دوفصلنامه علمی ـ تخصصی در مسیر استنباط
سال دهم/ شماره ۲۳/ پاییز و زمستان ۱۳۹۹

Tow quaterly scientific- specified educational
Years, 10 No.23, Autumn & Winter 2020-21

حضانت و احکام آن از دیدگاه فقه اهل بیت علیهم السلام

□ غلام حسین گنایي*
□ سید ذکی موسوی *

چکیده

در این مقاله، بعد از تعریف لغوی و اصطلاحی حضانت و ماهیت آن و شرایط صاحب حق حضانت، به بررسی اقوال و ادله مختلف در این زمینه پردخته شده است. حق حضانت کودك در دوران شیرخوارگی، مشترك میان پدر و مادر است و پس از آن، متعلق به پدر می‌باشد. با بررسی دیدگاه های مختلف فقها، چنین به دست می آید که حضانت کودک، به ترتیب اولویت بر والدین، واجب کفایی است و ذکر سن و زمان خاص در برخی از روایات، ناظر به انحصار سرپرستی کودک به یکی از والدین و الزام او نیست، به این گونه که امکان جابجایی حضانت در صورت توافق والدین و شایستگی آنها یا در شرایط عسر و حرج نباشد؛ بلکه تنها بیانگر اولویت در پذیرش این واجب است. افزون بر این، اولویت مادر برای سرپرستی کودک، پسر باشد یا دختر، تا هفت سالگی است. در فرض طلاق نیز، حق حضانت فرزند (اعم از پسر یا دختر) تا سن هفت سالگی، در صورتی که مادر ازدواج نکرده باشد، با اوست و پس از آن با پدر می‌باشد. در فرض فقدان یکی از والدین نیز حق حضانت برای دیگری ثابت است و حقی برای شخص ثالث، وجود ندارد.

کلمات کلیدی: حضانت، رضاع، طلاق، حضانت لقیط.

---

* دانش پژوه سطح سه فقه و اصول جامعة المصطفی العالمیة / فارغ التحصیل سطح چهار فقه و اصول جامعة المصطفی العالمیة

مقدمه

چگونگی نگهداری و تربیت فرزندان در سنین کودکی، تأثیر به سزایی در شکل‌گیری شخصیت اجتماعی و فردی اشخاص دارد. اسلام عزیز اهتمام بسیاری برای تربیت کودك دارد .از بررسی روایات اهل بیت علیهم السلام این نکته به دست می‌آید که سنگ بنای اصلی در تعلیم، تربیت و شخصیت فرد، در این سنین نهاده می‌شود؛ امری که روان شناسی رشد نیز به آن اذعان کرده و سنین کودکی را از مهم‌ترین دوران زندگی در شکل‌گیری شخصیت وی به حساب آورده است. از سرپرستی کودکان و نظارت بر تربیت آنان تا رسیدن به زمان بلوغ با عنوان حضانت در فقه امامیه یاد می شود. مبحث حضانت از مباحثی است که ارتباط تنگاتنگی با تربیت و پرورش کودك دارد و دارای احکام و شرایطی در فقه است. در این مقاله این موضوع را از زوایای مختلفی بررسی خواهیم کرد.

تعریف حضانت در لغت و اصطلاح

«حضانت» از ریشه «حضن» گرفته شده . به «در آغوش گرفتن مادر فرزندش را و چسباندن او به سینه‌اش»، اطلاق می‌شود که کنایه از نگهداری و تربیت جسمی و روحی کودك است. به همین جهت، به کسی که حضانت کودك را بر عهده گرفته «حاضنه» می‌گویند. در زبان عربی به مهد کودك «الحضانه» گفته می‌شود. جالب اینکه به عمل پرنده‌ای که بر روی تخمش خوابیده تا از آن جوجه برآید نیز حضانت می‌گویند. (لویس معلوف، المنجد فی اللغة، بیروت، دارالمشرق، سال ۱۹۷۳ش، چاپ ۲۱، ص ۱۳۹، ماده «حضن».)

پس می‌بینیم که این واژه، معمولًا بر موضوع نگهداری و تربیت و حفظ کودك و فرزند اطلاق شده است.با مراجعه به کتب فقهای امامیه ملاحظه می‌شود که بسیاری از آنان تعریفی از حضانت ارائه نداده‌اند، ۰(بعضی از آنها عبارت اند از: علی بن محمد حائری، ریاض المسائل، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۱۰، ص ۵۲۲؛ المحقق الحلی، شرایع الاسلام، انتشارات استقلال، تهران، ج ۲، ص ۵۶۷؛ الفاضل الآبی، کشف الرموز، جامعة المدرسین، ج ۲، ص ۲۰۰؛ القاضی ابن البراج، المهذّب، جامعة المدرسین، ج ۲، ص

۳۵۲؛ ابن فهد الحلی، المهذّب البارع، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۳، ص ۴۲۶؛ العلامة الحلی، ارشادالاذهان، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۲، ص ۴۰؛ ابوالفتح کراجکی، کنزالفوائد، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۲، ص ۵۲۹؛ ابن ادریس، السرائر، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۲، ص ۶۵۲؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۳، ص ۲۶۳؛ السید تقی الطباطبائی القمی، مبانی منهاج الصالحین دار السرور، بیروت،، ج ۱۰، ص ۲۷۸.)

گویا آن قدر این امر برایشان روشن و واضح بوده است که نیازی به تعریف برای آن احساس نکرده‌اند و اما از کسانی که به تعریف آن پرداخته‌اند، اوّلین آنها علامه حلّی است که می‌فرماید: «حضانت ولایت و سلطنت بر تربیت کودك است».(علامه حلّی، قواعد الاحکام، مؤسسة النشر الاسلامی، کتاب النکاح، ج ۳، ص ۱۰۱.)

شهید ثانی نیز می‌فرماید: «حضانت ولایت بر کودك و مجنون است به منظور تربیت و آنچه به مصلحت اوست؛ مانند حفظ و نگهداری، قراردادن او در تختش، بلند کردنش، سرمه کشیدن، روغن مالیدن، تمیز کردن، شستن کهنه و لباس و ... که زن برای انجام آنها شایسته‌تر از مرد است و این به جهت عواطف بیشتر یا اخلاق مناسب‌تر زن در این امور است». (شهید ثانی، مسالك الافهام، مؤسسة المعارف الاسلامیة، ج ۸، ص ۴۲۱.)

بعضی دیگر در تعریف حضانت آورده‌اند که حضانت هیچ ربطی به ولایت بر ازدواج طفل و اموال او ندارد و فقط مربوط به تربیت و حفظ و نگهداری کودك در مدتی است که او نیاز به چنین زنی دارد. (محمد جواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، مؤسسة الصادق، تهران، ص ۳۷۷.)

صاحب جواهر در تعریف حضانت، از علامه و شهید ثانی تبعیت کرده، می‌فرماید: «حضانت ولایت و سلطنت است بر تربیت کودك و آنچه متعلق به تربیت اوست؛ مانند حفظ و نگهداری او، قرار دادن او در تختش، سرمه کشیدن او، شست و شو دادن او، شستن لباس‌های او و کارهایی از این قبیل». (محمدحسن نجفی، جواهر سلطنت و ولایت در حضانت و امکان اسقاط و عدم آن، به سراغ معنای لغوی حضانت می‌رود و می‌فرماید: «اصل معنی حضانت، نگهداری و حفظ است و اینکه گفته شده است حضانت از «حضن»

گرفته شده و حضن به معنی زیر بغل تا پهلو یا تهیگاه است، شاید به همین معنی برمی‌گردد». (محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۴.)

صاحب جامع المدارك حضانت را به معنی لغوی و عرفی آن دانسته و معنای ولایت را از آن نفی می‌فرماید. (سید احمد خوانساری، جامع‌المدارك، اسماعیلیان، ج ۴، ص ۴۷۲.)

بسیاری حضانت را به ولایت بر نگهداری کودك و آنچه در ارتباط با مراقبت و تربیت او است، مانند بهداشت، تغذیه، آموزش و سایر مصالح کودك، (علامه حلی، تحریر الاحکام، ج ۴، ص ۱۲؛ جمال الدین مقداد بن عبدالله سیوری حلی، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۳، ص ۲۷۱؛ سید محمد عاملی، نهایة المرام، ج ۱، ص ۴۶۰؛ محقق سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۲؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۳؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارك، ج ۴، ص ۴۷۳.)و برخی به حق نگهداری و تربیت کودك، (شیخ محمد حسین کاشف الغطاء، تحریر المجلّة، ج ۳، ص ۳۳.) و بعضی دیگر به نگهداری و تربیت کودك، تعریف کرده‌اند، (محمد فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، باب النکاح، ص ۵۵۶.) از این عنوان در باب نکاح و لقطه سخن گفته‌اند.

ماهیّت حضانت

در این که حضانت از سنخ ولایت، همچون ولایت پدر و جدّ پدری بر فرزند نابالغ است، یا حقّی از حقوق، ظاهر کلمات فقها مختلف است.

قول نخست، ظاهر کلمات کسانی است که حضانت را به ولایت بر نگهداری و تربیت کودك معنا کرده‌اند. بنابراین قول، حضانت قابل اسقاط نخواهد بود. برخی حضانت را از سنخ حقوق برشمرده‌اند؛ لیکن در این که از حقوق قابل اسقاط است یا غیر قابل اسقاط، اختلاف کرده‌اند. (محقق حلی، الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع، ج ۲، ص ۴۱۱؛ سید ابوالقاسم موسوی خویی، مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۳۹؛ سید عبد الاعلی سبزواری، مهذّب الاحکام، ج ۲۵، ص ۲۸۲.)

برخی برای مادر، آن را حقّی قابل اسقاط دانسته‌اند؛ (خویی، منهاج الصالحین، ج ۲،

ص ۲۸۶؛ سید محسن حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۰۳.) امّا قابل انتقال از راه ارث نیست.(میزا محمد حسین نائینی، منیة الطالب، ج ۳، ص ۲۸۶.) برخی گفته‌اند: مراد از ولایت در تعریفِ حضانت و مانند آن، معنای اعم آن، یعنی قدرت بر تصرّف است که با حق بودنِ حضانت منافات ندارد، بنابراین، مراد کسانی که حضانت را به ولایت تعریف کرده‌اند با کسانی که آن را به حق تعریف نموده‌اند، یکی است. (محمد بن محمد تقی بحر العلوم، بلغة الفقیه، ج ۳، ص ۲۱۲.)

حکم حضانت

حضانت بنابراین که از سنخ ولایت، همچون ولایت پدر بر فرزند باشد، بر مادر بدون این که مستحق اجرت باشد، واجب است؛(محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۴.)لیکن بسیاری مادر را مستحق اجرت بر حضانت دانسته و گفته‌اند: در صورتی که مادر بیش از آنچه دیگران برای حضانت دریافت می‌کنند، مطالبه کند، پدر می‌تواند حضانت فرزند را به دیگری واگذار کند؛ لیکن در سقوط حق حضانت مادر در این صورت اختلاف است. (ابو الحسن اصفهانی، وسیلة النجاة، ص ۷۶۲؛ سید محسن حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۰۳؛روح الله خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۳۱۲؛ خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۸۶؛ گلپایگانی، هدایة العباد، ج ۲، ص ۳۷۴.) هرگاه مادر از حضانت امتناع کند، حضانت به پدر منتقل می‌شود، اگر پدر نیز امتناع کند، بنابر قول برخی، توسط حاکم شرع بر پدر اجبار می‌شود.(شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۹۶.) برخی گفته‌اند: چون حضانت حقّی قابل اسقاط است بر پدر نیز واجب نیست؛ لیکن اگر ترك حضانت موجب تضییع فرزند شود، بر پدر واجب کفایی می‌باشد.(محقق حلی، الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع، ج ۲، ص ۴۱۱.)

صاحبان حقّ حضانت

پدر و مادر بر فرزندان خود حقّ حضانت دارند با وجود آنان، دیگری چنین حقّی ندارد. در صورت اشتراك آنان در زندگی، هر دو با هم عهده دار امر حضانت‌اند و هر یك

وظایف خود را در قبال فرزند انجام می‌دهد؛ لیکن در صورت جدایی آن دو از یکدیگر و اختلاف بر سر عهده داری حضانت کودك، بنابر قول مشهور، (بلکه بر آن، ادّعای اجماع شده) در دو سال نخست زندگی فرزند (دوران شیر خوارگی)، مادر به حضانت کودك بر پدر اولویّت دارد، (علی بن محمد حائری، ریاض المسائل، ج ۱۰، ص ۵۲۲؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۵؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارك، ج ۴، ص ۴۷۳.) و پس از آن، اگر فرزند پسر باشد، پدر اولویّت می‌یابد و اگر دختر باشد تا هفت سالگی، مادر و پس از آن، پدر اولویّت دارد.(علی بن محمد حائری، ریاض المسائل، ج ۱۰، ص ۵۲۲؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۵؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارك، ج ۴، ص ۴۷۳.)

برخی ثبوت حقّ حضانت برای مادر در دو سالِ نخست را مشروط به شیردادن کودك توسط وی دانسته و گفته‌اند: «اگر شیر دهنده غیر مادر باشد، حقّ حضانت مادر ساقط است». (شیخ حسین آل عصفور، الانوار اللوامع، ج ۲، ص ۳۳۴؛ شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۷.) اولویّت مادر به حضانت دختر تا نه سال؛ اولویّت او به حضانت دختر تا زمانی که با مردی دیگر ازدواج نکرده و به حضانت پسر تا هفت سال و اولویّت مادر مطلقاً (نسبت به دختر و پسر) تا زمانی که ازدواج نکرده، از دیگر اقوال در مسئله است. (شیخ حسین آل عصفور، الانوار اللوامع، ج ۲، ص ۳۳۶.)

با مرگ هر یك از والدین، حقّ حضانت به دیگری منتقل می‌شود. (محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳.) در این که با فوت پدر و مادر، حقّ حضانت به چه کسی منتقل می‌شود، اقوال مختلف است. مهم‌ترین آنها عبارتند از:

قول اول: انتقال حقّ حضانت به جدّ پدری و در صورت فقدان وی، کسی بر کودك حقّ حضانت نخواهد داشت. در این صورت اگر کودك مالی داشته باشد، حاکم شرع با مال طفل کسی را برای حضانت وی اجیر می‌کند و اگر مالی نداشته باشد، حضانت وی بر مؤمنان واجب کفایی خواهد بود. (ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۴؛ شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۵، ص ۹۷؛ محقق سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۶.)

قول دوم: انتقال حقّ حضانت به جدّ پدری و در صورت نبودن وی، به دیگر بستگان کودك

بر حسب مراتب ارث. بنابر این، آن که در ارث بردن به کودك نزدیك‌تر است، عهده دار حضانت وی می‌گردد و در صورت تعدد و تساوی، مانند دو خواهر، میان آنان قرعه زده می‌شود. (علامه حلّی، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۱۰۲؛ علامه حلّی، تحریر الاحکام، ج ۴، ص ۱۳.)

قول سوم: انتقال حقّ حضانت به نزدیکان کودك بر حسب مراتب ارث و در صورت تعدّد آنان و تساوی در قرابت، میان ایشان قرعه زده می‌شود. این قول به اکثر فقها، بلکه در فرض نبودن جدّ پدری، به مشهور نسبت داده شده است. (شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۵؛ محقق سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۵؛ سید محمد عاملی، نهایة المرام، ج ۱، ص ۴۷۱؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۱۲۱.)

قول چهارم: انتقال به جدّ پدری و با نبودن او، به وصیّ او یا وصیّ پدر کودك و در صورت نبودن وصیّ، به نزدیکان کودك بر حسب مراتب ارث. (محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳، ص ۲۹۷.)

شرایط حضانت کننده

آزاد و عاقل بودن و نیز (در صورت محکوم بودن کودك به مسلمانی) مسلمان بودن و در مادر، علاوه بر آن ازدواج نکردن با مردی دیگر، شرایط حضانت کننده‌اند. بنابراین، در صورت آزاد بودن یکی از والدین و برده بودن دیگری، فرد آزاد، اولیٰ به حضانت کودك است. حکم یاد شده در فرض عاقل بودن یکی و دیوانه بودن دیگری یا مسلمان بودن یکی و کافر بودن دیگری نیز جاری است. در شرط بودن مثل عدالت، مقیم بودن (مسافر نبودن) و سلامت از بیماری مسری خطرناك، مانند جذام و پیسی، اختلاف است. (شیخ حسین آل عصفور، الانوار اللوامع، ج ۲، ص ۳۴۱؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۹.)

بررسی نظرات فقهاء

دیدگاه اکثر فقهای متأخّر بر این است که پایان حضانت مادر بر کودك پسر، دوسالگی

و بر کودك دختر، هفت سالگی است و پس از آن، حضانت به پدر تعلّق می‌گیرد؛ با این قید که اگر مادر در زمانی که حضانت با وی است، با دیگری شوهر کند، حق حضانت او ساقط خواهد شد. (ظاهراً حکم ماده ۱۱۷۰ قانونی مدنی نیز بر اساس همین نظریه مشهور فقهای معاصر تدوین شده است.) ولی فقهای پیشین، دو نظریه متفاوت دارند:

الف) گروهی پایان حضانت طفل پسر را هفت سالگی و طفل دختر را، نه سالگی می‌دانند.

ب) گروه دیگر، حضانت مادر را تا رسیدن طفل به سنّ بلوغ دانسته‌اند و در این زمینه بین پسر و دختر، تفاوتی قائل نیستند. حال به طرح و نقد این آرا می‌پردازیم:

شیخ صدوق (اعلی الله مقامه) براساس نقل علّامه حلّی، (علّامه حلّی، مختلف الشیعه، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اوّل، سال ۱۳۷۲ش، ج ۷، ص ۳۰۷؛ ابن فهد حلّی، المهذّب البارع، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول، سال ۱۳۶۳ش، ج ۳، ص ۴۲۶؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، آخوندی، چاپ اوّل، سال ۱۳۵۸ش، ج ۳۱، ص ۲۹۱؛ شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضره، دارالکتب الاسلامیّه، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۱ش، ج ۲۵، ص ۸۸.) عقیده دارد که حق حضانت به طور مطلق تا زمانی که مادر، شوهر نکرده، با وی است و مستند رأی خود را نیز این روایت دانسته است: «سألت أبا عبدالله (علیه السلام) عن رجل طلّق امرأته و بینهما ولد، أیّهما أحقّ به؟ قال: المرأة ما لم تتزوّج». (شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۵ش، باب ۱۲۷، ج ۳، ص ۲۷۵. یعنی از امام صادق (علیه السلام) سوال کردم که اگر مردی زنش را طلاق دهد و دارای فرزند نیز باشند، کدام یك، حق حضانت دارد؟ امام فرمودند: تا زمانی که زن، شوهر نکرده، مقدّم بر پدر است.)

شیخ طوسی (اعلی الله مقامه)، بر این نظر است که کودك، چه پسر باشد یا دختر، تا زمانی که به سنّ تمییز (فرزندی که حدود هفت یا هشت سالگی است.) نرسیده است، در اختیار مادر خواهد بود و وی پسر، پس از رسیدن به سن تمییز، تا زمان بلوغ، در اختیار دختر، باید گفت که تا موقعی که مادر، شوهر نکرده است، حق حضانت وی ادامه خواهد داشت. (شیخ طوسی، المبسوط، انتشارات مرتضوی، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۱ش، ج ۶، ص

(.۳۹

شیخ طوسی، مستند رأی خود را روایاتی دانسته که از اصحاب امامیه نقل شده است؛ (علّامه حلّی، مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۶.) اما در جای دیگر، دلیل خود را اجماع فقهای امامیه و روایات معصومین ذکر کرده است. (شیخ طوسی، الخلاف، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۴ش، مسئله ۳۶، ج ۲، ص ۳۳۵؛ علّامه حلّی، مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۶.)

ابن ادریس حلّی (متوفی ۵۹۸ هـ.ق)، به این نظریه شیخ طوسی، اعتراض می‌کند و آن را منطبق با مبانی فقهای عامه می‌داند و به مستندات وی نیز انتقاد کرده، می‌گوید: وی دلیل خود را اجماع فقها و روایات امامیه دانسته، در حالی که این حرف، درست نیست! کدام اجماع و کدام روایت بر این مبنا صادر شده است؟ بلکه روایت امامیه صریحاً بر خلاف نظر اوست. (ابن ادریس حلی، السرائر، دارالأضواء، چاپ دوم، سال ۱۹۹۱م، ج ۲، ص ۶۵۳.)

جواب علامه به ابن ادریس

علّامه حلّی (اعلی الله مقامه) که این گونه نقد کردن را از ابن ادریس بر نمی‌تابد، گفتار وی را حاکی از جهل او دانسته و وی را به بی اطلاعی از اجماع و روایات می داند و بیان می‌کند که چه بسا این مسئله در زمان شیخ طوسی، اجماعی بوده و فقهای هم عصر وی نیز به آن فتوا داده باشند و در حدّ خود از اعتباری شایسته برخوردار بوده است و برای تأیید این برداشت، خود نیز فتاوای صدوق و ابن جنید را که در نظرش از فقهای معتبرند، ذکر کرده، روایات بیان شده توسط شیخ طوسی را نیز قابل اعتنا می‌داند.) علامه حلّی، مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۸. (

سید محمد عاملی (متوفی ۱۰۰۹هـ.ق) نظریه علّامه حلّی، شایسته می‌داند و می گوید: کاش ابن ادریس، تنها اصل مسئله را مطرح می‌کرد و از خود، چیزی به آن نمی‌افزود.) سید محمد عاملی، نهایة المرام، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۶ش، ج ۱، ص ۴۶۸. (

ابن جنید اسکافی (متوفی ۳۸۱هـ.ق) که معاصر شیخ صدوق است و پیش از شیخ

طوسی می‌زیسته، می‌نویسد: «حق حضانت مادر نسبت به فرزند پسر، تا هفت سالگی ادامه دارد و پس از آن نیز اگر رشد عقلی پیدا نکرد، همچنان در حضانت مادرش باقی است؛ ولی نسبت به دختر، تا مادرش شوهر نکرده، حق حضانت وی ادامه خواهد داشت».) علامه حلّی، مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۶. (

ابن برّاج طرابلسی (متوفی ۴۸۱هـ.ق) که از چهره‌های مهم فقهای امامیه است، می‌گوید: «اگر زنی از شوهرش جدا شده و فرزندی نیز از او دارد که رشید و ممیز نیست، همچنان در حضانت مادر باقی است و اگر به مرحله رشد رسید، چنانچه پسر است، تا هفت سالگی و اگر دختر است، تا نه سالگی ادامه می‌یابد و برخی در باره دختر، آن را تا سنّ بلوغ گفته‌اند؛ مگر آن که مادر، شوهر کند که به واسطه ازدواج، حق حضانت نسبت به دختر یا پسر ساقط می‌گردد».) علامه حلّی، مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۶. (

دختر، تا هفت سالگی است.) محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰. (مشهور است که قانون مدنی آن را پذیرفته و فقهای معاصر نیز غالباً از آن پیروی کردند و آن را مقتضای جمع، میان روایات وارده دانسته‌اند.) روح الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۷۹، مسئله ۱۶. (

صاحب جواهر می‌گوید: «مشهورتر،) اشهر» در موردی به کار می‌رود که رأی مخالف نیز شهرت داشته باشد. (بلکه مشهور) «مشهور» به فتوایی گفته می‌شود که فاقد شهرت فتوایی است و جنبه ندرت دارد. (میان فقیهان ما همین رأی است که آن را مقتضای جمع میان ادله روایی موضوع دانسته‌اند. وی در توضیح، ادامه می‌دهد که در دو روایت داود بن حصین) «عن أبي عبدالله (علیه السلام) قال فی قوله تعالی (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ) مادام الولد في الرضاع، فهو بين الابوين بالسويّة، فإذا فطم فالأب أحقّ به من‌الأمّ ...». (محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵؛ شیخ طوسی، تهذیب، ج ۸، ص ۱۰۴؛ شیخ طوسی، استبصار، ج ۳، ص ۳۲۰؛ شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۴؛ حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۰، باب ۸۱). (و ابی الصباح کنانی،) «عن أبي عبدالله (علیه السلام)، قال: إذا طلق الرجل المرأة و هي حبلى، أنفق عليها حتّى تضع حملها و إذا وضعته اعطاها أجرها و لايضارّها، الّا أن يجد من هو أرخص أجراً منها،

فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحقّ بإبنها حتّى تفطمه». (حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۱، باب ۸۱). (حقّ حضانت تا دو سالگی از آنِ مادر و پس از آن، برای پدر دانسته شده است و در دو روایت دیگر، یعنی حدیث ایّوب بن نوح) عن أيّوب بن نوح، قال: كتبت إليه (عليه السلام) بعض اصحابه: انّه كانت لي امرأة و لي منها ولد، و خلّيت سبيلها. فكتب (عليه السلام): المرأة أحقّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين، إلّا أَنتشاء المرأة». (حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۲). (تا هفت سال با مادر و پس از آن با پدر است».) محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰. (

در بررسی این دو دسته حدیث باید گفت که اگر چه فرزند در آنها به طور مطلق آمده است؛ ولی مقتضای جمع بین آن دو، پسر و روایات گروه دوم را خاص دختر بدانیم و به این ترتیب، تعارض دو گروه روایت یاد شده، از بین می‌رود. صاحب جواهر این نوع جمع کردن بین دو ادله متعارض را «جمع تبرّعی» نامیده ،) «جمع تبرّعی» در موردی است که شاهد عرفی نداشته باشد؛ اما این نوع جمع از نظر اصولیها فاقد اعتبار است. (و مؤیّد آن را نیز دو چیز دانسته است:

۱. اجماع منقول که در کلام ابن زهره حلبی به آن تصریح شده است.) الجوامع الفقهیه، مجموعه‌ای از رساله‌های فقهی، انتشارات جهان، چاپ افست، سنگی، بدون تاریخ، ص ۶۱۶. (

۲. دلیل اعتبار: به این ترتیب که پدر نسبت به پرورش پسر، از مادر شایسته‌تر است و مادر نیز نسبت به حضانت و تربیت دختر، از پدر صالح‌تر است.) محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰.)

امام خمینی (اعلی الله مقامه)، در تحریر الوسیله، نظریه صاحب جواهر را پذیرفته، می‌نویسد: «حق حضانت فرزند (چه دختر و چه پسر) تا دو سالگی با مادر است و پس از دو سال، اگر فرزند پسر بوده، پدر احقّ است و اگر دختر باشد، تا هفت سالگی، مادر مقدّم است و پس از آن با پدر خواهد بود».) روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۲۷۹، مسئله ۱۷. (بیشتر فقیهان معاصر امامیه بر این نظرند. مرحوم آیة الله خویی (اعلی الله مقامه)، بر خلاف قول مشهور می‌گوید: «اولی آن است که حضانت فرزند (چه دختر و چه

پسر) تا هفت سالگی به مادر واگذار شود»؛) سید ابو القاسم خویی، منهاج الصالحین، انتشارات اعلمی، بیروت، بی تا، ج ۲، ص ۳۲۱، مسئله ۹. (.) مکتب های حقوقی پس از هفت سالگی، عقاید گوناگونی ابراز کرده‌اند:

ادله و مؤیدات بر احقیت مادر

بعضی از ادله و یا دست کم مؤیداتی که برای اثبات احقیت مادر، برای حضانت کودکش می‌توان به آنها تمسك جست، عبارت اند از:

۱. آیه ۲۳۳ سوره بقره

خداوند غزّوجلّ در کتاب خودش می فرماید «وَ الْوٰالِدٰاتُ یُرْضِعْنَ أَوْلٰادَهُنَّ حَوْلَیْنِ کٰامِلَیْنِ لِمَنْ أَرٰادَ أَنْ یُتِمَّ الرَّضٰاعَةَ وَ عَلَی الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ کِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لٰا تُکَلَّفُ نَفْسٌ إِلّٰا وُسْعَهٰا لٰا تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا وَ لٰا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ...».) سوره بقره، آیه ۲۳۳. مادران، فرزندان خود را دو سال تمام شیر می‌دهند. این برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند و بر آن کس که فرزند برای او متولد شده، تأمین خوراك و پوشاك مادر به طور شایسته، لازم است. هیچ کس موظّف به بیش از مقدار توانایی خود نیست. نباید مادر به سبب فرزندش، ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند. (مرحوم صاحب جواهر (اعلی الله مقامه)،) محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۵. (از جمله فقهایی است که از این آیه برای اثبات احقیت مادر در امر حضانت کودکش، در مدت رضاع، استفاده کرده است.

نکات این آیه

نکته اول: شیر دادن در دو سال اول، حق مادر است، و بنابر قول به عدم تفکیك میان حق ارضاع و حق حضانت در دو سال اول، علاوه بر احقیت مادر در امر ارضاع، حق او در امر حضانت نیز برای این دو سال ثابت می‌شود.

نکته دوم: هزینه زندگی مادر از نظر رزق و لباس در دوران پدر کودك است، و این امور باید در حد متعارف و وسع پدر باشد.

شیخ الطائفه؛ در تفسیر این آیه آورده است: «معنای آن این است که در مدت شیر دادن، اطعام و پوشاندن مادر فرزند، اگر مطلقه باشد، بر پدر واجب است و ضحاك و ثوری و اکثر مفسران به آن قائلند».) شیخ طوسی، التبیان في تفسیر القرآن، مؤسسة الاعلمی، بی تا، ج ۲، ص ۲۵۶. (ظاهراً آیه مزبور و حکم آن به مورد طلاق اختصاص ندارد و شامل زندگی مشترك نیز می‌شود و ظاهراً این تأمین به سبب واجب النفقه بودن زن به جهت همسری نیست؛ بلکه به سبب مرضعه بودن مادر است و از این رو، بعید نیست که گفته شود مطابق این آیه، حتی اگر زن در این ایام تمکین نیز نداشته باشد و از جهت همسری واجب النفقه نباشد، لیکن به جهت ارضاع همچنان واجب النفقه خواهد بود.

نکته سوم: ظاهراً در «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا»،) سوره بقره، آیه ۲۳۳. (سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول: آن که در این آیه، از اضرار و ضرر رسانیدن (هر کسی از جمله شوهر)، به مادر کودك، نهی شده باشد، حتی اگر این ضرر و یا اضرار به انگیزه رعایت حال کودك بوده باشد. این احتمال بنابر مجهول بودن، تُضَارّ است.

احتمال دوم: آن که در این آیه مادر از اضرار و ضرر رسانیدن رعایت حال کودکش، نهی شده باشد. این احتمال بنابر معلوم بودن، تُضَارّ است.

احتمال سوم: این که مادر از ضرر رسانیدن به کودکش، نهی شده باشد و این احتمال بنابر زاید بودن «باء» خواهد بود و در واقع آیه شریفه چنین می‌شود: «لا تُضارّ والدة ولدها» و یا بنابراین که «تضارّ» به معنی «تضرّ» بوده باشد: «أی لا تضرّ والدة بولدها». این احتمال را زمخشری در تفسیر کشاف مطرح کرده و آن را جایز دانسته است.) جار الله زمخشری، تفسیر الکشاف، البلاغة، قم، بی تا، ج ۱، ص ۲۸۰. (

ظاهراً احتمال سوم مردود است؛ زیرا علاوه بر این که مستلزم زاید گرفتن «باء» و یا استعمال «تضار» در معنی «تضرّ» است که هر دو خلاف اصل و ظاهر است، با تفاسیر رسیده از ائمه هدی (علیهم السلام) نیز سازگاری ندارد. بعضی از این روایات عبارت اند از:

روایت اول: محمدبن یعقوب، از علی، از پدرش، از ابن ابی عمیر، از حمّاد، از حلبی، از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که فرمود: «الحبلی المطلّقة ینفق علیها حتی تضع

حملها و هی أحق بولدها إن ترضعه بما تقبله امرأة أخری. إنّ الله عزّوجلّ یقول: «لٰا تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا وَ لٰا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَ عَلَی الْوٰارِثِ مِثْلُ ذٰلِكَ». قال: کانت المرأة منّا ترفع یدها إلی زوجها إذا أراد مجامعتها فتقول: لا أدعك لأنّي أخاف أن احمل علی ولدي و یقول: الرجل لا أجامعك إنی أخاف أن تعلقي فاقتل ولدي. فنهی اللّه عزّوجلّ أن تضارّ المرأة الرجل و أن یضارّ الرجل المرأة ...».) سید بحرانی، البرهان في تفسیر القرآن، رحلی، سال ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۲۲۴؛ محمد بن یعقوب کلینی، الکافي، ج ۶، ص ۱۰۳، ح ۳. به زن مطلقه باردار نفقه می‌دهند تا وضع حمل کند و او به فرزندش برای شیر دادن به مبلغی که دیگری برای شیر دادن می‌گیرد، سزاوارتر است. خداوند عزّ وجلّ می‌فرماید: «نباید مادر به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند و بر وارث او نیز لازم است این کار را انجام دهد، (یعنی هزینه دوران شیر دادن را برای مادر تأمین کند)». فرمود: زنی از ما زمانی که شوهرش خواست با او مجامعت کند، دستش را به سوی او می‌برد و سپس می‌گوید: نمی‌گذارم؛ چرا که می‌ترسم باردار شوم و بر این فرزند (شیرخوار) ضرری وارد شود. مرد نیز می‌گوید: با تو مجامعت نمی‌کنم؛ چرا که می‌ترسم باردار شوی، پس سبب مرگ فرزندم شوم. پس خداوند عزّ و جلّ از این که زن به مرد ضرر بزند و مرد به زن ضرر بزند، نهی کرده است.

روایت دوم: محمدبن یعقوب، از محمد بن یحیی، از احمد بن محمد، از محمدبن اسماعیل و حسین بن سعید، همه از محمدبن فضیل، از ابی صباح کنانی، از امام صادق (علیه السلام) که گفت: از ایشان در باره این فرمایش الهی: «لٰا تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا وَ لٰا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ...»،) سوره بقره، آیه ۲۳۳. نباید مادر به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند. (پرسیدم، فرمودند: «کانت المراضع ممّا تدفع أحداهنّ الرجل إذا أراد الجماع تقول: لا ادعك إنی أخاف أن أحبل فاقتل ولدي هذا الذی ارضعه و کان الرجل تدعوه المرأة فیقول: أخاف أن أجامعك فاقتل ولدي فیدعها ولم یجامعها. فنهی الله عزّوجلّ عن ذلك أن یضارّ الرجل المرأة و المرأة الرجل».) سید بحرانی، البرهان في تفسیر القرآن، ج ۱، ص ۲۲۴؛ محمد بن یعقوب کلینی، الکافي، ج ۶، ص ۴۱، ح ۶. آن هنگام که مرد به قصد جماع به نزد زنان شیرده می‌رود، زن می‌گوید: نمی‌گذارم؛ زیرا

می‌ترسم باردار شوم و سبب قتل فرزند شیر خوارم گردم. مرد نیز آن هنگام که زن او را به جماع می‌خواند، می‌گوید: می‌ترسم با تو جماع کنم و سبب مرگ فرزندم شوم. پس او را رها می‌کند و با او جماع نمی‌کند. پس خداوند نهی فرمود از این که مرد به زن یا زن به مرد زیاد برساند. (

روایت سوم: از جمیل بن دراج نقل شده است: از امام صادق (علیه السلام) از این فرمایش الهی پرسیدم: «لٰا تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا وَ لٰا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ...»، فرمودند: «جِماع».

چنان که ملاحظه می‌شود، بنابر تفسیر معصوم علیه السلام، بحث محوری در این آیه، تأکید بر حفظ حق پدر و مادر است که ممکن است به جهت وجود کودك مورد تعرض قرار گیرد؛ در حالی که بنابر احتمال سوم، تأکید در رعایت حال کودك و سفارش و دستور بر رعایت حقوق کودك است.

اما احتمال اول و دوم، اگرچه هر دو، با تفسیر آمده در روایات، سازگاری دارند و حتی ترتیب مذکور در تفسیر معصوم علیه السلام، در روایت اول و دوم شاید وجهی برای تقدیم احتمال دوم باشد؛ لیکن از جهاتی ظاهراً احتمال اوّل، مقدم بر احتمال دوم است؛ زیرا حرمت اضرار به غیر عقلًا و نقلًا مطلق است و اختصاص به اضرار مادر، آن هم به سبب کودکش، ندارد.

قرآن کریم در این آیه، در مقام بیان احکامی خاص، میان مادر و کودکش (بعد از بیان احکامی خاص میان پدر و کودکش) است و آن این که به عنوان اصل کلی (میان مادر و کودکش و پدر و کودکش)، والدین نباید از ناحیه فرزندشان متضرر گردند و لذا با آمدن فعل مجهول، تمام ضررهایی که ممکن است از طریق کودك بر پدر و یا مادر تحمیل گردد، در این آیه نفی شده است و ظاهراً ذِکر جِماع در روایاتی که در بیان این آیه، رسیده است، از باب ذِکر مصداق و تطبیق کلی ضرر بر یکی از افراد آن است.

نکته چهارم: ضرری که در آیه شریفه از پدر و مادر نفی شده است، مطلق است، و اختصاص به ضررهای مادی نظیر اجرت ارضاع ندارد، بلکه شامل ضررهای معنوی نیز می‌شود، بلکه چنان که در روایات گذشت، معصومان علیه السلام، آن را به ضررهای غیر مادی تطبیق کرده بودند.

بنابراین، اگر مادر به سبب جدا شدن از فرزندش، دچار آسیب روحی و روانی گردد،(همان طور که ظاهراً در بسیاری از موارد چنین است.) ظاهراً با تمسك به همین آیه می‌توان گفت که گرفتن کودك از وی جایز نیست و شاید یکی از مهم ترین علل و یا حکمت‌هایی که موجب شده است تا شارع مقدس امر حضانت را به مادر بسپارد، همین نکته تکوینی است؛ چنان که در خبری از امیر مؤمنان علی (علیه السلام) نیز آمده است: «و من رحمته انّه لما سلب الطفل قوة النهوض و التغذی جعل تلك القوة في أمّه و رقّقها علیه لتقوم بتربیته و حضانته فإن قسا قلب أمّ من الأمهّات لوجب تربیة هذا الطفل و حضانته علی سائر المؤمنین ...».(محمد باقر مجلسی، بحارالانوار، ج ۸۹، ص ۲۴۸. و از رحمت او است که چون نیروی بلند شدن و غذا خوردن را از کودك، گرفته است، آن نیرو را به مادرش داد و او را بر کودك دلسوز و مهربان آفرید؛ تا به تربیت و پرستاری‌اش اقدام کند و چنانچه مادری سنگ دل باشد، تربیت و حضانت طفل را بر دیگر مؤمنان واجب گردانید.) نکته شایان توجه در این روایت آن است که گویا امر حضانت دایر مدار این محبت و علاقه تکوینی قرار داده شده است؛ به گونه‌ای که با رفتن آن، امر حضانت تشریعاً متوجه دیگران می‌شود و با بودنش نوبت به دیگران نمی‌رسد.

نکته پنجم: در آیه مورد بحث از پدر به عنوان «مولودٌ له» یاد شده است، و این تعبیر در مورد مادر به کار نرفته است، و حال آن که امکان به کارگیری عنوان والد برای پدر همانند به کارگیری عنوان «والدة» برای مادر وجود داشت. بعضی از مفسران(جار الله زمخشری، تفسیر الکشاف، ج ۱، ص ۲۷۹.) آورده‌اند که نکته استعمال «مولودٌ له» در مورد پدر، آن است که فرزند برای پدر زاییده می‌شود و فرزندان برای آنها هستند و مادران فقط ظرف‌اند، شاید بر این اساس است که گفته شده: رابطه پدر با فرزندش، نظیر رابطه مالك با مملوك است و در خبر نیز آمده است: «أنت و مالك لأبیك»،(محمدبن یحیی، از عبدالله بن محمد، از علی بن حکم از حسین بن ابی علاء که گفت: به امام صادق (علیه السلام) عرض کردم: آیا از مال فرزند بر پدر چیزی حلال است؟ فرمود: «قوته بغیر سرف إذا اضطرّ إلیه، قال: فقلت له: فقول رسول الله للرجل الذی أتاه فقدم أباه، فقال له: أنت و مالك لأبیك؟ فقال: إنّما جاء بأبیه إلی النبیّ، فقال: یا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني میراثي من أمّي فأخبره الاب أنّه

قد انفقه علیه و علی نفسه، فقال: أنت و مالك لأبیك و لم یکن عندالرجل شيء افکان رسول الله یحبس الأب للإبن؟». (محمد بن یعقوب کلینی، الکافي، ج ۵، ص ۱۳۶، ح ۶)؛ در صورتی که چاره‌ای نداشته باشد به اندازه خوراکش بدون زیاده روی اشکالی ندارد، گوید: از او پرسیدم: پس این که رسول خدا فرمودند: «أنت ومالك لأبیك» چه می‌شود؟ فرمود: موضوع این بود که فرزندی پدرش را به شکایت نزد رسول خدا (صلی الله علیه وآله) آورده و گفت: ای خداوند، این پدر من است و در میراث مادرم به من ستم کرده، پدر گفت: من آن را هزینه زندگی خود و او کردم. رسول خدا فرمود: «تو و هر چه داری، از آن پدرت است و پدر مالی نداشت تا رسول خدا بستاند و به فرزند دهد، آیا آن حضرت، پدر را برای پسر به زندان می‌افکند؟». چنان چه روشن است با توجه به توضیح امام صادق (علیه السلام) نسبت به سخن رسول الله (صلی الله علیه وآله) معلوم می‌شود که حضرت در روایت مذکور رابطه پدر با فرزندش را نظیر مالك و مملوك قرار نداده است.) که در آن بر این نکته تصریح شده است و موجب تأکید این مطلب است. بنابراین در مواردی که حکم صریح و روشنی، در امری از امور مربوط به پدر و فرزند نداریم، ممکن است گفته شود باید به مقتضای این اصل، عمل شود. در حضانت نیز از همین اصل تبعیت می‌شود و به استثنای مواردی که حکم به احقیت مادر شده است، حضانت، حق پدر است.

ظاهراً مرحوم صاحب جواهر در برخی موارد بر اساس همین دیدگاه عمل کرده است. ایشان در بحث مطالبه اجرت از سوی مادر به مقدار بیشتری از دیگران برای شیر دادن کودك، در سقوط حق حضانت مادر در این فرض تردید کرده، لیکن در نهایت می فرماید: «به هر حال، در اینجا سقوط، به اصول مذهب و قواعد آن شبیه‌تر است؛ زیرا اصل، احقیت پدر به فرزند است، و از این اصل، زن شیرده حاضن که متیقن از نص است، خارج می‌شود و غیر آن، تحت اصل است.(محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۳۰۰.)

لیکن ظاهراً برداشت این اصل،(مالك گونه بودن پدر نسبت به فرزندش.) از آیه شریفه مورد بحث، محل تأمل و اشکال است. همان طور که روایت «أنت و مالك لأبیك» (محمد بن یعقوب کلینی، الکافي، ج ۵، ص ۱۳۶، ح ۶.) نیز نمی‌خواهد، چنین اصلی را بیان کند و اگر بیان امام صادق (علیه السلام) در این روایت ملاحظه شود، این معنا بخوبی

در آن روشن است.

مرحوم علّامه طباطبایی در ذیل آیه «لٰا تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا وَ لٰا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ...»،(سوره بقره، آیه ۲۳۳. نباید مادر به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند.) آورده است: از سخنان بسیار شگفت آن است که برخی از مفسران گفته‌اند که از این جهت فرمود: «مولودٌ له» و نفرمود: «والد»، تا دانسته شود که مادران هر چه می‌زایند، برای مردان است؛ برای این که اولاد، برای پدران است و به همین جهت، هرکسی به پدر خود نسبت داده می‌شود، نه به مادر ...، و گویا گوینده آن، از صدر آیه و نیز از ذیلش غفلت کرده که اولاد را به مادران نسبت داده و در صدر آن، فرمود: «أَوْلٰادَهُنَّ»، و در ذیل فرمود: «بولدها».(سید محمدحسین طباطبائی، الميزان في تفسير القرآن، ج ۲، ص ۲۴۰.)

ایشان در ادامه می‌فرماید که «مَوْلُودٌ لَهُ» اشاره است به این که فرزند در امور اجتماعی ملحق به پدر است.(سید محمدحسین طباطبائی، الميزان في تفسير القرآن، ج ۲، ص ۲۴۰.) وی همچنین می‌فرماید: اما این که چرا به جای «والد» عبارت: «مولودٌ له» را به کار برده، اشاره به حکمت تشریع است؛ یعنی پدر از آن جهت که فرزند برای او متولد می‌شود و در بیشتر احکام زندگی اش (و نه در همه آنها) ملحق به اوست، ناگزیر مصالح زندگی و لوازم تربیت او و از آن جمله پوشاك و نفقه مادری که او را شیر می‌دهد، به عهده اوست و بر عهده مادر اوست که به پدرش ضرر نزند؛ چرا که فرزند، برای پدرش متولد شده است.(سید محمدحسین طباطبائی، الميزان في تفسير القرآن، ج ۲، ص ۲۳۹.)

بعضی دیگر از مفسران نیز گفته‌اند که تعبیر «مولود له»، گویا به این جهت است که عواطف پدر را در راه انجام وظیفه در قبال کودکش، بیشتر برانگیزد و گوشزد کند که اگر دل اوست، نه فردی بیگانه.(ناصر مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ج ۲، ص ۱۳۳.)

شاید گفته شود که در آیه مورد بحث، علاوه بر انتساب کودك به پدر با تعبیر «بولده» همانند تعبیری که برای انتساب کودك به مادر، با تعبیر «بولدها» آمده است، با تعبیر «مولودٌله» این انتساب برای پدر مورد تأکید و پافشاری قرار گرفته است و همین نکته می‌تواند وجه تقدم پدر در حضانت باشد.

در جواب می‌توان گفت: «مولود له» در ابتدای آیه شریفه در عرض تعبیر «أَوْلٰادَهُنَّ»

آمده است و برای تأکید بیشتر انتساب کودك به پدر نسبت به مادر نیست و تعبیر «مَوْلُودٌ لَهُ» در مقابل «أَوْلٰادَهُنَّ» اقوی در دلالت بر انتساب نیست.

اما در مورد «مَوْلُودٌ لَهُ» مذکور در آخر آیه شریفه، اگرچه ظاهراً امکان داشت که «والد» به جای آن به کار رود، لیکن در وجه به کارگیری «مَوْلُودٌ لَهُ» می‌توان گفت:

اوّلًا: شدت شفقت و مهربانی مادر تکویناً و نوعاً به گونه‌ای است که نیازی به تأکید بر این انتساب، برای تحریك عواطف مادر به ارضاع و حضانت کودکش نیست، به خلاف پدر که نوعاً عواطف و احساساتش شدت کمتری دارد و به همین جهت، واداشتن وی به امور مربوط به کودك و مادر، نیازمند تأکید و توجه دادن بیشتر بر این انتساب است.

ثانیاً: آنچه در مورد مادر مطرح است، به شکل وجوبی و عدم ترخیص در ترك آن نیست، به خلاف وظیفه پدر که به شکل وجوبی آمده و این امر را بر پدر سخت‌تر کرده است و از این رو، در این مقام لازم است که تأکید بیشتری بر این انتساب صورت بگیرد و فضا عاطفی‌تر گردد.

نکته ششم: در این آیه، علاوه بر این که کودك به طور مساوی به والدین نسبت داده شده است، با پذیرش ترجیحی که در نکته سوم گذشت، می‌توان گفت: چون در اینجا رعایت عدم تضرر مادر مقدم بر عدم تضرر پدر است، بنابراین، ادعای تقدیم عدم تضرر مادر در مقام تزاحم با عدم تضرر پدر خالی از وجه نیست. به ویژه با آن که امکان بیان نفی ضرر از والدین با هم وجود داشت، خدای سبحان آنها را جدا از هم و یکی را مقدم بر دیگری ذکر فرموده است.

نکته هفتم: همان گونه که بعضی از علما فرموده‌اند: این آیه اگر چه در ذیل حکم رضاع آمده است؛ ولی به عنوان کبرای استدلال مطرح شده است، و نمی‌توان آن را مخصوص به مورد دانست و خصوصیتِ مورد، موجب تخصیص در عموم لفظ نمی‌شود.(آیت الله محمد هادی معرفت این آیه را به عنوان تأسیس اصل در مسأله مطرح کرده و فرموده است: «در هر مورد که به جهت فقدان دلیل یا تعارض ادله نوبت به شك برسد، علاوه بر استصحاب، بر اساس این آیه، حق مادر مقدم خواهد بود». (ماهنامه دادرسی، شماره ۴، ص ۱۱).)

۲. وجوب احسان در طلاق

آیاتی که مرد را مکلف کرده است تا هنگام طلاق با همسرش به معروف عمل کند، عبارت اند از:

۱. خداوند متعال می فرماید: «الطَّلٰاقُ مَرَّتٰانِ فَإِمْسٰاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسٰانٍ».(سوره بقره، آیه ۲۲۹. طلاق، دو مرتبه است: باید به طور شایسته همسر خود را نگاهداری کند، یا با نیکی او را رها سازد.)

۲. خداوند متعال می فرماید: «وَ إِذٰا طَلَّقْتُمُ النِّسٰاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ...».(سوره بقرة، آیه ۲۳۱. و هنگامی که زنان را طلاق دادید، و آنها به آخرین روزهای «عدّه» رسیدند، یا به طرز صحیحی آنها را نگاه دارید و یا به طرز پسندیده‌ای آنها را رها سازید.)

بر اساس وحی، طلاق و رها کردن زن باید بر پایه احسان و معروف باشد؛ همان گونه که نگهداری و داشتن همسر نیز باید بر اساس معروف بوده باشد. مرحوم شیخ طوسی علیه الرحمه در ذیل این آیه شریفه در بیان معروف می‌فرماید: «منظور از معروف، حقی است که عقل یا شرع به جهت معرفت به صحت آن به آن فرا می‌خوانند. برخلاف منکر که عقل یا سمع به سبب محال بودن معرفت به صحت آن، از آن گریزانند. پس آنچه معرفت به صحت آن جایز باشد، معروف و آنچه معرفت به صحت آن جایز نباشد، منکر است و مراد از معروف در اینجا این است که زن را بر وجهی که خداوند مباح فرموده، مانند قیام به آنچه برای زن واجب است، مانند نفقه و حسن معاشرت و ...، نگاه دارد و ضرر زدن به او مدّ نظر نیست.(شیخ طوسی، التبیان في تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۲۵۱.)

به نظر می رسد که جدا کردن کودك از مادر با توجه به شدت علاقه و ارتباط عاطفی او با فرزندش، معروف نیست؛ بلکه واگذاری حضانت به مادر در صورت خواست او مطابق با معروف است. بنابراین، بعد از امر صریح به معروف در آیات مذکور، در صورت نبود حکم صریح و روشن در خصوص مورد حضانت، ظاهراً واگذاری آن به عنوان یك حق به مادر متعین است.

۳. تناسب فطری و روحی زن

زن، چه رسد به مادر، در امر حضانت تناسب فطری و روحی بیشتری نسبت به مرد دارد؛ بلکه بعید نیست که گفته شود نوعاً امر حضانت از توان مرد خارج است.

این نکته در بعضی از روایات تصریح شده است؛ چنان که از حضرت علی (علیه السلام) در تفسیر کلمه «الرحمن» آمده است: «و من رحمته انّه لما سلب الطفل قوة النهوض و التغذّی جعل تلك القوة في أمّه و رقّقها علیه لتقوم بتربیته و حضانته فإن قسا قلب أمّ من الأمهات لوجب بتربیته هذا الطفل و حضانته علی سائر المؤمنین ...».(محمد باقر مجلسی، بحارالانوار، ج ۸۹، ص ۲۴۸. از نشانه‌های رحمت خداوند این است که چون قدرت حرکت و تغذیه را از کودك گرفته، آن نیرو را در مادر قرارداده و مادر را به وی مهربان گردانده است تا به تربیت و نگهداری او بپردازد. پس اگر مادری از مادران سنگ دل شد، تربیت و نگهداری این کودك بر دیگر مؤمنان واجب است.)

برخی از فقها نیز در تعریف حضانت، آن را به زنان اختصاص داده‌اند؛ چنان که مرحوم محمد جواد مغنیه، حضانت را رعایت کودك دانسته است، به جهت تربیت و حفظ و نگهداری کودك از سوی او در مدتی که کودك نیازمند به چنین کسی از زن‌ها دارد.(محمدجواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، مؤسسة الصادق (علیه السلام)، ص ۳۷۷.)

و برخی نیز در صورت وجود مرد و زن برای امر حضانت، زن را مقدم بر مرد می‌دانند و در مقام تعلیل فرموده‌اند: «زن به تربیت فرزند مناسب‌تر و برای مصلحت طفل خصوصاً اگر دختر باشد شایسته‌تر است».(شهید ثانی، مسالك الافهام، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ج ۸، ص ۴۳۲.)

همچنین در بعضی از روایات، همین تکوینی و فطری بودن کار مادر در گرفتن حضانت فرزند خود، مورد استناد واقع شده است و حضرت علی علیه السلام آن را تقریر فرموده؛(مجلسی، بحارالانوار، ج ۸۹، ص ۲۴۸.) چنان که در حدیث نبوی از طریق عامه آمده است: «انّ امرأة جاءت إلی رسول الله فقالت: إن ابني هذا کان بطني له وعاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء و ان أباه طلّقني و أراد أن ينتزعه منّی، فقال: أنت أحق به مالم

تنكحي».(شیخ طوسی، المبسوط، المكتبة المرتضوية، سال ۱۳۸۷ش، ج ۶، ص ۳۹؛ شیخ طوسی، الخلاف، مؤسسة النشر الاسلامي، ج ۵، ص ۱۳۳؛ ابن فهدالحلی، المهذب البارع، جامعة المدرسين، سال ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۴۲۹؛ شهید ثانی، مسالك الافهام، مؤسسة المعارف الاسلامية، سال ۱۴۱۶، ج ۸، ص ۴۲۴؛ محقق بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۲؛ محمدحسن نجفی، جواهرالكلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰؛ ابو داوود سلیمان، السنن، دارالفكر، بیروت، ج ۱، ص ۵۰۸، ح ۲۲۷۶؛ علی بن عمر دار قطنی، سنن الدارقطنی، ج ۳، ص ۳۰۵، ح ۲۲۰. تمسك به تكوینی و فطری بودن این امر در بعضی دیگر از نقل‌ها نیز به چشم می‌خورد؛ چنان كه سید مرتضی در امالی آورده است: «گفته شده كه زن ابوالاسود شكایت او را درباره فرزندش به نزد زیاد برد و گفت: ای امیر، این مرد می‌خواهد فرزندم را از من بگیرد و حال آن كه شكمم برای او ظرفی و سینه‌ام مشكی و دامنم محل پرورش او بود. ابوالاسود گفت: این گونه می‌خواهی پسرم را از من بگیری؟ به خدا قسم، من او را حمل كردم، قبل از آن كه تو او را حمل كنی و قرارش دادم، پیش از آن كه تو قرار دهی. زن گفت: این دو یكی نیستند: تو او را در حالی كه سبك بود، حمل كردی و من آن گاه كه سنگین بود. تو او را از روی شهوت قرار دادی، ولی من از روی ناراحتی و سختی بر زمین گذاردم. زیاد به آن مرد گفت: این زنی عاقل است. ای ابوالاسود، پسرش را به او بده». (سید مرتضی، الامالی، مكتبة آیت الله مرعشی، قم، ج ۱، ص ۲۱۴).)

از طرف دیگر، كودك خصوصاً در سال های اولیه نیازمند توجه و ابراز محبت و احساسات و بازی است.(محمد بن یعقوب كلینی، فروع كافی، ج ۶، ص ۴۵؛ شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۱۶۱؛ حرعاملی، وسائل الشیعه، مكتبة الاسلامية، ج ۱۵، ص ۱۹۳.) و حتی رشد و شكوفایی تعقل او نیز مرهون گذراندن زندگی عاطفی و پراحساس است، نه زندگی خط كشی شده. این دوران براساس روایات شریفه، همان هفت سال اوّل زندگی كودك است كه از آن به دوران سیادت كودك یاد شده است؛(محمد بن یعقوب كلینی، فروع كافی، ج ۶، ص ۴۵؛ شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۱۵۸؛ حرعاملی، وسائل الشیعه، باب ۸۳ از ابواب احكام الأولاد، ج ۲۱، ص ۴۷۶، ح ۷.) بنابراین، احقیت مادر برای حضانت كودك، با این امر خطیر نیز تناسب دارد.

برخورد و تربیت در هفت سال اوّل و دوم دوران کودکی، آن چنان در سرنوشت کودك مؤثر است که در بعضی از روایات آمده است: اگر پس از گذشتن این دو دوره فرزند رستگار نشد، دیگر امید خیری در او نیست. از امام صادق (علیه السلام) منقول است: «دع ابنك یلعب سبع سنین و الزمه نفسك سبع سنین فإن أفلح و إلّا فإنّه من (ممّن) لا خیر فیه».(حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۳، ح ۱؛ محمد بن یعقوب کلینی، فروع کافی، ج ۶، ص ۴۶. در بعضی دیگر از روایات چنین تعبیرهایی برای پایان دوره سوم (هفت سال سوم) آمده است: (شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۱۶۱). بگذار پسرت هفت سال بازی کند و هفت سال پیوسته مراقب او باش، اگر رستگار شد (که شد)، و گرنه خیری در او نخواهد بود.)

از یونس بن یعقوب به نقل از امام صادق (علیه السلام) آمده است: «امهل صبیك حتی یأتی له ستّ سنین ثمّ ضمّه إلیك سبع سنین فأدّبه بأدبك فان قبل و صلح و إلّا فخلّ عنه».(حرعاملی، وسائل الشیعه، چاپ اسلامیه، ج ۱۵، ص ۱۹۳، ح ۲؛ محمد بن یعقوب کلینی، فروع کافی، ج ۶، ص ۴۶، ح ۲. پسرت را مهلت بده تا شش ساله شود، سپس او را تا هفت سال با خود همراه ساز و با ادب خود او را تربیت کن. اگر قبول کرد و صالح شد (که شد)، و الّا او را رها کن.) مرحوم صاحب حدائق (علیه الرحمه)، بعضی از این روایات را مؤید احقیّت مادر (در فرض عدم تنازع) برای حضانت کودك تا هفت سال، مادامی که مادر ازدواج نکرده است، قرار داده و فرموده است: آشکار است که در هفت سالی که تربیت و بازی است، فرزند نزد مادر است؛ چرا که او مربی فرزند است و این فرمایش حضرت به آن اشاره دارد: «ثمّ ضمّه إلیك سبع سنین فأدّبه بأدبك»؛(حرعاملی، وسائل الشیعه، چاپ اسلامیه، ج ۱۵، ص ۱۹۳، ح ۲؛ محمد بن یعقوب کلینی، فروع کافی، ج ۶، ص ۴۶، ح ۲. سپس او را با خود همراه ساز و پیوسته مراقب او باش.) یعنی پس از این هفت سالی که در کنار مادرش گذراند، و فرقی هم بین پسر و دختر نیست.(شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۰.)

مرحوم صاحب جواهر نیز در مؤید بودن این روایات و حتی در اقتضای آنها برای اثبات احقیت مادر در حضانت کودك، برای هفت سال، اعم از این که کودك دختر باشد و یا

پسر، اشکالی نکرده و آن را ذکر کرده و تنها مانع استناد به این روایات را بعضی از روایات فطام دانسته است. ایشان می فرماید: «ربّما یؤید النصوص الواردة في اهمال الصبي سبعاً و ضمّه و لزومه للأب و تعلیمه الکتاب سبعاً و تعلیمه الحلال و الحرام سبعاً بل منها مال في الحدائق إلی التوقیت بالسبع في الذکر و الانثی»؛(محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۱.)

به نظر می رسد که روایات فطام احقیت مادر بر آن، نمی‌تواند نافی احقیت مادر برای بعد از فطام باشد.

بعضی دیگر از فقها و مفسران بزرگ نیز بر تناسب فطری و روحی زن با امر حضانت، تصریح و تأکید کرده‌اند، و عده‌ای از این بزرگان، اموری از این دست را موجب اختلاف در وظایف و تکالیف میان زن و مرد در اسلام دانسته‌اند. مرحوم علامه طباطبایی در ذیل آیات ۲۲۸ تا ۲۴۳ از سوره بقره در بحثی علمی، ضمن بیان اشتراکات و اختصاصات مرد و زن آورده است: «احساسات لطیف مانند محبت و رقّت قلب و میل به زیبایی و زینت در زن نسبت به مرد بیشتر است؛ آن گونه که تعقل در مرد نسبت به زن بیشتر است. پس زندگی زن، زندگی ای احساسی است؛ همان طور که زندگی مرد، زندگی‌ای تعقُّلی است و به همین جهت، اسلام در وظایف و تکالیف عمومی اجتماعی که با یکی از این دو چیز یعنی تعقُّل و احساس در ارتباط است، بین زن و مرد فرق گذاشته است. بدین جهت، به دلیل احتیاج مبرم به تعقُّل، ولایت و قضا و جنگ را مختص به مردان کرد، و اموری مانند حضانت و تربیت فرزندان و تدبیر منزل را به زن سپرد و نفقه او را بر عهده مرد قرار داد».(سید محمدحسین طباطبائی، المیزان في تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۲۷۵.)

سید قطب نیز در تبیین آیه ۲۸۳ بقره آورده است: «مردان در اجتماع سالم اسلامی با کارها، دست و پنجه نرم می‌کنند و زن محتاج آن نیست که برای زندگی و امور معاش خود، کار کند. او مجبور نخواهد شد تا برای به دست آوردن چند لقمه نان یا چند سکه، مادری و زن بودن خودش را از دست بدهد و وظیفه واجب خویش را در تربیت و پرورش پربهاترین چیز برای آینده انسانیت، یعنی فرزندان شایسته و سازنده نسل آینده، وانهد. زن طبیعت نرم و تأثیرپذیری دارد؛ چرا که وظیفه مهم مادری چنین می‌طلبد که زن در برابر طفل خود سخت

نباشد و به خواسته‌های او کاملًا توجه کند و این نشأت گرفته از فضل الهی بر طفل و مادر او است».(سید قطب، التفسیر في ظلال القرآن، ج ۱، ص ۳۳۵.)

بُعد دیگری که در اینجا باید مورد توجه باشد، آن است که بالاترین کار که مادر خصوصاً بعد از طلاق می‌تواند انجام دهد، تربیت فرزندش است و وی از این طریق نقش خود را در تأثیر گذاری بر جامعه و حضور در آن ایفا می‌کند و این کار او را به تعالی و رضایت می‌رساند و حال آن که در مقابل، گرفتن این نقش از او، ظاهراً علاوه بر شائبه ظلم به کودك و جامعه، موجب شائبه تحقُّق ظلم مضاعفی نسبت به مادر، خصوصاً مادر مطلّقه خواهد بود و این اضافه بر نقش باز دارندگی حضانت از انحطاط مادران جوان و بدون سرپرست است و حضانت علاوه بر حفظ و سازندگی و رشد و تعالی او، نقطه امید عاطفی و حمایتی برای وی به شمار می‌آید.

ملاحظه این بُعد، وقتی جدّی‌تر می‌شود که بدانیم در زمان نیاز کودك به حضانت، جدا کردن او از مادر مطلّقه و سپردن او به پدر، در بسیاری از موارد، بلکه در اکثر قریب به اتفاق، عملًا کودك را از حضانت مادر و پدر به طور همزمان، محروم می‌کند و امر حضانت وی را به دست مادربزرگ و یا عمه و یا نامادری می‌سپارد؛ کسانی که قطعاً حقی در این زمینه با وجود پدر و مادر ندارند، تا چه رسد به احقیت آنها نسبت به مادر؛ مرد است و با دیگر تکالیف و وظایف وی هماهنگی ندارد و وی در عمل به ناچار از این مسئولیت شانه خالی کرده، آن را به غیر می‌سپارد.

علاوه بر اینها، سپردن حضانت فرزند پسر به پدر بعد از دو سالگی او، علاوه بر جدایی مادر از فرزند، در بعضی از موارد، جدایی خواهر و برادر را از یکدیگر به دنبال دارد و این امری است که باید مورد توجه قرار گیرد و نمی‌توان به سادگی از آن گذشت.(در این زمینه توجه به روایات و کلمات فقها در خور توجه است:

اول: ابو ایوب انصاری از پیامبر (صلی الله علیه وآله) روایت کرد که فرمود: «من فرّق بین والدة و ولدها فرّق الله بینه و بین احبّته یوم القیامة»؛ اگر کسی بین مادر و فرزندش جدایی افکند، خداوند در روز قیامت بین او و محبوبانش جدایی می‌افکند. (شیخ طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۲، ص ۲۱؛ میرزا حسین نوری، مستدرك الوسائل، ج ۱۳، ص ۳۷۵،

ح ۱۰؛ ابن ابی جمهور احسایی، عوالی اللئالي، سید الشهداء، قم، ج ۲، ص ۲۴۹، ح ۲۰؛ احمد بن حنبل، المسند، بیروت، ج ۵، ص ۴۱۳؛ ابو عیسی محمد ترمذی، السنن، دارالفکر، ج ۳، ص ۶۴).

دوم: احمد بن محمد از عثمان بن عیسی، از سماعه نقل می‌کند که گفت: و از ایشان سؤال کردم که آیا بین دو برادر مملوك (به وسیله فروختن) می‌توان جدایی انداخت و همچنین مادر و فرزندش؟ فرمودند: «لا، هو حرام إلّا أن یریدوا ذلك»؛ نه، حرام است، مگر این که خود آنها بخواهند. (شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۷۳، ح ۲۶؛ محمد بن یعقوب کلینی، کافی، ج ۱، ص ۳۹۱؛ شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۱۳۷).

سوم: علی از پدرش، از ابن ابی عمیر، از هشام بن حکم، از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کند که گفت: برای امام صادق (علیه السلام) از کوفه کنیزی خریده بودم و برای کاری از نزد آن حضرت رفتم. آن کنیز گفته بود: ای مادر. امام (علیه السلام) از او پرسیده بود: آیا مادری داری؟ گفته بود: آری. امام (علیه السلام) فرمان داد تا او را نزد مادرش باز گردانند و سپس فرموده بود: «ما امنت لو حبستها ان أری في ولدي ما أکره»؛ اگر او را نگه دارم، ایمن نیستم که برای فرزندم امر ناگواری پیش نیاید. (شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۷۳، ح ۲۷؛ محمد بن یعقوب کلینی، کافی، ج ۱، ص ۳۹۱).

چهارم: از علی، از پدرش، از ابن ابی عمیر، از معاویة بن عمار نقل شده که گفت: شنیدم که امام صادق (علیه السلام) فرمود: «أتي رسول الله (صلی اله علیه وآله) بسبي من الیمن فلمّا بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جاریة من السبي کانت أمّها معهم، فلمّا قدموا علی النبي سمع بکاءها، فقال: ما هذه؟ قالوا: یا رسول الله احتجنا الی نفقة فبعنا ابنتها فبعث بثمنها فأتي بها و قال: بیعوهما جمیعاً أو أمسکوهما جمیعاً»؛ اسیرانی را از یمن نزد رسول خدا آوردند. زمانی که به جحفه رسیدند، آذوقه آنها تمام شد. پس کنیزی را که مادرش در بین آن اسیران بود، فروختند. وقتی نزد رسول خدا(صلی اله علیه وآله) رسیدند، صدای گریه مادر را شنیدند و پرسیدند: این صدای چیست؟ گفتند: ای رسول خدا، به آذوقه احتیاج پیدا کردیم و دختر او را فروختیم. رسول خدا فرستاد تا دختر را بیاورند و فرمود: یا مادر و دختر را با هم بفروشید و یا هر دو را نگهدارید. (شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۷۳، ح ۲۸؛

محمد بن یعقوب کلینی، کافی، ج ۱، ص ۳۹۱؛ شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۱۳۷).

پنجم: قاضی ابن برّاج می‌گوید: اگر مادر و فرزندش اسیر شدند، برای امام جایز نیست که بین آن دو جدایی افکند؛ یعنی مادر را به مردی دهد و فرزند را به دیگری ...، و کنیز اگر فرزندی داشته باشد، مولای او نمی‌تواند با فروختن و غیر آن میان آنها جدایی افکند ...، و گفته شده است که این بیع فاسد است، به دلیل آنچه از امیرمؤمنان روایت شده است که: «ایشان بین کنیزی و فرزندش جدایی انداخت و پیامبر ایشان را از آن نهی و بیع را رد کرد و این اقوی است». (قاضی ابن برّاج، المهذب فی الفقه، ج ۱، ص ۳۱۸؛ شیخ طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیة، ج ۲، ص ۲۱).)

شایان ذِکر است که اگر چه مطالبی از این دست، نمی‌تواند در فقه، مستند حکم قرار گیرد و برای اثبات حکم شرعی باید به روش فقهی عمل شود، لیکن؛

أوّلاً: این امور در حد مؤید، قابل توجه جدی است و مقصود از آوردن این مطالب در این مقام بیش از تأیید نیست و بحث فقهی برای اثبات حق حضانت برای مادر در بحث‌های سابق گذشت.

ثانیاً: در روایات معصومان (علیهم السلام) و فقه امامیه، حرمت جدا کردن مادر و فرزند از اموری است که مورد تنصیص قرار گرفته است. بنابراین در امر حضانت و تعیین صاحبان این حق، باید این مطلب نیز مورد توجه جدی قرار گیرد و تزاحم این حق با حق حضانت پدر (بنابر قول مشهور) و یا تعارض این ادله با مستندات قول مشهور در امر حضانت، حتی از منظر صناعتی و روش فقهی نیز قابل اغماض نیست، و باید به شکل فنّی به آن پرداخت.

ثالثاً: هماهنگی تشریع و تکوین، امر پذیرفته شده‌ای است و بعضی از آیات شریفه بر آن دلالت صریح و روشنی دارند؛ نظیر: «فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفاً فِطْرَتَ اللهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا».(سوره روم، آیه ۳۰. پس روی خود را متوجه آیین خالص پروردگار کن. این فطرتی است که خداوند انسانها را بر آن آفریده است.)

مرحوم علامه طباطبایی به شکل عام بر این هماهنگی تصریح دارند و می‌فرمایند: «اسلام شریعتش را براساس فطرت و خلقت بنا کرده است».(محمد حسین طباطبائی،

المیزان في تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۲۳۲.) ظاهراً این نکته مخالفی در فقهای امامیه ندارد و از افتخارات و از امتیازات منحصر به فرد دین اسلام است. بنابراین در جایی که حکم ظاهری، ولو ظاهراً، مخالف با فطرت و یا ناهماهنگ با خلقت، رخ می‌نماید؛ به سادگی از کنار آن نمی‌توان گذشت و دقت فقهی مضاعفی را در مستندات آن، برای تصحیح حکم و یا حصول اطمینان از صحت آن، لازم دارد و حتی بر فرض صحت حکم، نیازمند به پاسخی در خور برای رفع مخالفت ظاهری تکوین و تشریع، خواهیم بود.

حق حضانت در فرض فقدان یکی از والدین

در صورت فقدان یکی از والدین یا عدم صلاحیت یکی از آنها برای امر حضانت، حق حضانت اختصاص به دیگری دارد و شخص ثالثی، مانند وصی یا اقرباء بر وی تقدُّم ندارند.

مرحوم صاحب جواهر، ادعای عدم خلاف، بلکه وجود اجماع بر این مطلب را دارد. علاوه بر اجماع، برای اولویت مادر در فرض فقدان پدر و بالعکس به امور زیر استدلال شده است:

۱. اشفقیت و ارفقیت آنها برای کودك نسبت به دیگران.

۲. آیه شریفه «وَ أُولُوا الْأَرْحٰامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتٰابِ اللهِ».(سوره بقره، آیه ۲۳۳.)

۳. آیه شریفه «لٰا تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا وَ لٰا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ».(سوره انفال، آیه ۷۵.)

۴. تمام روایاتی که دالّ بر احقیت مادر در مقابل پدر و تمام روایاتی که دال بر احقیت پدر در مقابل مادر هستند، نشان می‌دهند که پدر و مادر هر کدام به تنهایی حق حضانت کودك خود را دارند و حتی در بعضی از صورت ها و فروض، حق هر کدام مساوی با حق دیگری است و بدین جهت، هر دو در این امر شریك قرار داده شده‌اند. اما در فروض دیگری که به جهت وجود موانعی و یا وجود مصالحی به سبب وجود والدین در شرایط خاص، حق به یکی از آن دو اختصاص یافته است، از آن تعبیر به احق شده است که نشان می‌دهد حتی در این وضعیت نیز برای دیگری حق وجود دارد و از این رو، با نبود فرد احق، قطعاً حق از آن ذی حق است و سلب این حق از وی نیازمند دلیل است و حال آن که وجود صاحب حق دیگری در مقابل وی، فاقد دلیل است.(محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص

۲۹۳.) در خصوص اولویت مطلقه مادر برای امر حضانت در زمان فقدان پدر، علاوه بر موارد مذکور به دو روایت زیر نیز تمسك شده است:

۱. صحیحه ابن سنان: «لیس للوصي أن یخرجه من حجرها حتی یدرك و یدفع إلیه ماله».(محمد بن یعقوب کلینی، الکافي، ج ۶، ص ۴۱، ح ۷؛ حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۵۶. وصی نمی‌تواند فرزند را از دامن او (مادر) خارج کند تا این که بالغ شود و مالش را به او دهند.)

۲. موثقه داود بن حصین از امام صادق (علیه السلام): «فإذا مات الأب فالأمّ أحقّ به من العصبة ...».(محمد بن یعقوب کلینی، الکافي، ج ۶، ص ۴۵، ح ۴؛ شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۴؛ حرعاملی، وسائل الشیعه، باب ۸۱ از أبواب أحکام الأولاد، ج ۲۱، ص ۴۷۰. پس اگر پدر مُرد، مادر از همه فامیل پدر به فرزند سزاوارتر است.)

در مقابل این نظر، بعضی در این موضوع دچار تردید شده و آورده‌اند: «اگر ولایت از آن پدر بود و پدر مُرد، دلیلی مبنی بر این که ولایت به او (مادر) بر می‌گردد، نمی‌شناسم و حضانت، حق وصی است».(شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۴- ۹۵.)

در مقام تعلیل برای انتقال حق حضانت به وصی پدر یا مادر بعد از مرگ آنها، در زمان أحقیت آنها با وجود یکی دیگر از آنها، گفته شده است: «وصی برای آن زن یا آن مرد ادامه‌ای برای صاحب حق، مانند وکیل یکی از آن دو است. پس مادامی که این امتداد وجود دارد، نوبت به حق دیگری نمی‌رسد و بدین جهت، در میان متشرّعه، قرار دادن قیّم از سوی شرع برای اولاد شخص متوفّی، متعارف است؛ اگر چه مادر زنده باشد.(محمد حسین شیرازی، الفقه: موسوعة استدلالیة فی الفقه الاسلامی، موسسة الفکر الاسلامی، قم، سال ۱۳۶۶ش، ج ۶۸، ص ۱۶۹.)

لیکن در پاسخ از این وجه آمده است: «کون الوصي امتداداً بحیث یقف امام حقّ الآخر اوّل الکلام و تنظیره بالوکیل قیاس، و ما یفعله المتشرّعة انّما هو من باب الاحتیاط».(محمد حسین شیرازی، الفقه، ج ۶۸، ص ۱۶۹. این که بودن وصی، امتدادی برای حق صاحب حق است، به طوری که در مقابل حق دیگری می‌ایستد، اول کلام است و آن را مانند وکیل دانستن، قیاس است و آنچه متشرّعه انجام می‌دهند، از باب احتیاط است.)

ظاهراً با بحث مفصلی که در آیات و روایات در مباحث سابق گذشت و با توجه به ادله‌ای که ذکر شد، ثبوت حق حضانت برای یکی از والدین در فرض فقدان دیگری، بسیار روشن است و نیازی به تطویل در بحث و تکرار آن نیست و ضعف استدلال برای أحقیت وصی در این بحث، روشن است.

حضانت لقیط: حضانت کودك پیدا شده بر عهده یابنده او است؛ مگر آن که ناتوان از آن باشد که در این صورت کودك را به حاکم شرع تحویل می‌دهد. در این که در فرض نخست (توانمند بودن)، می‌تواند کودك را به قاضی تحویل دهد یا نه، اختلاف است. (محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۸، ص ۱۷۴.)

نتیجه

در هر حال، روایات صحیح، در اطلاق صراحت دارد و شامل کودك دختر و پسر می‌شود. حکم به تفاوت سن حضانت طفل دختر با پسر، به استناد جمع بین روایات، صرفاً جمعی تبرّعی است و مؤیدی نیز بر درستی این جمع موجود نیست. با توجه به اطلاق روایات یاد شده بین حالت وجود اختلاف یا عدم اختلاف بین والدین تفاوتی نیست.

به این ترتیب، اساساً بین روایات مزبور، تعارضی وجود ندارد؛ بلکه روایات مربوط به دو سالگی، ناظر به امر نظارت و انفاق پدر است و اطلاق آیه شریفه «لٰا تُضَارَّ وٰالِدَةٌ بِوَلَدِهٰا». (سوره بقره، آیه ۲۳۳.) در این زمینه حاکمیت دارد. فتاوای قدما با احادیث صحیح ذکر شده، هماهنگ است و بنابراین باید گفت که حق حضانت طفل، چه دختر و چه پسر، تا هفت سالگی با مادر است.

کتابنامه

قرآن کریم

ابن ابی جمهور احسایی، **عوالی اللئالي**، سید الشهداء، قم، چاپ سوم، سال ۱۳۹۳ش.

ابن ادریس حلی، **السرائر**، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، سال ۱۴۱۰ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، **من لا یحضره الفقیه**، محقق: غفاری، علی اکبر، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، چاپ دوم، تعداد جلد: ۴، سال ۱۴۱۳ق.

ابن فهد حلّی، **المهذّب البارع**، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول، سال ۱۳۶۳ش.

ابو الحسن اصفهانی، **وسیلة النجاة**، مطبعة مهر، استوار، قم، چاپ اول، سال ۱۳۹۳ق.

ابوالفتح کراجکی، **کنز الفوائد**، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، سال ۱۳۸۹ش.

ابی داود سلیمان، **السنن**، دار الجنان، بیروت، سال ۱۴۰۹ق.

احمد بن حنبل، **المسند**، دار الفکر، بیروت، بی تا.

بحرانی، یوسف بن احمد، **الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة**، دارالکتب الاسلامیّة، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۱ش.

بحرانی، هاشم بن سلیمان، **البرهان فی تفسیر القرآن**، تحقیق: قسم الدراسات الاسلامیة موسسة البعثة قم، ناشر: بنیاد بعثت، تهران، سال ۱۴۱۶ق، چاپ اول.

ترمذی، ابو عیسی محمد بن سوره، سنن، **داراحیاء التراث العربی**، بیروت، سال ۱۴۱۵هـ.ق.

جار الله زمخشری، محمود، **الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل**، ناشر: دار الکتاب العربي، بیروت، سال ۱۴۰۷ق، چاپ سوم.

جزیری، عبد الرحمن، **الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البیت وفقاً لمذهب أهل البیت علیهم السلام**، تعداد جلد: ۵، ناشر: دار الثقلین، بیروت، تاریخ نشر: ۱۴۱۹هـ.ق، چاپ: اول.

الجوامع الفقهیه، مجموعه‌ای از رساله‌های فقهی، انتشارات جهان، چاپ افست، سنگی، بی تا.

خمینی، روح الله، **تحریر الوسیلة**، دار الکتب العلمیة، قم، سال ۱۳۹۰ق.

سید ابو القاسم خویی، **منهاج الصالحین**، انتشارات اعلمی، بیروت، سال ۱۳۹۲.

سید بن قطب بن ابراهیم شاذلي، **التفسیر فی ظلال القرآن**، ناشر: دار الشروق، بیروت، سال

۱۴۱۲ق، چاپ هفدهم.

سید تقی طباطبائی القمی، **مبانی منهاج الصالحین**، دار السرور، بیروت، بی تا.

سید محمد عاملی، **نهایة المرام**، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۶ش.

سید مرتضی، **الامالی**، مکتبة آیت الله مرعشی، قم، سال ۱۳۸۷ش.

شیرازی، محمد حسین، **الفقه: موسوعة استدلالیة فی الفقه الاسلامی**، موسسة الفکر الاسلامی، قم، سال ۱۳۶۶ش.

شیخ حرعاملی، محمد بن الحسن، **وسائل الشیعه**، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۳هجری.

شیخ صدوق، **من لایحضره الفقیه**، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۵ش.

شیخ طوسی، المبسوط، انتشارات مرتضوی، چاپ اوّل، سال ۱۳۶۱ش.

طباطبایی، محمد حسین، **المیزان فی تفسیر القرآن**، مترجم محمد باقر موسوی، انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۹۰ش، چاپ ۳۱.

طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، **الخلاف**، مصحح: علی خراسانی- سید جواد شهرستانی- مهدی طه نجف- مجتبی عراقی، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، سال نشر: ۱۴۰۷ه‍ ق، چاپ: اول.

طوسی، محمد بن الحسن، **الإستبصار فیما اختلف من الأخبار**، محقق: خرسان، حسن الموسوی، دار الکتب الإسلامیة، تهران، چاپ اول، تعداد جلد: ۴، سال ۱۳۹۰ق.

طوسی، محمد بن الحسن، **تهذیب الأحکام**، محقق: خرسان، حسن الموسوی، دار الکتب الإسلامیه، تهران، چاپ چهارم، تعداد جلد: ۱۰، سال ۱۴۰۷ق.

الطوسي، الشيخ أبو جعفر، محمد بن الحسن بن علي بن الحسن (متوفاي۴۶۰هـ)، **التبيان في تفسير القرآن**، تحقيق وتصحيح: أحمد حبيب قصير العاملي، مكتب الإعلام الإسلامي، الطبعة: الأولى، ۱۴۰۹هـ.

عاملی، زین‌الدین بن علی معروف به شهید ثانی، **مسالك الافهام**، مؤسسة المعارف الاسلامیة، قم، سال ۱۴۱۶هجری.

علامة حلی، حسن بن یوسف، **ارشادالاذهان**، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، سال ۱۳۸۷ش.

علامه حلی، حسن بن یوسف، **قواعد الاحکام**، انتشارات مؤسسة النشر الاسلامی، قم، سال ۱۶۱۳ق.

علّامه حلّی، **مختلف الشیعة**، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، چاپ اوّل، سال ۱۳۷۲ش.

علی بن عمر دار قطنی، علی بن عمر، **السنن دارقطنی**، المدینة المنورة، ۱۳۸۶هجری.

علی بن محمد حائری، **ریاض المسائل**، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، سال ۱۳۸۹ش.

الفاضل الآبی، **کشف الرموز**، جامعة المدرسین، قم، سال ۱۳۹۱ش.

فخر المحققین، **ایضاح الفوائد**، مؤسسه اسماعیلیان، قم، سال ۱۳۷۹ش.

القاضی ابن البراج، **المهذّب**، جامعة المدرسین، قم، سال ۱۳۸۷ش.

الکلینی الرازی، أبی جعفر محمد بن یعقوب بن إسحاق (متوفای۳۲۸ هـ)، **الأصول من الکافی**، ناشر: اسلامیه، تهران، الطبعة الثانیة، ۱۳۶۲ش.

لویس معلوف، المنجد فی اللغة، **دارالمشرق**، بیروت، چاپ ۲۱، سال ۱۳۷۳ش.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، **بحارالانوار**، انتشارات المکتبة ق، چاپ دوم.

المحقق الحلی، **شرایع الاسلام**، انتشارات استقلال، تهران، سال ۱۳۹۳ش.

محمد حسن نجفی، **جواهر الکلام**، آخوندی، چاپ اوّل، سال ۱۳۵۸ش.

مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسة، مؤسسة الصادق (علیه السلام)، تهران، بی تا.

مکارم شیرازی، ناصر، **تفسیر نمونه**، دار الکتب الإسلامیة، تهران، سال ۱۳۷۴ش، چاپ اول.

مکي العاملي، أبي عبد الله محمد بن المعروف بـ الشهید الأول (متوفاي ۷۸۶هـ)، **القواعد والفوائد في الفقه والأصول والعربیة**، تحقیق: السید عبد الهادي الحکیم، ناشر: منشورات مکتبة المفید، قم، بی تا.

نوری طبرسی، میرزا حسین بن محمد تقی، **مستدرک الوسائل**، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) احیاء التراث، قم، چاپ اول، سال ۱۴۰۷ه.