حق الحضانة بين الأبوين

محمد علي العريبي

2017

حق الحضانة بين الأبوين

من أبحاث كتاب النكاح

ألقيت في صفر ١٤٣٩ هـ - أكتوبر ٢٠١٧ م

محمد علي العريبي - البحرين

عناوين البحث

عناوين البحث ١

الأقوال في المسألة..... ٤

فتاوى المراجع المقلدين والمعاصرين في الحضانة ٨

مدّة استحقاق الأمّ الحضانة عند فقهاء المذاهب الأربعة

..... ١٢

أدلة المسألة..... ٢٠

١-ما دل على أن الولد بين الأبوين بالسوية حتى الفطام، ثم الأب أحق به ٢٠

٢- ما دل على أن الأم أحق بابنها حتى تفطمه ثم الأب.....٢١

٣-ما دل على أن الرجل أحق به فترة الرضاع وبعدها إذا لم ترضعه أمه.....٢٤

٤-ما دل على أن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج ..٢٧

٥- ما دل على أن الأم أحق بولدها إذا كان في ترك حضانتها للولد ضرر ٣٠

٦-ما دل على أن الأم أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين ٣٦

الموضوعية للفطام أو للحولين ؟.....٣٩

المراد بالولد مفردا هو الأعم من الذكر ٤٠

جمع الشـيخ الفيض والشـيخ يوسـف والمجلسي- بين الأدلة ٤١

النسبة بين الحكم بالحضانة وأدلة الضرر.....٤٩

إذا سـقط حق الأم في الحضـانة بزواجها أو بسـبب آخر من آخر فهل يعود بعد ارتفاعه ؟ ٥٢

الحاصل ٥٣

الأقوال في المسألة

الأقوال في مسألة الحضانة كثيرة لاختلاف الأدلة أو تخالفها، ذكر الشيخ يوسف رحمه الله قولين في الرضاع مدة الحولين؛ قول مشهور بأن الأم أحق به والآخر لابن فهد بالاشتراك بالسوية بينها والأب، وأربعة أقوال في ما بعد الفطام، وبلغها كلها أستاذنا السيد الشبيري لعشرة، واقتصر في بحثه على خمسة ذكرها، ولكل من هذه المذاهب دليله، ولم أقف على وجه تمييز الشيخ العم رحمه الله روايات الحولين وما بعد الفطام إلا ألا يكون هناك خلاف يعتد به في المسألة لتلازم أولية حقها في الإرضاع والحضانة.

ومن الأقوال تلك:

القول الأشهر: أن الأم أحق بالولد مدة الرضاع، ثم بعده إن كان ولدا فالأب أحق به، وإن كانت أنثى فالأم أحق بها حتى تتم سبع سنين.

القول الثاني: أن الأم أحق بالولد ذكرا كان أو أنثى من زمان رضاعه حتى يبلغ سبع سنين، ثم ينتقل لعهدة أبيه. وهو مذهب الشيخ في الخلاف[1] والمبسوط[2]، والكيدري في الإصباح، وابن البراج في المهذب[3]و، صاحب المدارك في نهاية المرام[4]، والسبزواري في كفاية الأحكام[5].

القول الثالث: أن المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج، ونسب للصدوق، قال في المقنع: «اذ اطلق الرجل امرأته و بينهما

---

[1] الخلاف ٥: ١٣١.
[2] مبسوط ٦: ٣٩.
[3] المهذب ٢: ٣٥٢.
[4] نهاية المرام ١: ٤٦٧.
[5] كفاية الاحكام: ١٩٤.

ولد، فالمرأة أحقّ بالولد مالم تتزوّج»[٦]، حكاه العلامة في المختلف[٧] عن كتاب المقنع للصدوق وليس في النسخ المتداولة.

وهو مفاد صحيح أيوب بن نوح التي رواها الصدوق في الفقيه في آخر باب (الولد يكون بين والديه أيهما أحق به)، قال: " وَ رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ الْحِمْيَرِيُّ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ قَالَ: كَتَبَ إِلَيْهِ ع بَعْضُ أَصْحَابِهِ أَنَّهُ كَانَتْ لِيَ امْرَأَةٌ وَ لِي مِنْهَا وَلَدٌ وَ خَلَّيْتُ سَبِيلَهَا، فَكَتَبَ ع: الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ سَبْعَ سِنِينَ إِلَّا أَنْ تَشَاءَ الْمَرْأَةُ "[٨].

القول الرابع: أن الحضانة بعد الفطام للأم إذا كانت أنثى حتى تبلغ، وللأب إن كان ولدا حتى يبلغ، وهو مذهب

---

[٦] انظر المقنع: ٣٦٠. ما بين المعقوفين والهامش رقم ٥.
[٧] المختلف ٧: ٣٠٦.
[٨] من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٣/ ح٤٥٠٤.

المفيد في المقنعة، وسلار في المراسم، ويحيى بن سعيد في الجامع[٩].

القول الخامس: أن الحضانة حق مشترك بالسوية بين الأبوين في مدة الرضاع. تفرد به ابن فهد في المهذب البارع والمقتصر.

أقول: وقبل الخوض في استعراض الأدلة الخاصة، لا بأس بالاستئناس بفتاوى مراجع الفتيا ومذاهب المسلمين.

[٩] الجامع للشرايع: ٤٦٠- ٤٥٩.

فتاوى المراجع المقلدين والمعاصرين في الحضانة

ذهب الشيخ يوسف رحمه الله تبعا للشيخ الفيض إلى التفصيل؛ فإن لم يكن هناك تنازع وتشاجر فالأم أحق به إلى سبع سنين، وإن كان تنازع فالأب أحق به إلا أن تقبل الأم بإرضاعه في الحولين[١٠].

واختار السيد الخوئي أحقية الأم في السنتين، والاحتياط استحبابا لسبع:

ففي المنهاج:

" الأم أحق بحضانة الولد إن شاءت إذا كانت حرة مسلمة عاقلة مأمونة على الولد إلى سنتين و إن كان أنثى، و الأولى جعله في حضانة الأم إلى سبع سنين و إن كان

[١٠] الحدائق ٢٥: ٨٩.

ذكرا. و تسقط الحضانة لو تزوجت و لا تسقط لو زنت "[11].

ومثله الشيخ محمد أمين زين الدين وحد المدة " إلى نهاية مدة رضاعه سنتين كاملتين، ثم الى أن يبلغ الطفل سبع سنين على الأحوط، و خصوصا في الأنثى، بل لا يترك الاحتياط بالتصالح مع المرأة عن حقها إذا أراد الأب أن يأخذ الطفل منها قبل ذلك "[12].

ومثلهما التبريزي والسيستاني[13] والفياض[14].

واحتاط وجوبا الشيخ الوحيد في الأنثى إلى سبع سنين[15].

---

[11] منهاج الصالحين، مسألة 1388.
[12] كلمة التقوى ٧: ١٤٧-١٤٨، مسألة ٤٢٠ و ٤٢١.
[13] منهاج الصالحين ٣: ١٢٠، مسألة ٤٠١.
[14] منهاج الصالحين٣: ٦٨، مسألة ١٩٢.
[15] منهاج الصالحين ٣: ٣٢٤، مسألة ١٣٨٨.

وجعل السيد محمد سعيد الحكيم اختصاص حق الأم بمدة الرضاع لا السنتين، قال في المنهاج:

" الولي على الصبي هو الأب، إلا أن للام أن تطالب بحضانته و ذلك بتولي شؤون عيشه و تربيته، و يكون في حجرها حينئذ تحت نظر أبيه و في رعايته، كما هو مقتضى ولايته عليه. و الظاهر اختصاص ذلك بمدة الرضاع، فإذا فطم - و لو قبل مضي سن الرضاع الشرعي- سقط حقها في الحضانة، و اختص بذلك أبوه.

(مسألة ٢٣٩): إذا طلقت الام تبقى حضانتها في مدة الرضاع ما لم تتزوج، فإذا تزوجت سقطت حضانتها، و كان للأب أن يضعه حيث يشاء. و إذا طلقت لم تعد لها الحضانة "[١٦].

[١٦] منهاج الصالحين ٣: ٦١، مسألة ٢٣٨ و ٢٣٩.

واختار شيخنا السيد موسى الشبيري الزنجاني حفظه الله في بحثه عدم موضـــوعية الحولين، وامتداد حق الأم في الحضانة لسبع في الذكر والأنثى[١٧].

[١٧] بحث النكاح ٢٥: ٧٩٦١-٧٩٦٢.

مدّة استحقاق الأمّ الحضانة عند فقهاء المذاهب الأربعة

جاء في (موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها) في شرح أقوال المذاهب الأربعة الكبرى، بزيادة منا:

" فقهاء أهل السنّة اختلفوا في مدّة حضانة الطفل «الصغير و الصغيرة»:

فبعضهم قالوا بأنّ الأم أحقّ بحضانة الأنثى حتّى تبلغ سبع سنين.

و بعض آخر قال بأنّها أحقّ بها حتّى تحيض.

و الآخرون خيّروا الطفل المميّز ذكراً كان أو أُنثى.

نذكر شطراً من كلماتهم على الترتيب التالي:

أ- الحنفيّة:

فقد جاء في الدر المختار: « و الحاضنة أمّاً أو غيرها (أحقّ به) أي بالغلام حتّى يستغني عن النساء، و قدّر بسبعٍ و به يفتى؛ لأنّه الغالب ... (و الأمّ و الجدة) لأمّ أو لأب (أحقّ بها) بالصغيرة (حتّى تحيض) أي تبلغ في ظاهر الرواية، و لو اختلفا في حيضها فالقول للأمّ »[١٨].

وفي هامش حاشية (رد المحتار على الدر المختار): " (قوله : حتى يستغني عن النساء) بأن يأكل ويشرب ويستنجي وحده ، والمراد بالاستنجاء تمام الطهارة بأن يتطهر بالماء بلا معين ، وقيل مجرد الاستنجاء وهو التطهير من النجاسة وإن لم يقدر على تمام الطهارة، أي الطهارة الشاملة للوضوء . (قوله : وقدر بسبع) هو قريب من الأول بل عينه لأنه حينئذ يستنجي وحده ، ألا ترى إلى ما يروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال { مروا

[١٨] حاشية ردّ المحتار ٣: ٥٦٦.

صـبيانكم إذا بلغوا سـبعا } والأمر بها لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة "[١٩].

ب- الحنابلة:

فقد جاء في المغني لابن قدامة و نذكره ملخّصـاً: «... إنّ الزوجين إذا افترقا و لهما ولد طفل ... فأمّه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرـائط فيها ذكراً كان أو أنثى ... و إذا بلغ الغلام سـبع سـنين خيّر بين أبويه إذا تنازعا فيه[٢٠] ... و لنا ما روى أبو هريرة: أنّ النّبيّ صـلى الله عليه و آله خيّر غلاماً بين أبيه و أمّه[٢١]، ... قال: جاءت امرأة إلى النبيّ صلى الله عليه و آله فقالت: يا رسول اللهّٰ، إنّ زوجي

[١٩] رد المحتار ٨: ١٤. محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، دار الكتب العلمية- سـنة النشرـ: ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م، رقم الطبعة: د.ط.

[٢٠] مر أيضـا أن التنازع مما جعله الفيض والمحلسيـ والشـيخ يوسف سببا للتفصيل في المسألة.

[٢١] سنن ابن ماجة ٣: ١٢٢.

يريد أن يذهب بابني و قد سـقاني من بئر أبي عتبة و قد نفعني، فقال له النبيّ صـلى الله عليه و آله: هذا أبوك و هذه أمّك فخذ بيد أيّهما شـئت[٢٢] ... و إذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحقّ بها ... و لأنّ الغرض بالحضـانة الحفظ و الحفظ للجارية بعد السـبع في الكون عند أبيها؛ لأنّها تحتاج إلى حفظ و الأب أولى بذلك»[٢٣].

ج- الشافعية:

قال الفقيه الشافعي في مغني المحتاج: «و الإناث أليق بها [بالحضـانة] لأنّهنّ أشـفق و أهدى إلى التربية ... و هذا كلّه في غير المميّز، و المميّز الصـادق بالذكر و الأنثى إن افترق أبواه كان عند من اختار منهما؛ لأنّه صـلى الله عليه و آله خيّر غلاماً بين أبيه و أمّه، رواه الترمذي و حسّنه، و

[٢٢] سنن أبي داود ٢: ٤٩١.
[٢٣] المغني لابن قدامة ٩: ٢٩٨، ٣٠٠، ٣٠٢، ٣٠٣.

الغلامة كالغلام في الانتساب .... و سنّ التميّز غالباً سبع سنين أو ثمان تقريباً»[٢٤].

د- المالكية:

جاء في عقد الجواهر الثمينة: « .. الأمّ أولى بالصغير الذكر إلى حيث يبلغ الاحتلام، و قيل: إلى حيث يثغر[٢٥]، و قال ابن الماجشون: إذا استغلظ أو قارب الاحتلام أو أنبت و اسودّ إنباته فللأب ضمّه إلى نفسه، و في الصغيرة حتى تتزوّج و يدخل بها زوجها »[٢٦].[٢٧]

وأدلتهم تتلخص في أمور منها:

---

[٢٤] مغني المحتاج ٣: ٤٥٢- ٤٥٦.
[٢٥] أثغر الصغير نبت ثغره و الثغر الأسنان أو مقدّمها. القاموس المحيط «ثغر».
[٢٦] عقد الجواهر الثمينة ٢: ٣٢٠.
[٢٧] موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها ١: ١٣٠-١٣١.

١- أن الحضانة للرعاية، وتزول ببلوغ زمان استقلال الطفل عن الحضانة، فتدوم حضانة الأم قبله ثم يصير للأب، ومختار الحنفية حتى بلوغ سبع في الذكر والبلوغ في الأنثى، ومختار المالكية في الولد حتى يبلغ وفي البنت حتى تتزوج وهو غريب لأنه لا ولي عليها بعد زواجها.

٢- رواية تخيير الغلام بين أبيه وأمه بعد السبع، وحضانة البنت بعد السبع لأبيها خاصة؛ لأن الغرض من الحضانة الحفظ وهي أولى من الغلام، وهو مختار الحنابلة.

٣- التخيير بعد سن التمييز بين الأبوين؛ لرواية تخيير الغلام، ولا خصوصية فيه دون الأنثى؛ وهو مختار الشافعية.

أقول: الاعتبارات المذكورة تحديداتها استحسانية، وأصلها يوافق أدلة الرفق ودفع الضرر كما في الطائفة الخامسة من رواياتنا الآتي ذكرها، ولا تصل النوبة لها إلا بعد فقدان النص الخاص.

وأما رواية أبي هريرة في التخيير، فاحتمال خصوصية الأنثى دون الذكر محتملة؛ لما تحتاج إليه من مزيد رعاية، لكنها لا تثبت بالنص لإجماله من هذه الجهة بل قد يترجح الإطلاق فيه لسكوت النصوص عندهم عن التفصيل بين الذكر والأنثى، ولا دليل على -فيما ذكر آنفا- على اشتراط السبع سنين أو الثمان.

فيكون الأقرب هو قول الشافعية في تخيير الولد ذكرا أو أنثى بعد سن التمييز، وهو السن الذي يدرك ويملك فيه الاختيار، وكل ما ذكر لا حجة فيه علينا.

أدلة المسألة

وأدلة المسألة من الوسائل على الترتيب:

١ـ ما دل على أن الولد بين الأبوين بالسوية حتى الفطام، ثم الأب أحق به

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ عَامِرٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: " (وَ الْوالِداتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَ[٢٨]) قَالَ: مَا دَامَ الْوَلَدُ فِي الرَّضَاعِ فَهُوَ بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ، فَإِذَا فُطِمَ فَالْأَبُ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْأُمِّ، فَإِذَا مَاتَ الْأَبُ فَالْأُمُّ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْعَصَبَةِ، وَ إِنْ وَجَدَ الْأَبُ مَنْ يُرْضِعُهُ بِأَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ وَ قَالَتِ الْأُمُّ: لَا أُرْضِعُهُ إِلَّا بِخَمْسَةِ دَرَاهِمَ، فَإِنَّ

[٢٨] البقرة ٢ – ٢٣٣.

لَهُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهَا إِلَّا أَنَّ ذَلِكَ خَيْرٌ لَهُ وَ أَرْفَقُ بِهِ أَنْ يُتْرَكَ مَعَ أُمِّهِ "[٢٩].

وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ عَامِرٍ مِثْلَهُ[٣٠].

ودلالتها بالنص على التسوية وقت الرضاع، وعلى استحباب تركه في حضن أمه بعد الفطام.

٢ـ ما دل على أن الأم أحق بابنها حتى تفطمه ثم الأب

الكليني عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع: "إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَ هِيَ حُبْلَى أَنْفَقَ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، وَ إِذَا وَضَعَتْهُ أَعْطَاهَا

---

[٢٩] الكافي ٦- ٤٥- ٤، و التهذيب ٨- ١٠٤- ٣٥٢، و الاستبصار ٣- ٣٢٠- ١١٣٨، و تفسير العيّاشيّ- ١٢٠- ٣٨٠.

[٣٠] الفقيه ٣- ٤٣٤- ٤٥٠١.

أَجْرَهَا، وَ لَا يُضَـارَّهَا إِلَّا أَنْ يَجِدَ مَنْ هُوَ أَرْخَصُ أَجْراً مِنْهَا، فَإِنْ هِيَ رَضِيَتْ بِذَلِكَ الْأَجْرِ فَهِيَ أَحَقُّ بِابْنِهَا حَتَّى تَفْطِمَهُ "[٣١].

وهي صريحة بأحقيتها بابنها حتى الفطام بالشـروط، ظاهرة في أحقيته به منفردا بعد فطامه.

والظاهر المحتمل اتحاد مفادها مع صـحيحة داود بن الحصـين، وأن قوله ع أن الولد (بين الأبوين بالسـوية) أنه ليس لأحدهما الاستبداد بحضانة الطفل قبل أن ينظر في تحقق الشـروط، بدلالة اشـتراط الوقوف على قبولها لأجر أقل من غيرها مما لا يقل عن المثل إلا إذا رضـيت به.

[٣١] الكافي ٦- ٤٥- ٢ و الكافي ٦- ١٠٣- ٢، و التهذيب ٨- ١٠٦- ٣٦٠ و التهذيب ٨- ١٣٤- ٤٦٥، و الاسـتبصـار ٣- ٣٢٠- ١١٤١، و أورد صدره في الحديث ٢ من الباب ٧ من أبواب النفقات.

وقريب منها صحيح الحلبي:

الكليني عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللهِّ ع قَالَ: " الْجُبْلَى الْمُطَلَّقَةُ يُنْفَقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، وَ هِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا أن تُرْضِعَهُ بِمَا تَقْبَلُهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى، إِنَّ اللهَّ يَقُولُ لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ[٣٢] الْحَدِيثَ[٣٣].

وفي قوله ع: " أن ترضعه " إشعار بتعليل الأحقية في الحضانة برعاية حق الرضاع، فما دامت ترضعه كان لها حق حضانته.

[٣٢] البقرة ٢- ٢٣٣.

[٣٣] الكافي ٦- ١٠٣- ٣، و أورد ذيله في الحديث ٣ من الباب ٧٠ و قطعة منه في الحديث ٤ من الباب ٧ من أبواب النفقات.

٣- ما دل على أن الرجل أحق به فترة الرضاع وبعدها إذا لم ترضعه أمه

الكليني عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الْوَشَّاءِ عَنْ أَبَانٍ عَنْ فَضْلٍ أَبِي الْعَبَّاسِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللهَّ ع 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 "[٣٤].

وهي صريحة بأن الأب له أصالة حق حضانة طفله مطلقا، لولا الشرط بأن ينظر في رضا أمه إن قبلت رضاعه بأجرة المثل، فهي أولى منه للرضاع لا شيء آخر، وإلا كان هو الولي عليه والحاضن له.

ولا تنافي الروايتين السابقتين، فيحملان على صريح هذه الصحيحة أي صحيحة البقباق، فإن السابقتين مكنت

---

[٣٤] الكافي ٦- ٤٤- ١، و التهذيب ٨- ١٠٥- ٣٥٣، و الاستبصار ٣- ٣٢٠- ١١٤٠.

المرأة على البدل بشرــط ومكنت الرجل على غير البدل بشرط، وما هو ممكن إلى غير بدل كان هو الأصيل الذي انتقل حكمه إلى غيره لعارض إذا زال عاد إليه حكمه، ولا ينافيه التعبير بأن (الأبوين على الســوية) لأن المعنى كما تقدم محمول على الإمكان لا مطلقا .... عدم جواز الاستبداد بالولد تبرعا.

ومن هـذا البـاب مـا رواه الصـــدوق مُحَمَّـدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنِ الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللهِّ ع قَالَ: " أَيُّمَا امْرَأَةٍ حُرَّةٍ تَزَوَّجَتْ عَبْداً فَوَلَدَتْ مِنْهُ أَوْلَاداً فَهِيَ أَحَقُّ بِوُلْدِهَا مِنْهُ وَ هُمْ أَحْرَارٌ، فَإِذَا أُعْتِقَ الرَّجُلُ فَهُوَ أَحَقُّ بِوُلْدِهِ مِنْهَا لِمَوْضِعِ الْأَبِ "[٣٥].

[٣٥] الفقيه ٣- ٤٣٥- ٤٥٠٣.

وما رواه مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ دَاوُدَ الرَّقِّيِّ قَالَ: " سَـأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ نَكَحَتْ عَبْداً فَأَوْلَدَهَا أَوْلَاداً ثُمَّ إِنَّهُ طَلَّقَهَا فَلَمْ تُقِمْ مَعَ وُلْدِهَا وَ تَزَوَّجَتْ فَلَمَّا بَلَغَ الْعَبْدَ أَنَّهَا تَزَوَّجَتْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ وُلْدَهُ مِنْهَا وَ قَالَ: أَنَا أَحَقُّ بِهِمْ مِنْكِ إِنْ تَزَوَّجْتِ، فَقَالَ: لَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا وُلْدَهَا وَ إِنْ تَزَوَّجَتْ حَتَّى يُعْتَقَ، هِيَ أَحَقُّ بِوُلْدِهَا مِنْهُ مَا دَامَ مَمْلُوكاً فَإِذَا أُعْتِقَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِمْ مِنْهَا "[٣٦].

فإن الشرـطية في الأولى " فَإِذَا أُعْتِقَ الرَّجُلُ فَهُوَ أَحَقُّ بِوُلْدِهِ مِنْهَا لِمَوْضِـعِ الْأَبِ " تدل على نقل الحق المطلق لها إلى العبد الذي صـار حرا، والشرـطية في الثانية: " فَإِذَا أُعْتِقَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِمْ مِنْهَا " تدل على تقابل الحق لها حين عبوديته مع حقه بعد حريته، والإطلاق فيها يشـمل أوان

[٣٦] الكافي ٦- ٤٥- ٥.

الرضاع وما بعده، ولولا عدم حجية الإطلاق اللفظي في موارد الشك في المقام كما هنا لكانت الا ستدلال بها تاما؛ إذ تحتمل الخصوصية للمورد، بأن تكون الرواية بيانا لتأثير العبودية والحرية في إثبات حق الحضانة، مهملة في جنب التفصيل، أو يكون الأولاد قد كبروا عن سن حضانة الأم وهم مختلفون سنا.

٤ـ ما دل على أن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج

الكليني عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ الْقَاسَانِيِّ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْمِنْقَرِيِّ عَمَّنْ ذَكَرَهُ قَالَ: " سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ وَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ أَيُّهُمَا أَحَقُّ بِالْوَلَدِ ؟ قَالَ: الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ "[٣٧].

[٣٧] الكافي ٦- ٤٥- ٣.

وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ الْمِنْقَرِيِّ عَنْ حَفْصِ بْنِ غِيَاثٍ أَوْ غَيْرِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللهِ ع[٣٨] وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ[٣٩] وَ كَذَا كُلُّ مَا قَبْلَهُ.

قَالَ الشَّيْخُ: " هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهَا أَحَقُّ بِهِ إِذَا كَانَتْ تَكْفُلُهُ بِمَا يَكْفُلُهُ غَيْرُهَا، قَالَ: وَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِالْوَلَدِ هُنَا الْأُنْثَى وَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِهِ مَا لَمْ يُفْطَمْ ".

وتقدم في الأبحاث السابقة التعليق على هذا السند، وأنه ضعيف بالقاسم بن محمد وهو الأصفهاني الملقب بكاسولا، وأن المنقري الأقوى قبول روايته إلا ما تفرد به، و هذا الخبر من المتفردات، وموافق لبعض مذا هب غير الإمامية، ولهم فيه رواية نبوية، منها ما روي عن ابى

[٣٨] الفقيه ٣- ٤٣٥- ٤٥٠٢.
[٣٩] التهذيب ٨- ١٠٥- ٣٥٤، و الاستبصار ٣- ٣٢٠- ١١٣٩.

هريرة عن النبى صـــلى الله عليه و آله أنه قال: «الام أحق بحضانة ابنها مالم تتزوج» ، وعن عبدالله بن عمر أن امرأة قالت: يا رســول الله إن ابنى هذا كان بطني له وعاء وثديى له سقاء وحجري له حواء و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه منّى، فقال لها النبي صـلى الله عليه وآله: « أنت أحق به ما لم تنكحي ».

ويحتمل في توجيه الخبر أن يحمل على الأفراد الغالبة من النســاء وهن من ترضى برضــاعة إبنها بأجرة مثلها؛ فإن أكثر النساء لا يقدمن على ترك أولادهن الرضع، وإلا لما شــهدنا كل هذه الروايات والقضــايا في المســألة، فأجابه الإمام ع على هذا الفرض.

أو أن يحمل على بيان المانع عن حقها في الحضـانة – الذي ثبت برضــاها – وهو زواجها، وأنها ليســت في مقام بيان

ما يثبت لها من حق ومدته فلا ينعقد لها إطلاق، وفيه بعد بين من ملاحظة عدم تطابق هذا الجواب مع ما يريده السائل.

والأمر سهل بعد عدم اجتماع شروط الحجية في الرواية واحتمال التقية فيها.

٥ـ ما دل على أن الأم أحق بولدها إذا كان في ترك حضانتها للولد ضرر

الكليني عَنْ عَلِيٌّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنِ الْحَلَبِيِّ:

عَنْ أَبِي عَبْدِ اللهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «الْحُبْلَى الْمُطَلَّقَةُ يُنْفَقُ عَلَيْهَا حَتّى تَضَعَ حَمْلَهَا، وَ هِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا إِنْ تُرْضِعْهُ بِمَا تَقْبَلُهُ امْرَأَةٌ أُخْرى، إِنَّ اللهَ - عَزَّ وَ جَلَّ - يَقُولُ: «لا تُضَارَّ

والِدَةٌ بِوَلَدِها وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ[٤٠] وَ عَلَى الْوارِثِ مِثْلُ ذلِكَ»[٤١] قَالَ: «كَانَتِ الْمَرْأَةُ مِنَّا تَرْفَعُ يَدَهَا إِلى زَوْجِهَا إِذَا

---

[٤٠] قال المقدّس الأردبيلي قدس سره ما ملخّصه: قرأ ابن كثير و أبو عمرو و يعقوب أ« لا تُضارَّ» بالرفع، و أكثر القرّاء بفتح الراء، و على التقديرين يحتمل البناء للفاعل و المفعول، و المعنى المقصود على التقادير النهي، أي لا تضارّ والدة زوجها بسبب ولدها، و هو أن تعنّفه به و تطلب منه ما ليس بمعروف، و عدل من الرزق و الكسوة، و أن تشغل قلبه في شأن الولد، و أن تقول بعد ما ألفها الولد: اطلب له ظئراً و ما أشبه ذلك. و لا يضارّ المولود له أيضاً امرأته بسبب ولده بأن يمنعها شيئاً ممّا وجب عليه من رزقها و كسوتها، أو يأخذه منها و هي تريد الإرضاع، فتضرّر بمفارقة الولد و نحوه، و لا يكرهها عليه إذا لم ترده، فتضرّر بالإكراه. « وَ عَلَى الْوارِثِ مِثْلُ ذلِكَ» قيل: إنّه عطف على المولود له، الخ. و ما بينهما اعتراض لبيان تفسير المعروف، فكأنّ المعنى: و على وارث المولود له مثل ما وجب عليه، أي يجب عليه مثل ما وجب على المورّث، فـ « عَلَى الْوارِثِ» خبر مقدّم متعلّق بمقدّر، و « مِثْلُ ذلِكَ » مبتدأ؛ يعني إن مات المولود له، لزم من يرثه أن يقوم مقامه في أن يرزقها و يكسوها بالمعروف و عدم الضرر. و هذا مشكل؛ لعدم وجوب نفقه الولد على غير الأبوين، فلا تجب اجرة الرضاع على غيرهما، و هو مذهب الأصحاب و الشافعي، فقيل: المراد من الوارث هو الولد المرتضع، فتجب الاجرة في ماله بأن يعطيه الوليّ أو الوصيّ أو الحاكم أو من ينوبه فيسترضع، و هو بعيد عن ظاهر الآية» زبدة البيان، ص ٥٥٨- ٥٥٩. و ذكر بعدها أقوالاً اخرى، فراجع و قال الطبرسي قدس سره:« روي عن السيّدين: الباقر و الصادق عليهما السلام: « لا تُضارَّ والِدَةٌ » بأن يترك جماعها خوف الحمل لأجل ولدها المرتضع، « وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ

أَرَادَ مُجَامَعَتَهَا، فَتَقُولُ: لَا أَدَعُكَ؛ لِأَنِّي أَخَافُ أَنْ أَحْمِلَ عَلى وَلَدِي، وَ يَقُولُ الرَّجُلُ: لَا أُجَامِعُكِ؛ إِنِّي أَخَافُ أَنْ تَعْلَقِي، فَأَقْتُلَ وَلَدِي، فَنَهَى اللهُ - عَزَّ وَ جَلَّ - أَنْ تُضَارَّ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ، وَ أَنْ يُضَارَّ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ.

وَ أَمَّا قَوْلُهُ: «وَ عَلَى الْوارِثِ مِثْلُ ذلِكَ» فَإِنَّهُ نَهى أَنْ يُضَارَّ بِالصَّبِيِّ، أَوْ يُضَارَّ أُمُّهُ فِي رَضَاعِهِ، وَ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ فِي رَضَاعِهِ فَوْقَ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ، وَ إِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا قَبْلَ ذلِكَ كَانَ حَسَناً، وَ الْفِصَالُ هُوَ الْفِطَامُ»[٤٢].

بِوَلَدِهِ» أي لا تمنع نفسها من الأب خوف الحمل فيضرّ ذلك بالأب ». مجمع البيان، ج ٢، ص ١١٤.

[٤١] البقرة (٢): ٢٣٣.

[٤٢] االكافي (ط دار الحديث) ١١: ٥٨٥/ ح٣ ب ٣٧، والكافي، كتاب العقيقة، باب الرضاع، ح ١٠٥٧٣. التهذيب، ج ٧، ص ٤١٨، ح ١٦٧٣، معلّقاً عن الكليني في ح ١٠٥٧٣. الكافي، كتاب العقيقة، باب من أحق بالولد إذا كان صغيراً، ح ١٠٥٩٣، بسند آخر، إلى قوله:« بما تقبله امرأة اخرى» مع اختلاف يسير. تفسير القمّي، ج ١، ص ٧٦،

وفي الوسائل: " حتى رضعه "، وفي أكثر النسخ ومنه المطبوع والفقيه وتفسير العياشي " أن ترضعه ".

والصحيحة ظاهرة في أولية الأم في الحضانة فترة الرضاع، للتلازم الغالبي المفهوم بين الإرضاع والحضانة.

واستدلال الإمام ع بالآية يدل على أن تشريع الحضانة إنما هو لدفع الضرر ومنه نشأ حكم الحضانة، والضرر الذي ينبغي لكل الأطراف أن يدفعوه إن كان في الأم فقد

بسند آخر، من قوله:« كانت المرأة منّا» إلى قوله:« و أن يضارّ الرجل المرأة» مع اختلاف يسير؛ الفقيه، ج ٣، ص ٥١٠، ح ٤٧٨٨، بسند آخر، إلى قوله:« و لا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك» و من قوله:« فإنّه نهى أن يضارّ بالصبيّ»؛ التهذيب، ج ٨، ص ١٠٥، ح ٣٥٥، من قوله:« ليس لها أن تأخذ في رضاعه»؛ و فيه، ص ١٠٧، ح ٣٦٤، إلى قوله:« و أن يضارّ الرجل المرأة» و فيهما بسند آخر، مع اختلاف يسير. تفسير العيّاشي، ج ١، ص ١٢٠، ح ٣٨٢، عن الحلبي، من قوله:« لا تضارّ والدة بولدها» إلى قوله:« و أن يضارّ الرجل المرأة»؛ و فيه، ص ١٢١، ح ٣٨٥، عن الحلبي، إلى قوله:« و لا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك» و من قوله:« فإنّه نهى أن يضارّ بالصبيّ» الوافي، ج ٢٣، ص ١٢٣١، ح ٢٣١١٥؛ و ص ١٣٧٣، ح ٢٣٤٣٨؛ الوسائل، ج ٢١، ص ٤٧٢، ح ٢٧٦١٥، إلى قوله:« و لا مولود له بولده».

قدم قولها في الحضـــانة بشرــط الرضـــاع بأجرة مثلها إن قبلت، وفي الأب بأن لا يلزم بدفع ما يز يد على أجرة مثلها ويستحب له الإبقاء على الولد ترفقا به، ومثل ذلك الضرر المتوجه على الصبي، فالاستدلال بالآية مشير لعلة التشرــيع، وحكم حضـــانتها لولدها جاء تطبيقا ورعاية للحقوق كافة، حاله حال الحكم بزوال حقها في الحضانة إذا تزوجت أو جنت وغيرها من الموانع المذكورة.

لكن قد ينفى ذلك بكون العلة هنا حقيقة في الحِكمة وليست علة منحصرة للحكم، لكن البناء على هذا القول كقاعدة كلية في كل تعليل دون إبراز الوجه فيه مشـــكل جدا، والمعتمد ظهور اللفظ ودلالة القرائن على المرام.

وبتعبير آخر أن العلة إما حُكمة بضـم الأول، أو حِكمية بكسرـه، والأولى من شروط الحكم، والثانية من علله أو أجزائها وليست علة تامة له ولا كل العلة.

والحاصل أن استدلاله عليه السلام بالآية تطبيق وتفسير لا شـك فيه، لكن الآية في نفسـها مجملة بالنسـبة لحدود المضـارة وسـبب نزولها أحد تطبيقاتها أيضـا فتحتمل الخصـوصـية، بمعنى أن الحق إذا ثبت لطرف من المكون الأسري فلا يجوز حرمـانـه منـه إضرارا، فيجـب معرفـة الحق حتى يستدل بالآية العامة بعدها.

وهي أيضـا دالة على ثبوت حق الحضـانة لها ما دامت ترضـعه، فإن فطمته زال حقها، وهو واضـح مؤيد بعدم التقييد بالسنتين في شيء من النصوص الماضية والآتية!.

٦- ما دل على أن الأم أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ قَالَ: كَتَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِهِ كَانَتْ لِيَ امْرَأَةٌ وَ لِي مِنْهَا وَلَدٌ وَ خَلَّيْتُ سَبِيلَهَا، فَكَتَبَ ع: الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ سَبْعَ سِنِينَ إِلَّا أَنْ تَشَاءَ الْمَرْأَةُ "[٤٣].

قال الشيخ الحر رحمه الله: حَمَلَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ[٤٤] عَلَى الْأُنْثَى.

والتسمك بإطلاقها الحكم باستحقاق المرأة لحضانة الولد مخدوش؛ لإبهام السؤال والشك في جهة الجواب، ويمكن حمله على استحباب تركه رفقة أمه لأن السبع

---

[٤٣] الفقيه ٣- ٤٣٥- ٤٥٠٤، تفسير العيّاشيّ ١- ١٢١- ٣٨٥.

[٤٤] راجع روضة المتقين ٨- ٣٤٤، المختلف- ٥٧٧ و النهاية- ٥٠٤.

سـنين هي أوان لعبه، وبعدها أوان تعليمه كما دلت عليه كثير من النصوص.

لكن تفصيلها رواه مُحَمَّدُ بْنُ إِدْرِيسَ فِي آخِرِ السَّرَائِرِ نَقْلًا مِنْ كِتَابِ مَسَـائِلِ الرِّجَالِ وَ مُكَاتَبَاتِهِمْ، قال: مَوْلَانَا أَبَا الْحَسَـنِ عَلِيَّ بْنَ مُحَمَّدٍ ع رِوَايَةَ الْجَوْهَرِيِّ وَ الْحِمْيَرِيِّ 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 صَـارَ لَهُ سَـبْعُ سِـنِينَ، فَإِنْ أَخَذَهُ فَلَهُ وَ إِنْ تَرَكَهُ فَلَهُ "[٤٥].

وضـم الطرق يوجب الميل لصـدور الخبر، ولا بأس بما يرويه ابن إدريس في المستطرفات، والاستدلال بها مبني على كون الوجوب في قول السـائل: " متى يجب له أن

[٤٥] مستطرفات السرائر – ٦٥ – ٢.

يأخذ ولده "، على زمان الوجوب الشرـعي، أو الجواز بقرينة التخيير بين الأخذ والترك، أو بحمل " وجب له " على الاستحقاق، أي استحق له الأخذ وانتقلت له الحضانة، وإذا ضممت الرواية إلى الصحيحة السالفة التي فيها أن المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين، بنفس المصب، فالمقام لبيان حدود الأحقية للرجل والمرأة في الحضانة.

والإنصاف أنها أقوى الأخبار الدالة على تحديد حق الحضانة للأم بسبع سنين، لكنها لا تخلو عن إشكال؛ لمعارضتها المنفردة لما هو أصح وأكثر رواية بل وأصرح منها مما سبق روايته، إضافة لكونها من المكاتبات التي تحتمل دخالة التقية، وعليه العمل، ويمكن توجيه الرواية بحملها على الاستحباب رعاية لشأن عمر الولد كما مر.

الموضوعية للفطام أو للحولين ؟

الظاهر من النصوص المتقدمة أن الحكم تابع للرضاع و مدة الفطام بمدته؛ ففي بعضها (ما دام الو لد في الرضاع) و (فهي أحق بابنها حتى تفطمه) و (هي أحق بها أن ترضعه) ، وليس في الأخبار مادة الحولين، ولا دليل معتبر على أن المراد هو الحولين بالاستعارة أو الكناية بدعوى التلازم بين الرضاع والحولين إلا احتمالا، والأصل في الألفاظ الحقيقة، فلا يخفى ما في الجواهر من قوله: " و إن كان صغيرا فالأم أحق بالولد مدة الرضاع و هى حولان ذكرا كان أو أنثى إذا رضعته هي بنفسها أو بغيرها، بلا خلاف معتد به أجده فيه "[٤٦].

[٤٦] جواهر الكلام ٣١: ٢٨٤.

المراد بالولد مفردا هو الأعم من الذكر

وأما حمل بعض أخبار المسألة على الذكر دون الأنثى بدعوى أن الأصل في الولد هو الذكر أو بالانصراف، فهو غريب، فإن المراد بالولد هو جنس ما وقعت عليه الولادة، وتذكير اللفظ للولد أو تأنيثه - مولودة - للتنويع، وقد يصرف بالقرائن كالمقابلة والخصوصية إلى الذكر بالخصوص، ولذا لم نسمع أحدا يشكل عليه فهم آية الرضاع (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) أو يحملها على الذكور دون الإناث، وغيرها كثير.

جمع الشيخ الفيض والشيخ يوسف والمجلسي بين الأدلة

اختار الشيخ الفيض رحمه الله التفصيل؛ فإن لم يكن هناك تنازع وتشاجر فالأم أحق به إلى سبع سنين، وإن كان تنازع فالأب أحق به إلا أن تقبل الأم بإرضاعه، والاعتماد في التفصيل على فرض التنازع هو ما اختاره الحنابلة أيضا.

واختاره الشيخ يوسف في ا لحدائق دون أن ينسبه للفيض، ومال إليه المجلسي في البحار نا سبا القول لأحد الأفاضل.

قال رحمه الله:

" عن البقباق قال: قلت لأبي عبد اللهّٰ ع: الر جل أحق بولده أم المرأة فقال: " لا، بل الرجل"، قال: " فإن قالت

المرأة لزوجها الذي طلقها أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من ترضعه فهي أحق به".

بيان:

يعني أن الرجل أحق بالولد مع الطلاق **و النزاع** إلا في الصورة المذكورة و في مدة الرضاع كما يدل عليه سياق الكلام، و قد مر أيضا في الباب السابق أنها أحق به حينئذ حتى تفطمه و أن عليه أجر رضاعها و أن لا يضارها، **و إن لم يكن هناك تنازع و تشاجر فالأم أحق به إلى سبع سنين** ما لم تتزوج **كما يدل عليه الأخبار الآتية**؛ لأن هذه المدة مدة التربية البدنية و زمان اللعب و الدعة و الأمهات أحق بهم في ذلك، **و يدل عليه أيضا** الأخبار الآتية في باب التأديب حيث قيل فيها " دع ابنك سبع سنين و ألزمه نفسك سبعا "، و في خبر آخر "يربى سبعا

و يؤدب سبعا"، **فإن التربية إنما** تكون للأم و التأديب للأب و بهذا يجمع بين الأخبار المختلفة بحسب الظاهر في هذا الباب "[٤٧] انتهى.

ونقل قريبا منه المجلسي بلفظ " القيل " في ملاذ الأخيار، قال:

" قيل: يعني أن الرجل أحق بالولد مع الطلاق و النزاع، إلا في الصورة المفروضة و في مدة الرضاع، كما يدل عليه سياق الكلام. و إن لم يكن هناك تنازع و تشاجر، فالأم أحق به إلى سبع سنين، **كما يدل عليه حديث أيوب**، لأن هذه المدة مدة التربية و زمان اللعب و الدعة، و الأمهات أحق بهم في ذلك، **و يدل عليه أيضا الأخبار الآتية في باب**

[٤٧] الوافي ٢٣: ١٣٧٥/ ح١ من أحق بالولد.

التأديب، حيث قيل فيها: دع ابنك سبع سنين و ألزمه نفسك سبعا.

و في خبر آخر: يربي سبعا و يورث سبعا، فإن التربية إنما تكون للأم و التأديب للأب، و بهذا يجمع بين الأخبار المختلفة في هذا الباب ظاهرا. انتهى"[٤٨].

وأما الشيخ يوسف رحمه الله، الذي عرف بهجرانه للجموعات التي ادعي عرفيتها بين الأدله ونقده لجموعات الشيخ الطوسي رحمه الله، فقال في الحدائق:

" و الأقرب عندي في الجمع بين أخبار المسألة هو أن يقال:

إنه بعد الطلاق إن وقع التشاجر و النزاع بين الأبوين في الحضانة فالظاهر أن الأب أحق به إلا في مدة الحولين إذا

[٤٨] ملاذ الأخيار ١٣: ٢٠٧.

رضيت بما يرضى به غيرها، أو تبرعت، فإنها تصير حينئذ أحق، و إلى ما ذكرنا من أحقية الأب يشير قوله عليه السلام في رواية البقباق بعد أن سأله: الرجل أحق بولده أم المرأة ؟ فقال: بل الرجل، **و إن لم يكن هناك تنازع بينهما فالأم أحق به إلى السبع ما لم تتزوج**.

و على ذلك **يحمل ما دل على السبع على عمومه**، و يؤيده ما ورد في جملة من الأخبار الدالة على ما ينبغي أن يفعل بالولد في مبدأ نشوه و تربيته "[٤٩] إلى آخر كلامه رفع الله مقامه.

أقول: أما ما ذكر من دلالة التربية سبعا فلا دلالة فيها أصلا، ويمكن تقوية الاعتبار بها في أخبار الحضانة لسبع، وليس في مقام حكم الحضانة، وقد مرت.

[٤٩] الحدائق ٢٥: ٨٩.

وأما إشـــارة الأخبار التي رواها -الفيض- بعد هذا البيان، فهي الستة غير هذا الحديث، وقد ذكرناها سابقا، وليس فيها ما يدل على هذا التفصـــيل؛ فإن الروايات المظنونة هي روايات سبع سنين، وهي -كما جاء في كلام المجلسي - صحيح أيوب بن نوح: " كانت لي امرأة ولي منها ولد وخليت سبيلها، فكتب ع: المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سـبع سـنين إلا أن تشـاء المرأة "، فإن كانت هي المقصـودة فلا شـاهد فيها على مختاره، وإن كان في غيرها فلم نقف عليـه؛ فـإن كلهـا مطلقـة من جهـة التنـازع والتصالح لم تعلق الحكم على شيء من هذا التفصيل.

وقد يقال:

أن إشارة صحيح البقباق للتفصيل يريد بها دلالة لفظ " أحق " على وجود تنـازع على حق الحضـــانـة، وهو مـا

استفيد من كلام الشيخ الفيض في بيانه لتلك الصحيحة في الوافي حيث قال: "يعني أن الرجل أحق بالولد مع الطلاق **و النزاع** ".

وهو غير جيد؛ فإن صحيح أيوب بن نوح التي دلت على أحقية المرأة بالولد إلى سبع فيها مثل ما في صحيحة البقباق من لفظ الحق، قال: "المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين"، مع أنه حكم بها على حال عدم وجود نزاع!، فينبغي حصول التعارض بين الصحيحتين !!

وعلى أي حال فلم نقف على وجه الجمع المذكور لا من الأخبار ولا الشواهد الصالحة للاستدلال.

ويحتمل – وهو بعيد – أن يكون قد اشتبه على الشيخ يوسف رحمه الله وظن زيادة في صحيح البقباق على أنها

منه، وهي " **و إن لم يكن هناك تنازع بينهما فالأم أحق به إلى السبع ما لم تتزوج** ".

النسبة بين الحكم بالحضانة وأدلة الضرر

ولابد من تقييد نقل حق الحضـــانة للأب إذ امتنعت الأم أو طلبت زيادة على أجرة المثل للرضاع بشروط في الأب، وهي الشرــوط العامة في كل ولي، مع لحاظ عموم أدلة الضرــر والحرج الحاكمة على حكم الحضـــانة والتي دل عليها في هذا المورد دليل خاص وهو قوله تعالى: (لا تُضَـــارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَ عَلَى الْوارِثِ مِثْلُ ذلِكَ) وفيه جاءت النصـــوص؛ فلو نزع من أمه فأضر به ضررا معتدا به – لا مثل بكائه وتألمه الذي لابد منه عادة ويزول بتصرــم المدة وتكرر زيارة أمه – وجب الحكم بإبقائه مع أمه، وأدلة الحضـــانة منصرــفة عن هذه المصـاديق – أي الضرـر الحاصـل من فراق الأم – لقلتها يومئذ لسرــعة زواج المطلقات واحتياجهن للخلو من

الو لد لأن لا يزاحموا حق أزواجهن، فتغلب مصـلحة إبقاء الأولاد في كنف أبيهم على ضرر فراقهم للأم.

ومع التأمل في الأدلة التي جعلت غاية حق الأم في الحضـانة هو نكاحها، يتقوى القول بأنه أحد مصـاديق وحدود ومظان الإضرار بالولد، وما نزع عنها هذا الحق بعد النكاح إلا لأن مبتغى الشـارع هو الإرفاق بالصـبي باعتراف فقهائنا، والحضـانة طريق تعبدي لتحقق هذا الإرفاق لا يتنافى مع وجود آخر، فنكاحها فيه مظنة اشـتغالها عن الولد ومزاحمة الزوج، وهو وجه حسـن يقاس عليه حد الإضرار الذي يرفع حق الحضـانة عن الوالدين كل بما يناسـب شـأنه، فلو كان الأب ممن تكثر عثراته وإيذاؤه لولده أو كان قليل العقل أو سيء الخلق مهملا أو بخيلا مضرـا وأمثالها حكم ببقاء الحضـانة عند الأم أو غيرها ممن تنتقل له الولاية، حتى لو لم تكن تلك

الأسـباب مما تسـقط ولاية الأب شرعا، بل لا ينبغي انتظار بلوغها الإضرار الفعلي؛ فإن المأمور به من الحيطة بالنسبة للصغير أشد من غيره والاحتياط فيه ألزم.

إذا سقط حق الأم في الحضانة بزواجها أو بسبب آخر من آخر فهل يعود بعد ارتفاعه ؟

وجهان؛ وجه عدم العود هو ظهور مفهوم الغاية في سقوط حقها بتلك الأسباب، ومنها زواجها من آخر او فطام الولد، ووجه العود هو قضية أنه من الحقوق المشروطة بعدم وجود المانع، فإن عرض ارتفع الحق، وإن زال المانع عاد مرة أخرى، والأدلة لا تأباه لعدم كونها في مقام التفصيل فلا إطلاق للغاية من هذه الجهة، كما أن الاعتبار يؤيده – في غير صورة الحرج – لظاهر الأدلة الكتابية والسنتية على التحفظ والإرفاق بالطفل مدة رضاعه بوضعه عند أمه، فالأقوى رجوع الحق لبقاء اقتضائه، ولا أقل من الاحتياط.

الحاصل

والحاصل: أن أقوى الأخبار وأصرحها هي الطائفة التي دلت على أن الرجل أحق به فترة الرضاع وبعدها إذا لم ترضعه أمه في زمان الرضاع، وأقصاه حولان، ولا رضاع بعدهما، ويستحب له الإرفاق إن وجد فيه مصلحة، وتحكم المسألة أدلة الضرر والحرج، فيزول حق الحضانة ممن يكون في حضانته مظنة الإضرار.