

نگرشی بر

حقوق کودک

از دیدگاه اسلام

حجت الاسلام والمسلمین

بهرام محمدیان

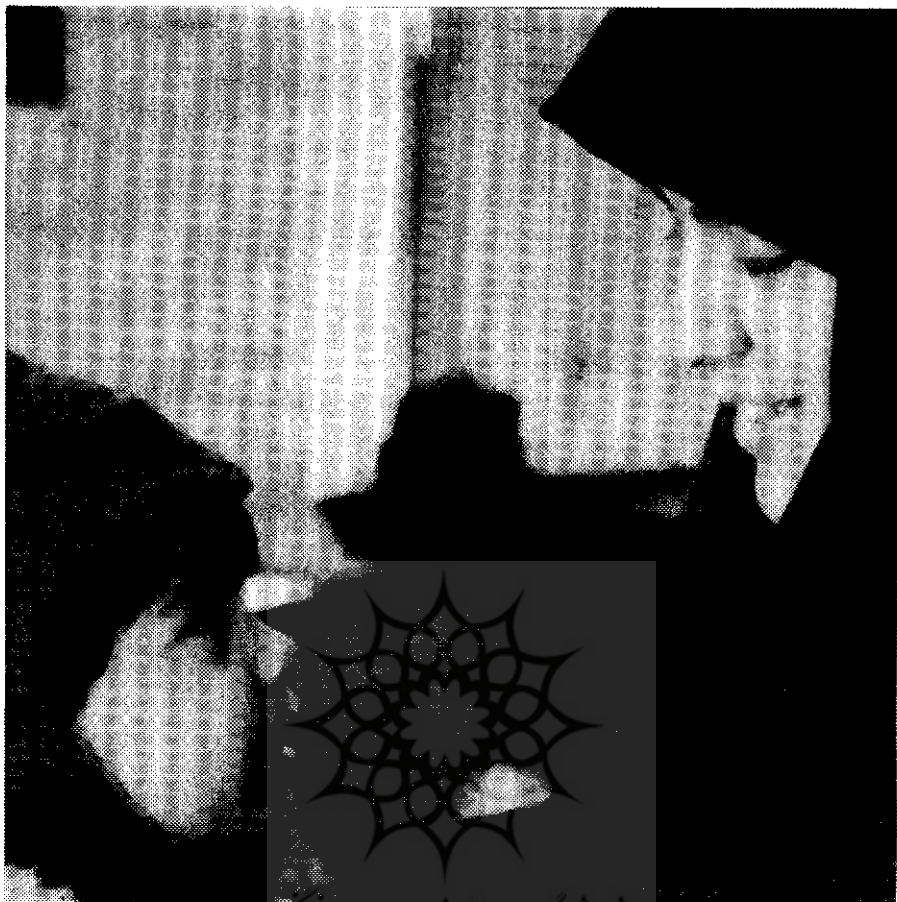
که از ماترک^۱ پدر به فرزند می‌رسد. دیگری سرپرستی و قیمومیت کودک و نحوه اداره کردن اموال و دارایی اوست. اگر دقت کنیم موضوع ارث ارتباط خاص به کودک ندارد و در میزان ارث او و مقررات مربوط به آن تفاوتی ایجاد نمی‌کند، زیرا هر کسی از پدر خود به میزان معینی ارث می‌برد. اما سرپرستی و نحوه اداره دارایی و اموال کودک دقیقاً با شرایط سنی او مرتبط است. اگر کودک به سن و رشد قانونی برسد، می‌تواند در اموال خود تصرف کند، اما قبل از آن تابع ضوابط خاصی است که نحوه اداره کردن دارایی او را تعیین می‌کند و این موضوع ارتباط مستقیم با حقوق کودک دارد. یا اینکه نوزاد در بدو تولد توانایی انجام کاری را ندارد و نمی‌تواند آن چیزی را که برای او لازم و ضروری است فراهم کند و یا خواست خود را اعمال نماید. در این زمینه وضع قوانینی از جانب خداوند متعال برای رعایت حقوق کودک ضروری‌تر است، تا پدر و مادر مسلمان خود را موظف به تحقق و تأدیة آن بدانند. امید است با این توضیح، تفاوت و تمایز بین حقوق کودک و حقوق عمومی معلوم شده باشد.

۷- حضانت طفل یا نگاه‌داری و تربیت کودک

هر چند در مباحث گذشته بخشی از مطالب مرتبط با همین عنوان را مورد توجه قرار داده‌ایم، اما در این قسمت سعی بر این است که مسأله نگاه‌داری و تربیت کودک در حوزه حقوق متقابل اعضای خانواده مورد بحث قرار گیرد.

چنانکه می‌دانید پس از ولادت نوزاد مهمترین مسأله، نگاه‌داری و تربیت اوست، تا

پیش از شروع بحث، در پاسخ به سؤال برخی از خوانندگان محترم که پرسیده‌اند: «چرا عنوان حقوق کودک برای این سلسله مقالات برگزیده شده است و اساساً حقوق کودک چه تمایزی با حقوق بزرگسالان دارد؟ باید به این نکته اشاره کنم که منظور از حقوق کودک، حقوقی است که کودک به مناسبت خردسال بودنش دارد (و یا از آن محروم است) و همچنین وظایفی که والدین در قبال فرزند دارند. با این وجود، آن دسته از قوانین، مقررات و حقوقی که سن افراد در آن مدخلیت ندارد و در مورد همه، اسم از بزرگسال و خردسال اجراء می‌شود، عنوان حقوق کودک به خود نمی‌گیرد و از حیطه حقوق کودک خارج است. به عنوان مثال اگر کودکی پدر خود را از دست بدهد، به دنبال مرگ پدر چند موضوع حقوقی مطرح می‌شود که یکی از آنها میزان ارثی است



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

اصطلاحی آن نیز از معنی لغوی آن دور نیفتاده است. هر چند قانون مدنی این واژه را تعریف نکرده است، اما برخی از شارحان در ذیل ماده ۱۱۶۸ از کتاب هشتم (اولاد)، در باب دوّم (نگاهداری و تربیت اطفال)، که می‌گوید: « نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبن است »، به توضیح آن پرداخته‌اند.

در کتاب حقوق مدنی جلد پنجم آمده است: « نگاهداری طفل عبارت است از به‌کار بردن وسایل لازم برای بقاء و نموّ و بهداشت

اینکه به سنّ رشد برسد. در حقوق و فقه اسلامی به نگاهداری و تربیت طفل « حضانت » اطلاق شده است. هر چند در قانون مدنی ایران عنوان حضانت در باب مربوط به « اولاد » انتخاب نشده است، لکن با توجه به اینکه قانون مدنی برگرفته از فقه اسلامی است، در لابلای مواد قانونی مربوط، همین واژه را به استخدام گرفته است.

کلمه « حضانت » به (فتح و کسرحاء) در لغت به معنی نگاهداری است و تعریف

جسمی و روحی طفل، مانند غذا دادن، پوشانیدن لباس، تمیز نگاه داشتن طفل، شست و شوی لباس و به طور کلی آنچه سن طفل اقتضای آن را دارد. چنانچه طفل بیمار گردد، بردن او نزد پزشک، دادن دارو و پرستاریهای لازم نیز از مصادیق نگاه داری محسوب می گردد.^۲

در بعضی کتابهای فقهی امامیه نیز در تعریف حضانت چنین گفته اند: «حضانت عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و متعلقات آن، از قبیل نگاه داری کودک، گذاردن او در بستر، سرمه کشیدن، پاکیزه کردن، شستن جامه های او و مانند آن.»^۳

با توجه به این تعریف و توضیح حضانت، نگاه داشتن طفل، مراقبت و مواظبت او و تنظیم روابط او با خارج است. با آنکه حضانت بیشتر ناظر به حمایت جسمی از کودک است، ولی حمایت روحی و اخلاقی طفل نیز در این نهاد حقوقی (قانون مدنی) و هم در فقه اسلامی منظور گردیده و اکثر فقهاء در تعریف حضانت کلمه تربیت را به کار برده اند که نشان از توجه آنان به تربیت روحی و جسمی و مادی و معنوی به طور توأمان دارد.

در بخشهای پیشین به موضوع حق بهره مندی از شیر مادر، عقیقه، ختنه و تأمین سلامت روحی و روانی کودک اشاراتی کرده ایم. آنچه در بحث «حضانت طفل» بیشتر محل توجه ما خواهد بود، علاوه بر مفهوم و ماهیت حضانت، شرایط، مدت، اجرت و ضمانت اجرای آن است. البته سعی می کنیم در لابلای مباحث خشک و جدی حقوقی، به نکاتی از ظریف اندیشی های تربیتی اسلام نیز اشاره بکنیم. در حضانت کودک آنچه اصل

است مصلحت کودک است، و همه تصمیمات و الزامات قانونی دائرمدار مصلحت او تنظیم می شود. هر چند از حضانت کودک به عنوان هم حق و هم وظیفه ابویین تعبیر کرده اند، باز هم در یک نگاه ژرف در حق ابویین نیز مصلحت کودک را مستتر می بینیم. در بخش پیشین عنوان کردیم که «تغذیه نوزاد از شیرمادر» به عنوان یک حق مسلم برای فرزند محفوظ است و در کنار آن باز گفتیم که مادر موظف نیست به صورت رایگان به نوزاد شیر دهد، بلکه می تواند از مال کودک در صورتی که مال داشته باشد و یا از مال پدر حقوق دریافت کند.^۴ اجرتی که پدر در قبال شیردادن به کودک پرداخت می کند، نفقه کودک است که وظیفه حضانت کودک بر او در مقام پدری بار می کند، اما اگر پدر و یا جد پدری از تأمین نفقه عاجز باشند و کسی دیگر یافت نشود که او را شیر دهد، این تکلیف خودبه خود بر مادر واجب می شود. قانون مدنی در ماده ۱۱۶۷ و ۱۱۹۷ راه را بر این استنباط هموار ساخته است و این تکلیف بر مادر به عنوان نفقه است که یا کودک را مجاناً شیر دهد و یا شیردادن طفل را به طریق دیگری تأمین کند. این استنباط ما موافق برخی از فقهای عظام امامیه است و به اعتقاد ما وجوب رضاع (شیردادن) منافی استحقاق اجرت است. هر چند گفته شده است وجوب امری با استحقاق اجرت منافات ندارد و آن را مثل اطعام مضطر دانسته اند که مالک می تواند مطالبه عوض کند.^۵ ولی به نظر ما این قول محل اعتنا نیست هر چند برای آن ادعای شهرت کنند، و محل افتراق آن با مثال مذکور نیز بین آن است که نیاز به توضیح باشد.

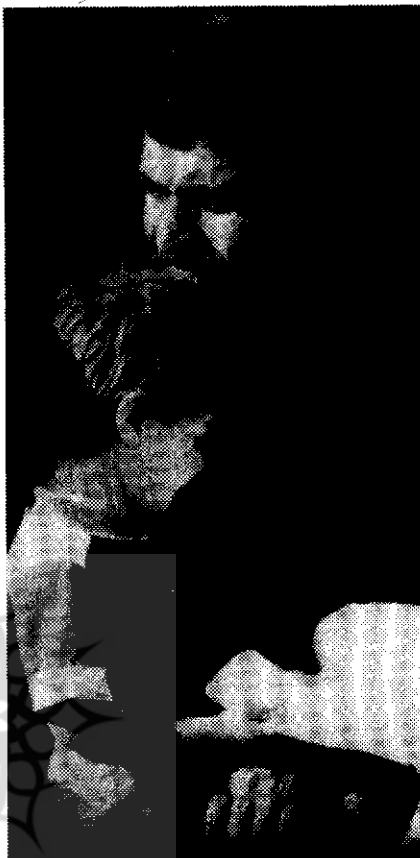
وجه دیگر همین قضیه، حق حضانت است

حضانت « چهره خود را نشان می دهد و می گوید حضانت حق ابوی است و نمی توان این حق را از دیگری سلب کرد، مگر به حکم قانون. شاید سؤال شود در صورت عدم توافق و یا طلاق، حق تقدّم با چه کسی است؟ در جواب این سؤال، بخصوص در مورد حق شیردادن به قاعده ای اشاره می کنیم که فقهای شیعه بدان تمسک جسته اند و بر آن ادعای اجماع شده است و آن اولی بودن مادر به شیر دادن فرزندش است. صاحب جواهر می نویسد: کیف کان فالأم احقّ با رضاعه بلاخلاف اجده فیه بل الاجماع بقسمیه علیه^۶ لذا فقها فتوا داده اند: "مادر اگر بخواهد طفل خود را شیر دهد، نسبت به دیگران اولویت خواهد داشت، مشروط بر اینکه مجاناً این کار را به عهده بگیرد، یا اجرتی بخواهد که بیش از آنچه دیگران مطالبه می کنند نباشد."^۷

حضانت حق است یا تکلیف؟

در بحث حضانت برخی از فقهاء عقیده دارند که حضانت حق فردی محض و ساده است و بنابراین قابل اسقاط و انتقال است و می توان آن را عوض چیزی قرار داد و همچنین دارنده حق حضانت را نمی توان ملزم کرد، مگر اینکه نگاه داری طفل به وسیله شخص دیگری ممکن نباشد. بنابراین نظریه مادر را مجاز می دانند که در ازای حضانت مطالبه اجرت کند. به دلیل اینکه این کار برای او تکلیف به شمار نمی رود.

نظریه دیگری نیز در بین فقهاء وجود دارد. این دسته از فقهاء معتقدند که حضانت هم حق و هم تکلیف است. بنابراین دارنده حضانت نمی تواند آن را اسقاط و یا منتقل کند و مادری



در برابر وظیفه حضانت. چنانکه گفتیم پدر موظف به تأمین نفقه است و شیر خوردن نیز حق کودک است، مادر نیز بدون اجرت موظف نیست کودک را شیر دهد مگر در شرایطی که عنوان کردیم. حال اگر پدر بخواهد کودک را از خوردن شیر مادر و مادر را از شیر دادن به فرزند خود محروم کند، چگونه است؟ آیا او می تواند با ادعای اینکه من از طریق دیگر و یا شخص دیگر می خواهم کودک را شیر دهم، ممانعت کند؟

در جواب این سؤال و این ادعا « حق

مدعی العموم نگاه‌داری از طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده اوست، الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند.^۸

از آنچه گذشت معلوم می‌شود که حضانت در درجه اول حق و تکلیف طبیعی و قانونی پدر و مادر است که طفل را به دنیا آورده‌اند و این تکلیف تا زمانی که کودک به سن بلوغ ترسیده، باقی است. در فقه امامیه به استناد پاره‌ای از روایات و احادیث، پدر و مادر در دوره ازدواج (زندگی زناشویی) از لحاظ حضانت در یک ردیف قرار دارند و آن تکلیف مشترک زوجین شناخته شده است.^{۱۰} یقیناً در زندگی مشترک که پدر و مادر و فرزندان در کانون گرم و پرمهر خانواده در کنار هم به سر می‌برند، تربیت و مراقبت و حمایت از کودکان به صورت طبیعی صورت می‌گیرد، ولی چه می‌توان کرد که گاهی طوفان حوادث آرامش حاکم بر خانواده را برهم می‌زند و تعادل را از آن می‌گیرد. پدر و مادر توان

که عهده‌دار حضانت است چون وظیفه خود را انجام می‌دهد، نمی‌تواند در ازای آن مطالبه اجرت نماید.

نظریه سوم در بین فقهای امامیه این است که در مورد حضانت بین پدر و مادر فرق است. به این معنا که اگر مادری از نگاه‌داری فرزند خودداری کند، حضانت به پدر واگذار می‌شود و اگر هر دوی آنها از آن امتناع کنند، پدر به آن مجبور می‌گردد. نتیجه این نظریه این می‌شود که حضانت نسبت به مادر حق و نسبت به پدر و مادر هم حق و هم تکلیف است.^۸

اما آنچه در قانون مدنی مورد قبول واقع شده است، نظریه دوم است. قانون تصریح دارد که: «نگاه‌داری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است.»^۹ و در ماده ۱۱۷۲ ضمن تصریح، تأکید مجدد دارد: «هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست از نگاه‌داری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای



سازگاری با هم را از دست می‌دهند و هیولای طلاق بر زندگی مشترک سایه می‌افکنند و یا اینکه دست تقدیر سرپرست خانواده را با مرگ از آنان می‌گیرد و یا به هر علت دیگری صلاحیت حضانت یکی از والدین برای تربیت کودک سلب می‌گردد. در چنین مواقعی باید از کودک حمایت شود و تکلیف او روشن گردد. در چنین جایگاهی فقه اسلامی ناگزیر اقدام به تشریح احکام کرده است تا مصلحت کودک مراعات شود و سرنوشت او در اثر حوادث و سوانح دچار آسیب جبران‌ناپذیر نشود.

چنانکه از سیاق مباحث حضانت معلوم می‌شود این مباحث بیشتر ناظر به ایام طلاق و جدایی زوجین (پدر و مادر کودک) و یا فقدان یکی از آنان است. لذا هم فتوای فقها و هم مفاد صریح قانون مدنی حضانت اطفال را در صورتی که والدین با یکدیگر به سر می‌برند، مشترکاً بر عهده پدر و مادر می‌داند، ولی بایستی از کلیه امکانات خود برای پرورش ثمره مشترک زندگی زناشویی خویش بهره‌برداری کنند. همچنانکه قانون مدنی نیز آن را به صورت مستقل چنین بیان می‌کند: « زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند »^{۱۱}، ولی چنانکه گفتیم مشکل در زمانی است که والدین از هم جدا می‌شوند. و سؤال این است که در صورت جدایی والدین حضانت کودک بر عهده کیست؟ قبل از پرداختن به پاسخ این سؤال و ادامه بحث، ذکر نکته‌ای لازم و ضروری است، و آن برخورد اسلام با موضوع طلاق است. از آنجا که هدف اسلام ایجاد پیوند میان افراد انسانی و استحکام کانون گرم خانوادگی است، طلاق را که مخالف فطرت و طبیعت انسان و برخلاف

قانون زوجیت و پیوند زن و مرد است، مورد نکوهش قرار داده، آن را شایسته سرزنش می‌شمارد و در بسیاری از متون فقهی و روایی از آن به عنوان مبغوض‌ترین حلال نام برده است. تشریح طلاق در اسلام به دلیل ضرورت ناشی از «عُسْر و حَرَج» و «حاجت» است، نه اینکه به‌عنوان «غایت و هدف» باشد و تا جایی که امکان داشته، تلاش نموده است با وضع قوانین و مقرراتی طلاق را محدود کند و فضای حیات خانوادگی را برای ادامه زندگی مشترک ترمیم نماید. البته از طرف دیگر اسلام تمایل ندارد آزادی و آرامش انسانها از بین برود و در سختی و عذاب به سر برند. از این رو برخلاف برخی از آیین‌ها که طلاق را غیرمجاز و ممنوع اعلام کرده‌اند، آن را به‌عنوان آخرین راه مداوای ناسازگاری زن و شوهر شمرده است و اگر اسلام در چنین شرایطی که زوجین به هیچ عنوان آمادگی ادامه زندگی مشترکی را ندارند، راهی برای جدایی زوجین نمی‌گذاشت، عملاً به وجود یک زندگی دشوار و همراه با شکنجه و آزار روحی و جسمی رضایت می‌داد که وقوع آثار ناگوارتری همچون قتل، انتقام، خودکشی و فساد را به دنبال می‌آورد.

از پیشوایان اسلامی در نهی از طلاق و ناپسند شمردن آن روایاتی رسیده است که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم.

علی علیه السلام می‌فرماید: تَزَوَّجُوا وَلَا تَطْلُقُوا فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَهْتَرُ مِنْهُ الْعَرْشُ.^{۱۲} « ازدواج کنید، ولی طلاق ندهید، زیرا عرش الهی از طلاق به لرزه در می‌آید. »

یا اینکه از امام صادق علیه السلام روایت شده است که فرمود: أَبْغَضُ الْأَشْيَاءِ عِنْدَ اللَّهِ الطَّلَاقُ.^{۱۳} « مبغوض‌ترین چیزهای حلال نزد

خداوند طلاق است .

مولانا همین معنا را خوش سروده است :

تا توانی پا مینه اندر فراق

ابغض الاشياء عندی الطَّلَاق

و در روایت دیگری از امام صادق علیه السلام نقل شده است که فرمودند: **إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يُحِبُّ النِّبْتَ الَّذِي فِيهِ الْفَرْسُ وَيُبْغِضُ النَّبْتَ الَّذِي فِيهِ الطَّلَاقُ وَ مَا مِنْ شَيْءٍ أَبْغَضَ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنَ الطَّلَاقِ** .^{۱۴} خداوند متعال خانه‌ای را که در آن عروسی است ، دوست می‌دارد و از خانه‌ای که در آن طلاق واقع شود، ناخشنود می‌شود و هیچ چیزی بیشتر از طلاق خداوند را غضبناک نمی‌سازد .

اسلام در جلوگیری از طلاق تنها به توصیه و سفارش اکتفا نکرده است ، بلکه تدابیر اقدامات عملی را نیز برای پیشگیری از وقوع طلاق مقرر کرده است . از جمله این اقدامات تعیین حکم و داور برای اصلاح بین زوجین است . قرآن می‌فرماید: **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** .^{۱۵} « اگر از اختلاف میان زن و شوهری نگران شدید، دآوری از خویشان مرد و دآوری از خویشان زن برگزینید، اگر آن دو قصد اصلاح داشته باشند خداوند بین آن دو موافقت پدید می‌آورد. خداوند دانا و آگاه است . »

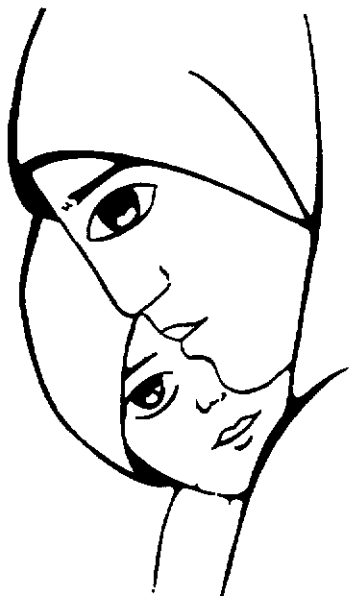
در یک نگاه اجمالی می‌توان فهمید که مراد از انتخاب حکم ایجاد سازگاری و حل اختلافات بین زن و شوهر است . این دو حکم در کار زن و شوهر و علت اختلاف و سرپیچی از وظایف همسری آنان تحقیق می‌کنند و در اصلاح آن می‌کوشند. زیرا خویشاوندان نزدیک نسبت به بیگانه و دادگاههای قضایی بسیار

دلسوزتر و حساس‌تر به سرنوشت زن و شوهر هستند و در عین حال حرمت میان زن و شوهر محفوظ می‌ماند و اسرار خانوادگی در پیش این و آن گفته نمی‌شود. همچنین در حل و فصل اختلاف تسریع می‌شود و از ریشه‌دار شدن آن جلوگیری به عمل می‌آید.

اما اگر هیچکدام از این تدابیر مؤثر واقع نشود و طلاق اجتناب‌ناپذیر گردد، مسأله مهم سرپرستی کودک است و این سؤال مطرح می‌شود که : « حضانت کودک به عهده چه کسی است ؟ »

بنابر قول مشهور فقهای امامیه، مادر تا دو سال در مورد پسر و تا هفت سال در مورد دختر بر پدر اولویت و تقدم دارد. ^{۱۶} بعضی از فقها برای مادر نسبت به حضانت دختر تا ۹ سالگی و برخی تا زمانی که دختر شوهر کند حق تقدم قائل شده‌اند. ^{۱۷} همچنین عده‌ای از فقها، اعم از اینکه کودک پسر یا دختر باشد، برای مادر تا هفت سالگی حق تقدم قائل شده‌اند. ^{۱۸} واگذاری حق تقدم حضانت کودک به مادر در سالهای نخستین زندگی امری طبیعی و منطقی است ، زیرا مهربانی و از خودگذشتگی مادر و مراقبت و مواظبت او از طفل بیشتر از هر کس دیگری است و کودک در این سنین به مادر بیش از هر شخص دیگری نیازمند است . البته پدر نیز لازم است در مر حضانت با مادر همکاری کند و از آن جهت که وی ولی قهری طفل نیز محسوب می‌گردد و اختیار گسترده‌ای راجع به امور مالی و غیر مالی او دارد، این وظیفه سنگین‌تر می‌شود.

البته در قانون مدنی از قول مشهور فقهای امامیه پیروی شده و آمده است : « برای نگاه‌داری طفل ، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت



او اولویت خواهد داشت و پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است، مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود.^{۱۹}

بنابراین در صورت جدایی والدین، اگر کودک پسر باشد فقط تا دو سال می‌تواند تحت حضانت مادر خود باشد و پس از آن می‌بایستی حضانت او را پدر بر عهده گیرد. دوران حضانت مادر در مورد دختر تا هفت سالگی ادامه می‌یابد و علت آن را نیاز بیشتر دختر به مادر بیان کرده و گفته‌اند: «دختر برای آموختن هنرها و اموری که ویژه زنان است و به‌طور کلی برای تربیتی که در خور جنس زن باشد احتیاج بیشتری به سرپرستی و نگاه‌داری و مراقبت مادر دارد.^{۲۰} البته اجرای ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی زمانی است که بین والدین در مورد حضانت اطفال اختلاف باشد، وگرنه ممکن است پدر و مادر هنگام طلاق و جدایی با یکدیگر توافق کرده، ترتیب دیگری را در مورد حضانت تعیین کنند و یا آنکه مادر تعهد کند که حضانت اطفال را شخصاً برعهده بگیرد و از پدر هم بابت نفقه وجهی مطالبه ننماید.

آنچه تا به حال گفته شد در صورتی است که والدین زنده باشند، اما اگر یکی از آنها فوت کند، بر طبق نص صریح ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی، حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل بوده، برای او قیم معین کرده باشد. چنانکه در فتاوی‌ای فقها آمده است: «... اگر پدر پس از انتقال حضانت به وی یا پیش از آن بمیرد، مادر به نگاه‌داری و تربیت کودک - خواه دختر یا پسر، هر چند که با دیگری ازدواج کرده باشد- سزاوارتر از وصی پدر و دیگر نزدیکان و فامیل است.^{۲۱}»

آنچه در این مجال قابل ذکر است این نکته می‌باشد که اگر زوجین به دلایلی نتوانسته‌اند در کنار هم زندگی کنند و برای مصلحت زندگی خویش جدایی را ترجیح داده‌اند، باید در این مرحله علاوه بر مصلحت خویش به مصلحت فرزندان نیز بیندیشند. درست است که قانون شرع حدود و حقوق را معین کرده است، ولی قانون همیشه حداقل‌ها را رعایت می‌کند. آثار دراز مدت طلاق بر کودکان بسیار زیاد و گاه جبران‌ناپذیر است. زندگی با یکی از والدین نمی‌تواند شخصیت کامل و متعادلی را در کودکان به‌وجود آورد و این نوع زندگی قادر نیست تمام نیازهای کودک را تأمین کند. به همین جهت است که شارع مقدس حدود و مرزها را در چنین مواقعی تعیین می‌کند، اما در کنار آن به توصیه‌های اخلاقی می‌پردازد که لطف و رحمت در اجرای حدود نیز فراموش نشود. آنچه بیشتر در مسأله حضانت مطرح

بلوغ با مادر زندگی می‌کند و پس از سن بلوغ به اختیار با هر یک از والدین که خواست می‌تواند، زندگی کند. برای پسر نیز سه مرحله ترسیم می‌کند: تا سن تمیز خوب و بد با مادر زندگی می‌کند. از سن تمیز تا سن بلوغ با پدر به زندگی خود ادامه می‌دهد و پس از سن بلوغ او دارای اختیار است که با هر یک از والدین خواست زندگی کند.

البته محاکم قضایی در تعیین سرپرست برای نگهداری کودک، علاوه بر اینکه لازم است شرایط و حال کودک را مورد ملاحظه قرار دهند، نسبت به احوال پدر و مادر نیز توجه دارند و صلاحیت آنان را نیز برای نگهداری کودک در نظر می‌گیرند و ای بسا آن کسی که در مطلق فتوا مقدم شمرده شده است به ملاحظه شرطی فاقد صلاحیت باشد و یا آن دیگری برای جلوگیری از مفسده‌ای اولویت پیدا کند. به‌طور مثال شورای عالی قضایی با صدور بخشنامه‌ای دادگاه‌ها را به رسیدگی ادعای عسر و حرج مادر در جدایی از فرزند ملزم ساخته است و مستند دستور رسیدگی را خلاف صریح بودن فتوا با اطلاق ماده ۱۱۷۵ قانونی مدنی دانسته است و متن فتوا این چنین است: «در صورتی که مشقت غیر قابل تحمل برای مادر است، پدر نباید فرزند را از مادر جدا کند.»^{۲۳} دادستان وقت کل کشور حضرت آیت‌الله صانعی در توضیح این مصوبه چنین گفته است: «اطلاق قوانین فقه و اطلاق قوانین مدنی، محکوم قاعده عسر و حرج است و نیز محکوم قاعده جلوگیری از فساد است.»^{۲۴} و به اعتقاد ما نیز گرفتن فرزند از مادر که علاقه شدیدی به فرزند دارد و مسؤولیتی که در تربیت او احساس می‌کند، اگر برای مادر یا خود فرزند

است توانایی پدر به تأمین معاش کودک است و از این جهت باید فرزند به او سپرده شود تا هزینه کودک بر دوش مادر سنگینی نکند، ولی کودک علاوه بر نیازهای مادی و اقتصادی نیازمند مهر و عاطفه پدری و مادری نیز هست. لذا در مسأله حضانت باید موضوع را به‌صورت موردی بررسی کرد و ویژگی‌های فردی کودک و ظرفیت او را برای تحمل جدایی از پدر یا مادر مطالبه نمود. در برخی از روایات نیز ردّیای حکم موردی را ملاحظه می‌کنیم. مثلاً در مبسوط، شیخ طوسی روایتی را مستند خود قرار داده است که این‌گونه است: «زنی خدمت پیامبر خدا (ص) رسید و گفت: این بچه من است که رحم من جایگاه او بود و شیرش داده‌ام و دامنم جای گامهای اوست. پدرش، مرا طلاق داده است و قصد دارد او را از من جدا کند (آیا من سزاوار سرپرستی کودک نیستم؟) پیامبر (ص) در پاسخ فرمود: تا هنگامی که شوهر نکنی توبه نگهداری او سزاوار هستی.»^{۲۲} بر همین اساس شیخ طوسی در مبسوط، فرزندان را به سه دسته تقسیم کرده است و در مورد هر گروه به‌صورت خاص ارائه نظر کرده است:

۱- کودک غیرممیز

۲- کودک ممیز

۳- فرزند بالغ

ولی در مورد کودک غیرممیز، سرپرستی مادر را اولی و سزاوار می‌داند و در مورد کودک ممیز، سرپرستی دختر را تا سن بلوغ برای مادر و سرپرستی پسر را برای پدر ارجح می‌شمارد. و در باره فرزند بالغ، صاحب اختیار خود فرزند را می‌شناسد که با هر یک از پدر یا مادر که بخواهد زندگی کند. به این ترتیب ایشان برای دختر دو مرحله زندگی را ترسیم می‌کند: تا سن

نیز مشکلات جدی برای ادامه زندگی مادر و یا فرزند ایجاد کند که باید محکمه بدان توجه کند. در این شماره به این مقدار بسنده می‌کنیم و در شماره آتی تنمّه بحث را همراه با موضوع حضانت کودک در فقدان پدر پی می‌گیریم.

دشوار باشد می‌تواند از مصادیق عسر و حرج باشد و وفق بخشنامه مذکور قابل رسیدگی در محاکم خواهد بود. البته باز آنچه گفته شد یک روی سکه است، شاید در مورد خاصی تحمیل حضانت به مادر

ماده ۱۱۰۴

- ۱۲- وسایل الشیعه، جلد ۱۵، صفحه ۲۶۸، شیخ حر عاملی
- ۱۳- همان مدرک
- ۱۴- مرآة العقول، جلد ۲۱، صفحه ۹۴، علامه محمد باقر مجلسی
- ۱۵- سورة نساء، آیه ۳۵
- ۱۶- جواهر الکلام، جلد ۳۱، صفحه ۲۹۰، شیخ محمد حسن نجفی
- ۱۷- قواعد الاحکام، (کتاب النکاح، المقصد الرابع و الفصل الرابع، علامه حلی، سلسله الینایع الفقهیه، جلد ۱۹، صفحه ۶۶۰
- ۱۸- جواهر الکلام، جلد ۳۱، صفحه ۲۹۱، به نقل از الحدائق الناضرة
- ۱۹- قانون مدنی، ماده ۱۱۶۹
- ۲۰- حقوق خانواده، جلد دوم، صفحه ۱۲۵، سید حسین صفاتی
- ۲۱- تحریر الوسیله، جلد ۲، صفحه ۳۱۳، امام خمینی (ره)
- ۲۲- مبسوط، جلد ۶، صفحه ۳۹، شیخ طوسی
- ۲۳- بخشنامه شماره ۱/۴۱۹۶۵، مورخ ۶۲/۹/۲۷ شورای عالی قضایی خطاب به دادگاههای مدنی خاص کشور
- ۲۴- اظهارات آیت‌الله صانعی در مصاحبه با مجله زن روز، شماره ۹۲۳، یازدهم تیر ماه ۶۲

پی‌نوشتها:

- ۱- مرده ریگ، آنچه از شخص بعد از مرگش به عنوان ارث باقی می‌ماند.
- ۲- حقوق مدنی، جلد پنجم، صفحه ۱۸۸، دکتر سید حسن امامی
- ۳- شرح لمعه، جلد ۲، صفحه ۱۲، شهید ثانی و النکاح، صفحه ۳۷۱، میرزا محمود آشتیانی
- ۴- مجله پیوند شماره ۲۰۶، صفحه ۱۹ (نگرشی بر حقوق کودک از دیدگاه اسلام)، بهرام محمدیان
- ۵- حقوق خانواده، جلد دوم، صفحه ۱۲۱، سید حسین صفاتی
- ۶- جواهر الکلام، کتاب النکاح، جلد ۳۱، صفحه ۲۸۰، شیخ محمد حسن نجفی
- ۷- مسالک الافهام، جلد ۲، صفحه ۵۴۸، شهید ثانی
- ۸- برای اطلاع بیشتر می‌توان رجوع کرد به: جواهر الکلام، جلد ۳۱، صفحه ۲۸۳-۲۸۴، شرح لمعه، جلد ۲، صفحه ۱۴۱
- ۹- قانون مدنی، باب دوم از کتاب هشتم، ماده ۱۱۶۸
- ۱۰- کتاب النکاح، فصل حضانت، صفحه ۳۷۲، میرزا محمود آشتیانی
- ۱۱- قانون مدنی، باب هشتم از کتاب هفتم،