

**مجموعه**  
**مباحث خارج فقه**

**استاد معظم**

**حضرت آیت الله یثربی** «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۱۲۳



و أمّا الحضّانة، فالأمّ أحقّ بالولد مدّة الرضاع و هي حولان، ذكراً كان أو أنثى إذا كانت حرّة مسلمة، و لا حضّانة للأمّة و لا للكافرة مع المسلم، فإذا فصل فالوالد أحقّ بالذكر و للأمّ أحقّ بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين، و قيل: تسعاً، و قيل: الأمّ أحقّ بها ما لم تزوّج، و الأوّل أظهر، ثم يكون الأب أحقّ بها، و لو تزوّجت الأمّ سقطت حضانتها عن الذكر و الأنثى و كان الأب أحقّ بهما، و لو ماتت كانت الأمّ أحقّ بهما من الوصيّ، و كذا لو كان الأب مملوكاً أو كافراً كانت الأمّ الحرّة أحقّ به و إن تزوّجت، فلو اعتق كان حكمه حكم الحرّ، فإن فقد الأبوان فالحضّانة لأب الأب، فإن عدم قيل: كانت الحضّانة للأقارب و ترتّبوا ترتيب الإرث نظراً إلى الآية، و فيه تردّد.<sup>(١)</sup>

الحضّانة بالفتح و الكسر، و هي في اللغة: الحفظ و الصيانة<sup>(٢)</sup>، و قد يقال: إنّها من الحضن و هو ما دون الإبط إلى الكشح (وسط السرة و السطح) و في المقام: بمعنى الولاية و السلطنة على تربية الطفل و ما يتعلّق بها من مصلحة حفظه (كما في القواعد<sup>(٣)</sup> و المسالك)<sup>(٤)</sup>.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٩٠.

(٢) معجم مقائيس اللغة ٢: ٧٣.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ١٠٣.

(٤) مسالك الأفهام ٨: ٤٢١.

و في المسألة أمور:

الأوّل: في كون أصل الحضانة على الأمّ و حدودها من السنّتين للذكر و سبع سنين في الأنثى ، و الخلاف في ذلك.

الثاني: في شرائط المحتضن من الحرّيّة و العقل و الإسلام.

الثالث: في تولّي الحضانة بعد وفاة الأب ، أو الوالدين .

الرابع: فهل هي حق قابل للإسقاط أم لا؟

أمّا الأوّل: ففيه أقوال ، المشهور هو ما ذكره المحقّق الماتن (ره) من أنّها للأُمّ مدّة الرضاع (حولان) ذكراً كان أو أنثى و بعد الفصل فللأب إن كان المولود ذكراً ، و للأُمّ حتى السبع .

استدلّ لذلك أوّلاً برواية داوود بن الحصين<sup>(١)</sup> المتقدّمة

و ثانياً: برواية أبي الصباح<sup>(٢)</sup> المتقدّمة أيضاً .

فثالثاً برواية البقباق<sup>(٣)</sup>.

إلا أنّ رواية أيوب بن نوح (الصحيحة) تدلّ على الخلاف ، قال: كتب إليه بعض أصحابنا: كانت لي امرأة ولي منها ولد و خلّيت سبيلها ، فكتب عليه السلام: «المرأة أحقّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلاّ أن تشاء المرأة»<sup>(٤)</sup>.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧٠ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧١ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧١ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧٢ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٦.

وهكذا: الرواية المنقري (المرسلة) قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام: عن الرجل يطلق امرأته وبينهما ولد، أيهما أحق بالولد؟ قال: «المرأة أحق بالولد ما لم تزوج»<sup>(١)</sup>

لا إشكال في دلالة الروايات الثلاثة الأولى على مدعى المشهور، لأن الأولى منها أي رواية داوود بن الحصين واردة في الأعم عن مورد الطلاق وحكم الإمام عليه السلام باستواء الأبوين بالنسبة إلى الولد ما دام كونه في الرضاع، ولا يبعد القول بأن المراد من مدة الرضاع (وكونه في الرضاع) هو الحولان وإن لم ترضع الولد، كما أنه من المحتمل حمله على خصوص مدة الارتضاع وبالقرينة يتعين الأول، ومع عدمها فنفس الاحتمال كاف للحكم بثبوت الحق لتلك المدة وإن لم ترضعه.

و روى العياشي هذه الرواية مع زيادة قوله عليه السلام: «فإن له أن ينزعه منها إلا أن ذلك خير له و أرفق به أن يترك مع أمه»<sup>(٢)</sup>.

وأما رواية الكناي: فهي بظاهرها لا تدل على الرضاع، بل هي دالة على تقدم الأم لحضانه ولدها في فرض التساوي مع غيرها ولا يبعد القول بأنها قرينة على عدم دخل الارتضاع في ثبوت الحضانه.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧١ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧٠ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ١.

ورواية البقباق تدلّ على أحقيّة الوالد لحضانة الولد و تقدّم  
الأمّ على غيرها للإرضاع.

و في قبال هذا الروايات : ما دلّ على ثبوت حق الحضانة  
للأمّ بالنسبة إلى المولود و أحقيتها إلى بلوغه السبع (كرواية أيوب  
من نوح).

و أيضاً مرسلّة المنقري الدالّة على أحقيّة المرأة ما لم  
تتزوج . و تؤيّدّها رواية ابن أبي جمهور عن أبي هريرة : «الأمّ  
أحقّ بحضانة إبنها ما لم تتزوج»<sup>(١)</sup>.

و أيضاً ما رواه في عوالي اللئالي عن عبدالله بن عمر : إنّ  
امرأة قالت : يا رسول الله صلى الله عليه و آله إنّ ابني هذا كان  
بطني له و عاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء و أنّ أباه طلقني  
و أراد أن ينتزعه مني ، فقال لها النبي صلى الله عليه و آله : «أنت  
أحقّ به ما لم تنكحي»<sup>(٢)</sup>.

و روى الصدوق بإسناده عن الحسن بن محبوب ، عن أبي  
أيوب ، عن الفضيل بن يسار ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، أنّه  
قال : «أيما امرأة حرّة تزوّجت عبداً ، فولدت منه أولاداً فهي  
أحقّ بولدها منه و هم أحرار ، فإذا اعتق الرجل فهو أحمق

(١) مستدرک الوسائل ١٥ : ١٦٤ / أبواب أحكام الأولاد ب ٥٨ ح ٥.

(٢) مستدرک الوسائل ١٥ : ١٦٤ / أبواب أحكام الأولاد ب ٥٨ ح ٦.

بولده منها لموضع الأب»<sup>(١)</sup>.

وهذا تدلّ على أحقيّة الأب بالنسبة إلى الأمّ حتى قبل الطلاق.

وروى الكليني (محمد بن يحيى عن احمد بن محمد، عن ابن محبوب عن داوود الرقي) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرّة نكحت عبداً، فأولدها أولاداً، ثمّ إنّه طلقها، فلم تقم مع ولدها وتزوّجت، فلما 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 حتى يعتق، هي أحقّ بولدها منه مادام مملوكاً، فإذا اعتق فهو أحقّ بهم منها»<sup>(٢)</sup>.

و دلالتها واضحة في تقدّم الأب بعد الطلاق و العتق، هذه مجموع الأدلّة في الباب.

و أمّا الأقوال: فقد مرّ أنّ المنسوب إلى المشهور هو ثبوت الحضانة للأمّ أيّام الرضاع (أي الحولين) ثمّ للأب إن كان ذكراً و للأمّ حتى السبع.

و أمّا الشيخ في «الخلافا»<sup>(٣)</sup> و «المبسوط»<sup>(٤)</sup> و القاضي في

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٥٩ / أبواب أحكام الأولاد ب ٧٣ ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٤٥٩ / أبواب أحكام الأولاد ب ٧٣ ح ٢.

(٣) الخلافا ٥: ١٣١.

(٤) المبسوط ٦: ٣٩.

«المهذب»<sup>(١)</sup> و صاحب «المدارك»<sup>(٢)</sup> و «الكفاية»<sup>(٣)</sup> قائل بثبوت الحق للأمّ حتى السبع ذكراً كان الولد أم أنثى.

و أمّا الصدوق في «المقنع»: «إذا طلق الرجل امرأته و بينهما ولد فالمرأة أحقّ بالولد ما لم تتزوج»<sup>(٤)</sup>.

و أمّا المفيد في «المقنعة»<sup>(٥)</sup>، و «المراسم»<sup>(٦)</sup> للسّلالر و يحيى بن سعيد في جامعه<sup>(٧)</sup>. قائل بثبوت حقّ الحضّانة للأمّ حتى بلوغ الولد ذكراً كان أم أنثى (على ما نسب إليهم).

و قول: باشتراك الحقّ بين الوالدين مدّة الرضاع على على السواء (ابن فهد في المهذب) و بعد ما ظهر وجود الخلاف في النصوص و الأقوال يحسن التأمل في توجيه ما ذهب إليه المشهور و غيرهم.

و في «الجواهر»: أيّد قول المشهور بالإجماع المنقول عن «الغنية»<sup>(٨)</sup> و قال: «فأمّا إذا فصل الولد و انقضت مدّة من

(١) المهذب ٢: ٣٥٢.

(٢) نهاية المرام ١: ٤٦٦.

(٣) كفاية الأحكام ٢: ٢٩٤.

(٤) المقنع: ٣٦٠.

(٥) المقنعة: ٥٣١.

(٦) المراسم: ١٦٤.

(٧) الجامع للشرائع: ٤٥٩.

(٨) غنية النزوع: ٣٨٧.



الرضاعة فالوالد أحق بالذكر و الأم أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين من حين الولادة على الأشهر، بل المشهور، بل عن «الغنية» الإجماع عليه فيهما، و «السرائر» في الأوّل»<sup>(١)</sup>.

ولكن الإشكال: أن قول السرائر: «..لا خلاف أن الأب أحق بالولد في جميع الأحوال و هو الوالي عليه و القيم بأموره فأخرجنا بالإجماع الحولين في الذكر و في الأنثى السبع، فمن ادعى أكثر من ذلك يحتاج فيه إلى دليل قاطع»<sup>(٢)</sup>.

يخالف ما نسب إليه «الجواهر»، بل يستفاد منه ثبوت الإجماع فيهما نعم، أيد أولاً في كلامه بمقتضى القواعد الأولية و أنها تقتضي أحقية الوالد بالولد في جميع أحواله و أنه هو الوالي عليه و القيم بأموره.

و كيف كان، فالإجماع المدعى في كلامه يشمل الموردين؛ حيث نصّ عليها «فأخرجنا بالإجماع الحولين في الذكر و في الأنثى السبع».

و أمّا الاعتماد بالإجماع المدعى في «الغنية»، ففيه أولاً: فهو إجماع منقول. و ثانياً: لو سلمنا حجّيته فنقول به ما لم يثبت خلافه، مع أن ادعاء الإجماع في «الغنية» مما قد ثبت خلافه في كثير من موردها.

(١) جواهر الكلام ٣١: ٢٨٩.

(٢) السرائر ٢: ٦٥٣.

وأيّد في «الجواهر» قول المشهور ثانياً: لخبري الكناني وداوود بن الحصين المتقدمين وإن شملا الأنثى، إلا أن المراد منها الذكر جمعاً بينهما وبين ما دلّ على السبع من خبري (والخبر الآخر لأيوب بن نوح قال: كتبت إليه مع بشر بن بشار جعلت فداك رجل تزوّج امرأة فولدت منه ثمّ فارقتها، متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: «إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله، وإن تركه فله»<sup>(١)</sup> أيوب بن نوح السابقين المنزّلين على الأنثى، والشاهد الإجماع المحكي فيها المؤيّد بالاعتبار: «إذ الوالد أنسب بتربيته الذكر وتأديبه كما أن الوالدة أنسب بتربية الأنثى وتأديبها...»<sup>(٢)</sup>.

توجيه الاستدلال: إن روايتي كناني وداوود تدلان على ثبوت الولاية للمولود، ذكراً كان أم أنثى للأب على نحو الإطلاق، ورواية أبي أيوب تدلّ على ثبوت الحقّ للأمّ حتى السبع، فهما متباينان، وفي المقام دليل خاص وهو الإجماع المدعى في كلام ابن ادريس لثبوت الحقّ للأمّ للأنثى حتى السبع.

وهذا يخصّص الدليل الأوّل، فيكون النسبة بين الدليلين أخصّ مطلق، بمعنى: أن الدليل الأوّل يثبت الحقّ للأب للذكر بعد الرضاع، فيكون أخص من الدليل الثاني الدالّ على ثبوت الحقّ

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧٢ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٧.

(٢) جواهر الكلام ٣١: ٢٩٠.

للأمّ حتى السبع مطلق الذكر والأنثى، فيوجب تخصيص الدليل الثاني في خصوص الأنثى<sup>(١)</sup>.

ووزان هذا وزان الأدلة الثلاثة: (أكرم العلماء) و (لا تكرم العلماء) و (أكرم العلماء العدول) فإنّ الدليل الثالث يخصّص الأوّل، وهو بعد التخصيص يصير نسبه مع الدليل الثاني نسبة الأخص المطلق، فينقلب التباين إلى الأخص المطلق، فهكذا فيما نحن فيه. ولا يخفى أنّ مجال الرجوع إلى قاعدة انقلاب النسبة هو ما إذا لم يمكن الجمع العرفي بين الأدلة، فإنّه بإعمال هذه القاعدة نستكشف المراد الجدّي من المتكلم بعد رفع التنافي بين الأدلة، و مصاديقه كثيرة و لاسيّما فيما إذا كان التعارض بين الأكثر من الدليلين و لها صور، و منها: ما إذا تعارض الدليلان بالتباين و ورد مخصّص.

كما إذا كان المخصّص مخصّصاً لأحدهما فإنّه يتقدّم عليه و ينقلب النسبة حينئذ بين العام المخصّص و العام الآخر من التباين إلى العموم و الخصوص المطلق، فيخصّص العام الآخر به، و ذلك كما لو ورد: (أكرم العلماء) و (لا تكرم العلماء) و (أكرم العلماء العدول).

فإنّ الأخير يخصّص دليل (لا تكرم العلماء) بغير مورده أي

---

(١) جواهر الكلام ٣١: ٢٩٠.

العدول و هو العلماء الفاسق، و حينئذ يكون أخص مطلقاً من دليل (اكرم العلماء) فيخصّصه أيضاً بغير مورده.

و من هذا الباب أدلة إرث الزوجة من العقار فإنّ منها ما يدل على إرثها منه مطلقاً و منها ما يدل على عدم إرثها منه مطلقاً؛ و منها: ما يدل على إرث خصوص أمّ الولد، فإنّه يخصّص ما يدل على عدم إرثها مطلقاً، فتقلب النسبة بين هذا الدليل ما يدل على إرثها مطلقاً فيخصّص به.

و الظاهر أنّ ما نحن فيه من هذا القبيل (وإن كان في أصل المبحث صور آخر لا ترتبط بالمقام) (و لا كلام في تمامية قرينية الخاصّ بالنسبة إلى العام).

و مع ذلك أشكل في هذا الوجه للجمع: بأنّ التعبير المأخوذ في رواية أيوب بن نوح هو (الولد) و هذا اللفظ بعد ظهوره في المولود الذكر يشكل حملة و حصره فيما إذا كان المولود إنثاءً، و هذا واضح مضافاً إلى الإجماع الذي جعله مخصّصاً لأحد العامين على وزن الدليل المعتبر، و قد مرّ الأشكال فيه، فالمعالجة تنهدم من أساسها.

نعم و جهّ بعضهم كلام المشهور بإمكان الجمع بين الدليلين بالأخذ بالقدر المتيقّن و رفع اليد عن المقدار غير المتيقّن في كليهما كما يصنع في «ثمن العذرة سحت» و «لا بأس ببيع العذرة» و أنّ القدر المتيقّن من العذرة في الدليل الأوّل عذرة الإنسان (أو ما لا

يؤكل لحمه) و في الثاني عذرة مأكول اللحم ، فالنتيجة : هو رفع اليد عن ظاهر الإطلاق لكلا الدليلين و الأخذ بالمتيقن منها .  
و هكذا في (أكرم العلماء) و (لا تكرم العلماء) بالأخذ بالعاقل في الأوّل و الفاسق في الثاني و في المقام أيضاً نأخذ بالمتيقن فيما دلّ على ثبوت الحق للوالد بالنسبة إلى الذكور بمناسبة الحكم و الموضوع و سنخية الذكر مع الوالد ، و الأخذ بالمتيقن فيما دلّ على ثبوت الحق للمرأة و الأمّ بالنسبة إلى الأنثى لعين المدّعاة ، و بهذا يجمع بين الدليلين و رفع اليد عن ظاهر الإطلاق فيهما .  
و الإشكال في التوجيه السابق جارٍ في هذا البيان أيضاً؛ لأنّ المتيقن من إطلاق الأدلّة هو الذكور في لسان العرب ، و يشهد لذلك استعماله الخاص في موارد قضاء صلاة الوالد و تخصيص الحبوّة و غير ذلك في لسان العرب .  
مضافاً إلى أنّ هذا الجمع تبرّعى لا شاهد له من حيث الدليل .

فما ذكرنا ظهر عدم تمامية ما وجّه لقول المشهور .  
و أمّا ما ذهب إليه بعضهم وجهاً للجمع بين الراويات -  
كالحدائق<sup>(١)</sup> و المجلسي<sup>(٢)</sup> و المحقق الكاشاني<sup>(٣)</sup> (أنّه بعد الطلاق إن

(١) الحدائق الناضرة ٢٥ : ٨٩ .

(٢) مرآة العقول ٢١ : ٧٩ .

(٣) الوافي ٢٣ : ١٣٧٥ .

وقع التشاجر والنزاع بين الأبوين في الحضانة فالظاهر أنّ الأب أحقّ به إلا في مدّة الحولين اذا رضيت بما يرضى به غيرها أو تبرّعت فإنّها تصير حينئذ أحقّ، وإن لم يكن هناك تنازع وتشاجر فالأمّ أحقّ به إلى سبع سنين ما لم تتزوّج). مما لا شاهد عليه في لسان الأدلّة؛ حيث إنّ رواية فضيل بن يسار المتقدّمة (عن أبي عبدالله عليه السلام: «أيما امرأة حرّة تزوّجت عبداً فولدت منه أولاداً فهي أحقّ بولدها منه وهم أحرار، فإذا اعتق الرجل فهو أحقّ بولده منها لموضع الأب»<sup>(١)</sup>) دلّت بإطلاقها على أحقيّة الأب بعد الإعتاق من دون وقوع الطلاق والتشاجر وعدمها، وكذلك نصّ رواية داوود «فاذا فطم فالأب أحقّ به من الأمّ» من دون تقييد بالطلاق والنزاع، وهكذا غيرهما من النصوص.

و الظاهر أنّ أوجه الوجوه للجمع بين الروايات المختلفة هو: التفصيل بين ما قبل الطلاق وبعده، بتوضيح: أنّ الحقّ المذكور - أي الحضانة - ثابت للأب قبل الطلاق دون أيّام الرضاع التي سنبحث عنه آنفاً، وللأمّ إلى السبع مشروطاً بعدم التزويج ذكرًا كان المولود أم الأنثى.

و الوجه: أنّه لم يوجد أيّ دليل يثبت الحقّ للأمّ ما دام

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٥٩ / أبواب أحكام الأولاد ب ٧٣ ح ١.

كونها في حباله النكاح (للأب) وإنما الخلاف فيما بعد الطلاق، و لذلك صرح في روايتي أيوب بن نوح بثبوت الحقّ للأمّ حتى السابع (بعد الطلاق) (الرواية الأولى: كانت لي امرأة ولي منها ولد و خليت سبيلها فكتب عليه السلام: «المرأة أحقّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين...»<sup>(١)</sup>.

الرواية الثانية: رجل تزوّج امرأة فولدت منه ثم فارقها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: «إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله، و إن تركه فله»<sup>(٢)</sup> و لا ينافيه دعوى إطلاق رواية البقباق (فضل بن عباس قلت لأبي عليه السلام: الرجل أحقّ بولده أم المرأة؟ قال «لا بل الرجل، فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها أنا أرضع إبني بمثل ما تجد من يرضعه، فهي أحقّ به»<sup>(٣)</sup> الشامل لما بعد الحولين فيكون الحق المذكور (الحضانة) ثابت للأب بمضمون هذا الرواية لأنّ ظاهر هذا الرواية؛ يبعد احتمال الإطلاق فيها؛ لأنّ من المحتمل قوياً أن يكون السؤال عن الأحقية أيام الرضاع، لا عن الأعم عنه و ما بعده للحضانة و التربية و لا أقل من أنّ الاحتمال المذكور يوجب إجمال الرواية. و هكذا الكلام بالنسبة إلى الرواية أبي الصباح؛ لو حدة

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧٢ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٦.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧٢ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٧.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧١ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٣.

مضمونها، و أمّا رواية داوود بن الحصين فهي أيضاً لا تنافي ما ذكرناه من وجه الجمع بين الروايات؛ حيث إنها وإن دلت على مساواة الأبوين ما دام الولد في الرضاع ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ قال: «ما دام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية، فإذا فطم فالأب أحقّ به من الأم...»<sup>(١)</sup>.

إلا أنّها لا تنافي ما ادّعيناه من اختصاص الحكم بما بعد الطلاق، و أمّا قبله فهما - أي الأب و الأم - يشتركان مادام الرضاع و بعد الرضاع فالأب أحقّ ما دام دوام الزوجية.

و أمّا رواية داوود الرقي و هكذا مرسلّة المنقري الدالتان على أحقية المرأة ما لم تزوّج (المرأة أحقّ بالولد ما لم تزوّج) فهما تقيّدان بما ورد في رواية أيوب بن نوح؛ حيث إن إطلاقها يشمل مورد الأمّ المتزوّجة بغير زوجها قبل بلوغ الولد السبع، فتقيّد بهما فيكون الحق ثابت للأمّ ذكراً كان الولد أم الأنثى حتى السبع ما لم تزوّج المرأة، هذا والله العالم.

و مما تقدّم ظهر حكم الرضاع و الفطام في الحولين و أنّ الحضانة للأمّ طول المدّة المذكورة إن أرضعت ولدها، و لكنّ الكلام في ثبوت الحقّ لها في المدّة المذكورة و إن لم ترضعه؟  
ففي «الجواهر»: «و إن كان صغيراً فالأمّ أحقّ بالولد مدّة

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧٠ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ١.



الرضاع، وهي حولان ذكراً كان أو أنثى إذا أرضعته هي بنفسها أو غيرها بلا خلاف معتدّ به أجده فيه، بل في «الرياض» إجماعاً نصّاً وفتوى<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ...﴾<sup>(٢)</sup> وللنصوص السابقة الدالّة على أحقيّة الأم<sup>(٣)</sup> كرواية المنقري ورواية أيوب بن نوح.

ولكن الكلام في تمامية الاستظهار من الروايات والآية الشريفة؛ حيث إنّ الآية بتامها من الصدر إلى الذيل لا يستفاد منها أكثر من اشتراك الوالدين في الحضانة ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوهُنَّ أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

وأمّا الروايات: فهي أيضاً لا يستفاد منها حصر الأمّ في الحق ولا سيما ما ورد في ثبوت الحقّ للآب بعد عتقه، وأيضاً روايتي أيوب بن نوح بعد الجمع بينهما وبين غيرها شاهدتان على اشتراكهما في الحق المذكور. نعم، لا إشكال في ثبوت الأحقيّة للأمّ

(١) رياض المسائل ١٢: ١٥٣.

(٢) البقرة ٢: ٢٣٣.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ٢٨٤-٢٨٥.

بعد أن اختارت إرضاع ولدها ما دام كونها في الرضاع دون  
الخصوصية للمدة ولو من دون الرضاع «فإن هي رضيت بذلك  
الأجر فهي أحقّ بإبنتها حتى تطفمه»<sup>(١)</sup>.

الثاني: - وهو الكلام في شرائط المحتضن «إذا كانت حرة  
مسلمة، ولا حضانة للأمة ولا للكافرة مع المسلم...».

ما صرح به من الشرائط (في كلماتهم) أمور:

منها: الحرية،

ومنها: العقل.

ومنها: الإسلام.

ومنها: العدالة.

ومنها: عدم تزويج الأمّ.

أمّا الحرّية فلأنّ الرقية تمنع من ثبوت الولاية بناءً على كون  
الحضانة من الولايات، مضافاً إلى النصوص الخاصّة المؤيّدة بأنّ  
منافع المملوكة لسيّدها المقدم حقه على غيرها، وفيه الكفاية بعد  
انتفاء الموضوع.

و أمّا الإسلام : فيكون الولد مسلماً بإسلام أبيه و ﴿وَلَنْ

يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾<sup>(٢)</sup> بناءً على أنّ الحضانة

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧١ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ٢.

(٢) النساء ٤: ١٤١.

ولاية، هذا ما ذكره الشيخ الطائفة<sup>(١)</sup>.

إلا أنّ الإشكال أولاً: في كون الحضانة هي الولاية.

و ثانياً: ما دلت على جواز استتجار المرضة اليهودية و النصرانية و المشركة كقوله عليه السلام حيث يسئل الإمام (عليه السلام) قال: «لابأس و قال: امنعوهم عن شرب الخمر»<sup>(٢)</sup>.

نعم، سلّمنا عدم جواز استتجار المريّة غير المسلمة و تفويض أمر الوالد إليها حسب ما يستفاد من مذاق الشرع الأنور. و أمّا العقل: ففي «الجواهر»: «لا حضانة أيضاً للمجنونة التي لا يتأتى منها الحفظ و التعهّد، بل هي في نفسها محتاجة إلى من يحضنها»<sup>(٣)</sup>. فعلى هذا لو كانت الأمّ مجنونة سقط الحقّ عنها بما ذكر، و ليست هي كالحقوق المالية الثانية مع الجنون و على الولي الاستيفاء، و لا يبعد القول فيه لسائر الأمراض المزمنة إلاّ الإتيان بعدم سقوط الحقّ مع إمكان تحصيلها بالاستنابة.

و أمّا العدالة: مستنداً إلى أنّه لا ولاية لفاسق، و لا يؤمّن أن يخون في حفظه فلا حظّ له في حضانتها.

ولكن الإشكال قد مرّ سابقاً في مثلها و أنّ الحضانة لا تكون ولاية، مضافاً إلى أنّ المحبّة و الشفقة الكامنة في الأمّ ففيها

(١) المبسوط ٦: ٤٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٤٦٥ / أبواب أحكام الأولاد ب ٧٦ ح ٥.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ٢٨٧.

الكفاية يؤمنها عن الجنائية.

ولذلك قال في «القواعد»: «و الأقرب عدم اشتراط العدالة»<sup>(١)</sup> خلافاً للشيخ<sup>(٢)</sup> و الشهيد<sup>(٣)</sup>.

و الإشكال: أن هذه الأمور لا توجب سقوط الحق و تقييد الإطلاقات و لا سيما بعد تحديد المدّة بأيام الرضاع.

و أمّا اشتراط عدم تزويج: ففي «الجواهر»: «فلا أجد فيه خلافاً» و في «الروضة»<sup>(٤)</sup>: الإجماع عليه و هو المحجة بعد مرسل المنقري و نحو خبر داوود الرقي المعتضدة بالنبوي العامي: «الأمّ أحقّ بحضانة ابنها ما لم تتزوج»<sup>(٥)</sup>، و قد مرّ عن المحقّق الماتن ره: «و لو تزوّجت الأمّ سقطت حضانتها عن الذكر و الأنثى و كان الأب أحقّ بهما» و مقتضى الجمود على النصوص مانعية أصل الزوجية الحادثة بمحض العقد و لا يتوقّف على الدخول، إلا أن يقال: بأن الوجه للحكم المذكور اشتغال الزوجة بأمر زوجها و الغفلة عن أمر الولد و مع عدم الدخول و ذهابها إلى البيت الجديد لا تحدث شيئاً يخلّ بأمر الولد. و لعلّ الوجه المذكور يمنع عن

(١) قواعد الأحكام ٣: ١٠٢.

(٢) المبسوط ٦: ٤٠.

(٣) القواعد و الفوائد: ١٤٦.

(٤) الروضة البهية ٥: ٤٦٣.

(٥) مستدرک الوسائل ١٥: ١٦٤ / أبواب أحكام الأولاد ب ٥٨ ح ٥.

الآخذ بإطلاق الدليل.

و كيف كان، فهل يعود الحقّ (الحضانة) بالطلاق؟ فعن الشيخ<sup>(١)</sup> عود الحقّ لوجود المقتضي وارتفاع المانع، وعن «السرائر»<sup>(٢)</sup> عدم العود مستدلاً باستصحاب السقوط بعد عدم الدليل على العود.

والظاهر أنّ فهم العرف من الوجه المذكور هو المانعية الواضحة للتزويج الجديد، و بعد ارتفاعها بالطلاق أو الوفاة لا وجه لاستصحاب بقاء المانع. وأمّا الخنثى المشكل، فلا إشكال فيه بعد ما اخترناه من ثبوت الحضانة للأمّ حتى السبع ذكراً كان أم أنثى بعد الطلاق.

الثالث: في تولّي الحضانة بعد وفاة الأب؟ ففي «الشرائع»: «لو مات (الأب) كانت الأمّ أحقّ بهما من الوصي» أي الوصي للأب حتى أبيه و أمّه فضلاً عن غيرهما.

و يستدلّ عليه مضافاً إلى الإجماع بالآية الشريفة: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾<sup>(٣)</sup> و مرسله ابن أبي عمير «وليس للوصي أن يخرج من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله»..

(١) المبسوط ٦: ٤١.

(٢) السرائر ٢: ٦٥١.

(٣) الأنفال ٨: ٧٥.

وأيّد الجميع بأشقيّة الأمّ و أرفقيّتها لولده، كما أنّه لو ماتت الأمّ في زمن حضانتها كان الأب أحقّ به من وصيّها و من أبيها و أمّها فضلاً عن باقي أقاربها بلاخلاف أجده في شيء من ذلك . بل ظاهرهم الإجماع عليه ؛ للأصل في بعض الصور متمماً بعدم القول بالفصل (أي استصحاب بقاء حق حضانة الأمّ و عدم انتقاله إلى الوصيّ قبل إتمام أيّام رضاعه، و في المقام أي بعد وفاة الأب بعد انتقال حق الحضانة اليه [بعد الرضاع في الولد و بعد السبع في البنت على قول المشهور و بعد السبع في كليهما على المختار] حيث لا يمكن التمسك بأصل الاستصحاب لانقطاع الحق بعد الفطام أو السبع يتمسك بعدم القول بالفصل .

و أشكل في الوجهين الأخيرين، أي الأشقيّة والأصل .  
أمّا في الأوّل : بمعارضة أعقلية الأب و جعله الوصيّ التمشية أمورهِ، فلا يمكن الاستناد إلى أرفقية الأمّ لجعل الحقّ للأمّ .  
و فيه : إنّ دعوى الأعقلية دعوى جزافية فيه بخلاف دعوى الأشقيّة والأرفقية ؛ حيث إنّها وجدانية، هذا مضافاً إلى أنّه لو ثبت الحق المذكور فيما نحن فيه بمقتضى الأدلّة فلا يمكن نقضه بهذه الاستحسانات .

و أمّا في الثاني : لا يمكن الركون إلى هذه الدعوى، أي عدم القول بالفصل بعد أن لم يعنون المسألة في كلماتهم، هذا أولاً .  
و ثانياً : إنّ المعيار لا اعتبار عدم الفصل هو القول بعدم

الفصل لا عدم القول بالفصل؛ لأنّ الإجماع بناءً على تمامية اعتباره هو الإجماع البسيط ولا الإجماع المركّب.

و فيه: إنّ دعوى عدم تعنون المسألة في كلمات القوم إنّ ثبتت فهي، إلا أنّ تعرّض الماتن ره يكشف عن شهرة المسألة عند المتقدّمين، هذا ولا وجه للتفريق بين القول بعدم الفصل أو إحراز عدم القول بالفصل، و تنزيلهما منزلة الإجماع البسيط و المركّب كما ترى.

و اشكل في الاستدلال بالآية الشريفة ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ...﴾ بدعوى: أنّ الآية ليست في مقام بيان أولوية البعض و تقدّمه على بعض آخر حال حياته.

بل هي في مقام بيان تقديم بعض الأحياء على البعض الذي مات، بمعنى: أنّ بعض لأحياء أولى بالميت و تركته و لم تتعرّض لأولوية حيّ على حيّ آخر و بيان الترتيب و الترتب بين الأحياء، هذا أوّلاً.

و ثانياً: لو سلّمنا كونها دالّة على أولوية بعض الأرحام بالنسبة إلى بعض آخر كانت الآية مجمّلة؛ لاحتمال وجود الإخوة و الأجداد الذين كانوا في طبقة واحدة عند الشريعة، و لذلك لا يمكن التمسك بالآية لتقديم الأمّ على الوصيّ.

و فيه: لم يظهر لنا وجه حمل الآية على باب الميراث فقط بعد ورودها (في سورة الأنفال) و في سياق الآيات الواردة في حقّ

المهاجرين و الأنصار و ترغيب المؤمنين من الأنصار لإغاثة المهاجرين و إعانتهم بعد هجرتهم، و أمّا دعوى إجمالها به فلا يبعد رفع الإجمال بما سنبحث عنه من حياة الإخوة و الأجداد بمعونة فهم العرف....

و مع ذلك التمسك بالآية لا يخلو من تأمل .

بقي الكلام في الروايات الواردة، فالظاهر أنّ فيها غنى و كفاية لإثبات انتقال حقّ الحضانة للأمّ بعد وفاة الأب، كالمرسلة المتقدّمة (ابن أبي عمير) و أيضاً صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل مات و ترك امرأة فألقته و معها منه ولد، فألقته على خادم لها فأرضعته، ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصي، فقال: «لها أجر مثلها و ليس للوصي أن يخرجها من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله»<sup>(١)</sup>.

وهكذا رواية داوود بن الحصين: «... فإذا مات الأب فالأمّ أحقّ به من العصبية»<sup>(٢)</sup> مضافاً إلى ما ورد في النصوص السابقة من إثبات أحقية الأمّ في الذكر حتى الفطام و في الأنثى سبباً، فأصل الحقّ ثابت لكلّ من الأبوين إلا أنّ الأمّ أحقّ من الأب، و من المعلوم - كما في «الجواهر» - : «أنّ ذلك يكون مع وجوده و حياته، و أمّا مع عدمه فليس الحقّ حينئذٍ إلاّ لذي الحقّ؛ ضرورة

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٤٥٦ / أبواب أحكام الأولاد ب ٧١ ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧٠ / أبواب أحكام الأولاد ب ٨١ ح ١.



فرض عدم الأحقّ منه»<sup>(١)</sup>.

بل ولا يبعد دعوى كونها أحقّ حتى لو كانت متزوّجة، و  
إن أُشكل في ذلك استناداً إلى إطلاق الروايات الواردة «...ما لم  
تكن متزوّجة».

الرابع: في تويّ الحضانة بعد فقد الأبوين في «الشرائع»:  
«فإن فقد الأبوان فالحضانة لأب الأب، فإن عدم قبيل: كانت  
الحضانة للأقارب و ترتّبوا ترتيب الإرث نظراً إلى الآيّة، وفيه  
تردّد».

ففي المقام أمران:

أحدهما: فرض حياة الجدّ فالحضانة له، و وافقه  
«السرائر»<sup>(٢)</sup> و العلامّة، واستدل لذلك في «الجواهر»: «لأنّ  
أصل الحضانة للأب؛ لأنّ له الولد انتقلت عنه إلى الأمّ مع  
وجودها بالنصّ و الإجماع، فإذا انتفيا انتقلت إلى أب الأب؛ لأنّه  
أب و مشارك للأب في كون الولد له وله الولاية عليه في المال و  
غيره و كذا في الحضانة، و لا يرد أنّ أمّ الأمّ و أمّ الأب يسمّيان  
بالأمّ - فيشمّلها ما دلّ على حضانة الأمّ - لأنّها لما خالفت الأصل  
اقتصرت فيها على المتيقّن»<sup>(٣)</sup>.

(١) جواهر الكلام ٣١: ٢٩٤.

(٢) السرائر ٢: ٦٥٤.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ٢٩٥-٢٩٦.

وأشكل : بعدم ثبوت الحق لغير الأبوين في لسان الأدلة و  
عدم دلالة الآية على المدعى .

و يظهر من كلامه عدم الاعتداد بما استدلّ به «الجواهر»  
لإثبات الحق المذكور للجدّ من الأب ، و دعوى أنّ الجدّ مشارك  
للأب في كون الولد له وله الولاية عليه في المال وهكذا الحضانة .  
والظاهر أنّ صرف مشاركة الجدّ في كون الولد له لم يثبت  
بها حقّ الحضانة ؛ حيث إنّ الجدّ الأمّي أيضاً له هذه المشاركة و  
هكذا الأمّ من الأب و الأمّ ، و لذلك لا يمكن دعوى ثبوت  
الحضانة بصرف المشاركة في صحّة الانتساب إلى الشخص .

و أمّا ثبوت الولاية للجدّ في المال ، بل و النكاح فلأنّه  
المنصوص في الدليل ، و لذلك يشكّل التمسك بالدليل المذكور  
لإثبات حقّ آخر و هو الحضانة ، إلّا أن يقال بثبوته من باب  
الأولوية بمعنى : أنّه حيث يجوز بل و يجب عليه تصدّي أمور المالية  
للبيتم فكذلك عليه تصدّي حضانته و تربيته و السعي في مصالحه  
و الله العالم .

ثانيهما: فرض عدم حياة الجدّ ، ففي المسألة وجوه و أقوال ،  
منها: ما أفاده الماتن ره ناسباً إلى قول القليل : «كانت الحضانة  
للأقارب و ترتبوا ترتيب الإرث نظراً إلى الآية» ثم تردّد فيه ،  
والظاهر أنّ منشأ التردد عدم تمامية الاستناد إلى الآية لإثبات  
المدعى بعد ما تقدّم في المستفاد منها .

منها: ما عن «الجواهر» بعد منعه القول بالترتيب المذكور في كلام المحقق و استظهار ثبوت الحق لوصي الأب ثم الوصي للجد لكونهما نائبين عنهما وقائمين مقامهما و منها حضانة الطفل ثم قال: «و ربما استفيد من مرسل ابن أبي عمير «ليس للوصي أن يخرج من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله» ثبوت حق في الجملة للوصي وإن كانت الأم أحق منه»<sup>(١)</sup>.

الإشكال فيه هو الإشكال في الفرض السابق و هو حياة الجد من عدم ثبوت الدليل إلا الأولوية التي استظهرناها من ثبوت الولاية.

و منها: كون حكم الحضانة حكم الإنفاق تجب على الناس كفاية، و هو المنسوب إلى «السرائر»<sup>(٢)</sup> و مع كون الطفل ذا مال فيجب على الحاكم استئجار من يخصه من ماله.

و هذا ليس ببعيد؛ لأن الحضانة توجب صرف المال على المحتضن و لا وجه لتحمل ذلك على غير الأب الذي يجب عنه الإنفاق له من ماله و حتى الجد (كما سيأتي) و سائر مراتب الورثة، فالمتعين رجوع أمره إلى الحاكم، و بما ذكر ظهر الكلام في سائر الأقوال.

الخامس: في قابلية حق الحضانة للإسقاط و عدمها؟ و في

(١) جواهر الكلام ٣١: ٢٩٦.

(٢) السرائر ٢: ٦٥٤.

«الجواهر»: بعد توضيح معناها و أنها (عن القواعد<sup>(١)</sup>) و المسالك<sup>(٢)</sup>) هي الولاية و السلطنة على تربية الطفل و ما يتعلّق بها من مصلحة حفظه و جعله في سريره و كحله و تنظيفه و غسل خرقه و ثيابه و نحو ذلك، أشكل بأنّه: إن كان المراد أنّها ولاية كغيرها من الولايات التي لا تسقط بالإسقاط و أنّه تجب على الأمّ مراعاة ذلك على وجه لا تستحقّ عليه الأجرة - كما صرّح به في المسالك منها - ليس في شيء من الأدلّة ما يقتضي ذلك<sup>(٣)</sup>.

لإشكال في ثبوت حقوق في الشريعة لا يقبل الإسقاط كولاية الأب و الجدّ أو الحاكم، و أيضاً ثبوت حقوق قابلة للإسقاط كحقّ الشفعة، فهل هذا الحق من قبيل الأوّل أو الثاني؟ ما يستفاد عن «الجواهر» أنّه من قبيل الثاني، بدعوى: عدم وجود دليل يدلّ على ذلك، بل يجد في الأدلّة ما يستفاد منها خلاف ذلك كالتعليق على إرادتها و مشيئتها، و التعبير بالأحقّية بل و ظاهرها كون هذه الأحقّية مثلها في الرضاع، فلا يجب عليها التصدّي لذلك، و لذا يجوز لها المطالبة بالأجرة. نعم، لا إشكال في وجوبها عليها إذا استلزم ذلك تضييع الولد و لكتّها واجب كفاؤي كغيرها.

(١) قواعد الأحكام ٣: ١٠١.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٤٢١.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ٢٨٣.