

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم انسانی دانشگاه الزهراء (س)

سال دوازدهم، شماره ۴۱، بهار ۱۳۸۱

حضانت از دیدگاه فقه و حقوق

قدرت الله مشایخی *

چکیده

فرزند هر خانواده میوه و ثمرزندگی آن خانواده است. اولین سرپرست و معلم فرزندان پدر و مادر است که هر دو وظیفه رشد و تکامل فرزند را بر عهده دارند. در صورت اختلاف و جدایی سرنوشت فرزندان چه خواهد شد؟ آیا سرپرستی حق و تکلیف هر دو است و در صورت از دنیا رفتن هر دو جد پدری و مادری جانشین آنها خواهد شد؟ آیا جدا کردن فرزند از مادر نادیده گرفتن عواطف او نیست؟ در این مقاله نوع حضانت بررسی شده است و به پرسش‌های فوق از نظر فقه و حقوق پاسخ داده شده است.

واژه‌های کلیدی: حضانت، سرپرستی، فرزندان، مادر، پدر یا جد پدری و

مادری

مقدمه

یکی از موضوعات مسلم و قطعی از دیدگاه جامعه‌شناسان این است که اساس و شالوده جوامع بزرگ بشری را جوامع کوچک‌تر تشکیل می‌دهد و جوامع کوچک‌تر از واحدهای خانواده تشکیل می‌گردد و اگر جامعه‌های بزرگ بخواهند به رشد و تکامل خود نائل گردند باید واحدهای تشکیل دهنده این جامعه‌ها - که عبارت از واحد خانواده است - بر اساس و شالوده‌ای محکم و استوار بنا گردد. چون شخصیت‌های بزرگ آینده در خانواده‌ها نشو و نما می‌یابند از این جهت می‌توان گفت: هر چه خانواده اصالت و نجابت بیشتر داشته باشد، استحکام و ثبات جامعه‌ها بیشتر خواهد بود.

حال باید دید در مکتب نورانی و انسان‌ساز اسلام نسبت به این واحد زیربنایی چه موضوعات و مسائلی مطرح است. پدر و مادر عمود و دو درخت بارورند و فرزندان و کودکان ثمر و میوه این دو درخت می‌باشند که حفظ و صیانت آنها به عهده پدر و مادر نهاده شده است.

در این جا به مسأله مهم فقهی و حقوقی برخورد می‌نماییم به نام «حضانت و نگهداری فرزندان» و این پرسش‌ها به ذهن هر پرسشگری پدید می‌آید که:

آیا در این مسأله مهم و اساسی پدر و مادر یکسان هستند یا بر اساس اولویت‌ها وظیفه دارند؟ در صورت اختلاف و جدایی پدر و مادر سرنوشت فرزندان چه خواهد شد؟

آیا جدا کردن فرزندان از مادر نادیده گرفتن عواطف او است؟

در صورتی که یکی از آنها از دنیا رفت یا صلاحیت او سلب شد، آیا ولایت و سرپرستی به

دیگری واگذار می‌شود؟

و اگر هر دو از دنیا رفتند و سلب صلاحیت شدند چه کسی یا کسانی جانشین آنها می‌شود؟

جد پدری و یا اجداد پدری و مادری و یا سایر اقرباء مطابق قانون ارث؟ در این مقاله مسائل فقهی و حقوقی اختلافات دیدگاهها در این موضوع تحلیل و بررسی شده است.

حضانت در لغت

«حضانت» در لغت به معنای زیربال گرفتن پرنده است تخم‌های خود را برای پدید آمدن جوجه. حضانت - به فتح کسر - اسم مصدر است و زیر بغل تا پهلو را حضن گویند.^۱

«حضن و حضانت» عبارت است از حفظ و صیانت چیزی و از همین باب است حفظ کردن زن، فرزند خود را و حفظ کردن پرنده، تخم خود را.^۲

حضن: بغل، آغوش، در حضن تربیت وی نشو و نما یافت.^۳

حضانت طفل عبارت است از در بر گرفتن او و چسبانیدن او به سینه و تربیت نمودن آن.^۴

بنابر آنچه در کتاب‌های لغت آمده است حضانت عبارت است از حفظ نمودن مادر فرزند خود را و شیر دادن و سرپرستی فرزند و تربیت او در مدتی که نیاز به سرپرستی دارد تا وقتی استقلال خویش را باز یابد. فقهاء در تعریف حضانت و قلمرو آن عبارات مختلفی نقل کرده‌اند که به برخی از آنها اشاره می‌نماییم:

معنای اصطلاحی «حضانت» و قلمرو آن

صاحب جواهر می‌فرماید: «حضانت - به فتح کسر - آن‌گونه که در کتاب قواعد و مسالك آمده چنین است: ولایت و سرپرستی و سلطنت بر تربیت فرزند و محافظت نمودن و به آن چه نیازمند است؛ از نظافت و شستشوی لباس و بدن و تر و خشک کردن آن و سایر احتیاجات و مانند نگهداری و خوابانیدن و سرمه به چشم او کشیدن».^۵

۱. «حضن الطائر بیضه (حضناً): ضَمَّهُ تَحْتَ جَنَاحِهِ، وَ الْحَضَانَةُ - بِالْفَتْحِ وَ الْكسْرِ - اسْمٌ مِنْهُ، وَ الْحَضْنُ مَا دُونَ الْإِبْطِ إِلَى الْكَشْحِ؛ مصباح المنیر، ص. ۱۴۰، لغت حضن
۲. «حَضْنٌ وَ هُوَ حِفْظُ الشَّيْءِ وَ صِبَاغَتُهُ... وَ مِنَ الْبَابِ حَضْنُ الْمَرْأَةِ وَلَدَهَا، وَ كَذَلِكَ حَضْنُ الْحَمَامَةِ بَيْضَهَا؛ معجم مقایس اللغة، ج ۲، ص. ۷۴.
۳. فرهنگ جامع بزرگ نوین، ج ۱، ص. ۳۱۲.
۴. فرهنگ دکتر معین، ج ۱، ص ۱۳۶۱.
۵. «ولایة و سلطنة علی تریبة و سلطنة علی تریبة الطفل و ما یتعلقُ بها من مصلحة حفظه و جعله فی سربره و کخله و تنظیفه و غسل خرقه و ثیابه و نحو ذلك»؛ جواهر الکلام، ج ۳۱، ص. ۲۸۴.

آیت الله العظمی خمینی می‌فرماید:

«مادر سزاوارتر است به سرپرستی و نگهداری فرزند و تربیت نمودن او و آنچه در مصالح حفظ او نقش دارد در مدت شیرخوارگی که عبارت از دو سال است در صورتی که مادر، مسلمان و آزاد و عاقل باشد؛ فرزند دختر باشد یا پسر؛ خود او را شیر دهد یا دیگری. پس برای پدر جایز نیست که در این مدت فرزند را از مادر بگیرد گرچه او را از شیر بازگرفته و آن‌گاه که مدت شیر دادن پایان یافت پدر به پسر سزاوارتر و مادر به دختر سزاوارتر است تا هفت سالگی دختر».^۱

آیت الله العظمی خوئی می‌فرماید: «مادر به سرپرستی و نگهداری فرزند سزاوارتر است در صورتی که بخواهد، و آزاد و مسلمان و عاقل و امین بر فرزند باشد تا مدت دو سال؛ گرچه دختر باشد و بهتر آن است که در تحت سرپرستی مادر باشد تا هفت سالگی؛ گرچه فرزند پسر باشد، و در صورتی که مادر ازدواج نماید سرپرستی او ساقط می‌شود».^۲

علامه در کتاب «قواعد الاحکام» می‌فرماید:

«حضانت عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت فرزند،^۳ و این تعبیر در واقع همان نگاهداری فرزند و تربیت نمودن او است.

از مجموع آنچه ذکر شد معنای حضانت در لغت و اصطلاح فقهاء عبارت است از نگاهداری و تربیت نمودن فرزند که حق و تکلیف پدر و مادر است تا رسیدن به سن بلوغ و رشد. پس از آن فرزند خود مستقل می‌شود و نیازی به دیگران ندارد، مگر موارد استثنایی مانند جنون و دیوانگی یا سفاهت و نادانی که آن خود حکم دیگری دارد.

حال که معنای لغوی و اصطلاحی حضانت روشن شد به مباحثی که در آن مطرح شده

می‌پردازیم.

۱. «الأم أحق بحضانة الوالد و تربیته و ما یتمتع بها من مصلحة حفظه مدة الرضیع ای الخولین إذا كانت حرة مسلمة عاقلة ذكراً كان أو أنثی سواء أرضعته هی بنفسها أو بغيرها، فلا یجوز للاب أن یأخذها فی هذه المدّة منها و إن قطعته علی الاحوط فإذا انقضت مدّة الرضاع فالأب أحق بالذكور و الأم بالأنثی حتی تبلغ سبع سنین من عمرها» تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۱۲.
۲. «الأم أحق بحضانة الولد ان شاءت إذا كانت حرة مسلمة عاقلة مأمونة علی الولد الی ستین و ان كان أنثی، و الاولی جعله فی حضانة الأم الی سبع سنین و ان كان ذكراً و تسقط الحضانة لو تزوجت»، منهاج ۲، ص ۲۸۷.
۳. «الحضانة و هی ولایة و سلطنة علی تربية الطّفّل»، قواعد الاحکام، کتاب نکاح، ص ۵۱.

اولین مطلبی که باید روشن شود این است که در تعریف حضانت همان‌گونه که در کتاب قواعد و مسالک آمده تعبیر به ولایت پدر و مادر شده آیا این ولایت با ولایتی که پدر بر اموال و حقوق مالی او دارد یکسان است؟ به طور مسلم می‌توان گفت که با هم فرق دارند. از این جهت صاحب جواهر می‌فرماید که اگر این ولایت مانند سایر ولایات باشد قابلیت اسقاط را از طرف مادر ندارد و هم‌چنین مادر نمی‌تواند مطالبه اجرت نسبت به نگهداری و حفظ فرزند داشته باشد و حال آن‌که در عبارات فقهاء آمده بود که مادر سزاوارتر است به حضانت فرزند در صورتی که بخواهد. از این تعبیر معلوم می‌شود که مادر

می‌تواند این حق را اسقاط کند و آن‌گونه که بعد روشن خواهد شد مادر می‌تواند مطالبه اجرت نماید، پس معلوم می‌شود تعبیر ولایت در بحث حضانت با سایر ولایات‌ها فرق دارد.^۱

ماده (۱۱۷۶) قانون مدنی مقرر می‌دارد که مادر مجبور نیست به طفل خود شیر دهد مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد.^۲

بدین ترتیب برخلاف مورد حضانت که حق مادر از لوازم تکلیف او است، شیر دادن به واقع حق مادر است اگر بخواهد از این حق استفاده کند پدر یا مقام عمومی نمی‌تواند مانع او شود، ولی هرگاه مایل نباشد اجبار او امکان ندارد.

بعد از این مطلب صاحب جواهر سخن صاحب ریاض را نقل می‌کند که فرموده: شبهه‌ایی در این نیست که حضانت حق کسانی است که ذکر شد ولی آیا این حق قابل اسقاط است، می‌گوید: مقتضای اصل این است که بتواند آن را اسقاط کند و شهید نیز در کتاب قواعد خود می‌گوید: هرگاه مادر از وظیفه حضانت سرپیچی نماید پدر سزاوارتر از همه بر این امور است.^۳

۱. جواهر الکلام، جلد ۳۱، ص ۲۸۴.

۲. مجموعه قوانین و مقررات خانواده، غلامرضا حاجتی اشرفی، صفحه ۵۷ و حقوق مدنی خانواده، دکتر ناصر کاتوزیان، ۲، ص.

۱۴۳.

۳. القوائد و الفوائد، جلد ۱، ص. ۳۹۶.

آیا حضانت حق یا تکلیف است؟

فقه‌های امامیه در این باره اختلاف نظر دارند. بعضی از فقهاء معتقدند که حضانت یک حق فردی و ساده است و قابل اسقاط و انتقال است و دسته دیگر معتقدند که حضانت هم حق است و هم تکلیف، بنابراین قابل اسقاط یا انتقال یا عوض در طلاق خلع نخواهد بود و مادری که وظیفه خود را انجام می‌دهد نمی‌تواند اجرت بگیرد.^۱

قانون مدنی نظریه دوم را پذیرفته است:

در ماده ۱۱۶۸ چنین آمده است - نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است و ماده ۱۱۷۲ می‌گوید، هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که طفل به عهده آنها است از نگاه‌داری او امتناع کنند در صورت امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی العموم نگاه‌داری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده او است الزام کند.^۲

چه کسانی عهده‌دار حضانت هستند؟

حق حضانت در درجه اول حق و تکلیف طبیعی و قانونی پدر و مادر است و در بین فقهاء درباره این که این حق به طور مساوی بین آن دو می‌باشد یا این که یکی بر دیگری اولویت دارد اختلاف است. این فهد در کتاب «مذهب البارع در شرح مختصر النافع» می‌گوید: اجماع داریم بر این که حضانت بین پدر و مادر در دو سال به طور اشتراک و بعد از بلوغ حضانت ساقط می‌شود.^۳

۱. مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۱، ص. ۵۸۱.

۲. حقوق خانواده، دکتر حسین صفائی، دکتر اسدالله امامی، ص ۳۴۶.

۳. وقع الاجماع علی اشتراك الحضائنة بین الأبویین مدة الحولین و علی سقوطها بعد البلوغ، مذهب البارع، کتاب نکاح، ص.

ماده (۱۱۶۸ ق - م) تا زمانی که پدر و مادر زنده هستند و صلاحیت نگاه‌داری از فرزند خود را دارند حضانت با آنان است و هیچ‌یک از خویشان پدری یا مادری نمی‌توانند در این مورد ادعایی کنند.^۱

اما درباره بعد از دو سال نظرات گوناگونی وجود دارد.

نظریه اول: شیخ در نهاییه و ابن ادریس و ابن براج و عده‌ای دیگر می‌گویند بعد از دو سال حق حضانت پسر با پدر و حق حضانت دختر تا هفت سالگی با مادر است.

بعد از پدر و مادر که مشترک در امر حضانت هستند یک نظر این است که پدر سزاوارتر است به پسر و مادر سزاوارتر است به دختر تا هفت سالگی و این نظر شیخ و ابن ادریس و دیگران است.^۲

نظریه دوم: شیخ مفید و سلار حق حضانت مادر را تا نه سالگی می‌دانند.^۳

نظریه سوم: مادر تا وقتی ازدواج نکرده اولویت دارد. این قول دیدگاه شیخ مفید است.^۴

نظریه چهارم: مادر نسبت به دختر اولویت دارد تا وقتی ازدواج نکرده است. در مورد پسر تا هفت سالگی مسئولیت با مادر است. این نظر ابن جنید و شیخ در خلاف است.^۵

نظریه پنجم: بعد از طلاق در صورت اختلاف پدر و مادر پدر سزاوارتر است و در صورت نبود اختلاف، مادر تا هفت سالگی حضانت دختر و پسر را به عهده دارد.^۶

مجموعه علمی و پژوهشی
فصلنامه علمی - پژوهشی
علوم انسانی

۱. حقوق مدنی خانواده، جلد ۲، صفحه ۱۵۸.

۲. "اما بعد هما فقیل انّ الأب احقّ بالذکر و الأم احقّ بالانثی حتی تبلغ سبع سنین و هو قول الشیخ فی النهایة و ابن ادریس و ابن

البراج و المحقق" حدائق الناضرة، جلد ۲۵، صفحه ۸۷.

۳. عبارت شیخ در کتاب مقننه چنین است: "و إذا فصل الصبی من الرضاع كان الأب احقّ بكفاله من الأم و الأم احقّ بكفالة البنت حتی تبلغ سبع سنین الا ان تزوج فإن تزوجت كان الأب احقّ بكفالة البنت حیثنذ" - مقننه شیخ مفید، صفحه ۸۲ باب الحکم فی اولاد المطلقات؛ آنگاه که فرزند از شیر گرفته شد پدر سزاوارتر است به کفالت او از مادر و مادر سزاوارتر است به کفالت دختر تا سنّ نه سالگی مگر این که مادر ازدواج کند که در صورت ازدواج مادر، پدر به کفالت دختر سزاوارتر است.

۴. مقننه شیخ مفید بلب الحکم فی اولاد المطلقات صفحه ۸۲.

۵. خلاف شیخ طوسی کتاب نفقات جلد ۳، صفحه ۸۲، مسئله ۳۶.

۶. حدائق الناضرة، ج ۲۵، ص. ۸۷.

نقد نظریه ابن فهد

ابن فهد ادعای اجماع نمود بر تساوی و مشترک بودن حق حضانت بین پدر و مادر و آیه ۲۳۳ سوره بقره نیز ممکن است دلالت بر این معنا داشته باشد: «مادران فرزندان خود را دو سال تمام شیر می‌دهند این برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل نماید و بر آن کس که فرزند برای او متولد شده (پدر) لازم است خوراک و پوشاک مادر را به‌طور شایسته بپردازد، هیچ کس موظف به بیش از مقدار توانایی خود نیست نه مادر (به خاطر اختلاف با پدر) حق ضرر زدن به کودک دارد و نه پدر و بر وارث او نیز لازم است

این کار را انجام دهد و اگر آن دو با رضایت یکدیگر و شورت بخواهند کودک را (زودتر) از شیر بازگیرند گناهی بر آنها نیست و اگر (با عدم توانایی یا عدم موافقت مادر) خواستید دایه‌ای برای فرزندان خود بگیرید گناهی بر شما نیست به شرط این که حق گذشته مادر را به‌طور شایسته بپردازد و بدانید خدا به آنچه انجام می‌دهید بینا است.^۱

و روایت داود بن حصین ممکن است ظهور در کلام ابن فهد داشته باشد:

محمد بن یعقوب از ابی علی اشعری از حسن بن علی از عباس بن عامر از داود بن حصین از امام صادق (ع) درباره آیه فوق نقل می‌کند که فرمود: مادامی که فرزند در رضاع مادرانست بین پدر و مادر بالسویه است و وقتی که از شیر گرفته شد پدر به او سزاوارتر است و اگر پدر از دنیا رفت مادر از سایر بستگان به او سزاوارتر است.^۲

اما اجماع مورد ادعای ابن فهد اعتباری ندارد چون اکثر علما به خلاف آن فتویٰ داده‌اند. اما روایت داود بن حصین صدر آن با ذیل آن که اختلاف مرد و زن را بیان می‌کند و می‌گوید مرد

۱. و الوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد ان یتم الرضاعة و علی المولودله رزقهن و کسوتهن بالمعروف لانکلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها و لا مولودله بولده و علی الوارث مثل ذلك فان ارادا فصلاً عن تراضی منهما و تشاور فلا جناح علیهما ان تسترضعوا اولادکم فلا جناح علیکم اذا سلمتم ما آتیتم بالمعروف و اتقوا الله و اعلموا ان الله بما تعلمون بصیر، سوره بقره، آیه ۲۳۳.

۲. محمد بن یعقوب، عن ابی علی الاشعری، عن الحسن بن علی، عن العباس بن عامر، عن داود بن الحصین، عن ابی عبدالله (ع) قال: و الوالدات یرضعن اولادهن، قال: مادام الولد فی الرضاع فهو بین الابوین بالسویه، فاذا فطم فالأب احق به من الام فاذا مات الاب فالام احق به من العصبية... وسائل الشیعه، ج ۱۵، کتاب نکاح، باب ۸۱، از ابواب احکام اولاد، ص. ۱۹۰.

می تواند فرزند را از مادر بگیرد معارضه دارد. به علاوه ممکن است مراد از مساوی بودن زن و مرد این باشد که مادر شیر می دهد و پدر اجرت می دهد و تربیت فرزند بر هر دو آنان است.^۱ اما راجع به اختلاف نظریه فقهاء باید گفت: علت اصلی اختلاف، روایات متعددی است که پیرامون حضانت وارد شده و هر گروه بین روایات به گونه ای جمع کرده است. نظریه دوم که از شیخ مفید نقل شده به گفته صاحب حدائق - خبرشناس بزرگ - در حدیثی وارد نشده است. وی احتمال می دهد که در دست شیخ روایتی بوده که به دست ما نرسیده است.^۲ احتمال دیگر این است که روایاتی که در مورد هفت سالگی وارد شده به علت شباهت کلمه «سبع» و کلمه تسع با هم اشتباه شده است.

اما قول چهارم که مادر نسبت به دختر اولی است مادامی که ازدواج نکرده و نسبت به پسر تا هفت سالگی حق حضانت دارد دلیل کافی ندارد و ابن ادریس از آن به گونه ای سخن می گوید که صاحب حدائق با این که نظر علمی وی را می پذیرد اما از نحوه بیان او انتقاد می کند. چون معتقد است که آنچه را که شیخ در این گفتار آورده گفتار مخالفین است و آنچه را که ما انتخاب کردیم نظر صحیح است چون پدر در همه حالات به فرزند اولویت دارد. این قول صاحب حدائق است.^۳

نظر دیگر نظر مفید رحمه الله علیه است، مبنی بر این که مادر تا ازدواج نکرده حق حضانت دارد.^۴ این دیدگاه با روایات دیگر تعارض دارد و باید شیوه ای در جمع آنها جستجو کرد. این روایات که در باب ۸۱ از ابواب احکام اولاد ذکر شده است در کتاب وسائل الشیعه در تعدادی از این روایات حضانت را تا دو سال مربوط به مادر دانسته است. در دسته دیگر حق حضانت تا هفت سال در اختیار مادر است و در دسته سوم حق حضانت به پدر داده شده است.^۵

۱. ریاض المسائل، ج ۲، کتاب نکاح، ص ۱۶۲.

۲. حدائق الناضره، ج ۲۵، ص ۸۹

۳. حدائق الناضره، ج ۲۵، ص ۸۸

۴. مقته شیخ مفید صفحه ۸۲

۵. وسائل الشیعه، جلد ۱۵، کتاب نکاح باب ۸۱ از ابواب احکام اولاد.

جمع بین روایات

دو نظر در جمع بین روایات آمده است: یکی نظر مشهور فقهاء که قانونی مدنی نیز مطابق آن است این که حضانت پسر بعد از دو سال و حضانت دختر بعد از هفت سال به عهده پدر قرار داده شده است؛ و نظر نویسنده مقاله نیز دیدگاه مشهور است.

جمع دیگر روش صاحب حدائق است. ایشان می‌فرماید: اگر نزاع بین پدر و مادر نباشد، حضانت فرزند اعم از پسر و دختر به عهده مادر است و اگر نزاع باشد بعد از دو سال حضانت به عهده پدر است.^۱ با توجه به روایات شاهد قوی بر این جمع نیست. بنابراین می‌توان گفت نظریه مشهور نظریه متقنی است و قانون مدنی نیز از همین نظریه متابعت کرده است.

توجه همه جانبه اسلام در مسأله حضانت

از آن‌جا که حضانت مسأله‌ای بسیار مهم است و در واقع قسمت مهم سرنوشت کودک به اجرای صحیح آن بستگی دارد، پدر و مادر نمی‌توانند به این آسانی شانه از زیر بار مسئولیت خالی کنند. مادر حتی اگر تصمیم بگیرد و رضاع و شیر دادن فرزند را از خود اسقاط کند، نمی‌تواند حق حضانت را به آسانی از خود ساقط نماید. بزرگ کردن و تربیت نمودن فرزند به عهده پدر و مادر گذاشته شده است، لذا در آن به همه جهات توجه کافی شده است.

تفاوت بین زن و مرد چرا؟

اگر تفاوت وظیفه میان زن و مرد پیدا می‌شود بی‌توجهی به نقش هیچ‌یک از پدر و مادر نیست. بعضی گمان کرده‌اند انتقال حق حضانت پس از مدتی از زن به مرد بی‌توجهی به عاطفه مادر است در صورتی که در این مسأله سخن از مصالح و حقوق فرزند است نه تنها ارضای عاطفه مادر. ما در نقل اقوال - که از نقل روایات سرچشمه گرفته است - دیدیم که در همه روایات به جنبه عاطفی مادر توجه کامل شده است و در تمام مذاهب اسلامی حق حضانت را تا دو

و هفت سالگی از مادر دانسته‌اند.^۱ چگونه ممکن است کسی به خود اجازه دهد و بگوید اسلام عاطفه مادر را جریحه‌دار می‌کند؟ اسلام در عین توجه به عاطفه مادر مصلحت فرزند را مورد توجه کامل قرار داده است.

کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان

این کنوانسیون خواستار همانندسازی تمام احکام تکالیف و حقوق زن و مرد شده است. بنابراین می‌توان گفت اختلاف در حضانت از مصادیق تمایز است و کنوانسیون هرگونه تبعیض را منفی می‌داند.^۲

در پاسخ باید گفت: هر اختلاف کمی به معنای تبعیض نامشروع نیست، آنچه ظلم تلقی شود ناشایست است. در تطبیق ظلم بر «اختلاف در حکم» به دو گونه احکام دست می‌یابیم که بعضی اختلاف‌ها ظلم تلقی می‌شود و بعضی عین عدل است. اسلام با توجه به مصالح مختلف و توان افراد و پیوستگی تاسیسات خود احکامی را بیان می‌کند.

در حضانت آنچه از دوش زنان برداشته شده وظائف و مشقات اداره معاش کودک و مسئولیت‌های ناشی از آن است، اما از جهت عاطفی فقهاء معتقدند که فرزند حق ملاقات و در کنار مادر بودن را داراست. مثلاً در طلاق که در نهایت به دست زوج است، حضانت فرزندان و مسئولیت سنگین حفظ و نگهداری آنان بر دوش مرد یکی از راه‌های محدود کردن، طلاق است تا مردان به سادگی زنان را طلاق ندهند. اگر زوجی مطمئن شود که بعد از طلاق وظیفه نگهداری کودکان بر دوش او نیست و به راحتی به دوران مجرد بر می‌گردد راحت‌تر تصمیم به طلاق

۱. علماء حنفی مذهب گفته‌اند: سزاوارترین مردم به حضانت، مادر است چه در حال ازدواج با همسر باشد یا در حال طلاق. سپس بعد از او مادر او و مادر مادر او. علماء مالکی و شافعی و حنبلی مشابه همین را با مختصر تفاوتی بیان کرده‌اند، الفقه علی مذاهب الأربعة عبدالرحمن جزیری، جلد ۴، صفحه ۵۲۱.

۲. کتاب نقد شماره ۱۲، حقوق زن، ص. ۱۳۷.

می‌گیرد در حالی که بار سنگین اداره همه جانبه فرزندان سبب می‌شود که راحت تصمیم به طلاق نگیرد، در نتیجه خانواده کم‌تر صدمه می‌خورد و آمار طلاق کمتر می‌شود.^۱

نکته دیگری که مهم است بدان اشاره شود شرایط تحقق حضانت است که برای صاحبان حق شرایط و قیودی قرار داده شده است که در صورت تخلف از آن، حق ساقط می‌شود که ما به آن قیود و شرایط که در کتب فقهی آمده اشاره می‌نمائیم.

شرایط حضانت مادر

- ۱- اول این است که مادر مسلمان باشد در صورتی که فرزند مسلمان است، چون مادر غیرمسلمان سرپرستی و نگاه‌داری طفل مسلمان را نمی‌تواند به عهده بگیرد و علت آن این است که مادر ممکن است او را از اسلام برگرداند.
 - ۲- دوم این که مادر آزاد باشد، أمه و کنیز نباشد چون کنیز تمام کار و برنامه‌اش متعلق به مولی است و وقت فراغت برای حضانت طفل را ندارد و دیگر این که حضانت برای تربیت است و این ممکن است نوعی ولایت بر طفل محسوب شود و کنیز چنین ولایتی ندارد.
 - ۳- مادر باید عاقله باشد، بنابراین نگاه‌داری به وسیلهٔ مادر مجنون و دیوانه درست نیست، زیرا خود دیوانه احتیاج به سرپرستی دارد، چگونه می‌توان سرپرستی طفل را به عهده او گذاشت؟ و در این باره فرقی نیست که جنون هیشگی باشد یا ادواری.
- دیدگاه علماء حنفی: «یشترط فی الحضانة امور احدها ان لا ترتد فان ارتدت سقطت حقها» شرط است در کسی که حضانت را به عهده گرفته این که مرتد نشده باشد اگر زن مرتد شد حضانت ساقط می‌شود.
- علمای شافعی: «یشترط للحضانة سبع شروط احدها ان یکون عاقلاً فلا حضانه لمجنون» - در حضانت هفت شرط وجود دارد یکی این که عاقل باشد پس دیوانه نمی‌تواند حضانت را به عهده بگیرد.

علمای حنبلی: «یشترط للحضانه اولاً ان یکون الحاضن عاقلاً» شرط است در حضانت شخص حضانت کننده دارای عقل باشد.

علمای مالکی: «یشترط فی الحاضن ذکراً کان او اثنی شروطاً الاولُ العقل» شرط است حاضن - چه مرد باشد چه زن - شروطی که اول آنها عاقل بودن آن است.^۱

حکم ماده (۱۱۷۰) اعلام می کند اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا به جنون شود حق حضانت با پدر خواهد بود.^۲

ماده (۱۱۷۳) اصلاحی ۱۳۷۸/۸/۱۱ - هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر و مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم و یا به تقاضای رئیس حوزه قضائی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند و موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است.

۱- اعتیاد زیان آور به الکل، مواد مخدر و قمار

۲- اشتهار به فساد اخلاق و فحشاء

۳- ابتلاء به بیماری های روانی با تشخیص پزشکی قانونی

۴- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود به مشاغل ضد اخلاقی

۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.^۳

و در این که اگر مادر مرض مزمنی دارد که امید بهبودی در او وجود ندارد همانند سل و فلج که مانع از نگاهداری مادر است دو احتمال داده شده است: احتمال اول این که ملحق به مجنون باشد بنابراین نمی تواند سرپرست کودک باشد، و احتمال دوم این که گفته شود در چنین فرضی

۱. الفقه علی مذاهب الأربعة، جلد ۴ صفحه ۵۲۲-۵۲۳.

۲. حقوق مدنی خانواده، جلد دوم، صفحه ۱۷۰.

۳. مجموعه قوانین و مقررات خانواده، صفحه ۵۸.

اصل، عدم سقوط ولایت چنین مادری است؛ گرچه خود نمی‌تواند انجام وظیفه نماید لکن قدرت بر استنابه دارد بنابراین می‌توان گفت به مجنون ملحق نیست.^۱

۶- چهارم این که مادر ازدواج نکرده باشد چون در صورت ازدواج حق همسر به عهده او قرار می‌گیرد و دیگر قادر بر ادای حق حضانت نمی‌باشد. به علاوه روایت هم بر این مطلب دلالت دارد که به یکی از آنها اشاره می‌نمائیم:

«زنی به محضر پیامبر آمد عرضه داشت: این فرزند من است، شکم من ظرف پرورش وجود او بوده و سینه‌ام مرکز شیر و غذای او و دامن و خانه‌ام مرکز و مکان رشد او. لیکن پدر او مرا طلاق داده و تصمیم گرفته فرزندم را از من بگیرد. پیامبر در پاسخ به او فرمودند تو به فرزندت سزاوارتری تا مادامی که ازدواج نکرده‌ای.»^۲

و هم‌چنین روایت مرسله منقروی است که نقل می‌کنند از امام صادق (ع) سؤال شد از مردی که همسر خود را طلاق داده و دارای فرزند می‌باشند کدام یک به نگاه‌داری فرزند سزاوارترند. حضرت فرمودند زن سزاوارتر است در صورتی که ازدواج نکرده باشد.^۳

در این دو حدیث که اولی عامی و از پیامبر نقل شده و دومی مرسله از امام صادق نقل شده و عام بودن حدیث به ادعای عدم خلاف در مسأله و اجماع، جبران ضعف شده است. مضمون این دو بیان این است که حق ازدواج زن را از ادای، حق حضانت باز می‌دارد و فرقی نیز در این باره نیست که زن با نزدیکان شوهر اولی ازدواج کند یا به غیر آن.

۷- زن باید دارای صفت امانت باشد بنابراین سرپرستی زن فاسق درست نیست چون فاسق ولایت ندارد و دیگر این که در حفظ فرزند ممکن است خیانت و کوتاهی کند به علاوه این که نگهداری چنین مادری بی‌ارزش است چون او را به روش و رفتار خود تربیت می‌کند. سرزمین وجود فرزند

۱. مسالک الافهام، ج ۱، ص ۵۸۲.

۲. سنن ابن داود، ج ۲، ص ۲۸۳ و جواهر الکلام ج ۳۱، ص ۲۸۹، به نقل از سنن بیهقی ج ۸، ص ۴.

۳. عن علی بن ابرهیم... عن المنقروی عن ذکره قال: سئل ابو عبدالله (ع) عن الرجل يطلق امراءته و بینهما ولد اینهما احق بالوالد

مالم تنزوج، و مسائل الشیعه، ج ۱۵، باب ۸۱، از احکام اولاد حدیث ۴.

مانند سرزمین خالی از هر بذر و گیاه است و استعداد پذیرش هر نوع بذری دارد و بذر مادر فاسق در سرزمین وجود کودک او سبز می‌شود و این خلاف عقیده مکتب اسلام است.

۸- شرط ششم این که مادر باید در خانه و وطن اقامت داشته باشد. بنابراین اگر مسافرت کند یا نقل مکان نماید به جایی که نماز او شکسته می‌شود حق حضانت و سرپرستی او باطل می‌شود. مثل این که مادر از شهر به روستا برود که در آنجا وسائل تعلیم و تربیت یا وجود ندارد و یا کم است. این شش شرط را صاحب مسالک به طور مشروح در کتاب خود متذکر شده است.^۱ و اینکه به ماده حقوقی قانونی جدید نیز اشاره می‌نمائیم:

حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدران‌شان به مقام والای شهادت رسیده و یا فوت شده باشند با مادران آنها خواهد بود و هزینه متعارف زندگی این فرزندان چنانچه از موال خودشان باشد، در اختیار مادران‌شان قرار می‌گیرد مگر آن که دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر، حکم به عدم صلاحیت کند. تبصره یک - مقصود از محجور در این قانون مجنون یا سفیهی است که حجرش متصل به صغر باشد.

تبصره دو - ازدواج مادرائی که در ماده واحده ذکر شده است مانع از حق حضانت آنها نمی‌گردد.

تبصره سه - حدود هزینه متعارف توسط دادگاه معین و به مادر یا نماینده قانونی او پرداخت خواهد شد.

تبصره چهار - در مواردی که تعیین حدود هزینه متعارف یا عدم صلاحیت مادر به فرزند شهداء در دادگاه مطرح باشد، بنیاد شهید موظف است کارشناس خود را به دادگاه معرفی کند.

قانون فوق مشتمل به ماده واحد و چهار تبصره در روز یکشنبه ششم مردادماه یکهزار و سیصد و شصت و چهار مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۶۴/۵/۱۲ به تأیید شورای نگهبان رسیده است.^۲

۱. مسالک الافهام، ج ۱، ص. ۵۸۲.

۲. مجموعه قوانین و مقررات حقوقی، تدوین جهانگیر منصور، جلد دوم صفحه ۶۰۲.

وظیفه حضانت در صورت نبود پدر یا مادر

تاکنون آن‌چه مربوط به حضانت پدر و مادر بود مورد بحث قرار گرفت حال به این مسأله بپردازیم که اگر پدر و مادر از دنیا رفتند و یا شرایط حضانت را از دست دادند نگاه‌داری کودک به عهده چه کسی قرار می‌گیرد؟ این مسأله در بین فقهاء مورد اختلاف واقع گردیده و نظرات گوناگونی در این باره مطرح شده است که به برخی از آنها اشاره می‌نمائیم و این مطلب هم معلوم است که اختلاف انظار از نبودن روایات صریح و روشن سرچشمه می‌گیرد.

۱- در صورت فقد پدر و مادر، حضانت مربوط به پدر می‌شود گرچه برادران و خواهران نیز هستند و در ارث بردن با جد شرکت دارند. محقق و علامه در غیر کتاب مختلف و شیخ طوسی در موضعی از مبسوط و ابن ادریس این نظر را انتخاب کرده‌اند.^۱

۲- در صورت فقد پدر و مادر وظیفه منتقل به اجداد می‌شود و این اجداد مقدم بر برادران هستند، گرچه برادران در ارث بردن با اجداد شرکت دارند و فرقی هم بین اجداد پدری و مادری نیست و در صورتی که اجداد نباشند آن وقت منتقل به سایر ورثه می‌گردد این نظر را علامه در ارشاد انتخاب کرده و حکم اجداد را در صورت تعدد و علو مجمل گذاشته است.^۲

۳- در صورت فقد پدر و مادر بیشتر فقهاء^۳ حکم حضانت طفل را به بقیه نزدیکان و اقربای او گذاشته‌اند و ترتیب ارث بردن را در این مسأله مطرح کرده‌اند و استدلال به آیه قرآن کرده‌اند:

«و آنان که ایمان آورده‌اند و بعد از شما (یا بعد از صلح حدیبیه) هجرت کردند و به اتفاق شما در راه دین جهاد کردند آنها نیز از شما هستند و ارث مراتب خویشاوندان در کتاب بعضی بر بعضی دیگر مقدم شده و خدا به هر چیز و به همه مصالح خلق دانا است.»^۴

۱. حدائق، ج ۲۵، ص ۹۶.

۲. مدرک بالا

۳. المسئلة الرابعة - قد اختلف الاصحاب في حكم الحضانة مع فقل الأبوین... و الأكثر في هذه المسئلة على تعدی الحكم الى باقي الارقاب

۴. والذین آمنوا من بعد و هاجروا و جاهدوا معکم فاولئک منکم و اولوالارحام بعضهم اولی ببعض فی کتاب الله ان الله بک شیء علیم، سوره انفال آیه ۷۵ و آیه ۶ سوره احزاب

این دسته از فقهاء که دارای اکثریت هستند از آیه فوق چنین فهمیده‌اند که اولویت در آیه شریفه شامل ارث و حضانت و غیر این دو می‌شود. این دلیل آنان این است که فرزند نیاز به تربیت و سرپرستی دارد و ناچار باید کسی به این امر و وظیفه قیام کند و طبق قاعده نزدیک‌ترین افراد به قیام این وظیفه از دورترین سزاوارترند. بنابراین در صورت نبود پدر و مادر این وظیفه به اقرباء و کسانی که وارث خواهند بود تعلق می‌گیرد و آنان باید نگاه‌داری طفل را برعهده گیرند.

اگر وارث یک نفر باشد انجام این وظیفه به عهده اوست. اگر متعدد باشند بین آنها قرعه کشیده می‌شود. قرعه به نام هر کس در آمد او موظف به نگهداری خواهد بود و صاحب مسالک این نظر را مورد اعتماد می‌داند، آن گونه که صاحب حدائق از او نقل کرده است.

صاحب حدائق می‌گوید: این مسأله چون نص و روایتی ندارد نمی‌تواند خالی از اشکال باشد، اما آنچه را ابن ادریس انتخاب کرده به اعتدال نزدیک‌تر است. این سخن را ابن ادریس بعد از کلام شیخ در خلاف نقل می‌کند: «و لا حضانه عندنا الا للام نفسها و الاب فاما غیرهما فلیس لا حد علیه و لایه سوی الجد من قبل الاب خاصه»^۱

در نظر و دیدگاه ما حضانت و سرپرستی و نگهداری برای مادر و پدر است و غیر این دو ولایتی بر فرزند ندارد و جز جد پدری.

از مجموعه آنچه بیان شد به این نتیجه می‌رسیم که اسلام در قانون و حقوق خانواده بهترین راه و روش را در حضانت و نگاه‌داری کودک آورده است، هم مصالح فرزند را در نظر گرفته و هم توجه همه جانبه به عواطف مادر نموده است و تا حدی از مسأله طلاق و جدائی بین زن و مرد جلوگیری کرده است. حال به برخی از مواد قانون مدنی که برگرفته از فقه اسلامی است نیز اشاره می‌نمائیم تا خواننده به جامعیت حقوق خانواده مخصوصاً مسأله حضانت از دیدگاه حقوقی و فقهی آشنا شود. مواد قانونی که برگرفته از فقه است.

یکی از بحث‌هایی که گذشت درباره شرایط حضانت و نگاه‌داری مادر بود که به شش شرط اشاره شد. حال به بعضی از مواد قانون مدنی اشاره می‌شود که با آن شرایط هماهنگی دارد: ماده ۱۷۰ - اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود.

در بحث‌های گذشته در پاسخ این پرسش که اولویت در امور حضانت از آن مادر است یا پدر، دیدیم که اکثر فقها حق اولویت را به مادر دادند، در قانون مدنی نیز چنین آمده است: ماده ۱۱۶۹ - برای نگاه‌داری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود.

ماده ۱۱۷۱ - در صورت فوت یکی از ابویین حضانت با آن که زنده است خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد.

همان‌گونه که در باب حضانت اطفال فقهاء مصلحت اطفال را در نظر گرفته‌اند و به امور اخلاقی و تربیتی آنها توجه کافی نموده‌اند قانون مدنی نیز همین راه را برگزیده است: ماده ۱۱۷۳ - هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند.^۱

مباحث بیشتری درباره حضانت از دیدگاه فقهی و حقوقی وجود دارد لکن بررسی مفصل، به تالیف یک کتاب یا حداقل یک رساله نیاز دارد و این مقاله گنجایش بیشتر از این را ندارد و به همین مقدار بسنده می‌نماییم و درود و سلام می‌فرستیم بر همه پدران و مادران وظیفه‌شناس جامعه اسلامی.

منابع:

- ابن فهد. مهذب البارع فی شرح مختصر النافع، خطی سال ۱۱۲۸.
- ابی داود. سنن، ج. ۲.
- بحرانی، یوسف. حدائق الناضره، موسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین.
- حجتی، غلامرضا. مجموعه قوانین و مقررات راجع به خانواده، چاپ دوم ۱۳۷۸.
- حر عاملی، محمدبن حسن. وسائل الشیعه، دار احیاء التراث العربی بیروت، لبنان.
- حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر. قواعد الاحکام، منشورات رضی قم.
- خمینی، روح الله. تحریر الوسیله، مطبعه الاداب فی النجف الاشرف.
- خوئی، ابوالقاسم. منهاج الصالحین، چاپ دارالزهراء بیروت، لبنان.
- زکریا. ابی الحسین احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، مکتب الاعلام الاسلامی چاپ ۱۴۰۴.
- شیخ طوسی. خلاف، چاپ اسماعیلیان
- صفائی، حسین و امامی، اسدالله. حقوق خانواده، تهران نشر دادگستر.
- طباطبایی، سید علی. ریاض المسائل، ج. ۲، موسسه آل البيت مطبعه شهید ۱۴۰۴.
- العاملی النجفی، زین الدین بن علی. مسالک الافهام، مکتبه بصیرتی قم.
- فرهنگ جامع بزرگ نوین سیاح، انتشارات اسلام تهران.
- قرآن کریم
- کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم کنونی، تهران نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق خانواده، چاپ شرکت سهامی انتشار ۱۳۷۸.
- المعلوف، الویس. المنجد، دارالمشرق، المطبعه الکاتولیکیه، بیروت لبنان.
- معین. فرهنگ، موسسه انتشارات امیرکبیر تهران ۱۳۷۱.
- المقری الفیومی، احمدبن محمدبن علی. مصباح المنیر، منشورات دارالهجره، قم، چاپ رمضان ۱۴۱۴.
- مقنعه شیخ مفید مطبوع ضمن جوامع الفقهیه مکتبه آیه الله نجفی منشورات ۱۴۰۴ هـ قمری.
- مکی عاملی، ابی عبدالله محمد. القوائد و الفوائد، منشورات مکتبه المفید.

منصور، جهانگیر. مجموعه قوانین و مقررات، نشر دوران سال ۱۳۸۰.
میرخلیلی، سید احمد. فصلنامه کتاب نقد، شماره ۱۲ پاییز ۷۸.
نجفی، شیخ محمد حسن. جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم، مطبعة النجف، ۱۳۷۸.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی