أحقّ به من الوصي وإن كانت متزوّجة[٣].

واعتبر فقهاء المذاهب زواج الحاضنة من أجنبي عن المحضون من مسقطات الحضانة الا ان يكون رحما كما فصل بعضهم.

الثامن – عدم سفر الأب:

لو سافر الأب جاز له اصطحاب الولد وسقطت حضانتها، وقد انفرد بذكر هذا الشرط من الإمامية الشهيد الأوّل[٤].

---

(١) مسند أحمد ٢:١٨٢. سنن أبي داود ٢:٢٨٣، ح ٢٢٨٦.

(٢) مسالك الأفهام ٨:٤٢٤. كفاية الأحكام ٢:٢٩٥. جواهر الكلام ٣١:٢٨٩-٢٩٠.

(٣) كفاية الأحكام ٢:٢٩٥.

(٤) القواعد والفوائد ١:٣٩٦.

ودليله غير واضح.

وهو رأي فقهاء المذاهب[1].

التاسع – خلوّ الحاضنة او الحاضن من مرض معد:

اشترط بعض الفقهاء الخلو من المرض المعدي كالجذام والبرص ونحوهما او المرض المزمن ؛ لخوف الضرر على الولد.

قال الشهيد الثاني بعد ان ذكر شرط العقل في الحاضن: (وفي الحاق المرض المزمن الذي لا يرجى زواله كالسل والفالج بحيث يشغله الالم عن كفالته وتدبيره امره به وجهان: من اشتراكهما في المعنى المانع من مباشرة الحفظ، واضالة عدم سقوط الولاية مع امكان تحصيلها بالاستنابة).

قال الشهيد: (لو كان بها جذام او برص وخيف العدوى امكن كون الاب اولى).

---

(١) بدائع الصنائع ٤:٤٤. التاج والإكليل ٤:٢١٥، ٢١٧. مغني المحتاج ٣:٤٥٨. المغني ٧:٦١٨-٦١٩. الموسوعة الفقهية الكويتيّة ١٧:٣٠٧.

وهذا الشرط انفرد بذكره من الإمامية الشهيد الأوّل[١]، ومال اليه صاحب المدارك [٢] كما احتمله صاحب الحدائق [٣]

والصحيح ما ذهب اليه المشهور من عدم الاشتراط، وذلك لثبوت الحق في الحضانة باطلاق الادلة فلا تسلب بالمرض، واشكال العدوى بالمباشرة يرفع بالاستنابة في خصوص ما فيه معرضيه للعدوى اما باقي شوون الحضانة فهي باقية مع توفر امكان القيام بها بلا مباشرة كما في شوون التربية والمتابعة والتعليم وغيرها.

كما ان الصحيح التفصيل بين المرض المعدي وبين المرض المزمن فلا شبهة بعدم السقوط في الاخير.

---

(١) القواعد والفوائد ١:٣٩٦-٣٩٧.

(٢) ج١ ص ٤٦٨

(٣) ج٢٥ ص ٩١.

رأي بعض فقهاء أهل السنّة في شروط الحضانة:

والاشتراط هو رأي جمهور فقهاء المذاهب[١].

قال في المفصّل: «جاء في كشاف القناع: «و إذا كان بالأمّ برص أو جذام سقط حقّها من الحضانة، كما أفتى به ابن تيميّة، وصرّح بذلك العلائي الشافعي في قواعده وقال: لأنّه يخشى على الولد من لبنها ومخالطتها. وقال به في الإنصاف من كتب الحنابلة، وقال غير واحدٍ، وهو واضح في كلّ عيبٍ متعدّ ضرره إلى غيره. فالجذامى ممنوعون من مخالطة الأصحّاء، فمنعهم من حضانتهم أولى، وأضاف: و عند المالكية من شروط الحاضن أو الحاضنة خلوّهما من العاهة أو المرض المضرّ بالمحضون»[٢].

(١) حاشية الدسوقي ٢:٥٢٨. مغني المحتاج ٣:٤٥٦. كشّاف القناع ٥:٤٩٩.

(٢) المفصل في أحكام المرأة ١٠:٤٢ نقلاً عن كشاف القناع ٥:٥٨٧؛ والشرح الكبير للدردير ٢:٥٢٨-٥٢٩.

العاشر: عدم مطالبة الام باجر اكثر على الرضاع:

وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك:

القول الاول: السقوط: ذهب اليه المحقق الحلي وقال هو اشبه، ووافقه جملة من الاعلام كالجواهر والحدائق والسيد الخوئي.

القول الثاني: عدم السقوط: كما ذهب اليه ابن ادريس وجملة من الفقهاء منهم السيد السيستاني من المعاصرين.

الصحيح القول الثاني لإطلاق الادلة في ثبوت الحضانة، غاية الامر انه يؤخذ منها الطفل حال الارضاع فقط.

شروط اخرى عند العامة:

وأضاف فقهاء المذاهب على ما تقدّم الشروط التالية:

١ - القدرة على القيام بشأن المحضون:

لا حضانة لمن كان عاجزاً عن ذلك، لكبر سن أو مرض أو عاهة كالعمى والخرس والصمم، أو كانت الحاضنة تخرج كثيراً

للعمل[١].

ويرد عليه ما تقدم من عدم شرطية المباشرة وامكان الاكتفاء بالاستنابة في الرعاية.

٢ - الرشد:

وهو شرط عند المالكية والشافعية، فلا حضانة لسفيه[٢].

وفيه: ان هذا لم يدل عليه الدليل ولا ينافي امكان القيام بالرعاية للطفل من السفيه لأنه قادر على ذلك، وضعفه بإدارة الامور المالية لا يسلبه حق الحضانة.

٣ - أمن المكان بالنسبة للمحضون الذي بلغ سنّاً يخشى عليه الفساد أو ضياع ماله، فلا حضانة لمن يعيش في مكان مخوف، كما صرّح المالكية[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٤. حاشية الدسوقي ٢:٥٢٨. أسنى المطالب ٣:٤٤٨. كشّاف القناع ٥:٤٩٩.

(٢) جواهر الإكليل ١:٤٠٩-٥٠٠. مغني المحتاج ٣:٤٥٦-٤٥٨.

(٣) حاشية الدسوقي ٢:٥٢٨. جواهر الإكليل ١:٤٠٩.

اقول:لا شك بتمامية هذا الشرط لانه داخل في معنى الحضانة اذا كان من صميم حفظ البدن من الهلاك او المرض والاخلاق من الانحراف واما ازيد من ذلك فلا دليل عليه.

كما أضافوا على الشروط العامة المتقدّمة شروطاً خاصّة بالرجال الحاضنين والنساء الحاضنات:

أمّا الشروط الخاصّة بالرجال الحاضنين فهي:

الأوّل – أن يكون محرماً للمحضون إذا كانت المحضونة انثى مشتهاة فلا حضانة لابن العم، وتجوز حضانته إذا كانت صغيرة، وأجاز الشافعية أن تضمّ لابن عمّها إذا كانت عنده بنت يستحي منها[1].

اقول: لا دليل على ذلك بنحو الالزام نعم هو من الآداب كما سياتي، نعم هو شرط اذا كانت المحضونة في معرض الاعتداء

(١) بدائع الصنائع ٤:٤٣. حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٩. مغني المحتاج ٣:٤٥٤. كشّاف القناع ٥:٤٩٧.

الجنسي او الانحراف الاخلاقي.

الثاني – اشترط المالكية في الحضانة للذكر أن يكون عنده من النساء من يصلح للحضانة[١].

لا دليل على ذلك الا بمقدار ما يحقق مصلحة المحضون اللازمة.

أمّا شروط الحواضن من النساء فهي:

الأوّل – أن لا تكون الحاضنة متزوّجة من أجنبي؛ لأنّها مشغولة بحقّ الزوج، وقد قال النبي صلى الله عليه وآله: «أنت أحقّ به ما لم تنكحي»[٢]، وتسقط حضانتها من حين العقد عند الحنفية والشافعية والحنابلة وبالدخول عند المالكية[٣].

---

(١) جواهر الإكليل ١:٤٠٩.

(٢) مسند أحمد ٢:١٨٢، ط. الميمنية. عون المعبود ٢:٢٥١، ط. الهند.

(٣) جواهر الإكليل ١:٤٠٩-٤١٠. منح الجليل ٢:٤٥٦. حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٩. بدائع الصنائع ٤:٤٢. أسنى المطالب ٣:٤٤٨. مغني المحتاج ٣:٤٥٥. كشّاف القناع ٥:٤٩٩. المغني ٧:٦١٩.

مر الكلام ان حضانة المرأة تنتقل الى الاب بمجرد زواجها اذا كان الاب موجودا واما مع موت الاب فالحضانة لها مطلقا سواء تزوجت او لا وسواء كان زوجها اجنبي او كان من محارم المحضونة.

واستثنى المالكية حالات لا يسقط فيها حقّ الحاضنة بتزوجها وهي[1]:

أ – أن يعلم من له حقّ الحضانة بعدها بدخول زوجها بها، ويسكت بعد علمه بذلك بلا عذر، فلا تسقط حضانتها حينئذٍ.

ب – أن لا يقبل المحضون غيرها، فلا تسقط حضانتها حينئذٍ.

ج – أن لا تقبل المرضعة أن ترضعه عند بدل امّه التي انتقلت له الحضانة بسبب زواجها.

د – أن لا يكون للولد حاضن غير الحاضنة التي دخل بها الزوج، أو يكون له حاضن غيرها، ولكنّه غير مأمون أو عاجز عن

(١) جواهر الإكليل ١:٤٠٩. منح الجليل ٢:٤٥٦.

القيام بمصالح المحضون.

هـ - أن لا تكون الحاضنة التي تزوّجت وصيّة على المحضون في رواية، وفي رواية اخرى لا يشترط ذلك.

هذا بالنسبة لزواج الحاضنة بأجنبي من المحضون.

أمّا لو تزوّجت بذي رحم من المحضون كالجدّة إذا تزوّجت بجدّ الصبيّ، فلا تسقط حضانتها عند الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية في الأصحّ عندهم، ومقابل الأصحّ عندهم يسقط حقّها لا شتغالها بالزوج، واشترط الشافعية والحنابلة أن يكون من نكحته ممّن له حقّ في الحضانة؛ لأنّ شفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على ذلك. وقيّد الحنفية بقاء الحضانة بما إذا كان الزوج رحماً محرماً، فلو كان غير محرم كابن العم سقطت حضانتها[1].

الثاني - أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون، كأُمّه

(١) بدائع الصنائع ٤:٤٢. حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٩. حاشية الدسوقي ٢:٥٢٩. أسنى المطالب ٣:٤٤٨. كشّاف القناع ٥:٤٩٩. المغني ٧:٦١٩.

وأُخته فلا حضانة لبنات العم والعمّة والخال والخالة عند الحنفية والمالكية، وليس هذا شرطاً عند الشافعية والحنابلة، وصرّح الشافعية بعدم ثبوت الحضانة لبنت العم على الذكر المشتهي[١].

الثالث - أن لا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت مَن يبغض المحضون ويكرهه، عند الحنفية، وهو المشهور عند المالكية[٢].

الرابع: أن لا تمتنع الحاضنة من إرضاع الطفل إذا كانت أهلاً لذلك، وكان محتاجاً للرضاع في الصحيح عند الشافعية[٣].

والامر في هذه النقاط واضح البطلان بعد معرفت ما مر من ميزان الحقوق في الحضانة.

---

(١) بدائع الصنائع ٤:٤١. منح الجليل ٢:٤٥٦. مغني المحتاج ٣:٤٥٣، ٤٥٤. أسنى المطالب ٣:٤٥٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٩. منح الجليل ٢:٤٥٣.

(٣) مغني المحتاج ٣:٤٥٥-٤٥٦.

شروط الحاضن في القانون العراقي:

في المادة ٥٧: فقرة ٢ ـ يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته.

اقول: ما ذكر من شروط للحاضن او الحاضنة ليس مستوفيا لشروطهما شرعا وليس فيه الكفاية لحفظ الطفل معنويا وماديا، وقد مرت الشروط الشرعية الوافية والكافية.

المبحث السابع

مكان حضانة الطفل

لم يذكر فقهاء الإمامية مكاناً محدّداً للحضانة فمستحقّ الحضانة تجوز له الإقامة في أي مكان شاء، وقد تقدّم أنّ بعضهم قال بسقوط حضانة الأُمّ بسفر الأب لجواز اصطحابه الولد فتسقط حضانتها، وكذا اعتبار كون الأُمّ مقيمة[1].

وذهب فقهاء المذاهب إلى أنّ مكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وكذلك إذا كانت الحاضنة غير الأُمّ؛ لأنّ للأب حقّ رؤية المحضون والإشراف على تربيته، وذلك لا يتأتى إلّا إذا كان الحاضن يقيم في بلد الأب أو الولي، وهو ما

(١) المبسوط ٦:٤٠. وانظر: جواهر الكلام ٣١:٢٨٨-٢٨٩.

صرّح به الحنفية، وتدلّ عليه عبارات المذاهب الأُخرى[1].

وفرّق جمهور فقهاء المذاهب (كالشافعية والمالكية والحنابلة) بين سفر الحاضنة أو الولي للنقلة والانقطاع والسكنى في مكان آخر، وبين السفر لحاجة كالتجارة والزيارة فتسقط الحضانة في الأوّل دون الثاني.

أمّا الحنفية فقد ذهبوا إلي أنّه لا يجوز للأُمّ الحاضنة التي في زوجية الأب أو في عدّته الخروج إلى بلد آخر، وللزوج منعها من ذلك، وإذا انقضت عدّتها جاز لها الخروج بالمحضون إلى بلد آخر في الأحوال الآتية:

١ - إذا خرجت إلى بلد قريبة يمكن لأبيه رؤيته.

٢ - إذا خرجت إلى بلد بعيد لكن كان البلد الذي خرجت إليه وطنها، والزوج عقد نكاحه بها في هذا البلد، ولم يكن هذا البلد دار

(١) بدائع الصنائع ٤:٤٤. المواق بهامش مواهب الجليل ٤:٢١٥-٢١٧. حاشية الدسوقي ٢:٥٢٧. مغني المحتاج ٣:٤٥٨. كشّاف القناع ٥:٥٠٠. المغني ٧:٦١٨-٦١٩.

حرب.

وأمّا الحاضنة غير الأُمّ فلا يجوز لها الخروج إلّا بإذن الأب.

وليس للأب أو الولي أخذ الصغير ممّن له الحضانة من النساء، والانتقال به من بلد امّه دون رضاها ما بقيت حضانتها قائمة[1].

المكان في القانون الوضعي:

لم يحدد مكانا معينا للحضانة وانما يسكن المحضون مع الحاضن.

(١) بدائع الصنائع ٤:٤٤. حاشية ابن عابدين ٣:٦٤٢-٦٤٣.

المبحث الثامن

اجرة الحضانة

لم يتعرض كثير من الفقهاء لهذا المبحث، وذكره بعض منهم، فان الحضانة وان كانت واجبة على الأُمّ في مورد الانحصار بها، ولكن هل يثبت لها الأُجرة على ولي الطفل؟

لفقهاء الإمامية قولان في المسألة:

الأوّل - ثبوت الأُجرة كما ذكر جملة من الفقهاء خصوصاً المعاصرين منهم، إلّا إذا وجد متبرّع بالحضانة فلا اجرة لها حينئذٍ، وللأب تسليمه إلى غيرها[1].

الثاني - عدم ثبوت الأُجرة لها، نعم لو احتاج الطفل إلى نفقة زائدة على الرضاع والحضانة فهي على الأب الموسر، أو مال الولد

(١) جواهر الكلام ٣١:٢٨٣-٢٨٤. جامع المدارك ٤:٤٧٢. منهاج الصالحين (الخوئي) ٢:٢٨٦، م ١٣٩٢. منهاج الصالحين (الروحاني) ٢:٣١٦، م ٣٠١٤. منهاج الصالحين (السيستاني) ٣:١٢٢، م ٤١١.

إن كان له مال، ومنها ثمن الصابون الذي يغسل به ثيابه دون نفس الفعل؛ لأنّه على الأُمّ[1].

والصحيح القول الثاني لعدم الدليل على اعطاء الاجر واطلاق ادلة الاحتضان ، ولانه حق لها جاز ان تسقطه، نعم تعطى مالا لسد مؤنته الزائدة على الاحتضان كالمنظفات مثلا.

وهذا الامر في عدم استحقاق الاجر اوضح بناء على القول بوجوب الحضانة على الام ولو في مورد الانحصار لقيام الدليل على حرمة اخذ الاجر على الواجبات كما ثبت في محله على تفصيل.

رأي فقهاء العامة:

أمّا فقهاء المذاهب، فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنّ الحاضنة لها الحقّ في طلب اجرة على الحضانة، سواء كانت الحاضنة امّاً أم غيرها؛ لأنّ الحضانة غير واجبة على الأُمّ، ولو امتنعت من الحضانة لم تُجبر عليها. ومؤونة الحضانة تكون في مال المحضون، فإنّ

(١) مسالك الأفهام ٨:٤٢١. جواهر الكلام ٣١:٢٨٣.

لم يكن له مال فعلى من تلزمه النفقة، وأطلق الحنابلة ثبوت الأُجرة لها وإن وجدت متبرّعة، لكن الشافعية قيّدوا ذلك بما إذا لم توجد متبرّعة، ولا ترضى بأقلّ من اجرة المثل[1].

وصرّح الحنفية بأنّه إذا كانت الحاضنة امّاً في عصمة أبي المحضون أو معتدّة رجعية منه فلا تستحقّ اجرة على الحضانة لوجوب ذلك عليها ديانة.

وإن كانت الحاضنة غير الأُمّ أو كانت امّاً مطلّقة وانقضت عدّتها أو في عدّة طلاق البائن في رواية، فإنّها تستحقّ الأُجرة في مال الصغير إن كان له مال، وإلّا فمن مال أبيه أو من تلزمه النفقة.

هذا إذا لم توجد متبرّعة، فإن وجدت متبرّعة فإن كانت غير محرم للمحضون قدّمت الأُمّ عليها ولو طلبت أجراً، وإن كانت المتبرعة محرماً للمحضون يقال للأُمّ: إمّا أن تمسكيه مجاناً وإمّا أن

(١) مغني المحتاج ٢:٣٣٨، ٣٤٥، ٣:٤٥٢. حاشية الشرواني ٨:٣٥٩. الجمل على شرح المنهج ٤:٥٢٠. كشّاف القناع ٥:٤٩٦-٤٩٨. نيل المآرب ٢:٣٠٧.

تدفعيه للمتبرّعة، لكن هذا مقيّد بقيدين؛ الأوّل: إعسار الأب، سواء كان للصغير مال أم لا. والثاني: يسار الأب مع وجود مال للصغير، فإن كان الأب موسراً ولا مال للصغير قدّمت الأُمّ وإن طلبت الأُجرة[١].

وذهب المالكية إلى أنّه لا اجرة على الحضانة، وهو قول مالك الذي رجع إليه، وبه أخذ ابن القاسم، وقال مالك أوّلاً ينفق على الحاضنة من مال المحضون، والخلاف ما إذا كانت الحاضنة غنية، أمّا إذا كانت فقيرة ينفق عليها من مال المحضون لعسرها لا للحضانة[٢].

اجرة الحضانة في القانون الوضعي:

قال في المادة ٥٧ الفقرة ٣: (إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجرة الحضانة قدرتها المحكمة.ولا يحكم

(١) حاشية ابن عابدين ٢:٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨.

(٢) جواهر الإكليل ١:٤١٠. منح الجليل ٢:٤٥٩-٤٦٠.

بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي).

اقول: قرر القانون الوضعي ثبوت اجرة للمحضون على الحاضنة بصورة مطلقة بلا تقييد فيما لو وجدت حاضنة اقل اجرا كما نص الشرع، وكذلك نفى القانون اجرتها في الطلاق الرجعي وهذا غير تام، فلو اثبتنا الاجرة فهي تثبت على كل حال كما هو واضح شرعا، ولو قلنا بنفي الاجرة فهي تنتفي على كل حال كما هو الراي الصحيح كما مر.

المبحث التاسع

سقوط حقّ الحضانة

ذهب فقهاء الإمامية إلى سقوط حقّ حضانة الأُمّ بزواجها من غير الاب، وتمسكوا برواية المنقري المتقدمة، ولا يضر ضعفها لانجباره بعمل المشهور المنصور كما مر، ولكن مقتضى الصناعة الاحتياط بذلك لا الفتوى.

لكن اختلفوا في عودة الحضانة إذا انفصلت من زوجها الثاني على قولين:

الأوّل - عودة الحقّ بعد زوال المانع، فلو طلّقت الأُمّ طلاقاً رجعياً لم يعد حقّها، وإذا طلقت طلاقاً بائناً عاد حقّها؛ لأنّ الإمام جعل التزويج مانعاً من ثبوت الحقّ، فإذا زال المانع عاد الممنوع[1].

بالإضافة الى عموم ما دل على اولويتها بالحضانة من كل احد

---

(١) الخلاف ٥:١٣٣، م ٣٩. جامع الخلاف والوفاق: ٥١٢. مختلف الشيعة ٧:٣٠٩، م ٢١٨.

بعد الاب، وعموم قاعدة الارحام.

فيحمل ما دل على السقوط للحضانة هو وجود مانع وهو زواجها فاذا زال رجع ما كان الى محله.

وهو مختار جملة من الاعلام وهو الصحيح.

الثاني – عدم عودة الحقّ؛ لاطلاق ما دل على السقوط في رواية المنقري، ولأنّه خرج منها بزواجها وعوده مجدّداً يحتاج إلى دليل[1].

ويرد عليه: ان الاطلاق منفي في المقام بالدليل الخاص الدال على حضانتها مطلقا بعد الاب، وان حقها لم يسقط مطلقا وانما بسبب المانع فاذا زال المانع فسيتأنف الحق.

فالصحيح القول الاول، بل قد يقال ان اطلاق حقها يقتضي عودته في زمن حضانتها وان هي اسقطته فتأمل.

رأي العامة:

واتّفق جمهور فقهاء المذاهب (الحنفية والشافعية والحنابلة) في

(١) السرائر ٢:٦٥١.

الجملة على عودة حقّ الحضانة بعد زوال المانع، فإذا عقل المجنون أو تاب الفاسق أو شفي المريض عاد حقّ الحضانة، واختلفوا في بعض التفصيلات[١].

أمّا المالكية فإنّهم يفرّقون بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري، فإذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري لا يقدر معه الحاضن على القيام بحال المحضون، كمرض الحاضن أو سفر الولي بالمحضون سفر نُقلة، أو سفر الحاضنة لأداء فريضة الحجّ، ثمّ زوال العذر عادت الحضانة؛ لأنّه بزوال المانع يعود الممنوع.

وإذا زالت الحضانة لمانع اختياري كزواج الحاضنة بالأجنبي ثم طُلّقت أو أسقطت الحاضنة حقّها من الحضانة بإرادتها، ثمّ أرادت العود للحضانة فلا تعود الحضانة بعد زوال المانع على المشهور

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢:٦٤٠. مغني المحتاج ٣:٤٥٦-٤٥٩. المهذّب (الشيرازي) ٢:١٧٠. كشّاف القناع ٥:٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠.

عندهم، وقيل: تعود الحضانة بناء على أنّها حقّ للمحضون[1].

راي القانون العراقي في سقوط الحضانة بعد زواج المطلقة:

المادة ٥٧ فقرة ٢: ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها. وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم والأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون.

اقول: هذه مخالفة صريحة للفقه الاسلامي وخصوصا الفقه الجعفري الناص على سقوط حضانة المراة بزواجها وانتقال الطفل للاب. ولا ولاية للمحكمة في احقية الام او الاب بالحضانة بعد ان حكم الشرع.

(١) حاشية الدسوقي ٢:٥٣٢-٥٣٣.

المبحث العاشر

رؤية المحضون من غير الحاضن

ذهب فقهاء الإمامية إلى أنّ صاحب الحقّ في الحضانة لا يجوز له منع الآخر من رؤية الطفل أو إيصال شيء أو دفع ضرر عنه، أو الإقامة معه فترة لو أراد ذلك[١]، ولو تزوّجت الأُمّ بغير الأب لا يمنع الولد من زيارتها والاجتماع بها لما في ذلك من قطع الرحم، ثمّ إن كان ذكراً ترك يذهب إلى امّه، وإن كانت انثى فأُمّها تأتي لزيارتها؛ لأنّ الجارية لا تصلح للخروج بخلاف الأُمّ[٢] ، وهو لا يخلو من تأمل بل منع اذا كان للقاء بمكان مأمون و بأذن الولي .

رأي العامة:

واتّفق فقهاء المذاهب على أنّ لكلّ من أبوي المحضون إذا

---

(١) جواهر الكلام ٣١:٢٩٢. صراط النجاة (الخوئي) ٢:٢٦٦، م ٨٢٧. توضيح المسائل (بهجت): ٤٦٧.

(٢) مسالك الأفهام ٨:٤٢٦.

افترقا حقّ رؤيته وزيارته، ولكنّهم اختلفوا في بعض التفاصيل:

يرى الشافعية والحنابلة أنّ المحضون إن كان انثى فإنّها تكون عند حاضنها ليلاً ونهاراً، أباً كان الحاضن أم امّاً؛ لأنّ تأديبها وتعليمها يكون داخل البيت، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر لأنّ ذلك قطع للرحم.

وإن كان المحضون ذكراً فإن كان عند أبيه كان عنده ليلاً ونهاراً، ولا يمنعه من زيارة امّه؛ لأنّ المنع قطع للرحم، ولا يكلّف الأُمّ الخروج لزيارته، والولد أولى منها بالخروج؛ لأنّه ليس بعورة، ولو أرادت الأُمّ زيارته فلا يمنعها الأب من ذلك، وإن كان المحضون الذكر عند امّه كان عندها ليلاً، وعند الأب نهاراً لتعليمه وتأديبه، وإن مرض الولد كانت الأُمّ أحقّ بالتمريض في بيت الأب إن كان عنده ورضي بذلك، وإلّا ففي بيتها يكون التمريض عند الشافعية، وعند الحنابلة يكون التمريض في بيتها، ويزوره الأب.

وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته،

سواء أكان ذكراً أم انثى، وإن مرضت الأُمّ لزم الأب أن يمكّن الأُنثى من تمريضها إن أحسنت ذلك، بخلاف الذكر فإنّه لا يلزمه تمكينه من ذلك وإن أحسن التمريض، كما عند الشافعية[١].

ويقول الحنفية: إنّ الولد متى كان عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من رؤيته وتعهّده إن أراد ذلك، ولا يجبر أحدهما على إرساله إلى مكان الآخر، بل يخرجه كلّ يوم إلى مكان يمكن للآخر فيه أن يراه[٢].

وعند المالكية إن كان المحضون عند الأُمّ فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه يتعهّده ويعلّمه، ثمّ يأوي إلى امّه يبيت عندها، وإن كان عند الأب فلها الحقّ في رؤيته كلّ يوم في بيتها لتتفقّد حاله، ولو كانت متزوّجة من أجنبي من المحضون فلا يمنعها زوجها من دخول

---

(١) مغني المحتاج ٣:٤٥٧-٤٥٨. المهذّب (الشيرازي) ٢:١٧٢. كشّاف القناع ٥:٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣. المغني ٧:٦١٧-٦١٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢:٦٤٣.

ولدها في بيتها ويقضي بذلك لها إن منعها[1].

المبحث الحادي عشر

آداب الحضانة

ذكر الفقهاء الاعلام في مطاوي بحث الحضانة جملة من آدابها، واكثر تلك الاحكام تنظر إلى حالة ما بعد الانفصال او الطلاق بين الوالدين، أو موتهما ونحو ذلك، نذكر أهمّها إجمالاً:

أوّلاً – اختيار من يرتبط به من جهة الأُمّ:

قال الفاضل المقداد: «إذا فقدت الأُمّ، فالحضانة للأب أو لمن يختاره، وينبغي له أن يختار من يمتّ إلى الولد من جهة الأُمّ من النساء، كالأُخت والجدّة والخالة دون عصباته. وكذا لو فقد الأب ينبغي للوصيّ أو الحاكم أن يختار من يمتّ إلى الولد من جهة الأُمّ أيضاً من النساء، لا العصبات؛ لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم

(١) حاشية الدسوقي ٢:٥١٢، ٥٢٧. المواق بهامش مواهب الجليل ٤:٢١٥.

حكم لخالة بنت حمزة بالحضانة، دون عليّ عليه السلام وجعفر، وعلّل ذلك بأنّ الخالة أُمّ[١]»[٢].

ثانياً - اختيار الأصلح:

وقال أيضاً: «ومع عدمهم يختار من يراها أصلح شفقة وأمانة وديانة ومحبّة...»[٣].

ثالثاً - عدم منع أحد الوالدين الآخر من زيارة الطفل:

وقال أيضاً: «إذا انتقلت الحضانة إلى الأب، إمّا لتزويج الأُمّ، أو لانقضاء المدّة، لم يُمنع من الاجتماع بأُمّه، فالذكر يذهب إلى أُمّه، والبنت تأتي أُمّها إليها من غير إطالة ولا انبساط في بيت مطلِّقها.

وكذا لو مرض الولد لم تُمنع الأُمّ من مراعاته وتمريضه، وإن

---

(١) الوسائل ٢١:٤٦٠، الباب ٧٣ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ٤.

(٢) التنقيح الرائع ٣:٢٧٥، وانظر المختلف ٧:٣١٠ (فإنّه نقل ذلك عن ابن الجنيد).

(٣) المصدر المتقدّم: ٢٧٦.

مرضت هي لم يُمنع ولدها من التردّد إليها، ذكراً كان أو أُنثى، والموت كالمرض، بل هو أولى بالحضور فيه»[١].

رابعا: الافضل للاب ابقاء المولود ـ خصوصا البنت ـ لدى الام حتى في فترة غير حضانتها وانتقال الحضانة اليه اذا كانت الام مؤمنة وامينة وقادرة على التربية الحسنة لأنها اليق بذلك عادة: (وهي ـ يعني الام ـ بالأنثى أليق منها بالرجل لمزيد شفقتها وخلقها المعدّ لذلك بالأصل، ولهذا ثبت أنّ الشارع أخّر إقامة الحدّ عنها في الزنا الموجب للقتل لمكان حضانتها إلاّ أن يتكفّل بها متكفّل) [٢].

وهذه الآداب ينبغي مراعاتها بين المنفصلين رعاية لحق الابناء في البر والتواصل ودفعا لما دون التضار والا فهو محرم كما مر.

---

(١) المصدر المتقدّم: ٢٧٤، وانظر: المبسوط ٤:٤٠٨، والتحرير ٤:١٣، وغاية المرام ٣:١٧٨، والمسالك ٨: ٤٢٦، والجواهر ٣٢:٥٠٧.

(٢) الانوار اللوامع ج١٠ ص ٣٣٤ الميرزا محسن آل عصفور.

المبحث الثاني عشر

(هل التعاطي للمخدرات يسقط الحضانة) ؟

هل ان تعاطي الاباء او الأُمّهات للمخدّرات والتي - مع الأسف راجت في زماننا - كالحشيش والترياق والمورفين والكوكائين والكريستال والكبتاكون وغيرها، يوجب سقوط الحضانة؟

قبل بيان الحكم لابد ان نعرف حقيقة المخدّرات:

المخدرات في اللغة[1] جمع مخدّر، وهو مأخوذ من الخدر، وهو الضعف والكسل والفتور والاسترخاء، يقال: تخدّر العضو إذا استرخى فلا يطيق الحركة، ويطلق الخدر أيضاً على ظُلمة المكان وغموضه يقال: مكان أخدر وخدر إذا كان مظلماً. هذا في اللغة .

---

(١) انظر لسان العرب ٢:٢٢٦؛ المصباح المنير ٢-١:١٦٤؛ المعجم الوسيط ١-٢:٢٢٠.

و أمّا في الاصطلاح فقد عرّفت بتعاريف عديدة، منها:

تعريف القرافي فقال: «هي ما غيّب العقل والحواسّ دون أن يصحب ذلك نشوة أو سرور»[١].

و عرّفها بعض آخر بأنّه «ما يغطّي العقل دون حدوث طرب أو عربدة أو نشاط»[٢].

و في الموسوعة الفقهيّة بأنّ (التخدير تغشية العقل من غير شدّة مطربة) [٣]

و الصحيح تعريفها «بأنّها كلّ مادّة خام أو مستحضرة - أي مصنوعة - تحوي على عناصر منبّهة أو مسكّنة من شأنها إذا استخدمت في غير الأغراض الطبّية والصناعيّة او بشكل مفرط أن تؤدّي إلى حالة من التعوّد أو الإدمان عليها، ممّا يضرّ بالفرد والمجتمع جسميّاً واجتماعيّاً ونفسيّاً وهي تختلف تاثيرا من مادة الى

(١) الفروق ١:٢١٧.

(٢) عون المعبود للعظيم‌آبادي ١٠:١٢٩.

(٣) الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة ٤:٢٥٨.

اخرى »[١].

وقد افتى جمع من الاعلام بسقوط الحضانة بها:

قال السيّد الفقيه الگلبايگاني قدس سره في جواب السؤال من أنّه «هل يسلب حقّ الحضانة من المرأة التي تستعمل المخدّرات للأغراض الطبّية؟ -: «إنّ الأُمّ إذا لم تقدر على حفظ ولدها لأجل مرضها يسلب عنها حقّ الحضانة»[٢].

و قال أيضاً «إن كان الرجل ذا أخلاق فاسدة لأجل تعويده بشرب الخمر والقمار فلا يستحقّ الحضانة، وتجب على الأُمّ حضانة الولد ولا يجوز أن تدفعه لأبيه»[٣].

والصحيح هو التفصيل بين مخدر واخر، فان كان المخدر يودي الى الاخلال بما يودي الى تضييع الطفل والاضرار به كما حدد

---

(١) الخمر وسائر المسكرات والمخدّرات لأحمد بن حجر: ١١٤، انظر المخدّرات في الفقه الإسلامي: ١٤.

(٢) مجمع المسائل ٤:٣٩١ و٣٩٢، مسألة ١٠٤١ و١٠٤٥.

(٣) مجمع المسائل ٤:٣٩١ و٣٩٢، مسألة ١٠٤١ و١٠٤٥.

في تعريف الحضانة فهو موجب لسقوطها والا فلا.

لان الاضرار والتضييع منهيّ عنه بحكم العقل والنقل، فيشمله اطلاق قوله تعالى: (**لاٰ تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا**...)[1] واطلاق قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»[2].

و هكذا الحضانة نوع ولاية لتربية الطفل وتدبير شؤونه ولا ولاية لمن غاب عقله، والاعتياد على المخدّرات اذا ادى الى ذلك كما في بعض انواعه كالكرستال يوجب السقوط ولو احتياطا، اما في غير ذلك كاعتياد البعض المنبهات كالكبتاكون فلا يبعد بقاء الحضانة.

(١) سورة البقرة: ٢:٢٣٣.

(٢) الكافي ٢٩٣:٥.

الخاتمـــة

تبين مما مر حقانية الاحكام المستنبطة طبقا لروايات اهل البيت عليهم السلام خلافا لما ذهبت اليه باقي المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية كالقانون العراقي في الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩، وان الحكم الشرعي في الفقه الجعفري موافق للعرف والعقل والانصاف والعدل في الحقوق والواجبات بين الازواج والابناء وانه فاق التشريعات الاخرى في ذلك.

وتلخص مما مر مجموعة من الاحكام:

الحكم الاول: ان الحضانة هي ولاية خاصة واجبة على الاب مطلقا، وعلى الام مع الانحصار بها، وهي حق من حقوق المحضون، فحضانة الطفل بإطعامه وتنظيفه وجعله في سريره وحمايته من المخاطر وعلاجه من الامراض.

الحكم الثاني: ان الحضانة واجب على الاب عينا لا كفاية، من جهة ولايته لولادته منه فتجب النفقة عليه وحفظه ورعايته مع

ثبوت حق الحضانة له في السنين الاولى من عمره اقتضاء لحق الابوة لولا اولوية امه في السنتين او السبع الاولى على خلاف، نعم هو حق للام لا حكم لجواز اسقاطه لأجل ابيه لا مطلقا، وواجب عليها عينا مع فقدان الاب والانحصار بها، نعم لو لم يقوما بها انتقل الوجوب الى الاخرين من باب حفظ النفس المحترمة.

الحكم الثالث: أنّ الحضانة شرّعت لمصلحة المحضون، فمدّتها تتحدّد بقدر حاجة المحضون اليها وتنتهي بانتفاء الحاجة إليها، وذلك عند استغناء المحضون عن الحضانة، بأن يصير المحضون بالغاً رشيداً، وحينئذٍ يصير مالكا لنفسه وله الخيار في الانضمام لمن يشاء من الأبوين ذكراً كان الولد أو أنثى.

ولو تعارض حق الحاضن مع حق المحضون في فترة احتضانه، تقدم حق المحضون وسقطت حضانة الحاضن وانتقلت الى من له حق الحضانة بحسب التسلسل الشرعي.

الحكم الرابع: ان الأُمّ أحقّ بحضانة الطفل مطلقاً، ذكراً كان أم

انثى، إذا كان الولد يرضع فعلاً وليس الحضانة مشتركة كما ذهب بعض الاعلام.

الحكم الخامس: إنّ الأُمّ أحقّ بحضانة الولد ذكرا كان او انثى مدة سبع سنين الاولى كما ذهب جملة من الاعلام تمسكا بأصح الروايات لا مجرد سنتين.

الحكم السادس: مع فقد احد الابوين او عدم اهليته تنتقل الحضانة للأخر، فان فقدت الام تنتقل الحضانة للاب لا لغيره، وان فقد الاب تنتقل الحضانة للام لا لغيرها وان كانت متزوجة.

الحكم السابع: إنّ الحضانة بعد فقد الأبوين او عدم اهليتهما كون للجدّ من الأب، ثمّ للوصيّ، ثمّ للأرحام على مراتبهم في الإرث ومع التشاح فيقرع بينهم، ثمّ للحاكم، ثمّ للعدول من المؤمنين والمؤمنات ، فتعطى الانثى للأنثى والذكر للذكر .

الحكم الثامن: يشترط في الحاضن او الحاضنة عدة شروط: الاسلام، والعقل والبلوغ، والامانة، وعدم تزوج الام مع وجود

والد المحضون، فلو تزوجت سقطت حضانتها على الاحوط وجوبا.

الحكم التاسع: عدم ثبوت الأُجرة للمرضعة اذا ارضعت ولدها، نعم لو احتاج الطفل إلى نفقة زائدة على الرضاع والحضانة فهي على الأب الموسر.

الحكم العاشر: يشترط في خصوص الام الحاضنة ان لا تتزوج من غير الاب، فلو تزوّجت سقط حقّها من الحضانة على الاحوط وجوبا اذا كان الاب موجودا ومع عدم وجوده تبقى الحضانة لها.

وهل يعود الحقّ لها بعد زوال المانع وهو زوجها في فترة حقها في الحضانة ؟

نعم يعود اذا كانت فترة حضانتها باقية، فلو طلّقت الأُمّ طلاقاً رجعياً لم يعد حقّها الا بعد انتهاء العدة الرجعية، وإذا طلقت طلاقاً بائناً عاد حقّها.

الحكم الحادي عشر :أنّ صاحب الحقّ في الحضانة لا يجوز له

منع الآخر من رؤية الطفل أو إيصال شيء أو دفع ضرر عنه، أو الإقامة معه فترة لو أراد ذلك، ولو تزوّجت الأُمّ بغير الأب لا يمنع الولد من زيارتها والاجتماع بها لما في ذلك من قطع الرحم، ثمّ إن كان ذكراً ترك يذهب إلى امّه، وإن كانت انثى فأُمّها تأتي لزيارتها؛ لأنّ البنت قد لا تصلح للخروج بخلاف الأُمّ ، الا مع الامن عليها .

الحكم الثاني عشر: الافضل للاب ابقاء المولود ـ خصوصا البنت ـ لدى الام حتى في فترة غير حضانتها اذا كانت الام مؤمنة واميمنة وقادرة على التربية الحسنة لانها اليق بذلك عادة.

الحكم الثالث عشر: إذا انتقلت الحضانة إلى الأب، إمّا لتزويج الأُمّ، أو لانقضاء المدّة، لم يُمنع من الاجتماع بأُمّه، فالذكر يذهب إلى أُمّه، والبنت تأتي أُمّها إليها من غير إطالة ولا انبساط في بيت مطلِّقها. وكذا لو مرض الولد لم تُمنع الأُمّ من مراعاته وتمريضه، وإن مرضت هي لم يُمنع ولدها من التردّد إليها، ذكراً كان أو أُنثى،

والموت كالمرض، بل هو أولى بالحضور فيه.

الحكم الرابع عشر: وهل تسقط الحضانة باستخدام المخدرات او المسكرات ؟ التفصيل بين مخدر واخر، فان كان المخدر يودي الى الاخلال بما يودي الى تضييع الطفل والاضرار به ماديا او اخلاقيا كما حدد في تعريف الحضانة فهو موجب لسقوطها والا فلا.

هذا تمام اما ردنا بيانه هنا، والحمد لله اولا واخرا.

محمد رضا الساعدي ـ النجف الاشرف

في ٢٧ ربيع الاول ١٤٤٦

اهم المصادر

- القرآن الكريم.
- الأبواب (رجال الطوسي): شيخ الطائفة أبو جعفر محمّد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠هـ)، تحقيق: جواد القيّومي الأصفهاني، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقمّ المشرفة، سنة الطبع: رمضان المبارك ١٤١٥هـ.
- اختيار معرفة الرجال (رجال الكشي): شيخ الطائفة أبو جعفر محمّد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠هـ)، تصحيح وتعليق: مير داماد الأسترابادي، تحقيق: السيد مهدي رجائي، الناشر: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، المطبعة: بعثت ـــ قمّ، سنة الطبع: ١٤٠٤هـ.
- الاستبصار: شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠ هـ) تحقيق وتعليق: السيد حسن الموسوي الخرسان،

الناشر: دار الكتب الإسلامية ــ طهران، ط٤، مطبعة خورشيد، سنة الطبع ١٣٦٣.

- أصول علم الرجال بين النظرية والتطبيق: أبحاث الشيخ مسلم الداوري، بقلم: الشيخ محمد علي المعلم، الطبعة الأولى ـــ ١٤١٦ هـ، المطبعة: نمونه.
- تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية: أبو منصور الحسن بن يوسف الحلي (العلامة الحلي) (ت٧٢٦هـ)، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادري، إشراف: الشيخ جعفر السبحاني، الناشر: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، ط١، المطبعة: اعتماد ـــ قم، سنة الطبع: ١٤٢٠هـ.
- تهذيب الأحكام: شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (ت٤٦٠هـ)، تحقيق وتعليق: السيد حسن الموسوي الخرسان، الناشر دار الكتب الإسلامية ـــ طهران، مطبعة: خورشيد.

- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام: الشيخ محمد حسن النجفي (صاحب الجواهر)(ت ١٢٦٦هـ)، تحقيق وتعليق: الشيخ عباس القوجاني، الناشر: دار الكتب الإسلامية – طهران، ط٢، مطبعة: خورشيد، سنة الطبع: ١٣٦٥ هـ.
- الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة: الشيخ يوسف البحراني (ت١١٨٦ هـ)، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
- الخلاف: شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (ت٤٦٠هـ)، تحقيق: جماعة من المحققين، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، سنة الطبع: جمادى الآخرة ١٤٠٧ هـ.
- الرعاية في علم الدراية: الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)(ت ٩٦٥هـ)، تحقيق: عبد الحسين محمد علي

بقال، الناشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي ـــ قم المقدسة، ط: الثانية، المطبعة: بهمن، سنة الطبع: ١٤٠٨هـ.

- السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي: أبو جعفر بن منصور الحلي (ابن إدريس) (ت ٥٩٨ هـ)، تحقيق: لجنة التحقيق، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين ـــ قم المشرفة، ط٢، مطبعة: مؤسسة النشر الإسلامي، سنة الطبع ١٤١٠هـ.
- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام: أبو القاسم الشيخ جعفر بن الحسن الحلي (المحقق الحلي) (ت٦٧٦هـ)، تعليق: السيد صادق الشيرازي، الناشر: انتشارات استقلال، طهران - ناصر خسرو، حاج نايب، مطبعة: أمير ـ قم، ط٢ـــ ١٤٠٩هـ.
- العروة الوثقى: السيد محمّد كاظم اليزدي (ت ١٣٣٧هـ)، تحقيق ونشر: مركز فقه الأئمّة الأطهار، ط: الأولى، المطبعة: اعتماد ـــ قم، سنة الطبع: ١٤٢٢هـ.

- العروة الوثقى وتعليقاتها (٤١) تعليقة على العروة الوثقى، طبعة موسسة السبطين العالمية.
- فقه القضاء: السيد عبد الكريم الموسوي الأردبيلي، الناشر: مؤسسة النشر لجامعة المفيد، ط: الثانية، المطبعة: اعتماد ـــ قم، سنة الطبع: ١٤٢١هـ.
- فهرست أسماء مصنّفي الشيعة (رجال النجاشي): الشيخ أبو العباس أحمد بن علي النجاشي الأسدي الكوفي (ت٤٥٠هـ)، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقمّ المشرفة، ١٤١٦هـ.
- الفوائد الرجالية من تنقيح المقال في علم الرجال: الشيخ عبد الله المامقاني (ت١٣٥١هـ) تحقيق: الشيخ محمد رضا المامقاني، نشر: مؤسسة آل البيت.
- قاموس الرجال: الشيخ محمد تقي التستري، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط:

الأولى، سنة الطبع: قم ١٤١٩ هـ.

- القضاء في الفقه الإسلامي: السيد كاظم الحائري، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي، ط: الأولى، المطبعة: باقري ـــ قم، سنة الطبع: جمادي الثانية ١٤١٥هـ.
- القضاء والشهادات: الشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري (ت١٢٨١هـ)، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، الناشر: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري: الأولى، المطبعة: باقري ـــ قم، سنة الطبع: ربيع الأول ١٤١٥هـ.
- الكافي في الفقه: الشيخ أبو الصلاح تقي الدين الحلبي (ت٤٤٧هـ)، تحقيق: رضا أستادي، الناشر: مكتبة الإمام أمير المؤمنين علي ع العامّة ـ أصفهان.
- الكافي: الشيخ أبو جعفر محمد بن يعقوب الكليني (ت٣٢٩هـ)، ط: الإسلامية، ١٤٠٧هـ، ط:الرابعة، طهران ـ

إيران، تصحيح الشيخ علي أكبر غفاري..

- مباني تحرير الوسيلة: الشيخ محمد المؤمن القمي، تحقيق: مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، الناشر: مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، ط: الأولى، المطبعة: مطبعة مؤسسة العروج، سنة الطبع: ذو القعدة ١٤٢٢هـ.
- المبسوط: شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (ت٤٦٠هـ)، تحقيق: السيد محمد تقي الكشفي، الناشر: المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، المطبعة: المطبعة الحيدرية ـــ طهران، سنة الطبع: ١٣٨٧هـ.
- مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان: الشيخ أحمد بن محمّد الأردبيلي (ت٩٩٣هـ)، تحقيق: الحاج آغا مجتبى العراقي، الشيخ علي بناه الاشتهاردي، الحاج آغا حسين اليزدي الأصفهاني، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرّفة.

- المحاسن: الشيخ أحمد بن محمد البرقي (ت٢٧٤هـ)، تحقيق: السيد جلال الدين الحسيني، الناشر: دار الكتب الإسلامية ــ طهران، سنة الطبع: ١٣٧٠ هـ.
- مسالك الأفهام: الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) (ت٩٦٥هـ)، تحقيق: مؤسسة المعارف الإسلامية، الناشر: مؤسسة المعارف الإسلامية ــ قم إيران، ط: الأولى، سنة الطبع: ١٤١٣هـ، المطبعة: بهمن ــ قم.
- مَن لا يحضره الفقيه: الشيخ محمد بن علي بن بابويه القمي (الصدوق) (ت٣٨١هـ)، تحقيق: السيد حسن الخرسان، الناشر: دار الكتب الإسلامية، ط: الخامسة، طهران ــ إيران، مطبعة خورشيد ١٣٨٣هـ.
- منهاج الصالحين: السد الخوئي، السيد السيستاني، السيد الهاشمي، الشيخ محمّد إسحاق الفياض، وغيرهم.
- المهذّب: القاضي عبد العزيز بن البراج الطرابلسي (ت٤٨١هـ)،

تحقيق: مؤسسة سيد الشهداء العلمية، إشراف: جعفر السبحاني، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرّفة، سنة الطبع: ١٤٠٦هـ.

- النهاية في مجرد الفقه والفتاوى: شيخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠هـ)، الناشر: انتشارات قدس محمدي ـــ قم.
- نهج البلاغة: خطب الإمام علي، تحقيق وشرح: محمد عبده، الناشر: دار الذخائر ــ قم ــ ايران، ط: الأولى، المطبعة: النهضة ــ قم، سنة الطبع: ١٤١٢هـ.
- وسائل الشيعة: الشيخ محمّد بن الحسن الحرّ العامليّ (ت١١٠٤هـ)، تحقيق: الشيخ محمّد الرازي، تعليق: الشيخ أبي الحسن الشعراني، الناشر: دار إحياء التراث العربي ــ بيروت ــ لبنان.

وغيرها.

الفهرست

المقدمة ٥
المبحث الأول :تعريف الحضانة لغة واصطلاحا ١١
مفهوم الحضانة عند فقهاء أهل السنّة: ١٧
تعريف الحضانة في القانون العراقي الوضعي: ١٨
المبحث الثاني الحكم التكليفي للحضانة ٢٠
الفرق بين الحكم والحق: ٢٠
أدلة الحكم التكليفي للحضانة: ٢٤
الدليل الاول: القران الكريم: ٢٤
الدليل الثاني: الروايات: ٢٧
الدليل الثالث: العقل: ٣٢
الدليل الرابع: الاجماع: ٣٢
فصل: هل الحضانة واجبة عينا او كفائية ؟. ٣٣

القول الثاني: الوجوب الكفائي: ٣٤
رأي فقهاء أهل السنّة في وجوب الحضانة: ٣٥
المبحث الثالث: من تجب حضانته وامدها ٣٨
أَمَد الحضانة: ٣٨
آراء مذاهب أهل السنّة في مدّة الحضانة وتخيير المحضون: ٤٥
امد الحضانة القانون الوضعي العراقي: ٤٧
المبحث الرابع: مراتب استحقاق الحضانة ٤٩
المرحلة الاولى ـ الحضانة في الحولين: ٤٩
المرحلة الثانية: الحضانة بعد الحولين:..... ٥٧
راي فقهاء المذاهب الاربعة: ٦٦
مدة الحضانة في القانون العراقي:..... ٧٠
المبحث الخامس : ترتيب مستحقّ الحضانة مع فقد احد الابوين او كلاهما..... ٧٢
المرحلة الاولى: مع فقد احد الابوين:..... ٧٢

المرحلة الثانية: مع فقد الابوين: ٧٣
الحضانة بعد الابوين في القانون الوضعي: ٨٣
المبحث السادس شروط متولي الحضانة ٨٧
الشرط الأوّل - الإسلام: ٨٧
الرابع – البلوغ: ٩٣
رأي أهل السنّة في شرط العدالة: ٩٥
رأي بعض فقهاء أهل السنّة في شروط الحضانة: ١٠١
المبحث السابع مكان حضانة الطفل.....١١٠
المبحث الثامن اجرة الحضانة.....١١٣
المبحث التاسع سقوط حقّ الحضانة.....١١٨
المبحث العاشر رؤية المحضون من غير الحاضن ١٢٢
المبحث الحادي عشر: آداب الحضانة ١٢٥
أوّلاً - اختيار من يرتبط به من جهة الأُمّ: ١٢٥
ثانياً - اختيار الأصلح: ١٢٦

ثالثاً – عدم منع أحد الوالدين الآخر من زيارة الطفل: ١٢٦
المبحث الثاني عشر(هل التعاطي للمخدرات يسقط الحضانة) ؟
.....١٢٨
الخاتمـــة ١٣٣
اهم المصادر ١٣٩
الفهرست ١٤٨