

# ماهیت حضانت و تعیین صاحبان آن (۱)

○ رسول مزروعی

چکیده

نویسنده بعد از تعریف لغوی و اصطلاحی حضانت و تشریح وظایف و حقوق صاحب حق حضانت، به بررسی اقوال دوازده گانه و ادله مختلف در این زمینه می پردازد. او نخست فرض وجود پدر و مادر را از فرض فقدان یکی از آنها جدا می کند و در فرض نخست نیز میان صورتی که پدر و مادر زندگی مشترك دارند و صورتی که از هم طلاق گرفته اند، فرق می نهد. سپس در فرض زندگی مشترك، به بررسی سندی و دلالتی روایات و نیز ادله قرآنی و مؤیدات عقلی پرداخته و در نهایت این قول را بر می گزیند که حق حضانت کودک در دوران شیرخوارگی، مشترك میان پدر و مادر است و پس از آن متعلق به پدر می باشد. در فرض طلاق نیز معتقد است که حق حضانت فرزند - اعم از پسر یا دختر - تا سن هفت سالگی در صورتی که مادر ازدواج نکرده باشد یا اوست و پس از آن با پدر می باشد. نویسنده در فرض فقدان یکی از والدین نیز حق حضانت را برای دیگری ثابت می داند و حقی برای شخص ثالث قائل نیست.

کلید واژگان: حضانت، رضاع، طلاق، پدر، مادر، کودک، فرزند.

چگونگی نگهداری و تربیت فرزندان در سنین کودکی، تأثیر به سزایی در شکل‌گیری شخصیت اجتماعی و فردی اشخاص دارد. اسلام عزیز اهتمام بسیاری برای تربیت کودک دارد و از بررسی روایات اهل بیت (ع)<sup>۱</sup> این نکته به دست می‌آید که سنگ بنای اصلی در تعلیم، تربیت و شخصیت فرد، در این سنین نهاده می‌شود؛ امری که روان‌شناسی رشد نیز به آن اذعان کرده و سنین کودکی را از مهم‌ترین دوران زندگی در شکل‌گیری شخصیت وی به حساب آورده است.

مبحث حضانت از مباحثی است که ارتباط تنگاتنگی با تربیت و پرورش کودک دارد و دارای احکام و شرایطی در فقه است. در این مقاله این موضوع را از زوایای مختلفی کاویده‌ایم.

۱. عن الصادق (ع): دع ابنک یلعب سبع سنین و الزمه نفسک سبعاً فان افلح و الا فانه ممن لاخیر فیه. (الكافي، ج ۶، ص ۴۶، ح ۱).

عن ابی عبدالله (ع) قال: امهل صبیک حتی یاتی له ست سنین ثم ضمه الیک سبع سنین فادبه بادبک فان قبل و صلح و إلا فخل عنه. (الكافي، ج ۶، ص ۴۷، ح ۲).

ر. ك: الكافي، ج ۶، ص ۴۶-۵۳، (باب تادیب الولد و باب حق الاولاد و باب بر الاولاد و باب النوادر).

همچنین ر. ك: الكافي، ج ۳، ص ۴۰۹، (باب صلاة الصبیان و متى یؤخذون بها) و ج ۴، ص ۱۲۴، باب صوم الصبیان و متى یؤخذون به.

همچنین ر. ك: من لا یحضره الفقیه، ج ۱، ص ۲۸۱، ح ۸۶۳، ج ۳، ص ۴۳۶ (باب الحد الذي إذا بلغه الصبیان لم یجز مباشرتهم و حملهم و وجب التفريق بينهم فی المضاجع)، ح ۴۵۰۵-۴۵۱۰.

همچنین ر. ك: وسائل الشیعه، آل البیت (ع)، ج ۴، ص ۱۸، باب استحباب امر الصبیان بالصلاة لست سنین أو سبع ... و همان، ج ۱۰، ص ۲۳۳، (باب عدم وجوب الصوم علی الطفل و المجنون و استحباب تمرین الولد) و همان، ج ۲۱، ص ۴۶۰ (باب الحد الذي فیه یؤمر الصبیان) و همان، ص ۴۷۳، (باب استحباب ترك الصبی سنین) و همان، ص ۴۷۴ (باب استحباب تعلیم الصبی الكتابة و القرآن) و همان، ص ۴۹۴ (باب استحباب احتساب مرض الطفل و بکائه).

## حضانت در لغت و اصطلاح

با مراجعه به کتب فقهای امامیه ملاحظه می شود که بسیاری از آنان تعریفی از حضانت ارائه نداده اند<sup>۲</sup> و گویا آن قدر این امر برایشان روشن و واضح بوده است که نیازی به تعریف برای آن احساس نکرده اند و اما از کسانی که به تعریف آن پرداخته اند، اوکین آنها علامه حلی است که می فرماید: «حضانت ولایت و سلطنت بر تربیت کودک است».<sup>۳</sup>

شهید ثانی نیز می فرماید:

حضانت ولایت بر کودک و مجنون است به منظور تربیت و آنچه به مصلحت اوست؛ مانند حفظ و نگهداری، قراردادن او در تختش، بلند کردنش، سرمه کشیدن، روغن مالیدن، تمیز کردن، شستن کهنه و لباس و ... که زن برای انجام آنها شایسته تر از مرد است و این به جهت عواطف بیشتر یا اخلاق مناسب تر زن در این امور است.<sup>۴</sup>

۲. بعضی از آنها عبارت اند از: ریاض المسائل، ج ۱۰، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۵۲۲؛ المحقق الحلی، شرایع الاسلام، ج ۲، انتشارات استقلال، تهران، ص ۵۶۷؛ الفاضل الآبی، کشف الرموز، ج ۲، جامعه المدرسین، ج ۲، ص ۲۰۰؛ القاضی ابن البراج، ج ۲، المهذب، جامعه المدرسین، ص ۳۵۲؛ ابن فهد الحلی، المهذب البارع، ج ۳، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۴۲۶؛ العلامة الحلی، ارشاد الاذهان، ج ۲، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۲، ص ۴۰؛ ابوالفتح کراچکی، کنزالفوائد، ج ۲، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۵۲۹؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۲، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۶۵۲؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۳، مؤسسة اسماعیلیان، ص ۲۶۳؛ السید تقی الطباطبائی القمی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۱۰، دارالسرور، بیروت، ص ۲۷۸.

۳. علامه حلی، قواعد الاحکام، چاپ سنگی (الرضی)، کتاب النکاح، ص ۵۱ و مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۳، ص ۱۰۱.

۴. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ص ۴۲۱.

بعضی دیگر در تعریف حضانت آورده اند که حضانت هیچ ربطی به ولایت بر ازدواج طفل و اموال او ندارد و فقط مربوط به تربیت و حفظ و نگهداری کودک در مدتی است که او نیاز به چنین زنی دارد.<sup>۵</sup>

صاحب جواهر در تعریف حضانت، از علامه و شهید ثانی تبعیت کرده، می‌فرماید:

حضانت ولایت و سلطنت است بر تربیت کودک و آنچه متعلق به تربیت اوست؛ مانند حفظ و نگهداری او، قرار دادن او در تختش، سرمه کشیدن او، شست و شو دادن او، شستن لباس‌های او و کارهایی از این قبیل.<sup>۶</sup>

ایشان پس از بحث درباره سلطنت و ولایت در حضانت و امکان اسقاط و عدم آن، به سراغ معنای لغوی حضانت می‌رود و می‌فرماید:

اصل معنی حضانت، نگهداری و حفظ است و اینکه گفته شده است حضانت از «حِضَن» گرفته شده و حِضَن به معنی زیر بغل تا پهلو یا تهیگه است، شاید به همین معنی برمی‌گردد.<sup>۷</sup>

صاحب جامع المدارك حضانت را به معنی لغوی و عرفی آن دانسته و معنای ولایت را از آن نفی می‌فرماید.<sup>۸</sup>

به نظر می‌رسد آنچه مهم تر از تعریف حضانت است، توجه به حقوق و موضوعاتی است که تحت عنوان «احقیّت»، در بحث حضانت می‌تواند برای والدین و کودک مطرح باشد و ظاهراً بعضی از این حقوق در این مباحث مورد توجه جدی واقع نشده است در حالی که بعضی از این حقوق اهمیت بسیار بالایی دارند و

۵. محمد جواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسة، مؤسسة الصادق، تهران، ص ۳۷۷.

۶. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۳.

۷. همان، ص ۲۸۴.

۸. سید احمد خوانساری، جامع المدارك، ج ۴، اسماعیلیان، ص ۴۷۲.

بعید نیست که همین حقوق منشأ بحث حق والدین و یا «احقیقیت» یکی از آنها در بحث حضانت بوده باشد.

بنابراین مناسب است در ضمن بررسی حق حضانت، به مجموعه ای از امور مربوط به این بحث توجه لازم بشود تا بحث، دقیق تر و کامل تر باشد. این امور عبارت اند از:

۱. تربیت مستقیم کودک، کاری که مربی و معلم بر عهده دارد؛<sup>۹</sup>
۲. ولایت بر حفظ و نگهداری کودک و مراقبت از او، کاری که سرپرست و مسئول بر عهده دارد و هر چند مستقیماً خود کاری انجام ندهد، ولی ولایت و امرش به دست اوست. این ولایت می تواند در ابعاد مختلف جسمی و روحی کودک باشد و غیر از موضوع اوّل و سوم است؛ همان گونه که منافاتی ندارد که این امر به عهده فردی، و امور دیگر، بر عهده فرد دیگری باشد. البته ممکن است گاهی این تفکیک ناممکن و یا موجب تراحماتی گردد، ولی این همیشگی و فراگیر نیست و بدین جهت در بعضی از قوانین بشری این تفکیک مورد توجه قرار گرفته است.<sup>۱۰</sup>

۹. از کلام بعضی از فقها چنین برمی آید که حق تادیب و تعلیم را خارج از حق حضانت می دانند. (ر. ک: جمال الدین الفاضل المقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، طبع خیام، ص ۲۷۳، لیکن در حدیث آمده است که «عجبت لقوم طلبوا العلم حتی اذا نالوا منه صاروا حضناً لابناء الملوك؛ از گروهی در شگفتم که در طلب علم بودند، ولی آن گاه که بدان دست یافتند، مربی شاهزادگان گردیدند»، (الطبرانی، المعجم الاوسط، ج ۲، ص ۲۶۳؛ المجموع شرح المهدب، ج ۱۸، ص ۳۲۳) و چنان که ملاحظه می شود؛ در این حدیث حضانت در مورد تعلیم و تربیت به کار رفته است.

۱۰. در ماده ای از قانون اصلاحی فرانسه آمده است که «اگر در هنگام جدایی زن و شوهر طفل به دیگری داده شود، حق تربیت و تعیین شیوه نگهداری او همچنان با پدر و مادر است» (الکس ویل، اشخاص و خانواده و حجر، ش ۷۳۰، به نقل از ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده،

۳. اقدام به امور نظافتِ کودک و لباس ها و تغذیه و مانند آن،<sup>۱۱</sup> نظیر آنچه خدمتکار و یا پرستار کودک به عهده دارد؛

۴. حقِّ در کنارِ کودک بودن و همراه داشتن او، برای ارضای عواطف و احساسات طرفین که همان ارتباط عاطفی میان والدین و کودک است و این غیر از حق ملاقات با کودک است.

> ج ۲، ص ۱۶۱) و یا در ماده ای از قانون مقررات احوال شخصیهٔ مراکش و تونس آمده است: «اگر زنی که حضانت طفل را به عهده دارد، اقامتگاه خود را تغییر دهد... به نحوی که پدر قادر به ملاقات طفل و کنترل وضع تربیت او نباشد، حق حضانت آن زن ساقط خواهد شد» (به نقل از سیدحسن صفائی و اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج ۲، ص ۱۵۱). چنان که روشن است، در این ماده حق کنترل وضع تربیتی کودک، برای پدر لحاظ شده و در مادهٔ سابق نیز حق تربیت و شیوه نگهداری طفل برای پدر و مادر محفوظ است؛ اگرچه کودک برای نگهداری و دیگر امورش به غیر سپرده شود.

۱۱. همان گونه که روشن است، شیرخوارگی کودک در دو سال اوّل تحت عنوان رضاع مطرح است و در اصطلاح فقها، حضانت غیر از ارضاع شمرده شده است و حتی محمدجواد مغنیه (در الفقه علی المذاهب الخمسة، ص ۳۸۱) در فرق حضانت و رضاع می گوید: «فرق حضانت و رضاع در آن است که حضانت یعنی تربیت و رعایت کودک، ولی رضاع تغذیه و اطعام اوست». عبارت وی موهّم این معناست که تغذیه و اطعام به کلی از حضانت خارج است، ولی ظاهراً مراد ایشان نیز همان تغذیه خاص (ارضاع) در دو سالگی است و تغذیه غیر خاص را داخل در حضانت می داند.

به هر حال، به نظر می رسد که حتی ارضاع نیز اگر چه خارج از حضانت اصطلاحی آمده، ولی در حقیقت داخل آن است و حضانت عرفی، شامل آن هم می شود، لیکن به سبب تصریح به آن از میان موضوعات نهفته در حضانت و روشن بودن و خاص بودن روایات در حکم آن، تحت موضوع ارضاع در فقه مطرح و دیگر موضوعات در عنوان کلی حضانت ابقا شده و بدون تفکیک، فقط به عنوان کلی آنها (حضانت) پرداخته شد. این احتمال نیز وجود دارد که به هر دلیلی، بعد از اخراج ارضاع، حضانت امر بسیطی و موضوع واحدی دیده شده و به تفکیک از موضوعات ضمن آن سخن به میان نیامده، بلکه با نگاهی کلی به آن پرداخته شده است.

اینکه این عناوین در خارج و عمل قابل تفکیک است یا نه، و بر فرض امکان آن، این انفکاک مورد نظر شرع بوده یا نه، امری است که در صورت لزوم باید به آن پرداخته شود، لیکن آنچه ما را بر این تفکیک واداشت، آن است که حضانت مورد بحث، به عنوان «حضانت» در روایات و آیات، موضوع حکم قرار نگرفته است<sup>۱۲</sup>، بلکه کلی احقیّت مطلقه بر کودک، و گاه مصادیق و یا موضوعات مندرج در این بحث، در آیات کریمه و روایات اهل بیت (ع) طرح شده است و بدین جهت، باید در این بحث مجموعه این امور و حقوق مورد توجه قرار گیرد و با این توجه ممکن است برخی از امور حضانت، حکمی دیگر بپذیرد و بر فرض عدم امکان تفکیک در خارج و یا مورد نظر نبودن این تفکیک از جانب شریعت، باز توجه تفصیلی به آنها ثمربخش است؛ زیرا موجب توسعه در ادله و مباحث خواهد بود و با لطف حضرت حق جلّ و علیّ در نهایت، اتقان و دقت در حکم را در پی خواهد داشت.

### حق حضانت در فرض وجود والدین

در این زمینه اقوال فقهای عظام، در گذشته و حال، بسیار مختلف است؛ به حدی که احراز شهرت را هم دشوار می‌کند، تا چه رسد به پذیرش ادعای اجماع. علاوه بر این، در این مقام، اجماع محصلی نیست و بر فرض وجود، به جهت مدرکی و یا احتمال مدرکی بودن آن، فاقد اعتبار است. همچنین اجماعات ادعا شده در این بحث، در تعارض روشن و جدی با هم اند؛ تا آنجا که ابن زهره در غنیه<sup>۱۳</sup>، ادعای

۱۲. فقط در یک روایت عامی این عنوان آمده و آن روایتی است که ابن ابی جمهور در درر اللالی از ابی هریره از نبی اکرم (ص) نقل کرده: «الام احق بحضانة ابنها ما لم تتزوج؛ مادر تا زمانی که ازدواج نکرده، به حضانت فرزندش احق است»، (مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ص ۱۶۴، ح ۵).

۱۳. الجوامع الفقهية، كتاب الغنية، فصل في الاحكام الاولاد، انتشارات جهان، ص ۶۱۶.

اجماع طائفه کرده بر اینکه در پسر و دختر تا دو سال مادر احق است و بعد از ارضاع اگر کودک پسر باشد، احقیّت برای پدر و اگر دختر باشد، احقیّت تا هفت سالگی او برای مادر، و بعد از آن احقیّت برای پدر است.

از طرف دیگر، شیخ طوسی در خلاف مدعی عدم خلاف بر احقیّت مادر مطلقه شده، مادامی که طفل ممیز نباشد؛ یعنی به هفت و یا هشت سالگی نرسیده باشد.<sup>۱۴</sup>

ابن فهد حلی ادعای اجماع بر اشتراك حضانت پدر و مادر برای مدت دو سال را دارند.<sup>۱۵</sup>

با توجه به نبود اجماع معتبر، دلیل عمده در این بحث، روایات شریفی است که بعد از نقل اقوال فقهای بزرگوار به آن پرداخته خواهد شد و سپس با توجه به روایات، اقوال آنان مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت، إن شاء الله تعالی.

### اقوال فقیهان

ابتدا باید توجه داشت که ظاهراً در بحث حضانت، در کلام فقهای متأخر و عصر ما، معمولاً توجهی به امکان اختلاف حکم، در صورت طلاق و عدم طلاق، نشده است. از این رو این احتمال در حد زیادی به شکل عقلایی وجود دارد که این نکته موجب اختلاف در حکم، ثبوتاً بوده و در روایات معصومان، حکم هر کدام، غیر از دیگری بوده و شاید این نکته مورد توجه و دقت قدما نیز واقع شده باشد. بنابراین این اگر آنها بحث حضانت را در فرض طلاق، آن هم طلاق بائن مطرح کرده اند، نسبت دادن فتاوا و اقوال آنها بدون قید فرض طلاق و بینونت و جدایی، با وجود

۱۴. الخلاف، ج ۵، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۱۳۲.

۱۵. المهذب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶ و المقتصر، طبع سیدالشهداء، قم، الطبعة الاولى، ص



قرائن و شواهد و گاه تصریح و نص آنها بر این قید، بدون دلیل و بی وجه است و روشن است که عدم تعرض آنها به حکم حضانت در فرض زندگی مشترک، دلیل بر اطلاق حکم و تسری آن به زندگی مشترک نیست که البته در نقل اقوال، معمولاً این اتفاق افتاده و به این جهت حکم، توجهی نشده است. در این مقاله، در نقل اقوال و استناد احکام به صاحبان آن دقت شده است و قیود آمده همگی، برگرفته از نص کلام صاحبان آن و یا مستفاد از ظهور کلام آنها است.

اقوال فقهای امامیه به تفصیل عبارت اند از:

۱. مادر در مدت رضاع کودکش - اعم از آنکه او دختر یا پسر باشد - احق به حضانت او است. بعد از رضاع اگر کودک پسر باشد، پدر احق است و اگر دختر باشد، تا هفت سالگی او مادر احق است و بعد از آن پدر احق می باشد. ۱۶
۲. در حال طلاق بائن، مادر تا دو سال به پسرش احق است و در مورد دخترش تا نه سال مقدم است، مگر آنکه مادر از دواج کند. ۱۷

۱۶. شیخ طوسی در النهایة از جمله قائلان به این قول است (النهایة، دار الکتب العربی، ص ۵۰۳ - ۵۰۴) و ابن ادریس و ابن البراج در کامل و ابن حمزه از تابعین او شمرده شده اند (مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۷؛ کنز الفوائد، ج ۲، ص ۵۲۹) مرحوم صاحب جواهر (ج ۳۱، ص ۲۹۰) ضمن اختیار این قول، آن را به مشهور نسبت می دهد و بسیاری از فقهای معاصر از جمله حضرت امام در تحریر الوسیله، (ج ۲، ص ۲۷۹) از همین نظر پیروی کرده اند.

۱۷. ر. ک: شیخ مفید (المقنعة، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۵۳۱) و سلار (المراسم، کتاب النکاح فی ذکر مایلزم به، ص ۱۶۴، به نقل از کنز الفوائد، ج ۲، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۵۳۰، حاشیه (۲) و ریاض المسائل، ج ۱۰، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۵۲۵؛ المذهب البارع، ج ۳، ص ۴۲۷؛ مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۷). در جواهر، ج ۳۱، ص ۲۹۱ ظاهراً این قول به قاضی هم اسناد داده شده، لیکن با مراجعه به کلام قاضی معلوم می شود که مراد صاحب جواهر فقط قطعه دوم است؛ زیرا قاضی ابن البراج در المذهب در دو جا به این بحث پرداخته اند: اوّل در انتهای باب احکام الولادة، ج ۲، ص ۲۶۲ و دوم در باب نفقات، ج ۲، ص ۳۵۲.

۳. در حال طلاق بائن، مادر مادامی که ازدواج نکرده باشد، احق به فرزندش  
- اعم از دختر یا پسر - است. ۱۸

۴. در حال طلاق بائن، اگر طفل ممیز نباشد، مادر احق به کودک است،  
بدون آنکه اختلافی در بین باشد. اگر کودک ممیز باشد - و این وقتی است که کودک  
هفت و یا هشت ساله باشد - چنانچه پسر باشد، پدر احق است و اگر دختر باشد،  
مادر احق است، البته مادامی که مادر ازدواج نکرده باشد، و الا پدر احق خواهد  
بود. ۱۹

۱۸. قائل: محمد بن علی بن الحسین بن بابویه الصدوق (ر. ك: المقنع، مؤسسة الامام  
الهادی، ص ۳۶۰)، در جواهر علاوه بر صدوق، گفته است این قول به ابوعلی (ابن جنید)  
نیز نسبت داده شده است (جواهر، ج ۳۱، ص ۲۹۱)، لیکن ظاهراً این انتساب دقیق نیست  
و قول صحیح، انتساب قول پنجم (که خواهد آمد) به اوست، کما اینکه علامه حلی  
(مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۶)، تصریح دارد. علامه ابن فهد الحلی نیز (در المهدب  
البارع، ج ۳، ص ۴۲۷) همین را به ابوعلی (ابن جنید) نسبت می دهد.

۱۹. قائل، شیخ طوسی است (ر. ك: الخلاف، ج ۵، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۱۳۱).  
ایشان در مبسوط نیز در کتاب النفقات اقوال زیادی را نقل می کند که همگی اتفاق در احقیّت  
مادر دارد، اگر طفل ممیز و یا عاقل نباشد، حد تمیز را نیز هفت و یا هشت سالگی قرار  
می دهد و حتی آورده است: «که زمانی که به سن تخمیر رسید، اگر مجنون بود یا عاقلی بود  
که دیوانه شده، مادرش احق به اوست و تخمیر ساقط می شود؛ چرا که او در معنای کودکی  
است» (المبسوط، کتاب النفقات به نقل از سلسلة الینایع الفقهیه، ج ۳۸، ص ۳۹۳) و پس  
از هفت یا هشت سالگی تا بلوغ را می فرماید: اقوال مختلف است، اما آنچه را اصحاب ما  
روایت کرده اند، این است که بعد از هفت - هشت سالگی و پس از رسیدن به تمیز، اگر  
کودک پسر باشد، پدر احق است و اگر دختر باشد، مادر احق است تا بلوغ او، مادامی که  
مادر ازدواج نکرده است.

قومی نیز گفته اند که مادر به پسر احق است تا بالغ گردد و به دختر نیز احق است تا ازدواج  
کند و زوج به او دخول کند.

عده ای هم گفته اند که مادر احق است به دختر، مادامی که ازدواج نکرده است و به پسر نیز

۵. در حال طلاق بائن، مادر تاهفت سالگی کودک، احق به او است و بعد از هفت سالگی، اگر کودک ناقص العقل بود، همچنان مادر استحقاق دارد و اما اگر کودک دختر باشد، مادر تا زمانی که ازدواج نکرده، اولی و احق به اوست.<sup>۲۰</sup> این قول بسیار نزدیک به قول چهارم است، لیکن وجود تصریحاتی و نیز ذکر تمییز به عنوان ملاک اولی حکم که سن، کاشف نوعی آن به شمار رفته، باعث شد تا این قول را مستقل ذکر کنیم.

۶. در حال طلاق بائن اگر کودک پسر بوده باشد، مادر تا هفت سالگی او، و اگر کودک دختر بوده باشد، تا نه سالگی او احق به کودک است.<sup>۲۱</sup>

> مادر احق است تا اینکه کودک خودش بتواند بخورد و بیاشامد و خودش لباس بپوشد. (المبسوط، ج ۶، المكتبة المرتضوية، ص ۳۹). عجیب این است که با این همه نقل اقوال، شیخ هیچ اشاره ای به قول اوک ندارد و از آن عجیب تر اینکه مختار او در نهایت قول اوک بوده و مبسوط پس از آن نگاشته شده و در آن ملتزم بوده است که همه اقوال علما را در آن ذکر کند (چنان که به این مطلب در مقدمه مبسوط تصریح می فرماید). این مطلب کلام علامه حلی را تأیید می کند بر رد کلام ابن ادریس، در رد شیخ (در خلاف ادعای اجماع بر احقیّت مادر مطلقه بر کودکش دارد تا زمان ممیز شدن او (بین هفت تا هشت سالگی او) و ... ابن ادریس این اجماع را با شدت و حمله بر شیخ رد می کند. ر. ک: مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۹). علامه در ایضاح الفوائد نیز ابن ادریس را رمی به عدم وقوف بر اجماع می کند (ایضاح الفوائد، ج ۳، اسماعیلیان، ص ۲۶۵). یکی دیگر از قائلان به قول چهارم عبارت است از جمال الدین الفاضل المقداد بن عبدالله السیوری (م ۸۲۶ ق) در التتقیح الرائع (طبع الخیام، قم، ج ۳، ص ۲۷۲ و ۲۷۳). وی پس از نقل اقوال، همین قول را بر می گزیند و در دفاع از آن استدلال می کند.

۲۰. قائل این قول ابن جنید است، به نقل از علامه حلی در مختلف الشیعه (مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۷، ص ۳۰۶) و به نقل از ابن فهد حلی در المهذب البارع (مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۳، ص ۴۲۷)، لیکن در نقل علامه حلی مفروض طلاق بائن است، به خلاف نقل ابن فهد حلی که مطلق آمده است.

۲۱. این قول را ابن فهد حلی در المهذب البارع (ج ۳، ص ۴۲۷) و علامه در مختلف الشیعه

۷. مادر تا هفت سالگی کودک، اعم از آن که او پسر باشد یا دختر، احق به او است. ۲۲

۸. اشتراك حق میان مادر و پدر تا دو سال<sup>۲۳</sup>، و احقیّت پدر بعد از دو سالگی کودک با کراهت گرفتن کودک از مادر تا هفت سال<sup>۲۴</sup>. قائل این قول فرقی میان

> (ج ۷، ص ۳۰۷) به قاضی در المذهب نسبت داده اند و این مستفاد از کلام قاضی در باب نفقات از المذهب (ج ۲، ص ۳۵۲) است و چنان که گذشت، ظاهراً کسی متعرض قول دیگر او در همین کتاب در باب احکام الاولاد و تنافی آن با این قول نشده است. قاضی ابن البراج در بحث دیگری آورده اند: اگر یکی از والدین کودک مملوک باشند، حقی در حضانت ندارد. پس اگر آزاد شد، حقیش ثابت می شود و مادرش تا هفت سالگی احق به اوست و بعد از آن پدر احق است و اگر فرزند دختر باشد، مادرش به او احق است، تا اینکه بالغ شود. (المذهب، ج ۲، ص ۳۵۳) که ظاهراً نشان می دهد غایت قرار گرفتن «نه سالگی» برای احقیّت مادر در حضانت دختر در نزد ایشان، به جهت امارت آن بر بلوغ است و بدین روی، در صورت تفاوت سن بلوغ با نه سالگی، ملاک بلوغ دختر است؛ زیرا با توجه به نصوص و تناسب حکم و موضوع وجهی برای غایت بودن نه سالگی در حکم حضانت (به خلاف بلوغ) وجود ندارد.

۲۲. قائلان به این قول عبارت اند از محمدبن علی موسوی عاملی، صاحب المدارک، (نهاية العرام، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۱، ص ۴۶۸-۴۶۶) و مرحوم علامه محمدباقر بن محمد مؤمن سبزواری، (کفایة الاحکام، نشر مهدوی، ص ۱۹۴)، مرحوم آیت الله سید محسن حکیم (منهاج الصالحین، مسئله ۹ از الفصل التاسع في احکام الاولاد)، آیت الله خویی (مبانی منهاج الصالحین، ج ۱۰، ص ۲۸۰ و ۲۸۲)، مع اشتراط عدم التسالم والاجماع التبدي علی خلافه؛ و آیت الله سید صادق روحانی (فقه الصادق، ج ۲۲، ص ۳۰۴).

۲۳. ابن فهد حلی در المذهب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶ ادعای اجماع بر این مطلب کرده، می فرماید: «اقول: وقع الإجماع علی اشتراك الحضانة بين الأبوين مدة الحولين و علی سقوطهما بعد البلوغ و له الخيار في الانضمام إلى من شاء منهما و الخلاف فيما بينهما».

۲۴. قائل این قول آیت الله اراکی است (کتاب النکاح، طبع اعتماد، ص ۷۷۱-۷۷۷) و ظاهراً مختار آیت الله شیخ عبدالکریم نیز همین است و کلام آیت الله اراکی دال بر این مطلب است (در همین بحث). از دیگر قائلان به این قول، آیت الله سیدکاظم حائری (دام ظلّه العالی) است (ر. ک: الفتاوی المتخبّة، الجزء الاول، اسماعیلیان، ص ۲۶۱، مساله ۹۲۴).

صورت طلاق و غیر طلاق نگذاشته. بعضی از فقها نیز تصریح به اشتراك پدر و مادر در حق حضانت برای دو سال، در فرض زندگی مشترك و طلاق دارند و برای بعد از دو سال نیز می فرمایند «احتیاط این است که فرزند را از مادر جدا نکند تا اینکه هفت ساله شود؛ اگر چه پسر باشد». ۲۵

۹. بعد از طلاق اگر نزاع و مشاجره برای حضانت در بین ابویین بود، پدر احق به کودک است، مگر در مدت دو سال که چنانچه مادر راضی به اجرتی کمتر یا مساوی با اجرت دایه در رضاع باشد در این صورت مادر احق خواهد بود. و اگر مشاجره و نزاعی در کار نبود، مادر مادامی که ازدواج نکرده است تا هفت سال احق است، و تفاوتی میان دختر و پسر نیست. ۲۶

۱۰. حضانت در صورت عدم طلاق، مشترك میان پدر و مادر است. اما در صورت طلاق، از جنبه عملی می توان گفت که مختار همان قول مشهور (قول اول) است، ولی از جنبه نظری، بعید نیست که بگوییم تا دو سال حق حضانت پسر و دختر، اختصاص به مادر دارد، اما بعد از آن امر به اجتهاد و نظر قاضی واگذار می شود، تا او بر اساس مصلحت دین و دنیای طفل مشخص کند که او را به کدام یک از والدین سپرد. ۲۷

۱۱. مادر تا دو سال به حضانت احق است گرچه کودک دختر باشد و اولی

۲۵. آیت الله السید علی الحسینی السیستانی، منهاج الصالحین، ج ۳، نشر سعید بن جبیر، طبع الثانی، ص ۱۲۰، مسئله ۴۰۱-۴۰۲.

۲۶. قائل به این قول مرحوم محدث بحرانی است (حدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۹) صاحب جواهر (ج ۳۱، ص ۲۹۱) قول دیگری را به صاحب حدائق نسبت داده، می فرماید: «صاحب حدائق تمایل یافته به توقیت به هفت سالگی در دختر و پسر (برای احقیّت مادر)، لیکن تا جایی که ملاحظه شد، این مطلب در حدائق یافت نشد.

۲۷. قائل، مرحوم آیت الله محمدجواد مغنیه است. (فقه الامام جعفر الصادق، دار العلم للملایین، بیروت، طبع الاولى، ۱۹۶۶ م، ص ۳۱۲-۳۱۴).

قرار دادن کودک تا هفت سال در حضانت مادر است؛ هر چند کودک پسر باشد.<sup>۲۸</sup>  
 ۱۲. حق سرپرستی طفل - اعم از آن که وی پسر باشد یا دختر - بنا بر اظهار تا دو سال برای مادر است، اما بعد از دو سال تا هفت سال پدر نیز حق سرپرستی دارد و در این پنج سال احوط آن است که حق سرپرستی پسر با پدر و حق سرپرستی دختر با مادر باشد، ولی بعد از هفت سال، این حق فقط از آن پدر است.<sup>۲۹</sup>

### روایات مربوط به حق حضانت و بررسی سند و دلالت آنها

#### روایت نخست

محمد بن یعقوب، از ابی علی اشعری، از حسن بن علی، از عباس بن عامر، از داود بن حصین، از امام صادق (ع) نقل می کنند که فرمودند:

والوالدات یرضعن اولادهن<sup>۳۰</sup> قال: مادام الولد فیالرضاع فهو بین الابین بالسویة، فإذا فطم فالاب أحق به من الام فإذا مات الاب فالام أحق به من العصبه، وإن وجد الاب من یرضعه باریعة دراهم و قالت الام: لا ارضعه إلا بخمسة دراهم فان له ان ینزعه منها إلا ان ذلك خیر له و أرفق به ان یترك مع أمه؛<sup>۳۰</sup>

«و مادران فرزندان خود را شیر می دهند»<sup>۳۱</sup> تا زمانی که طفل شیر خوار است، حق نگهداری میان هر دو همسر به طور مساوی است، و چون او را

۲۸. قائل، آیت الله الشیخ محمد اسحاق الفیاض (منهاج الصالحین، ج ۳، المطبعة امیر، طبع الاولی، قم، ص ۶۸، مسأله ۱۹۲ و شهید آیه الله محمد باقر صدر است (منهاج الصالحین، دار التعارف، ج ۲، ص ۳۰۲، حاشیه ۸۹).

۲۹. قائل به این قول حضرت آیت الله العظمی محمد تقی بهجت است (نقل از توضیح المسائل مراجع - انتشارات اسلامی - چاپ چهارم - ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۴۴۶، مسأله ۱۹۸۴).

۳۰. وسائل الشیعه، ج ۲۱، آل البیت (ع)، شعبان ۱۴۱۲ هـ، ص ۴۷۰، ح ۱.

۳۱. سوره بقره، آیه ۲۳۳.

از شیر باز گیرند، پدر به حضانت و نگهداری او احق از مادر است، و چنانچه پدر از دنیا برود، مادر از همه فامیل پدری به نگهداری فرزند اولی است، و اگر پدر کسی را بیابد که او را به چهار درهم شیر دهد و مادر طفل بگوید: من او را به کمتر از پنج درهم شیر نخواهم داد، پدر می تواند طفل را از مادر بستاند و به دایه دهد؛ هر چند برای فرزند بهتر و سزاوارتر است که نزد مادرش باشد.

مانند این روایت را شیخ صدوق به اسناد خود از عباس بن عامر نقل کرده است. ۳۲

#### نکات:

۱. روایت موثقه است ۳۳.
۲. در روایت سخنی از طلاق نیست و حمل روایت بر خصوص مورد طلاق وجهی ندارد و با توجه به اقلیت موارد طلاق نسبت به موارد زندگی مشترك و عبارت «فهو بین الابوين بالسوية»، اگر روایت ظهور در زندگی مشترك نداشته باشد، لااقل نسبت به طلاق و عدم آن، اطلاق دارد و احکام در آن شامل زندگی مشترك هم می شود.
۳. اینکه در قطعه اخیر آمده که پدر می تواند در صورت مطالبه اجرت بیشتر از ناحیه مادر، کودک را از او بگیرد، ظاهراً فقط مربوط به جهت ارضاع است و منافاتی با بقای حق مادر در مورد کودکش در دیگر امور ندارد و از این رو، عبارت

۳۲. من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۴، ح ۴۵۰۴.

۳۳. داود بن حصین اسدی را نجاشی توثیق صریح کرده، ولیکن بعضی نظیر شیخ در اصحاب امام کاظم (ع)، و علامه در خلاصه به نقل از ابن عقده، وی را واقفی خوانده اند، لیکن همان طور که مرحوم خوئی آورده، این منافی با شهادت نجاشی به وثاقت او نیست و به روایتش می شود اعتماد کرد. (معجم رجال الحدیث، ج ۷، طبع مدینه العلم، ص ۹۸).

«فإنَّ له أن ينزعه منها» اطلاق در جهت نفی تمامی حقوق مادر ندارد و همان طور که فرموده اند<sup>۳۴</sup>، نفی ارضاع موجب نفی حضانت نیست و لذا در این صورت باید حق او در امر حضانت رعایت بشود، مگر گفته شود که این گونه امور از هم قابل تفکیک نیست و سقوط یکی به معنی سقوط امور دیگر در امر حضانت است؛ هم چنان که بعضی<sup>۳۵</sup> آن را احتمال داده اند.

۴. مستفاد از این روایت، همان گونه که بعضی فرموده اند<sup>۳۶</sup>، این است که حق، میان پدر و مادر در مدت رضاع مشترك است و پدر بعد از فطام، احق است. به علاوه، این حکم اختصاص ندارد به موردی که ارتضاع کودک از مادر بوده باشد، بلکه اطلاق روایت آن است که حضانت طفل در مدت رضاع میان پدر و مادر به مساوات است و هیچ کدام بر دیگری اولویتی ندارد و اینکه بعضی در توجیه روایت فرموده اند: «مراد از تسویه این است که هر کدام از پدر و مادر در این مدت از جهتی حقی دارد و لذا مانند این است که متساوی در کودک هستند»<sup>۳۷</sup>، خلاف ظاهر روایت است.

۵. عبارت اخیر روایت: «فإنَّ له أن ينزعه منها» تا آخر، نشان می دهد چنین نیست که در حضانت، فقط مصلحت طفل در نظر گرفته شده و یا در تعارض حق کودک با حق والدین حق کودک دائماً مقدم بوده باشد.

۳۴. ابن ادریس حلی در السرائر (مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۲، ص ۶۵۲)، مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در وسیلة النجاة (چاپ سنگی، در کتاب النکاح در احکام الولادة، ص ۲۷۲، مسئله ۱۲). حضرت امام نیز در حاشیه فرموده اند: «محل تأمل لکن الاحوط عدم السقوط».

۳۵. السید الاعرج (۶۸۱-۷۵۴) در کنز الفوائد (مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۲، ص ۵۲۹).

۳۶. ر. ک: السید تقی الطباطبائی القمی، مبانی منهاج الصالحین، دار السورور، ج ۱۰، ص ۲۷۸؛ السید محمد صادق الروحانی، فقه الصادق، ج ۲۲، دار الکتاب، ص ۳۰۴.

۳۷. مرحوم فیض کاشانی در وافی در شرح این حدیث (اصول کافی، ج ۶، ص ۴۵، حاشیه ۲).



۶. روایت نسبت به دختر یا پسر بودن كودك اطلاق دارد.

۷. بعضی احتمال داده اند که احقیّت بعد از فطام برای پدر مربوط به حضانت نباشد، بلکه مربوط به ولایت و انفاق و تأدیّب و تعلیم است<sup>۳۸</sup>، ولی ظاهراً خلاف ظاهر است.

#### روایت دوم:

محمد بن یعقوب، از محمد بن یحیی، از احمد بن محمد، از محمد بن اسماعیل، از محمد بن الفضیل، از ابی صباح کنانی، از امام صادق (ع) نقل کرده اند که فرمود:

إذا طلق الرجل المرأة وهي حبلی انفق علیها حتی تضع حملها وإذا وضعته اعطاها اجرها ولا یضارها إلا أن یجد من هو أرخص اجراً منها فإن هی رضیت بذلك الاجر فهی أحق بابنتها حتی تطفمه؛<sup>۳۹</sup>

اگر مرد، زن را در حالی که حامله است، طلاق دهد، باید تا زمان وضع حمل به او نفقه دهد و آن گاه که وضع حمل کرد، اجرت او را می دهد و به او ضرر نمی زند، مگر اینکه کسی را بیابد که کمتر از مادر طفل اجرت می گیرد. پس اگر او به آن مقدار کمتر راضی شد، احق به فرزندش است تا اینکه او را از شیر بگیرد.

#### نکات:

۱. روایت علی التحقیق موثقه است<sup>۴۰</sup>، اگرچه مرحوم مجلسی آن را مجهول

۳۸. الفاضل المقداد بن عبدالله السیوری (م ۸۲۶ ق)، التنقیح الرائج لمختصر الشرائع، ج ۳، طبع الخیام، قم، ص ۲۷۳.

۳۹. وسائل الشیعه، ج ۲۱، آل البیت (ع)، ص ۴۷۱، ح ۲ (۲۷۶۱۲)؛ الکافی، ج ۶، ص ۴۵/ح ۲ و ۱۰۳/ح ۲.

۴۰. شیخ در اصحاب الکاظم، محمد بن فضیل را ضعیف شمرده است و در اصحاب الرضا در

شمرده است<sup>۴۱</sup>.

۲. روایت اختصاص به مورد طلاق دارد؛ از این رو احق بودن مادر تا فطام، ناظر به صورت و فرض طلاق است.

۳. بعضی از فقها فرموده اند<sup>۴۲</sup>: «فهی احق بابنها حتی تطفمه»، فقط ناظر به احقیّت در رضاع است و هیچ نظری به احقیّت از سایر جهات ندارد و لذا این روایت و نظایر آن را در مقام، الغا کرده اند؛ لیکن ممکن است گفته شود: «الحق فی قوله، لا فی الغائه»؛ زیرا چنان که گذشت<sup>۴۳</sup>، این احتمال وجود دارد که این امور

> وجه تضعیف، نسبت غلوّ به او داده است. از طرف دیگر شیخ مفید در رساله العدیدیه، محمّدبن الفضیل را توثیق کرده و وی را از بزرگانی که حلال و حرام و فتوا و احکام از آنها گرفته می شود و هیچ طعنی بر آنها زده نمی شود و راهی برای مذمت احدی از ایشان نیست، شمرده است (معجم رجال الحدیث، ج ۱۷، مدینه العلم، ص ۱۴۷) و مقدس اردبیلی و مرحوم مجلسی در وجیزه و سید تفرشی (در ترجمه ابراهیم بن نعیم العبیدی) احتمال داده اند که وی محمد بن القاسم بن الفضیل الثقه باشد و مرحوم خوئی آن را رد کرده و ظاهراً برای توثیق او نیازی به اثبات این احتمال نیست و وی ثقه است؛ زیرا:

اولاً، توثیق شیخ مفید آن هم با چنین عباراتی کفایت می کند و ظاهراً وجه تضعیف شیخ هم از آن جهت است که به او نسبت غلوّ داده اند و این تضعیف حدسی است و مستند به متن شناسی در روایات اوست، خصوصاً که رمی به غلوّ به چیزهایی که امروز نزد ما از معارف بلند و ذخائر شیعه محسوب می شود، بسیار شایع بوده؛ از این رو، حتی این تضعیف، بلا معارض حجت نیست، تا چه رسد به وجود چنین معارضی با آن.

ثانیاً، صفوان بن یحیی (من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۵۱، ح ۳۳۰۹) و احمد بن محمد بن ابی نصر بزنطی (کافی، ج ۱، ص ۱۳۲، ح ۶) از او روایت دارند؛ بنابراین از توثیقات عامه برخوردار است.

ثالثاً، بزرگانی نظیر حسین بن سعید (قریب ۷۳ مورد) و محمد بن اسماعیل بن بزیع (قریب ۹۷ مورد) از او در همین طبقه نقل روایت دارند و همین کفایت در ثقه بودن او دارد.

۴۱. مرحوم علامه مجلسی، مرآةالمقول، ج ۲۱، ص ۷۹.

۴۲. سید صادق روحانی، فقه الصادق، ج ۲۲، ص ۳۰۲-۳۰۳؛ السید تقی الطباطبائی،

مبانی منهاج الصالحین، ج ۱۰، ص ۲۷۹-۲۸۰.

۴۳. به نکته سوم از روایت نخست توجه شود.

قابل تفکیک، و لو نزد شرع، نبوده باشد و بنابر این اثبات یکی از امور، اثبات کننده احقیّت مطلقه خواهد بود، مگر آنچه با دلیل خارج شده، پس الغای این روایات بدون این بحث محل تأمل و منع است.

۴. روایت بر بیش از این دلالت ندارد که مادر در فرض طلاق و رضایت به اجر آرخص، تا هنگام فطام احق است، اما در مورد اینکه بعد از فطام چه کسی احق است، ساکت است و دلالتی بر عدم احقیّت مادر برای حضانت بعد از شیرخوارگی ندارد؛ زیرا بر فرض قبول مفهوم غایت، حداکثر دلالت روایت آن است که مادر بعد از شیرخوارگی به عنوان ارضاع، احقیّتی ندارد و عدم احقیّت ارضاع بعد از شیرخوارگی، اثبات کننده عدم احقیّت حضانت نیست.

۵. ظاهرأ حضرت در مقام بیان حکم است، چه کودک پسر بوده باشد و چه دختر. بنابر این «ابن» خصوصیتی ندارد و به عنوان مثال ذکر شده است و شاید به سبب وجود همین ظهور بوده که علامه مجلسی در شرح عبارت «فهی أحق بابنها حتی تطفمه» می فرماید: «حمل في المشهور علی الولد الذکر»<sup>۴۴</sup> و حال آنکه اگر چنین ظهوری در کار نبود، با وجود نص «ابن» و مرجع بودنش برای ضمیر در «حتی تطفمه»، چه جایی برای حمل، آن هم فی المشهور می ماند؟! از این رو، کسانی چون صاحب جواهر تصریح می کنند که این خبر شامل دختر هم می شود<sup>۴۵</sup>.

#### روایت سوم:

محمد بن یعقوب کلینی، از حسین بن محمد، از معلى بن محمد، از حسن بن علی و شاء، از ابان، از فضل ابی عباس روایت کرد که گفت: به امام صادق (ع) گفتم:

۴۴. علامه مجلسی - مرآة العقول، ج ۲۱، دارالکتب الاسلامیة، ص ۱۷۴.

۴۵. جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۱، قوله: «وإن شملا الأثنی».

الرجل احق بولده ام المرأة؟ قال: لا، بل الرجل، فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها: أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه فهي احق به؛<sup>٤٦</sup>  
 نه، بلکه مرد، پس اگر زن به همسرش که او را طلاق داده، گفت: من پسر  
 را به همان مقدار اجرتی که به دیگری می‌خواهی بدهی، شیر می‌دهم، پس  
 او احق به آن است.

### نکات:

۱. روایت علی التحقیق موثقه است<sup>٤٧</sup>، گرچه بعضی آن را علی المشهور

ضعیف شمرده‌اند.<sup>٤٨</sup>

٤٦. وسائل الشیعة، ج ٢١، ص ٤٧١، ح ٣، چاپ آل البیت (ع)؛ کافی، ج ٦، ص ٤٤، ح ١.  
 ٤٧. «معلى بن محمد» همان معلى بن محمد البصرى است. نجاشى در مورد او آورده که وی  
 مضطرب الحدیث والمذهب است، لیکن در ادامه می‌فرماید که کتب او قریب است و ابن  
 غضائرى نیز در مورد او گفته است: «يعرف حديثه وينكر ويروى عن الضعفاء ويجوز ان  
 يخرج شاهداً (معجم رجال الحديث، ج ١٨، مدينة العلم، ص ٢٥٨). مرحوم خوئی نیز وی را  
 موثق و معتمد در روایاتش می‌داند و اگر چه ظاهراً این اعتماد و توثیق به جهت وجود او در  
 اسناد کامل الزیارات است، لیکن معارض قرار ندادن کلام نجاشی و ابن غضائرى و حکم به  
 وثاقت او نشان می‌دهد که ایشان کلام آنها را دال بر تضعیف معلى بن محمد نمی‌داند و به هر  
 حال، بر فرض که کلام آنها دال بر تضعیف او بوده باشد، نحوه تضعیف نشان می‌دهد که این  
 تضعیف ظاهراً مستند به متن شناسی در روایات او بوده است و علی التحقیق این طعن‌ها ارزش  
 جرح ندارند، خصوصاً که معلى بن محمد، کتبی در درجات ایمان و امامت و فضایل امیر  
 مؤمنان دارد و چنان که گذشت، بسیاری از معارفی که الآن در نزد شیعه از مسلمات و از  
 مقامات عالی قطعی ائمه هدی علیهم السلام شمرده می‌شود، در آن زمان رمی به غلو و صاحب  
 نقل و اعتقاد در آن، غالی شمرده می‌شده است. پس اگر وجهی در توثیق او پیدا شود، این  
 مقدار از کلام نجاشی و ابن غضائرى نمی‌تواند با آن معارضه کند.  
 به علاوه، کثرت روایات فرد جلیل القدری چون حسین بن محمد اشعری از او که این روایات به  
 بیش از ٩٤٢ مورد در کتب اربعه می‌رسد، بدون آنکه حسین بن محمد از جهت روایت از ضعفا  
 مورد طعن قرار گرفته باشد، دلیلی محکم و متقن بر وثاقت معلى بن محمد است.

٤٨. مرآة العقول، ج ٢١، ص ٧٨.

۲. ذیل روایت، در مورد طلاق است و اطلاق از این جهت ندارد.
۳. نکته سوم روایت دوم، در اینجا نیز قابل استفاده است.
۴. مورد صدر روایت و سؤال سائل اطلاق دارد و اختصاص به مورد طلاق ندارد.
۵. روایت فرقی میان دختر و پسر نگذاشته است و «ولد» اطلاق دارد.

#### روایت چهارم:

محمد بن یعقوب، از علی بن ابراهیم، از علی بن محمد قاسانی، از قاسم بن محمد، از منقری، از کسی که او را ذکر کرده، نقل می کند که گفت: از امام صادق (ع) در باره مردی که زنش را طلاق می دهد و آن دو فرزندی دارند، سؤال شد که کدام یک به فرزند او احق هستند؟ فرمودند:

المراة احق بالولد ما لم تتزوج؛<sup>۴۹</sup>

زن احق به فرزند است، مادامی که ازدواج نکرده است.

مرحوم صدوق این روایت را به اسناد خود، از سلیمان بن داود منقری، از حفص بن غیاث یا دیگری، از امام صادق (ع) نقل کرده است.<sup>۵۰</sup>

#### نکات:

۱. سند روایت، اگر چه دچار ارسال است و بعضی<sup>۵۱</sup> روایت را با قاطعیت، ضعیف شمرده و برخی نیز به جهت همین ضعف سند، آن را کنار گذاشته اند و اصلاً در دایره متعارضات قرار نداده اند<sup>۵۲</sup>، و لکن ظاهراً حق آن است که نفس روایت قابل اعتماد است؛ هر چند سند آن قابل تصحیح نباشد؛ زیرا:

۴۹. وسائل الشیعه، ج ۲۱، آل البیت (ع)، ص ۴۷۱، ح ۴؛ کافی، ج ۶، ص ۴۵/ح ۳.

۵۰. من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵، ح ۴۵۰۲.

۵۱. مرآة العقول، ج ۲۱، ص ۸۰.

۵۲. فقه الصادق، ج ۲۲، ص ۳۰۴؛ مبانی منهاج الصالحین، ج ۱۰، ص ۲۷۹-۲۸۰.

اولاً، این روایت در من لایحضره الفقیه آمده و حال آنکه مرحوم صدوق در مقدمه آن فرموده: «نظرم در این کتاب این نبود که هر چه برای من روایت کرده اند، همه را بیاورم، مانند دیگر مصنفان که آنچه شنیده اند، می آورند؛ بلکه منظورم این بود که روایاتی را بیاورم که بدان فتوا می دهم و به صحّتش حکم می کنم و معتقدم که آن، حجّت میان من و پروردگارم است و آنچه در این کتاب ذکر شده، همه از اصول مشهوری است که همه مورد اعتمادند و احکام را از آنها باید گرفت»،<sup>۵۳</sup> خصوصاً که مضمون این روایت در این باب منحصر به فرد است و نمی توان گفت شاید از باب تأیید ذکر شده باشد.

ثانیاً، همین روایت به شکل منحصر در مضمون، در باب «من احق بالولد إذا كان صغيراً» در کافی آمده و مرحوم کلینی در مقدمه آن به این نکته تصریح فرموده که آثار صحیحه از صادقین و سنت های ثابتی را که مورد عمل واقع می شوند و به وسیله آنها فرایض دینی و سنت پیامبرش عمل می گردد، برای کسانی که می خواهند علم دین را بدانند و به آن عمل کنند، گرد آورده است.<sup>۵۴</sup>

ثالثاً، با اینکه مرحوم شیخ طوسی در تهذیب و استبصار در موارد عدیده ای پس از ذکر روایاتی، آنها را به جهت سندی تضعیف کرده<sup>۵۵</sup>، ولی همین روایت را

۵۳. من لایحضره الفقیه، ج ۱، ص ۲-۳.

۵۴. الکافی، ج ۱، ص ۸-۹. گفته نشود که گاهی در یک باب روایات متعارضی وجود دارد که تعارض آن هم بدوی نیست و چگونه ممکن است مرحوم کلینی همه آنها را از آثار صحیحه بدانند و مجزی برای عمل؛ زیرا می گوئیم مبنای مرحوم کلینی در اخبار متعارض آن است که فرموده است: «بایما أخذتم من باب التسلیم وسعکم» و این را احوط و اوسع از دیگر امور در این باب می داند. (کافی، ج ۱، ص ۹).

۵۵. بعضی از این موارد عبارت اند از: تهذیب الاحکام، ج ۱، ص ۱۸، ح ۴۲؛ ج ۶، ص ۱۶۸، ح ۷؛ ج ۷، ص ۳۶۱، ح ۲۷؛ ج ۹، ص ۷۶، ح ۶۰؛ ج ۹، ص ۲۰۴، ح ۹؛ ج ۹،

در تهذیب<sup>۵۶</sup> آورده و به رغم منحصر بودن مضمون آن و مخالفت ظاهری این روایت با آنچه ایشان از روایات اتخاذ کرده، بدون آنکه اشکال سندی کند، می‌کوشد که به توجیه و هماهنگ کردن آن با روایات قبل پردازد که ظاهراً نشان می‌دهد این روایت به هر دلیل نزد ایشان معتبر بوده است و در استبصار<sup>۵۷</sup> هم اشکال سندی نکرده، با اینکه در هر دو جا، آن را مرسل<sup>۵۸</sup> نقل فرموده است. ظاهراً مجموع این امور، موجب اطمینان به صدور خود خبر است و تفصیل این بحث در رجال است.

۲. مورد روایت، طلاق است و اطلاقی در مورد زندگی مشترك ندارد.
  ۳. مستفاد از روایت، احقیّت مطلق مادر مطلقه است، مادامی که ازدواج نکرده باشد.
  ۴. فرقی میان پسر و دختر نیست (اطلاق ولد).
- روایت پنجم:

محمد بن یعقوب از علی بن ابراهیم، از پدرش، از ابن ابی عمیر، از حماد، از حلبی، از امام صادق (ع) نقل کرده اند که فرمود:

الحلبی المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها وهي احق بولدها حتى ترضعه بما تقبله امرأة اخرى ان الله يقول: لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له

---

> ص ۲۶۶، ح ۱۴؛ ج ۹، ص ۳۹۳، ح ۹؛ ج ۱۰، ص ۸۸، ح ۱۰۷؛ الاستبصار، ج ۱، ص ۴۰، ح ۷؛ ج ۱، ص ۴۸، ح ۲؛ ج ۱، ص ۲۳۷، ح ۷؛ ج ۱، ص ۳۷۲، ح ۸؛ ج ۲، ص ۳۶، ح ۵؛ ج ۳، ص ۲۲، ح ۴؛ ج ۳، ص ۲۸، ح ۲۲؛ ج ۳، ص ۹۴، ح ۹؛ ج ۳، ص ۱۵۵، ح ۴؛ ج ۳، ص ۲۲۴، ح ۱۱؛ ج ۳، ص ۲۶۱، ح ۱۳؛ ج ۳، ص ۳۵۱، ح ۳؛ ج ۴، ص ۸۹، ح ۳؛ تهذیب الاحکام، ج ۶، ص ۱۶۸، ح ۸.  
 ۵۶. تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۱۰۵، ح ۳۵۴.  
 ۵۷. الاستبصار، ج ۳، ص ۳۲۰، ح ۱۱۳۹.

بولده، ۵۸ الحدیث ۵۹؛

نفسه زن مطلقه باردار، داده می شود تا وضع حمل کند و او به فرزندش سزاوارتر است از کسی که فرزندش را به همان مبلغی شیر می دهد که دیگری برای شیر دادن می گیرد. خداوند فرموده است: «مادر نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند».

نکات:

۱. روایت، بنا بر تحقیق صحیحه است.
۲. مورد روایت طلاق است و اطلاق ندارد.
۳. همان نکته سوم و چهارمی که در ذیل روایت دوم گذشت در این روایت نیز هست.
۴. فرقی میان دختر و پسر در روایت نیست (اطلاق ولد).

روایت ششم:

محمد بن علی بن الحسین با اسناد خود، از عبدالله بن جعفر، از ایوب بن نوح نقل کرد که گفت: کسی از اصحاب امام هادی (ع) به آن حضرت نوشت: من همسری داشتم که از او دارای فرزندی هستم و او را طلاق داده ام، امام در پاسخ نامه نوشتند:

المراة احق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن نشاء المرأة.<sup>۶۰</sup>

زن به فرزندش تا هفت سال سزاوارتر است، مگر خود بخواهد فرزند را نپذیرد.

۵۸. سوره بقره، آیه ۲۳۳.

۵۹. وسائل الشیعه، ج ۲۱، آل البیت (ع)، ص ۴۷۲، ح ۵ (۲۷۶۱۵)، باب ۸۱ از ابواب احکام اولاد؛ الکافی، ج ۶، ص ۱۰۳، ح ۳.

۶۰. همان، ح ۶ (۲۷۶۱۶) و من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵، ح ۴۵۰۷.



نکات:

۱. روایت صحیحه است.
۲. مستفاد از آن، احقیّت مطلق برای مادر تا هفت سالگی کودک است.
۳. حکم دختر و پسر در آن یکسان است.
۴. همانگونه که بعضی فرموده اند<sup>۶۱</sup> تعلیق بر خواست مادر، دلالت بر این دارد که حضانت بر مادر واجب نیست و می تواند آن را اسقاط کند. بعضی<sup>۶۲</sup> این دلالت را بعید ندانسته اند و شاید این تردید از اینجا آمده که «إلا أن تشاء المرأة»، قابل حمل بر معنی دیگری هم هست (فتامل)، لیکن انصاف آن است که با توجه به مجموعه قرائن، ظاهر در عدم وجوب حضانت بر مادر است.
۵. مورد روایت طلاق است و اطلاقی از این جهت ندارد، مگر آنکه گفته شود که «المرأة» ظاهر در جنس است.
۶. اطلاق تعلیق بر خواست مادر نشان می دهد چنین نیست که در حکم حضانت، شارع فقط ملاحظه مصلحت کودک را کرده و در تراحم مصلحت کودک و مادر دائماً مصلحت کودک مقدم بوده باشد و لذا در تراحمات باید این نکته مورد توجه قرار گیرد.

روایت هفتم:

مرحوم محمد بن ادریس در پایان کتاب سرائر از کتاب «مسائل الرجال و مکاتباتهم مولانا ابا الحسن علی بن محمد» روایت جوهری و حمیری از ایوب بن نوح را نقل می فرماید که گفت: نامه ای با بشر بن بشار برای امام هادی (ع) نوشتیم و سؤال کردیم: جانم به فدایت! مردی است که با زنی ازدواج کرده و از او دارای

۶۱. جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۴ (اگر چه صاحب جواهر روایت مشیثه را ذکر نفرموده،

ولی ظاهراً مرادش همین روایت است)؛ فقه الصادق، ج ۲۲، ص ۳۰۵.

۶۲. مبانی منهاج الصالحین، ج ۱۰، ص ۲۸۰-۲۸۱.

فرزند شده، سپس از او جدا شده است؛ کی می تواند فرزندش را بگیرد؟ حضرت نوشت:

إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله وإن تركه فله؛<sup>۶۳</sup>

هنگامی که او هفت ساله شد، می تواند او را بگیرد و می تواند او را در نزد مادرش بگذارد.

نکات:

۱. مستفاد از روایت، احقیّت پدر بعد از هفت سالگی کودک است و پدر نمی تواند قبل از آن کودک را از مادر بگیرد.

۲. حکم دختر و پسر در آن یکسان است (اطلاق ولد).

۳. مورد روایت طلاق است و از این جهت اطلاق ندارد.

۴. اطلاق تعلیق بر خواست پدر نشان می دهد که در حکم حضانت، رعایت مصلحت و حق پدر نیز شده است و چنین نیست که مصلحت کودک، محور در احکام حضانت بوده باشد و در مقام تراحم با مصلحت پدر، دائماً مصلحت کودک مقدم شود.

روایت هشتم:

محمد بن علی بن الحسین با اسناد خود از حسن بن محبوب، از ابی ایوب، از فضیل بن یسار، از امام صادق (ع) روایت می کند که فرمودند:

أیما امرأة حرّة تزوّجت عبداً فولدت منها اولاداً فهي احرق بولدها منه وهم

احرار، فإذا اعتق الرّجل فهو احرق بولده منها لموضع الاب؛<sup>۶۴</sup>

۶۳. وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۲، ح ۷؛ السرائر، ج ۳، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۵۸۱.

۶۴. وسائل الشیعه، ج ۲۱، آل البیت (ع)، ص ۴۵۹، ح ۱، باب ۷۳ از ابواب احکام الاولاد از کتاب النکاح؛ من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۵، ح ۳.

هر زن آزادی که با بنده ای ازدواج کند و از او دارای فرزندان شود، آن زن به فرزندان سزاوارتر است و آنان نیز آزادند، و چنانچه مرد از بندگی آزاد شود، آن گاه او به فرزندان سزاوارتر از زوجه اش خواهد بود، به جهت مقام پدری.

نکات:

۱. روایت، بنا بر تحقیق موثقه و دست کم موثوق الصدور است.
۲. مورد روایت اگر ظاهر در زندگی مشترك نباشد، دست کم از این جهت اطلاق دارد.
۳. اطلاق روایت، دال بر احقیقیت پدر در صورت حر بودن وی برای تمام دوران کودک می باشد.
۴. روایت فرقی میان حضانت پسر و دختر نگذاشته است و حکم در آن از این جهت نیز اطلاق دارد.
۵. اگرچه روایت در مورد پدر مملوکی است که بعدها آزاد می گردد، لیکن تعلیلی که در آن آمده، جایی برای توهم اختصاص حکم به این مورد، باقی نمی گذارد.

روایت نهم:

محمد بن یعقوب، از محمد بن یحیی، از احمد بن محمد، از ابن محبوب، از داود رقی نقل می کند که گفت: از امام صادق (ع) در باره زنی پرسیدم که با بنده ای ازدواج کرده است و مرد از او فرزند دار شده، سپس او را طلاق داده و زن با فرزندانش نمانده و ازدواج کرده و آن گاه که مرد متوجه شده که آن زن ازدواج کرده، خواسته است که فرزندش را از او بگیرد و گفته است: من به آنها سزاوارتر از تو هستم که ازدواج کرده ای، امام فرمودند:

لیس للعبد ان یأخذ منها ولدها و ان تزوجت حتی یمتق هی احق بولدھا منه  
مادام مملوکاً فاذا أعتق فهو احق بهم منها؛

بنده نمی تواند فرزند او را از او بگیرد، اگر چه ازدواج کرده باشد، تا این که بنده آزاد شود. زن مادامی که مرد عبد است به فرزندش سزاوارتر از او است. پس آن گاه که آزاد گردید، او به آنها از زن سزاوارتر است.

مرحوم شیخ مانند این روایت را با اسناد خود از محمد بن یعقوب و حسن بن محبوب روایت کرده است. ۶۵

#### نکات:

۱. روایت علی التحقیق موثقه و دست کم موثوق الصدور است ۶۶.
۲. روایت مختص به مورد طلاق است.
۳. اطلاق آن دلالت دارد بر احقیّت پدر در تمام دوران كودك، در صورت ازدواج مادر مطلقه.
۴. مسبوق بودن حرّیت پدر به مملوك بودن او در مورد روایت، خصوصیت ندارد و ظهور آن (به جهت الغای خصوصیت)، در احقیّت مطلق پدر حرّ در مقابل مادر متزوّجه است.

#### مستندات و نقد و بررسی دیدگاه‌ها

#### مستندات قول اوّل

قول اول عبارت بود از اینکه مادر در مدت رضاع، - خواه كودك دختر باشد یا پسر - احق به حضانت است و بعد از رضاع اگر كودك پسر باشد، پدر احق است و اگر

۶۵. وسائل الشیعه، آل البیت(ع)، کتاب النكاح، باب ۷۳ از ابواب احكام الاولاد، ج ۲۱، ص ۴۵۹، ح ۲؛ کافی، ج ۶، ص ۴۵، ح ۵؛ تهذیب الاحكام، ج ۸، ص ۱۰۷، ح ۳۶۱ و ج ۷، ص ۴۷۶، ح ۱۹۱۳؛ الاستبصار، ج ۳، ص ۳۲۱، ح ۱۱۴۲.

۶۶. در این سند فقط داود رقی مورد بحث و مناقشه است. مرحوم شیخ وی را توثیق کرده است و مرحوم ابن غضائری و مرحوم نجاشی وی را به شدت تضعیف کرده و وی را از غلات شمرده اند. شایان ذکر است از جمله راویان داود رقی ابن ابی عمیر است. (ر. ك: معجم رجال الحدیث).

دختر باشد، مادر تا هفت سالگی احق است و بعد از آن پدر احق است.

مرحوم ابن زهره در غنیه ادعای اجماع طائفه بر این قول را دارد و البته این اجماع را در فرض طلاق مطرح کرده است و مرحوم صاحب جواهر<sup>۶۷</sup> برای احقیّت مادر تا دو سالگی کودک - بعد از بیان این مطلب که خلاف قابل اعتنایی نیافته و بلکه در ریاض ادعای اجماع و نص و فتوا بر آن شده - به این آیه شریفه: «لا تضارّ والدة بولدها» و نصوصی تمسک فرموده و گفته آن نصوص را پیشتر آورده و ظاهراً مراد ایشان همان نصوص مذکور در بحث رضاع است<sup>۶۸</sup>. ایشان همچنین به مرسل منقروی<sup>۶۹</sup>، خبر اوّل ایوب بن نوح<sup>۷۰</sup>، خبر داود رقی<sup>۷۱</sup>، خبر فضیل بن یسار<sup>۷۲</sup>، موثق جمیل و ابن بکیر<sup>۷۳</sup>، خبر عبیدالله بن علی<sup>۷۴</sup> و خبر دوم ایوب بن نوح<sup>۷۵</sup> تمسک کرده است.

ایشان در ادامه، برای اثبات احقیّت پدر نسبت به پسر بعد از فطام و احقیّت مادر نسبت به دختر تا هفت سالگی - بعد از نقل اجماع از غنیه در مورد هر دو مطلب و از سرائر در مورد مطلب اول - به خبر کنانی<sup>۷۶</sup> و خبر داود بن حصین

۶۷. جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۵، ۲۸۶، ۲۹۰ و ۲۹۱.

۶۸. صاحب حدائق نیز برای احقیّت مادر تا دو سالگی کودک عمده دلیل خود را همین روایات می داند و در پاسخ به معارضه روایت داود بن حصین - که دال بر اشتراك ولد در ایام رضاع بین ابوین بالسویه بود - می فرماید آن اخبار سنداً و عدداً به گونه ای است که این خبر قدرت معارضه با آنها را ندارد (الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۶).

۶۹. وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، باب ۸۱ از ابواب احکام الاولاد، ح ۴ (۲۷۶۱۴).

۷۰. همان، ح ۶ (۲۷۶۱۶).

۷۱. همان، باب ۷۳ از ابواب احکام الاولاد، ح ۲ (۲۷۵۷۷).

۷۲. همان، ح ۱ (۲۷۵۷۶).

۷۳. همان، ح ۳ (۲۷۵۷۸).

۷۴. همان، ح ۴ (۲۷۵۷۹).

۷۵. همان، باب ۸۱ از ابواب احکام الاولاد، ح ۷ (۲۷۶۱۷).

۷۶. همان، ح ۲ (۲۷۶۱۲).

تمسک کرده<sup>۷۷</sup> و فرموده است: اگر چه این دو خیر، دختر را نیز شامل می شود، لیکن از باب جمع میان این دو خیر یا دو خیر ایوب بن نوح که منزل بر انشی است، می گوئیم مراد از این دو خیر پسر است و شاهد این جمع را اجماع منقول سابق قرار می دهد و اضافه می فرماید که این مطلب مؤید است به اعتبار و آن اینکه پدر انسب است به تربیت و تأدیب پسر؛ هم چنانکه مادر انسب به تربیت و تأدیب دختر است.

### نقد و بررسی مستندات قول اول

مستندات این قول از چند جهت قابل نقد است:

۱. اما اجماع در هر دو قسمت به عنوان دلیل و حجّت تمام نیست و همان طور که بعضی فرموده اند، صلاحیتی برای دلیلیت و حجیت ندارد<sup>۷۸</sup>؛ زیرا اولاً، اجماع منقول است. ثانیاً، معارض دارد؛ هم چنان که صاحب ریاض<sup>۷۹</sup>؛ از المذهب نقل می کند که اجماع، بر اشتراك حضانت میان پدر و مادر در ایام رضاع است و مرحوم شیخ در خلاف<sup>۸۰</sup> اجماع بر احقیقّت مادر بر کودک را تا سن تمیز (هفت یا هشت سالگی)، در پسر و دختر نقل می کند (فتاامل).

ثالثاً، اجماع، مدرکی و یا لا اقل محتمل المدرك است و علی التحقیق چنین اجماعاتی حجّت نیست، مگر در بعضی از صور، که در اینجا مفقود است، و

۷۷. همان، ح (۲۷۶۱۱).

۷۸. سید محمد صادق روحانی در فقه الصادق (ج ۲۲، ص ۳۰۴) تصریح به قطع عدم حجیت مثل این اجماع محکی را دارد و مستند خود را اختلاف اقوال و نصوص قرار داده، می فرماید: «الإجماع المحکی فی مثل هذه المسألة مع اختلاف الاقوال والنصوص لا یكون حجة قطعاً؛ اجماع محکی در مثل این مسئله با وجود اختلاف اقوال و نصوص، قطعاً حجت نیست».

۷۹. سید طباطبائی - ریاض المسائل، ج ۱۰، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۵۲۳.

۸۰. شیخ طوسی، الخلاف، ج ۵، مؤسسة النشر الاسلامی، ص ۱۳۱ - ۱۳۲، مسئله ۳۶.

تفصیل این بحث در جای خود ثابت است و ما در این مقام در صدد بیان آن نیستیم .  
 ۲ . اما آیه شریفه، چنان که تمسک به آن به سبب تمسک برخی از ائمه هدی و به همان گونه ای باشد که در روایات آمده است، در این صورت آیه شریفه، اختصاص به رضاع دارد و حال آنکه بحث ما، در حضانت مطلقه است نه خصوص رضاع مگر آنکه این دو امر را غیر قابل تفکیک از هم بدانند و از اثبات یکی، به دیگری برسند<sup>۸۱</sup> که در این صورت احقیّت مادر برای این دو سال مطلقه نیست و مقید به رضایت او برای ارضاع به کمترین اجرة المسمی است، و الاّ حق ارضاع و حضانت، از او سلب خواهد شد و ظاهراً مرحوم صاحب جواهر این را ملتزم شده است<sup>۸۲</sup> البته عمده در این بحث، اثبات تلازم و عدم انفکاک حکم ارضاع از حضانت است که محل کلام و مورد اختلاف است و خود صاحب جواهر نیز در این امر مردّد است؛ اگر چه ایشان در نهایت، سقوط حق حضانت را به سبب سقوط حق ارضاع شبه شمرده و آن را مبتنی بر اصالت احقیّت پدر بر کودک کرده است که ثبوت چنین اصلی محل تأمل است و نیاز به اثبات دارد و صرف انتساب کودک به پدر در آیه، کفایت برای اثبات چنین اصلی نمی کند، - خلافاً لما اشار إليه ظاهراً بقوله: «احقیة الوالد بولده المنسوب إليه» -، همان طور که این اصل از امور بدیهی و قطعی نیز نیست به خلاف آنچه از نص عبارت ایشان به دست می آید، آنجا که می فرمایند: «ضرورة معلومية أصالة احقیة الوالد بولده» .<sup>۸۳</sup>

۳ . برای تمسک به نصوص بحث ارضاع نیز عمده کلام چنان که گذشت و خواهد آمد، تلازم ارضاع و حضانت در حکم است .

۴ . اما دلالت مرسل منقری و دو خبر ایوب بن نوح، اگر چه در دلالت بر

۸۱ . جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۰۰ .

۸۲ . همان .

۸۳ . همان .

احقیقت مادر بر كودك در این دو سال، تمام است، لیکن هر سه روایت، با موثقه داود بن حصین - که دال بر اشتراك ابوین در این حق است - معارض است اما اینکه صاحب جواهر<sup>۸۴</sup> در مرجوحیت این خبر آورده که ذیل این خبر با صدر آن معارض است و به علاوه، به جهت احتمالی که در بین است، مراد از تسویه، در آن واضح نیست و در نتیجه، روایت را تضعیف کرده و گذشته است، محل کلام و منع است؛ زیرا میان صدر و ذیل روایت ظاهراً معارضه ای نیست و حداکثر اطلاقی در صدر روایت است که با ذیل آن مقید می شود و در مورد تسویه نیز، ظاهر آن بسیار روشن است و مراد از آن مساوات پدر و مادر، در تمامی حقوق مربوط به كودك است، مگر آنچه با دلیل خاصی خارج شود اما احتمالی که در مورد معنای تسویه فرموده، چنان که گذشت<sup>۸۵</sup>، بدون قرینه و بر خلاف ظاهر حدیث است.

مشکل دیگر در این سه خبر آن است که هر سه روایت مربوط به صورت طلاق است و در مدلول این روایات حکم حضانت در زندگی مشترك وجود ندارد و اطلاقی از این جهت در این روایات نیست؛ زیرا قید «ما لم تتزوج» در کلام امام در مرسل منقروی، موضوع را مختص به صورت طلاق کرده است و در یکی از روایات ایوب بن نوح نیز اصلاً راهی به اطلاق وجود ندارد و روایت دیگر ایوب بن نوح نیز با توجه به این احتمال جدی که «ال» در «المرأة» در آن، عهد باشد، ظهور در اطلاق ندارد.

از طرف دیگر، نفی احتمال خصوصیت از مورد طلاق نیز قطعاً منفی است و راهی برای تنقیح مناط نیز موجود نیست. بنابراین حداکثر دلالت این روایات، احقیقت مادر در صورت طلاق است.

خبر داود رقی و فضیل بن یسار نیز بر فرض تمام بودنشان در بحث ما، دلالت

۸۴. همان، ص ۲۸۶.

۸۵. ر. ک: همین رساله، ذیل روایت اوکل، مطلب چهارم.



آنها عکسی است و موثق جمیل و ابن بکیر هم مربوط به صورتی است که یکی از والدین مملوک بوده باشد و خیر عبید الله بن علی نیز مربوط به صورتی است که والدین مفقود باشند و هر دو صورت از بحث ما خارج است و مدلول آنها دخلی در این بحث ندارد.

۵. و اما خبر کنانی و خیر داود بن حصین که مرحوم صاحب جواهر آنها را برای اثبات احقیّت پدر بر پسر بعد از فطام آورده است، از جهاتی قابل تأمل و نظر است؛ زیرا:

اولاً، روایت داود بن حصین چنان که گذشت، اگر اختصاص به مشترک نداشته باشد، دست کم مطلق است و به روایات خاصّه در مورد طلاق، نظیر مرسل منقری و مکاتبه ایوب بن نوح مقید می شود.

اما روایت کنانی، اگر چه از این جهت مشکلی ندارد و موردش طلاق است، لیکن دلالتش بر مدعا، از طریق مفهوم غایت در «فهی احق باینها حتی تفضمه» است که بر فرض اثبات و تسلیم تلازم حکم (میان احقیّت ارضاع و حضانت)، این تلازم مربوط به دوران ارضاع است و لذا چنان که گذشت<sup>۸۶</sup>، عدم احقیّت ارضاع بعد از دو سال، قطعاً اثبات کننده عدم احقیّت حضانت بعد از دو سالگی برای مادر نخواهد بود.

ثانیاً، هر دو روایت، چنان که گذشت<sup>۸۷</sup>، از جهت دختر و پسر بودن کودک اطلاق دارند و وجه قابل قبولی برای حمل آن بر پسر وجود ندارد و تمسک به جمع میان این دو خبر با دو خبر ایوب بن نوح (آن هم بعد از حمل مورد آنها بر دختر، بدون هیچ شاهد و دلیلی برای این حمل)، برای حمل دو خبر مورد بحث بر پسر بودن ولد، خلاف ظاهر است و شاهد قرار دادن اجماع محکی نیز به دلیل عدم

۸۶. ر. ک: ذیل روایت دوم، نکات سوم و چهارم.

۸۷. ر. ک: ذیل روایت دوم، نکته پنجم، و روایت اول نکته پنجم.

حجیت آن و داشتن معارض، در محل منع است.

ثالثاً، این دو خبر با اطلاق روایت منقری و دو مکاتبه داود بن حصین، و حل معارضه به حمل مکاتبه بر دختر، چنان که گذشت، تبرعی و بدون شاهد و دلیل معتبر است و جمع هم منحصر به این حمل نیست.

این تقریباً تمام مطالبی بود که در دفاع از قول اوّل آورده شده است و دیگران نیز (اعم از قائلان به این قول و غیر آنان)<sup>۸۸</sup>، در استدلال نوعاً به همین امور تمسک جسته اند مگر در سرائر که مرحوم ابن ادریس عمده دلیل خود را چیز دیگری قرار داده و فرموده است: هیچ خلافی در احقیّت پدر بر کودک در جمیع احوال، به سبب ولایت داشتن پدر و قیم بودن او بر کودک وجود ندارد و فقط دو سال در پسر و هفت سال در دختر به اجماع از این احقیّت خارج شده است و بقیه برای پدر ثابت است و اخراج بیش از این مقدار نیاز به دلیل قاطع دارد.

۸۸. صاحب ریاض برای قسمت دوم این قول دقیقاً به همین امور استدلال کرده و ظاهراً صاحب جواهر از ایشان گرفته و یا هر دو از شخص ثالی و این امر رایجی بوده و قدحی نیست، اما نکته قابل توجه این است که در پایان استدلال صاحب ریاض تصریح می کند که اگر اجماع محکی و مناسبتی که در جمع اخبار آورده اند نبود، قول به تفصیل میان دختر و پسر، اگر چه مشهور است، لیکن مشکل بود و متّجه، قول به احقیّت مادر تا هفت سال برای دختر و پسر می بود (ریاض المسائل، ج ۱۰، ص ۵۲۵). برخی از بزرگان که استدلالشان در دفاع یا توجیه قول اوّل، خارج از آنچه صاحب جواهر آورده، نیست، عبارت اند از:

صاحب حدائق الناضره (ج ۲۵، ص ۸۸، «غیر قائل») - علامه حلّی در مختلف الشیعه (ج ۷، ص ۳۰۷ و ۳۰۸، «قائل»)؛ فخرالمحققین در ایضاح الفوائد (ج ۳، ص ۲۶۴ و ۲۶۵، «شارح»)؛ فاضل هندی در کشف اللثام (ج ۷، ص ۵۴۹ و ۵۵۰، «قائل»)؛ شهید ثانی در مسالک (ج ۸، ص ۴۲۲). شهید، قسمت اول را قائل است و در قسمت دوم ظاهراً چیزی را اختیار نکرده و در نهایت فرموده: «لیس فی الباب خبر صحیح بل هی بین ضعیف و مرسل و موقوف؛ در این بخش، روایت صحیحی نیست، بلکه هر چه هست، یا ضعیف است یا مرسل و یا موقوف».

سؤال این است که مراد ایشان از احقیّت پدر به عنوان یک اصل چیست؟ اگر مراد، احقیّت مطلقى است که شامل «تربیت مستقیم کودک»، «سرپرستی و حفظ و رسیدگی به کودک»، «رسیدگی مستقیم به کودک»، «حقّ بودن با کودک» و «ولایت بر نفس و اموال او» می شود، این نیاز به اثبات دارد که بر عهده مدعی است و اگر مراد ولایت فی الجمله پدر بر کودک نظیر ولایت او بر اموال او و یا در برخی موارد ولایتش بر نفس اوست<sup>۸۹</sup>، این اصل فقط در همان محدوده فایده می دهد و بقیه حقوق در اثبات و یا منع آن، دلیل خود را می طلبد و شگفتا از کسی چون مرحوم ابن ادریس که در بحث سقوط حق حضانت به واسطه سقوط حق ارضاع و عدم آن می فرماید: حق ارضاع غیر از حق حضانت است و اسقاط یکی، موجب اسقاط دیگری نیست و با وجود این، ایشان با ولایت و قیمومیت پدر بر کودک، می خواهد حق حضانت را برای او اثبات کند (فتاوی).

به علاوه، بر فرض ثبوت اصلی به معنای اوّل در احقیّت پدر، برای اخراج فی الجمله حضانت از ولایت پدر (نسبت به دختر و پسر بعد از دو سالگی)، ظهور روایات وارد شده در باب، بعد از رفع تعارضات بدوی در بین آنها چنان که این شاء الله خواهد آمد، قطعی و کافی است.

پروبوگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مستندات قول دوم

قول دوم عبارت بود از احقیّت مادر تا دو سال برای پسرش، و تا نه سال برای دخترش، مادامی که مادر از دواج نکرده است.

۸۹. چنان که ظاهراً، ولایت به این مقدار ثابت است و ظاهر کلام ایشان نیز همین است؛ چون بعد از اینکه می فرماید: «الاب أحق بالولد فی جمیع الاحوال؛ پدر در همه حال به فرزند سزاوارتر است»، اضافه می کند: «و هو الوالی علیه و القیم بأموره؛ و او صاحب اختیار و قیم امورش است» و ظاهراً این را مستند آن احقیّت قرار می دهد (سراثر، ج ۲، ص ۶۵۲).

برای قسمت اول این قول، به همان اموری که در قول اول در این قسمت استناد شده بود، استناد شده است اما برای قسمت دوم که احقیّت مادر تا نه سالگی دختر است، گفته اند<sup>۹۰</sup> که مستند روایی برای آن نیافته اند و فقط احتمالاتی را مطرح کرده اند<sup>۹۱</sup> که اولی ترك آن است، فضلاً از نقد و بررسی آنها.

۹۰. مانند: محدث بحرانی در حدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۹: «أما الأئمة و أنّها في حضنة الأم إلى تسع سنين فلم نقف على خبر يدلّ عليه و قد اعترف بذلك من تقدمنا أيضاً ... ؛ اما دختر تا نه سال تحت حضانت مادر است. ما بر خبری که بدان دلالت کند، دست نیافتیم و بیشتر از ما هم به آن اعتراف کرده اند؛ صاحب جواهر (ج ۳۱، ص ۲۹۱)؛ فاضل هندی در کشف اللثام (ج ۷، ص ۵۵۱)؛ سید علی طباطبائی در ریاض المسائل (ج ۱۰، ص ۵۲۵).

۹۱. صاحب حدائق الناضرة می فرماید: شاید در دست شیخ مفید روایتی بوده به این مضمون که به دست ما نرسیده است. (ر. ک: حدائق، ج ۲۵، ص ۸۹). صاحب کشف اللثام و به تبع او صاحب جواهر نیز می فرماید: ممکن است گفته شود: چون دختر باید مستور باشد و پدر چاره ای جز خروج از منزل (در موارد زیادی) ندارد پس چاره ای جز این نیست که کسی تربیت او را به عهده بگیرد و او را تا بلوغ که نه سالگی اوست، تربیت کند (کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۵۱؛ جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۱).

لیکن تمسک به این امور و احتمال آن کمتری است.

ممکن است گفته شود: مستند قائلان به این قول همان روایت منقروی است که آمده است: «المرأة أحق بالولد مالم تتزوج» و حمل کرده اند روایت را بر دختر، و شاهد بر این مدعا قیدی است که شیخ مفید به دنبال این قول و فقط در قسمت دوم آورده و آن قید «إلا أن تتزوج» است که با این روایت هماهنگ است. شاهد دیگر اینکه شیخ مفید در فرض طلاق و جدایی قائل به این قول شده است و هم این روایت و هم روایات دال بر احقیّت مادر بر کودک تا دو سال همگی در فرض طلاق است (فتاامل) و اما تقیید به نه سالگی با خالی بودن روایت از آن، شاید بدان جهت است که این مسئله مورد اتفاق است که بعد از بلوغ و رشد حق حضانت برای کسی ثابت نیست و امر و اختیار فرزند به دست خود اوست. مرحوم صاحب جواهر و مرحوم فاضل هندی در ذیل قول بعدی - که قائل به احقیّت مادر است مادامی که ازدواج نکرده - سعی می کنند که قول مذکور و مستند آن را که روایت منقروی است، حمل کنند بر مقابل بلوغ و آن را هماهنگ با قول احقیّت مادر تا نه سالگی کنند و حال آنکه در

<

## مستندات قول سوم

قول سوم عبارت بود از احقیقت مادر، مادامی که ازدواج نکرده است. مرحوم صاحب جواهر<sup>۹۲</sup>؛ مستند این قول را مرسل منقروی ذکر کرده اند و در ادامه توجیهاتی برای هماهنگ کردن و توافق این قول با قول سابق (قول دوم) به تبع صاحب کشف اللثام آورده اند و حال آنکه فاصله این دو قول اگر چه در حضانت دختر از هم زیاد نیست، لیکن در حضانت پسر اصلاً قابل توافق با هم نیستند و صاحب جواهر و متبوع ایشان اصلاً اشاره ای به این اختلاف ندارند و حتی ظاهر کلامشان نیز موهم این معنی است که قائلان هر دو قول در حکم حضانت پسر متفق اند و آن را بعد از دو سالگی متعلق به پدر می دانند و حال آنکه تصریح کلام علامه حلی این است که صدوق در مقنع گفته است: «اگر مرد زنش را در حالی که فرزندی دارد، طلاق دهد، زن مادامی که ازدواج نکرده است، به فرزند سزاوارتر است»<sup>۹۳</sup>. ابن فهد حلی نیز همین قول را مطلقاً به صدوق نسبت می دهد: «مادر تا زمانی که ازدواج

> مستند ما نحن فيه (یعنی قول دوم) اصلاً ذکری از این مرسله حتی به نحو احتمال هم نیاورده اند و در عوض اعتباراتی ذکر می شود که اولی ترک آن بود.

اما دو مکاتبه ایوب بن نوح شاید به شیخ مفید نرسیده بوده است و شاهد آن اینکه شاگرد او شیخ طوسی در تهذیب به رغم اهتمام او به ذکر احادیث مشهور و رفع تعارضات میان آنها و تاویل و جمع آنها (همان گونه که بر این مطلب در مقدمه تهذیب تصریح می فرماید)، هیچ اشاره ای به این دو مکاتبه ندارد و در استبصار هم نیاورده و بر فرض رسیدن این مکاتبه ها به شیخ مفید ممکن است به جهت مکاتبه بودنش آن را حجت نمی دانسته و بر فرض رسیدن و حجیت مکاتبه نزد او، شاید در مقام تعارض میان دو خبر، در فرض عدم مرجح، قائل به تخییر بوده است (هم چنان که بر این تخییر شیخ طوسی در مقدمه استبصار تصریح دارد) و شاید شیخ مفید از میان آنها خبر منقروی را ترجیح داده و یا اختیار کرده است (فتامل).

۹۲. جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۱. ظاهراً مرحوم صاحب جواهر در اینجا نیز از فاضل هندی در کشف اللثام (ج ۷، ص ۵۵۱) تبعیت کرده اند.

۹۳. مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۶.

نکرده است به فرزند سزاوارتر است». این را صدوق در مقنع گفته است.<sup>۹۴</sup>  
علامه حلی<sup>۹۵</sup> نیز در مختلف تصریح می‌فرماید که صدوق بر قولش در مقنع به  
روایتی احتجاج کرده است که در کتاب من لایحضره الفقیه از حفص بن غیاث یا  
غیر او نقل شده است که همان روایت منقری است.

#### مستندات قول چهارم

قول چهارم چنین بود: در فرض طلاق بائن، برای طفل غیر ممیز اعم از دختر  
و یا پسر بودن او، مادر احق است و اما در مورد کودک ممیز (هفت یا هشت سالگی  
او)، اگر کودک پسر باشد، پدر احق است و اگر دختر باشد، مادر (مادامی که  
ازدواج نکرده)، احق است.

شیخ در خلاف<sup>۹۶</sup> دلیل خود را اجماع فرقه و اخبار آنها قرار می‌دهد و در  
مبسوط<sup>۹۷</sup> در مورد احقیّت مادر، مادامی که طفل ممیز نیست، به روایتی از پیامبر (ص)  
تمسک کرده‌اند که در آن آمده است: «زنی به پیامبر عرضه داشت: ای رسول خدا، این  
پسر من است که شکمم برای او حفاظی و سینه‌ام برایش مشکمی و دامنم برای او فرشی  
بود و پدر او مرا طلاق داده و می‌خواهد که او را از من بگیرد. پیامبر به او فرمودند:  
انت احق به مالم تنکحی؟

مادامی که ازدواج نکرده‌ای، تو به او سزاوارتر می‌باشی.

در مورد قطعه دوم (احقیّت پدر نسبت به پسر ممیز) نیز می‌فرماید این چیزی  
است که اصحاب ما آن را روایت کرده‌اند؛ ولی ایشان روایتی را ذکر نمی‌کند.

۹۴. المهذب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶.

۹۵. مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۸.

۹۶. الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۲، ذیل مسئله ۳۶.

۹۷. المبسوط، ج ۶، ص ۳۹.

## نقد و بررسی مستندات قول چهارم

مستندات این قول نیز از چند جهت قابل نقد است:

۱. در روایات محل بحث، سخنی از فرق میان كودك ممیز و غیر ممیز نیست و لذا فرق میان آن دو بعد از عدم حجیت اجماع منقول (خصوصاً مثل این اجماع منقول و در چنین مقامی) بی دلیل است؛ همان گونه که فرق میان پسر و دختر بعد از ممیز شدن كودك نیز دلیل ندارد، مگر آنکه گفته شود روایاتی را که دال بر احقیّت مادر تا هفت سال است، حمل بر كودك غیر ممیز کرده اند و مناسب با اعتبار نیز همین است؛ زیرا نیاز كودك غیر ممیز به مادر بسیار شدیدتر است تا به پدر، و مادر به مراتب از عهده حضانت او بیشتر برمی آید تا پدر (اگر گفته نشود که اصلاً از عهده پدر نوعاً خارج است). بنابراین عدد هفت خصوصیتی ندارد و ظهورش در ارشاد به اماریه نوعیه آن بر تمییز كودك است، نه تعبدی بودن آن (فتأمل جيداً)، و شاهد بر این توجیه، تفسیر و توضیح كودك ممیز است به هفت یا هشت سالگی در کلام مرحوم شیخ در مبسوط و خلاف<sup>۹۸</sup>.

اما اینکه نزد شیخ روایاتی بوده است که دال بر این معنا و تفصیل باشد و اصلاً به ما نرسیده باشد بسیار بعید است. تفصیل میان دختر و پسر بعد از تمییز (هفت و یا هشت سالگی) نیز در این قول شاید برای جمع میان دو خبر بوده که یکی دال بر احقیّت مادر تا هفت سالگی كودك است و دیگری دال بر احقیّت مادر مادامی که ازدواج نکرده است که اولی را حمل بر كودك پسر<sup>۹۹</sup> و دومی را حمل بر كودك دختر کرده اند و مؤید این توجیه قید «مالم تتزوج» در کلام شیخ در مبسوط و خلاف است

۹۸. المبسوط، ج ۶، ص ۳۹؛ الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۱.

۹۹. این احتمال را صاحب جواهر (ج ۳، ص ۲۹۱) به تبع فاضل هندی (كشف اللثام، ج ۷، ص ۵۵۰) به طور جزئی به شیخ در خلاف و مبسوط نسبت داده و معلوم نیست این جزم از کجا حاصل شده است.

که (هماهنگ با روایت)، فقط در قسمت مربوط به دختر آمده و حضانت پسر به وسیله مادر از این جهت مطلق آورده شده است.

این احتمال نیز وجود دارد که این تفصیل با توجه به روایات این باب و روایات وارد در ترك صبی برای هفت سال و سپس ملازمه و تعلیم او برای هفت سال<sup>۱۰۰</sup> و با توجه به تناسب حکم و موضوع بوده باشد (فتاامل).

۲. روایت نبوی که مرحوم شیخ به آن استناد کرده اند، اولاً، سندش را ذکر نفرموده و روایت عامی است،<sup>۱۰۱</sup> ثانیاً، اختصاص به مورد طلاق دارد و سرایت حکم به غیر مورد طلاق با این روایت، محل تأمل و منع است و شاید به همین جهت بوده که مرحوم شیخ از اول این بحث را به مورد طلاق بائن مقید کرده و در مبسوط آورده است: «إذا بانّت امرأة الرجل منه بطلاق أو فسخ أو خلع أو غیر ذلک و هناك ولد فتنازعاه؛ اگر زنی از مردش با طلاق یا فسخ یا خلع یا غیر آن جدا شود و فرزندی هم باشد و بر سر آن با هم نزاع کنند...»<sup>۱۰۲</sup> و در خلاف نیز می فرماید: «إذا بانّت المرأة من الرجل ولها ولد منه؛ اگر زن از مرد جدا شود و از او فرزندی داشته باشد»<sup>۱۰۳</sup> و اصلاً متعرض حضانت در زندگی مشترك نشده است (و لذا در نقل اقوال دوازده گانه ای که گذشت، این قول مقید به طلاق بائن شد).

#### مستندات قول پنجم

چنان که گذشت، این قول به قول قبلی بسیار نزدیک است و نقطه اختلاف آن فقط این است که در این قول به جای تمییز (و تفسیر و توضیح آن به هفت یا هشت

۱۰۰. وسائل الشیعه، ج ۲۱، آل البیت (ع)، ص ۴۷۳.

۱۰۱. ابن ابی جمهور در درر اللالی، ج ۱، ص ۴۵۷ عن عبداللّه بن عمر: ان امرأة قالت:

... مستدرک الوسائل، ج ۱۵، آل البیت (ع)، ص ۱۶۴، ح (۱۷۸۷۰)

۱۰۲. المبسوط، ج ۶، ص ۳۹.

۱۰۳. الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۱.



سالگی)، خود سن هفت سالگی، به عنوان ملاک مطرح شده است. با توجه به روایات، بسیار روشن تر است که مستندات این احکام، همان مستندات است که در قول سابق مطرح و یا احتمال داده شده است و کلام در نقد آنها همانند کلام سابق است مستندات قول ششم.

قول ششم عبارت بود از احقیّت مادر مطلقه به پسر تا هفت سالگی و به دختر تا نه سالگی. این قول در قسمت اول عین قول قبلی و در قسمت دوم متفاوت از آن است؛ زیرا اینجا به «الم تنزّوج» مقید نشده، به خلاف آنجا که مقید به عدم ازدواج مادر است. سخن در مستندات و نقد آنها نیز مانند سخن پیشین است.

#### مستندات قول هفتم

قول هفتم عبارت بود از احقیّت مادر تا هفت سالگی کودک. بعضی فرموده اند<sup>۱۰۴</sup> که استفاد از حدیث داود بن حصین، اشتراك حق، در مدت رضاع میان پدر و مادر، و احقیّت پدر برای بعد از فطام است و استفاد از دو حدیث ایوب بن نوح، احقیّت مادر به کودک تا هفت سال است. لذا این دو روایت با روایت داود بن حصین در تعارض اند و چون مرجحی برای یکی از دو طرف، از حیث موافقت کتاب و یا مخالفت عامه وجود ندارد (علاوه بر اینکه دلیلی بر ترجیح به موافقت کتاب و مخالفت عامه نیز نداریم)، نوبت به مرجح سوم می رسد و آن احادیث است، که از این جهت ترجیح با حدیث ایوب بن نوح است؛ زیرا وی از اصحاب امام رضا(ع) و امام جواد(ع) بود.

از آنجا که به نظر ایشان روایت منقروی از حیث سند ضعیف است و روایاتی نظیر حدیث کنانی و حدیث فضل ابوالعباس و روایت حلبی، دلالتشان بر احقیّت مادر به ارضاع کودک است، لذا ایشان این روایات را از دایره تعارضات خارج کرده

۱۰۴. سید تقی طباطبائی قمی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۱۰، ص ۲۷۸-۲۸۰.

و سپس نتیجه گرفته اند که حق حضانت تا هفت سال برای مادر است، مگر آنکه اجماع تعبدی و تسالم بین طایفه بر خلاف آن باشد.

## نقد و بررسی

آنچه گذشت از چند جهت قابل نقد است:

۱. قائل این قول فرمودند روایت منقروی ضعیف است، اما گذشت که علی التحقیق نفس این روایت قابل اعتماد است؛ اگر چه سند آن را نتوان تصحیح کرد.

۲. اگر قائل به عدم انفکاک حق ارضاع از حق حضانت شدیم، دلالت روایات ارضاع بر احقیقت مادر در مدت رضاع مقید است به رضایت مادر به اجرتی که زن دیگر به آن اجرت حاضر به شیر دادن و نگهداری کودک است، به خلاف مدلول دو روایت ایوب بن نوح و روایت منقروی که احقیقت مادر در آنها در این مدت، مطلق است و لذا باید این اطلاق به آن قید مقید شود (فتأمل)، و اگر چه روشن است که در نزد مستدل، این دو حق قابل انفکاک است، بلکه ایشان قائل به انفکاک است، اما انفکاک این دو حق ظاهراً در فرض طلاق، محل تأمل و نظر است، بلکه منع آن با توجه به واقعیات خارجی و فهم عرفی از روایات بعید نیست.

۳. دو روایت ایوب بن نوح در خصوص مورد طلاق است و اما روایت داود بن حصین چنان که گذشت، اگر ظهورش در فرض زندگی مشترک نباشد، لااقل اطلاق دارد و قابل تقیید به این دو روایت است و لذا ظاهراً جای کنار گذاشتن آن نیست؛ همان گونه که ظاهراً فرق نگذاشتن بین صورت طلاق و عدم طلاق ناتمام است.

### استدلالی دیگر برای قول هفتم

بعضی دیگر از فقها<sup>۱۰۵</sup> برای اثبات این قول (یعنی قول هفتم) چنین استدلال کرده‌اند که روایاتی نظیر صحیح حلبی و خبر کنانی و خبر فضل ابوالعباس، اگر چه جعل غایت فطام در آنها بر اختصاص احقیّت مادر در مدت رضاع، دلالت می‌کند؛ لکن ظاهر این روایات در بیان احقیّت رضاع است و هیچ نظری به احقیّت از سایر جهات ندارد و لذا اولی این است که این نصوص را در این مقام الغا کنیم.

ایشان در ادامه آورده است: از میان روایات دیگر، روایت منقروی (که مطلقاً دال بر احقیّت مادر است، مادامی که ازدواج نکرده است)، به سبب ارسال و وجود علی بن محمد قاسانی در آن، ضعیف‌السند است و بقیه روایات بر سه طائفه‌اند: طایفه اول که دلالت بر احقیّت پدر دارد مطلقاً، مگر در ارضاع، مانند موثقه فضل ابی‌العباس البقباق<sup>۱۰۶</sup> و خبر فضیل بن یسار.

طایفه دوم که دلالت بر احقیّت مادر تا هفت سال مطلقاً دارد؛ مانند دو صحیح‌ه ایوب بن نوح.

طایفه سوم که دلالت بر اشتراک پدر و مادر در حضانت کودک در مدت رضاع دارد و بعد از رضاع، پدر را احق می‌داند؛ مانند خبر داود بن حصین.

طایفه اول و دوم، نسبت به هم عموم و خصوص مطلق‌اند؛ زیرا طایفه اول دلالت دارد بر احقیّت پدر مطلقاً و طایفه دوم دلالت می‌کند بر احقیّت مادر تا هفت سال، و لذا اطلاق طایفه اولی به طائفه دوم مقید می‌شود و از آنجا که امکان جمع

۱۰۵. سید محمد صادق روحانی - فقه الصادق، ج ۲۲، ص ۳۰۲-۳۰۴.

۱۰۶. در فقه الصادق در این بحث و بحث سابق آن به جای «فضل ابی‌العباس» در سند روایت «فضل بن ابی‌العباس» آمده، و لکن صحیح همان فضل ابی‌العباس است؛ زیرا ابوالعباس همان طور که از کلام نجاشی و شیخ برمی‌آید، کنیه خود فضل است، نه پدرش، و این در کلام برقی و کشی نص است. (ر. ک: به معجم رجال‌الحديث، ج ۱۳، ص ۳۰۴-۳۰۵).

عرفی میان طایفه دوم و سوم وجود ندارد و به جهت شهریت و اصحیت سند، طایفه دوم بر طایفه سوم ترجیح دارد، بنابراین احقیّت مادر به کودک مطلقاً تا هفت سال خواهد بود.

ایشان در نهایت، راجع به اجماع و مناسباتی که در این مقام ذکر شده است، می فرماید:

و اما اجماع محکیّ از غنیه که دال بر احقیّت پدر بعد از مدت رضاع است، با توجه به اختلاف اقوال و نصوص در این مسئله قطعاً حجّت نیست و مانعی محسوب نمی شود؛ کما اینکه عدم حجیت مناسباتی که در این مقام برای احقیّت پدر بر پسر بعد از مدت رضاع گفته شده، روشن تر و قطعی تر است.

#### بررسی و نقد

برخی مطالب در بررسی کلام سابق گذشت، بنابراین آنها را تکرار نمی کنیم، اما به برخی موارد دیگر پرداخته می شود؛ از جمله اینکه از طایفه اول خبر فضیل بن یسار از حیث طلاق و عدم طلاق، اطلاق دارد و اگر ظهورش در زندگی مشترک نباشد، قطعاً اختصاص به مورد طلاق ندارد، اما روایت فضل ابی العباس از همین طایفه نیز، اگر چه ذیل آن مقید به طلاق است، لیکن صدر آن از این جهت، اطلاق دارد و تقیید ذیل موجب تقیید صدر در اینجا نیست.

مورد هر دو روایت طائفه دوم نیز به مورد طلاق اختصاص دارد و از این رو، قبل از آنکه اطلاق طایفه اول از حیث احقیّت مرد در سال های بعد از رضاع، به وسیله طایفه دوم مقید شود، باید اطلاق آن طایفه از حیث طلاق و عدم طلاق، مقید شود به موارد عدم طلاق به وسیله این طایفه، و بعد از این تقیید دیگر تعارضی در کار نیست تا نوبت به حمل یکی بر دیگری از جهت دیگری برسد.

یکی دیگر از بزرگانی که قول هفتم را اختیار کرده، مرحوم سبزواری در

کفایة الاحکام است. ایشان در مقام دفاع از این قول، به صحیحہ ایوب بن نوح تمسک کرده و فرموده است:

وجیه نزد من عمل به صحیحہ ایوب بن نوح است که دلالت بر این دارد که زن به فرزند تا زمانی که هفت ساله شود، سزاوارتر است و آن خبری صحیح است که صدوق در فقیه آورده است و برخی متأخران آن را برگزیده‌اند و آنچه در مسالک ذکر شده است مبنی بر اینکه در این باب خبر صحیحی وجود ندارد، درست نیست. ۱۰۷

مستندات قول هشتم

قول هشتم عبارت بود از اشتراك حق حضانت برای دو سال و احقیّت پدر بعد از دو سال با کراهت گرفتن کودک از مادر تا هفت سال. قائلان برای اشتراك حق حضانت بین پدر و مادر ۱۰۸ به روایت داود بن حصین استناد جسته‌اند و روایاتی را که دال بر احقیّت مادر در این دو سال است، بر احقیّت مادر در مقابل زنان دیگر حمل کرده‌اند، به این بیان که مراد از این روایات این است که مادر در نظر پدر اگر از جهات مصالح، مساوی با زنان دیگر بود و امر دایر مدار تسلیم کودک به مادر یا غیر او بود، مادر از زن دیگر احقّ است، نه اینکه مادر احقیّت و اولویت مطلق داشته باشد، حتی در مقابل پدر، و آنان مقتضای جمع این دو طائفه از روایات را همین دانسته‌اند.

برای احقیّت پدر بعد از دو سال، علاوه بر دلالت جعلِ نهایتِ احقیّتِ مادر تا فطام، به نص روایت داود بن حصین تمسک کرده‌اند ۱۰۹ که: «فاذا فطم فالاب احقّ

۱۰۷. سبزواری، کفایة الاحکام، چاپ سنگی، نشر اصفهان، ص ۱۹۴.

۱۰۸. آیت الله اراکی، کتاب النکاح، ص ۷۷۱.

۱۰۹. همان، ص ۷۷۴-۷۷۷.

به من الامّ» و دو روایت ایوب بن نوح را که دال بر احقیّت مادر تا هفت سال بود، بر حکم اخلاقی و کراهت گرفتن کودک از مادر تا قبل از هفت سال حمل کرده اند و اخبار تثلیث احوال کودک و تقسیم آنها به سه دوره هفت ساله را مؤید این حمل قرار داده اند.

ایشان در باره روایت منقری که دال بر احقیّت مادر بر کودک است (مادامی که ازدواج نکرده است)، می فرمایند، می توانیم به ادعای انصراف آن به حال رضاع کودک، بر دو سال رضاع حمل کنیم و لذا احقیّت مادر در آن دو سال مقید به این قید می شود. و اگر این انصراف پذیرفته نشود و حکم را مطلق دانستیم، این غایت، متعارض است با غایت هفت سال به تعارض مفهومی؛ و لذا به واسطه منطوق هر کدام، از مفهوم دیگری به مقدار تعارض دست برمی داریم که نتیجه آن می شود که هر کدام از این دو، استقلال در اثر دارند و سابق هر کدام از این دو، مؤثر فعلی خواهد بود و هر کدام به تنهایی مانع از ادامه حضانّت مادر خواهد بود.

#### نقد و بررسی مستندات قول هشتم

این دیدگاه نیز از چند جهت قابل نقد است:

۱. در باره جمع میان روایت داود بن حصین و روایات دال بر احقیّت مادر در این دو سال، به حمل احقیّت مادر در مقابل زنان دیگر باید گفت: انصاف آن است که بسیار امر مستبعدی است و این جمع اصلاً عرفی نیست و چون ظهور روایت داود بن حصین در مورد زندگی مشترک و عدم طلاق است و طایفه دیگر اختصاص به طلاق دارد، لذا اصلاً تعارضی میان آنها نیست تا ناچار به چنین حمل های بعیدی شویم و بر فرض اطلاق در روایت داود بن حصین، تقييد و حمل آن به زندگی مشترك (به وسیله روایات طایفه دیگر) در جمع، اولی است.
۲. این جمع بدون تقييد به نبود مرضه ای که به اجرت کمتر از مادر حاضر به

ارضاع باشد، در صورتی صحیح است که ما در بحث تفکیک ارضاع از حضانت، به لحاظ امکانی و اثباتی قائل به این انفکاک باشیم، و الا اگر در خارج امکان این تفکیک وجود نداشته باشد و یا شرعاً میان ارضاع و حضانت چنین تفکیکی در حکم نباشد، امکان چنین جمعی بدون قید مذکور، مستفی خواهد بود؛ زیرا روایاتی که دال بر جواز جدا کردن کودک از مادر به وسیله پدر است، مقید است به اینکه مرضعه ای به اجرت کمتر از مادر حاضر به ارضاع نباشد، بنابراین اشتراك در حضانت کودک در دو سال اول مطلق نیست. از آنجا که صاحب این قول در بحث تفکیک<sup>۱۱۰</sup> تمایل به دلالت روایات بر عدم تفکیک دارند، لذا ظاهراً حکم در نزد ایشان مقید است و ظاهراً ایشان برای تقیید این حکم به بحث سابق، بسنده کرده و متعرض این قید در اینجا نشده است.

۳. ایشان در استدلال خود اصلاً به روایت فضل ابی العباس نپرداخته است؛ در صورتی که با ورود روایت فضل به بحث، اطلاق احقیّت پدر در صدر این روایت و اختصاص احقیّت به مادر در دو سال اول در ذیل این روایت با این جمع تعارض پیدا می کند و اگر چه تقیید صدر روایت فضل به وسیله این جمع، امر روشنی است، لیکن حمل احقیّت مادر در ذیل این روایت بر احقیّت در مقابل دیگران و نه در مقابل پدر و یا اختصاص آن به احقیّت در ارضاع، امر مشکلی است؛ زیرا اولاً، سائل از احقیّت یکی از والدین در مقابل هم سؤال دارد، نه احقیّت یکی در مقابل دیگران یا اعم از این دو، و ظاهر سؤال او نیز احقیّت مطلق است، نه احقیّت در رضاع.

ثانیاً، امام در مقام پاسخ به این سؤال می فرمایند: مطلقاً احقیّت برای مرد است (در مقابل زن)، و از آنجا که این اطلاق دارای استثناست، آن را با کلام اخیرشان توضیح داده، می فرمایند: در این صورت خاص (یعنی بعد از طلاق و

نمود مرضع با دستمزد کمتر از مادر)، احقیّت - که ظاهر از آن همین احقیّت از اوّل تا اینجا و همان احقیّت مطلق یکی از والدین در مقابل دیگری است - برای مادر خواهد بود و خصوصاً، اگر قائل به عدم انفکاک حق ارضاع از حق حضانت بوده باشیم و آن دو را یک حق بدانیم (هم چنانکه خود ایشان، استظهار چنین معنایی را از روایات بعید ندانسته)<sup>۱۱۱</sup>، اختصاص احقیّت مادر به احقیّت ارضاع بعید است و بعیدتر از آن، استفاده از روایت برای اختصاص احقیّت مادر در مقابل دیگران و نه در مقابل پدر است.

۴. حمل دو روایت ایوب بن نوح بر حکم اخلاقی و خارج کردن آن دو از بحث، وجه وجهی ندارد و خلاف ظاهر است و تصریح امام(ع) در روایت اول از این دو به احقیّت مادر تا هفت سالگی کودک، ظهور در بیان حکم وضعی دارد؛ هم چنانکه مفهوم «إذا صار له سبع سنین فان اخذه فله و إن ترکه فله» در روایت دوم، جایی برای حمل آن بر حکم اخلاقی نمی گذارد؛ زیرا آنچه در منطوق آمده، حکم اخلاقی نیست تا مفهوم در آن نیز حمل بر حکم اخلاقی شود. لازم به ذکر است که حتی اگر ما مفهوم را در نوع این موارد قبول نکنیم، لیکن در اینجا قرینه بر وجود مفهوم موجود است - و آن اینکه تا قبل از هفت سال، اگر حکم همین باشد که بعد از هفت سال است، ذکر عبارت «إذا صار له سبع ...» لغو است -؛ لذا پذیرش مفهوم در اینجا متعیّن خواهد بود.

#### مستندات قول نهم

قول نهم بر آن بود که بعد از طلاق، اگر نزاع و مشاجره ای برای حضانت در بین ابویین بود، پدر احق به کودک است، مگر در مدت دو سال که چنانچه مادر برای رضاع راضی باشد به اجرتی که دیگری به آن راضی است، در این صورت مادر احق خواهد بود.



در احقیّت مادر تا دو سال به شرط تبرّع در ارضاع و یا رضایت او به آنچه دیگری راضی می‌شود، به بعضی از روایات باب استناد کرده‌اند<sup>۱۱۲</sup> که دال بر این معنی است و در مورد روایت داود بن حصین که دال بر اشتراك است، جواب داده‌اند که آن روایات از حیث عدد و سند اقوی است و این روایت قدرت معارضه با آنها را ندارد.

این عده، برای احقیّت پدر در صورت نزاع و احقیّت مادر تا هفت سال در صورت عدم نزاع و مادامی که ازدواج نکرده است، تمسک کرده‌اند به روایت بقباق که دال بر احقیّت مطلق برای مرد است و نیز به روایاتی که دال بر احقیّت مادر است تا هفت سالگی و مادامی که ازدواج نکرده است، با این توضیح که روایت بقباق (فضل ابی العباس) را بر مورد تنازع و مشاجره و روایات دسته دوم را بر عدم نزاع و مشاجره حمل کرده و این را به روایاتی که مربوط به تربیت کودک است مؤید ساخته‌اند و نحوه تأیید را این گونه تقریر می‌کنند که در دوران هفت سالگی اول که مدت تربیت و بازی کودک است، معلوم است که باید نزد مادر باشد؛ زیرا مادر است که مربی برای اوست و اینکه حضرت می‌فرماید: «ثمّ ضمّه إلیک والزمه نفسک»، اشاره به همین دارد که بعد از هفت سال اول که حضانت او با مادر است، پدر حضانت کودک را بر عهده می‌گیرد.

#### نقد و بررسی مستندات قول نهم

۱. روایات دال بر احقیّت مادر تا دو سال با شرط مذکور، اگر چه از حیث عدد و سند اقوی هستند، لیکن همگی در فرض طلاق هستند و امّا روایت داود بن حصین، چنان که بارها گفته شد، یا موردش زندگی مشترک است و یا لا اقل اطلاق دارد و قابل تقیید است و لذا جمع این دو دسته به حمل طایفه اول در مورد طلاق و

طایفه دوم بر مورد زندگی مشترك، اگر متعین نباشد، اولی از کنار گذاشتن طایفه دوم است. علاوه بر این، بعد از کنار گذاشتن خبر داود بن حصین، دلیلی بر احقیقت مادر در دو سال اول در صورت عدم طلاق نداریم و حال آنکه ظاهر از کلام مستدل آن است که در احقیقت مادر برای دو سال اول، فرقی میان طلاق و عدم طلاق نیست.

۲. اما حمل روایت احقیقت پدر بر صورت منازعه و حمل روایات احقیقت مادر بر صورت عدم منازعه، اولاً، بدون دلیل و شاهد است و چنین جمعی اصلاً عرفی نیست و هر دو دسته روایت از این حیث اطلاق دارند و به همان اندازه که جمع این دو دسته بر حمل و ولد بر مذکر و حمل آن بر انثی در دسته ای دیگر، جمع تبرعی است و با اطلاق آنها منافات دارد (و ظاهراً به همین جهت ایشان آن قول را اختیار نکردند)، این جمع هم تبرعی و غیر حجت است.

ثانیاً، اصلاً احقیقت مادر در فرض عدم تنازع در اینجا معنای محصلی ندارد؛ زیرا اگر مراد این است که مادر در فرض عدم تنازع، احق است و پدر نمی تواند در این فرض با او منازعه کند، این خلاف فرض است؛ زیرا احقیقت او فقط در صورت عدم تنازع است و به محض تنازع پدر، مسئله حکم دیگری پیدا می کند و آن احقیقت پدر و عدم احقیقت مادر است. فما معنی احقیقة الأم في فرض عدم التنازع؟

مگر آنکه گفته شود مراد این است که حتی در فرض عدم تنازع، اگر چه احقیقت از آن پدر است، لیکن از آنجا که مادر اولی و انسب و اصلح به حضانت کودک در این سن است، لذا پدر باید (استحباباً) آن را به مادر واگذارد؛ که باز این امر محل تامل و نظر است؛ زیرا اولاً اراده چنین معنایی از «احقیقت» در کلام قائل، خلاف ظاهر آن است. ثانیاً این معنی اختصاص به فرض عدم تنازع ندارد و در فرض تنازع نیز این احقیقت (اولویت استحبابی) وجود دارد و وجهی برای تخصیص آن نیست (فتامل).

۳. و اما تأیید مذکور به روایات سه دوره تربیتی در کودک نیز محل نظر است؛ زیرا اگر «ثمَّ ضمَّهٔ إلیک و الزمه نفسک» و نظیر آن، اشاره دارد بر اینکه کودک در دورهٔ اوّل باید با مادر باشد، در این صورت خود این روایات در طرفِ اخبارِ معارض با روایت دال بر احقیّت پدر خواهد بود و اگر این تعابیر چنین اشاره‌ای را ندارد و فقط دالّ بر این است که باید کودک در هفت سال اول آزاد باشد و بازی کند و اقدام به آموزش و تربیت خاص در این سن نشود، در این صورت چگونه این روایات تأییدی برای احقیّت مادر در صورت عدم تنازع خواهد بود؟!

مگر آنکه گفته شود اگر چه این روایت اشاره دارد بر اینکه در هفت سال اول باید کودک با مادر رها شود و ... ، لیکن این «باید» استحبابی است، نه وجوبی، که در این صورت مشکل، اثبات چنین مدعایی است.

#### مستندات قول دهم

قول دهم عبارت بود از اینکه حضانت در صورت عدم طلاق، میان پدر و مادر مشترك باشد، و در صورت طلاق، مختار همان قول مشهور (قول اول) باشد از جهت عملی، اما از جهت نظری، حق حضانت تا دو سال برای پسر و دختر، به مادر اختصاص دارد و بعد از آن امر به قاضی واگذار می شود تا براساس مصلحت دین و دنیای طفل مشخص کند که او را به کدام یک از والدین باید سپرد.

وجه این اختیار بیان نشده است، لیکن ممکن است گفته شود که مستند این قول در قطعه اول که اشتراك پدر و مادر در این حق، برای دو سال، در صورت عدم طلاق است، همان روایت داود بن حصین است و به بیانی که گذشت، روایت در این قسمت یا ظهور در زندگی مشترك دارد و یا لا اقل مطلق است که به وسیلهٔ روایاتی که دال بر احقیّت مادر مطلقه است، تخصیص زده می شود و مختص به صورت عدم طلاق می شود. انصاف آن است که این حمل عرفی ترین حمل از میان

حمل‌هایی است که تا به حال بیان شده است .

نکته‌ای که در این قسمت از کلام این قائل<sup>۱۱۳</sup> بر می‌آید، این است که گویا اصلاً در این امر خلافی وجود ندارد و بعید نیست که امر چنین باشد و چنان که ملاحظه شد، در نقل اقوال، غیر از فقهای عصر اخیر، قریب به اتفاق فقهای<sup>۱۱۴</sup> که متعرض بحث حضانت شده‌اند، اصل این بحث را در فرض طلاق بائن مطرح کرده و اصلاً متعرض صورت عدم طلاق و زندگی مشترك نشده‌اند و تکرار و تصریح به فرض طلاق بائن، این احتمال را رد می‌کند که این فرض خصوصیتی ندارد و نزد آنها حکم در طلاق و عدم طلاق، مساوی بوده است؛ زیرا در این صورت وجهی برای ذکر خصوص طلاق، در کلام هیچ یک از آنها، نمی‌بود، تا چه رسد به تکرار آن در کلام قریب به اتفاق آنها (فتامل).

ظاهراً باید ادعای اجماعی را که ابن فهد حلی<sup>۱۱۵</sup> بر اشتراك حضانت بین پدر و مادر در مدت دو سال دارد، حمل بر صورت عدم طلاق و صورت زندگی مشترك بین پدر و مادر کرد، و الاً تناقض آشکاری میان صدر و ذیل کلام ایشان خواهد بود. ایشان می‌گویند:

اجماع بر اشتراك حضانت بین والدین در مدت دو سال و از بین رفتن آن بعد از بلوغ واقع شده است و فرزندان بالغ در پیوستن به هر کدام از آنها مختار

۱۱۳. آیت الله محمدجواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، دارالعلم للملایین، بیروت، ص ۳۱۲-۳۱۴.

۱۱۴. مانند شیخ مفید در المقنعة، باب الحکم فی اولاد المطلقات من الرضاع، ص ۵۳۰-۵۳۱؛ صدوق در المقنعة؛ باب الطلاق، ص ۳۶۰؛ شیخ در الخلاف، ج ۵، ص ۱۱۱، مسئله ۳۶؛ علامه حلی در قواعد الاحکام؛ چاپ سنگی، منشورات رضی، کتاب النکاح، ص ۵۱؛ شیخ در المبسوط، ج ۶، ص ۳۹؛ ابن البراج در مهذب، ج ۲، ص ۳۵۲؛ محدث بحرانی در حدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۹.

۱۱۵. المهذب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶؛ المقتصر، طبع سیدالشهداء، قم، ص ۲۶۷.

است و در میان این دو مدت اقوالی است: الف) صدوق در مقنع گفته است: مادر تا زمانی که ازدواج نکرده، به فرزند سزاوارتر است. ب) ابوعلی و شیخ در خلاف و قاضی گفته‌اند: مادر به پسر تا هفت سال سزاوارتر است. ج) مفید و شاگردش گفته‌اند: مادر به پسر در مدت دو سال و به دختر تا نه سال سزاوارتر است. د) شیخ در نه‌ایه و قاضی در کامل و ابن حمزه و ابن ادریس و مصنف و علامه گفته‌اند: مادر به پسر در مدت دو سال و به دختر تا نه سال سزاوارتر است. ۱۱۶

چنان که در نص ایشان روشن است، ایشان در ابتدا، بر اشتراك حضانت برای دو سال و اینکه فرزند بعد از بلوغ در انتخاب و انضمام، مخیر است، ادعای اجماع کرده، و موضع خلاف را فقط فاصله بعد از دو سال تا بلوغ قرار داده و بعد اقوالی را که در این موضع (یعنی دو سالگی تا بلوغ) مطرح شده، بیان داشته و در این اقوال قول به احقیّت مادر برای دو سال را نقل کرده است. علاوه بر این، می‌دانیم که قائلان به قول (الف) و (ب) نیز احقیّت مادر را از همان اول می‌دانند و لذا با این اقوال نیز ادعای اجماع در تهافت آشکار است. پس با وجود مخالفت مثل صدوق، ابوعلی، شیخ طوسی، مفید، سلار، قاضی، ابن حمزه، ابن ادریس و ... پس اجماع کجاست؟!

مگر اینکه چنان که گذشت، با توجه به تصریح کلام بسیاری از این قائلان، به اینکه این احقیّت مربوط به فرض طلاق است، اجماع ابن فهد حلی را حمل بر صورت و فرض عدم طلاق کنیم تا این تهافت از میان برود؛ اگرچه باز کلام خالی از اشکال نمی‌ماند.

از جمله مؤیدات این حمل آن است که ظاهر عبارات ابن فهد حلی در اینجا

---

۱۱۶. المهذب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶. در المقتصر (ص ۲۶۷) نیز ایشان به همین سبک و سیاق این مطالب را آورده و اشکال بعینه در آنجا هم مطرح است.

نشان می دهد که ایشان، کلام ابن ادریس را در این بحث دیده است، پس چگونه می شود با اینکه ابن ادریس در اینجا، ادعای اجماع شیخ در خلاف، بر احقیّت مادر برای هفت سال را نقل و به شدت به آن حمله می کند و ادعای اجماع دیگری را بر احقیّت مادر تا دو سال و ... مطرح می سازد، با وجود این ابن فهد حلی ادعای اجماع دیگری را مطرح کند، و هیچ اشاره ای به رد و تهافت آنها با این اجماع نداشته باشد؟! این نشان می دهد که ظاهراً معقد اجماع ابن فهد حلی غیر از معقد اجماع در کلام شیخ است.

روایت دال بر اشتراك و تسویه والدین در حضانت كودك برای دو سال که ظاهر در مورد عدم طلاق است و روایات دال بر احقیّت مادر که در آن تصریح به مورد طلاق است، حملی را که گفته شد، قریب می کند و این علاوه بر تصریح بسیاری از قائلان به احقیّت مادر، به فرض طلاق است که در ابتدا گفته شد.

علاوه بر این، اجماع مورد ادعای مرحوم ابن زهره در غنیه نیز در باره طلاق است و اصلاً متعرض صورت زندگی مشترك نیست. ایشان می فرماید:

زن مطلقه به فرزند پسر در مدت شیردهی سزاوارتر از پدر است و بعد از آن پدر سزاوارتر به اوست. پس اگر دختر بود، مادر تا هفت سال سزاوارتر است، مگر اینکه ازدواج کند که در این صورت پدر به هر حال سزاوارتر است و آن به دلیل اجماع طائفه است. ۱۱۷