

ماهیت حضانت و تعیین صاحبان آن (۲)

○ رسول مزروعی



نظریه مختار در فرض وجود والدین

چنان که گذشت، برای رفع تعارض بدوی میان روایات این باب، می توان گفت که ظاهراً بخشی از این روایات مربوط به حکم حضانت در زمان زندگی مشترک است، بخشی دیگر مربوط به حضانت در زمان طلاق و مفارقت، و برخی از آنها هم از این جهت اطلاق دارند و بنا بر این باید حکم حق حضانت، در دو فرض، مورد بحث قرار گیرد:

اول: حق حضانت در فرض زندگی مشترک؛ دوم: حق حضانت در فرض طلاق.

بحث اول: حق حضانت در فرض زندگی مشترک

در فرض زندگی مشترک، ظاهر موثقه داود بن حصین، اشتراك و تساوی حق، میان

پدر و مادر در زمان شیرخوارگی کودک است، اعم از اینکه کودک دختر بوده باشد یا پسر، و بعد از دوران شیرخوارگی با همان عمومیت، اعم از آنکه کودک دختر باشد یا پسر، دال بر احقیقت پدر است؛ زیرا امام (ع) می فرماید:

مادام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية فإذا فطم فالأب أحقّ به من الأم؛^۱

مادامی که فرزند شیر می خورد، بین والدین به تساوی است. پس زمانی که از شیر گرفته شد، پدر از مادر سزاوارتر است.

چنان که ملاحظه می شود، در روایت سخنی از طلاق و مفارقت نیست و حتی وجود اطلاق در آن هم محل تأمل و منع است، و ظهور روایت در زندگی مشترك است؛ زیرا نفس حکم به تساوی حق میان پدر و مادر نشان می دهد که وضعیت ابوین به گونه ای است که اعمال حق هر دو و تساوی آنها در این حق در خارج امکان پذیر و قابل تحقق است و وجداناً این وقتی است که پدر و مادر در کنار هم و با هم بوده باشند و نوعاً در زندگی مشترك، پدر و مادر با هم و در کنار هم و بدون نزاع عمیق و با سازگاری نسبی زندگی می کنند به خلاف صورت طلاق که پدر و مادر از هم جدایند و این جدایی نیز نوعاً با شقاق و نفرت و نزاع عمیق همراه است؛ به گونه ای که امر مصالحه را نیز با مشکل رو به رو می کند، تا چه رسد به امکان اعمال حق هر دو به نحو تساوی که در نوع موارد آن منتفی است.^۲

۱. وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب ۸۱ از ابواب احکام الاولاد، ص ۴۷۰-۴۷۱، ح (۲۷۶۱۱).

۲. گفته نشود که در زندگی های مشترك و فرض عدم طلاق چنین نیست که همیشه ابوین با هم زندگی کنند، بلکه مواردی وجود دارد که بدون طلاق، زوجین عملاً زندگی مشترك را رها می کنند و جدا از هم به سر می برند؛ زیرا روشن است که در جعل قانون، موارد غالبی و نوعی از جانب قانون گذار مورد ملاحظه قرار می گیرد و با وجود امکان استیفای مصالح

در این روایت حمل‌هایی از قبیل اینکه: در فرض طلاق و جدایی به نوبت حضانت را میان خود تقسیم کنند و یا مراد از تسویه آن باشد که هر کدام از آنها از جهتی حقی داشته باشند و لذا مثل آن است که متساوی در حق هستند، خلاف ظاهر روایت و بسیار بعید است؛ چنان که گذشت.

در فرض تسلیم به اینکه روایت داود بن حصین اطلاق دارد و زندگی مشترك و فرض طلاق را با هم شامل است، این اطلاق کافی است برای آنچه ما در اینجا به دنبال آن هستیم و آن اشتراك پدر و مادر به طور مساوی در حق حضانت، در ایام شیرخوارگی طفل است؛ زیرا بقیه روایات این باب، به استثنای روایت فضل ابی العباس و فضیل بن یسار، همگی اختصاص به مورد طلاق دارد و بدین جهت در این معنی اصلاً تعارض مستقری با این روایت ندارند. اما روایت فضل ابی العباس، اگرچه صدر آن اختصاصی به مورد طلاق ندارد و از این جهت اطلاق دارد، لیکن احقیّت مذکور در آن برای پدر از حیث سن کودک و اینکه در ایام شیرخوارگی باشد و یا بعد از آن، اطلاق دارد و این اطلاق، قابل تقیید به وسیله روایت داود بن حصین - که نص در تسویه حق ابوین در ایام شیرخوارگی کودک است - می باشد و از این رو، روایت فضل ابی العباس را به بعد از ایام رضاع اختصاص می دهیم.

> ملزمه و احتراز از مفاسد ملزمه در نوع موارد، به وسیله جعل قانونی، آن قانون به شکل کلی و عام جعل می شود و جعل آن عقلایی و حکیمانه است، مگر در موارد خاص که به جهت اهمیت مورد، گاهی جعل خاصی در آن موارد صورت می گیرد و حکم آنها از حکم کلی به دلیل خاص جدا می شود که نیاز به اثبات دارد. بلی، چنین نیست که این موارد خاص در صورت نبود حکم خاص در مورد آنها، دائماً مشمول حکم کلی بوده باشند و در هیچ شرایطی مشمول قانون دیگری که گاه حاکم هم می باشد، نبوده باشند، لیکن بحث حکومت، تراحم حقوق و تشخیص تقدیم بعضی بر بعض دیگر، مطلب دیگری است که از بحث ما خارج است.

اما روایت فضیل بن یسار نیز مقید به صورت طلاق نیست و از این رو، اگر به جهت قرائن ادعای ظهور آن در فرض عدم طلاق و زندگی مشترک نشود، لا اقل به جهت اطلاق آن، معارض با موثقه داود بن حصین است؛ لیکن این تعارض هم به جهت خاص بودن موثقه داود بن حصین در تسویه حق ابویین در ایام رضاع و تقدم آن بر اطلاق روایت فضیل بن یسار، مرتفع می شود.

چنان که روشن است، این دو روایت، قابل تمسک برای اثبات احقیّت مطلق پدر در زندگی مشترک هستند که بعد از تقیید آن دو به موثقه داود بن حصین، دلالت آنها بر این احقیّت برای سال های پس از دوران شیرخوارگی در زندگی مشترک بی معارض است.

اشکال: ممکن است به تفکیک روایات و اختلاف حکم در دو فرض زندگی مشترک، و فرض طلاق اشکال شود، به اینکه فرق میان زندگی مشترک و حالت طلاق، خروج از مورد کلام است؛ زیرا اصل مسئله در مورد افتراق است؛ چنان که آیه رضاع نیز در همین فرض است و اساساً حالت اشتراک زندگی جای بحث ندارد و اختلافی میان زن و شوهر نیست تا از بحث حضانت سخن برود. بنابراین حمل روایت مطلق بر این صورت خلاف تحقیق است.

پاسخ: می توان گفت: چنین نیست که در حالت زندگی مشترک اساساً جای این بحث نباشد و اختلافی میان زوجین بر سر حضانت کودکان نبوده باشد؛ زیرا اختلاف نظر، ولو در حد اختلاف سلیقه میان پدر و مادر در نحوه نگهداری و برخورد با کودک و تربیت او، امر نادری نیست، بلکه نبود آن از نوادر است. بلی، در بسیاری از موارد آن، به نزاع عمیق و یا محکمه کشیده نمی شود و سرانجام توافقی حاصل می شود: یا یک طرف غالب می شود و یا یکی از طرفین از نظر خود به هر دلیلی دست برمی دارد؛ و لکن اینکه این اختلافات نوعاً به محکمه کشیده

نمی‌شود، دلیل بر آن نیست که حکم تشریحی در امر حضانت، در فرض زندگی مشترک وجود ندارد و در آن صاحبان حق و یا احق در این فرض، مشخص نشده باشند و یا الزاماً حکم آن فرقی با حکم حضانت در زندگی طلاق نداشته باشد. بنابراین همان طور که برخی از فقها تصریح به تفصیل و اختلاف حکم در زندگی مشترک و طلاق کرده‌اند - که نقل اقوال در اول این مقال گذشت -، ظاهراً این فرق خروج از مورد کلام نیست و بحث از حضانت در زندگی مشترک در جای خود است.

علاوه، آیه شریفه رضاع، مطلق است و مورد مخصوص نیست، بلکه آیه شریفه «لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده» که در آیه رضاع آمده، ضمن آنکه مطلق است، چه در زندگی مشترک و چه در طلاق، در روایات شریفه به مواردی تطبیق شده که فقط در زندگی مشترک متصور است.^۳

بنابراین ظاهراً حمل روایات مطلق در این باب، بر صورت زندگی مشترک با وجود قرائن، اگر متعین نبوده باشد، معلوم نیست که خلاف تحقیق باشد. آنچه حمل این روایات را بر زندگی مشترک نزدیک می‌کند، دو امر است:

۱. چنان که گذشت، اختلاف نظر و سلیقه در امر حضانت کودک میان ابوبین در زندگی مشترک امر نادری نیست؛ بلکه از امور مبتلا به عامه مردم است و منشأ امور مهمی در مسائل خانوادگی، تربیتی و اجتماعی است و بسیار بعید است که شارع مقدس به آن پرداخته باشد و ظاهراً باید حکم آن را بیان کرده باشد.

۲. ممکن است حکم حضانت در زندگی مشترک به جهت مصالح و مفاسدی، مختلف و متفاوت با حکم حضانت در زندگی طلاق بوده باشد؛ نظیر

۳. ر. ک: بحرانی، البرهان فی تفسیر القرآن، ج ۱، ص ۲۲۴-۲۲۵، دارالتفسیر؛ کافی، ج ۶، ص ۱۰۳، ح ۳ و ص ۴۱، ح ۶؛ وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب ۷۲، ص ۴۵۸، ح ۲۷۵۷۵، چاپ آل البیت (ع).

اینکه ممکن است با سپردن حق حضانت به مادر در زندگی مشترك، مفاسدی چون: ناهماهنگی در امر خانواده و از دست رفتن و یا دست کم ضعیف شدن قدرت و مدیریت پدر در خانواده، پدیدار گردد و حال آنکه با سپردن حق حضانت به پدر از آن جهت که پدر و مادر در زندگی مشترك نوعاً با هم زندگی می کنند، مشکل اساسی ایجاد نمی شود. علاوه بر آن، این اقدام هماهنگ با «الرجال قوامون على النساء» در زندگی مشترك و وحدت رهبری در خانواده خواهد بود و شاید به جهت ضرورت یا مصلحتی دیگر، دو سال اول حضانت كودك در این فرض، حق مشترك ابویین قرار داده شده است، به خلاف آنکه اگر حضانت كودك در زندگی طلاق به پدر سپرده شود، علاوه بر اینکه جدایی كودك و مادر را به همراه دارد، نوعاً چنین حکمی موجب می شود که كودك تحت حضانت شخص سومی نظیر مادر بزرگ یا عمه یا نامادری قرار گیرد و در موارد بسیاری كودك از پدر و مادر هر دو محروم شود و شاید این مفسده ای باشد که شارع راضی به آن نیست و با جعل حق حضانت برای مادر در زندگی طلاق، جلو آن را گرفته باشد و انصاف آن است که این احتمالات عقلایی را نمی توان رد کرد و لذا اختلاف حکم میان دو فرض امر غریبی نیست.

حال با توجه به این دو مطلب، سؤال این است که در صورت مختلف بودن حکم حضانت در دو فرض زندگی مشترك و طلاق، شارع به چه بیانی و در کدام یک از این ادله به بیان حکم در فرض زندگی مشترك پرداخته است؟ و آیا اگر به همین شکلی که در این مقال تقریر شد، حکم حضانت در زندگی مشترك را بیان کرده باشد، امر بعید و یا خلاف ظاهری را، اضافه بر آنچه در نوع بیان احکامش وجود دارد، مرتکب شده است، با اینکه در موارد عدیده ای احکام به همین نحو از اطلاق و تقییدها بیان شده اند؟

علاوه بر این، حتی بر فرض تسلیم اطلاق در موثقه داود بن حصین و عدم قبول حمل آن بر زندگی مشترک، این اطلاق، در اثبات حکم به اشتراک کافی است و استفاده این حکم از این روایت متوقف بر حمل آن بر خصوص زندگی مشترک نیست و حتی اگر نادر بودن مورد هم پذیرفته شود، صرف ندرت مورد، مانع از شمول اطلاق نخواهد بود، البته مادامی که انصراف از آن نداشته باشد و ظاهراً وجهی برای ادعای انصراف در اینجا وجود ندارد.

بحث دوم: حق حضانت در فرض طلاق

در فرض طلاق، ظاهراً اعم از اینکه کودک دختر بوده باشد یا پسر، حق حضانت تا هفت سال برای مادر است، مادامی که وی ازدواج نکرده باشد و پس از آن اختیار با پدر کودک است.

روایات دال بر این احقیّت، عبارت اند از: هر دو روایت ایوب بن نوح که نص در احقیّت مادر برای هفت سال، در صورت طلاق و مفارقت می باشند، اعم از آنکه کودک دختر و یا پسر بوده باشد. یکی از این دو روایت، نص در اختیار پدر در امر حضانت، بعد از هفت سالگی کودک است. از طرف دیگر، مرسله منقری نیز نص در احقیّت مادر مطلقه است، مادامی که ازدواج نکرده باشد، اعم از اینکه کودک دختر بوده باشد یا پسر و چنان که گذشت، اگر نتوان سند این روایت را تصحیح کرد، مشکلی نیست؛ زیرا نفس این روایت قابل اعتماد است، و روایت داود رقی نیز نص در احقیّت پدر حرّ، در صورت ازدواج مادر مطلقه است، اعم از اینکه کودک دختر بوده باشد یا پسر.

بعضی از بزرگان^۴ در مورد مرسله منقری که در آن آمده است: «المرأة أحتقّ

۴. آیت الله اراکی، کتاب النکاح، چاپ اعتماد، ص ۷۷۶-۷۷۷.

بالولد ما لم تتزوج»، فرموده اند: اگر این مرسله را بر دو سال شیرخوارگی حمل نکنیم و آن را عام قرار دهیم، به گونه ای که شامل دوران بعد از دو سال شیرخوارگی هم بشود، در این صورت، غایت «ما لم تتزوج» با «غائیه السبع» در تعارض مفهومی است؛ زیرا مفهوم غائیه التزویج آن است که مادامی که مادر ازدواج نکرده است، وی احق است، حتی اگر کودک به سن هفت سالگی برسد و از این سن هم بگذرد و مفهوم «غائیه السبع»، آن است که مادر مادامی که کودک به هفت سالگی نرسیده است، احق است حتی اگر وی اقدام به ازدواج کرده باشد. ایشان در مقام رفع این تعارض آورده است:

در این صورت همان سخن کلی در مورد تعارض دو منطوق با مفهوم دیگری را خواهیم گفت که باید از مفهوم هریک به مقدار منطوق دیگری دست برداشت. پس هر یک از آن دو در تاثیر، مستقل خواهند بود و هر یک سبقت گیرد، تاثیر فعلی خواهد داشت و در این مقام، هر یک از ازدواج و هفت سالگی زودتر واقع شد، احقیت مادر منقضی خواهد شد.

ظاهراً در مقام توضیح معارضه، در کلام ایشان مقداری تسامح وجود دارد و آنچه در اینجا آمده است، بیان اطلاق در منطوق هر کدام از دو دلیل است. بنا بر این مناسب تر است گفته شود: آنچه موجب تعارض است، عبارت است از مفهوم، به اضافه اطلاق که در هر کدام از این دو روایت وجود دارد؛ زیرا اطلاق مفهوم، در روایت منقروی آن است که مادر بعد از ازدواج، دارای حق حضانت نیست، حتی اگر کودک زیر هفت سالگی باشد که با اطلاق موجود در منطوق روایت عبدالله بن جعفر از ایوب بن نوح در تعارض است، و اطلاق مفهوم در روایت مذکور از ایوب بن نوح آن است که با رسیدن کودک به هفت سالگی، حق حضانت برای مادر وجود ندارد، حتی اگر مادر ازدواج نکرده باشد که با اطلاق

موجود در منطوق روایت منقری در تعارض است.

بنابر این از اطلاق مفهوم، در هریک از آنها به سبب منطوق دیگری، دست برمی داریم و مفهوم هر یک، به منطوق دیگری مقید خواهد شد و لذا ظاهراً نتیجه عکس آن است که ایشان فرموده اند، و باید «تزوید» و «بلوغ سبع سنین» هر دو تحقق یابد، تا موجب انقضای احقیّت مادر شود. لیکن ممکن است گفته شود تناسب حکم و موضوع و ظاهر مجموع روایات نشان می دهد که ازدواج مادر و هفت سالگی کودک هر کدام به تنهایی رافع احقیّت مادر است بنابر این چنان که پیشتر گذشت، پس از انقضای احقیّت مادر به سبب تزوید و یا رسیدن سن کودک به هفت سالگی، مطابق نص روایت داود رقی و تصریح یکی از دو روایت ایوب بن نوح، اختیار امر حضانت کودک با پدر خواهد بود.

اما روایاتی که معمولاً معارض روایات مورد بحث قرار داده شده اند، یا اصلاً تعارضی ندارند و یا تعارضشان بدوی است اما روایتی که اصلاً تعارض ندارد، ولی بعضی آن را معارض روایات مورد بحث قرار داده اند، روایت داود بن حصین است که چنان که گذشت، ظهورش در فرض زندگی مشترك است و بر فرض عدم قبول این ظهور، اطلاق آن قابل تقييد به این روایات است که نص در احقیّت مادر در فرض طلاق هستند.

اما روایاتی که تعارضشان بدوی است، عبارت اند از:

۱. روایت فضل ابی العباس. این روایت اطلاقش دال بر احقیّت پدر است، لیکن این اطلاق با روایات ایوب بن نوح، منقری و داود رقی که نص در مورد طلاق هستند، قابل تقييد است و بعد از این تقييد، روایت فضل را مختص به زندگی مشترك می کنیم و چون پیشتر گذشت که به قرینه روایت داود بن حصین، روایت فضل مختص به دوران بعد از ارضاع است، لذا در نهایت روایت فضل ابی العباس

مختص به زندگی مشترك در مورد كودك پس از دو سال است .

۲. روایات ارضاع . اما روایات ارضاع ، تعارض قطعی و کلی ندارند؛ زیرا بنا بر قول به تفکیک حق حضانت و ارضاع اصلاً ربطی به بحث حضانت ندارند؛ زیرا موضوع در آنها حق ارضاع است و لذا بعضی با همین استدلال این دسته از روایات را از محل تعارض خارج کرده اند .

اما بنا بر قول به عدم تفکیک ، اگر چه نمی توان به کلی این روایات را از بحث حضانت کنار گذاشت ، لیکن در ما نحن فیه این روایات با روایات مورد استناد تعارض کلی ندارند؛ زیرا چنان که گذشت ، عدم احقیّت ارضاع بعد از دو سال ، مثبت عدم احقیّت حضانت برای مادر نیست ؛ اگر چه اثبات عدم احقیّت ارضاع در ایام رضاع ، مثبت عدم احقیّت حضانت در این مدت بوده باشد . بلی ، در صورت اثبات ملازمه اخیر ، حداکثر دلالت این دسته از روایات آن است که در صورت بودن شخصی که به اجرت کمتر از مادر راضی است ، اگر مادر حاضر به ارضاع با این اجرت کمتر نبوده باشد ، حق حضانت او فقط در همین مدت ساقط می شود و از این رو ، اطلاق روایات ایوب بن نوح ، منقری و داود رقی به وسیله این دسته از روایات مقید خواهد شد .

۳. روایت فضیل بن یسار . این روایت به جهت احتمال اطلاق آن و اینکه احقیّت در آن به پدر داده شده است ، معارض با روایات ایوب بن نوح و منقری است . در پاسخ به این تعارض هم می توان گفت : اطلاق روایت فضیل قابل تقیید به زندگی مشترك است و لذا در اینجا از دایره تعارض خارج می شود .

بر فرض تسلیم معارضه و نپذیرفتن این جمع ، از آن جهت که روایات ایوب بن نوح در صدور ، متأخر از روایت فضیل بن یسار هستند ، در مقام تعارض مقدم اند . بنا بر این همچنان احقیّت مادر ، تا هفت سالگی كودك محفوظ می ماند .

ادله و مؤیدات دیگر بر احقیقیت مادر

علاوه بر آنچه گذشت، بعضی دیگر از ادله و یا دست کم مؤیداتی که برای اثبات احقیقیت مادر، برای حضانت کودکش می توان به آنها تمسک جست، عبارت اند از:

۱. آیه شریفه:

والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد ان یتم الرضاعة و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف لا تکلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ... ۵

مادران، فرزندان خود را دو سال تمام شیر می دهند، این برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند و بر آن کس که فرزند برای او متولد شده، تأمین خوراک و پوشاک مادر به طور شایسته، لازم است. هیچ کس موظف به بیش از مقدار توانایی خود نیست. نباید مادر به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند.

مرحوم صاحب جواهر^۶ از جمله فقیهانی است که از این آیه برای اثبات احقیقیت مادر در امر حضانت کودکش، در مدت رضاع استفاده کرده است. نکات این آیه:

نکته اول: شیر دادن در دو سال اول، حق مادر است و بنا بر قول به عدم تفکیک میان حق ارضاع و حق حضانت در دو سال اول، علاوه بر احقیقیت مادر در امر ارضاع، حق وی در امر حضانت نیز برای این دو سال ثابت می شود.

نکته دوم: هزینه زندگی مادر از نظر رزق و لباس در دوران شیر دادن بر عهده پدر کودک است و این امور باید در حد متعارف و وسع پدر باشد. شیخ الطائفه؛ در

۵. سوره بقره، آیه ۲۳۳.

۶. جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۵.

تفسیر این آیه آورده است :

معنای آن این است که در مدت شیر دادن، اطعام و پوشاندن مادر فرزندی، اگر مطلقه باشد، بر پدر واجب است و ضحاک و ثوری و اکثر مفسران به آن قائلند.^۷

ظاهراً آیه مزبور و حکم آن به مورد طلاق اختصاص ندارد و شامل زندگی مشترک نیز می شود و ظاهراً این تأمین به سبب واجب النفقه بودن زن به جهت همسری نیست، بلکه به سبب مرضعه بودن مادر است و از این رو، بعید نیست که گفته شود مطابق این آیه، حتی اگر زن در این ایام تمکین نیز نداشته باشد و از جهت همسری واجب النفقه نباشد، لیکن به جهت ارضاع همچنان واجب النفقه خواهد بود.

نکته سوم: ظاهراً در «لا تضارّ والدة بولدها» سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول آنکه در این آیه از اضرار و ضرر رسانیدن (هر کسی از جمله شوهر)، به مادر کودک نهی شده باشد، حتی اگر این ضرر و یا اضرار به انگیزه رعایت حال کودک بوده باشد. این احتمال بنا بر مجهول بودن تضارّ است.

احتمال دوم آنکه در این آیه مادر از اضرار و ضرر رسانیدن به هر کسی از جمله شوهر، به انگیزه رعایت حال کودک نهی شده باشد. این احتمال بنا بر معلوم بودن تضارّ است.

احتمال سوم اینکه مادر از ضرر رسانیدن به کودک نهی شده باشد و این احتمال بنا بر زاید بودن «باء» خواهد بود و در واقع آیه شریفه چنین می شود: «لا تضارّ والدة ولدها» و یا بنا بر اینکه «تضارّ» به معنی «تضرّ» بوده باشد: «ای لا تضرّ والدة بولدها». این احتمال را زمخشری در تفسیر کشاف^۸ مطرح کرده و آن را جایز دانسته است.

۷. شیخ طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، مؤسسة الاعلمی، ص ۲۵۶.

۸. تفسیر الکشاف، ج ۱، البلاغة، قم، ص ۲۸۰.

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

۱. محمدبن یعقوب، از علی، از پدرش، از ابن ابی عمیر، از حماد، از
حلبی، از امام صادق (ع) نقل می کند که فرمود:

الحلبی المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها و هي احق بولدها إن ترضعه بما
تقبله امرأة أخرى إن الله عزوجل يقول: «لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له
بولده و علی الوارث مثل ذلك». قال: كانت المرأة منّا ترفع يدها إلى زوجها
إذا أراد مجامعتها فتقول: لا ادعك لأنني أخاف أن احمل على ولدي ويقول:
الرجل لا اجامعك إنني أخاف أن تعلقني فاقتل ولدي فهى الله عزوجل أن
تضارّ المرأة الرجل و إن يضارّ الرجل المرأة ...^۹؛

به زن مطلقه باردار نفقه می دهند تا وضع حمل کند و او به فرزندش برای شیر
دادن به مبلغی که دیگری برای شیر دادن می گیرد، سزاوارتر است. خداوند
عزوجل می فرماید: «نباید مادر به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید
به سبب فرزندش ضرر ببیند و بر وارث او نیز لازم است این کار را انجام
دهد» (یعنی هزینه دوران شیر دادن را برای مادر تامین کند). فرمود: زنی از
ما زمانی که شوهرش خواست با او مجامعت کند، دستش را به سوی او
می برد و سپس می گوید: نمی گذارم؛ چرا که می ترسم باردار شوم و بر این
فرزند (شیرخوار) ضرری وارد شود. مرد نیز می گوید: با تو مجامعت
نمی کنم؛ چرا که می ترسم باردار شوی، پس سبب مرگ فرزندم شوم. پس

۹. سید بحرانی، البرهان في تفسير القرآن، رحلی، ۱۴۱۷ ق، ج ۱، ص ۲۲۴؛ الکافی، ج

خداوند عزّ و جلّ از اینکه زن به مرد ضرر بزند و مرد به زن ضرر بزند نهی کرده است.

۲. محمد بن یعقوب، از محمد بن یحیی، از احمد بن محمد، از محمد بن اسماعیل و حسین بن سعید، همه از محمد بن فضیل، از ابی صباح کنانی، از امام صادق (ع) که گفت: از ایشان در باره این فرمایش الهی که: «نباید مادر به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند» پرسیدم، فرمودند:

كانت المراضع ممّا تدفع احداهنّ الرجل إذا آزاد الجماع تقول: لا ادعك إني اخاف ان احبل فاقتل ولدي هذا الذي ارضعه و كان الرجل تدعوه المرأة فيقول: اخاف ان اجامعك فاقتل ولدي فيدعها ولم يجامعها فنهى الله عزّوجلّ عن ذلك ان يضارّ الرجل المرأة و المرأة الرجل؛^{۱۰}

آن هنگام که مرد به قصد جماع به نزد زنان شیرده می رود، زن می گوید: نمی گذارم؛ زیرا می ترسم باردار شوم و سبب قتل فرزند شیر خوارم گردم. مرد نیز آن هنگام که زن او را به جماع می خواند، می گوید: می ترسم با تو جماع کنم و سبب مرگ فرزندم شوم. پس او را رها می کند و با او جماع نمی کند. پس خداوند نهی فرمود از اینکه مرد به زن یا زن به مرد زیاد برساند.

۳. از جمیل بن دراج نقل شده است: از امام صادق (ع) از این فرمایش الهی پرسیدم: «نباید مادر به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند»، فرمودند: جماع.^{۱۱}

چنان که ملاحظه می شود، بنابر تفسیر معصوم بحث محوری در این آیه، تأکید بر حفظ حق پدر و مادر است که ممکن است به جهت وجود کودک مورد

۱۰. البرهان في تفسير القرآن، ج ۱، ص ۲۲۴؛ الكافي، ج ۶، ص ۴۱، ح ۶.

۱۱. البرهان في تفسير القرآن، ج ۱، ص ۲۲۵؛ وسائل الشيعة، ج ۲۱، باب ۷۲، ص ۴۵۸، ح ۲۷۵۷۵.

تعرض قرار گیرد؛ در حالی که بنابر احتمال سوم، تأکید در رعایت حال کودک و سفارش و دستور بر رعایت حقوق کودک است.

اما احتمال اول و دوم، اگرچه هر دو با تفسیر آمده در روایات سازگاری دارند و حتی ترتیب مذکور در تفسیر معصوم، در روایت اول و دوم شاید وجهی برای تقدیم احتمال دوم باشد، لیکن از جهاتی ظاهراً احتمال اول مقدم بر احتمال دوم است؛ زیرا حرمت اضرار به غیر عقلاً و نقلاً مطلق است و اختصاص به اضرار مادر، آن هم به سبب کودکش، ندارد، بویژه اینکه بنابر احتمال دوم، مفعول حذف شده است و حذف، دلالت بر عمومیت دارد و بدین جهت، این مورد نسبت به موارد دیگر اضرار، خصوصیتی ندارد، مگر آنکه ادعا شود که مفعول، خصوصاً زوج است که در آن صورت وجهی برای اختصاص در ذکر می توان یافت، ولی اشکال جدی در این صورت، حذف چنین مفعولی خواهد بود (فتأمل) و حال آنکه اختصاص در ذکر، به ویژه در کلام حکیم مطلق، حکمت و خصوصیتی را می طلبد.

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

ظاهراً این اصل کلی (عدم تضرر والدین از ناحیه فرزندشان) با دیگر احکام حقوقی و جزایی اسلام، نظیر عدم قصاص پدر و بنابر قولی عدم قصاص مادر به سبب قتل فرزندشان، جواز برداشتن مال فرزند از سوی پدر برای صرف در مصالح و حوایج خود بنابر قولی، و وجوب اطاعت از آنها و سفارش بی نظیر و منحصر به

فرد تکریم والدین، هماهنگ است و بعید نیست بسیاری از احکام که در مورد پدر و مادر از یک طرف و فرزند آنها از طرف دیگر، در لسان معصومان وارد شده است، علاوه بر علم لدنی و عصمت خاص آنها، مستند به این آیه شریفه بوده باشد.

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

بنابراین اگر مادر به سبب جدا شدن از فرزندش دچار آسیب روحی و روانی گردد (همان طور که ظاهراً در بسیاری از موارد چنین است)، ظاهراً با تمسک به همین آیه می توان گفت که گرفتن کودک از وی جایز نیست و شاید یکی از مهم ترین علل و یا حکمت هایی که موجب شده است تا شارع مقدس امر حضانت را به مادر بسپارد، همین نکته تکوینی است؛ چنان که در خبری از امیر مؤمنان علی(ع) نیز آمده است:

و من رحمته أنه لما سلب الطفل قوة النهوض والتغذى جعل تلك القوة في أمه و رفقها عليه لتقوم بتربيته و حضانته فإن قسا قلب أم من الامهات لوجب تربية هذا الطفل و حضانته على سائر المؤمنين ...^{۱۲}

و از رحمت او است که چون نیروی بلند شدن و غذا خوردن را از کودک گرفته است، آن نیرو را به مادرش داد و او را بر کودک دلسوز و مهربان آفرید تا به تربیت و پرستاری اش اقدام کند و چنانچه مادری سنگ دل باشد، تربیت و حضانت طفل را بر دیگر مؤمنان واجب گردانید.

نکته شایان توجه در این روایت آن است که گویا امر حضانت دایر مدار این محبت و علاقه تکوینی قرار داده شده است؛ به گونه ای که با رفتن آن، امر حضانت

۱۲ . بحار الانوار، ج ۸۹، ص ۲۴۸.

تشریحاً متوجه دیگران می شود و با بودنش نوبت به دیگران نمی رسد.

نکته پنجم: در آیه مورد بحث از پدر به عنوان «مولودُ له» یاد شده است و این تعبیر در مورد مادر به کار نرفته است و حال آنکه امکان به کارگیری عنوان والد برای پدر همانند به کارگیری عنوان «والدة» برای مادر وجود داشت. بعضی از مفسران^{۱۳} آورده اند که نکته استعمال «مولودُ له» در مورد پدر آن است که فرزند برای پدر زاییده می شود و فرزندان برای آنها هستند و مادران فقط ظرف اند، شاید بر این اساس است که گفته شده: رابطه پدر با فرزندش، نظیر رابطه مالک با مملوك است و در خیر نیز آمده است: «انت و مالک لاییک»؛ که در آن بر این نکته تصریح شده است و موجب تاکید این مطلب است، بنابراین در مواردی که حکم صریح و روشنی، در امری از امور مربوط به پدر و فرزند نداریم، ممکن است گفته شود باید به مقتضای این اصل عمل شود. در حضانت نیز از همین اصل تبعیت می شود و به استثنای مواردی که حکم به احقیقت مادر شده است، حضانت، حق پدر است. ظاهراً مرحوم صاحب جواهر در برخی موارد بر اساس همین دیدگاه عمل کرده است. ایشان در بحث مطالبه اجرت از سوی مادر به مقدار بیشتری از دیگران برای شیر دادن کودک، در سقوط حق حضانت مادر در این فرض تردید کرده، لیکن در نهایت گفته است:

به هر حال، در اینجا سقوط، به اصول مذهب و قواعد آن شبیه تر است؛ زیرا اصل، احقیقت پدر به فرزند است و از این اصل زن شیرده حاضن که متیقن از نص است، خارج می شود و غیر آن تحت اصل است.^{۱۴}

لیکن ظاهراً برداشت این اصل - مالک گونه بودن پدر نسبت به فرزندش - از آیه شریفه مورد بحث، محل تأمل و اشکال است. همان طور که روایت «انت و

۱۳. ر. ک: الکشاف، ج ۱، ص ۲۷۹، ذیل همین آیه.

۱۴. جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۳۰۰.

مالک لایبک^{۱۵} نیز نمی خواهد چنین اصلی را بیان کند و اگر بیان امام صادق (ع) در این روایت ملاحظه شود این معنا به خوبی در آن روشن است. مرحوم علامه طباطبایی در ذیل «لاتضارّ والدة بولدها و لا مولودُله بولده» آورده است:

از سخنان بسیار شگفت آن است که برخی از مفسران گفته اند که از این جهت فرمود: «مولودُله» و نفرمود: «والد»، تا دانسته شود که مادران هر چه می زایند، برای مردان است؛ برای اینکه اولاد، برای پدران است و به همین جهت، هرکسی به پدر خود نسبت داده می شود، نه به مادر... و گویا گوینده آن از صدر آیه و نیز از ذیلش غفلت کرده که اولاد را به مادران نسبت داده و در صدر آن فرمود: «اولادهن» و در ذیل فرمود: «بولدها».^{۱۶}

ایشان در ادامه می فرماید که «مولودُله» اشاره است به اینکه فرزند در امور

۱۵. محمد بن یحیی، از عبدالله بن محمد، از علی بن حکم از حسین بن ابی علاء که گفت: به امام صادق (ع) عرض کردم: آیا از مال فرزند بر پدر چیزی حلال است؟ فرمود: «قوته بغیر سرف إذا اضطرّ إليه، قال: فقلت له: فقول رسول الله للرجل الذي أتاه فقدم أباه، فقال له: أنت و مالک لایبک؟ فقال: إنما جاء بابیه إلی النبی، فقال: یا رسول الله هذا ابی و قد ظلمنی میراثی من أمی فاخبره الاب أنه قد انفق علیه و علی نفسه، فقال: أنت و مالک لایبک و لم یکن عند الرجل شیء افکان رسول الله یحبس الاب للإبن؟» (الکافی، ج ۵، ص ۱۳۶، ح ۶)؛

در صورتی که چاره ای نداشته باشد به اندازه خوراکش بدون زیاده روی اشکالی ندارد، گوید: از او پرسیدم: پس اینکه رسول خدا فرمودند: «أنت و مالک لایبک» چه می شود؟ فرمود: موضوع این بود که فرزندی پدرش را به شکایت نزد رسول خدا (ص) آورده و گفت: ای فرستاده خداوند، این پدر من است و در میراث مادرم به من ستم کرده، پدر گفت: من آن را هزینه زندگی خود و او کردم. رسول خدا فرمود: «تو و هر چه داری، از آن پدرت است و پدر مالی نداشت تا رسول خدا بستاند و به فرزند دهد، آیا آن حضرت، پدر را برای پسر به زندان می افکند؟» چنان چه روشن است با توجه به توضیح امام صادق (ع) نسبت به سخن رسول الله (ص) معلوم می شود که حضرت در روایت مذکور رابطه پدر با فرزندش را نظیر مالک و مملوک قرار نداده است.

۱۶. علامه سید محمدحسین طباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۲، جامعه المدرسین، ص ۲۴۰.

اجتماعی ملحق به پدر است. ^{۱۷} وی همچنین می‌فرماید:

اما اینکه چرا به جای «والد» عبارت: «مولودله» را به کار برده، اشاره به حکمت تشریح است؛ یعنی پدر از آن جهت که فرزند برای او متولد می‌شود و در بیشتر احکام زندگی اش - و نه در همه آنها - ملحق به اوست، ناگزیر مصالح زندگی و لوازم تربیت او و از آن جمله پوشاک و نفقه مادری که او را شیر می‌دهد، به عهده اوست و بر عهده مادر اوست که به پدرش ضرر نزند؛ چرا که فرزند، برای پدرش متولد شده است. ^{۱۸}

بعضی دیگر از مفسران نیز گفته‌اند که تعبیر «المولودله» گویا به این جهت است که عواطف پدر را در راه انجام وظیفه در قبال کودکش بیشتر برانگیزد و گوشزد کند که اگر هزینهٔ کودک و مادر او در این موقع بر عهدهٔ مرد گذاشته شده است، به این جهت است که فرزند میوهٔ دل اوست، نه فردی بیگانه. ^{۱۹}

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

در جواب می‌توان گفت: «المولودله» در ابتدای آیه شریفه در عرض تعبیر «اولادهن» آمده است و برای تأکید بیشتر انتساب کودک به پدر نسبت به مادر نیست و تعبیر «مولودله» در مقابل «اولادهن» اقوی در دلالت بر انتساب نیست.

اما در مورد «مولودله» مذکور در آخر آیه شریفه، اگرچه ظاهراً امکان داشت که «والد» به جای آن به کار رود، لیکن در وجه به کارگیری «مولودله» می‌توان گفت: اولاً، شدت شفقت و مهربانی مادر تکویناً و نوعاً به گونه‌ای است که نیازی به

۱۷. همان.

۱۸. همان، ص ۲۳۹.

۱۹. تفسیر نمونه، ج ۲، ص ۱۳۳، ذیل همین آیه.

تأکید بر این انتساب، برای تحریک عواطف مادر به ارضاع و حضانت کودکش نیست، به خلاف پدر که نوعاً عواطف و احساساتش شدت کمتری دارد و به همین جهت، واداشتن وی به امور مربوط به کودک و مادر، نیازمند تأکید و توجه دادن بیشتر بر این انتساب است.

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

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

نکته هفتم: همان گونه که بعضی از علما^{۲۰} فرموده اند، این آیه اگرچه در ذیل حکم رضاع آمده است، ولی به عنوان کبرای استدلال مطرح شده است و نمی توان آن را مخصوص به مورد دانست و خصوصیت مورد، موجب تخصیص در عموم لفظ نمی شود.

۲. وجوب احسان در طلاق

آیاتی که مرد را مکلف کرده است تا هنگام طلاق با همسرش به معروف

۲۰. آیت الله محمدهادی معرفت این آیه را به عنوان تاسیس اصل در مسأله مطرح کرده و فرموده است: در هر مورد که به جهت فقدان دلیل یا تعارض ادله نوبت به شک برسد، علاوه بر استصحاب، بر اساس این آیه، حق مادر مقدم خواهد بود. (ر. ک: ماهنامه دادرسی، شماره ۴، ص ۱۱).

عمل کند، عبارت اند از:

- الطلاق مرتان فإمساک بمعروف أو تسریح بإحسان؛^{۲۱}

طلاق، دو مرتبه است: باید به طور شایسته همسر خود را نگاهداری کند، یا با نیکی او را رها سازد.

- و إذا طلقتم النساء فیلغن أجلهن فامسکوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف...؛^{۲۲}

و هنگامی که زنان را طلاق دادید، و به آخرین روزهای «عده» رسیدند، یا به طرز صحیحی آنها را نگاه دارید و یا به طرز پسندیده‌ای آنها را رها سازید.

بر اساس وحی، طلاق و رها کردن زن باید بر پایه احسان و معروف باشد؛ همان گونه که نگهداری و داشتن همسر نیز باید بر اساس معروف بوده باشد. مرحوم شیخ طوسی در ذیل این آیه شریفه در بیان معروف می فرماید:

منظور از معروف، حقی است که عقل یا شرع به جهت معرفت به صحت آن بدان فرا می خوانند، بر خلاف منکر که عقل یا سمع به سبب محال بودن معرفت به صحت آن، از آن گریزانند. پس آنچه معرفت به صحت آن جایز باشد، معروف و آنچه معرفت به صحت آن جایز نباشد، منکر است و مراد از معروف در اینجا این است که زن را بر وجهی که خداوند مباح فرموده مانند قیام به آنچه برای زن واجب است مانند نفقه و حسن معاشرت و ... ، نگاه دارد و ضرر زدن به او مد نظر نیست.^{۲۳}

روشن است که در اینجا اگر قضاوت بر عهده خود ما بود، می گفتیم جدا کردن کودک از مادر یا توجه به شدت علاقه و ارتباط عاطفی او با فرزندش، معروف

۲۱. سوره بقره، آیه ۲۲۹.

۲۲. سوره بقره، آیه ۲۳۱.

۲۳. شیخ طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۲۵۱.

نیست، بلکه واگذاری حضانت به مادر در صورت خواست او مطابق با معروف است. بنابراین بعد از امر صریح به معروف در آیات مذکور، در صورت نبود حکم صریح و روشن در خصوص مورد حضانت، ظاهراً واگذاری آن به عنوان یک حق به مادر متعین است.

۳. تناسب فطری و روحی زن

زن، چه رسد به مادر، در امر حضانت تناسب فطری و روحی بیشتری نسبت به مرد دارد بلکه بعید نیست که گفته شود نوعاً امر حضانت از توان مرد خارج است. این نکته در بعضی از روایات تصریح شده است؛ چنان که از حضرت علی (ع) در تفسیر کلمه «الرحمن» آمده است:

ومن رحمته أنه لما سلب الطفل قوة النهوض والتغذى جعل تلك القوة في أمه ورفقها عليه لتقوم بتربيته و حضانته فإن قسا قلب أم من الأمهات لوجب بتربيته هذا الطفل و حضانته على سائر المؤمنين ...؛^{۲۴}

از نشانه های رحمت خداوند این است که چون قدرت حرکت و تغذیه را از کودک گرفته، آن نیرو را در مادر قرار داده و مادر را به وی مهربان گردانده است تا به تربیت و نگهداری او بپردازد. پس اگر مادری از مادران سنگ دل شد، تربیت و نگهداری این کودک بر دیگر مؤمنان واجب است.

برخی از فقها نیز در تعریف حضانت، آن را به زنان اختصاص داده اند؛ چنان که مرحوم محمد جواد مغنیه، حضانت را رعایت کودک دانسته است، به جهت تربیت و حفظ و نگهداری کودک از سوی او در مدتی که کودک نیازمند به چنین کسی از زن ها دارد.^{۲۵}

۲۴. بحار الانوار، ج ۸۹، ص ۲۴۸.

۲۵. محمد جواد مغنیه، الفقه على المذاهب الخمسة، مؤسسة الصادق (ع)، ص ۳۷۷.

و برخی نیز در صورت وجود مرد و زن برای امر حضانت، زن را مقدم بر مرد می‌دانند و در مقام تعلیل فرموده‌اند: زن به تربیت فرزند مناسب‌تر و برای مصلحت طفل خصوصاً اگر دختر باشد شایسته‌تر است. ۲۶

همچنین در بعضی از روایات، همین تکوینی و فطری بودن کار مادر در گرفتن حضانت فرزند خود، مورد استناد واقع شده است و حضرت آن را تقریر فرموده؛ چنان‌که در حدیث نبوی از طریق عامه آمده است:

ان امرأة جاءت إلى رسول الله فقالت: إن ابني هذا كان بطني له وعاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء و ان اباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني، فقال: أنت ائحق به مالم تنكحي. ۲۷

۲۶. مسالک الافهام، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ج ۸، ص ۴۳۲.
۲۷. شیخ طوسی، المبسوط، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۳۹، الخلاف، مؤسسة النشر الاسلامی، ج ۵، ص ۱۳۳؛ ابن فهد الحلّی، المهذب البارع، جامعة المدرسين ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۴۲۹؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶، ج ۸، ص ۴۲۴؛ محقق بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۲؛ جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰؛ سنن ابی داود، دارالفکر، بیروت، ج ۱، ص ۵۰۸، ح ۲۲۷۶؛ سنن الدارقطنی، ج ۳، ص ۳۰۵، ح ۲۲۰؛ البيهقي (وفات ۴۵۸هـ) السنن الكبرى.
- تمسک به تکوینی و فطری بودن این امر در بعضی دیگر از نقل‌ها نیز به چشم می‌خورد؛ چنان‌که سید مرتضی در امالی آورده است: «گفته شده که زن ابوالاسود شکایت او را در باره فرزندش به نزد زیاد برد و گفت: ای امیر، این مرد می‌خواهد فرزندم را از من بگیرد و حال آنکه شکمم برای او ظرفی و سینه‌ام مشکى و دامنم محل پرورش او بود. ابوالاسود گفت: این گونه می‌خواهی پسر مرا از من بگیری؟ به خدا قسم، من او را حمل کردم، قبل از آنکه تو او را حمل کنی و قرارش دادم، پیش از آنکه تو قرار دهی. زن گفت: این دو یکی نیستند: تو او را در حالی که سبک بود، حمل کردی و من آن‌گاه که سنگین بود. تو او را از روی شهوت قرار دادی، ولی من از روی ناراحتی و سختی بر زمین گذاردم. زیاد به آن مرد گفت: این زنی عاقل است. ای ابوالاسود، پسرش را به او بده (الامالی، مكتبة آيت الله مرعشي، قم، ج ۱، ص ۲۱۴).

از طرف دیگر، کودک خصوصاً در سال های اولیه نیازمند توجه و ابراز محبت و احساسات و بازی است^{۲۸} و حتی رشد و شکوفایی تعقل او نیز مرهون گذراندن زندگی عاطفی و پراحساس است، نه زندگی خط کشی شده. این دوران براساس روایات شریفه، همان هفت سال اوّل زندگی کودک است که از آن به دوران سیادت کودک یاد شده است؛^{۲۹} بنابراین احقیقت مادر برای حضانت کودک، با این امر خطیر نیز تناسب دارد.

شایان ذکر است که نحوه برخورد و تربیت در هفت سال اوّل و دوم دوران کودکی، آن چنان در سرنوشت کودک مؤثر است که در بعضی از روایات آمده است، اگر پس از گذشتن این دو دوره فرزند رستگار نشد، دیگر امید خیری در او نیست. از یونس، از مردی به نقل از امام صادق (ع) آمده است:

دع ابنك يلعب سبع سنين و الزمه نفسك سبع سنين فإن افلح و إلا فإنه من

[ممن] لا خير فيه؛^{۳۰}

بگذار پسر هفت سال بازی کند و هفت سال پیوسته مراقب او باش، اگر رستگار شد (که شد)، و گرنه خیری در او نخواهد بود.

از یونس بن یعقوب به نقل از امام صادق (ع) آمده است:

امهل صببك حتى ياتي له ست سنين ثم ضمه إليك سبع سنين فادبك

فان قبل و صلح و إلا فخلّ عنه؛^{۳۱}

۲۸. ر. ك: فروع کافی، ج ۶، ص ۴۵ و ۴۶؛ من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۱۶۱ و ۱۵۸؛
 وسائل الشیعه، ج ۱۵، مکتبه الاسلامیه، ص ۱۹۳-۱۹۵.

۲۹. فروع کافی، ج ۶، ص ۴۵؛ من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۱۵۸؛ وسائل الشیعه، ج ۲۱،
 باب ۸۳ از ابواب احکام الاولاد، ص ۴۷۶، ج ۷.

۳۰. وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۳، ح ۱؛ فروع کافی، ج ۶، ص ۴۶. در بعضی دیگر از روایات
 چنین تعبیرهایی برای پایان دوره سوم (هفت سال سوم) آمده است: (ر. ك: وسائل الشیعه،
 ج ۱۵، ص ۱۹۵-۱۹۳، ح ۱، ج ۲، ح ۴ و ۶ و ۷؛ من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۱۶۱).

۳۱. وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۱۹۳، ح ۲، چاپ اسلامیة و فروع کافی، ج ۶، ص ۴۶، ح ۲.

پسرت را مهلت بده تا شش ساله شود، سپس او را تا هفت سال با خود همراه ساز و با ادب خود او را تربیت کن. اگر قبول کرد و صالح شد (که شد)، و الا او را رها کن.

مرحوم صاحب حدائق، بعضی از این روایات را مؤید احقیقیت مادر - در فرض عدم تنازع - برای حضانت کودک تا هفت سال، مادامی که مادر ازدواج نکرده است، قرار داده و فرموده است:

آشکار است که در هفت سالی که تربیت و بازی است، فرزند نزد مادر است؛ چرا که او مربی فرزند است و این فرمایش حضرت بدان اشاره دارد: «سپس او را با خود همراه ساز و پیوسته مراقب او باش»؛ یعنی پس از این هفت سالی که در کنار مادرش گذرانند، و فرقی هم بین پسر و دختر نیست.^{۳۲}

مرحوم صاحب جواهر نیز در مؤید بودن این روایات و حتی در اقتضای آنها برای اثبات احقیقیت مادر در حضانت کودک، برای هفت سال، اعم از اینکه کودک دختر باشد و یا پسر، اشکالی نکرده و آن را ذکر کرده و تنها مانع استناد به این روایات را بعضی از روایات فطام دانسته است.

ربما يؤید النصوص الواردة في افعال الصبي سبعا و لزومه للاب و تعلیمه الكتاب سبعا و تعلیمه الحلال و الحرام سبعا بل منها مال في الحدائق إلى التوقیت بالسبع في الذكر و الانثی.^{۳۳}

چنان که پیشتر گذشت، روایات فطام و تعلیق احقیقیت مادر بر آن، نمی تواند نافی احقیقیت مادر برای بعد از فطام باشد.

بعضی دیگر از فقها و مفسران بزرگ نیز بر تناسب فطری و روحی زن با امر حضانت، تصریح و تأکید کرده اند و عده ای از این بزرگان اموری از این دست را

۳۲. شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۰.

۳۳. جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۱.

موجب اختلاف در وظایف و تکالیف میان زن و مرد در اسلام دانسته اند. مرحوم علامه طباطبایی در ذیل آیات ۲۲۸ تا ۲۴۳ از سوره بقره در بحثی علمی، ضمن بیان اشتراکات و اختصاصات مرد و زن آورده است:

احساسات لطیف مانند محبت و رقت قلب و میل به زیبایی و زینت در زن نسبت به مرد بیشتر است؛ آن گونه که تعقل در مرد نسبت به زن بیشتر است. پس زندگی زن، زندگی ای احساسی است؛ همان طور که زندگی مرد، زندگی ای تعقلی است و به همین جهت، اسلام در وظایف و تکالیف عمومی اجتماعی که با یکی از این دو چیز یعنی تعقل و احساس در ارتباط است، بین زن و مرد فرق گذاشته است. بدین جهت، به دلیل احتیاج مبرم به تعقل، ولایت و قضا و جنگ را مختص به مردان کرد، و اموری مانند حضانت و تربیت فرزندان و تدبیر منزل را به زن سپرد و نفقه او را بر عهده مرد قرار داد.^{۳۴}

سید قطب نیز در تبیین آیه ۲۸۳ بقره آورده است:

مردان در اجتماع سالم اسلامی با کارها دست و پنجه نرم می کنند و زن محتاج آن نیست که برای زندگی و امرار معاش خود کار کند. او مجبور نخواهد شد تا برای به دست آوردن چند لقمه نان یا چند سکه، مادری و زن بودن خودش را از دست بدهد و وظیفه واجب خویش را در تربیت و پرورش پربهاترین چیز برای آینده انسانیت، یعنی فرزندان شایسته و سازنده نسل آینده، وانهد. زن طبیعت نرم و تاثیرپذیری دارد؛ چراکه وظیفه مهم مادری چنین می طلبد که زن در برابر طفل خود سخت نباشد و به خواسته های او کاملاً توجه کند و این نشأت گرفته از فضل الهی بر طفل و مادر او است.^{۳۵}

۳۴. المیزان في تفسير القرآن، ج ۲، ص ۲۷۵.

۳۵. سید قطب، التفسير في ظلال القرآن، ج ۱، ص ۳۳۵.

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

ملاحظه این بُعد، وقتی جدی تر می شود که بدانیم در زمان نیاز کودک به حضانت، جدا کردن او از مادر مطلقه و سپردن او به پدر، در بسیاری از موارد، بلکه در اکثر قریب به اتفاق، عملاً کودک را از حضانت مادر و پدر به طور همزمان، محروم می کند و امر حضانت وی را به دست مادر بزرگ و یا عمه و یا نامادری می سپارد؛ کسانی که قطعاً حقی در این زمینه با وجود پدر و مادر ندارند، تا چه رسد به احقیقت آنها نسبت به مادر؛ زیرا چنان که گذشت، امر حضانت تکویناً، خارج از توان و عهده مرد است و با دیگر تکالیف و وظایف وی هماهنگی ندارد و وی در عمل به ناچار از این مسئولیت شانه خالی کرده، آن را به غیر می سپارد.

علاوه بر اینها، سپردن حضانت فرزند پسر به پدر بعد از دو سالگی او، علاوه بر جدایی مادر از فرزند، در بعضی از موارد، جدایی خواهر و برادر را از یکدیگر به دنبال دارد و این امری است که باید مورد توجه قرار گیرد و نمی توان به سادگی از آن گذشت^{۳۶}.

۳۶. در این زمینه توجه به روایات و کلمات فقها در خور توجه است:

یک: ابو ایوب انصاری از پیامبر روایت کرد که فرمود: «من فرّق بین والدۀ و ولدها فرّق اللّٰه

شایان ذکر است که اگر چه مطالبی از این دست نمی تواند در فقه، مستند حکم

> بینه و بین احبته يوم القيامة؛ اگر کسی بین مادر و فرزندش جدایی افکند، خداوند در روز قیامت بین او و محبوبانش جدایی می افکند» (المبسوط، ج ۲، ص ۲۱؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۳، ص ۳۷۵، ح ۱۰؛ عوالی اللثالی، ج ۲، سید الشهداء، قم، ص ۲۴۹، ح ۲۰؛ مسند احمد، ج ۵، بیروت، ص ۴۱۳؛ سنن الترمذی، ج ۳، دارالفکر، ص ۶۴).

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

سه: علی از پدرش، از ابن ابی عمیر، از هشام بن حکم، از امام صادق (ع) نقل می کند که گفت: برای امام صادق (ع) از کوفه کنیزی خریده بودم و برای کاری از نزد آن حضرت رفتم. آن کنیز گفته بود: ای مادر. امام (ع) از او پرسیده بود: آیا مادری داری؟ گفته بود: آری. امام (ع) فرمان داد تا او را نزد مادرش باز گردانند و سپس فرموده بود: «ما امت لو حبستها ان اری فی ولدی ما آکره؛ اگر او را نگه دارم، ایمن نیستم که برای فرزندم امر ناگواری پیش نیاید.» (تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۷۳، ح ۲۷؛ کافی، ج ۱، ص ۳۹۱).

چهار: از علی، از پدرش، از ابن ابی عمیر، از معاویه بن عمار نقل شده که گفت: شنیدم که امام صادق (ع) فرمود: اتی رسول الله سبی من الیمن فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جاریة من السبی کانت امها معهم، فلما قدموا علی النبی سمع بکاءها، فقال: ما هذه؟ قالوا: یا رسول الله احتجنا الی نفقة فبعنا ابنتها فبعث بئمنها فاتی بها و قال: یعوهما جمیعاً أو امسکوهما جمیعاً؛ اسیرانی را از یمن نزد رسول خدا آوردند. زمانی که به جحفه رسیدند، آذوقه آنها تمام شد. پس کنیزی را که مادرش در بین آن اسیران بود، فروختند. وقتی نزد رسول خدا رسیدند، صدای گریه مادر را شنیدند و پرسیدند: این صدای چیست؟ گفتند: ای رسول خدا، به آذوقه احتیاج پیدا کردیم و دختر او را فروختیم. رسول خدا فرستاد تا دختر را بیاورند و فرمود: «یا مادر و دختر را با هم بفروشید و یا هر دو را نگهدارید.» (تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۷۳، ح ۲۸؛ کافی، ج ۱، ص ۳۹۱؛ من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۱۳۷).

پنج: قاضی ابن برآج می گوید: اگر مادر و فرزندش اسیر شدند، برای امام جایز نیست که بین آن دو جدایی افکند؛ یعنی مادر را به مردی دهد و فرزند را به دیگری ... ، و کنیز اگر

قرار گیرد و برای اثبات حکم شرعی باید به روش فقهی عمل شود، لیکن اولاً این امور در حد مؤید، قابل توجه جدی است و مقصود از آوردن این مطالب در این مقام بیش از تأیید نیست و بحث فقهی برای اثبات حق حضانت برای مادر در بحث‌های سابق به شکل مفصل گذشت.

ثانیاً، در روایات معصومان و فقه امامیه، حرمت جدا کردن مادر و فرزند از اموری است که مورد تنصیص قرار گرفته است.

بنابراین در امر حضانت و تعیین صاحبان این حق، باید این مطلب نیز مورد توجه جدی قرار گیرد و تراحم این حق با حق حضانت پدر (بنابر قول مشهور) و یا تعارض این ادله با مستندات قول مشهور در امر حضانت، حتی از منظر صناعتی و روش فقهی نیز قابل اغماض نیست و باید به شکل فنی به آن پرداخت.

ثالثاً، هماهنگی تشریح و تکوین امر پذیرفته شده‌ای است و بعضی از آیات شریفه بر آن دلالت صریح و روشنی دارند؛ نظیر:

فَاقم وجهك للدين حنيفاً فطرة الله التي فطر الناس عليها؛^{۳۷}

پس روی خود را متوجه آیین خالص پروردگار کن. این فطرتی است که خداوند انسانها را بر آن آفریده است.

مرحوم علامه طباطبایی به شکل عام بر این هماهنگی تصریح دارند و می‌فرمایند: «اسلام شریعتش را براساس فطرت و خلقت بنا کرده است».^{۳۸}

> فرزندی داشته باشد، مولای او نمی‌تواند با فروختن و غیر آن میان آنها جدایی افکند... و گفته شده است که این بیع فاسد است، به دلیل آنچه از امیرمؤمنان روایت شده است که: ایشان بین کنیزی و فرزندش جدایی انداخت و پیامبر ایشان را از آن نهدی و بیع رار کرد و این اقوی است؛ (المهذب، جامعة المدرسين، ج ۱، ص ۳۱۸. همچنین ر. ك: المبسوط، المكتبة المرتضوية، ج ۲، ص ۲۱).

۳۷. سوره روم، آیه ۳۰.

۳۸. الميزان في تفسير القرآن، ج ۲، ص ۲۳۲.

حضرت امام خمینی نیز به شکل خاص در این مورد آورده‌اند:

اسلام بر اساس بنای منطقی خود نسبت به زن، یک دید بینانه و متکی بر فطرت و طبیعت و نیازهای حقیقی دارد و حکم الهی نیز متناسب با خواست‌ها و نیازهای گوناگون است.

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

حق حضانت در فرض فقدان یکی از والدین

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

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

۱. اشفقیت و ارفقیت آنها برای کودک نسبت به دیگران؛
۲. آیه شریفه «و اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله»؛^{۳۹}
۳. آیه شریفه «لاتضارّ والده بولدها ولا مولود له بولده».^{۴۰}

۳۹. سوره بقره، آیه ۲۳۳.

۴۰. سوره انفال، آیه ۷۵.

۴. تمام روایاتی که دال بر احقیقت مادر در مقابل پدر و تمام روایاتی که دال بر احقیقت پدر در مقابل مادر هستند، نشان می‌دهند که پدر و مادر هر کدام به تنهایی حق حضانت کودک خود را دارند و حتی در بعضی از صورت‌ها و فروض، حق هر کدام مساوی با حق دیگری است و بدین جهت، هر دو در این امر شریک قرار داده شده‌اند. اما در فروض دیگری که به جهت وجود موانعی و یا وجود مصالحی به سبب وجود والدین در شرایط خاص، حق به یکی از آن دو اختصاص یافته است، از آن تعبیر به احق شده است که نشان می‌دهد حتی در این وضعیت نیز برای دیگری حق وجود دارد و از این رو، با نبود فرد احق قطعاً حق از آن ذی حق است و سلب این حق از وی نیازمند دلیل است و حال آن که وجود صاحب حق دیگری در مقابل وی، فاقد دلیل است.^{۴۱}

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

۱. صحیح‌ه ابن سنان

... لیس للوصی ان یخرجه من حجرها حتی یدرك و یدفع الیه ماله؛^{۴۲}

... وصی نمی‌تواند فرزند را از دامن او (مادر) خارج کند تا اینکه بالغ شود و مالش را به او دهند.

۲. موثقه داود بن حصین از امام صادق (ع):

... فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه ...؛^{۴۳}

... پس اگر پدر مُرد مادر از همه فامیل پدر به فرزند سزاوارتر است.

۴۱. ر. ک: جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳.

۴۲. الکافی، ج ۶، ص ۴۱، ح ۷؛ وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۵۶، ح ۲۷۵۷۰.

۴۳. الکافی، ج ۶، ص ۴۵، ح ۴؛ من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۴؛ وسائل الشیعه، ج ۲۱، آل‌البیته (ع)، ص ۴۷۰، باب ۸۱ از ابواب احکام الاولاد، ح ۱ (۲۷۶۱۱).

در مقابل این نظر، بعضی در این موضوع دچار تردید شده و آورده اند:

اگر ولایت از آن پدر بود و پدر مُرد، دلیلی مبنی بر اینکه ولایت به او (مادر) بر می گردد، نمی شناسم و حضانت حق وصی است.^{۴۴}

در مقام تعلیل برای انتقال حق حضانت به وصی پدر یا مادر بعد از مرگ آنها، در زمان احقیقیت آنها با وجود یکی دیگر از آنها، گفته شده است:

وصی برای آن زن یا آن مرد ادامه ای برای صاحب حق، مانند وکیل یکی از آن دو است. پس مادامی که این امتداد وجود دارد، نوبت به حق دیگری نمی رسد و بدین جهت، در میان متشرّعه، قراردادن قیم از سوی شرع برای اولاد شخص متوفا متعارف است؛ اگر چه مادر زنده باشد.^{۴۵}

لیکن در پاسخ از این وجه آمده است:

اینکه بودن وصی، امتدادی برای حق صاحب حق است، به طوری که در مقابل حق دیگری می ایستد، اول کلام است و آن را مانند وکیل دانستن، قیاس است و آنچه متشرّعه انجام می دهند، از باب احتیاط است. کون الوصی امتداداً بحیث یقف امام حق الآخر اوک الکلام و تنظیره بالوکیل قیاس، و ما یفعله المتشرّعه انما هو من باب الاحتیاط.^{۴۶}

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

۴۴. حدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۴-۹۵.

۴۵. ر. ک: الفقه، ج ۶۸، ص ۱۶۹.

۴۶. همان.