

Assessing and Criticizing Bases of Depriving Non-Muslim's Custody Over Muslim

Meysam Kohantorabi^{1*}, Mahla Rouhi Seyyed
Abadi^{2*}

1- Associate Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Faculty of Humanities, Bozorgmehr University of Qaenat, Qaen. Iran.

2- Bachelor's degree, jurisprudence and Islamic law, Faculty of Humanities, Bozorgmehr university of Qaenat, Qaen. Iran.

Received Date: 2023/11/11

Accepted Date: 2024/02/15

Abstract

In some jurisprudential sources, conditions are mentioned for male and female claimants of legal custody (*ḥāḍin* and *ḥāḍina*), one of which is "Islam", meaning if one of the parents is non-Muslim and the child is Muslim, and the parent loses custody of the child. Shi'ite jurists mostly approve this opinion while Sunni schools are divided upon this issue. Some Sunni scholars do not consider Islam as a condition; some consider it to be different for the *ḥāḍin* and the *ḥāḍina*, and some agree with the Shi'a. The proponents of this ruling have cited the verse of *nafy-i sabīl*, the verse of *'izzat* and the hadith of the superiority of Muslims over non-Muslims (*ḥadīth 'uluw*). There are fundamental criticisms of these citations; both verses cannot be considered the basis of this ruling, as well as, the *'uluw* hadith, in addition to being weak in terms of its *sanad* (chain of transmitters), is referred to the superiority of the power of Islamic thought and ethics, as has been discussed in independent researches. Additionally, viewing custody as guardianship and extending the rulings of the guardianship to it is a matter of deliberation. Custody is a right that cannot be denied except with a valid reason. The emotional and mental damage inflicted upon the child under custody (*maḥḍūn*) is a further damage through the implementation of this sentence. It may lead to desecration of religion and turning away from it. On the other hand, the philosophy behind this ruling, i.e. impressionability, is degraded in many ways. This research aims to investigate the validity of the foundations of this ruling and criticize them, using library sources based on the critical descriptive-analytical method.

Keywords: custody, right, non-Muslim, Muslim, *nafy-i sabīl*.

اعتبارسنجی و نقد مبانی حکم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان

میثم کهن ترابی^{۱*}، مهلا روحی سیدآبادی^{۲*}

۱- دانشیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بزرگمهر قائنات، قائن، ایران.

۲- دانش‌آموخته کارشناسی فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بزرگمهر قائنات، قائن، ایران.

دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۸/۲۰

پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۱۱/۲۶

چکیده

در برخی منابع فقهی برای حاضن و حاضنه شرایطی ذکر شده است. یکی از این شرایط، اسلام است. به عبارتی اگر یکی از والدین، غیرمسلمان و فرزند مسلمان باشد، حضانت بر فرزند خود را از دست می‌دهد. اغلب فقهای امامیه بر این عقیده‌اند. در میان مکاتب اهل سنت اختلاف‌نظرهایی وجود دارد. برخی اساساً اسلام را شرط نمی‌دانند، گروهی این شرط را در مورد حاضن و حاضنه متفاوت می‌دانند و بعضی نیز با فقهای امامیه هم‌نظرند. موافقان این حکم به قاعده نفی سبیل، آیه عزت و حدیث علو استناد کرده‌اند. به این استنادات نقدهایی اساسی وارد است؛ از جمله آیه نفی سبیل و آیه عزت اساساً نمی‌تواند مبنای این حکم باشد. حدیث علو نیز علاوه بر این که از منظر سندی با چالش‌های جدی همراه است، به مفهوم علو قدرت اندیشه و اخلاق اسلام است چنان که در پژوهش‌هایی مستقل مطرح شده است. از طرفی نگاه به حضانت به‌عنوان ولایت و تسری احکام ولایت بر آن قابل تأمل است. حضانت حقی است که جز با دلیل معتبر نمی‌توان آن را سلب کرد. آسیبی که از لحاظ عاطفی و روحی به محضون وارد می‌شود دیگر آسیبی است که اجرای این حکم به‌دنبال دارد. چه‌بسا اجرای این حکم به وهن دین و رویگردانی از آن منجر شود. از طرفی دیگر فلسفه‌ای که برای این حکم نقل شده که همان تأثیرپذیری است، از جهات متعددی مخدوش است. پژوهش پیش‌رو در پی سنجش اعتبار مبانی این حکم و هم‌چنین نقد آن‌ها با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و براساس روش توصیفی تحلیلی با رویکرد انتقادی است.

واژگان کلیدی: حضانت، حق، غیرمسلمان، مسلمان، نفی سبیل.

بیان مسئله

علم حقوق در پی برقراری عدالت و دفاع از حقوق انسان‌ها است و البته این اخلاق است که حاکم بر سایر علوم به‌ویژه حقوق است. با گذشت زمان و تغییر جوامع، روابط انسان‌ها روز به روز در حال گسترش است و شایسته نیست که در حاکمیت روابط بین آن‌ها اخلاق؛ کرامت و عزت نفس آدمی با نادیده گرفتن حقوق اساسی مربوط به دین، نژاد، جنسیت و... زیر پا گذاشته شود. کرامت انسانی با توجه به اهمیتی که دارد در آیات بسیاری از قرآن بیان شده و الزام به رعایت آن مورد تأکید قرار گرفته است (اسرا/۷۰؛ مومنون/۱۴؛ تین/۴).

خانواده مهم‌ترین نهاد یک جامعه است و قوانین و مقررات حاکم بر آن از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. از جمله مهم‌ترین این قوانین، مقررات مربوط به حضانت است. کسی که حضانت فرزند را بر عهده می‌گیرد باید حائز شرایطی باشد و از دست‌دادن هر یک از این شرایط موجب سلب حق حضانت می‌شود. یکی از موارد بحث برانگیز و تأثیرگذار در مقوله حضانت، دین زوجین است. در منابع فقهی از جمله شروط حاضن و حاضنه مسلمان بودن است؛ به عبارتی مسلمان نبودن و تغییر دین یکی از والدین موجب تغییر حکم و صدور حکم بر سلب حضانت او می‌شود. فقهای بسیاری قائل به این دیدگاه هستند. از دیدگاه برخی دیگر از فقها اگر یکی از والدین مسلمان باشد؛ مسلمان محق‌تر است (طوسی، ۱۳۸۷، ۶/۴۰)؛ بنابراین مادر اگر مسلمان و آزاد باشد در مدت شیردهی که دو سال است نسبت به فرزند محق‌تر از پدری است که غیر مسلمان است (حلی، ۲، ۱۳۷۴/۵۶۷). گفته شده حتی اگر نصی هم وجود نداشته باشد، واضح است که غیرمسلمان بر مسلمان ولایتی ندارد (نجفی، ۱۲۶۲، ق/۳۱، ۲۹۴؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳، ق/۸، ۴۲۲؛ البحرانی، ۱۳۶۳، ش/۲۵، ۹۰؛ خوانساری، ۱۳۵۵، ش/۴، ۴۷۶؛ لنگرانی، ۱۴۲۱، ق/۵۵۸). در گذشته به‌جهت بافت تقریباً ایستایی که در جوامع وجود داشت، ابتلای به این حکم به‌ندرت اتفاق می‌افتاد؛ اما امروز به دلایل متعددی از جمله بروز تکثر دینی در جوامع، احتمال بروز رخدادهایی از قبیل ازدواج زنان و مردان مسلمان با افرادی از دیگر ادیان و حتی تغییر دین یکی از آن‌ها پس از ازدواج به مراتب افزایش یافته است. از این‌رو بازانندیشی پیرامون احکامی از جمله حکم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان با مراجعه به منابع فقهی و بررسی مبانی و اصول حاکم بر آن ضروری می‌نماید. به‌همین سبب پژوهش حاضر به دنبال پاسخ به این پرسش است که حکم سقوط حضانت یکی از والدین به سبب مسلمان نبودن بر چه مبانی‌ای استوار است و با چه چالش‌هایی روبه‌رو است؟ در پاسخ به این پرسش ابتدا

ادله‌ای که فقها برای صدور این رأی ارائه نموده‌اند، مطرح و نقد می‌شود و پس از آن ادله مخالف این حکم و به عبارتی مؤیدات حکم عدم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان ارائه و تبیین خواهد شد. پیشینه تحقیق

پیرامون موضوع حاضر آثاری به رشته تحریر درآمده که مهم‌ترین آنها به شرح ذیل است:

۱. نیوشا مصلی‌نژاد در مقاله خود که در سال ۱۳۹۵ در مجله فقه و حقوق خانواده تحت عنوان «بررسی تأثیر اراده در حضانت» منتشر شده، به پرسش اصلی خود که آیا حضانت به موجب قرارداد قابل اسقاط و واگذاری می‌باشد یا خیر؟ پاسخ داده و اظهار داشته که طبق قانون سلب حق امکان‌پذیر است مگر این‌که قانون آن را منع کرده باشد و نیز حضانت برای هریک از طرفین امتیازی است که می‌تواند در قالب قرارداد به دیگری واگذار شود.

۲. علی شریفی در سال ۱۳۹۷ در مجله مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده مقاله‌ای با عنوان «بررسی فقهی حقوقی حق حضانت اطفال» منتشر کرده و بیان داشته که حضانت برای مادر حق و برای پدر حق و حکم است و به همین دلیل از سمت پدر قابل اسقاط نیست و نیز میبانی ازدواج مجدد زن را که موجب سقوط حضانت از او است بررسی نموده و مشخص کرده است که فتوای مشهور در رابطه با این مسئله پشتوانه مستدل و محکمی ندارد.

۳. عبدالرضا جمال زاده در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی فقهی حقوقی حضانت کودک از طرف مادر؛ چالش‌ها و راهکارها» که در فصلنامه مطالعات میان‌رشته‌ای فقه در سال ۱۴۰۱ منتشر نموده، دو چالش مهم که عدم ولایت مادر بر فرزند و اسقاط حق او در صورت ازدواج مجدد است را محور مطالعه خویش قرار داده است و همچنین از عدم ذکر مادر در قانون به عنوان ولی با توجه به تغییرات جامعه نسبت به گذشته انتقاد نموده است.

۴. سعید بیگدلی در مقاله خود با عنوان «مشکلات و خلاءهای قانونی نهاد حضانت در نظام حقوقی ایران» که در سال ۱۳۹۰ در مجله فقه و حقوق خانواده منتشر شده، نقص قانون در ارائه تعریف دقیق از حضانت و عدم شفاف‌سازی حقوق و تکالیف ناشی از آن با نهادهای مشابه را بیان می‌کند.

۵. معصومه مظاهری و آلا سادات آفقه نیز در مقاله‌شان تحت عنوان «نقدی بر محدودیت قانونی حضانت مادر پس از فوت پدر در نظام حقوقی ایران» علاوه بر تأکید بر خلاء موجود در قوانین؛ تداخل حضانت

مادر با ولایت قهری را موضوع بررسی خویش قرار داده و ذکر کرده‌اند که ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده موجب ازدیاد مشکلات در مقوله حضانت مادر می‌شود. این مقاله در سال ۱۳۹۵ و در فصلنامه خانواده‌پژوهی منتشر شده است.

علی‌رغم نگارش آثار فوق، اثری مستقل در رابطه با بررسی مبانی اسقاط حق در صورت مسلمان نبودن والدین به رشته تحریر در نیامده است؛ بنابراین پژوهش حاضر با هدف بررسی استحکام حکم سلب حضانت والدین به سبب مسلمان نبودن به بررسی مبانی و همچنین طرح چالش‌های فقهی، حقوقی و اخلاقی، آن پرداخته است.

۱. مفهوم شناسی حضانت

حضانت در اصطلاح عبارت است از ولایت و اختیار بر تربیت طفل و آنچه که به او تعلق می‌گیرد از قبیل مصلحت حفظ او، قرار دادن در بستر و پوشاندن و نظافت و مانند آن (حر عاملی، ۱۴۱۲، ۳۳۱/۷). شهید در المسالک نیز می‌گوید حضانت تمیشت امور است در مسیر تربیت کودک هم‌چون نگهداری، قرار دادن در گهواره، تمیز کردن، معطر ساختن و شستن لباس‌های او (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴۲۱/۸). میرداماد به این معنا اشاره کرده و می‌گوید: حضانت به معنی آغوش است یعنی چسباندن کودک به آغوش و مفهوم آن اقدام به تربیت کودک است و پیگیری آنچه مصلحت او در مدت حضانت است که این مدت نیز دو سال معین شده است و این حقی است برای مادر و او در این مدت به حضانت کودک محقق‌تر است (میرداماد، ۱۳۹۳، ۲/۱۸۳).

حضانت به حفاظت کردن از کسی که تشخیص نمی‌دهد و در امورش مستقل نیست گفته می‌شود و حاضن به تربیت طفل و محافظت او از آنچه که ضرر می‌زند اقدام می‌کند و این نوعی ولایت و سلطنت محسوب می‌شود (سعیدی، ۱۳۹۴، ۳۱۹/۱).
۲. ارتباط حضانت با ولایت، حق و تکلیف

یکی از مهم‌ترین مباحثی که ما را در رسیدن به پاسخ به مسئله محوری پژوهش حاضر یاری می‌رساند این است که حضانت اساساً ولایت است یا حق؟ به عبارتی حقی است که والدین ذاتاً به دلیل وجود طفل از آن برخوردار هستند و یا نوعی ولایت بر اوست؟ اهمیت این تفاوت زمانی مشخص می‌شود که اگر آن را حقی ذاتی تصور کرد آیا امری خارجی چون تغییر دین، ازدواج مجدد زن و مسائلی این‌چنینی

می‌تواند موجب سلب آن به‌طور کلی شود؟ و نیز اگر ولایت محسوب شود نیاز به بررسی دارد که در چه ظرف زمانی ولایت تحقق می‌یابد؟ ولایت بر انسان نیاز به چه شرایطی دارد؟ برخی در پاسخ به این پرسش که حضانت، ولایت بر طفل است و یا حقی است که بر والدین اعمال می‌شود حکم بر ولایت آن داده‌اند (جمعی از پژوهش‌گران، ۱۳۸۱، ۲۶۲/۲۱؛ سعیدی، ۱۳۹۴، ۳۱۸/۱). عده‌ای نیز در مقابل نگاه متفاوتی از حضانت داشته و با توجه به معنای واژه حضانت، حق تربیت را از آن فهمیده‌اند (میرداماد، ۱۳۹۳، ۱۸۳/۲).

حضانت به معنای نگهداری است و طبق قانون نگاهداری اطفال دو بُعد دارد؛ یعنی هم حق و هم تکلیف برای ابویین به‌شمار می‌آید (ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی). مواد ۱۱۸۰ الی ۱۱۹۴ قانون مدنی به ولایت قهری پدر و جد پدری اختصاص یافته و شروط تحقق آن را بیان کرده که مواردی چون طفل غیررشدید و یا مجنون و متصل بودن عدم رشد یا جنون وی به صغر را شرط دانسته‌اند که به‌موجب چنین موقعیتی، ولی مجوز انجام امور مالی را خواهد داشت که همین نکته باعث تمایز ولی نسبت به حاضن که حضانت طفل را بر عهده دارد، می‌شود (صفایی، ۱۳۹۱ ش، ۱۳۶/۱-۱۳۹)؛ چراکه وی با اتکای به چنین موردی جایز بر انجام کارهای ولی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۱۸۷/۲) با شفاف‌شدن این موضوع حتی در صورت پذیرش ادله کسانی که برای اثبات حکم به آیه نفی سبیل استناد کرده‌اند باز هم محتوای کلام آن‌ها در ولایت پذیرفته می‌شود؛ اما در حضانت خیر. همان‌طور که گفته شد حضانت را نسبت به والدین نمی‌توان صرفاً به‌مثابه وظیفه‌ای از سوی قانون دانست؛ چراکه به موازات مسئولیت قانونی و حقوقی خویش، حق نیز دارند در نتیجه بدون اتکا به یک دلیل معتبر، نمی‌توان آن‌ها را برکنار کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۱۹۳/۲). قانون اظهار می‌دارد طفل را نمی‌توان از ابویین و یا از پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی (ماده ۱۱۷۵ ق م)، حال با توجه به آنچه در بخش مربوط به دیدگاه قانون نیز بیان شد که قانون در این‌باره سکوت کرده است ولی در ماده فوق‌الذکر سلب حضانت را مشروط به وجود علت قانونی دانسته است چگونه این تعارض قابل جمع است؟ اگر حضانت را حق بدانیم آیا در اینجا حق صرفاً یک معنای عام است که حضانت در دل آن جای می‌گیرد؟ چه آثاری به تبع آن بر ابویین و فرزند مترتب می‌شود؟ بر فرض حق بودن آن آیا حقی اعتباری است که بستگی به زمان و مکان دارد و با پیش آمدن شرایطی، حق سابق تغییر یابد یا همواره ثابت است؟

در رابطه با شناخت مفهوم اصلی حق و بنای آن اختلاف نظر بسیاری وجود دارد و هر یک از دریچه‌ی چشم انداز خود به آن می‌نگرد به‌عنوان مثال عده‌ای آن را نوعی از توانایی می‌دانند که ناشی از اراده شخص است که به‌وسیله قانون موجودیت پیدا کرده و عده‌ای در مقابل می‌گویند: حق؛ منفعتی است که قانون آن را پشتیبانی و حمایت می‌کند و نه اراده شخص برای انجام امری. به‌طور کلی نظر اکثریت در بین صاحب‌نظران حقوق مدنی مشعر بر این معناست که نمی‌توان معنای حق را از شخصیت جدا نمود بلکه در نتیجه اختیار فرد قالبی برای تحقق حق خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ۲۳۶). از طرفی به این مهم نیز باید توجه نمود که هیچ‌گاه مقوله حق به‌تنهایی قابل تحقق نیست، بلکه به موازات خود تکلیف را نیز برای شخص صاحب حق به‌وجود می‌آورد. بنابراین حق و تکلیف با یکدیگر ملازمه دارند.

همان‌طور که گفته شد امکان تشخیص بین مبنای اصلی حق دشوار است حال در امر مهمی چون حضانت چه باید کرد؟ کاتوزیان می‌گوید: حفظ نظم و تأمین پرورش کودکان ایجاب می‌کند که پدر و مادر مکلف به نگاهداری آنان شوند. خواستن این تکلیف با شناسایی حق تأدیب برای ایشان ملازمه دارد. باید پدر و مادر محترم باشند و اختیار اداره زندگی کودک را در دست گیرند. پس این بحث به میان می‌آید که آیا سلطه پدر و مادر حق آنهاست یا نتیجه اجرای تکالیفشان؟ (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ۲۳۹). حقوق مربوط به شخصیت و روابط خانوادگی، مانند حق ابوت و بنوت و حضانت و ولایت و آزادی و شرافت، قابل واگذارن به دیگری نیست. این‌گونه امتیازها در زمره احکام است، وضعی است که قانون به‌وجود آورده و به‌گونه‌ای امری اداره می‌کند. به همین جهت، به‌کار بردن واژه «حق» درباره آن‌ها رسمی است که بدون مسامحه نباید پذیرفت. سلطه‌ای که این احکام برای شخص به‌وجود می‌آورد با حق شباهت زیاد دارد، ولی از حیث طبیعت و مبنا با آن یکی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ۲۸۴).

حال با توجه به این‌که حضانت حقی است که در زمره حقوق مالی قرار نمی‌گیرد و بر روابط بین انسان‌ها حاکم می‌شود و رفع نیازهای عاطفی را هدف خود قرار داده قابل انتقال به دیگری نیست بنابراین بدون اتکا به دلیلی معتبر و اقوی نمی‌توان آن را از صاحب حق، سلب کرد؛ نکته‌ای که شاید مدنظر نویسندگان قانون مدنی بوده و به همین دلیل، در ارتباط با سلب حضانت به‌استناد تغییر دین، سکوت کرده‌اند.

۳. دیدگاه فقها

همان‌طور که گفته شد همراه با جنون، فوت و دیگر شرایط؛ اسلام نیز از شروط لازمه نسبت به حاضن و حاضنه در امر حضانت است. فقهای امامیه و اهل سنت هر یک دیدگاه متفاوتی به این موضوع دارند که در ادامه بیان خواهد شد.

۳-۱. فقهای امامیه

شیخ طوسی می‌نویسد: اگر یکی از والدین مسلمان باشند برای حضانت شایسته‌ترند، اکثر اهل سنت هم همین اعتقاد را دارند و برخی از آنها معتقدند باید کودک را مخیر گذاشت (طوسی، ۱۳۸۷، ۴۰/۶). اگر یکی از والدین چه پدر و چه مادر کافر باشد مسلمان حق بیشتری دارد (بیهقی کیدری، ۱۳۷۴، ۱/۲۴۴). کنیز و زن کافر حضانتی بر مسلمان ندارند (حلی، ۱۳۷۴، ۵۶۷/۲). در جواهر الکلام نیز آمده است: اگر پدر، برده یا کافر بود مادر مسلمان آزاده حق بیشتری دارد حتی اگر ازدواج کند و در واقع شاید اختلافی در این مورد نباشد (نجفی، ۱۲۶۲، ۳۱، ۲۹۴). مغنیه درباره اختلاف نظر فقها درباره شرطیت اسلام آورده است: «فقهای امامیه و شافعیه می‌گویند: کافر نمی‌تواند بر مسلمان حضانتی داشته باشد، بقیه‌ی مذاهب، اسلام را شرط نمی‌دانند اما حنفیه، می‌گویند: ارتداد حاضن یا حاضنه موجب سقوط حق حضانت است» (مغنیه، ۱۳۹۳، ۱۱۰).

۳-۲. فقهای اهل سنت

فقهای اهل سنت در ارتباط با این حکم اختلاف نظر دارند؛ عده‌ایی معتقدند اگر پدر مسلمان شود فرزند از او تبعیت می‌کند؛ اما اگر مادر مسلمان شود فرزند تبعیت نخواهد کرد چون فرزند تابع پدر است چون در نسب و آزاد و برده بودن هم از پدر تبعیت می‌کند (مقدسی، ۱۴۳۳، ۱۰، ۱۴۴). از دیدگاه شافعیان و حنبلیان و برخی مالکیان و حنفیان مسلمان بودن در مورد حاضن شرط است؛ اما براساس قول مشهور مالکیه و حنفیه شرط مذکور در مورد حاضنه لحاظ نمی‌شود و زن غیرمسلمان در احراز حق حضانت با زن مسلمان آنگاه که طفل متوجه دین نباشد یکی است مگر این‌که از گرایش او به کفر بترسند که در این صورت از غیر مسلمان سلب و به زن مسلمان ملحق می‌شود؛ اما به عقیده مالکیه اگر ترس برای او وجود دارد نباید او را از حاضنه جدا کرد، بلکه باید حاضنه را به مسلمانان ملحق کرد. از دیدگاه حنفیه

اگر حاضنه؛ مرتد باشد؛ حضانت او ساقط می‌شود؛ زیرا او باید حبس شود و کتک بخورد (شاهرودی، ۱۴۳۲، ۷/۳۸۰).

به عقیده مالکیه، اسلام برای حاضن شرط نیست حتی اگر طفل تحت حضانت مسلمان باشد و اگر ترسی از کفر حاضن برای محضون وجود داشته باشد، به مسلمان ملحق می‌شود تا سرپرست او باشد. شافعیه معتقدند: کافر بر مسلمان حضانت ندارد؛ زیرا کافر بر مسلمان ولایت ندارد و چون حضانت مصلحت طفل را می‌سازد و برای طفل مسلمان در حضانت کافر مصلحتی وجود ندارد؛ زیرا او را در دین وسوسه می‌کند و این یکی از بزرگ‌ترین آسیب‌ها است؛ ولی برای مسلمان بر کافر حضانت برقرار است چون به نفع طفل در حضانت است. در کشف القضاء در فقه حنبلی آمده است: کافر بر مسلمان حضانت ندارد بلکه ضرر او بیشتر است، زیرا او را در دین خود وسوسه می‌کند و با تعلیم و تربیت او به سوی کفر، او را از اسلام دور می‌کند و همه این‌ها مضر است (زیدان، ۱۴۱۳، ۱۰/۳۵).

زیدان در ادامه نظر ارجح در اهل سنت را این‌چنین بیان می‌کند: صحیح‌ترین نظر آن است که حنفیان دارند: اگر طفل تحت حضانت مسلمان باشد اسلام شرط نیست مگر این‌که ادیان را بفهمد یا بیم آن باشد که با عادت‌کردن به کفر یا تشریفات آن توسط کافر، به آن انس بگیرد. به همین ترتیب ما این گفته آن‌ها را ترجیح می‌دهیم که زن مرتد حضانت مسلمان را ندارد حتی اگر فرزند او صغیر باشد؛ زیرا زن مرتد از نظر مذهب حنفی مستحق حبس است و طبق دیگر مذاهب مستحق مرگ و حبس او با شرایط حضانت منافات دارد و همچنین مرتد برای حضانت مناسب نیست (زیدان، ۱۴۱۳، ۱۰/۳۶).

۴. دیدگاه قانون

مقنن در مقام بیان تأثیر دین والدین در حضانت فرزند سکوت کرده، البته لازم به ذکر است که با توجه به اهمیت و چند وجهی بودن مسئله حضانت؛ حقوق هر چند قواعدی را برای آن تعبیه کرده است؛ اما برای تحت شمول قرار دادن تمام حالات آن ناتوان است. کاتوزیان معتقد است که نمی‌توان تمام موضوعات مربوط به حضانت را با ساز و کار قانون مدیریت کرد. او در بحثی که پیرامون مفاد و قلمرو حضانت مطرح می‌کند ذیل عنوان «ناتوانی حقوق» به این مطلب تأکید می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۲/۱۳۲). با این وجود قانون تلاش کرده است تا جایی که می‌تواند و امکان آن وجود دارد به حضانت و حق والدین و فرزند و هم‌چنین تکالیف مرتبط با آن بپردازد.

از جمله حقوق پدر و مادر بر فرزند، انتخاب شیوه تربیت آنهاست: «به موجب بند ۳ از ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، پدر و مادر حق دارند نوع تعلیماتی را که باید به کودکان آنان داده شود انتخاب کنند. پدر و مادر می‌توانند مذهب فرزند خود و محیط آموزش و پرورش روحی او را برگزینند، بر رفت و آمدها و ملاقات‌ها و نامه‌های او نظارت کنند، به منظور کارآموزی او را بعد از سن دوازده سال به کار گمارند (مواد ۲ و ۱۶ قانون کار) و در صورت لزوم او را به وسیله تنبیه با استفاده از حکم دادگاه وادار به اطاعت از خود سازند» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۲/۱۴۵). پدر و مادر تنها مأموران دولت نیستند تا هرگاه مصلحت کودک ایجاب کند به کناری گذارده شوند. آنان بر نگاهداری و تربیت فرزند خود حق دارند: حقی که از دیر باز به‌عنوان امتیازی طبیعی، محترم دانسته شده است و تا خانواده‌ای هست پا بر جا می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۲/۱۴۸). به‌نظر می‌رسد که هیچ عامل خارجی نتواند حقی را که پدر و مادر نسبت به نگاهداری از فرزند خود دارند از بین ببرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۲/۱۵۷).

پس چگونه در فرض پیش آمدن چنین موقعیتی می‌توان حکم به عدم حضانت فرد غیرمسلمان صادر کرد؟ قانون به‌طور دقیق چه موضعی نسبت به این امر دارد؟ چه قاعده حقوقی برای آن در نظر گرفته است؟ قانون در ماده ۱۱۷۰ جنون و ازدواج مادر را موجب سقوط حضانت دانسته است. در رابطه با عدم ذکر نام پدر برای شمول ماده مذکور چنین عنوان شده که قانون مدنی، در مورد حضانت، پدر و مادر را برابر نشناخته و برای آنان حقوق مساوی قائل نشده است. این اختلاف را چنین توجیه کرده‌اند که در خانواده ایرانی شوهر رئیس خانواده و دارای ولایت نسبت به اطفال خود است. از ای رو جز در چند سال اول زندگی که طفل احتیاج بیشتری به مواظبت و مراقبت مادر دارد، حضانت به پدر واگذار شده است (حسینی، صفایی، ۱۴۰۰، ۱۸۵).

در ماده ۱۱۷۳ انحطاط اخلاقی از سمت ابوبین را موجب دخالت محکمه برای تصمیم‌گیری در مسئله حضانت دانسته است؛ چرا که موجب تأثیر بر فرزند و همچنین جامعه انسانی خواهد شد و سپس بیان می‌دارد که جدایی طفل از ابوبین مشروط به وجود علت قانونی است (ماده ۱۱۷۵ ق م)؛ اما در رابطه با کفر سکوت کرده است؛ هرچند که گفته است ولی مسلمان حقی برای تعیین وصی غیرمسلمان نسبت به امور مولی‌علیه خود ندارد (ماده ۱۱۹۲ ق م) - و برخی حقوق‌دانان بر این اساس حکم به سلب حضانت کافر داده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۹۱، ۳۵۸) - اما آیا به صرف تغییر دین می‌توان حکم به سلب حضانت

وی داد؟ چه بسا کسی که مسلمان نیست؛ اما توانایی لازم برای سرپرستی فرزند را دارا باشد و صالح و ارجح نسبت به کسی باشد که صرفاً به وسیله مسلم بودن فائق شده و در بطن وجودی خود فاسد باشد و بالعکس. «از لحاظ اجتماعی به دشواری می توان تضاد بین محروم کردن پدر یا مادر نامسلمان از حضانت فرزند خود و سایر راه حل های حقوقی و اقتصادی را توجیه کرد. شاید به همین ملاحظات بود که در قانون مدنی کفر را در زمره موانع ارث یا حضانت نیاورده و راه حل را به رویه قضایی واگذار کرده بودند» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۱۶۰/۲).

۵. ادله موافقان سلب حضانت و نقد آن

معتقدان به حکم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان به ادله ای چند استناد کرده اند که در ادامه مختصراً بیان می شود. از آنجا که برای این حکم به قرآن و حدیث استناد شده ضروری است این مستندات مستقلاً مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۵. آیه نفی سبیل

در منابع فقهی قاعده نفی سبیل مبنای بسیاری از احکامی که بر نفی سلطه کافر بر مسلمان دلالت دارد قرار گرفته است. یکی از مبانی حکم سلب حضانت، قاعده مذکور است که از آیه ۱۴۱ سوره نساء اخذ شده است: «الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ بِكُمْ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ فِتْحٌ مِنَ اللَّهِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ مَعَكُمْ وَإِنْ كَانَ لِلْكَافِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعُكُم مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا».

صاحب جواهر می نویسد: اگر یکی از والدین کافر باشد و به سبب اسلام آوردن مادر یا جد، فرزندش مسلمان شود یا قبل از بلوغ به مسلمانی متصف شود بر او ولایت ندارد و این مستند به آیه نفی سبیل است (نجفی، ۱۴۰۳، ۲۰۶/۲۹). در رابطه با شرایط حضانت برای مادر آمده است که به دو نکته باید توجه داشت اول این که احراز این حق برای او فقط در صورتی است که آزاد، مسلمان و عاقل باشد و اگر هیچ یک از این اوصاف سه گانه را نداشته باشد ولایت ندارد؛ زیرا کنیز همواره تابع اربابش است و توانایی بر انجام چیزی ندارد و کافر ولایت ندارد؛ زیرا خداوند به موجب آیه نفی سبیل تسلطی برای کافرین بر مومنین قرار نداده است (لنکرانی، ۱۴۲۱، ۵۵۸/۱).

- نقد و بررسی

به نظر می‌آید استناد معتقدان به سلب حضانت غیرمسلمان به آیه نفی سبیل به دلایلی که در ادامه می‌آید صحیح نیست؛ اول این که اساساً ظرف زمانی و مکانی نفی سبیل این دنیا نیست که بتوان آن را بر احکام فقهی تسری داد. علی^(ع) و ابن عباس گفته‌اند که این آیه مربوط به آخرت است؛ به دلیل این که به عبارت «فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» عطف شده است. توضیح این که عبارت قبل در آیه مذکور صراحتاً بیان می‌دارد که خداوند در روز قیامت میان شما و کافران داوری خواهد کرد و سپس عبارت «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» به آن عبارت عطف شده است، به همین جهت مفهوم آن نیز عطف می‌شود و دلیلی ندارد عبارتی که عطف به عبارتی شده که در مورد آخرت است، در ارتباط با دنیا قلمداد کنیم؛ از این رو معنای این دو عبارت چنین است: خداوند در روز قیامت میان شما و کافران داوری خواهد کرد و نتیجه این داوری آن است که کافران هرگز بر شما تسلط و برتری نخواهد داشت و پیروز این داوری مسلمانان هستند (فخر رازی، ۱۴۲۰، ۱۱/۲۴۸).

دلیل دیگر حتی با فرض این جهانی بودن نفی سبیل آن است که مراد از نفی سبیل تنها نفی سبیل در حجت است و نه چیز دیگر؛ یعنی غیرمسلمانان در مقام بیان و ارائه حجت بر مسلمانان غلبه نخواهند یافت. قرطبی نظر برخی صاحب نظران را این گونه بیان می‌کند که نفی سبیل در حجت عقلی محقق می‌شود و نه شرعی (قرطبی، ۱۳۶۴: ۵/۴۳۰). شیخ طوسی معتقد است تسلط و غلبه با قدرت ممکن است، به همین جهت مراد آیه، نفی غلبه در حجت و استدلال است (طوسی، بی تا، ۳/۳۶۴).

دلیل سوم حتی با فرض این که بتوان این قاعده را برای صدور احکام ملاک قرار داد، با این حال اطلاق آن مخدوش است. مدرس در این رابطه می‌گوید: آیه نفی سبیل مطلق نیست؛ چراکه اگر این گونه بود نیاز بود تا گفته شود که به هیچ عنوان تحت هیچ شرایطی کافر حق طرح دعوی بر علیه مسلمان را ندارد پس نیاز است تا سیاق آیه را با دیگر آیات مرتبط بررسی نمود (مدرسی، ۱۳۹۲، ۵۰۴). در نتیجه بر فرض این که بپذیریم این آیه در صدور احکام می‌تواند ملاک قرار بگیرد؛ اما باز هم نمی‌توان آن را مطلق دانست. مدرس در ادامه بررسی آیه بیان می‌دارد که تنها به اطلاق آیه نمی‌توان تکیه نمود و باور داشت که در عالم تشریح کافران هیچ گونه راهی بر مؤمنان ندارند (مدرسی، ۱۳۹۲، ۵۰۶). بنابراین با تمسک بر آنچه که تا به حال از آیه شریف و مفاهیم آن بیان شد نمی‌توان آن را همه جا ملاک قرار داد و

براساس آن حکم نمود. صاحب حدائق با بیان نظر مذکور احکامی چون ولایت و سرپرستی را از دامنه شمول قاعده نفی سبیل خارج ساخته و در واقع این گزاره را که مراد از نفی سبیل، نفی هرگونه سبیل برای کافران است رد می‌کند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۳/۲۶۸).

میرداماد در رابطه با جمع بین حضانت و آیه نفی سبیل می‌گوید: میان مادر غیرمسلمان و فرزندش ولایتی نیست که موجب تسلط شود بلکه معنای لغوی حضانت در آغوش گرفتن است پس حضانت حق است و نهایتاً این که بگوییم مسلمان سزاوارتر است از غیرمسلمان و این حکم مختص امامیه و حنفیه است (میرداماد، ۱۳۹۳، ۲/۱۹۹).

بنابر دلایلی که گفته شد، نمی‌توان آیه نفی سبیل را مبنای حکم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان قرار داد؛ به خصوص آنکه دلایل عدم دلالت که در سطور فوق ذکر شد، عمدتاً مبتنی بر احادیث است حال آنکه معتقدان به سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان فاقد دلایل نقلی کافی برای استنتاج این حکم از این آیه هستند (کهن ترابی و فرطوسی، ۱۴۰۱، ۲۲-۴۱).

۲-۵. آیه عزت

یکی دیگر از آیاتی که مبنای صدور حکم قرار گرفته آیه ۸ سوره منافقون است که از آن با عنوان آیه عزت یاد می‌کنند: «يَقُولُونَ لَئِنْ رَجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ الْأَعَزُّ مِنْهَا الْأَذَلَّ وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ». انصاری در کتاب احکام الأطفال دلایلی را که موجب صدور حکم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان شده است برشمرده است: آیه نفی سبیل، آیه عزت و حدیث علوی. وی در توضیح چگونگی استدلال به آیه عزت می‌نویسد: خداوند متعال جلال و عزت را برای خود و رسولش و مؤمنان دانسته و حصر کرده است، پس اگر عزت برای مؤمن باشد و نه منافق، چطور ممکن است که خداوند حکمی را وضع کند که سبب برتری کافر بر مسلمان شود و مسلمان را بر رعایت آن ملزم کند، در این صورت کافر محترم و مسلمان ذلیل است (انصاری، ۱۴۲۹، ۱/۳۴۳).

- نقد و بررسی

در شأن نزول آیه عزت آمده است که عبدالله بن ابی که از منافقین بود پس از جنگی که اسلام در آن پیروز شده بود گفت: وقتی به مدینه بازگشتیم آنانی از ما که عزیز هستند - که منظور خودش و پیروانش بود - کسانی را که ذلیل‌اند - و منظور او مسلمانان بودند - از شهر بیرون خواهند کرد که در همین رابطه این آیه نازل شد و عزت را از آن خدا، پیامبر و مؤمنان دانست (طبری، ۱۴۱۲، ۲۸/۷۳).

باتوجه به صدر و ذیل آیه مفهوم آن در جدال و تقابل میان مؤمنان و کسانی که با آنها در جنگ هستند متبلور می‌شود (طبرانی، ۲۰۰۸، ۲۸۶/۶) همچنین گفته شده این عزت به سبب پیروی کردن مؤمنان از حجت و ذلت منافقان به جهت تبعیت آنها از هواهای نفسانی‌شان است (ماتریدی، ۱۴۲۶، ۲۷/۱۰). برخی نیز عزت مؤمنان را به سبب عبودیت آنها توصیف کرده‌اند (ابوالفتوح رازی، ۱۴۰۸، ۲۳۵/۱۹). از امام صادق^(ع) نیز در مقام بیان مصادیق عزت مؤمنان روایتی وارد شده که ایشان آن را به عزت تیسیر، عزت تبشیر، عزت تأخیر، عزت توقیر و عزت تکثیر معنا کرده‌اند (ابوالفتوح رازی، ۱۴۰۸، ۲۳۶/۱۹).

با توجه به شأن نزول، در این آیه اساساً تقابل بین مسلمان و غیرمسلمان مطرح نیست که بتوان از آن برای حکم مذکور استفاده کرد، بلکه از دوگانه‌ی مؤمن و منافق سخن می‌گوید. از طرف دیگر و براساس تفاسیر و احادیث وارده، عزت مؤمنان به سبب عبودیت پروردگار، تبعیت از حجت و ذلت منافقین به موجب پیروی از هواهای نفسانی آنهاست. برخی از اهل کتاب اهل عبودیت پروردگارند و حتی قرآن گروهی از آنان را به سبب این که شب‌هنگام سجده‌کنان آیات الهی را می‌خوانند ستایش می‌کند (آل عمران/۱۱۳). از میان آنها کسانی هستند که ایمان به خداوند دارند و در برابر او خاشع هستند (آل عمران/۱۹۹). نیز قرآن برخی از آنها را کاملاً امانت‌دار و قابل اطمینان معرفی می‌کند (آل عمران/۷۵). بنابراین تسری مدلول این آیه به موضوع سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان اساساً مخدوش است.

۳-۵. حدیث علو

سومین دلیلی که در منابع فقهی برای صدور حکم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان مطرح شده، حدیث علو است. صاحب جواهر در رابطه با استناد به این حدیث در صدور این حکم می‌نویسد: اگرچه در مورد عدم حق حضانت برای کافر نصی وجود ندارد؛ اما واضح است که کافر نباید بر مسلمان ولایت داشته باشد بنابر «الاسلام یعلو و لایعلی علیه» (نجفی، ۱۴۰۳، ۲۹۴/۳۱؛ بخاری، ۱۴۰۱، ق، ۱۹۶/۲). گفته شده این خبر مشهور و موثق الصدور است، به دلیل شهرت آن نزد فقها و در هر موردی به آن عمل می‌کردند، و آنچه از حدیث شریف بر می‌آید این است که ممکن نیست حکم و تشریح اسلام دلیل و موجب برتری کافر بر مسلمان باشد (انصاری، ۱۴۲۹، ۳۴۳/۱). مفاد ایجابی جمله این است که احکام شرعی در اسلام در مورد مسائل بین مسلمانان و کفار است و در آن برتری مسلمانان بر کافران را در نظر گرفته است و مفاد سلبی جمله عدم برتری کافر بر مسلمان است. انصاری در ادامه این گونه جمع‌بندی

می‌کند: فقیهان از مضمون آیات مذکور و علو و موارد دیگر حکمی فقهی گرفته‌اند و آنرا قاعده نفی سبیل می‌نامند و در موارد بسیاری از عبادات و معاملات و سیاست‌ها به آن عمل می‌کند. همان‌طور که بیان کردم در تعریف حضانت قطعاً نوعی ولایت بر تربیت طفل است، پس جایز نیست کافر به مفاد این قاعده متولی حضانت طفل مسلمان شود. ولی انصافاً مدرک قاعده آیات و روایاتی بود که ذکر کردیم و به آن استدلال کردیم، پس غیر آن دلیل مستقلی ندارد (انصاری، ۱۴۲۹، ۳۴۴/۱)

- نقد و بررسی

حدیث علو در منابع حدیثی امامیه فاقد سند (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ۳۳۴/۴) و در اهل سنت نیز اسناد آن ضعیف است (ابن حجر عسقلانی، ۱۴۲۴ق، ۱۷۵/۳). از طرفی حدیث علو نه بر سبیل انشاء که بر سبیل اخبار و فحوای آن علو در اندیشه و براهین است. از سوی دیگر قاعده علوی که از این حدیث استنتاج شده در موارد متعددی با خطای تطبیق بر مصداق مواجه است. ضمن این‌که با روح آیات قرآن، اصول اخلاقی همچون کرامت انسان در تعارض است (ر.ک: کهن‌ترابی، ۱۳۹۸، ۱۹۳-۲۱۱).

طباطبایی در نقد استدلال به این حدیث می‌گوید: این فرض که اگر فرزند تحت حضانت و کفالت مادر غیر مسلمان باشد به او گرایش پیدا می‌کند مخدوش است چه بسا در عقایدش تغییر ایجاد شود و به اسلام متمایل شود و دور از ذهن نیست که این خبر از یک امر خارجی باشد که اسلام در درجه بالایی نزد خداوند قرار دارد، علاوه بر این‌که سلسله سند ضعیف است. از طرفی به مجرد یک احتمال نمی‌توان ولایت مادر را نفی کرد (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ۲۸۱/۱۰). در فقه الصادق نیز آمده است: این‌که آیه نفی سبیل و حدیث علو دلایل محکمی برای این حکم هستند جای تأمل دارد (روحانی، ۱۴۳۵، ۳۰۶/۲۲). با عنایت به موارد پیش‌گفته، وقتی استناد به حدیث علو به صورت کلی در ارتباط با غیرمسلمانان مخدوش و غیرقابل اتکا است، استناد به آن برای سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان به مرتبه اولی با چالش‌های جدی‌تری روبروست.

۴-۵. تأثیرپذیری محضون از حاضن یا حاضنه

علاوه بر دلایل پیش‌گفته به‌عنوان مبانی حکم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان که - فارغ از اعتبار نقل‌ها یا صحت استناد - نقلی بودند، باورمندان به این حکم دلیل غیرنقلی نیز برای دیدگاه‌شان بیان کرده‌اند. مهم‌ترین و شاید تنها فلسفه‌ای که برای این حکم بیان شده، تأثیرپذیری محضون از حاضن است. توضیح این‌که با اجرای این حکم، کودک مسلمان از خانواده منفک می‌شود تا او را از اسلامی که

بدان گرایش داشته منحرف نکنند هر چند که اسلامش معتبر نباشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴۲۲/۸) و همچنین گفته شده که در صورت حضانت غیرمسلمان این احتمال وجود دارد که عقیده فرزند تغییر کند (میرداماد، ۱۳۹۳، ۱۹۸/۲). عده‌ای هم گفته‌اند حضانت، ولایت است حتی اگر استحقاق هم باشد، مسلمان مستحق‌تر است از کافری که ممکن است در عقاید و اخلاق فرزند تأثیر منفی بگذارد (نجفی، ۱۲۶۲، ۲۱۵/۱۶). شاهرودی نیز در مقام بیان شروط حضانت در توضیح شرط اسلام می‌نویسد: فقهای امامیه بر آن اجماع دارند پس اگر مادر کافر باشد پدر برای تولیت امر حضانت محق‌تر است و اگر پدر کافر باشد مادر محق‌تر است؛ چراکه کافر وقتی کودک با او انس بگیرد، وی را از اسلام منحرف می‌سازد (هاشمی شاهرودی، ۳۸۰/۷).

- نقد و بررسی

علاوه بر ضعفی که متوجه دلایل نقلی موافقان به سلب حضانت است، دلیل عقلی مطرح‌شده نیز با چالش‌هایی روبروست. در مقابل فقیهانی که به تأثیرپذیری استناد کرده‌اند، فقهای دیگری نیز هستند که از حالات دیگر این مسئله چشم پوشی نکرده‌اند و نظری متفاوت با گروه قبل که با سلب حضانت از فرد غیرمسلمان موافقت، دارند. برای مثال برخی می‌گویند که چنین حکمی بر خلاف و در تضاد با ادله‌ای است که شایسته نیست با دلایلی که در شرع نیامده آن‌ها را از حالت استصحاب خارج کنیم (نجفی، ۱۲۶۲، ۲۸۶/۳۱). از طرفی دیگر تبعیت اولاد از والدین محل تأمل است و در مواردی که یکی از والدین غیرمسلمان و دیگری مسلمان است، احتمال تابعیت محض وجود ندارد (اهتمام، ۱۳۹۲، ۴۳۵/۲). تبریزی به نکته‌ای مهم اشاره کرده و می‌گوید: اگر کودک مسلمانی در دست کافران قرار گیرد از زمره مسلمانان خارج نمی‌شود و اگر کودک کافر را زن مسلمانی شیر دهد مسلمان محسوب نمی‌شود پس تبعیت کودک از حاضن مطلق نیست (تبریزی، ۱۴۲۹، ۷۰/۷). بنابراین و با توجه به این که این تأثیرپذیری به عنوان یک امر حتمی قابل پذیرش نیست، استناد به آن برای سلب حضانت به صورت یک حکم کلی موجه نیست مگر این که این تأثیرپذیری در قالب یک آسیب در دادگاه اثبات شود که در این حالت به صورت موردی قابل بررسی است. در قسمت بعد به این فرآیند بیشتر پرداخته خواهد شد.

۶. ادله عدم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان

علاوه بر نقدهایی که بر ادله سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان وارد است که در سطور فوق مختصراً مورد بررسی قرار گرفت، دلایل و مؤیداتی برای عدم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان نیز احصا شده که در ادامه به صورت مختصر به آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱-۶. اصل رعایت مصلحت کودک

یکی از مهم‌ترین دلایلی که برای نقد سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان می‌توان به آن استناد کرد، رعایت مصلحت کودک است. این اصل بر ارکان مهمی استوار است که از جمله آن‌ها می‌توان به آیات قرآن (بقره/۲۳۳؛ انعام/۱۵۲؛ اسراء/۳۴؛ بقره/۲۲۰) و همچنین روایات معصومین^(ع) اشاره کرد که در آن‌ها به رعایت خیر و مصلحت کودک (عیاشی، ۱۳۸۰، ۱/۱۲۰) توصیه شده است (پیرحیاتی و روشن، ۱۴۰۲، ۱۸۰-۱۸۴). قانون مدنی در ماده ۱۱۷۳ مقرر داشته است: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضائی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند». محور این ماده رعایت مصلحت کودک است. همچنین در قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ در دو مورد صراحتاً به این قاعده تأکید می‌ورزد. در ماده ۴۱ قانون فوق‌الذکر مقرر می‌دارد: «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند». هم‌چنین در ماده ۴۵ همین قانون آمده است: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است». ملاحظه می‌شود ماده اخیر، حکم مطلق را صرفاً بر اساس مصلحت کودک و نه چیز دیگری تنظیم کرده است. بند یک ماده ۹ کنوانسیون حقوق کودک - که ایران نیز با امضای آن در سال ۱۹۹۰ و تصویب آن در سال ۱۳۷۲ به آن پیوست - مقرر می‌دارد: «کشورهای طرف کنوانسیون تضمین می‌نمایند که کودکان علی‌رغم خواسته‌شان از والدین خود جدا نشوند، مگر در مواردی که مقامات ذی‌صلاح مطابق قوانین و مقررات و منوط به بررسی‌های قضایی مصمم شوند که این جدایی به نفع کودک

است. این گونه تصمیمات ممکن است در موارد به خصوصی از قبیل سوءاستفاده و یا بی توجهی والدین از کودک و یا هنگام جدانشدن والدین ضرورت یابد و در این صورت باید در مورد محل اقامت کودک تصمیمی اتخاذ شود». ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده با این بند مطابقت دارد. در هر دو ملاک اصلی، رعایت مصلحت کودک اعلام شده است. آیا جداکردن کودک از پدر یا مادرش صرفاً به استناد غیرمسلمان بودن منطبق بر مصلحت کودک است؟

در بند فوق الإشارة از کنوانسیون حقوق کودک جدایی فرزند از پدر و مادر را منحصر به موارد به خصوصی کرده است که در شرایط مختلف می تواند متفاوت باشد. با این حال آنچه اهمیت دارد آن است که ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده رعایت غبطه و مصلحت را در کلیه تصمیمات و مقامات اجرایی الزامی دانسته است. از طرفی قانون در مورد سلب حضانت غیرمسلمان ساکت است. بنابراین می توان با کنار هم گذاردن این دو، این گونه نتیجه گیری کرد که در یک سخن کلی نمی توان به سلب حضانت غیرمسلمان حکم داد؛ بلکه باید به صورت موردی توسط دادگاه بررسی شود و اگر اثبات شد که تغییر دین حاضن یا حاضنه آسیبی متوجه کودک کرده است - هم چون دیگر شرایطی که در زمره موانع حضانت قید نشده است - نسبت به آن حکم مقتضی صادر شود (ساعی و کامیاب منصوری، ۱۳۹۵، ۷۸۶).

۲-۶. رعایت اصل کرامت انسانی

با عرضه این حکم به اصول اخلاقی به خصوص اصل کرامت انسان و قاعده عدالت، چالش های متعددی بروز خواهد کرد. پرداختن مبسوط به این بحث پژوهش مستقل می طلبد؛ اما در اینجا مختصراً به نکاتی اشاره می شود. قرآن کریم انسان را فارغ از دیانت او دارای کرامت می داند (اسراء/ ۷۰) و تفاوت دین نمی تواند این کرامت را سلب کند (سیدمرتضی، ۱۴۰۵، ۱۱۲/۸). از طرفی دیگر قرآن مکرراً از نیکوکرداران اهل کتاب به شایستگی یاد کرده است (آل عمران/ ۱۱۳-۱۱۵؛ مائده/ ۶۶؛ بقره/ ۶۲). با این وجود سلب حضانت غیرمسلمانی که شایستگی های اخلاقی دارد، تمام تلاش خود را برای تمشیت امور فرزندش به کار می گیرد و از هیچ کوششی برای تربیت او فروگذار نمی کند علاوه بر این که کرامت او را به عنوان یک انسان و یک پدر یا مادر نقض می کند با روح حاکم بر آیات قرآن کریم در مدح نیکوکاران اهل کتاب سازگار نیست.

دیگر نکته قابل ذکر، حقوق طبیعی انسان‌هاست که خداوند با آفرینش او به‌عنوان یک انسان این حقوق را به رسمیت شناخته است. سلب این حقوق طبیعی حتماً باید مستند به دلیلی محکم باشد. در سطور فوق نشان داده شد که چنین دلیل متقنی وجود ندارد. تبعیض حقوقی و تکلیفی به شرطی مجاز است که از منظر اخلاقی بتوان مربوط بودن و تأثیرداشتن آن در حکم اخلاقی موضوع را به‌روشنی نشان داد (فنائی، ۱۳۹۴، ۱۶۳). در حالی که در حکم مورد بحث چنین ارتباط و تأثیری وجود ندارد. از سوی دیگر توجه به این مطلب خالی از فایده نیست که اگر صاحبان دیگر ادیان در جوامع خود با پدر یا مادری مسلمان که وظایف خود را به‌شایستگی انجام می‌دهند و تمام دغدغه‌شان صلاح و تربیت کودکان است با چنین حکمی برخورد کنند، بی‌گمان برای مسلمانان قابل قبول نخواهد بود. البته از این مطلب به‌عنوان یک استدلال مستقل نمی‌توان یاد کرد؛ اما مؤیدی است که در کنار دیگر دلایل مطرح‌شده برای وصول به یک دیدگاه صحیح و جامع‌تر کمک می‌کند.

دیگر نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت این است که نگاه عرفی در تعریف و جایگاه مرد و زن در نظام خانواده دستخوش تغییر شده است. چنان‌که امروزه به موضوع اجازه زن برای خروج از منزل، هم‌چون گذشته نگریسته نمی‌شود. از طرفی اصل بیست و یکم قانون اساسی که دولت را بر حمایت از حقوق مادی و معنوی زن، مادران در دوره بارداری و حضانت فرزند موظف می‌کند، با حکم سلب حضانت او که به‌عبارتی سلب حق اوست سازگاری ندارد و چه‌بسا با توجه به این‌که استناد حکم سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان از قوت کافی برخوردار نیست، نیکوست اصل بیست و یکم را حاکم بر سکوت قانون در این رابطه بدانیم. هم‌چنین اصل بیست و سوم قانون اساسی بر ممنوعیت تفتیش عقاید و به طریق اولی ممنوعیت مواخذه فرد به‌دلیل داشتن عقیده خاص تأکید دارد در کنار سکوت قانون پیرامون این حکم، می‌تواند گواهی برای عدم اعتبار آن به‌خصوص در شرایط اجتماعی امروز باشد.

۳-۶. وهن دین

دیگر ایرادی که - به‌عنوان یک مؤید و در قالب بیان یک رویکرد کلی و نه یک دلیل مستقل - بر اجرای این حکم وارد است، بروز مسئله وهن دین است. وهن به معنی ضعف است و بنابراین هر چیزی که موجب ضعف دین شود امری موهون است و باید از آن دوری کرد؛ زیرا روشن است که هدف اصلی از وضع احکام و تدوین قوانین، تکریم انسان و نهادینه‌سازی اخلاق در جامعه است. در برخی روایات از امام رضا^(ع) از فرار در هنگام جهاد نهی شده است و چون این امر مستلزم تضعیف دین است می‌فرماید:

حرام است فرار از میدان جنگ برای این‌که آن وهن در دین و تحقیر پیامبر و امامان عادل است (صدوق، ۱۳۷۸، ۹۲/۱). میان مسلمانان اتفاق نظر است که ضرورت دارد تا حد ممکن از آنچه موجب وهن دین می‌شود، پرهیز کرد (الجنة العلمیه فی مرکز فقه الاثمه الأظهار، ۱۳۹۴، ۱۱۹/۲).

حلی در مقام بحث از وجوب ارتباط متقابل بین بنیان شریعت و افعال و سخن مدعی اجتهاد می‌نویسد: همان‌طور که رؤیت قوانین در اعمال ظاهری موجب ایجاد تمایل و جذب دیگران به اسلام و مذهب امامیه می‌شود، عدم رعایت این مسئله در حیطة حقوق و اموری که خاستگاه آن فطرت آدمی است موجب وهن و تنفیر آنها نسبت به اسلام است و در نتیجه پیامدهای زیان‌بار آن بر عهده فرد مدعی خواهد بود (حلی، ۱۳۷۴، ۳۷۵/۱). او در ادامه قوه تعقل را مبنای سنجش حق و باطل بیان می‌دارد که باعث تشخیص انسان در پذیرش و طرد کردن هر روش و مکتبی خواهد بود و بار این مسئولیت بر عهده کسانی است که چنین تمایلی را در او به وجود آورده‌اند (حلی، ۱۳۷۴، ۳۷۶/۱).

با توجه به آنچه بیان شد از اموری که موجب وهن است باید پرهیز کرد مثال آن‌را می‌توان در کتب توضیح المسائل نیز مشاهده کرد که در مقام پاسخ به حکم قمه‌زنی و اعمال این‌چنینی در ماه محرم گفته شده: از آنچه که وهن را در پی دارد باید پرهیز کرد؛ چرا که هم ضرر جسمی و روحی و هم باعث بدنامی مذهب ائمه است که عظیم‌ترین ضرر است ضمن این‌که در رابطه با معیار شرعی ضرر، سنجش آن عرفی است (خمينی، ۱۳۸۱، ۱۰۲۶/۲). در اجوبه الاستفتاءات نیز همین نظر بیان شده است (خامنه‌ای، ۱۴۲۰، ۶۱/۲). اهمیت مبحث وهن در اسلام به اندازه‌ای است که در فقه الصادق ضمن احصای مواردی که تقییه در آن حرام است به موقعیتی اشاره می‌کند که وهن را در پی دارد و می‌نویسد: زمانی که فردی الگو و پیشوای دین است و تقییه در این زمان موجب وهن در دین و رواج باطل مانند نوشیدن شراب توسط امام مسلمین و نزدیکی آنان به حاکم جائز است قابل قبول نیست (روحانی، ۱۴۳۵، ۲۸۶/۱۷).

به نظر می‌رسد اجرای چنین حکمی و حتی آگاهی از آن در صورتی که اجرا نشود یا به ندرت اجرا شود با عنایت به این‌که از پشتوانه نقلی و عقلی کافی نیز برخوردار نیست، موجب نگاهی تخفیف‌آمیز به دین و احکام آن می‌شود و اصرار بر آن - با در نظر گرفتن فقدان دلایل متقن - موجه نمی‌نماید. بنابراین توجه به این مهم در اعتبارسنجی احکام حائز اهمیت است. سلب حقوق فطری انسان از او علاوه بر زیر پا گذاشتن کرامت انسانی، وهن دین مبین اسلام را نیز در پی خواهد داشت. از این‌رو بازاندیشی در حکم

سلب حضانت غیرمسلمان که علاوه بر وهن دین، ناقض حقوق انسانی است و از همه مهم‌تر موجب پیامدهای مخربی بر محزون می‌شود ضرورت دارد.

نتیجه‌گیری

پس از طرح پرسش محوری پژوهش حاضر و احصا و بررسی آرای فقها و مبانی ذکر شده و هم‌چنین فلسفه حاکم بر این حکم، نتایج زیر حاصل گردید:

۱. موافقان سلب حضانت غیرمسلمان بر مسلمان غالباً به حضانت به‌عنوان یک ولایت می‌نگرند در حالی که حضانت حقی است که جز با دلیل معتبر نمی‌توان آن را از صاحب حق سلب کرد.

۲. دلایل مطرح شده برای صدور این حکم غالباً سه مورد است: آیه نفی سبیل، آیه عزت و حدیث علو.

۳. با نگاهی به شأن نزول، احادیث و تفاسیر معتبر پیرامون دو آیه مذکور، نتیجه‌ای که حاصل می‌شود آن است که اساساً از این دو آیه نمی‌توان چنین حکمی استخراج کرد؛ چرا که به‌دنبال بیان مفاهیمی هستند که قابل تسری به مسئله مورد بحث نیست. حدیث علو علاوه بر این که از جهت سندی با چالش مواجه است، از منظر دلالتی ناظر بر احکامی از این دست نیست و اساساً استناد به این حدیث - در صورت صحت صدور - که بیانگر علو قدرت استدلال و اندیشه اسلام نسبت به سایر ادیان است، برای سلب حق حضانت، ناموجه است.

۴. غیرمسلمان بودن حاضن یا حاضنه همواره موجب تغییر دین محزون نمی‌شود. طرح این فلسفه برای این حکم با چالش‌های جدی مواجه است؛ به‌خصوص این که نصی معتبر درباره سلب این حق وجود ندارد.

۵. سلب حضانت از حاضن یا حاضنه، آسیب‌های مخربی بر محزون به‌جای می‌گذارد و مصلحت کودک که مهم‌ترین اصلی است که قرآن، روایات، اجماع فقها، قانون مدنی، قانون حمایت از خانواده و هم‌چنین کنوانسیون حقوق کودک بر آن به‌عنوان محوری‌ترین مبنای تعامل با کودک تأکید کرده‌اند نادیده گرفته می‌شود. اجرای این حکم چه‌بسا موجب وهن دین می‌شود و با این اصل مقبول اخلاقی که قابلیت دفاع از منظر اخلاقی داشته باشد، در تعارض است؛ چه این که اگر این حکم در کشوری غیرمسلمان برای حاضن یا حاضنه مسلمان اجرا شود، جامعه مسلمانان آن را نمی‌پذیرد.

منابع و مأخذ

✽قرآن کریم

- ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی. (۱۴۲۴ق). *فتح الباری شرح صحیح البخاری*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن کثیر، اسماعیل بن عمر. (۱۴۱۹). *تفسیر القرآن العظیم (ابن کثیر)*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابوالفتح رازی، حسین بن علی. (۱۴۰۸ق). *روض الجنان فی تفسیر القرآن*. مشهد: بنیاد پژوهش های آستان قدس رضوی.
- افقه، آاسادات. مظاهری، معصومه. (۱۳۹۵). «نقدی بر محدودیت قانونی حضانت مادر پس از فوت پدر در نظام حقوقی ایران». *فصلنامه خانواده پژوهی*: ۴۷.
- انصاری، قدرت الله. (۱۴۲۹ق). *موسوعه احکام الأطفال و ادلتها*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- اهتمام، احمد. (۱۳۹۲ ش). *وسائل العباد فی يوم التتاد*. قم: پژوهش های تفسیر و علوم قرآن.
- بجنوردی، حسن. (۱۳۷۷ ش). *القواعد الفقیهیه*. قم: نشر الهادی.
- بحرالعلوم، سید محمد. (۱۴۰۳ ق). *بلغه الفقیهیه*. ج ۴. تهران: مکتبه الصادق.
- بحرانی، شیخ یوسف. (۱۳۶۳ ش). *الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*. قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم موسسه النشر الاسلامی.
- بخاری، محمد بن اسماعیل. (۱۴۰۱ق). *صحیح البخاری*. بیروت: دارالفکر.
- بنیاد دائرة المعارف اسلامی. (۱۳۶۲ ش). *دانشنامه جهان اسلام*. ایران.
- بیگدلی، سعید. (۱۳۹۰). «مشکلات و خلاهای قانونی نهاد حضانت در نظام حقوقی ایران». *نشریه فقه و حقوق خانواده*: ۵۵.
- بیهقی الکیدری، قطب الدین. (۱۳۷۴ق). *اصباح الشیعه بمصباح الشریعه*. قم: موسسه الامام الصادق.
- پیرحیاتی، معصومه و محمد روشن. (۱۴۰۲ش). «بررسی ادله اجتهادی اصل مصلحت در حضانت کودک بر مبنای فقه امامیه و حقوق ایران». *فصلنامه خانواده پژوهی*. (۷۳): ۱۶۷-۱۸۷.
- تبریزی، جواد. (۱۴۲۹ق). *تنقیح مبانی العروه (الطهاره)*. قم: دار الصدیقه الشهیده.
- الجنه العلمیه فی مرکز فقه ائمه اطهار علیه السلام. (۱۳۹۴ش). *موسوعه رد الشبهات الفقهیه المعاصره (الحدود)*. ج ۱. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

حراغملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۲ق). *هدایة الأئمة الی احکام الأئمة*. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
حسینی، احسان. صفایی، حسین. (۱۴۰۰ش). *دوره مقدماتی حقوق مدنی جلد اول اشخاص و اموال*. ج ۳۰. تهران: نشر میزان.

حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۷۴ش). *شرایع الاسلام فی مسائل الحرام*. ج ۲. قم: انتشارات موسسه المعارف الإسلامیه.

حلی، حسین. (۱۳۹۲ش). *رساله اجتهاد و تقلید*. ج ۱. تهران: مکتب وحی.
خامنه‌ای، علی. (۱۴۲۵ق). *اجوبه الاستفتاءات*. ج ۳. بیروت: الدار الإسلامیه.
خرازی، محسن. (۱۴۲۳ق). *البحوث الهامه فی مکاسب المحرمه*. قم: موسسه در راه حق.
خمینی، روح‌الله. (۱۳۸۱ش). *توضیح المسائل*. ج ۸. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم دفتر انتشارات اسلامی.

خوانساری، سید احمد. (۱۳۵۵ش). *جامع المدارک*. ج ۴. تهران: مکتبه الصدوق.
روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۳۵ق). *فقه الصادق*. قم: آئین دانش.
زیدان، عبدالکریم. (۱۴۱۳ق). *المفصل فی احکام المرأة و البيت المسلم فی الشریعة الإسلامیه*. بیروت: مؤسسه الرساله.

ساعی، سیدمحمدهادی و نیلوفر کامیاب منصور. (۱۳۹۵ش). «حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر». *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*. (۴): ۷۷۱-۸۰۱.
سعیدی، علی. (۱۳۹۷ش). *موسوعه تطبیقات القواعد الفقیهیه*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
سیدمرتضی، علی بن حسین. (۱۴۰۵ق). *رسائل*. قم: دار القرآن الکریم.
شریفی، علی. (۱۳۹۷ش). «بررسی فقهی حقوقی حق حضانت اطفال». *مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده*. ۱ (۱): ۱۴۳-۱۷۱.

شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). *المسالك الأفهام الی تنقیح شرایع الإسلام*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

صدوق، ابوجعفر محمدبن علی. (۱۳۷۸ش). *عیون الخبار الرضا*. تهران: انتشارات جهان.
_____ (۱۴۱۳ق). *من لایحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه.

صفایی، حسین و اسدالله امامی. (۱۳۹۱ش). مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۶ق). مبانی منهاج الصالحین. قم: قلم الشرق.
طبرانی، سلیمان بن احمد. (۲۰۰۸ق). تفسیر القرآن العظیم. اردن: دار الكتاب الثقافی.
طبری، محمد بن جریر. (۱۴۱۲ق). جامع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار المعرفه.
طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.

_____ (بی تا). التبیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۳ق). العروة الوثقی. جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم
موسسه النشر الاسلامی.

عیاشی، محمد بن مسعود. (۱۳۸۰ق). تفسیر العیاشی. تهران: دار المطبعه العلمیه.
فخررازی، محمد بن عمر. (۱۴۲۰ق). التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
فنائی، ابوالقاسم. (۱۳۹۴ش). اخلاق دین داری. تهران: نگاه معاصر.
قانون اساسی؛ (۱۳۹۴ش). تهران: نشر جمال
قانون مدنی. (۱۳۹۸ش). تهران: انتشارات قانون یار.
قرطبی، محمد بن احمد. (۱۳۶۴ش). الجامع لأحكام القرآن. تهران: انتشارات ناصر خسرو.
کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹ش). دوره حقوق مدنی خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشار.
_____ . (۱۳۹۸ش). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: انتشارات گنج دانش.

کهن ترابی، میثم. (۱۴۰۰ش). «بررسی سندی و دلالتی روایت علو و ارزیابی استناد به آن در تعامل با غیر مسلمانان». دو فصلنامه کتاب قیوم. (۲۵): ۱۹۳-۲۱۱.

کهن ترابی، میثم، فرطوسی، حسین. (۱۴۰۱ش). «بازخوانی چالش‌های نظری و عملی قاعده نفی سبیل». دو فصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذاهب. (۲)۵: ۴۱-۲۲.

لنکرانی، محمد فاضل. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعه - النکاح. ج ۱. قم: مرکز فقه ائمه اطهار (ع).

ماتریدی، محمد بن محمد. (۱۴۲۶ق). تاویلات اهل السننه (تفسیر ماتریدی). بیروت: دار الکتب العلمیه.

مدرسی، محمدرضا. (۱۳۹۲ش). مقالات فقهی (قمار، قیادت، قیافه، کهنات، مدح من لا یتستحق المدح، بخش، نیمه، نوح به باطل، هجاء المومن، هجر و بیع مصحف). قم: دار التفسیر.
مصلى نژاد، نیوشا. (۱۳۹۰). « بررسی تاثیر اراده در حضانت ». دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده. ۱۶: ۵۵.

مظلوم زاده، آمنه. جمال زاده، عبد الرضا. شهابی، رقیه. (۱۴۰۱ش). « بررسی فقهی حقوقی حضانت کودک از طرف مادر، چالش ها و راهکار ها ». فصلنامه مطالعات میان رشته ای فقه. ۶.
مغنیه، محمد جواد. (۱۳۹۳ش). الفقه علی المذاهب الخمسه. ج ۱. تهران: شرکت نشر بهینه فراگیر.
مقدسی، ابن قدامه. (۱۴۳۳ق). الشرح الكبير. بیروت: دارالفکر.
میرداماد، محمد باقر بن محمد. (۱۳۹۳). ضوابط الرضاع. قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی (ص).

نجفی، شیخ محمد حسن. (۱۴۰۳ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع السلام. بیروت- لبنان: دار احیاء التراث العربی.
هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۳۲ق). موسوعه الفقه الاسلامی المقارن. قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی.