

پژوهشی در حضانت کودک

احمد طاهری نیا



مقدمه

با مراجعه به کتاب های فقهی روشن می شود که فقیهان شیعه در هر عصری کم و بیش در باره حضانت و احکام آن بحث کرده اند. لذا مسئله حضانت، پیشینه ای به دیرینه فقه دارد. در سال های اخیر، مسئله حضانت به گونه معضلی اجتماعی درآمده و مورد توجه بیشتری قرار گرفته است. پرسش ها و ابهام های نگهداری و سرپرستی کودک در فقه و حقوق، پاسخی مناسب را می طلبد. عمده ترین پرسش ها، درباره نگهداری و سرپرستی از بچه های طلاق است؛ در مواردی که پدر و مادر، جدا از هم زندگی می کنند، یا در نگهداری کودک اختلاف نظر دارند، حق کدام یک مقدم است؟

این پرسش و امثال آن را چگونه پاسخ می دهند: برخی با ترحم به مادرانی که دل سوزانه در پیج و خم دادگاه ها، خواستار به عهده گرفتن حضانت کودکان خود هستند، آنان را بهترین گزینه برای حضانت کودک برمی گزینند و تجدید نظر در قانون حضانت را یگانه راه حل این مشکل برمی شمردند؛^۱ برخی با استناد به

اصل تساوی مرد و زن، بر این باور تأکید دارند که اگر پدر و مادر در امر حضانت کودک اختلاف کردند، قانون کلی، که یکی از والدین را به حضانت شایسته تر بداند، راه گشا نیست و باید به صورت جزئی و خاص، تصمیم گرفت: به این صورت که در اختلافات، بررسی شود و کودک را به هر کدام از پدر و مادر که برای نگهداری فرزند شایستگی دارند واگذار کنند؛^۲ گروهی نیز با برشمردن برخی از مواردی که کودکان حقوقشان تضییع شده و گاه در زیر شکنجه های نامادری جان باخته اند،^۳ نتیجه گرفته اند: قانون فعلی حضانت، جواب گوی مشکلات امروز خانواده ها نیست.^۴

با آن که تحقیقات از سوی محققان در این موضوع صورت گرفته، هنوز پرسش هایی مطرح است و ابهام هایی وجود دارد که میدان را برای ورود به این مسئله و پژوهش در اطراف آن خالی می کند.

در این نوشته، مسئله حضانت کودک با توجه به آیات و روایات معصومان (ع) و آرای فقیهان، در سه بخش بررسی می شود: بخش نخست این نوشتار، در پی شرح و توضیح مفاهیم و کلیات است؛ در بخش دوم، اولویت و شایستگی هر یک از پدر و مادر برای نگهداری کودک، بررسی می شود؛ بخش سوم نیز به شرایط سرپرست کودک می پردازد.

پرتال جامع علوم انسانی

مباحث مقدماتی

واژه حضانت: «حَضْن» (به کسر حاء) در لغت، کنار و گوش؛ اطراف شیء؛ دو طرف شب (ابتدا و انتهای آن)؛ و کمی پایین تر از زیر بغل تا تهی گاه نیز معنی می شود.^۵ معادل این واژه در فارسی، آغوش و بغل است. «حَضْن» و «حَضَانَت» (به فتح حاء در هر دو) مصدر «حَضُن»، حفاظت و نگهداری کردن معنی می شود. در حدیثی از امام صادق (ع) آمده است:

«أربع تذهب ضیاعاً... و سر یوضع عند من لا حَضَانَةَ له»؛

چهار چیز از بین می‌رود: سخن مخفی و پنهانی که نزد کسی گذاشته شود که (قدرت حفظ و) نگهداری (آن را) ندارد.^۶

«حاضن» و «حاضنه» به زن و مردی گفته می‌شود که امر سرپرستی و نگهداری، پرورش و تربیت کودک را به عهده دارند.^۷ واژه «حضانت»، مصدر «حاضن» و «حاضنه» است که به نگهداری و پرورش و تربیت کردن کودک معنی می‌شود.^۸

این واژه و مشتقات آن، به طور کلی، به این معنی و به معانی دیگر در قرآن نیامده، اما در کلمات معصومان به همین معنی به کار رفته است. امیر مؤمنان (ع) می‌فرماید:

«و من رحمته أنه لما سلب الطفل قوة النهوض والتغذي جعل القوة في أمه و رقها عليه بتربيته و حضانتها»؛^۹

خداوند متعال، چون که نیروی حرکت و تغذیه را از کودک گرفت، آن را در مادرش قرار داد و مادر را بر وی دل‌سوز و مهربان کرد تا به تربیت و نگهداری او همت گمارد.

در دعای عرفه آمده است:

«و عطف عليّ قلوب الحواضن و كفلتني الامهات الرواحم»؛^{۱۰}

و دل‌های نگه‌دارندگان را بر من مهربان و مادران دل‌سوز را سرپرست من قرار دادی.

اهل سنت نیز در منابع روایی خود از پیامبر گرامی اسلام (ص) نقل کرده‌اند:

«الأم أحق بحضانة ابنتها ما لم تتزوج»؛^{۱۱}

مادر سزاوارتر به نگهداری دخترش است، تا آن‌گاه که ازدواج نکرده است.

قرآن برای بیان مفهوم سرپرستی و حضانت، از مشتقات واژه کفالت بهره جسته است. در آیه‌ای در ارتباط با سرپرستی حضرت مریم (س)، خطاب به

پیامبر گرامی اسلام (ص) می فرماید:

«وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم»؛^{۱۲}

و تو در آن هنگام که قلمهای خود را (برای قرعه کشی) به آب می افکندند تا کدام یک کفالت مریم را عهده دار شوند، حضور نداشتی.

و در جای دیگر فرموده است:

«و أنبتها نباتاً حسناً و كفلها زكريا»؛^{۱۳}

خداوند به طرز شایسته ای (نهال وجود) او را رویانید و کفالت او را به زکریا سپرد.

در دو آیه دیگر، در مورد سرپرستی و نگهداری حضرت موسی (ع) آمده است:

«إذ تمشي أختك فتقول هل أدلكم علي من يكفله»؛^{۱۴}

آیا شما را بر کسی راه نمایم که او را نگه داری و پرستاری کند.

«فقالت هل أدلكم علي أهل بيت يكفلونه لكم»؛^{۱۵}

پس [خواهر موسی] گفت آیا شما را به خانواده ای راهنمایی

کنم که سرپرستی او را برای شما بپذیرند.

«کفالت» مصدر «كَفَلَ»، «یکفَل»، و در لغت به معانی گوناگونی همچون

ضمانت، سرپرست، و سرپرستی و تربیت یتیم را به عهده گرفتن، به کار رفته

است.^{۱۶} وزن «فاعل» این ماده (کافل)، اغلب به معنای سرپرستی و نگهداری

از انسان و وزن «فعلیل» (کفیل) به معنای ضامن و ضمانت کردن استعمال

می شود.^{۱۷} «کفالت» در هیئت فعلی (کفل، یکفَل)، در قرآن به معنای

سرپرستی از یتیم، یعنی مرادف با نگهداری و حضانت است و گویا در

استعمال آن، تفاوتی بین سرپرستی از فرزند، قبل از رسیدن به تمیز و بعد از آن

نیست؛^{۱۸} زیرا این واژه، در قرآن، هم برای سرپرستی حضرت موسی (ع) به

کار رفته که به یقین در شیرخوارگی به چنگال فرعون گرفتار شده و هم برای

حضرت مریم(س) که بعد از دوره رضاع و احتمالا در سن تمیز به بیت المقدس آورده شده است. بنابراین، می توان گفت: واژه کفالت در اصطلاح قرآنی برای نگهداری از کودک در ایام رضاع و بعد از آن به کار رفته است. قدمای فقیهان، مانند: شیخ مفید^{۱۹} (م ۴۱۳. ق) و سلار^{۲۰} (م ۴۴۸. ق) و ابوالصلاح حلبی^{۲۱} (م ۴۴۷. ق) که دور از زمان ما و نزدیک به عصر ائمه می زیسته اند، در کتاب های فقهی خود برای افاده این مفهوم، واژه «کفالت» را به کار برده اند. نخستین بار، برای بیان مفهوم سرپرستی و نگهداری از کودک، شیخ طوسی (م ۴۶۰. ق) واژه حضانت را در کتب فقهی شیعه مطرح کرد و پس از آن در کتاب های دیگران نیز رواج یافت.

مراحل رشد کودک:

بعضی از اهل سنت، مجموع دوران رشد کودک را از ابتدا تا رسیدن به رشد و بلوغ به چهار دوره تقسیم کرده و برای هر دوره نام مخصوصی قرار داده اند: دوره اول را که دو سال است، «رضاع»؛ دور دوم از دو سالگی تا سن تمیزی یعنی حدود هفت سالگی «حضانت» و از هفت سالگی تا بلوغ را «کفالت» و بعد از بلوغ را «کفایه» نامیده اند.^{۲۲} بر اساس این تقسیم بندی، «کفالت» به معنای نگهداری و سرپرستی از کودک در دوره تمیز است. خطیب شربینی می گوید:

«با رسیدن طفل به حد تمیز، حضانت پایان می پذیرد و از آن به بعد تا بلوغ را کفالت می گویند.»^{۲۳}

در قرآن، دوره رضاع دو سال کامل برشمرده شده^{۲۴}، اما به واژه کفالت، در خصوص سرپرستی کودک در دوره تمیز اشاره نشده و بلکه برای اشاره به نگهداری موسی در دوره رضاع نیز از مشتقات واژه کفالت بهره گرفته شده است. بنابراین، به نظر می رسد: واژه کفالت در اصطلاح قرآن، به معنای نگهداری و سرپرستی از کودک است، خواه در دوره تمیز باشد، یا بعد از آن.

در کتب لغت نیز دلیلی بر این که واژه کفالت برای سرپرستی از کودک در دوره تمیز است، وجود ندارد. در نتیجه، برای این تقسیم بندی شاهدهی از قرآن و روایات و لغت نمی توان یافت.

حضانت در فقه:

از تعریف هایی که فقیهان برای حضانت بیان کرده اند،^{۲۵} به دست می آید که حضانت یعنی: اقتدار و تسلط بر کودک در انجام کارها و ارائه خدماتی که در دو بعد پرورش جسمانی و تربیت عاطفی و اخلاقی کودک لازم است. خدماتی که برای کودک ارائه می شود، بر دو گونه می نماید: برخی مربوط به نگهداری کودک در بُعد جسمانی است، نظیر شیر دادن و تغذیه، نگهداری در مکان مناسب، خوابانیدن در جای امن، تمیز کردن، حمام بردن و شست و شودر مواقع لازم، معالجه در مواقع بیماری، واکسینه کردن، منع از چیزهای مضر و خطرناک، از خوردنی ها و غیر آن و پاره ای به بُعد اخلاقی و عاطفی کودک مربوط می شود، نظیر تعیین نوع پوشش و لباس، رفتن به مسافرت و گردش، تعیین زمان و مکان تفریح، تعلیم آداب و احکام و تأمین امنیت روانی.

بنابراین، حضانت از دیدگاه اسلام، مطلق نگهداری از کودک به هر گونه ممکن و یا فقط مواظبت کردن و پرورش دادن جسم طفل نیست. پاسخ به نیازهای عاطفی خردسال را نیز حضانت نمی گویند، چنان که وسیله ارضاء احساسات و عواطف پدر و مادر نیز حضانت نیست. حضانت، مجموعه این امور را با هم می گویند، نه به صورت جدا. حضانت، فرایندی است که کودک طی آن در همه ابعاد مادی و معنوی به بالندگی می رسد. حضانت، پرورش و تربیت طفل است به گونه ای که هم احساسات مادر و کودک جواب داده شود و هم خردسال به خواست های جسمی، عاطفی و اخلاقیش برسد و تربیت شود.

مباشرت در حضانت:

در این جا این سؤال مطرح می شود که آیا صاحبان حق، حضانت را باید به طور مستقیم و بدون واسطه بر عهده گیرند؟ آیا پدر و مادر، باید خود به طور مستقیم کارهای کودک را انجام دهند، یا از حق خود بگذرند و کودک را به دیگری واگذار کنند؟ به این معنی که مستحق حضانت دو راه در پیش دارد: یا استیفای حق حضانت و رسیدگی مستقیم به طفل، یا صرف نظر کردن از این حق؟ یا این که راه سومی نیز وجود دارد؟

از تعریفی که برای حضانت بیان شد، به دست آمد که حقیقت و ماهیت حضانت، اختیارداری و تسلط بر کودک در امور پرورشی و تربیتی است، نه رسیدگی مستقیم و انجام کارهای طفل. بنابراین، ملازمه ای میان حق حضانت و مباشرت در خدمت رسانی به طفل دیده نمی شود. پس ممکن است، پدر یا مادر که صاحبان حق هستند، فردی را برای خدمت رسانی و انجام کارهای کودک، اجیر کنند.

بر این اساس، این شبهه نیز که حق حضانت مادر، در دو سال اول، ملازم با محصور شدن وی در خانه است، پاسخ خود را پیدا می کند؛ زیرا مادر در ایامی که حق حضانت دارد، اجباری بر انجام کارهای طفل به طور مستقیم ندارد و در نتیجه، می تواند کودک را به دیگری واگذار کند تا زیر نظر او، از وی نگهداری شود.

اولویت پدر و مادر بر حضانت

آن گاه که کودک از دنیای تنگ و تاریک رحم، پا به جهان پهناور زمینی می گذارد، همه چیز برای او ناشناخته است:

«والله أخرجکم من بطون أمهاتکم لاتعلمون شیئا»؛^{۲۶}

و خداوند شما را از شکم مادرانتان خارج نمود در حالی که

هیچ چیز نمی دانستید.

از نظر جسمی، ضعیف و ناتوان است:

«اللّٰه الذی خلقکم من ضعف»؛ ۲۷

خدا همان کسی است که شما را آفرید در حالی که ضعیف بودید. نوزاد انسان، در آغاز بدون کمک و حمایت دیگران، بیش از مدت کوتاهی قادر بر ادامه حیات خویش نخواهد بود. این موجود ضعیف و ناآشنا به دنیای اطراف خود نیاز به راهنمایی دارد که او را آرام آرام با دنیای جدید آشنا کند و پله پله جسم ضعیفش را به بام توانایی برساند. بی شک نزدیک ترین افراد برای نگهداری و حمایت از این نهال نوپا، پدر و مادر هستند.

تأمین نیازهای کودک در حد مطلوب، تنها در محیط خانواده و با مشارکت و همکاری پدر و مادر میسر می‌نماید. «این واقعیت که مناسب ترین ساختار برای رشد کودک خانواده است، به هیچ وجه شگفتی آور نیست. هر چه باشد خانواده حاصل یک میلیون سال تکامل بشر است و از این رو حتما ارزشی برای بقای نوع انسان دارد. (برون فن برنر، ۱۹۷۳).» ۲۸

کودکی که از هر نظر ضعیف و ناتوان است، از یک سو، به دامن پر مهر و محبت مادر و از سوی دیگر به حمایت و همکاری و همراهی پدر احتیاج دارد. بر این اساس، تا زمانی که بنیان خانواده مستحکم و پابرجاست و تا وقتی که هر کدام از والدین برای استحکام و برقراری و ادامه این بنا می‌کوشند و تا زمانی که کودک در پناه این سنگر محکم، آزمایش دارد، این پرسش که کدام یک از پدر و مادر بر حضانت کودک اولویت دارند، محلی نخواهد داشت.

بحث از اولویت حضانت، زمانی رخ می‌نماید که بنیان خانواده به سستی گراید و بنای آن در هم ریزد؛ زن و شوهر از هم جدا شوند یا به هر دلیلی جداگانه زندگی کنند. مشکل حضانت و نگهداری کودک، اولین نتیجه طبیعی و ثمره تلخ ویران شدن بنیان خانواده است. بحث از حق رضاع و حضانت در قرآن شریف، در ردیف آیات طلاق مطرح می‌شود. بیشتر یا تمام روایاتی که در ارتباط با حضانت کودک از ائمه صادر شده، در ارتباط با زنان مطلقه است. این امر نیز این سخن را

تأیید می‌کند که بحث از حضانت کودک و اولویت پدر و مادر، در زمانی است که پدر و مادر از هم جدا شوند و کودک مجبور باشد با یکی از آنان زندگی کند. راه‌های مختلفی برای پرورش این گونه فرزندان، فرض می‌شود که برای انتخاب بهترین آنها، به بررسی هر یک می‌پردازیم:

۱. مناسب‌ترین فرد در این شرایط، برای پرورش و تربیت کودک، مادر است و می‌شاید که طفل، تمام دوره حضانت را نزد مادر باشد.

۲. بهترین شخص برای رسیدگی به طفل در این موقعیت حساس، پدر است و باید خردسال در اختیار پدر باشد و ایام کودکی را نزد وی سپری کند.

۳. بهترین گزینه برای نگهداری و تربیت کودک، همچون دوران پیش از جدایی، مشارکت پدر و مادر است، با این تفاوت که کودک مدتی در اختیار مادر و زمانی تحت تربیت پدر باشد. این راه نیز دو گونه تصور می‌شود: نخست این که در سال‌های آغازین، که توانایی کودک کمتر و نیاز وی به توجه و مراقبت بیشتر است، در اختیار مادر و پس از آن، در اختیار پدر قرار گیرد؛ فرض دوم، عکس این صورت است: ابتدا نزد پدر و پس از چند سال، در اختیار مادر گذارده شود.

۴. راه دیگر آن است که کودک را از آنان بگیرند و به نزدیکان یا اشخاص دیگر یا سازمان‌های مکمل بسپارند تا از وی مواظبت کنند و او را پرورش دهند.

هر یک از فرض‌ها، برای تمام دوره حضانت کودک است و در نتیجه، جمع میان همه این موارد ممکن نیست. به این معنی که امکان ندارد کودک به طور مستقل همه دوره حضانت را نزد مادر بماند و در عین حال، در همان دوره تحت تربیت پدر یا زیر نظر دیگران نیز باشد. حتی در فرض سوم که نگهداری کودک به طور اشتراکی فرض شد، زمانی که طفل در اختیار مادر است، پدر بر او تسلطی ندارد و زمانی که تحت نظر پدر است، مادر به او دسترس ندارد. بنابراین، به طور طبیعی یکی از این گزینه‌ها بهترین راه برای پرورش کودک خواهد بود که باید از میان آنها انتخاب شود. اما کدام گزینه، به کدام دلیل و به

کدام شاهد؟ ترجیح هر یک از موارد یاد شده بر دیگری، بدون دلیل و شاهد، غیر منطقی بوده و پذیرفته نخواهد شد.

در فرض موجود که وضعیت خانواده، نابسامان و بحرانی است و همسران از هم جدا شده، و زندگی مشترك ندارند، بهترین انتخاب برای نگهداری كودك، گزینه ای می نماید که شرایط و نوع نگهداری آن، شبیه ترین و نزدیک ترین آنها به نوع نگهداری كودك در وضعیتی است که پدر و مادر با صفا و آرامش در کنار هم زندگی می کنند و كودك در کنار آنان به سر می برد. اگر والدین در زمان جدایی، نمی توانند كودك را صد در صد به همان نوعی که در کنار هم زندگی می کردند، نگهداری کنند، دست کم باید راهی نزدیک به آن را بگزینند. این امری عقلی است که اگر انسان بر انجام کاری به صورت کامل و صد در صد توانایی ندارد یا شرایط ارائه کار یا خدمتی به گونه ایده آل فراهم نیست، باید مرتبه ای را که نزدیک تر به مرحله عالی است، انتخاب کند. در امور عبادی این امر فراوان دیده می شود. برای مثال، کسی که به هیچ گونه ای نمی تواند ایستاده نماز بخواند، وظیفه اش نشستن است و اگر آن هم ممکن نبود، نوبت به مراحل بعدی می رسد. مشهور است که می گویند: «لا یترك المیسور بالمعسور؛ چیزی که همه اش مورد توانایی نیست، نباید یکسره ترك گردد» یا «لا یدرك كله لا یترك كله؛ چیزی که همه اش صد در صد قابل دسترس نیست، نباید همه اش ترك شود.»^{۲۹} مفاد این جملات بر فرض که سخن معصوم هم نباشد، مقبول و مطابق با حکم عقل است و لذا نیاز به استدلال و برهان ندارد. اکنون با توجه به این سخن، ببینیم کدام گزینه نزدیک تر به وضعیت عادی است و برای انتخاب ترجیح دارد.

فاصله گزینه چهارم، با شرایط عادی که همسران سازش دارند و كودك در اختیار آنان به سر می برد، بسیار است. بدین سبب کمترین شباهت را به وضعیت عادی دارد و آخرین گزینه برای انتخاب است؛ زمانی که هیچ راه

دیگری برای نگهداری کودک در دست نباشد.

گزینه اول و دوم، به وضعیت عادی شباهت بیشتری دارند، زیرا در انتخاب هر کدام از آن دو راه، کودک در اختیار یکی از ارکان اصلی خانواده است. بدین سبب، پنجاه درصد به وضعیت عادی و مطلوب نزدیک می‌نماید. اما به هر حال، میان این مرحله و مرتبه نگهداری کودک در حد عالی و ایده‌آل، فاصله زیادی است؛ زیرا انتخاب گزینه اول، مستلزم محروم کردن کودک از پدر است و سبب می‌شود آن دسته از نیازهای کودک که از سوی پدر برآورده می‌شود، بی‌پاسخ بماند؛^{۳۰} چنانکه سپردن وی به پدر به طور مطلق نیز محروم کردن طفل از مادر را در پی می‌آورد، در حالی که کودک در چند سال اول به رغم نیازهای مادی، نیازهای عاطفی فراوانی به مادر دارد. بنابراین، محروم کردن مادر از کودک به طور مطلق و جدا کردن خردسال از مادر، پیامدهای سوء و خسارت‌های جبران‌ناپذیر فراوانی را برای کودک به دنبال خواهد داشت. بنابراین، انتخاب یکی از این دو راه در صورتی پذیرفته است که نتوان راه بهتری را برای نگهداری طفل فراهم کرد.

با توجه به حکمت حضانت، که حمایت و نگاهداری از کودک و تأمین نیازهای اوست، و با در نظر گرفتن تفاوت زن و مرد در ویژگی‌ها و توانایی‌های جسمی و روانی، و با ملاحظه این نکته که نیازهای کودک در طول دوران حضانت، ثابت نبوده و با رشد جسمی خردسال در حال تغییر و دگرگونی است،^{۳۱} لازم می‌نماید که برای تأمین بهینه نیازهای کودک و رعایت بهتر مصلحت طفل در طول دوره نگاهداری، متناسب با دگرگونی‌هایی که در نیازهای کودک اتفاق می‌افتد، در سرپرستی او نیز تجدیدنظر گردد و فردی برای سرپرستی کودک انتخاب شود که در ویژگی‌های جسمی و روانی و توانایی‌های مادی و معنوی متناسب با خصوصیات کودک، در آن حال باشد.

گزینه سوم، می‌تواند تأمین‌کننده این جهات باشد؛ زیرا در این فرض،

پدر و مادر به طور مشترك به تربیت و پرورش كودك اقدام می کنند. حضانت طفل به این شكل، تقریباً نظیر مواردی است كه كودك در خانواده و در کنار پدر و مادر به سر می برد، با این تفاوت كه در این مورد، همسران جدای از هم اند. در این فرض، كودك از هر دو ركن خانواده بهره می برد و محرومیت هیچ كدام از پدر و مادر بر وی تحمیل نمی شود. تفاوت حضانت این گونه كودكان، با اطفالی كه در کنار پدر و مادر و در كانون گرم خانواده بزرگ می شوند، تنها در وصف اجتماع است؛ همسرانی كه از هم جدا می شوند، كودكان خود را از این نعمت (اجتماع) محروم می کنند. پس این گزینه، شبیه ترین و نزدیک ترین وضعیت، به نگهداری كودك در حالت عادی است؛ در حالی كه انتخاب گزینه اول و دوم، كودك را از اصل حضانت یکی از پدر و مادر و وصف اجتماع آنان محروم می كند. در این روش، فقط از وصف اجتماع آنان محروم می شود، اما از ثمره شیرین سرپرستی هر دو نوش جان می كند. در نتیجه، از میان راه های مطرح شده، بهترین راه برای نگاهداری كودك در وضعیت بحران خانواده، راهی است كه پدر و مادر بتوانند همچون گذشته كه حضانت با همکاری هر دو صورت می گرفت، به طور مشترك به پرورش و تربیت این نهال اقدام کنند تا بیشترین مصلحت كودك برآورده شود. البته در این شرایط، چون زندگی در کنار هر دو برای كودك میسر نیست، مدت حضانت تقسیم می شود و هر كدام، بخشی از آن را به عهده می گیرند.

تاکنون به این نتیجه رسیدیم كه مشاركت پدر و مادر برای نگهداری از فرزند بهترین گزینه است، اما چون آنان جداگانه زندگی می کنند، به ناچار باید كودك بخشی از دوران حضانت را نزد مادر و بره ای را در کنار پدر باشد. اکنون جای این سؤال است كه دوران حضانت را چگونه میان پدر و مادر تقسیم کنیم؟ كودك چند سال نزد مادر و چند سال نزد پدر باشد؟ حضانت نوزاد در سال های اول به چه کسی سپرده شود؟ كدام يك از پدر و مادر برای نگهداری

کودک در سال‌های آغاز زندگی اولویت دارند؟

پیشوایان دینی ما مجموع دوران تربیت فرزند را، به سه دوره هفت ساله تقسیم کرده‌اند: هفت سال اول، از آغاز تولد تا قبل از رسیدن به سن تمییز است؛ هفت سال دوم، از دوره تمییز شروع می‌شود و تا بلوغ ادامه دارد. این دوره به طور معمول در دختران کوتاه‌تر است، زیرا زودتر بالغ می‌شوند؛ و هفت سال سوم، پس از بلوغ است. براساس این تقسیم‌بندی که از روایات به دست می‌آید، برای تربیت کودک قبل از بلوغ، دو دوره وجود دارد: یک دوره، مواظبت و نگهداری از کودک پیش از هفت سالگی؛ دوره دوم، تربیت کودک، بعد از آن که به هفت سالگی رسید.

تقسیم دوران تربیت کودک از سوی معصومان و معلمان بشر، به چند مرحله، نشانی بر تفاوت تربیت در هر مقطع و اختلاف نیاز تربیتی کودک در هر برهه است. پس مربی کودک باید در هر دوره متناسب با نیازهای او در آن مقطع، به تربیت وی اقدام ورزد. اکنون براساس این تقسیم، مجموع دوران زندگی کودک را در دو دوره هفت ساله برمی‌رسیم تا ببینیم در هر دوره، کدام یک از پدر و مادر برای نگهداری و تربیت کودک مناسب‌تر می‌نمایند.

هفت سال اول:

وابستگی و نیازمندی نوزاد به مادر، پیش از تولد، امری حقیقی و تکوینی است. با تولد و انفصال نوزاد از مادر، آن ارتباط تکوینی بین مادر و کودک دیگر نیست، اما باز هم می‌توان گفت که برای ادامه زندگی و حیات جسمی، کودک نیاز به مادر دارد. «وقتی طناب ناف بریده شد، رابطه میان بدن مادر و کودک قطع نمی‌شود. از بارداری تا لاقول دوره باز گرفتن کودک از شیر، مادر برای کودک محیط واقعی رشد به شمار می‌رود که من آن را محیط مادرانه می‌نامم.»^{۳۲} پروردگار حکیم، شیر را که شیره جان مادر است، پیش از آن که

نوزاد به این جهان پا بگذارد، در سینه وی می نهد و تغذیه نوزاد را به وی می سپرد چنان که می فرماید:

«والوالدات یرضعن أولادهن حولین کاملین لمن أراد أن یتیم
الرضاعة»؛ ۳۳

و مادران فرزندان خود را دو سال کامل شیر دهند، برای کسی که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند.

بنابراین بعد از تولد نیز کودک به طور طبیعی در اختیار مادر خواهد بود. آنچه این جا دقیق می نماید: آیه شریفه، «ارضاع» را حق مادر دانسته و ارضاع به شیر دادن به کودک، از طریق مکیدن پستان می گویند، نه صرف تغذیه از شیر مادر؛ زیرا «یرضعن» از ماده «ر. ض. ع» به معنای مکیدن شیر از پستان است و این امر، بدون قرار گرفتن کودک در دامن مادر، ممکن نیست. بنابراین، می توان از این آیه استفاده کرد که شروع حضانت، از طرف مادر است و او دست کم تا دو سال که در دوران شیرخوارگی به سر می برد، شایسته تر به نگهداری کودک است. روایات فراوانی نیز این مطلب را تأیید می کند:

۱. محمد بن یحیی از احمد بن محمد از محمد بن اسماعیل از محمد بن الفضیل از ابوالصباح کنانی از امام صادق (ع) نقل کرده:

هرگاه مردی همسرش را طلاق داد، در حالی که در رحم حمل دارد، باید نفقه او را تا زمان وضع حمل بدهد و وقتی نوزادش را به دنیا آورد، مزد شیر دادن فرزند را به او بدهد و با گرفتن کودک از مادر به او ضرر نزنند، مگر آن که زن، اجرتی بیش از متعارف درخواست کند. اما اگر زن به مقدار مزدی که دیگران برای شیر دادن به کودک می گیرند، رضایت دهد، او تا زمان بازگیری کودک از شیر، به کودکش سزاوارتر است. ۳۴

رجال سند، به جز محمد بن الفضیل که توثیق صریحی برای او ذکر نشده

و برخی وی را به غلوّ متهم کرده اند و ضعیف دانسته اند، همه از بزرگان و دانشمندان بوده اند و در کتاب های رجال توثیق شده اند.

۲. «الحسین بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن على الوشاء عن أبان عن فضل بن أبي العباس قال: قلت لإبي عبدالله (ع) الرجل أحق بولده أم المرثة؟ فقال: لا بل الرجل فان قالت المرثة لزوجها الذي طلقها: "أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من ترضعه" فهي أحق به؛^{۳۵}

ابوالعباس گفته است: از امام صادق (ع) پرسیدم: مرد سزاوارتر به کودک است یا زن؟ امام فرمود: نه، بلکه مرد. [البته] اگر زن به همسرش (که او را طلاق داده) بگوید: من حاضر م کودکم را به همان دستمزدی که دیگران می گیرند، شیر بدهم. او سزاوارتر به فرزندش خواهد بود- این روایت، به سبب وجود معلى بن محمد^{۳۶} ضعیف است.

۳. «علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبدالله (ع) قال الحلبي المطلقة يتفق عليها حتى تضع حملها وهي أحق بولدها إن ترضعه بما تقبله امرئة أخرى، إن الله يقول: "لا تضار والدة ولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك"؛^{۳۷}

حلبی از امام صادق (ع) نقل کرده که فرمود: زن بارداری که طلاق داده شده، باید نفقه او تا زمان فرارسیدن وضع حمل پرداخت شود و بعد از وضع حمل، او شایسته تر به فرزند خویش است، به شرطی که کودک را با مزدی که دیگران دریافت می کنند، شیر بدهد، زیرا خدای متعال می فرماید: «نباید مادر به سبب فرزند، آزار ببیند و نه پدر از این جهت

صدمه و آسیب ببیند. « رجال این روایت نیز از بزرگان و افراد اعتمادپذیرند. ^{۳۸} صدوق به سند خود این روایت را نیز از علی بن ابوحزمه، از ابوبصیر، از امام صادق (ع) نقل کرده. ^{۳۹}

نکته: در کلمه «إن» در جمله: «هی احق بولدها إن ترضعه بما تقبله امرئة أخرى» دو احتمال وجود دارد: الف. ان (به کسر همزه) شرطیه؛ ب. آن (به فتح همزه) بیانه یا مصدریه.

اگر «آن» مصدریه باشد، سزاوارتر بودن مادر به شیر دادن به کودک است، از زنان دیگر. بنابراین احتمال، «آن» سزاواری مادر در جمله «هی احق بولدها» را بیان کرده و آن را به شیر دادن منحصر می‌کند. اما بنا بر آن که «إن» شرطیه باشد، جمله «إن ترضعه بما تقبله امرئة أخرى» شرط دیگری را برای شایسته تر بودن مادر به حضانت فرزند بیان می‌کند و معنای جمله آن است که اگر مادر شیر دادن به کودک را قبول کند، سزاوارتر به کودک است. بر طبق این احتمال، سزاواری مادر بر کودک در ایام رضاع، مشروط به شیر دادن به او می‌شود که این بحث را در مباحث آینده در باب شرایط سرپرست کودک، مفصل بیان خواهیم کرد.

بنابراین، با توجه به علقه و ارتباط شدیدی که از دو طرف بین نوزاد و مادر، در آغاز تولد وجود دارد و با در نظر گرفتن نیازمندی کودک به شیر مادر و با استفاده از آیه قرآن که حق شیر دادن را در دو سال آغاز تولد به مادر داده و به ضمیمه روایاتی که ذکر کردیم، چنین نتیجه می‌گیریم که: حق حضانت، از مادر آغاز می‌شود و تا دو سال به نوزاد خود اولویت دارد. بنابراین، دو سال از اولین هفت سال، قدر متیقن است که کودک در اختیار مادر و سرپرستی، حق او باشد، اما بعد از تمام شدن دو سال تا پایان هفت سال اول، چه کسی به نگهداری کودک سزاوارتر است؟

بر اساس آموزه‌های دینی که با تجربه خارجی و داده‌های علمی نیز تأیید

می شود^{۴۰} هفت سال اول، زمان رشد و پرورش جسمی و تربیت بدنی کودک است. به همین سبب، در روایات، به تعابیر مختلفی از پدر و مادر خواسته شده که کودک را تا هفت سال برای بازی آزاد بگذارند.^{۴۱} در این دوران برای کودک آموزش رسمی و با برنامه، سفارش نشده و فراگیری های او در این سال ها غیر رسمی، همراه با تفریح و ضمن بازی است. کودک در این دوران، در عاطفه و احساس به سر می برد؛^{۴۲} به این معنی که بُعد عاطفی و احساسی او فعال است. بدین سبب، تربیت او نیز از همین راه میسر خواهد بود. جملات و عبارات عاطفی، مانند: فرزندم، گلم، بچه خوبم، برای قانع و ساکت کردن کودک، از هر استدلالی محکم تر و اثرش بیشتر است. اکنون باید ببینیم، چه کسی برای پرورش کودکی با این خصوصیات، مناسب تر است؟ حالات روانی کدام یک از پدر و مادر، نزدیک تر به حالت کودک در این سنین می نماید و بهتر می تواند پاسخ گوی نیازهای جسمی و روانی کودک باشد؟ پرواضح است که مادر کانون عاطفه و چشمه مهر و محبت است. مادر با روحیات لطیف خود درک بهتر و بیشتری از نیازهای طفل دارد و نیک تر می تواند از وی نگهداری و مواظبت کند.

روایات بیانگر اولویت مادر تا هفت سال:

۱. «محمد بن علی بن الحسین باسناده^{۴۳} عن عبدالله بن جعفر الحمیری عن ایوب بن نوح قال: کتب إليه بعض أصحابه أنه کانت لی امرئة ولی منها ولد و خلیت سبیلها فکتب (ع): المرئة أحق بالولد إلی أن یبلغ سبع سنین إلا أن تشاء المرئة»؛^{۴۴}

ایوب بن نوح نقل کرده که یکی از اصحاب امام در نامه ای به امام هادی (ع) نوشت: از همسرم فرزندی دارم و هم اکنون او را طلاق داده ام. امام (ع) در جواب نوشت: زن تا هفت سال

به (نگهداری) کودک شایسته تر است، مگر آن که خود بخواهد (از حق خود بگذرد).

رجال سند، همه از بزرگان و فقها و مورد اعتمادند. تنها چیزی که شاید ضعف روایت گفته شود، مضمهره بودن آن است که این هم دلیلی بر ضعف آن نیست. و از ارزش آن نمی‌کاهد، زیرا؛ نخست: ابن ادریس در مستطرفات سرائر روایتی را از ایوب بن نوح به همین مضمون، از امام دهم (ع) نقل کرده که می‌تواند قرینه باشد که این روایت نیز از امام دهم (ع) است، اگر نگوییم که همان روایت است؛ دوم آن که: اضمار از ایوب بن نوح بوده که فردی جلیل القدر و ثقه است؛ سوم آن که: هیچ فقیهی اضمار این روایت را، وجه ضعف ندانسته بلکه بسیاری از آن به صحیح ایوب بن نوح یاد کرده‌اند.^{۴۵} دلالت روایت بر اولویت مادر تا هفت سال روشن است و نیاز به توضیح ندارد.

۲. «عن ایوب بن نوح قال: کتب معی بشر بن بشار، جعلت فداک رجل تزوج امرئة فولدت منه ثم فارقها متی یجب له أن يأخذ ولده، فکتب علیه السلام: إذا صار له سبع سنین فإن أخذ فله وإن ترک فله»؛^{۴۶}

ایوب بن نوح به امام هادی (ع) نوشت: مردی همسری گرفته و از او فرزندی آورده، سپس از او جدا شده، چه زمانی بر وی واجب است که کودک را از مادر بگیرد؟ امام (ع) نوشت: زمانی که کودک هفت ساله شد، جائز است کودک را بگیرد یا از حقش بگذرد تا نزد مادر بماند.

این روایت را، احمد بن ادریس در مستطرفات سرائر از ایوب بن نوح از کتاب مسائل الرجال و مکاتباتهم^{۴۷} که شامل پرسش‌ها و نامه‌های مردم به امام هادی (ع) و جواب آنهاست نقل می‌کند. این روایت نیز از نظر سند معتبر و در دلالت بر اولویت مادر بر نگهداری کودک تا هفت سال نیز تمام است.

دیدگاه فقیهان:

شهید ثانی،^{۴۸} و صاحب جواهر^{۴۹} گفته اند: در مسأله اولویت مادر بر حضانت کودک در دو سال اول تولد، بین فقیهان اختلافی نیست و صاحب ریاض^{۵۰} بر آن ادعای اجماع کرده است. مرحوم خونساری می گوید: بنابر مشهور بین اصحاب، مادر در دوران رضاع، سزاوارتر به کودک است، پسر باشد یا دختر.^{۵۱}

بنابراین، همه فقیهان مادر را در دو سال اول به نگهداری کودک بدون تفاوت در پسر و دختر، شایسته تر دانسته اند. هم چنین در اولویت مادر، بر نگهداری دختر پس از دو سالگی تا هفت سال، اختلافی نیست. می توان گفت که قریب به اتفاق فقیهان مادر را به نگهداری دختر تا هفت سالگی سزاوارتر دانسته اند.

اختلاف فقیهان در حضانت فرزند پسر، پس از دو سالگی است؛ مشهور فقیهان شیعه از دو سالگی به بعد، میان حضانت پسر و دختر تفاوت گذاشته و نگهداری پسر را بعد از دو سالگی با پدر دانسته اند.^{۵۲} اکنون این سؤال مطرح است که منشأ پیدایش این تفاوت چیست؟ فقیهان به کدام دلیل میان حضانت دختر و پسر تفصیل داده اند؟ برخی، اختلاف روایات را منشأ پیدایش این تفصیل دانسته و بر این باورند که فقیهان و آگاهان به روایات ائمه (ع) برای جمع میان روایات متعارضی که در این مسئله وجود داشته، چنین تدبیری اندیشیده اند.

تعارض^{۵۳} روایات:

روایت ابوالصباح کنانی، که پیش از این درباره آن بحث شد، مادر را در دو سال شیردهی، برای نگهداری کودک شایسته تر دانسته است. گرچه در این روایت، به لفظ دو سال تصریح نشده، اما با توجه به واژه فطام، که در لغت و در لسان روایات^{۵۴} به بازگیری کودک از شیر بعد از دو سالگی معنی می شود، اولویت مادر به دو سال محدود خواهد شد.

◇ حضانت، مجموعه این امور را با هم می‌گویند، نه به صورت جدا. حضانت، فرایندی است که کودک طی آن در همه ابعاد مادی و معنوی به بالندگی می‌رسد. حضانت، پرورش و تربیت طفل است به گونه‌ای که هم احساسات مادر و کودک جواب داده شود و هم خردسال به خواست‌های جسمی، عاطفی و اخلاقیش برسد و تربیت شود. ◇

از سوی دیگر، روایت ایوب بن نوح، بر اولویت مادر تا هفت سال، تأکید دارد. در نتیجه، مفهوم دو روایت اول (داوود بن حصین و ابوالصباح کنانی) آن است که بعد از بازگیری کودک از شیر، اولویت مادر برای سرپرستی کودک نیز تمام می‌شود و از اطلاق روایت به دست می‌آید که در این امر بین دختر و پسر تفاوتی نیست. در نتیجه، پدر می‌تواند کودک را از مادر بگیرد و نزد خود نگهداری کند و حال آن که مفهوم روایت ایوب بن نوح آن است که اولویت مادر بر حضانت کودک هم چنان تا هفت سالگی باقی می‌ماند و پدر نمی‌تواند کودک را قبل از این مدت از مادر بگیرد. در نتیجه، این دو دسته از روایات متعارض هستند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

تدبیر یا ترجیح:

نخستین راه در مواجهه با روایات متعارض، جمع بین اخبار و عمل بر طبق هر دو روایت است. راه دوم، رجوع به مرجحات و ترجیح یک دسته و کنار زدن دسته دیگر خواهد بود. در بحث حاضر، بیشتر فقیهان، راه اول را برگزیده و تلاش کرده‌اند تا به گونه‌ای میان روایات جمع کنند تا به هر دو دسته از اخبار عمل شده باشد. تا آن جا که ما به دست آوردیم، سه جمع متفاوت از سوی فقیهان ارائه شده است:

الف. تفاوت حضانت دختر و پسر: مشهور فقیهان، میان حضانت دختر و

پسر تفصیل داده و اخباری را که بر اولویت مادر تا دو سال دلالت دارد، برای پسر قرار داده‌اند و روایت ایوب بن نوح را که بر اولویت مادر تا هفت سال دلالت دارد، به کودک دختر اختصاص داده‌اند. شهید ثانی گفته است: کسانی که در ارتباط با حضانت کودک، پس از پایان یافتن دوره شیرخوارگی قول به تفصیل را اختیار کرده‌اند، بین روایات مختلف جمع کرده‌اند و روایاتی که پدر را به طور مطلق بعد از دو سال شایسته‌تر به حضانت دانسته، حمل بر پسر، و روایاتی که مادر را تا هفت سال به طور مطلق سزاوارتر دانسته، حمل بر دختر کرده‌اند و این بدان سبب است که پدر، برای نگاهداری و تعلیم و تربیت پسر مناسب‌تر، و مادر برای تربیت دختر شایسته‌تر می‌نماید. بدین ترتیب، علاوه بر رعایت مناسبت، بین اخبار نیز جمع می‌توان کرد.^{۵۵}

صاحب جواهر نیز گفته است: هرگاه کودک از شیر مادر جدا شد و ایام رضاع به پایان رسید، پدر سزاوارتر به پسر و مادر تا هفت سالگی سزاوارتر به دختر است. این دیدگاه اشهر بلکه مشهور می‌نماید و از غنیه و سرائر اجماع نقل شده است، و خبر کنانی و داوود بن حصین را اگرچه شامل دختر نیز می‌شود، باید بر پسر حمل کرد، به سبب جمع کردن بین این دسته از اخبار و اخباری که مادر را تا هفت سال سزاوارتر به نگهداری کودک دانسته است، مثل: روایت ایوب بن نوح که آن را حمل بر مؤنث می‌کنیم.^{۵۶}

میرزای قمی فرموده: بنا بر اشهر اقوال، پدر سزاوارتر به پسر، و مادر، شایسته‌تر به دختر است تا هفت سال و استدلال آورده‌اند بر این نظر، به جمع بین احادیثی که بعضی حضانت را تا هفت سال بدون تفاوت بین دختر و پسر، حق مادر، و برخی به همین صورت حق پدر دانسته‌اند؛ به این گونه که دسته اول را به جهت مناسبت تربیت دختر با مادر، بر دختر، و دسته دوم را به سبب مناسبت تربیت پسر با پدر، بر پسر حمل کرده‌اند.^{۵۷} معتقدان به این دیدگاه، به سه امر تمسک کرده‌اند: اجماع، جمع میان روایات، و دلیل عقل - که هر سه محل تأمل است:

الف. اجماعی که صاحب جواهر از ابن زهره در کتاب غنیه و از ابن ادریس در کتاب سرائر نقل کرده، اگر نگوئیم به حتم، به احتمال قوی، مستند به همین روایات می‌نماید و در اصطلاح فقیهان، اجماع مدرکی،^{۵۸} یا دست کم محتمل است مدرکی باشد، و با وجود این احتمال، نمی‌توان به آن اعتماد کرد.

ب. جمع یاد شده نیز، از قبیل جمع دلالی و مقبول^{۵۹} نیست. این گونه جمع در اصطلاح فقیهان، جمع تبرعی^{۶۰} نامیده شده و بدون شاهد و قرینه اعتباری ندارد.

ج. اعتبار عقلی، فی نفسه صحیح است، زیرا بین زن و مرد و دختر و پسر تفاوت‌هایی از جهت عاطفه و احساسات وجود دارد؛ دختر از عاطفه بیشتری برخوردار است و شاید به همین سبب، نیاز بیشتری به مادر دارد، اما اثبات تفاوت بین کودک دختر و پسر در این سنین (دو تا هفت) کار مشکلی است.

بدین سبب، گروهی از محققان جمع یاد شده را نقد کرده‌اند. محقق سبزواری در نقد این جمع گفته است: حکم به تفصیل، به شاهی از روایات نیاز دارد.^{۶۱} میرزای قمی نیز پس از نقل دیدگاه مشهور و استدلال به جمع بین اخبار می‌گوید: حق این است که محض جمع بین اخبار دلیل نمی‌تواند بود و اعتبار مناسب هم اضعف از آن است.^{۶۲} شیخ عبدالکریم حائری، در رد این جمع می‌آورد: این جمع شاهی از اخبار ندارد و اعتبارات عقلی و استحسانات در جمع بین اخبار، اعتباری ندارد.^{۶۳}

ب. تفاوت میان زمان سازش و درگیری: محقق بحرانی، در جمع بین روایات متعارض، میان زمان درگیری زوجین و زمان صلح آن دو بر نگهداری فرزند تفاوت گذاشته و گفته است: گویا در جمع بین روایات بنابر ظاهر باید گفته شود که اگر بعد از طلاق زوجین در ارتباط با حضانت کودک نزاع کردند، پدر سزاوارتر به حضانت خواهد بود مگر در دو سال شیرخوارگی، به شرطی

كه مادر رایگان یا با دست مزدی در حد معمول و متعارف، شیر دادن به كودك را بپذیرد. دلیل ما بر این مطلب، روایت بقباق است كه وقتی راوی از شایسته تر بودن مرد و یا زن به فرزند از امام (ع) پرسید، امام فرمود: بلکه مرد. اما اگر نزاعی نبود، مادر تا هفت سالگی بر فرزند اولویت دارد، به شرطی كه در این مدت ازدواج نكند؛ مؤید این سخن اخباری است كه در باره چگونگی تربیت كودك وارد شده و بنابر آنها باید به كودك اجازه داد تا هفت سال بازی كند و پس از آن، تا هفت سال از او نگه داری كرد ... این امر بر كسی پوشیده نیست كه هفت سال اول زمان تربیت و بازی كردن است، باید كودك در نزد مادر باشد، زیرا او مربی كودك است. معنای روایت «ثم ضمه إلیك وألزمه نفسك» این است كه «بعد از آن هفت سال» و از این روایت استفاده می شود كه پدر بعد از تمام شدن این هفت سال سزاوارتر به نگهداری فرزند می شود. در این امر، تفاوتی بین دختر و پسر وجود ندارد. ۶۴

در ارتباط با این جمع نیز می توان گفت: بحث از تعیین اولویت پدر و مادر بر حضانت كودك، فقط در مورد درگیری و نزاع معنی دارد و مصداق پیدا می كند، به طوری كه در غیر آن یا هرگز مصداق ندارد یا بسیار نادر است. پس بنابر این جمع باید روایت هفت سال را بر موارد نادر حمل كنیم. افزون بر آن كه ظاهر هر دو دسته از روایات (دو و هفت سال)، زمان درگیری و نزاع را برمی تابد، پس چگونه می توان یکی را بر مورد نزاع و دیگری را بر مورد صلح حمل كرد؟

استحباب، نه استحقاق:

مرحوم حائری، با حمل روایت ایوب بن نوح بر استحباب، میان اخبار متعارض آشتی می دهد و مقتضای جمع عرفی بین روایت داوود بن حصین و ابوالصباح كنانی را از یک سو و روایت ایوب بن نوح را از سوی دیگر، حمل ظاهر بر نص یا اظهر برمی شمرد، به این کیفیت كه روایت ایوب بن نوح را حمل

بر استحباب کنیم و جدایی کودک را از مادرش قبل از رسیدن به هفت سالگی مکروه بدانیم، زیرا بنا بر صراحت روایاتی که مادر تا دو سال بر کودک خود اولویت دارد، می‌توان کودک را از مادر بعد از دو سال گرفت، اما بنا بر ظاهر روایت (ایوب بن نوح) که مادر را تا هفت سال بر کودک سزاوار برمی‌شمرد، گرفتن کودک از مادر تا قبل از رسیدن به هفت سالگی حرام خواهد بود. در نتیجه، جمع بین این دو دسته از اخبار، به آن است که روایت ایوب بن نوح را حمل بر استحباب کنیم... روایت داوود بن حصین و ابوالصباح کنانی در جواز جدا کردن فرزند از مادر بعد از دو سال صریح و آشکار نیست، اما چون حکم حضانت در هر دو روایت، محدود به زمان جدایی از شیر شده، جدایی کودک از مادر نسبت به روایت ایوب بن نوح که ظهور در حرمت گرفتن کودک از مادر قبل از هفت سال دارد، اظهر و آشکارتر می‌نماید.^{۶۵}

نیز چند نکته درباره این جمع به نظر می‌رسد:

نخست آن که: در این جا با دو مفهومی رود روی ایم که با هم سازش ندارند و هریک دیگری را نفی می‌کند: یکی مفهوم غایت بنا بر روایت داوود بن حصین و ابوالصباح کنانی که اولویت مادر را به (دوران شیرخوارگی) محدود می‌کند و بنا بر آن، بعد از دوران شیرخوارگی، گرفتن کودک از مادر جایز است، و دیگری، مفهوم عدد بنا بر روایت ایوب بن نوح که مادر تا هفت سال بر کودک خود اولویت دارد و بنا بر آن جدا کردن کودک از مادر قبل از هفت سال جایز نیست. ترجیح هر یک از این دو مفهوم بر دیگری بدون وجه است. در نتیجه، روایاتی که بنا بر آنها، مادر تا دو سال شایسته تر به حضانت است و کودک را از او بعد از دو سال می‌توان گرفت، چندان اظهر از روایات (ایوب بن نوح) که ظهور در حرمت گرفتن کودک از مادر قبل از هفت سال دارد، نیست؛ چنان که دیگران می‌پندارند.

دوم آن که: از ظاهر روایت ایوب بن نوح استفاده می‌شود که امام (ع) در مقام

بیان وظیفه بوده است؛ زیرا پرسش کننده، با نوشتن مشکل خود به امام، از وی کسب تکلیف می کند و امام نیز در جواب وی می فرماید: مادر تا هفت سالگی بر فرزند خود اولویت دارد. این سخن، به این معنی است که حضانت در این سنین، حق مادر خواهد بود و پدر نیز باید این نکته را رعایت کند. در نتیجه، حمل این روایت بر استحباب، خلاف ظاهر و خالی از دلیل است.

تساوی در حضانت تا هفت سالگی:

جمع فراوانی از فقیهان، راه دوم را برگزیده اند و روایاتی که مادر را تا هفت سال برای نگاهداری کودک شایسته تر می داند، ترجیح داده اند و به صورت فتوی یا از باب احتیاط و اولویت، مادر را تا هفت سال، به طور مطلق برای نگاهداری کودک (اعم از دختر و پسر) شایسته تر دانسته اند. این دیدگاه را بزرگانی، چون صاحب مدارک^{۶۶} و مقدس اردبیلی^{۶۷} و محقق سبزواری^{۶۸} برگزیده اند. همچنین صاحب کتاب التحفة السنیة این قول را از وافی نقل کرده و نقدی بر آن وارد نکرده است.^{۶۹}

برخی از فقیهان معاصر نیز بر این باورند که کودک به طور مطلق، حتی اگر پسر باشد، بهتر است تا هفت سال نزد مادر باشد.^{۷۰}

دفع شبهه ها:

۱. شایسته تر دانستن مادر برای حضانت تا هفت سال در دختر و پسر، خلاف دیدگاه مشهور فقیهان شیعه، و وجهی بر ضعف این دیدگاه است. جواب: با توجه به اقوالی که از فقیهان بزرگ در این زمینه نقل شد، روشن می شود که قول به تفاوت بین دختر و پسر اشهر است، نه مشهور. به همین سبب، میرزای قمی تعبیر به اشهر کرده و صاحب جواهر نیز ابتدا قول به تفصیل را اشهر دانسته است.^{۷۱} بنابراین، قول به اولویت مادر تا هفت سالگی نادر نیست.

۲. پذیرش اولویت مادر بر حضانت دختر و پسر، به طور مساوی تا هفت سال، مستلزم موافقت با دیدگاه اهل سنت است؛ زیرا همه مذاهب اهل سنت، بر سزاوارتر بودن مادر به حضانت کودک به طور مطلق در پسر و دختر تا سن تمیز (هفت-هشت سالگی) متفق اند. ۷۲

جواب: شیعه در بسیاری از مسائل فقهی، با اهل سنت موافق است. لذا هرگونه موافقت با عامه در مسائل فرعی، دلیل بر ضعف و هرگونه مخالفت نیز سند قوت آن دیدگاه نیست. تنها در باب روایات متعارض است که اگر شرایط حجیت را داشته باشند و دیگر مرجحات نیز موجود نباشد، نوبت به مخالفت با عامه می‌رسد. افزون بر این، روایاتی که محدوده حضانت مادر را بیان کرده، مختلف می‌نماید در شماری حضانت مادر تا دو سال و در شماری تا هفت سال آمده است. روایات دال بر دو سال، مخالف با عامه می‌نماید. اگر بنا بود که ملاک در ترجیح روایات، مخالفت با اهل سنت باشد، باید فقیهان روایات دو سال را ترجیح می‌دادند، در حالی که هیچ فقیهی بر طبق آن فتوی نداده و حضانت مادر را به طور مطلق، به دو سال منحصر نکرده است. روایت ایوب بن نوح هم که مادر را تا هفت سال شایسته تر به حضانت دانسته، موافق با عامه می‌نماید و غیر از این دو دسته روایات، روایت دیگری که مخالف با عامه باشد و محدوده حضانت مادر را بیان کرده یا میان حضانت دختر و پسر تفاوت گذاشته، نداریم تا مخالفت با عامه بودنش را وجه ترجیح آن قرار دهیم.

۳. پذیرش روایت دال بر هفت سال و اعتقاد به اولویت مادر برای نگهداری فرزند به طور مطلق تا سن تمیز، مستلزم کنار زدن روایات دو سال است، در حالی که قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» تأکید دارد که در صورت وجود روایات متعارض، تا حد امکان بین آنها جمع کنیم.

جواب: مراد از جمع در قاعده مذکور، جمع دلالی و مراد از امکان نیز امکان عرفی است، و این قاعده به مواردی مربوط می‌شود که عرف میان دو دلیل، تعارضی

نبیند، بلکه یکی از دو دلیل شاهد و قرینه بر مراد و مقصود از دلیل دیگر باشد. با توضیحاتی که پیش از این در بیان جمع ها آمد، روشن شد که راهی برای جمع عرفی میان روایات به نظر نمی رسد. علاوه بر این که ممکن است روایات دال بر دو سال مربوط به رضاع و روایات دال بر هفت سال مربوط به حضانت بوده و بین آنها تعارضی نباشد.

نتیجه: بنابراین، ادعای اولویت مادر بر نگهداری کودک تا هفت سالگی، یعنی تا حدود سن تمیز، بدون تفاوت در دختر و پسر، بدون دلیل و خالی از پشتوانه نیست.

هفت سال دوم:

همگام و همراه با رشد جسمانی کودک و بالا رفتن سن وی، توانایی های او دامنه درک و آگاهی طفل گسترش می یابد. کودکانی که در هفت سالگی هستند تا حدودی مفاهیم خوب و بد و زشت و زیبا را می فهمند و برخی از مصادیق آن را درک می کنند. براساس صریح روایات، هفت سال دوم، سال های تأدیب کودک است.^{۷۳} در فرهنگ اسلامی، مقررات تربیتی ویژه ای متناسب با سطح درک و آگاهی کودکانی که در این سنین هستند، پیش بینی شده است؛ برای نمونه، به برخی از دستورهای تربیتی کودکان که در سخنان مریبان حقیقی بشر آمده، اشاره می کنیم.

۱. آموزش قرآن: از امام صادق(ع) روایت شده که کودک هفت سال بازی می کند و هفت سال کتاب(قرآن) می آموزد و سپس هفت سال حلال و حرام را می آموزد.^{۷۴}

۲. تمرین و آمادگی برای انجام واجبات: امام صادق(ع) فرمود: ما فرزندان خود را وقتی به هفت سالگی رسیدند، به نماز و روزه به مقداری که توانایی دارند، امر می کنیم. هم چنین از رسول الله(ص) نقل شده است: فرزندان خود

را در هفت سالگی به نماز امر کنید و وقتی بالغ شدند، بر ترك نماز تنبیه بدنی شان کنید. در سخنان ائمه (ع) آمده است: وقتی کودکان شما به مقداری از فهم و تشخیص رسیدند، آنها را به نماز خواندن امر کنید و وقتی توان روزه گرفتن یافتند، آنان را به روزه گرفتن وادار کنید. از حضرت پرسیدند: این دستورها در کدام مقطع سنّی باید اعمال شود؟ حضرت فرمود وقتی شش ساله شوند.^{۷۵}

۳. اهتمام به تربیت کودکان: امام صادق (ع) فرمود: به کودک تا شش سالگی مهلت بده، آن گاه او را زیر نظر بگیر و به او ادب بیاموز. در اهمیت تأدیب فرزندان روایت شده است: هر گاه یکی از شما فرزند خود را تأدیب کند، از این که هر روز نصف صاع (یک و نیم کیلو) صدقه بدهد، بهتر است. و روایت دیگر، تربیت فرزندان را سبب آمرزش پدر و مادر بیان می کند.^{۷۶}

۴. دفع زمینه های انحراف: در روایات آمده است: وقتی دختر به شش یا هفت سالگی رسید، پسر او را نبوسد و پسر بچه هر گاه از هفت سالگی گذشت، زنان را نبوسد.^{۷۷} از پیامبر گرامی اسلام روایت است: وقتی فرزندان تا به هفت سالگی رسیدند، خواب گاه آنان را جدا کنید. و در روایت دیگر آمده است: کودکان وقتی به ده سالگی رسیدند، خواب گاه آنان را از زنان جدا کنید.^{۷۸}

۵. تنبیه بدنی، راهی برای پیش گیری از انحراف: از امام باقر (ع) درباره کودکی که دزدی کرده بود، پرسیدند. حضرت فرمود: اگر هفت سال یا کمتر دارد، بر او باکی نیست. اگر بعد از هفت سالگی تکرار کرد، سر انگشتان او قطع یا ساییده می شود تا خون جاری شود، پس اگر باز هم به این عمل زشت دست زد، پایین تر از سر انگشت او قطع می شود و اگر به این کار تا ۹ سالگی ادامه داد، باید دستش قطع شود، زیرا حدود الهی نباید ضایع گردد.^{۷۹}

آداب و دستورهای تربیتی ویژه ای که در آموزه های دینی برای خردسالان پیش بینی شده، حاکی از آن است که کودک در این سنین، وارد مرحله جدیدی می شود. نیازهای او نیز نو می گردد و با نیازهای دوره پیش تفاوت خواهد داشت.

بدین سبب، لازم است که در برنامه های تربیتی او نیز تجدیدنظر شود و متناسب با رشد عقلی و فکری او برای تربیت وی برنامه ریزی کنند. مربی و سرپرست کودک نیز در این مقطع باید فردی باشد که بتواند به بهترین گونه پاسخ گوی نیازهای روحی و مادی و معنوی خردسال باشد. اکنون با توجه به ویژگی های کودک در این مرحله از رشد، و دستورهای تأدیبی که برای آنها بیان شده، باید ببینیم چه کسی برای نگهداری و تأدیب کودک در این مقطع سنی شایسته تر است.

روایات بیان کننده شایستگی پدر در هفت سال دوم:

با استناد به سه گروه از روایات، می توان ادعا کرد پدر برای نگهداری کودک بعد از هفت سالگی شایسته تر است:

گروه اول: روایات بیان کننده محدوده حضانت مادر: در این گروه، دو روایت داریم که هر دو از ایوب بن نوح است و پیش از این، به تفصیل درباره آن سخن گفتیم. این روایت، نهایت حق حضانت مادر را هفت سال قرار داده^{۸۰} و مفهوم آن عدم اولویت مادر بعد از هفت سال است. از سوی دیگر، عدم اولویت مادر بر نگهداری کودک پس از هفت سال، شایستگی پدر را برای این کار می نماید؛ زیرا مریبان کودک در درجه اول پدر و مادر هستند، لذا نفی اولویت هر کدام اثبات اولویت دیگری خواهد بود.

گروه دوم: روایات بیان کننده زمان تأدیب کودک:

۱. عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال يربي الصبي سبعاً

ويؤدب سبعاً ويستخدم سبعاً؛^{۸۱}

کودک هفت سال تربیت و هفت سال تأدیب و تمرین و آن گاه

هفت سال به کار گرفته می شود.

صدوق این روایت را به صورت مرسله از امیر مؤمنان (ع) نقل می کند. در

این روایت واژه «یربی» برای نگهداری کودک، در هفت سال اول و واژه

«یؤدب» برای سرپرستی کودک در هفت سال دوم، به کار رفته است. «یربی» از ریشه «ربو»، تغذیه کردن و رشد دادن معنی می شود. این واژه، درباره هر چیزی که قابلیت رشد و نمو داشته باشد، به کار می رود^{۸۲} و اختصاصی به انسان ندارد. «تأدیب» از ریشه «ادب» به معنای تعلیم و تمرین دادن آداب و فضایل اخلاقی است.^{۸۳} بنابراین، با توجه به معنای لغوی واژه «یربی» و «یؤدب» می توان از روایت استفاده کرد که هفت سال اول عمر نوزاد، زمان تربیت بدنی و رشد و پرورش جسمی، و هفت سال دوم فرصت آموزش و فراگیری آداب فردی و اجتماعی و تمرین دادن کودک بر احکام عبادی و دستورهای اخلاقی است.

۲. «علی بن ابراهیم، عن محمد بن عیسی بن عبید، عن یونس، عن رجل، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: دع ابنک یلعب سبع سنين وألزمه نفسک سبعاً...»^{۸۴}
 بگذار کودک تا هفت سال بازی کند، پس آن گاه او را هفت سال ملازم خویش گردان.

۳. عدة من أصحابنا، عن أحمد بن محمد بن خالد، عن عدة من أصحابنا، عن علی ابن أسباط عن یونس بن یعقوب، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أمهل صبيک حتی یأتي له ستّ سنين، ثم ضمّه إليك سبع سنين، فأدبه بأدبک...»^{۸۵}
 به کودک تا شش سالگی مهلت بده، سپس او را هفت سال نزد خود نگهدار و تأدیب کن.

۴. عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: یرخي الصبي سبعاً و یؤدب سبعاً ویستخدم سبعاً؛^{۸۶}
 کودک، تا هفت سال آزاد و در وسعت است، سپس در هفت سال دوم تأدیب و در هفت سال سوم به کار گرفته می شود.

از این روایات چند نکته به دست می آید:

۱. از افعال «دع»،^{۸۷} «امهل»^{۸۸}، «یرخی»^{۸۹} که به معنای: «رها کردن»، «ترك کردن»، «مهلت دادن و در وسعت قرار دادن» است، استفاده می شود که در تأدیب كودك نباید عجله کرد بلکه باید به او مهلت داد تا زمان كودکی او که وقت رشد جسمی اوست، کامل شود.

۲. جمله «ثم ضمہ إلیک» و «ألزمه نفسک سبعاً» خطاب به پدر و واژه «ضم» به معنای ضمیمه کردن چیزی به چیز دیگر است. بنابراین، این دو جمله چنین معنی می شود که در هفت سال دوم، كودك را همراه خود بگیر. هم چنین واژه های «ضم» و «ألزم» در مقابل «أمهل» و «دع» به معنای عدم ضمیمه کردن است و از آن استفاده می شود که حکم ضمیمه کردن و همراه گرفتن كودك، قبل از آن، یعنی در هفت سال اول، برای پدر وجود ندارد. معنای این سخن آن است که كودك قبل از هفت سال نزد مادر بماند.

رفع ابهام:

«صبی» و «ابن» در لغت به معنای «پسر» و «صبیه» و «ابنه» به معنای «دختر» است. بر این اساس، شاید گفته شود که چون در این روایات، واژه «صبی» و «ابن» به کار رفته، پس تقسیم بندی ایام كودکی به سه مرحله و اختصاص دادن مرحله اول به تربیت بدنی و مقطع دوم به تأدیب، برای پسران است.

این مطلب تمام نیست؛ زیرا نخست آن که: واژه «صبی» در لغت به معنای «صغیر»^{۹۰} و «ابن» به معنای «ولد نیز» است^{۹۱} که هر دو دختر و پسر را شامل می شود. در این روایت نیز قرینه ای بر خصوص اراده پسر نداریم، دوم آن که: در احکامی که در این روایات بیان شده، بین دختر و پسر تفاوتی به نظر نمی رسد و هیچ آیه یا روایتی میان دختر و پسر در این امور تفاوتی نگذارده است.

گروه سوم: روایات بیان کننده حقوق فرزندان:

۱. «علی بن ابراهیم، عن محمد بن عیسی، عن یونس، عن درست عن ابي الحسن موسى عليه السلام قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله ما حق ابني هذا؟ قال: تحسن اسمه وأدبه موضعاً حسناً؛^{۹۲}

در تهذیب الاحکام آمده است: «وضعه موضعاً حسناً»^{۹۳}

مردی در حالی که فرزند خود را به همراه داشت، خدمت رسول الله (ص) شرف یاب شد و عرض کرد: این فرزند بر من چه حقی دارد؟ پیامبر فرمود: نام نیک بر او بنهی و نیکو او را تأدیب کنی و او را بر شغل نیک بگماری.

۲. علی بن محمد، عن ابن جمهور، عن أبيه، عن فضالة بن أيوب، عن السكوني قال: دخلت علي أبي عبدالله عليه السلام وأنا مغموماً مكروب، فقال لي: يا سكوني مما غمك؟ قلت: ولدت لي ابنة فقال: يا سكوني على الأرض ثقلها وعلى الله رزقها، ... فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: حق الولد على والده إذا كان ذكراً أن يستفره أمه ويستحسن اسمه، ويعمله كتاب الله ويطهره، ويعلمه السباحة وإذا كانت انثى أن يستفره أمها، ويستحسن اسمها، ويعلمها سورة النور، ولا يعلمها سورة يوسف، ولا ينزلها الغرف، ويعجل سراحها إلى بيت زوجها، أما إذا سميتها فاطمة فلا تسبها ولا تلعنها ولا تضربها؛^{۹۴}

سکونی می گوید: بر امام صادق (ع) وارد شدم در حالی که غمگین بودم. حضرت فرمود: سبب ناراحتی تو چیست؟ عرض کردم همسرم دختری به دنیا آورده است. امام فرمود: سنگینی او بر روی زمین و روزی او بر خداست. سپس ادامه داد: حق پسر بر پدر آن است که با مادرش نیکو رفتار کند و نام

خوب بر وی نهد و قرآن را به او بیاموزد و او را تطهیر و پاکیزه گرداند و شنا به او بیاموزد، و حق دختر بر پدر آن است که با مادرش نیکی کند و نام نیک بر او نهد و سوره نور را به او بیاموزد نه سوره یوسف را، و او را در معرض دید دیگران قرار ندهد و هرچه زودتر اسباب ازدواج وی را فراهم کند.

از این دسته از روایات نیز استفاده می شود که حضانت كودك پس از هفت سالگی با پدر است. به این بیان که نخست: امور فراوانی در این روایات از حقوق فرزند بر پدر شمرده شده و بنابراین، فرزند صاحب حق و پدر طرف حق (من علیه الحق) به شمار می رود. فقیهان بر اساس همین روایات، این امور را از حقوق پدر بر فرزند دانسته اند. شیخ طوسی فرموده است: ولی كودك باید نماز و روزه را به فرزندش بیاموزد.^{۹۵} علامه حلی گفته است: وقتی كودك هفت ساله شد، بر پدر لازم است که طهارت و نماز را به او بیاموزد و جماعت و احکام آن را به او تعلیم دهد.^{۹۶} دوم آن که ثبوت این حقوق بر عهده پدر، و لزوم ادای آن، مستلزم در اختیار گرفتن كودك است؛ زیرا بدون آن، بر ادای این حقوق، قادر نخواهد بود. بنابراین، اگر پذیرفتیم که از نظر روایات این حقوق بر عهده پدر است، باید لوازم آن را نیز که اختیارداری كودك است، بپذیریم؛ چگونه ممکن است پدری فرزندش را به نماز و روزه وادارد، در حالی که فرزند در اختیار دیگری باشد؟

برآورد نهایی:

در آغاز فصل گفته شد که شکل صحیح و طریق مطلوب در پرورش و تربیت كودك، خانواده و آغوش گرم پدر و مادر است، اما اگر بر اثر ناسازگاری زوجین یا هر امر دیگر، این طریق برای تربیت كودك ممکن نشد، باید از میان راه های متعدد دیگری که در درجه مطلوبیت با هم متفاوت اند، یکی که نزدیک ترین و

شبهه‌ترین راه به شکل مطلوب و طریق پسندیده است، انتخاب شود. سپس بیان شد که چون شکل صحیح پرورش کودک آن است که طفل از هر دو رکن خانواده بهره‌برد و در اختیار هر دو باشد، پس بعد از جدایی پدر و مادر نیز باید این شکل را، اگرچه به صورت کم‌رنگ‌تر، حفظ کنیم. آن‌گاه با استفاده از روایات، مجموع سال‌های پیش از بلوغ کودک را به دو مقطع تقسیم کردیم و به این نتیجه رسیدیم که: در صورت جدایی پدر و مادر، مادر برای پرورش کودک در مرحله اول و پدر برای مقطع دوم، مناسب‌تر است.

بررسی روایات معارض:

برخی از روایات بدون بیان محدوده زمانی، و بدون تفصیل میان دختر و پسر، مادر را برای نگهداری کودک سزاوارتر یاد کرده است. بنابراین ظاهر این روایات، مادر بر نگهداری کودک در همه دوران حضانت، اولویت دارد و این امر به هفت سال اول اختصاص ندارد. اکنون این دسته از روایات را برمی‌رسیم:

۱. علی بن ابراهیم، عن علی بن محمد القاسانی، عن القاسم بن محمد، عن المنقری، عن من ذکره قال: سئل ابو عبدالله علیه السلام عن الرجل يطلق امرته وینهما ولد، ایهما أحق بالولد؟ قال: المرثة أحق بالولد ما لم تتزوج؛

از امام صادق(ع) سؤال شد: مردی که همسرش را طلاق داده، در حالی که از این همسر فرزندی دارد، سزاوار به فرزند است؟ امام(ع) فرمود: تا مادر ازدواج نکرده، سزاوار به فرزند است. ۹۷

این روایت هم از جهت ارسال، و هم از جهت رجال سند، ضعیف می‌نماید. ۹۸ صدوق به سند دیگری نیز این روایت را نقل می‌کند ۹۹ که آن سند نیز تضعیف شده است.

۲. زنی پسر بچه‌اش را خدمت رسول گرامی(ص) آورد و

گفت: ای رسول گرامی اسلام! این فرزندی است که (نه ماه) رنج حمل او را بر خود هموار کردم و در دامنم جایش دادم و پستانم ظرف شیرش بود، اکنون پدرش مرا طلاق داده و تصمیم گرفته او را از من جدا کند. حضرت به وی فرمودند: تا ازدواج نکرده ای بر نگهداری او سزاوارتری.^{۱۰۰}

روایت یاد شده، به سندهای متعدد در کتب مختلف اهل سنت نقل شده^{۱۰۱} که همه در پایان به عمرو بن شعیب از پدرش از جدش (عبدالله بن عمرو بن عاص) منتهی می شود. درباره عمرو بن شعیب در کتب رجال و تراجم اهل سنت، به اختلاف سخن گفته شده است؛ برخی او را ثقه دانسته اند، اما بیشتر او را متهم به کذب و بی دقتی در نقل احادیث کرده اند و گفته اند: وی هر چه را می شنید، نقل می کرد. برخی حدیث او را واهی دانسته اند و گفته اند: حدیث او را می نویسیم، اما آن را حجت نمی دانیم.^{۱۰۲} از سوی دیگر، عمرو بن شعیب این روایت را از جدّ اعلای خود، عبدالله بن عمرو، نقل کرده و حال آن که در زمان وی نبوده و او را ملاقات نکرده است.^{۱۰۳} بنابراین، او نمی تواند این خبر را به طور مستقیم از جدّ خود نقل کند. پس واسطه ای در کار بوده که این روایت را از جدّ اعلای او (عبدالله بن عمرو) برایش نقل کرده و این واسطه مجهول است. در نتیجه این روایت، مرسله و وجه دیگری برای ضعف روایت خواهد بود و برخی از اهل سنت، به همین سبب، روایاتی را که عمرو بن شعیب از جدش نقل کرده، حجت ندانسته اند^{۱۰۴} و عمل به آن را تجویز نمی کنند. در نتیجه این خبر، هم به سبب وجود عمرو بن شعیب در سلسله سند و هم به سبب ارسال، مخدوش است.

۳. زنی نزد رسول الله (ص) درباره نگهداری فرزندش از همسرش شکایت کرد. پیامبر به زن فرمود: تو تا ازدواج نکرده ای، بر کودک سزاوارتر هستی.^{۱۰۵}

به احتمال بسیار، روایت یاد شده، همان روایت قبلی است که نقل به معنی شده و در سند نیز مثل روایت سابق اعتبار و ارزش دارد.

۴. پیامبر فرمود: مادر تا قبل از ازدواج به حضانت فرزندش سزاوارتر است. ۱۰۶

این روایت را ابن ابی‌الجمهور احسائی در کتاب عوالی اللثالی آورده و میرزای نوری نیز در مستدرک از این کتاب نقل کرده است. روایت مذکور علاوه بر ارسال، راوی ای همچون ابوهریره دارد که به جعل و ساختن حدیث مشهور است. این روایت، در هیچ یک از کتاب‌های روایی اهل سنت وجود ندارد. فقط نووی در کتاب فقهی المجموع، این روایت را از ابوهریره از پیامبر (ص) نقل کرده است. ۱۰۷ این جمله در برخی از کتاب‌های اهل سنت، از غیر پیامبر (ص) (از صحابه یا تابعان) نقل می‌شود. ۱۰۸

روایاتی که در این قسمت بیان گردید، از جهاتی تأمل‌پذیر است: نخست آن که: تقریباً همه آنها از نظر سند مشکل دارد که در جای خود بیان شد.

دوم آن که: روایت «المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج وأنت أحق به ما لم ینکحی» نمی‌تواند بیان‌کننده محدوده حضانت مادر باشد، زیرا در این روایات، ازدواج مادر، نهایت حق حضانت او دانسته شده، در حالی که ازدواج در اختیار مادر است که هر زمان اراده کند، می‌تواند با ازدواج، این محدوده را محقق کند، یا با ازدواج نکردن این امتیاز را برای خود محفوظ بدارد، در حالی که ویژگی تعیین حد و مرز برای یک حکم، آن است که خارج از اختیار و اراده مکلف باشد؛ یعنی صرف نظر از اختیار و اراده مکلف، برای حکم پایانی باشد. بنابراین، می‌توان گفت که براساس این روایات، برای حضانت مادر نهایی نیست. در نتیجه لازمه پذیرش محدودیت از این روایات، عدم محدودیت است؛ یعنی این روایات ناقض خود هستند و از وجودشان عدمشان لازم می‌آید. در نتیجه، باید گفت: این دسته از روایات، در صدد تعیین حد و مرز

نیست بلکه تنها در مقام بیان مانعیت ازدواج برای استیفای حق حضانت مادر است. اما این که مقتضی برای حضانت مادر تا چه زمانی وجود دارد، از این روایات فهمیده نمی شود. به عبارت دیگر، برای ثبوت حق حضانت مادر، دو امر لازم است: وجود مقتضی و نبود مانع. این گونه روایات در مقام بیان یکی از موانعی است که مقتضی را باز می دارد و بیان می کند که ازدواج، مانع حق حضانت مادر است. لذا بر آن فرض که برای حضانت مادر مقتضی موجود باشد، ازدواج مانع آن خواهد بود. بنابراین، معنای این دسته از روایات آن است که تا مادر با شوهر دیگری ازدواج نکند، اگر مقتضی برای حضانت وجود داشته باشد، اولویت دارد. اما این که محدوده اولویت مادر تا چه زمانی است و کی پایان می پذیرد، مطلب دیگری است که باید درباره آن در روایات جست و جو شود.

سوم آن که بر فرض این که این روایات در مقام بیان اولویت مادر بر نگهداری كودك و مطلق باشد، این اطلاق پذیرفتنی نیست و از چند جهت تقیید شده است؛ زیرا اطلاق این روایات، نگهداری كودك بعد از بلوغ را نیز شامل می شود، در حالی که به اتفاق فقیهان شیعه و سنی، فرزند بالغ و رشید، تحت حضانت هیچ یک از پدر و مادر نیست و در نتیجه، حضانت و نگهداری مادر از كودك، مقید می شود به قبل از بلوغ. از سوی دیگر، برای روایاتی که نهایت حضانت مادر را باز گرفتن كودك از شیر یا هفت سال قرار داده، قید دیگری وجود دارد که اطلاق آن را محدود به هفت سال می کند. لذا این دسته از روایات، بر فرض صحت سند و صدور از معصوم، بر اولویت مادر برای نگهداری كودك بعد از هفت سال اول، دلالت ندارد.

دیدگاه های نادر:

۱. ابن فهد حلی^{۱۰۹} و شیخ صدوق، بنا به آنچه به وی نسبت داده اند،^{۱۱۰} مادر را تا ازدواج نکرده، سزاوارتر به حضانت كودك دانسته اند که ظاهر آن اعم

از دختر و پسر است.

۲. شیخ در خلاف^{۱۱۱} و علی بن محمد قمی در جامع الخلاف والوفاق^{۱۱۲} و ابن جنید^{۱۱۳} مادر را تا ازدواج نکرده سزاوارتر به حضانت دختر دانسته اند. شیخ در مبسوط همین قول را از اصحاب روایت می کند. ^{۱۱۴} صاحب جواهر، مستند این قول را روایت حفص بن غیاث^{۱۱۵} و مرسله منقری^{۱۱۶} می داند. پیش از این، این دو روایت را از نظر سند و دلالت بررسی کردیم و در هر دو جهت ناتمام دانستیم.

۳. مفید^{۱۱۷} و سلار^{۱۱۸} مادر را در خصوص حضانت دختر، تا نه سال و یحیی بن سعید حلّی^{۱۱۹} او را تا بلوغ فرزند، شایسته تر دانسته اند. ^{۱۲۰} صاحب حدائق در ارتباط با این نظر گفته است: ما به خبری که دال بر این نظر باشد و بتواند مستند این دیدگاه قرار گیرد، دست نیافتیم، چنانچه فقیهان پیش تر از ما نیز به این سخن اعتراف کرده اند. ^{۱۲۱} و سپس ادامه می دهد:

شاید درباره این دیدگاه روایتی وجود داشته که در دست شیخ

مفید بوده و به ما نرسیده است. ^{۱۲۲}

صاحب جواهر نیز گفته است:

ما مستند این رأی را پیدا نکردیم، مگر این که گفته شود: چون دختر پوشیده و محجوب است و پدر باید در بیرون از منزل به فعالیت پردازد و از سویی، دختر نیاز به مربی و سرپرستی دارد که او را تا بلوغ پرورش دهد و بلوغ دختر نه سال است که بنابراین، باید تا بلوغ نزد مادر بماند. یا این که بگوییم: حضانت مادر بعد از ایام رضاع، نسبت به دختر استصحاب می شود و در نتیجه، مادر تا بلوغ بر او سزاوارتر است. ^{۱۲۳}

گفتنی است که تقسیم حضانت کودک، و اختصاص بخشی از آن به مادر و بخشی از آن به پدر، بدان معنی نیست که آنان برای نگاهداری و تربیت کودک در آن بخشی که اختصاص به دیگری دارد، صلاحیت ندارند، بلکه فقط به

معنای شایسته تر بودن آنان در آن مدت معین است. شاهد این سخن: اگر مادر، در هفت سال آغاز زندگی کودک که اولویت حضانت با اوست، از حق خود بگذرد، یا به عللی شرایط سرپرستی را از دست بدهد، این مهم به پدر منتقل می شود و او برای این کار سزاوارتر است، چنان که اگر کودکی در هفتمین سال زندگی خویش از نعمت پدر بی بهره شود، یا پدر شرایط سرپرستی را از کف بدهد، اختیار داری طفل هم چنان با مادر خواهد بود. ۱۲۴

پاسخ به شبهه ها:

۱. واگذار کردن حضانت کودک به پدر، در هفت سال دوم مستلزم جدا کردن کودک از آغوش گرم مادر است که این امر، برای مادر و کودک ضرر دارد. ۱۲۵

جواب: پیش از پاسخ به این شبهه، این نکته گفتنی است که در آموزه های دینی برای پدر و مادر و بالعکس حقوق فراوانی بیان شده که حق حضانت، یکی از آنها به شمار می رود. ویژگی این حق، محدود بودن در آغاز و انجام است؛ با تولد آغاز و با بلوغ پایان می یابد. در نتیجه، حق نگهداری و سرپرستی، برای هیچ کدام از پدر و مادر دائمی نیست. برخلاف برخی دیگر از حقوق که پس از ایجاد تا آخر عمر استمرار دارد، حق حضانت مادر با هفت ساله شدن کودک، به پایان می رسد و پس از آن، اگر پدر و مادر از هم جدا شوند، یا جداگانه زندگی کنند و در حضانت کودک اختلاف داشته باشند، حق پدر مقدم خواهد بود. این امر، به معنای از میان رفتن همه حقوق مادر بر فرزند نیست؛ حقوق دیگر، مثل دیدار از کودک، سخن گفتن با فرزند... برای مادر محفوظ می ماند. بنابراین، انتقال حضانت به پدر بعد از هفت سال، به معنای جدا کردن کودک از مادر و محرومیت مادر از فرزند نیست، چنان که واگذار کردن سرپرستی کودک به مادر در هفت سال اول نیز، به معنای محرومیت پدر از دیدار فرزند نیست؛ چگونه چنین چیزی ممکن است، در حالی که ائمه جدایی میان طفل و مادر را حتی

نسبت به زنان کافری که مسلمانان در جنگ‌ها کنیز و اسیر می‌گرفتند، اجازه نمی‌دادند و اصحاب را از جداسازی کنیز و فرزندش منع می‌کردند. در روایات آمده است: اگر در بین زنان اسیر، مادرانی بودند که کودک خردسال داشتند، بین فرزند و مادر جدایی نیندازید، یا آنان را با هم بفروشید یا با هم نگاه دارید. ۱۲۶ و در برخی روایات، جدا کردن کودک از مادر حرام شمرده شده است. ۱۲۷ هشام ابن حکم می‌گوید: جاریه‌ای برای امام صادق (ع) خریدم که در منزل وی مشغول به خدمت بود. در یکی از روزها به هنگام برخاستن از جای خود گفت: یا امام. امام (ع) با شنیدن این سخن به او فرمودند: مادر داری؟ جواب دادند بلی. امام (ع) کنیز را برگرداند و فرمود: مطمئن نیستم که با نگاه داشتن این جاریه برای فرزندم، امری که برایم ناخوشایند باشد، پیش نیاید. ۱۲۸

۲. واگذار کردن کودکان به پدر در هفت سال دوم، سبب تضييع حقوق کودکان می‌شود؛ زیرا مواردی دیده می‌شود که کودکان بر اثر آزار یا شکنجه نامادری جان می‌دهند. ۱۲۹

جواب: این مشکل ویژه حضانت پدران نیست که از آن بتوان نتیجه گرفت:

◇ با توجه به حکمتِ حضانت، که حمایت و نگاهداری از کودک و تأمین نیازهای اوست، و با در نظر گرفتن تفاوت زن و مرد در ویژگی‌ها و توانایی‌های جسمی و روانی، و با ملاحظه این نکته که نیازهای کودک در طول دوران حضانت، ثابت نبوده و با رشد جسمی خردسال در حال تغییر و دگرگونی است، لازم می‌نماید که برای تأمین بهینه نیازهای کودک و رعایت بهتر مصلحت طفل در طول دوره نگاهداری، متناسب با دگرگونی‌هایی که در نیازهای کودک اتفاق می‌افتد، در سرپرستی او نیز تجدید نظر گردد و فردی برای سرپرستی کودک انتخاب شود که در ویژگی‌های جسمی و روانی و توانایی‌های مادی و معنوی متناسب با خصوصیات کودک، در آن حال باشد. ◇

اگر حضانت کودک به مادر واگذار شود، برطرف گردد بلکه در سپردن کودک به مادران نیز این مشکل وجود دارد. اگر کودکان که تحت حضانت پدران هستند، از دست نامادری رنج می‌برند، کودکانی که در حضانت مادران هستند، از آزارهای ناپدری آزار می‌بینند. مادران بسیاری با ازدواج مجدد سبب می‌شوند که کودکان بی‌گناه آنان، به دست ناپدرانی سنگدل گرفتار شوند. بنابراین، نمی‌توان به طور قطعی گفت که اگر کودکان به دست مادران داده شوند، مشکل حل می‌شود.

۳. مرد در هر زمانی بخواهد، می‌تواند زندگی خانوادگی اش را متلاشی کند و زن را بیرون بیندازد و نگذارد زن با بچه‌هایش تماس بگیرد؛ اما زن تقریباً بنابر اشاره‌ای که شده، بین این دو گزینه را می‌تواند برگزیند: یا تسلیم شدن به استبدادگری شوهر و دست شستن از حقوق خود در حوزه‌های دیگر یا محروم شدن از دسترس به فرزندان.^{۱۳۰}

جواب: با توجه به نکات پیشین، روشن شد که هیچ کدام از مرد و زن حق محروم کردن دیگری را از دیدن فرزند ندارد و قانون به آنان چنین اجازه‌ای نمی‌دهد. بلی، آنان از نظر تکوینی آزاد هستند و می‌توانند این کار را انجام بدهند، اما این آزادی و توانستن، لازمه اختیار انسان است و با ممنوعیت تشریحی آن در مقررات اسلامی منافات ندارد. خداوند متعال همه انسان‌ها را تکویناً مختار و آزاد آفریده است، اما از نظر شرعی ممنوعیت‌های فراوانی دارند که نباید این دو را با هم خلط کرد.

۴. نحوه قانون‌گذاری در اسلام، به هیچ وجه برخلاف روش عقلا نیست... مسأله نگهداری اطفال و مسأله حضانت، عقلایی است و در تمام دنیا، از ابتدای خلقت عالم که خانواده و جامعه‌ای برقرار شده، مسأله نگهداری و تربیت و حضانت نیز بوده است و ما می‌بینیم که در مسأله حضانت و نگهداری، تمام عقلای عالم «عقلاء بماهم عقلاء» این معنی را می‌گویند که مادر سزاوار است و مادر بهتر می‌تواند رسیدگی کند تا پدر...^{۱۳۱}

جواب: آن حکم عقلی که از عقلای عالم نقل می‌شود، به موارد غالب مربوط می‌شود که خانواده برپاست و میان زوجین درباره حضانت کودک اختلافی نیست، اما اگر بنیان خانواده درهم بریزد و زوجین جدا شوند و هر یک نگهداری فرزند را ادعا کنند، باز هم عقلا به همین امر حکم می‌کنند؟

دیگر آن که: واگذار کردن حضانت به پدر بعد از هفت سال، تنها به معنای عدم استحقاق مادر در آن زمان است، نه به معنای عدم صلاحیت و عدم شایستگی او؛ آنچه عقلای عالم می‌گویند، شایستگی مادر برای این کار است و این امر، با حق داشتن، ملازم نیست. شاید شخصی برای انجام کاری شایسته باشد، اما حق انجام آن کار را نداشته باشد بنابراین، بین حکم عقلا به شایستگی مادر برای نگهداری کودک و عدم حق وی بر نگهداری کودک، بعد از هفت سال منافاتی نیست.

ممکن است گفته شود که عدم آشنایی پدر به برخی از کارهای کودک دلیل بر سقوط حق حضانت و عدم صلاحیت وی برای نگهداری کودک است. اما این سخن نیز درست نیست؛ زیرا پیش از این گفتیم که حضانت، اختیارداری امور کودک است، نه مباشرت در خدمت رسانی و انجام کارهای کودک. بنابراین، پدر می‌تواند برای انجام کارهای کودک زنی را اجیر کند و حتی می‌تواند مادر را برای این کار اجیر کند و این خود شاهد خوبی بر صلاحیت مادر برای نگهداری کودک بعد از سقوط حق حضانت اوست.

سخن پایانی:

راه درمان این مشکل اجتماعی چیست؟

۱. تغییر قانون: برخی بازنگری در قانون حضانت و تغییر^{۱۳۲} آن را به نفع مادران، پایان مشکل و دره‌اند اصلی می‌دانند. اما به نظر می‌رسد تغییر قانون و واگذار کردن حضانت کودکان به مادران، به طور مطلق تا زمان بلوغ، نه تنها گره‌ای را از کار مادران و فرزندان طلاق نخواهد گشود بلکه گره‌های جدیدی

را نیز اضافه می‌کند و بار زیادتری را بر دوش مادران می‌آورد. اگر قانون، نگهداری کودک را به طور مطلق به مادر واگذار کند، مشکلات جدیدی نظیر تأمین هزینه کودک، شانس کمتر برای یافتن شغل و محدودیت بیشتر در منزل برای نگهداری از کودک، محرومیت از برخی فعالیت‌های اجتماعی، کاهش شانس ازدواج مجدد و ... گریبان‌گیر وی خواهد گردید.

شاید بتوان مدعی شد که حکمت واگذار کردن مسئولیت حضانت به پدر به دلیل دفاع از حق ازدواج زن است؛ زیرا زنان طلاق داده شده‌ای که حضانت کودک را به عهده دارند، شانس ازدواج کمتری خواهند داشت و چه بسا، به همین سبب از ازدواج مجدد به کلی محروم می‌شوند. البته اگر به اختیار خودش، نگاهداری از فرزندان را برگزیند، امر دیگری خواهد بود، ولی بحث ما در این باره است که قانون‌گذار اسلام زمینه این شانس را برای او مهیا کرده تا به آسانی بتواند در صورت تمایل، ازدواج کند.

۲. حمایت از خانواده: مشکل حضانت، در خانواده‌هایی به چشم می‌خورد که پیوند زناشویی در آنها از هم گسسته باشد. مشکل حضانت، نتیجه طبیعی آن گسست خواهد بود و سپردن حضانت به پدر یا مادر و یا دیگری این مشکل را برطرف نتواند کرد. آری، اگر این درد از جامعه رخت بریند، مشکل حضانت خود به خود برطرف خواهد شد. بنابراین، درمان اصلی حفظ و حمایت از بنیان خانواده است که اگر آسیب‌های خانواده را خوب بررسی کنیم و در صدد برطرف کردن آنها برآییم و اگر مشکلات خانواده‌ها را برطرف کنیم تا تلاشی نشوند بیش از نود درصد از مشکلات مربوط به حضانت برطرف خواهد شد.

شرایط حضانت:

حضانت برای پدر و مادر، با اموری ثابت می‌شود که برخی از آنها مثل عقل و قدرت، وجودی و از قبیل شرایط‌اند، و برخی مثل ازدواج مادر، عدمی و از

قبیل موانع اند. کتاب های فقهی نیز این امور را گاهی مانع و گاهی شرط یاد کرده اند. برای مثال، برخی از فقیهان «ازدواج» را مانعی برای حضانت مادر دانسته اند و پاره ای نقیض آن را شرط حضانت قرار داده اند و گفته اند: شرط حضانت مادر، آن است که (بعد از طلاق) با شوهر دیگری ازدواج نکرده باشد.^{۱۳۳} یا برای نمونه: برخی «جنون» را مانع حضانت دانسته اند و برخی دیگر، نقیض آن را (عقل)، شرط حضانت قرار داده اند.^{۱۳۴} بنابراین، به یک اعتبار، موانع حضانت را می توان به شرایط عدمی برگرداند و در موضوع شرایط حضانت، از آن بحث کرد. به همین سبب، در این فصل همه اموری که در باب حضانت مطرح است، تحت «شرایط حضانت» بررسی می شود. پیش از ورود به بررسی شرایط، تذکر چند نکته ضروری به نظر می رسد:

۱. حضانت از دیدگاه اسلام، تنها پرورش طفل، در بعد جسمی و تأمین نیازهای مادی وی نیست. این کمترین چیزی است که در پرورش انسان، بلکه هر موجود جاننداری لازم به شمار می رود. آنچه حضانت را که نگهداری و پرورش کودک انسانی است، از نگهداری و پرورش حیوانات ممتاز می کند، توجه به بُعد معنوی طفل و فراهم کردن شرایط و زمینه هایی است که در این بُعد، طفل بدان نیاز دارد. سفارش روایات به شیر دادن به کودک و این که هر زنی را برای شیر دادن نباید برگزید،^{۱۳۵} یا این که شیر زنی را که از زنا، باردار شده به کودک، نباید خوراند،^{۱۳۶} دقیقاً برای تأمین همین هدف است؛ زیرا اگر حضانت، تنها شیر دادن و پرورش جسمی کودک بود، بین شیر زن نیکوکار و فاجره تفاوتی نبود. رشد جسم کودک، اثر طبیعی و تکوینی شیری است که می نوشد، خواه از زن مؤمنه باشد و یا فاجره؛ از طریق شرعی باردار شده باشد، یا غیر شرعی. آنچه سبب شده که آموزه های دینی به یکی سفارش و از دیگری نهی کند، تأثیر تکوینی عمیقی است که شیر در بُعد معنوی و روانی کودک دارد. اهمیت این بُعد در پرورش کودک از یک سو و غفلت و بی توجهی بیشتر

مردم از سوی دیگر، سبب شده که ائمه(ع) در باب تربیت کودکان، مردم را به این بعد بیشتر توجه دهند. پیامبر(ص) به برخی از کودکان نگاه کرد و فرمود: وای بر کودکان آخرالزمان به سبب پدرانشان. عده‌ای پرسیدند: پدران مشرکشان؟ فرمود: نه از دست پدران مؤمن که به فرزندان خود واجبات را آموزش نمی‌دهند و اگر کسی به آنان بیاموزد، مانع او می‌شوند و به مال کم دنیا راضی‌اند، من از این پدران بی‌زار و آنان از من بی‌زارند. ۱۳۷

امام صادق(ع) فرمود: به فرزندانتان حدیث بیاموزید، پیش از آن که مرجئه بر شما سبقت بگیرند. ۱۳۸ در روایتی از پیامبر(ص) نقل شده است: وقتی معلم به کودک «بسم الله» را بیاموزد برای او و کودک و پدر و مادر، برائت از آتش نوشته می‌شود. ۱۳۹ و در روایت دیگر، تأدیب کودک بهتر از آن دانسته شده که هر روز نصف صاع صدقه بدهد. ۱۴۰

از این روایات و نمونه‌های فراوان دیگری که در این موضوع از پیشوایان دینی به ما رسیده، به دست می‌آید که در پرورش کودک، اهتمام به بُعد روانی و معنوی، اگر لازم تر از توجه به بُعد جسمی و مادی نباشد، کمتر نیست. به همین سبب، می‌بینیم که شرایط مطرح برای سرپرست کودک را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: یک دسته شرایطی که به بُعد معنوی کودک نظر دارد و لزوم فراهم بودن آنها در سرپرست، بدین سبب است که زمینه بالندگی و رشد معنوی طفل فراهم شود؛ مثل اسلام و صلاحیت اخلاقی؛ دسته دوم، شرایطی که برای تأمین مصالح مادی و جسمی کودک است؛ نظیر عقل و قدرت و عدم ابتلا به بیماری‌های خطرناک و ...

۲. از ظاهر عبارت برخی از فقیهان، توهم می‌شود که شرایط حضانت، ویژه مادران است، اما با دقت در نوشته‌ها و سخنان آنان روشن می‌شود که این شرایط مگر در یکی دو مورد که در جای خود بیان خواهیم کرد، میان پدر و مادر مشترك است. برخی از فقیهان نیز این نکته را دریافته‌اند و به آن تصریح کرده‌اند. ۱۴۱

۳. کودک، در آغاز تولد، موجود ضعیف و آسیب پذیر است که برای ادامه زندگی خویش بر دور کردن خطرها و کنار زدن آسیب ها و به دست آوردن امور مفید، توانایی ندارد. آفریدگار حکیم به هدف بقا و ادامه زندگی وی، در دو بُعد تکوین و تشریح، اسباب مورد نیاز او را فراهم ساخته است. از نظر تکوینی، دل و جان پدر و مادر را سرشار از مهر و محبت فرزند قرار داده^{۱۴۲} و در بُعد تشریحی، حضانت را حق و تکلیف آنان مقرر فرموده است. بنابراین، غرض از تشریح حق حضانت، حفظ و نگهداری کودک از خطرها و تأمین مصالح مادی و معنوی اوست؛ کودک در پناه این سنگر در دو بُعد مادی و معنوی پرورش می یابد.

با توجه به این امر، اگر به هر علتی، اقتدار پدر و مادر در جهت عکس مقصود، به کار گرفته شده و سبب آسیب و زیان به کودک شود، خلاف مقصود و نقض غرض خواهد بود.

آیه شریفه: «لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده...» بنا بر یک تفسیر، پدر و مادر را از ضرر زدن به کودک نهی می کند.^{۱۴۳} پس بنا بر آن حضانت مضر به حال کودک، منتفی خواهد بود و همین، قاعده و معیار کلی در جواز یا عدم جواز نگهداری خواهد شد. سرپرست کودک در صورتی می تواند متعهد این امر شود که نگهداری او در بُعد مادی و معنوی، برای کودک مضر نباشد.

ممکن است، گفته شود: سقوط حضانت، از احکام وضعیه است، در حالی که آیه «لاتضار» حکمی تکلیفی را در بر گرفته و پدر و مادر را از ضرر زدن به کودک نهی می کند. در نتیجه، سرپیچی از این نهی، سبب حرمت و عذاب اخروی است، نه اسقاط حق حضانت.

در جواب گفته می شود که اگر آیه «والوالدات یرضعن...» را مستقل و بدون توجه به ادامه آن، یعنی جمله «لاتضار...» در نظر بگیریم، معنایش ثبوت حضانت برای مادران، به طور مطلق و در هر شرایطی است، و جمله

«لاتضار والدة بولده ...» نیز حکم کلی تکلیفی را درباره عدم اضرار به کودک بیان می‌کند. اما می‌توان گفت: دلالت تصدیقی کلام، پس از آن است که متکلم سخنش کامل شود و سخن گوینده وقتی کامل می‌شود که همه قرائن متصله را ذکر کند؛ در آیه شریفه، جمله «والوالدات یرضعن ...» قبل از آمدن جمله «لاتضار ...» کامل نشده و ظهور تصدیقی ندارد، با توجه به این امر مجموع «والوالدات یرضعن اولادهن ...» با جمله «لاتضار والدة بولده ...» دلیل حضانت مادران است و این دلیل، موارد ضرر را شامل نمی‌شود.

در نتیجه، با توجه به آیه «لاتضار والدة ...» که پدر و مادر را از آسیب رساندن به کودک، منع کرده و با در نظر گرفتن حکم عقل به این که هدف از حق حضانت حمایت از کودک است، می‌توان ادعا کرد: برای حضانت، فقط یک شرط وجود دارد: عدم اضرار، و سایر شرایطی که برای نگهدارنده کودک بیان شده، برای تحصیل این شرط است. در این جا برخی از شرایطی را که مهم‌تر به نظر می‌رسد، در دو گروه برمی‌رسیم: نخست شرایطی که میان پدر و مادر مشترک است، و دیگر، شرایطی که به حضانت مادر اختصاص دارد.

الف. شرایط مشترک:

۱. عقل و قدرت: به طور کلی، عقل و قدرت دو چیزی است که انسان را شایسته مسئولیت‌پذیری می‌کند. به همین سبب، ثبوت وظایف و تکالیف، در هر مکتب و مذهبی، مشروط به این دو شرط است. مکتب اسلام نیز بلوغ و عقل را از شرایط عمومی تکالیف قرار داده و به همین سبب، مجانین (دیوانه‌ها)^{۱۴۴} و ناتوانان که فاقد عقل و قدرت‌اند، وظیفه و تکلیفی بر دوش ندارند.

آیا عقل و قدرت، افزون بر آن که شرط تکلیف است، شرط برخورداری از حقوق نیز هست؟ به این معنی که انسان‌های غیر عاقل و ناتوان که تکلیف متوجه آنان نمی‌شود، از حقوق و مزایای هم محروم‌اند؟ آیا مجانین و ناتوانان،

چنانچه برای مسئولیت پذیری اهلیت ندارند، شایسته برخورداری از حقوق هم نیستند، یا عقل و قدرت شرط تکلیف است، نه شرط حقوق؟ در ابتدا این نکته باید توجه شود که در باب حقوق، دو گونه شایستگی مطرح است: نخست اهلیت تمتع؛ یعنی بهره مندی از حق، و دوم شایستگی استیفا به معنای اجرای حق.

آنچه مبنای اهلیت تمتع، و شایستگی برای برخورداری از حقوق و مزایا به شمار می رود، انسانیت است. همین که وجود انسان شکل گرفت، حتی اگر متولد نشده باشد، توانایی دارا شدن را کسب کرده و می تواند از حقوق برخوردار باشد. اما ملاک اهلیت اجرا و استیفای حق، درک و تمیز است.^{۱۴۵} بنابراین، محجوران، نظیر: کودکان و اشخاصی که بر اثر اختلال یا ضعف قوای دماغی قدرت اراده و تصمیم گیری ندارند، از حقوق و مزایا برخوردارند؛ یعنی اهلیت به معنای اول را دارند، گرچه شایستگی اعمال و اجرای آن را ندارند؛ یعنی اهلیت استیفا را ندارند و نماینده قانونی آنان از طرف آنان، این حقوق را استیفا می کند. اکنون سؤال این است که حق حضانت چگونه است؟

پیش از این گفته آمد که: حضانت، ولایت بر کودک و تدبیر شئون اوست. از سوی دیگر، حضانت، نظیر حق شفعه و حق خیار...، حق محض نیست بلکه حقی همراه با تکلیف است؛ یعنی پس از آن که پدر یا مادر، سرپرستی کودک را به عهده گرفت، مراقبت از طفل، وظیفه و تکلیف وی می شود. ولایت پدر بر فرزند نیز از این قبیل است. پدر بر فرزند خود، حق ولایت دارد و کسی نمی تواند او را از اعمال این حق باز دارد، در عین حال، تکلیف او نیز هست.

در نتیجه، حضانت هم از آن جهت که نوعی تدبیر و ولایت است و هم از آن جهت که حقی همراه با تکلیف به شمار می رود، برای کسی ثابت است که از عقل و اندیشه و توان کافی برای انجام این مهم برخوردار باشد؛ افزون بر آن

كه مجانين و افراد ناتوان در مراقبت از خویش به ديگران نیازمندند، ۱۴۶ با اين حال، چگونه می توانند مواظبت و نگهداری از كودك را به عهده بگیرند؟ پس اگر پدر يا مادر، مبتلا به جنون بوده و توان اداره و تدبير كودك را نداشته باشند، نه تنها شایستگی استیفای اين حق را ندارند بلکه اهلیت تمتع را نیز نخواهند داشت.

بیشتر فقیهانی كه شرایط حضانت را بررسیده اند، به شرطیت عقل نیز توجه و به لزوم آن تصریح کرده اند ۱۴۷ و برخی آن را اجماعی دانسته اند. ۱۴۸ صاحب جواهر گفته است: جنون هر چند دائمی باشد، حق حضانت را باطل نمی کند، گرچه تدبير امور كودك به ولی قانونی مجنون منتقل می شود؛ مثل سایر امور مجانین كه به عهده سرپرست آنان است. ۱۴۹ بنابراین، جنون اهلیت تمتع را از بین نمی برد و بدین لحاظ، حق حضانت برای او باقی است، اما چون اهلیت استیفا ندارد، ولی وی آن را استیفا می کند.

این سخن از جهاتی جای تأمل دارد: نخست آن كه: اگر یکی از پدر يا مادر طفل مبتلا به جنون بود، یا آن كه بعد دیوانه شد، آیا حق حضانت به یکی دیگر از آن دو كه عاقل است، می رسد یا به ولی مجنون؟ برای نمونه: اگر مادر در دو سالی كه حق حضانت دارد، به بیماری جنون مبتلا شد، آیا حضانت كودك را پدر به عهده می گیرد یا نماینده قانونی مادر كه پدر یا جد پدری اوست؟ یا اگر پدر در زمانی كه حضانت كودك را بر عهده دارد، دیوانه شد، آیا سرپرستی كودك به مادر سپرده می شود، یا به نماینده قانونی پدر؟ واضح است كه در این موارد كه یکی از پدر و مادر شرایط حضانت را از دست داده، سرپرستی كودك را به یکی دیگر از آن دو واگذار می کنند، نه به ولی مجنون، زیرا حضانت كودك حقی است میان پدر و مادر طفل و مادام كه یکی از آنان شرایط نگهداری را داشته باشد، اولی از ديگران است. بنابراین، مبتلا به جنون نه تنها اهلیت استیفا ندارد، بلکه اهلیت برخورداري از حق حضانت را نیز دارا نیست.

دوم آن که: حضانت نهادی است در ارتباط با نگهداری و مراقبت از جسم طفل و ربطی به امور مالی کودک ندارد. حاضن فقط عهده دار اموری است که مربوط به جسم طفل است و اموال کودک را نماینده قانونی او نگهداری می کند. از سوی دیگر، حق حضانت حقی موقت و محدود به زمان معلومی است که هر لحظه به انتهایش نزدیک می شود و با رسیدن کودک به بلوغ، چیزی از آن باقی نمی ماند، زیرا کسی بر شخص عاقل و بالغ حق حضانت ندارد. با توجه به این امر، کسی که می خواهد حق حضانت مجنون را استیفا کند، چه چیزی را برای صاحب حق استیفا می کند و چه نفعی به او می رساند؟

بنابراین، می توان گفت: حق حضانت، قابلیت استیفا را از سوی دیگران ندارد و باید خود صاحب حق آن را اعمال کند، زیرا ویژگی این حق آن است که لحظه به لحظه تلف می شود و از بین می رود و پس از سپری شدن دوران حضانت، چیزی از آن باقی نمی ماند.

نکته دیگر آن که برخی از اشخاص، به بیماری روانی و اختلال حواس مبتلا نیستند و در بین مردم، دیوانه شناخته نمی شوند، اما ضریب هوشی آنان پایین و از نظر ذهنی عقب مانده اند؛ مثل: افراد سفیه^{۱۵۰} که عقل معاش ندارند و سود و زیان مالی را به خوبی درک نمی کنند. این گونه انسان ها را غیر رشید می گویند. اکنون سؤال این است که: آیا در بهره مندی از حق حضانت، علاوه بر عقل، شرط رشد عقلی نیز وجود دارد؟ یعنی نگهدارنده کودک باید عاقل و رشید باشد؟ به طور مسلم از آیات و روایات استفاده می شود که سفیه از تصرفات مالی ممنوع است و براساس آیه: «ولاتؤتوا السفهاء أموالکم التي جعل الله لکم قیاماً؛ اموال خود را که خداوند وسیله قوام زندگی شما قرار داده به سفیهان ندهید.»^{۱۵۱}، باید اموال او نزد نماینده قانونی وی نگهداری و حفظ شود، زیرا در این بُعد توانایی و استعداد ندارد؛ یعنی از حقوق مالی بهره می برد، اما از استیفا و اجرای آن ممنوع است.

ملاك و معيار بهره مندی از حق حضانت نیز عقل و قدرت است و بر شرطیت رشد، دلیلی نداریم. بنابراین، اگر عقب افتادگی پدر یا مادر به اندازه ای باشد که توانایی نگهداری از کودک را از دست بدهد، حق حضانت نخواهد داشت، اما نه بدان سبب که رشید نیست بلکه بدین علت که توانایی بر نگهداری کودک را ندارد و حق حضانت نیز مربوط به نگهداری جسم کودک است. بنابراین، آن دسته از سفیهان^{۱۵۲} که بر نگهداری از خود توانا نیستند و نیاز به مراقب دارند، به طریق اولی قادر بر سرپرستی دیگران نیستند و حق حضانت نخواهند داشت. اما اشخاصی که عقب ماندگی کمی دارند^{۱۵۳} و بر اداره امور خود توانا هستند، طبیعتاً می توانند کودک را نیز حضانت کنند.

۲. اسلام: تبیین این شرط نیاز به مقدماتی دارد:

۱. در مقررات اسلامی، کودک تا پیش از بلوغ، در اسلام و کفر تابع پدر و مادر است. بنابراین، هرگاه پدر و مادر مسلمان باشند، کودک نیز در حکم مسلمان و اگر هر دو کافر باشند، کودک نیز محکوم به کفر خواهد بود. اما اگر یکی از پدر و مادر مسلمان و دیگری کافر باشد، در این صورت، کودک تابع اشرف پدر و مادر خواهد بود و چون دین اسلام اشرف^{۱۵۴} است، پس کودک تابع مسلمان از آن دو خواهد بود.^{۱۵۵}

۲. آیه «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً»^{۱۵۶} با حرف نفی لن، که دلالتش بر نفی شدیدتر است، هرگونه تسلط کافر بر مؤمن را به طور مطلق نفی کرده است. به همین جهت، فقیهان احکامی را که سبب سلطه کافر بر مسلمان می شود، منتفی دانسته اند.^{۱۵۷}

۳. مراد از «المؤمنین» در آیه شریفه، همه کسانی هستند که با اجرای شهادتین بر زبان، به خدا و رسول ایمان آورده اند، نه خصوص مؤمنان واقعی که در ظاهر و باطن ایمان آورده اند و لوازم آن را پذیرفته اند. زیرا احکام فقهی

ظاهری که در این دنیا برای انتظام بخشیدن به زندگی مسلمانان وضع شده، بر اساس همین ایمان ظاهری است.

بر اساس مقدمات یاد شده، هرگاه یکی از پدر و مادر، مسلمان و دیگری کافر باشد، کودکی که از آنان متولد می‌شود، محکوم به اسلام خواهد بود. از سوی دیگر، حضانت نوعی اقتدار و سلطه بر کودک است و واگذار کردن حضانت کودک مسلمان به کافر (پدر یا مادر)، مستلزم مسلط کردن وی بر مسلمان خواهد بود؛ در حالی که بر اساس آیه قرآن، کافر هیچ‌گونه سلطه‌ای بر مسلمان ندارد. بنابراین، کافر حق نگهداری و سرپرستی این کودک را ندارد و حضانت او با مسلمان از آنان خواهد بود؛ خواه پدر باشد یا مادر.

روایت «الاسلام یعلو ولا یعلی علیه»^{۱۵۸} نیز مؤید این معناست، زیرا برتری مکتب اسلام سبب برتری اهل آن بر اهل سایر مذاهب می‌شود. پس مسلمان به سبب شرافت دینش بر کافر، شرف و برتری دارد و چون حضانت نوعی علو و برتری بر محضون است، پس کافر حق حضانت ندارد.

این شرط، تقریباً مورد اتفاق فقیهان شیعه است.^{۱۵۹} مستند فقیهان، آیه نفی تسلط و تأثیری است که کافر در تربیت فرزند به خوی و خصلت خود دارد، زیرا سرپرست کودک نه تنها نگهدارنده و پرورش دهنده جسم طفل است بلکه الگوی اخلاق و رفتار او نیز هست. بنابراین، سرپرستی کافر، زمینه و بستری برای انحراف طفل است که باید از آن جلوگیری شود. شهید ثانی، درباره این شرط گفته است: شخصیت کودک، طبق اخلاق و آداب و عقاید سرپرست، شکل می‌گیرد و کفر سرپرست، سبب انحراف و کژی کودک می‌شود. در نتیجه، کافر شایستگی حضانت کودک مسلمان را ندارد.^{۱۶۰}

برخی درباره شرطیت اسلام گفته‌اند: امروز که کافر و مسلمان چنان به هم آمیخته‌اند که با هیچ معیار مطمئنی نمی‌توان آنان را از هم باز شناخت و بسیاری کسانانی که اسلامشان تنها به داشتن شناسنامه اسلامی شناخته می‌شود،

و در جامعه ای که خانواده ها با غرور نگاهداری و تربیت اطفال خویش را به بیگانگان می سپارند، محروم کردن مادری از حضانت فرزند خود به این بهانه، عادلانه به نظر نمی رسد. ۱۶۱

در این سخن، دلایلی برای تأمل وجود دارد: نخست آن که: شرطیت اسلام، ویژه حضانت مادر نیست بلکه این شرط برای پدر هم ثابت است. بنابراین، وجهی ندارد که تنها داد سخن از محرومیت مادر سر داده شود و این حکم را ناعادلانه خواند. براساس این شرط، اگر هر یک از پدر یا مادر از ابتدا کافر باشند یا در مدتی که کودکی در بین آنان است، کافر شود، از حضانت فرزندشان محروم خواهند شد.

دوم آن که: معیار احکام فقهی ظاهری و ملاک و میزان تعیین رفتار و معاملات مسلمانان با یکدیگر در این دنیا، همین اسلام ظاهری و گفتن شهادتین است. کسی که در ظاهر اسلام بیاورد و شهادتین را بر زبان جاری کند، مسلمان شمرده می شود و همه احکام اسلام، مانند: ارث بردن، طهارت ظاهری، جواز ازدواج با مسلمان، جواز دفن در قبرستان مسلمانان برای او وجود دارد، هرچند در قلب کفر بورزد. احکام فقهی ظاهری به منظور تأمین مصالح مسلمانان در این جهان وضع شده است و ارتباطی با جنبه های معنوی و سعادت جاودانی ندارد. ۱۶۲ ایمان و کفر باطنی، مربوط به سعادت و شقاوت و جهان آخرت است، نه این دنیا. اگر آن ایمان واقعی و شرک و کفر، ملاک عمل و رفتار مسلمانان با یکدیگر قرار بگیرد، امر بر مسلمانان بسیار مشکل خواهد شد و به مصلحت آنان در این دنیا نخواهد بود، زیرا (نخست آن که:) ایمان واقعی تشخیص داده نمی شود و (دیگر آن که:) در اندک افرادی پدیدار می شود. قرآن می فرماید: «وما یؤمن اکثرهم بالله إلا وهم مشرکون؛ بیشتر آنان که مدعی ایمان به خدا هستند، مشرک اند.» ۱۶۳ اگر بنا باشد، ملاک نگاهداری از کودک ایمان حقیقی باشد، بیشتر مردم شایستگی نگاهداری فرزند را نخواهند

داشت، علاوه بر این که شناخت ایمان واقعی راهی ندارد و بی وجود معیار ظاهری، دیگر مرزی برای مسلمان و غیر مسلمان وجود نخواهد داشت.

۳. صلاحیت اخلاقی: بی شک قانون گذار اسلام، پرورش و تربیت اخلاقی کودکان را بسیار مورد توجه قرار داده و به همین سبب، سفارش های بسیاری درباره رسیدگی به تربیت اخلاقی اطفال صورت گرفته است. پدر و مادر بزهکار و مبتلا به فساد اخلاقی، از بُعد معنوی و اخلاقی خویش غافل اند، بنابراین، به طریق اولی نخواهند توانست به تربیت اخلاقی کودکانشان همت بگمارند؟ چگونه می توان از آنان انتظار داشت، فرزندان خود را به آداب و دستورهای دینی و اخلاقی توجه دهند و تربیت کنند؟ کسی که فاقد چیزی است، نمی تواند آن را به کسی بدهد. فاسدان اخلاقی خود فاقد اخلاق اند؛ چگونه می توانند به فرزندان خود اخلاق بیاموزند؟ بنابراین، این افراد نه تنها نخواهند توانست نسبت به پرورش اخلاقی کودک اقدامی کنند بلکه با توجه به تأثیر عمیق رفتار پدر و مادر در کودک، آنان را نیز دچار بزه و انحطاط اخلاقی خواهند کرد. و این بالاترین ضرر به کودک است و اطلاق آیه «ولاتنصار والدة بولدها ولا مولود له بولده» آن را نفی می کند.

می توان گفت: مقصود فقیهان از گذاشتن شرط عدالت در سرپرست کودک، همان چیزی است که ما با عنوان صلاحیت اخلاقی از آن یاد کردیم، زیرا این شرط در کلمات فقیهان به تعبیرهای مختلف بیان شده است؛ برخی از آن به امانت و درست کاری تعبیر آورده اند و عده ای عدم فسق را مطرح کرده اند. پس مقصود از عدالت در نظر اینان، درست کاری، امین بودن، و عدم فسق است که در یک کلمه می توان از آن به صلاحیت اخلاقی تعبیر کرد.

در ارتباط لزوم عدالت، دو دیدگاه مطرح است. بیشتر فقیهان چون شیخ طوسی، ۱۶۴ شهید ثانی، ۱۶۵ محقق سبزواری، ۱۶۶ ابن حمزه طوسی، ۱۶۷

فیض کاشانی، ۱۶۸ صاحب مدارك، ۱۶۹ آن را پذیرفته اند و در توجیه آن به دلایل زیر استناد کرده اند.

۱. حضانت ولایت است و فاسق ولایت ندارد؛
۲. فاسق مورد اطمینان نیست و بیم آن است که به كودك خیانت کند؛
۳. فاسق بهره ای از حضانت ندارد، زیرا كودك را به روش خود تربیت می کند. ۱۷۰

ادله ای که برای اثبات شرطیت حضانت، به آنها استناد شده، به دلایلی جای تأمل دارد:

نخست آن که: ولایت مطرح در باب حضانت، ولایت بر امور پرورشی كودك و نگهداری و مراقبت جسمانی از اوست. این گونه ولایت، مستلزم ولایت بر اموال و اعمال حقوقی كودك نیست. اگر نگهدارنده كودك، مادر یا غیر نماینده قانونی (ولی قهری، وصی، قیم) او باشد، بر اموال و بر اجرای حقوق وی ولایت نخواهد داشت. عدالت و عدم فسق، شرط ولایت بر جان و مال است، لذا پذیرفتن این سخن که فاسق به طور کلی ولایت ندارد حتی اگر از قبیل حضانت باشد، مشکل است.

دوم آن که: هرچند نمی توان به فاسق اطمینان کرد و بیم اضرار به كودك از وی نفی نمی شود، با صرف احتمال اضرار نیز نمی توان فاسق را از اطلاق ادله حضانت خارج سازد. علاوه بر این که منشأ حضانت، به طور طبیعی و معمولی، عطف و محبت پدر و مادر نسبت به كودك است که احتمال اضرار به كودك، آن را تضعیف می کند. هم چنین فسق، از مفاهیم انتزاعی و شدت و ضعف دارد؛ کدام درجه از فسق سبب محرومیت پدر و مادر از حق حضانت می شود؟ چه میزانی برای اندازه گیری آن داریم؟ چه کسی باید اندازه گیری کند؟ اگر مطلق فسق سبب محرومیت شود، شاید بسیاری از زنان و مردان اهلیت حضانت كودك را نداشته باشند، زیرا درجه ای از فسق در بسیاری از

انسان ها هست . شاید به همین سبب بوده که برخی از فقیهان چون علامه حلّی، ۱۷۱ صاحب جواهر، ۱۷۲ محقق بحرانی، ۱۷۳ عدالت را شرط ندانسته اند . بلی این امر مسلم است که پدر و مادری که از نظر اخلاقی فاسد هستند، هیچ گاه نمی توانند در تربیت اخلاقی فرزند خود مؤثر باشند و اگر کودک در اختیار آنان باشد، بر طبق اخلاق آنان تربیت خواهد شد و این بالاترین زیان برای کودک است، زیرا زمینه سعادت ابدی او به خطر می افتد و در نتیجه، براساس آیه «لاتنظار...» می توان گفت: این چنین پدر و مادری حق نگهداری فرزند را ندارند .

۴ . عدم ابتلا به بیماریهای خطرناک: حکمت حق حضانت، نگهداری از کودک و حفظ جسم و جان او از بیماری ها و خطر هاست . اگر پدر یا مادر یا هر دو، به بیماری های ساری و صعب العلاج یا درمان ناپذیر مبتلا باشند و اطمینان حاصل شود که وجود کودک نزد آنان او را نیز در معرض این بیماری قرار می دهد، آیا حق حضانت برای این گونه پدر و مادری ثابت خواهد بود؟

براساس اطلاق آیه «لاتنظار والدۀ بولدها ولا مولود له بولده» و روایت نفی ضرر «لا ضرر ولا ضرار»^{۱۷۴} این گونه افراد شایستگی حضانت ندارند . افزون بر این که غالب مبتلایان به این گونه بیماری ها از اداره امور خود عاجز و نیاز به سرپرست دارند . پس به طور طبیعی توانایی اداره امور کودک را نخواهند داشت . بنابراین، افراد یاد شده به دو دلیل، شرایط برخورداری از حق حضانت را برخوردار نیستند: به دلیل آن که با قرار گرفتن کودک نزد این افراد، سلامت جسمانی طفل در معرض خطر قرار می گیرد^{۱۷۵} که آیه شریفه آن را نفی کرده است؛ و به دلیل آن که فاقد توانایی کافی برای انجام این مهم اند .

۵ . عدم اعتیاد: آیا پدر و مادر معتاد، شایستگی سرپرستی کودک را دارند؟ اعتیاد بر دو گونه است: یکی اعتیاد به مواد مخدر، مانند: تریاک، هروئین

و... و دیگر اعتیاد به مواد الکلی و مسکرات. دلیل قطعی بر حرمت مصرف تریاک و هروئین نداریم و نمی توان به صرف اعتیاد، پدر و مادری را از حضانت فرزند محروم کرد، اما اگر اعتیاد افراد به این مواد به گونه ای باشد که به كودك آسیب برساند و ضرری باشد، یا پدر و مادر بر اثر اعتیاد توانایی جسمی خود را از دست بدهد و قادر بر نگهداری كودك نباشد، می توان گفت که ادله نفی ضرر، این مورد را شامل می شود و از باب نفی ضرر و به سبب فقد قدرت که شرط حضانت بود، شخص معتاد، صلاحیت حضانت را نخواهد داشت. البته ممکن است که بگوییم: معتاد، اهلیت استیفا را ندارد، نه اهلیت برخورداری را و لذا می تواند نائب بگیرد که فرزند را نگهداری کند و در حقیقت، حضانت مباشری و بدون واسطه برای معتاد ممکن نیست، اما با واسطه امکان دارد. مواد الکلی، مانند: شراب و مسکرات، در آیات و روایات پلید دانسته شده و از نوشیدن آنها صریحاً نهی شده است و در نتیجه، نوشیدن الكل حرام و از گناهان کبیره و معتاد به آن فاسق به شمار می رود و این چنین کسی از نظر اخلاقی، صلاحیت سرپرستی كودك را ندارد. صلاحیت اخلاقی را با عنوان شرط حضانت، خواهیم آورد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 فصل دوم: شرایط ویژه مادر

ب. شرایط ویژه مادر:

۱. عدم ازدواج: از پاره ای روایات، شرط ویژه ای برای حضانت مادران استفاده می شود: حضانت مادر مشروط به عدم ازدواج با همسر دیگری غیر از پدر كودك است؛ یعنی اگر زنی از همسرش جدا شد و فرزند خردسالی داشت این زن تا زمانی شایسته تر بر نگهداری این كودك است که ازدواج نکند، اما اگر در این میان با همسری غیر از پدر كودك ازدواج کند، حق حضانت او ساقط خواهد شد.

۱. داود رقی خدمت امام صادق(ع) رسید و پرسید: زن آزادی با برده ای

ازدواج کرد و پس از آن که از وی فرزندی آورد، طلاق داده شد. زن پس از جدایی از وی، با مرد دیگری ازدواج کرد. هنگامی که عبد از ازدواج همسر سابقش آگاه شد، نزد او رفت و با استناد به ازدواج دوباره وی، بر عدم شایستگی او برای نگهداری فرزندش استدلال کرد و از وی خواست که حضانت فرزندش را به او بدهد. امام(ع) فرمود: تا زمانی که آن مرد (شوهر سابق) برده باشد، زن به نگهداری فرزند سزاوارتر است. ^{۱۷۶} روایت از نظر سند پذیرفته می شود. البته دانشمندان رجالی، درباره داود رقی، به اختلاف سخن گفته اند؛ برخی وی را تضعیف و پاره ای توثیق کرده اند. اما فقیهان به روایات وی عمل کرده اند. شهید روایت وی را صحیح دانسته ^{۱۷۷} و علامه حلی گفته: اقوی عمل کردن به روایت داود رقی است. ^{۱۷۸}

اما دلالت: از این روایت استفاده می شود که شرطیت عدم ازدواج، برای حق حضانت مادر، امر مسلمی بوده و در اذهان مردم وجود داشته و همین مسئله، سبب شده که آن برده با شنیدن ازدواج همسرش به فکر باز پس گرفتن کودک بیفتد و برای سقوط حق حضانت مادر، به ازدواج او استدلال کند. امام(ع) نیز برای بقا و استمرار حضانت مادر، استدلال آن شخص را رد نکرد بلکه به مانع دیگری که در شوهر بود، یعنی بردگی، اشاره کرد. در نتیجه، سکوت امام در برابر استدلال آن شخص و عدم رد آن، دلیل بر امضا و صحت شرطیت عدم ازدواج برای بقای حق حضانت مادر است. این شرط چنان که از روایت استفاده شد، ویژه مادران است. پس اگر مادر بعد از جدایی از همسرش، با مرد دیگری پیمان زناشویی بست، حق حضانتش ساقط می شود.

۲. منقروی نیز از امام صادق(ع) درباره مردی که همسرش را طلاق داده و فرزندی در بینشان است، پرسید که: کدام سزاوارتر به فرزند است؟ امام(ع) فرمود: مادر تا ازدواج نکرده سزاوارتر به فرزند است. ^{۱۷۹} این روایت، از نظر سند ضعیف می نماید، زیرا منقروی خود از امام سؤال نکرده بلکه از فرد دیگری

نقل می‌کند که اسمش در روایت ذکر نشده و برای ما مجهول است. اما از نظر دلالت می‌توان گفت: واژه «ما» در «مالم تتزوج» برای بیان مدت و زمان حضانت مادر است و آن را مقید به عدم ازدواج می‌کند و معنایش چنین خواهد بود که این حق ثابت است مادامی که مادر در این بین ازدواج نکند. بنابراین، مفاد این جمله آن است: اگر مادر بعد از جدایی از همسر، با مرد دیگری ازدواج کند، اولویت نخواهد داشت. این روایت را مرحوم صدوق با سند دیگری نیز نقل کرده^{۱۸۰} که سند آن هم ضعیف است. روایات دیگری نیز از طریق اهل سنت نقل شده که پیش از این ذکر و بیان شد که از نظر سند مخدوش است.

بسیاری از فقیهان، این شرط را ذکر کرده‌اند و عدم ازدواج را شرط حضانت مادران دانسته‌اند.^{۱۸۱} شهید بر شرطیت آن، ادعای اجماع کرده است^{۱۸۲} و برخی از فقیهان، افزون بر استناد به روایاتی که ذکر شد، در توجیه این شرط مطالبی را بیان کرده‌اند؛ فاضل هندی گفته است: پیمان ازدواج زن را موظف می‌کند که در امور جنسی، در تمام اوقات در اختیار شوهر باشد. این امر مستلزم آن است که زن نتواند به طور کامل به امور كودك رسیدگی کند.^{۱۸۳} در تبیین این سخن می‌توان گفت: حق حضانت و حق زوجیت دو حق متزاحم‌اند و لذا زن نمی‌تواند در عمل، میان آنها جمع کند؛ توضیح آن که پیمان زناشویی، سبب می‌شود شوهر بر زن حقوقی پیدا کند که زن در مقابل آن حقوق تکالیفی بر عهده‌اش ثابت می‌شود. حق حضانت نیز گرچه حقی است برای مادر، حق كودك نیز هست، پس از این جهت نیز تکالیفی بر عهده زن قرار می‌گیرد. در نتیجه، زن ملزم است هم به تکالیفی که از جانب شوهر بر عهده‌اش ثابت شده، عمل کند و هم به وظایف مادرانه‌اش جامعه عمل بپوشاند، در حالی که حق زوجیت فراگیر است و فرصتی برای ادای حق كودك باقی نمی‌گذارد. در نتیجه، جمع میان این دو غیر ممکن می‌نماید و به همین سبب، حق حضانت ساقط می‌شود.

شاید گفته شود که: تزاحمی در کار نیست، زیرا مادر می‌تواند در فرصت‌هایی که شوهر بیرون خانه است و به وی نیازی ندارد، به کودکش برسد. در پاسخ گفته می‌شود: حق همسر فراگیر بوده و در تمام شبانه روز ثابت است، نه فقط در زمانی که مرد به زن خود نیاز دارد. بنابراین، فرصتی خارج از حق شوهر برای زن باقی نمی‌ماند تا بتواند در آن فرصت به امور کودک رسیدگی کند.

علامه حلی نیز گفته است: حضانت ارفاقی بر کودک است، وقتی مادر ازدواج می‌کند؛ با مشغول شدن به وظایف همسری، از کودک باز می‌ماند و چه بسا، مشغول شدن به کارهای کودک او را از ادای حقوق زوجیت باز دارد. ^{۱۸۴} شهید ثانی بیان داشته است: پیمان ازدواج، زن را به ادای حقوق زناشویی مشغول می‌کند و او را از رسیدگی به امور کودک باز می‌دارد. ^{۱۸۵}

تسهیل نه تبعیض:

در عرف اجتماعی، بیوه بودن نقص و امتیاز منفی برای زنان محسوب می‌شود. بدین سبب، زنان بیوه، شانس کمتری برای ازدواج و تشکیل خانواده نسبت به دوشیزگان دارند. معمولاً مردان به ازدواج با زنان بیوه رغبتی ندارند. اگر حضانت کودک که در عرف جامعه، دلیل دیگری برای انتخاب نکردن زنی به همسری است، بر بیوه بودن وی افزوده شود؛ یعنی زن بیوه، سرپرستی یک یا چند کودک را نیز به عهده داشته باشد، از شانس ازدواج او تا حد زیادی کاسته می‌شود. از میان این دو عامل منفی، بیوه بودن صفت ثابت زن است و جبرانی و برداشتنی نیست، اما حق سرپرستی، امری اعتباری است که به آسانی می‌توان آن را برداشت تا یکی از موانع ازدواج زنان بیوه را از سر راهشان کم کرد. بنابراین، شرطیت عدم ازدواج، تسهیلی برای ازدواج مجدد زنان بیوه است. هم چنین در توجیه این شرط، شاید گفته شود: حضانت و نگهداری طفل،

میان پدر و مادر است. اکنون اگر مادر طفل از همسر خود جدا شود و بخواهد با مرد دیگری زندگی مشترك جدیدی را آغاز کند، پای شخص سوم را برای تأثیرگذاری در فرزند باز خواهد کرد که قانون گذار اسلام بدان اجازه نمی دهد.

صاحب جواهر نیز در ارتباط با این شرط گفته است: در شرطیت عدم ازدواج، میان فقیهان اختلافی نیست و عمده دلیل بر آن اجماع و نص است.^{۱۸۶} بنابراین، ازدواج زنان مطلقه، سبب اسقاط حق حضانت آنان خواهد شد. گفتنی است که: سقوط حق حضانت به معنای ممنوعیت و محرومیت مادر از حضانت نیست بلکه به این معنی است که: او حقی بر این عمل ندارد و نمی تواند آن را مطالبه کند، اما اگر با همسر خود بر حضانت كودك توافق کرد، مانعی برای آن نخواهد بود.

عدم ازدواج، شرط ویژه زنان است. بنابراین، اگر مردی با زن دیگری غیر از مادر كودك، پیمان زناشویی بست، حق حضانتش از بین نمی رود.^{۱۸۷} برای مردان، به نص قرآن، ازدواج با زنان متعدد جایز است.^{۱۸۸} اگر شرطیت عدم ازدواج، برای مردان نیز باشد، لازمه اش آن است که مردانی که زنان متعدد دارند، نسبت به هیچ یک از فرزندان حق حضانت نداشته باشند؛ در حالی که این سخن بر خلاف سیره و سنت مسلمانان بوده و هیچ فقیهی معتقد به آن نشده است. شاید حکمت این تفاوت آن باشد که حضانت مرد، از باب ولایت است؛ زیرا پدر ولایت قهری بر كودك دارد و ولایت بر كودك مشروط به شرطی نیست، علاوه بر این که پیمان زناشویی، تکلیفی که با حق حضانت منافات داشته باشد، بر عهده مرد نمی آورد.

۲. شیر دادن: آیا اولویت مادر برای نگهداری نوزاد در دو سال اول، وابسته و مشروط به شیر دادن به كودك به صورت مجانی است، یا با اجرت؟ به این معنی که: اگر مادر از شیر دادن به نوزاد امتناع ورزید، یا دست مزد زیادی برای

◊ حکمت حق حضانت، نگهداری از کودک و حفظ جسم و جان او از بیماری‌ها و خطر هاست. اگر پدر یا مادر یا هر دو، به بیماری‌های ساری و صعب‌العلاج یا درمان‌ناپذیر مبتلا باشند و اطمینان حاصل شود که وجود کودک نزد آنان او را نیز در معرض این بیماری قرار می‌دهد، آیا حق حضانت برای این گونه پدر و مادری ثابت خواهد بود؟ ◊

شیر دادن از همسر خود طلب کرد، یا پیش از دو سال، فرزند را از شیر باز گرفت، حق حضانت او نیز ساقط می‌شود؟ محقق در شرایع گفته است: اگر زن دست مزد زیادی برای شیر دادن درخواست کرد، شوهر می‌تواند کودک را از وی بگیرد و در بقای حق حضانت این زن تردید است و سقوط آن، بیشتر به نظر می‌رسد. ۱۸۹ شهید ثانی در توضیح این عبارت می‌گوید: منشأ تردید آن است که از یک طرف، رضاع و حضانت دو حق اند و ثبوت یکی، مشروط به دیگری نیست، و از طرف دیگر، بردن و آوردن کودک میان دو زن، برای شیر دادن و نگهداری کردن، عسر و حرج دارد. ۱۹۰ شهید اول نیز می‌گوید: اقوی بقای حق حضانت است؛ زیرا میان رضاع و حضانت، تلازمی نیست، لذا کودک را برای شیر خوردن نزد زن دیگری می‌برند و برای حضانت برمی‌گردانند، مگر این که سبب عسر و حرج شود که در این صورت، حق حضانت مادر ساقط خواهد شد. ۱۹۱ صاحب جواهر نیز در شرح عبارت علامه، سبب تردید در سقوط حق حضانت را تابعیت حضانت از رضاع در نظر عرف، عسر و حرج تفرقه میان دو حق و ظاهر لفظ نزع در روایت، از یک سو، و مستقل بودن دو حق رضاع و حضانت و عدم مشروط بودن ثبوت یکی به دیگری، از سوی دیگر، می‌داند و در پایان، سقوط حق حضانت را می‌پذیرد. ۱۹۲

شیر دادن به کودک، از مجموعه کارهای برای حفظ حیات طفل است.

این کار در نظر عرف از حضانت جدا نیست؛ زیرا به طور معمول، زنانی که کودکان را تا دو سال شیر می دهند از آنان نیز نگهداری می کنند، اما به صورت واقعیتهای خارجی، این کار مستقل است و در کتاب های فقهی و حقوقی، این حق مستقل، در کنار حضانت مطرح می شود. پس مادر بر كودك دو حق دارد: یکی حق رضاع و دیگری حق حضانت، اما آیا این دو حق، مستقل از یکدیگرند، یا یکی تابع دیگری و مشروط به وجود و ثبوت آن است؟

آیه «والوالدات یرضعن أولادهن حولین کاملین ...» شیر دادن به كودك را به مدت دو سال برای مادر بیان می کند، و اگر حق حضانت نیز از آن فهمیده شود، به جهت ملازمه عرفی و طبیعی بین آن دو است. بنابراین، شاید بتوان گفت: از ظاهر آیه «والوالدات یرضعن أولادهن حولین کاملین ...» استفاده می شود که شیر دادن به كودك تا دو سال، حق اصلی مادر است و حضانت، تابع آن. در حقیقت، از میان این دو حق، حق رضاع، بنابر اصل برای مادر و حق حضانت، بنابر اصل برای پدر خواهد بود؛ روایاتی که فطام (جدایی كودك از شیر) را نهایت حضانت مادر می داند، این مطلب را تأیید می کند که حق حضانت مادر به تبعیت از شیر دادن است:

عن أبي العباس البقباق، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:
الرجل أحق بولده أم المرأة؟ فقال: لا بل الرجل، فإن قالت
المرأة لزوجها الذي طلقها أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من
ترضعه فهي أحق به.

در این روایت، امام (ع) به صراحت مرد را شایسته تر به حضانت كودك دانسته که فهمیده می شود: این حق بنابر اصل برای او بوده و اولویت زن، مشروط به شیر دادن است.

عن أبي علي الأشعري، عن الحسن بن علي، عن العباس بن
عامر، عن داود بن الحصين، عن أبي عبد الله عليه السلام ...:

وإن وجد الاب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الام لا أرضعه
إلا بخمسة دراهم فإن له أن ينزعه منها إلا أن ذلك خير له وأرفق
به أن يترك مع أمه. ۱۹۳

این روایت را شیخ به سند خود از عباس بن عامر قصبانی^{۱۹۴} نیز نقل کرده
و هر دو سند صحیح دارد. ۱۹۵

از این روایت استفاده می شود: اگر مادر برای شیر دادن به فرزند، بیش از
دیگران اجرت درخواست کند، پدر می تواند آن را نپذیرد و کودک را از مادر بگیرد
و به شخص دیگری که مزد کمتری می گیرد، بسپارد تا او را شیر دهد. معنای این
سخن: باقی ماندن کودک نزد مادر، مشروط به شیر دادن به کودک است.
شاید گفته شود: جواز گرفتن کودک از مادر، دلیل بر سقوط حق رضاع
است، نه حق حضانت.

در جواب نیز می توان گفت: جمله «له أن ينزعه منها» به معنای جواز
جدا کردن کودک از مادر است و در سقوط حق حضانت ظهور دارد. جمله
«إلا أن ذلك خير له و أرفق به أن يترك مع أمه» در پایان حدیث نیز این ظهور
را تقویت می کند و شاهدهی است بر این بیان که اگر مراد از «له أن ينزعه
منها» گرفتن کودک از مادر در اوقات شیر دادن بود و بقیه اوقات کودک در
اختیار مادر می ماند، جمله پایانی معنای مناسبی پیدا نمی کرد؛ زیرا اگر
کودک فقط برای شیر خوردن از مادر گرفته شود و بعد از هر دفعه شیر
خوردن به نزد وی برگردد، چه معنایی خواهد داشت که امام بفرماید: بهتر
است کودک نزد مادر بماند.

براین اساس، اگر مادر از حق رضاع بگذرد، یا در بین دو سال، از شیر
دادن امتناع ورزد، معلوم نیست که حق حضانت برای او ثابت بماند.

بی نوشت ها :

۱. شریعتمداری، شایسته، حضانت کودک چالشی میان حق و تکلیف ایران، ۲۹ مهر ۱۳۷۹.
۲. همان.
۳. روزنامه ایران، ۲۹ مهر، به نقل از: مجله زنان، شماره ۳۸، آبان ۱۳۷۶، مهرانگیز کار، «مقصر اصلی مقررات حضانت کیست؟».
۴. همان.
۵. معجم مقایس اللغة، ابن فارس؛ لسان العرب، ابن منظور، لغتنامه دهخدا.
۶. وسائل الشیعه، حر عاملی، ج ۱۱/۵۳۱.
۷. لسان العرب.
۸. همان.
۹. بحار الانوار، محمدباقر مجلسی، ج ۹۲/۲۴۸.
۱۰. اقبال الاعمال، سیدبن طاووس، ج ۲، ص ۷۵.
۱۱. مختلف الشیعه، علامه حلی، ج ۲/۵۷۸.
۱۲. سوره آل عمران، آیه ۴۴.
۱۳. همان، آیه ۳۷.
۱۴. سوره طه، آیه ۴۰.
۱۵. سوره قصص، آیه ۱۲.
۱۶. معجم مقایس اللغة، ابن فارس.
۱۷. الصحاح، جوهری؛ معجم مقایس اللغة.
۱۸. درباره حضرت موسی که طفل شیرخوار بود، گفت: «هل أدلکم علی أهل بیت یکفلونه لکم» سوره قصص، آیه ۱۲.
۱۹. «وإذا فصل الصبی من الرضاع کان الأب احق بكفالتة من الام والام احق بكفالة البنت حتی تبلغ تسع سنین ... وان مات الأب قامت امه مقامه فی كفالة الولد.» المقنعه، شیخ مفید/۵۳۱.
۲۰. «فان فصل فلا یخلو أن یكون ذكراً أو أنثی فالذکر: الأب احق بكفالتة من الأم،

- والأنثی، الأم أحق بكفالتها حتى تبلغ سبع سنين...» (المراسم العلویه فی الاحکام النبویه، سلا رین عبدالعزیز/۱۶۶).
۲۱. «وإذا طلق الزوجة وله منها ولد يرضع فهي أحق برضاعه وكفالتها ولها أجر الرضاع.» الكافي فی الفقه، ابوالصلاح حلبی/۳۱۶.
۲۲. ر.ك: الحاوی الكبير، علی بن محمد الماوردی، ج ۱۵/۱۰۰؛ المفصل فی احکام المرأة والبيت المسلم فی الشریعة الاسلامیه، دکتر عبدالکریم زیدان، ج ۱۰.
۲۳. مغنی المحتاج، محمد شریینی، ج ۳/۴۵۲.
۲۴. «والوالدات يرضعن اولادهن حولین کاملین.» سوره بقره، آیه ۲۳۳.
۲۵. مبسوط، شیخ طوسی، ج ۳/۲۳۸؛ قواعد الاحکام، علامه حلّی، به نقل از یتابع الفقهیه، ج ۱۹/۶۶۰؛ ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، فخر المحققین، ج ۲/۱۳۹؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۸/۴۲۱؛ جامع المقاصد، محقق کرکی، ج ۷/۱۲۹؛ ریاض المسائل، سید علی طباطبایی، ج ۷/۲۴۰؛ نهایة المرام، سید محمد عاملی، ج ۱/۴۵۹.
۲۶. سوره نحل، آیه ۸۷.
۲۷. سوره روم، آیه ۵۴.
۲۸. نیازهای کودکان، پرینگل میاکلمر، ترجمه نیره ایجادی و جواد شافعی/۱۰۵، انتشارات رشد، تهران، ۱۳۸۰.
۲۹. «وقال النبي(ص): «لا یترك المیسور بالمعسور وقال(ع): «إذا امرتم بأمر فأتوا منه بما استطعتم وقال(ع): ما لا یدرك كله لا یترك كله». عوالی اللثالی، ابن ابی جمهور الاحسانی، ج ۴/۵۸.
۳۰. نیازهای کودکان/۱۰۳.
۳۱. مباحثی در روانشناسی و تربیت کودکان و نوجوانان، غلامعلی افروز/۷۲.
۳۲. مراحل تربیت، موریس دبس، ترجمه علی محمد کاردان/۲۲.
۳۳. سوره بقره، آیه ۲۳۳.
۳۴. کافی ج ۶/۴۵ و ۱۰۳؛ استبصار، ج ۳/۳۲۱؛ تهذیب، ج ۸/۱۰۷.

- ۳۵ . کافی، ج ۶/۴۴؛ تہذیب الاحکام، ج ۸/۱۰۵؛ استبصار، ج ۳/۳۲۰.
- ۳۶ . رجال نجاشی/۴۱۸؛ خلاصۃ الاقوال، علامہ حلی/۴۰۹؛ رجال ابن داود/۵۱۷.
- ۳۷ . کافی، ج ۶/۱۰۳، حدیث ۲.
- ۳۸ . رجال النجاشی/۲۳۰؛ خلاصۃ الاقوال/۱۹۰.
- ۳۹ . من لایحضرہ الفقیہ، صدوق، ج ۳/۵۱۰.
- ۴۰ . ر.ک: مراحل تربیت/۱۷.
- ۴۱ . «عن أبي عبد الله (ع) قال: «دع ابنک يلعب سبع سنين وألزمه نفسک سبعا...» (کلینی، ج ۶/۴۹) عن أبي عبد الله (ع) قال: «أمهل صبيک حتی يأتي له ست سنين، ثم ضمه إليك سبع سنين، فأدبه بأدبک، عن أبي عبد الله (ع) قال: الغلام يلعب سبع سنين، ويتعلم الكتاب سبع سنين، ويتعلم الحلال والحرام سبع سنين» (کلینی، کافی، ج ۶/۴۹-۴۶).
- ۴۲ . ر.ک: رشد و تکامل کودک، الیزابت ہارلوی، ترجمہ و تالیف مریم حیدری/۷۵.
- ۴۳ . صدوق طریق خود بہ عبد اللہ بن جعفر الحمیری را چنین گفته است: «وما کان فیہ عن عبد اللہ بن جعفر الحمیری فقد رویتہ عن أبي ومحمد بن الحسن ومحمد بن موسى بن المتوکل عن عبد اللہ بن جعفر بن جامع الحمیری.» (من لایحضرہ الفقیہ، ج ۴/۵۱۰).
- ۴۴ . همان، ج ۳/۲۷۵.
- ۴۵ . ر.ک بہ: فاضل ہندی، کشف اللثام، ج ۷/۵۵۰؛ التحفۃ السنیہ (خطی)، سید عبد اللہ جزائری/۲۹۶؛ نہایۃ المرام، عاملی، ج ۱/۴۶۷؛ حقائق الناصرہ، محقق بحرانی، ج ۲۵/۸۴؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۴/۳۵۳؛ جامع المدارک، سید احمد خونساری، ج ۴/۴۳۷؛ کفایۃ الاحکام، محقق سبزواری/۱۹۴.
- ۴۶ . مستطرفات سرائر، ابن ادريس/۵۸۱.
- ۴۷ . کتاب مذکور از ابو العباس عبد اللہ بن جعفر بن الحسين بن حمیری است. ر.ک بہ: رجال نجاشی/۲۲۰؛ الذریعہ، آقابزرگ تهرانی، ج ۲۰/۳۴۷؛ ایضاح المکتون، اسماعیل باشا، ج ۲/۴۷۴.

۴۸. مسالک الافهام، ج ۸/۴۲۱.
۴۹. جواهر الکلام، ج ۳۱/۲۸۴.
۵۰. ریاض المسائل، ج ۷/۲۴۰.
۵۱. جامع المدارک، ج ۴/۴۷۲.
۵۲. ر. ک: النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، شیخ طوسی/۵۰۳؛ المذهب، ابن براج، ج ۲/۲۶۲؛ غنية النزوع، ابن زهره/۳۸۷؛ المذهب البارع، ابن فهد حلی، ج ۳/۴۲۶؛ كشف الرموز، فاضل آبی/۲۰۱؛ مختصر النافع، محقق حلی/۳۴۰؛ شرایع الاسلام، ج ۱ و ۲/۲۸۹؛ ارشاد الاذهان، ج ۲/۴۰؛ سرائر، ج ۲/۶۵۱؛ قواعد الاحکام، فخر المحققین، ج ۳/۱۰۱؛ ایضاح الفوائد، ج ۳/۲۶۳؛ نضد القواعد الفقهیه، فاضل مقداد/۴۳۳؛ الوسیله، ابن حمزه/۲۸۸؛ كشف اللثام، ج ۷/۵۴۹؛ بداية الهدایه، شیخ حر عاملی، ج ۲/۲۹۰؛ جواهر الکلام، ج ۳۱/۲۹۰؛ وسیله النجاة، سید ابوالحسن اصفهانی، ج ۱ و ۲/۳۵۶؛ تحریر الوسیله، امام خمینی، ج ۲/۳۱۲.
۵۳. هرگاه دو یا چند دلیل به گونه ای با هم تنافی داشته باشد که انسان در مقام عمل متحیر شود و نتواند میان آنها جمع کند، به این حالت در اصطلاح اصولی، تعارض و به دو دلیل، متعارضان می گویند.
۵۴. «عن الصادق (ع) قال: لا رضاع بعد فطام قال، قلت له جعلت فداك وما الفطام؟ قال الحولين الذي قال الله عز وجل والوالدات.» کافی، ج ۵/۴۴۳؛ استبصار، طوسی، ج ۳/۱۹۸؛ تهذیب الاحکام، ج ۷/۳۱۸.
۵۵. مسالک الافهام، ج ۸/۴۲۱؛ ر. ک به: ایضاح الفوائد، ج ۳/۲۶۳.
۵۶. جواهر الکلام، ج ۳۱/۲۹۱.
۵۷. جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۴/۳۵۳.
۵۸. اجماع از نظر امامیه اتفاقی است که کاشف از رأی معصوم باشد و حجیت آن از همین باب است. بنابراین، اگر اجماعی مستند به دلیل لفظی باشد، آن را اجماع مستند یا مدرکی نامیده و معتبر نمی دانند؛ زیرا در این صورت، به مستند مراجعه و

- طبق آن عمل می کنند. (فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، عیسی ولایی/ ۳۹ نشر نی، تهران، ۱۳۷۴).
۵۹. جایی که از نظر عرف میان دلالت دو دلیل تعارض نباشد و یکی از دو دلیل قرینه و نشانه بر توضیح و تبیین مقصود از دلیل دیگر باشد، بین آن دو دلیل، و به قرینه دلیل اول، دلیل دوم را تأویل می کنند؛ به این جمع، جمع عرفی یا دلالی یا مقبول می گویند.
۶۰. جمع تبرعی، یعنی تأویل کیفی به این معنی که هرگاه در موردی دو دلیل از هر جهت مساوی باشند و عرفاً امکان جمع میان آن نباشد، مگر آن که یکی را برخلاف ظاهرش حمل کنیم، می گویند: جمع تبرعی کرده است. علمای اصول معتقدند: این جمع نزد عرف و عقلا جایگاهی ندارد و شاهدی بر صحت آن نداریم و لذا آن را فاقد اعتبار می دانند.
۶۱. کفایة الاحکام/ ۱۹۳.
۶۲. جامع الشتات، میرزای قمی، ج ۴/ ۳۵۲.
۶۳. تقریرات درس آیت الله عبدالکریم حائری/ ۳۷۲.
۶۴. الحدائق الناضرة، محقق بحرانی، ج ۲۵/ ۸۸.
۶۵. تقریرات درس آیت الله شیخ عبدالکریم حائری، کتاب نکاح/ ۳۷۴-۳۷۲.
۶۶. نهاية المرام، ج ۱/ ۴۶۸.
۶۷. مجمع الفائدة والبرهان، ج ۸/ ۲۵۴.
۶۸. کفایة الاحکام، سبزواری/ ۱۹۳.
۶۹. التحفة السنیة، سید عبدالله جزائری/ ۲۱۵، نسخه خطی.
۷۰. منهاج الصالحین، خویی، ج ۲/ ۲۸۵؛ منهاج الصالحین، سیستانی، ج ۳/ ۱۲۱.
۷۱. جواهر الکلام، ج ۳۱/ ۲۹۰.
۷۲. نیل الاوطار، شوکانی، ج ۷/ ۱۴۱؛ مغنی، ابن قدامه، ج ۹/ ۳۰۰؛ جواهر العقود، منهاجی، ج ۲/ ۱۸۹؛ المبسوط، سرخسی، ج ۵/ ۲۰۷؛ روضة الطالبین، محیی الدین نووی، ج ۶/ ۵۰۹؛ مغنی المحتاج، محمد شربینی، ج ۳/ ۴۵۷.

- ۷۳ . من لایحضرہ الفقیہ، ج ۳/۴۹۳ .
- ۷۴ . کافی، ج ۶/۴۶؛ تہذیب الاحکام، ج ۸/۱۱۱ .
- ۷۵ . دعائم الاسلام، قاضی ابن نعمان مغربی، ج ۱/۱۹۳ .
- ۷۶ . عوالی اللثالی، ابن جمہور، ج ۱/۲۵۴؛ شیخ طبرسی، مکارم الاخلاق/۲۲۲ .
- ۷۷ . من لایحضرہ الفقیہ، ج ۳/۴۳۷ .
- ۷۸ . صدوق، خصال/۴۳۹ .
- ۷۹ . کافی، ج ۷/۲۳۲؛ من لایحضرہ الفقیہ، ج ۴/۶۲؛ الاستبصار، ج ۴/۲۴۹؛ تہذیب الاحکام، ج ۱/۱۱۹ .
- ۸۰ . من لایحضرہ الفقیہ، ج ۳/۲۷۵ .
- ۸۱ . همان/۴۹۳ .
- ۸۲ . الصحاح؛ لسان العرب؛ کتاب العین .
- ۸۳ . لسان؛ مجمع البحرین .
- ۸۴ . کافی، ج ۶/۶ .
- ۸۵ . همان/۴۶ .
- ۸۶ . مکارم الاخلاق، طبرسی/۲۲۳ .
- ۸۷ . مجمع البحرین؛ کتاب العین .
- ۸۸ . لسان العرب .
- ۸۹ . همان .
- ۹۰ . همان .
- ۹۱ . همان .
- ۹۲ . کافی، ج ۶/۴۸ .
- ۹۳ . تہذیب الاحکام، طوسی، ج ۸/۱۱۲ .
- ۹۴ . کافی، ج ۶/۴۸ .
- ۹۵ . خلاف، طوسی، ج ۱/۳۰۵ .
- ۹۶ . تذکرۃ الفقہاء، ج ۱/۱۸۳ .

- ۹۷ . كافي، ج ۶/۴۵ .
- ۹۸ . ر.ك: رجال النجاشي/۲۵۵؛ رجال الطوسي/۳۸۸؛ خلاصة الاقوال/۳۶۳؛
الفهرست، طوسي/۱۳۸ .
- ۹۹ . من لا يحضره الفقيه، ج ۳/۴۳۵ .
- ۱۰۰ . مسند احمد، احمد بن حنبل، ج ۲/۱۸۲ .
- ۱۰۱ . سنن ابى داود، ابن الاثعث السجستاني، ج ۱/۵۰۸؛ المستدرک، الحاكم النيسابورى،
ج ۲/۲۰۷؛ السنن الكبرى، البيهقي، ج ۸/۴ .
- ۱۰۲ . ضعفاء العقيلي، العقيلي، ج ۳/۲۷۳؛ الضعفاء الصغير، البخاري/۸۸؛ معرفة
الثقات، العجلي، ج ۲/۱۷۸ .
- ۱۰۳ . المجروحين، ابن حبان، ج ۲/۷۲ .
- ۱۰۴ . ميزان الاعتدال، الذهبي، ج ۳/۲۶۳ .
- ۱۰۵ . سنن الدار قطنى، الدار قطنى، ج ۳/۲۱۱ .
- ۱۰۶ . عوالى اللثالى، ج ۳/۳۶۹ .
- ۱۰۷ . المجموع، محبى الدين النوى، ج ۱۸/۳۲۵ .
- ۱۰۸ . المصنف، ابن أبى شيبة الكوفى، ج ۴/۱۶۲؛ المحلى، ابن حزم، ج ۱۰/۳۲۸ .
- ۱۰۹ . المهذب البارع، ابن فهد حلى، ج ۳/۴۲۶ .
- ۱۱۰ . «وإذا طلق الرجل امرئته وبينها ولد فالمرئة احق بالولد ما لم تتزوج .» صدوق،
المقنع/۳۵۹ (گفتنى است كه عبارت ياد شده در المقنع نيامده بلكه مصحح كتاب، به
نقل از لواحق النكاح كتاب مختلف الشيعة، اين جمله را اضافه كرده است .)
- ۱۱۱ . شيخ طوسى، خلاف، ج ۳، مسأله ۳۶/۸۲ .
- ۱۱۲ . النهاية/۵۰۳ .
- ۱۱۳ . ر.ك: مختلف الشيعة، ج ۷/۳۰۶ .
- ۱۱۴ . جامع الخلاف والوفاق/۵۱۱ .
- ۱۱۵ . من لا يحضره الفقيه، ج ۳/۴۳۵، ج ۲/۵۰۲ .
- ۱۱۶ . كافي، ج ۶/۴۵، حديث ۳ .

- ۱۱۷ . جواهر الكلام، ج ۳۱/۲۹۱ .
- ۱۱۸ . المقنعه، شيخ مفيد/۵۳۱ .
- ۱۱۹ . المراسم العلويه، سلار/۱۶۶ .
- ۱۲۰ . الجامع للشرائع/۴۵۹ .
- ۱۲۱ . المهذب، ج ۲/۳۵۲ .
- ۱۲۲ . «اما الاثنى فإنها فى حضانه الام إلى تسع سنين فلم نقف على خبر يدل عليه وقد اعترف بذلك من تقدمنا أيضاً ولعل شيخنا المفيد وصل اليه خبر بما ذكره وإن لم يصل اليها .» جامع المقاصد، محقق ثاني، ج ۲۵/۸۸ .
- ۱۲۳ . جواهر الكلام، ج ۳۱/۲۹۰ .
- ۱۲۴ . مسالك الافهام، ج ۸/۴۲۸؛ تحرير الاحكام، ج ۲/۴۴؛ حدائق الناضرة، محقق بحراني، ج ۲۵/۹۴؛ جواهر الكلام، ج ۳۱/۲۹۳ .
- ۱۲۵ . حقوق زنان، افسانه زمانى، شماره ۱۲/۱۰ .
- ۱۲۶ . كافي، ج ۵/۲۱۸ .
- ۱۲۷ . همان .
- ۱۲۸ . همان .
- ۱۲۹ . زنان، شماره ۳۸، «مقصر اصلى مقررات حضانت كيست؟» آبان ۱۳۷۶ .
- ۱۳۰ . جنس دوم، نوشين احمدى/۶۴ .
- ۱۳۱ . ندا، شماره ۱۳، «مادر، احق در حضانت فرزند»، زمستان ۱۳۷۲ .
- ۱۳۲ . زنان، شماره ۳۸، «مقصر اصلى مقررات حضانت كيست؟» آبان ۱۳۷۶ .
- ۱۳۳ . ر.ك: حدائق الناضرة، ج ۲۵/۹۰ .
- ۱۳۴ . ر.ك: مسالك الافهام، ج ۸/۴۲۲ .
- ۱۳۵ . كافي، ج ۶/۴۲-۴۵ .
- ۱۳۶ . همان/۴۲ .
- ۱۳۷ . مستدرک الوسائل، حسين نورى، ج ۱۵/۱۶۴ .
- ۱۳۸ . كافي، ج ۶/۴۷ .

- ۱۳۹ . مستدرک الوسائل، ج ۱۵/۱۶۶ .
- ۱۴۰ . همان .
- ۱۴۱ . ر.ك: رياض المسائل، ج ۱۰/۵۲۴ .
- ۱۴۲ . «وعظفت على قلوب الحواضن، وكفلتنى الامهات الرحائم». اقبال الاعمال، السيد ابن طاووس الحسنى، ج ۲/۷۵؛ «ثم وهبت لى رحمة الآباء والامهات، وعظفت على قلوب الحواضن والمريبات» بحار الانوار، العلامة المجلسى، ج ۹۱/۱۷۰ .
- ۱۴۳ . در این آیه، به سبب اشتراك «لاتضار» بين معلوم و مجهول، دو احتمال وجود دارد: يك احتمال آن كه آیه شریفه، پدر و مادر را از ضرر زدن به كودك نهی کرده است. بنابراین وجه، «لاتضار» فعل معلوم و «بولده» مفعول آن می شود. احتمال دوم آن كه همسران را از آسیب رساندن به همدیگر، نهی کرده باشد. در این احتمال، «لاتضار» فعل مجهول، و «والدة» نائب فاعل است.
- ۱۴۴ . عوائد الايام، المحقق التراقى/۱۷۹؛ حقوق مدنى اشخاص و محجورين، سيد حسين صفایى و سيد مرتضى قاسم زاده/۲۵۰ .
- ۱۴۵ . ر.ك: همان/۱۸۰ .
- ۱۴۶ . مسالك الافهام، ج ۸/۴۲۲ .
- ۱۴۷ . «ولاحضانة للمجنونه» علامه حلى، قواعد الاحكام، ج ۳/۱۰۱؛ «ثالثها أن تكون عاقلة فالمجنونة لاحضانة لها». مسالك الافهام، ج ۸/۴۲۳؛ نهاية المرام، ج ۱/۴۷۰؛ كفاية الاحكام/۱۹۳؛ كشف اللثام، ج ۷/۵۵۱؛ حدائق الناضرة، ج ۲۵/۹۱؛ رياض المسائل، ج ۱۰/۵۲۳ .
- ۱۴۸ . التحفة السنية (خطى)/۲۹۵ .
- ۱۴۹ . ر.ك: جواهر الكلام، ج ۳۱/۲۸۷ .
- ۱۵۰ . عوائد الايام، المحقق التراقى/۱۷۹ .
- ۱۵۱ . سوره نساء، آیه ۵ .
- ۱۵۲ . انسان هاى را كه داراى بهره هوشى پايينى هستند، عقب مانده ذهنى مى گويند. اين افراد نيز به چند گروه تقسيم مى شوند. برخى دچار عقب ماندگى شديد و

عمیق هستند (این عده را احمق می خوانند. این افراد قادر بر حفاظت از خود در مقابل خطرات معمولی زندگی نیستند و در تمام عمر برای تغذیه و نظافت و مراقبت جسمانی به دیگران متکی هستند)؛ پاره ای مبتلا به عقب ماندگی خفیف هستند (به این گروه از عقب مانده ها ابله می گویند. این افراد نیز مثل افراد احمق برای ادامه زندگی متکی به دیگران هستند و می توانند برخی از کارهای ساده را انجام دهند؛ کارهایی مانند شستن لباس، جارو کردن، مواظبت از خود و دیگران، مواظبت از خود در برابر خطرات معمولی، و شرکت در بازی های ساده. با وجود این، این عده باید به طور دائم مواظبت شوند، زیرا بیرون از محیطی محدود و بسته قادر بر محافظت از خود نیستند. ر.ک: آسیب شناسی روانی، دکتر سعید شاملو/۳۰۵.

۱۵۳. عده ای عقب ماندگی ملایمی دارند که به آنها «کودن» گفته می شود. (ر.ک: همان).

۱۵۴. توحید، صدوق/۷۳؛ تفسیر نور الثقلین، عروسی الحویزی، ج ۴/۲۱۱.

۱۵۵. جامع المقاصد، المحقق الکرکی، ج ۱۲/۳۹۵؛ مسالک الافهام، ج ۱۳/۲۹.

۱۵۶. سوره نساء، آیه ۱۴۱.

۱۵۷. مبسوط، ج ۶/۱۲۹؛ السرائر، ج ۲/۸۷؛ همان، ج ۳/۳۲۴؛ مختلف الشیعه، العلامة الحلی، ج ۵/۵۸.

۱۵۸. من لایحضره الفقیه، ج ۴/۳۳۴؛ بخاری، ج ۲/۹۶؛ سنن بیهقی، ج ۶/۲۲۰۵.

۱۵۹. ر.ک: مبسوط، ج ۳/۲۴؛ نهایة المرام، ج ۱/۴۶۹؛ المهدب، ج ۲/۳۵۴؛

قواعد الاحکام، ج ۲/۲۰۱؛ مختصر النافع/۱۹۴؛ شرایع الاسلام، ج ۲/۵۶۷؛

مفاتیح الشرایع، ج ۲/۳۷۲؛ القواعد والفوائد، ج ۱/۳۹۶؛ جواهر الکلام،

ج ۳۱/۲۸۶؛ حدائق الناضره، ج ۲۵/۹۱؛ ریاض المسائل، ج ۱۰/۵۲۳؛

مسالک الافهام، ج ۸/۴۲۱؛ کشف اللثام، ج ۷/۵۴۹.

۱۶۰. مسالک الافهام، ج ۸/۴۲۲؛ جواهر الکلام، ج ۳۱/۲۸۷؛ همچین: تذکره

الفقها، ج ۲/۲۷۰.

- ۱۶۱ . حقوق مدنی کاتوزیان (خانواده، ج ۲/ ۱۷۳ .
- ۱۶۲ . ر. ک: اخلاق در قرآن، محمدتقی مصباح، ج ۱/ ۱۴۶ .
- ۱۶۳ . سوره یوسف، آیه ۱۰۶ .
- ۱۶۴ . مبسوط، ج ۶/ ۴۰ .
- ۱۶۵ . مسالک الافهام، ج ۸/ ۴۲۴ .
- ۱۶۶ . کفایة الاحکام/ ۲۹۴ .
- ۱۶۷ . الوسیله/ ۲۸۸ .
- ۱۶۸ . مفاتیح الشرایع .
- ۱۶۹ . نهایة المرام، ج ۱/ ۴۶۹ .
- ۱۷۰ . مسالک الافهام، ج ۸/ ۴۲۴؛ نهایة المرام، ج ۱/ ۴۶۹ .
- ۱۷۱ . قواعد الاحکام، ج ۳/ ۱۰۱ .
- ۱۷۲ . جواهر الکلام، ج ۳۱/ ۲۸۸ .
- ۱۷۳ . حدائق الناضره، ج ۲۵/ ۹۲ .
- ۱۷۴ . کافی، ج ۵/ ۲۹۴؛ ج ۵/ ۲۸۰؛ فقیه، ج ۳/ ۷۶؛ کافی، ج ۵/ ۲۹۳ .
- ۱۷۵ . مسالک الافهام، ج ۸/ ۴۲۲ .
- ۱۷۶ . کافی، ج ۶/ ۴۵؛ تهذیب الاحکام، ج ۸/ ۱۷۹ .
- ۱۷۷ . ر. ک: مسالک الافهام، ج ۸/ ۴۲۸ .
- ۱۷۸ . خلاصة الاقوال/ ۱۴۱ .
- ۱۷۹ . کافی، ج ۶/ ۴۵ .
- ۱۸۰ . من لایحضره الفقیه، ج ۳/ ۴۳۵ .
- ۱۸۱ . ر. ک: خلاف، ج ۵/ ۱۳۲؛ مبسوط، ج ۶/ ۳۹؛ سرائر، ج ۲/ ۶۵۱؛ تحریر الاحکام، ج ۲، طبع قدیم/ ۴۳؛ ابن علامه، ایضاح الفوائد، ج ۳/ ۲۶۳ .
- ۱۸۲ . الروضة البهیة، ج ۵/ ۴۶۳ .
- ۱۸۳ . کشف اللثام، ج ۷/ ۵۵۱ .
- ۱۸۴ . مختلف الشیعه، ج ۷/ ۳۱۰ .

- ١٨٥ . مسالك الافهام، ج٨/٤٢٣؛ ر.ك: نهاية المرام، ج١/٤٧٠ .
- ١٨٦ . جواهر الكلام، ج٣١/٢٨٩ .
- ١٨٧ . رياض المسائل، ج١٠/٥٢٤ .
- ١٨٨ . «وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع» سورة نساء، آية ٣ .
- ١٨٩ . شرائع الاسلام، ج٢/٥٦٨ .
- ١٩٠ . مسالك الافهام، ج٨/٤٣٥ .
- ١٩١ . شرح اللمعة، ج٥/٤٥٧ .
- ١٩٢ . جواهر الكلام، ج٣١/٣٠٠ .
- ١٩٣ . كافي، ج٦/٤٥ .
- ١٩٤ . طريق شيخ به عباس بن عامر: «وما كان فيه عن العباس بن عامر القصباني فقد رويته عن أبي رحمه الله عن علي بن الحسين الكوفي، عن أبيه عن العباس بن عامر ورويته عن جعفر بن علي بن الحسين بن علي الكوفي، عن جدّه الحسن بن علي، عن العباس .» (من لايحضره الفقيه، ج٤/٥٢٦) .
- ١٩٥ . همان، ج٣/٤٣٤ .