

حق سرپرستی و نگهداری کودک (حضانت)



وقتی بنیان خانواده فرو می ریزد و آرامش روحی و روانی که زاده پیوند طبیعی زن و مرد است، تبدیل به دل نگرانی می گردد و زن و مردی که زینت یکدیگرند، سبب عذاب همدیگر می شوند و آن هنگام که طلاق پایه های زندگی را ویران می کند و یا مرگ گریبانگیر یکی از دو رکن خانواده می شود، قربانیان زیادی را به جا می گذارد که نمی توان با بی تفاوتی از کنار آنها گذشت از جمله قربانیان، کودکان خانواده اند که ناگزیر در گرداب حوادث دست و پا می زنند و یاری می خواهند. در برابر کودکان، که با آه و ناله، پدر و مادر را به زندگی فرا می خوانند، به راستی چه باید کرد؟ حال که کانون پرمهر خانواده و آغوش گرم پدر و مادر به آنها آرامش نمی دهد، کدام کانون برای آنان شایسته تر است؟

باری، این کودکان را به چه کسی باید سپرد؟ پدر، مادر، خویشان یا جامعه؟

این مسأله از زاویه های گوناگونی درخور بررسی است.

البته فقیهان بزرگ، تلاشهای بسیار برای حل این مشکل کرده و آرای راهگشایی ارائه داده اند، اما باید اعتراف کرد که دشواریها همچنان خودنمایی می کنند و برای برداشتن آنها از سر راه، نیاز به تلاش گسترده و تجدید نظر در دیدگاههای فقهی است که این لازمه دانش پویا و زنده و جاودانه است. تکامل و بالندگی دیدگاههای فقهی، جز به تلاش همگانی و حرکت جدید، رخ نخواهد داد.

دیدگاه ها در این که سرپرستی و نگهداری کودکان وظیفه چه کسی است، بسیارند و در این بین کشف دیدگاه ناب، کاری است دشوار.

در این مقاله سعی شده است که بحث (حضانت) ریشه یابی شود و مبانی روایی و روانی مسأله مورد توجه قرار گیرد و نظریه ای پیشنهاد شود که راهگشای این مشکل در عصر حاضر باشد، بر عالمان و طالبان علوم اسلامی است که بر این امر همت گمارند و چراغی را برافروزند که در پرتو آن، راهیابی به حقیقت آسان گردد. امیدواریم که این مقال نیز ما را به این هدف نزدیک کند.

حضانت در لغت

حضانت، از حَضَن گرفته شده و برابر فارسی آن، (پهلوی) است، قسمت زیر بغل تا برآمدگی لگن. به معنای نگهداری چیزی می باشد، همچون پرندگی که از تخمهای خود در زیر بال نگهداری می کند: (حَضَن الطائر بیضه). هنگامی که زنی، بچه اش را در آغوش می گیرد، گفته می شود: (حَضَنْت وُلْدَهَا).¹ در حدیث آمده است:

(عجبت لقوم طلبوا العلم حتّی اذا نالوا منه صاروا حَضَانًا لابناء الملوك).

در شگفتی از گروهی که در پی دانش می روند و وقتی آن را به دست می آورند، تربیت فرزندان پادشاهان را بر عهده می گیرند.

و به زنی که تربیت کودک را به عهده می گیرد، (حاضنه) می گویند.²

حضانت در نزد اهل اصطلاح

فقیهان (حضانت) را برابر همان معنای لغوی، معنی کرده اند و حضانت در اصطلاح ایشان عبارت است از:

(حق نگهداری و سرپرستی طفل که به شخصی واگذار می شود).

و از نظر توسعه مفهومی، همه گونه نگهداری از کودک را در بر می گیرد: پاکیزگی، خوراندن غذا و برآوردن نیازهای غذایی، پوشش، تربیت، آموزش، یاد دهی آداب اجتماعی و....

شهید ثانی در تعریف حضانت می نویسد:

(الحضانة بفتح الحاء وولاية علی الطفل والمجنون لفائدة تربیته و ما یتعلّق بها من مصلحته من حفظه و جعله فی سریره و رفعه و کحلّه و دهنه و تطیفه و غسل خرقة و ثیابه و نحو ذلك).³

طریحی نیز، همین عبارت را یاد کرده و در پایان افزوده است:

(و جمیع مصالحه غیر الرضاعة).⁴

دکتر وهبة الزحیلی در تعریف حضانت می نویسد:

(... و شرعاً هی تربیة الولد لمن له حق الحضانة او هی تربیته و حفظ من لایستقل بامور نفسه عما یؤذیه لعدم تمییزه کطفل و کبیر مجنون و ذلك برعاية شؤونه و تدبیر طعامه و ملیسه و نومه و تطیفه و غسله و غسل ثیابه فی سنّ معینة و نحوها و الحضانة نوع و لایة و سلطنة).⁵

دیگر فقیهان نیز، بسان همین عبارات را در تعریف حضانت آورده اند که نیازی به یادآوری آنها نیست.

حضانت و رضاع

با توجه به معنی لغوی و اصطلاحی حضانت، بی گمان، این مفهوم شیردادن را در بر می گیرد، چون از شؤون نگهداری کودک و شاید مهم ترین جنبه نگهداری به شمار می آید.

ولکن فقیهان، بین حق حضانت و رضاع، جدایی افکنده اند؛ از این روی، امکان دارد کودک را برای شیر خوردن در اختیار زن دیگری، غیر از مادر، قرارداد، مثل این که مادر مزد بیش تری برای شیردادن از پدر درخواست کند. در چنین صورتی، این پرسش مطرح است:

آیا با از بین رفتن حق شیردادن، حق نگهداری و سرپرستی هم از بین می رود؟

آرای فقها در این زمینه، گوناگون است:

محقق در (شرایع)، در برداشته شدن حق حضانت در صورت یاد شده تردید کرده است و صاحب (جواهر)، علت تردید را ناشی از این می داند که از سویی سرپرستی، به طور معمول، پیرو شیردادن است و جدا کردن این دو حق سبب عسر و حرج است و از دیگر سوی، این دو حق جدای از یکدیگرند. سپس نظر خود را چنین بیان می کند:

(سقوط حق سرپرستی و تیمارداشت، در این صورت، به اصول و قواعد مذهب نزدیک تر است زیرا سزاوار تر بودن پدر نسبت به تیمارداشت و سرپرستی فرزند به عنوان يك اصل، روشن است و آنچه از این اصل به طور یقین خارج شده، سرپرستی مادر است که همراه با شیردادن باشد و در مورد شك، به اصل اولی که سزاوارتر بودن پدر باشد، رجوع می کنیم.)⁶

شهید ثانی نیز، در روشننگری نظر محقق، روایت داود بن حصین⁷ را از امام صادق(ع) نقل می کند، به این شرح:

(اگر پدر برای شیردادن فرزند خود، کسی را بیاید که به چهار درهم راضی باشد؛ اما مادر به پنج درهم، پدر حق دارد فرزند را از مادر بگیرد.)

آن گاه نظر خود را بر خلاف نظر محقق بیان می کند و به از بین رفتن حق سرپرستی و تیمارداشت، نظر می دهد؛ زیرا بر این باور است که عسر و حرج به اندازه ای نیست که سبب از بین رفتن حق مسلم مادر گردد و دایه می تواند برای شیردادن به کودک نزد مادر برود، یا کودک را نزد وی ببرند. البته اگر هیچ راهی وجود نداشت، برای از بین رفتن حق کودک، باید حکم به برداشته شدن حق سرپرستی داد.⁸

این ادیرس نیز عقیده دارد که حق سرپرستی مادر، ربطی به مسأله شیردادن ندارد.⁹

ابوالصلاح حلبی می نویسد:

اگر مادر برای شیردادن فرزندش، به مزد مرسوم و معمول در بین مردم، راضی نشد، فرزند را برای شیردادن به دیگری می دهند، ولی در هر صورت، حق تیمارداشت و سرپرستی، بر عهده مادر خواهد بود.¹⁰

فقیهان اهل سنت نیز، همین نظر را دارند و بر این باورند که با تسلیم کودک به دایه، حق سرپرستی به حال خود باقی خواهد بود.¹¹

این تردید و اختلاف نظر در بین فقیهان معاصر نیز وجود دارد:

امام خمینی، از بین رفتن حق سرپرستی را موافق با احتیاط می داند و ناسازگاری، میان از بین رفتن حق رضاع و باقی بودن حق سرپرستی نمی بیند.¹²

اما آیت الله خوئی، بر این باور است که حق سرپرستی، در صورتی که حق شیردهی از بین برود، از عهده مادر برداشته می شود.¹³

بررسی:

همان گونه که بیان شد، رضاع یکی از شؤون نگهداری کودک است که پیرو زمینه های ویژه خودش است. حال، اگر مادر به دللی، توانایی بر شیردادن کودک خویش را نداشته باشد، چرا حق سرپرستی از بین برود؟ سرپرستی و تیمارداشت، حق گسترده ای است که سویها و زاویه های گوناگونی دارد و امکان دارد به هر دللی مادر نتواند به گونه مستقیم، همه جهتها و زوایای آن را بر عهده گیرد.

آنچه مهم است، زیر نظر گرفتن تربیت کودک و نگهداری اوست و این حق، به عنوان يك اصل، برای مادر مطرح است و تا دلیل قطعی بر از بین رفتن آن نباشد، دللی برای برداشته شدن آن از عهده مادر، وجود ندارد. البته در مورد رضاع، چون مسأله دستمزد مطرح است و دستمزد بر عهده پدر، در بعضی موارد که مادر بیش تر از دیگران مزد درخواست می کند، پدر حق دارد فرزند را برای شیردادن به غیرمادر بسپارد. و این حرف، ناظر به حق سرپرستی نیست؛ بویژه با توجه به این که روایات صحیح بسیاری وجود دارد که حق سرپرستی را به مادر می دهند، گرچه مفاد آنها گوناگون است: (2 و 7 سالگی و بعضی بطور مطلق) و لکن ثابت بودن اصل حق سرپرستی و نگهداری برای مادر يك امر مسلم است. بنابراین، نظر صاحب جواهر که اصل را سزاوارتر بودن پدر می داند، مخدوش است؛ زیرا حق سرپرستی و تیمارداشت، چنانکه خواهد آمد، به جهت نگهداشت مصالح کودک است و ربطی به سایر حقوق، مثل حق ولایت پدر و جدّ ندارد از این روی، همان گونه که پدر و جدّ، حق ولایت دارند، مادر هم حق سرپرستی، نگهداری و تیمار داشت دارد و از بین رفتن این حق، دلیل قطعی و روشن می خواهد.

حق تیمار داشت (حضانت) و ولایت

در اصطلاح فقیهان، دو واژه، به طور جداگانه در مورد کودک به کار می رود: حضانت و ولایت. همان گونه که بیان شد، حضانت ناظر به نگهداری کودک است اما ولایت، مربوط به نظارت بر اموال و ازدواج است. یعنی بر اساس حق ولایت، ولی، می تواند به نمایندگی از سوی کودک، اداره اموال او را به عهده بگیرد و در محدوده، قانون تصرف کند.

بلی، در کلمات فقها، از حضانت نیز، به نوعی ولایت تعبیر شده است¹⁴، لکن اطلاق ولایت بر حضانت، با ولایت اصطلاحی که بیان شد، فرق دارد، گرچه بین حضانت و ولایت رابطه مستقیم وجود دارد؛ (میزان توان مالی کودک و چگونگی مصرف آن در چگونگی حضانت، اثر مستقیم می گذارد). بنابراین، در مورد کودک به گونه ای باید سازش و آشتی برقرار کرد، تا ناسازگاری، بین کسی که حق ولایت دارد و کسی که حق حضانت دارد، پیش نیاید که مصالح کودک به خطر افتد.

جنبه حق و تکلیفی نگهداری و تیمارداشت کودک

منظور از (حق) در این جا، همان اقتدار اعتباری است که از سوی قانونگذار به شخص واگذار می شود و منظور از (تکلیف)، وظایفی است که قانونگذار بر عهده مکلف می گذارد و به او امر و نهی می کند.

حق نگهداری و سرپرستی کودک، از حقوقی است که احکام تکلیفی ویژه ای را به دنبال دارد. این حق، از يك سوی، به کودک تعلق می گیرد و از دیگر سوی به مادر و از سوی دیگر، به پدر تعلق می گیرد. نگهداشت این سویهای سه گانه، احکام خاصی را به دنبال می آورد، در مثل، کسی حق ندارد کودک را از شخص نگهدارنده و تیمارگر بگیرد. گاه آن کس که وظیفه تیمارگری و نگهدارندگی دارد، به این کار واداشته می شود و باید آن را انجام دهد، و یا این که مادر می تواند از سرپرستی و نگهداری کودک سرباز بزند، ولی پدر نمی تواند.

در قانون مدنی ایران، ماده 1168، به این امر به روشنی اشاره شده است: (نگهداری و سرپرستی کودک، هم حق و هم تکلیف پدر و مادر است.)

در ماده 1287 آمده: (پدر و مادر، مکلف هستند در حدود توانایی خود، به تربیت کودکان خویش بپردازند و نباید آن را رها بگذارند.)

به دیگر سخن شارع مقدس، قدرتی به پدر و مادر بخشیده است که بتوانند از فرزند خود نگهداری کنند و این، برای نگهداشت حق کودک، (حق کودک) است و يك سلطه طبیعی بر طفل نیست. از این روی، در پاره ای از روایات هم، (حق فرزند بر پدر و مادر) به کار رفته است¹⁵ و این نشان دهنده بایستگی نگهداشت مصالح کودک است.

حال این سؤال مطرح می شود: اگر تیمارداری و نگهداری کودک حق است، آیا می توان آن را از دوش برداشت؟

آنچه از روایات و سخنان فقیهان استفاده می شود، مادر می تواند حق نگهداری و تیمارداری را از دوش خویش بیفکند، ولی پدر نمی تواند.

امام صادق(ع) می فرماید:

(... المرأة احق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین الا ان تشاء المرأة.)¹⁶

صاحب جواهر، می نویسد:

(مادر می تواند حق نگهداری و تیمارداری کودک را از دوش خود بردارد، ولی پدر نمی تواند و باید او را واداشت.)¹⁷

آقای خوبی می نویسد:

(نگهداری و سرپرستی که حق مادر است، می شود از عهده برداشت، اما نگهداری و سرپرستی که حق پدر است، نمی شود از عهده برداشت).¹⁸ از فقیهان اهل سنت هم نقل شده است: مادر بر نگهداری و سرپرستی کودک، واداشته نمی شود، مگر این که زمینه و شرایط به گونه ای باشد که تنها مادر باید به تربیت کودک بپردازد.

شماری از فقیهان اهل سنت بر این باورند که: مادر، در هر حال و در هر شرایطی، به تربیت کودک، واداشته می شود.¹⁹ نتیجه: اداره و سرپرستی کودک، بر دوش سه شخص بار است و تنها مادر می تواند آن را از دوش خود بردارد. نگهداشت حق کودک، يك اصل است که احکام تکلیفی ویژه ای را در پی دارد. مادر در صورت پذیرش، به آن مکلف می شود، پدر هم احکام تکلیفی ویژه ای را دارد؛ یعنی (تکلیف)، بر (حق) استوار است.

فلسفه نگهداری و تیمارداری

آیا در نگهداری و سرپرستی، نگهداشت مصلحت کودک بر همه چیز مقدم است؟ و تشریح حق نگهداری، برای رشد و تربیت کودک است؟ بنابراین، در موارد ناسازگاری حقوق، حق کودک مقدم بر دیگر حقوق است؟ در روایات و سخنان فقیهان، به این نکته اشاره شده است:

امام علی(ع) می فرماید:

(ومن رحمته آتاه لما سلب الطفل قوه النهوض والتغذى جعل تلك القوة فى امه ورققها عليه لتقوم بتربيته وحضانه فان قسا قلب ام من الامهات لوجب تربية هذا الطفل وحضانه على سائر المؤمنين).²⁰

از نشانه های رحمت خداوند این است که چون توانایی حرکت و تغذیه را از کودک گرفته، این توان را در مادر قرار داده و او را به کودک مهربان کرده، تا تربیت و نگهداری او را به عهده بگیرد. پس اگر مادری سنگدل بود [و مصالح کودک به خطر افتاد] نگهداری و تربیت کودک بر دیگر مؤمنان واجب است.

دکتر وهبه الزحیلی از علمای اهل سنت می نویسد:

(الام احق بحضانه الولد بعد الفراق او وفاة بالاجماع لوفور شفقتها الا ان تكون مرتبه او فاجرة فجوراً يضيع الولد به كزنا و غنا وسرقه و نياحة او غير مأمونة بان تخرج كل وقت و تترك الولد ضائعاً).²¹

مادر، پس از جدایی پدر و مادر، به طلاق یا وفات، به اتفاق علما، در تربیت و نگهداری کودک، بیش تر سزاوار است؛ زیرا مهربانی و دوستی او، از همگان افزون تر است، مگر این که مرتد باشد، یا به گونه ای فاسق باشد که حق فرزند، از بین برود، مانند: زنا، آواره خوانی، دزدی، خوانندگی در مجالس تعزیه، یا این که در کنار او امنیت نداشته باشد، مانند تنها گذاردن کودک و...

صاحب جواهر، درباره علت فتوای مشهور: (سرپرستی و نگهداری پسر تا دو سالگی و دختر، تا هفت سالگی، به عهده مادر است) می نویسد:

(اذ الوالد انسب بتربية الذكر وتأديبه كما انّ الوالدة انسب بتربية الانثى وتأديبها).²²

زیرا پدر نسبت به تربیت پسر، شایستگی بیش تری دارد و مادر، برای تربیت دختر، سزاوارتر است.

بنابراین، از مجموع این سخنان استفاده می شود که در نگهداری و تربیت کودک، نگهداشت مصالح وی مقدم بر سایر مسائل است. در حقیقت، در تربیت و نگهداری از نظر شرعی، به گونه ای هماهنگی با طبیعت صورت گرفته است. و چنانکه خواهد آمد شرایطی که فقیهان برای تربیت کننده و نگهدارنده بیان می کنند و همچنین زمانی را که برای پایان مدت نگهداری و سرپرستی یاد کرده اند، مؤید این نکته است که در فلسفه سرپرستی، نگهداری و تربیت، به طور عمده مصلحت کودک مطرح است. بیادآوری: دانستن فلسفه تیمارداری و نگهداری (حضانت) در استدلالهای فقهی برای احکام (حضانت) کاربرد دارد، چنانکه صاحب جواهر به همین نکته استدلال کرده بود. شرایط تربیت کننده و سرپرست

شخصی که نگهداری و سرپرستی کودک را به عهده می گیرد، باید دارای شرایطی باشد، از جمله:

1. عقل:

به طور طبیعی کسی که می خواهد نگهداری و تربیت کودک را به عهده بگیرد، باید از سلامت عقلی برخوردار باشد وگرنه مصالح کودک به خطر می افتد و فلسفه حضانت از بین می رود. فقیهان نیز، این شرط را پذیرفته اند. مذاهب چهارگانه اهل سنت هم، بر این شرط اتفاق نظر دارند.²³ شماری از فقهای شیعه هم، این شرط را یاد کرده اند و ادعای اتفاق نظر بر آن دارند، مانند: شهید ثانی²⁴، علامه²⁵، صاحب مدارک²⁶، صاحب حدائق²⁷ و صاحب جواهر²⁸ هم، در این مورد ادعای اجماع کرده است. لکن پس از ردّ نظر شهید ثانی در مورد جنون ادواری که می نویسد:

(در زمان نبود جنون [اگر زمان جنون زیاد نباشد] نباید بازدارنده ای از حق سرپرستی و نگهداری وجود داشته باشد).

چنین اظهار می دارد:

(اگر شرط عقل، اجماعی نبود، در مورد مجنون کامل هم امکان داشت که بگوییم: بازدارنده ای از حق سرپرستی و نگهداری او نیست؛ زیرا حق نگهداری و سرپرستی هم، مانند دیگر امور مربوط به مجنون، به ولی او واگذار می شود.)

با توجه به این که حق سرپرستی و نگهداری از حقوقی است که درخور نقل و انتقال نیست، سخن صاحب جواهر در این مورد پذیرفتنی نیست، از این روی در صورت مرگ هم، حق سرپرستی و نگهداری به وارث منتقل نمی شود.

2. بلوغ:

این شرط با توجه به این که از شرایط عامه تکلیف است، در مورد حق سرپرستی هم این شرط اتقاقی است، گرچه در موردی که سرپرست و نگهدارنده، پدر یا مادرند، بایستگی این شرط بی معنی خواهد بود، لکن امکان دارد در بعضی از انگاره ها، بویژه، بر مبنای اهل سنت، این شرط تصور بشود؛ زیرا بر مبنای اهل سنت، چنانکه خواهد آمد، زنان در نگهداری و سرپرستی مقدم بر مردان هستند؛ از این روی، امکان دارد عمه یا خاله نابالغ، وجود داشته باشد، قبل از پدر یا جدّ پدری.

3. آزاد بودن:

گرچه این شرط در زمان ما موضوعیت ندارد، ولی اشاره اجمالی به آن خالی از فایده نیست. بایستگی نگهداشت این شرط، بین فقها اتقاقی است و مهم ترین دلیل فقیهان در این مورد، ولایت نداشتن عبد، بر آزاد است.²⁹

ولکن روایاتی که وارد شده³⁰ درباره حق سرپرستی نداشتن پدر است در صورتی که آزاد نباشد و در این روایات، اشاره ای به مادر، در صورتی که غیر آزاد باشد، نشده است. تنها يك روایت وجود دارد که معلوم نیست از کدام امام(ع) نقل شده و مضمون آن این است:

(عن جميل و ابن بكير جميعاً فى الولد من الحر والمملوكه قال يذهب الى الحرّ منهما). 31

بنابراین، با توجه به این که در مورد حق نگهداری و سرپرستی گفتیم؛ نگهداشت مصالح کودک بر همه چیز مقدم است؛ اگر مادر کنیز باشد، بعید نیست که بگوئیم حق سرپرستی و نگهداری او باقی خواهد بود، گرچه ولایت بر کودک به عهده شخص آزاد است؛ زیرا بنده حق تصرف در اموال را ندارد، اما در نگهداری و تیمارداشت کودک، چون جنبه نگهداری و مهرورزی مادر مطرح است، اگر چه کنیز باشد، نقضی در تربیت و نگهداری به وجود نمی آید.

4. قدرت بر نگهداری و سرپرستی:

گرچه قدرت از شرایط عامه تکلیف است، ولی فقهای شیعه، درباره نگهداری، این شرط را نیاورده اند. اما شماری از فقهای اهل سنت، این شرط را یاد کرده اند و گفته اند: (اگر شخصی به خاطر زیادی سن، ناتوان از نگهداری و سرپرستی باشد، نمی تواند تیمارداشت کودک را به عهده بگیرد). 32

5. سلامت جسمانی:

شخص تیماردار و نگهدارنده به بیماریهای واگیردار و کهنه، گرفتار نباشد.

شاهد ثانی در این باره می نویسد:

(آیا بیماری واگیردار و کهنه، مانند جنون است؟ یعنی بازدارنده از نگهداری اند، یا خیر؟

دو احتمال وجود دارد:

1. بازدارنده است؛ زیرا هر دو مانع از مباشرت در حضانت می شوند.

2. چون احتمال بهبود این بیماریها وجود دارد، به خلاف جنون، پس اصل، از بین نرفتن حق نگهداری و ولایت است). 33

و آن طور که نقل شده است شاهد اول هم، در قواعد، از قول بعضی این شرط را بیان کرده و به حدیث نبوی استناد جسته است: (فَرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ فَرَارِكُ مِنَ الْأَسَدِ). 35 اما صاحب حدائق، پس از نقل عبارت قواعد، این شرط را نمی پذیرد. 36

صاحب جواهر 37، پس از نقل عبارات فقیهان، این شرط را نمی پذیرد و اطلاق ادله را در این مورد حاکم می داند و ابراز شگفتی می کند از این که فقیهان در این جا این شرایط را یادآور می شوند، اما در باب رضاع، با این که با نگهداری و سرپرستی از نظر ملاک یکی است این گونه شرطها را یادآور نمی شوند.

6. شایستگی اخلاقی:

همان گونه که پیش از این بیان شد، تربیت کودک از شاخه های نگهداری و سرپرستی است، یعنی سرپرست و نگهدارنده، وظیفه تربیت کودک را هم به عهده دارد.

بنابراین، اگر سرپرست و نگهدارنده، سلامت اخلاقی نداشته باشد، تربیت کودک در معرض خطر قرار می گیرد.

در سخنان فقیهان، از این مورد، با عنوان: شرط بودن یا نبودن عدالت، یاد شده است. گروهی از فقیهان، عدالت را در سرپرست و نگهدارنده، لازم دانسته اند، مانند: شیخ طوسی 38، علامه حلی 39، صاحب مدارک 40، صاحب حدائق 41 و... .

شماری دیگر از فقیهان نیز، عدالت را لازم نمی دانند دلیل مهم آنان این است: تیمارداری و نگهداری کودک از مهربانی مادر سرچشمه می گیرد و ربطی به عدالت ندارد، مانند: علامه حلی در قول دیگری که از او نقل شده است 42، فخرالمحققین 43، صاحب جواهر 44 و... .

شماری از فقیهان، فاسق نبودن را شرط دانسته اند، نه عدالت را، مانند شهید ثانی. 45

شماری از فقیهان اهل سنت، فاسق نبودن، عفت، امانت و... را که یادآور شده اند، احتمال می رود به این شرط اشاره دارند. 46

از مجموع سخنانی که نقل شد، روشن می شود شرط بودن عدالت یا شرط نبودن آن، مستند به روایت، یا نص خاصی در مسأله نیست و فقها، در پذیرفتن و نپذیرفتن، به فلسفه حضانت نظر دارند بنابراین، در مسأله سرپرستی و نگهداری باید نکاتی از نظر اخلاقی در سرپرست و نگهدارنده مراعات شود که در تربیت او اثر گذار است. در مثل اگر مادر یا پدری معتاد، یا اهل مجالس گناه و... باشند، بی گمان، شایستگی سرپرستی و نگهداری کودک را ندارند. ولی اگر صفت زشت او یا گناهی که انجام می دهد، به گونه ای نیست که در تربیت کودک نقش اساسی بازی کند، معلوم نیست چنین گناهی، وی را از حق نگهداری محروم کند و اطلاق ادله حضانت، در این جا، جاری است، گرچه این شخص از عدالت شرعی که موضوع بعضی از احکام است، می افتد. البته بازشناخت چگونگی این ویژگیها به عهده عرف و اجرا کننده آن، در دوران حاکمیت اسلام، با محاکم قضایی خواهد بود.

7. اسلام:

فقیهان امامیه در مورد شرط بودن اسلام، ادعای اتفاق دارند و به روشنی اشاره کرده اند که سرپرست و نگهدارنده کودک، باید مسلمان باشد، از جمله: شیخ

طوسی 47، شهید ثانی 48، صاحب مدارک 49، صاحب حدائق 50.

ولکن در پذیرش این شرط، بین فقهای اهل سنت اختلاف است: شافعیان و حنبلیان این شرط را پذیرفته اند و اما حنفیان و مالکیان، این شرط را قبول ندارند و به روایتی استدلال کرده اند که پیامبر (ص) کودکی که پدر او مسلمان و مادرش کافر بود را در سرپرست مخیر فرمودند و کودک، در ابتدا به سوی مادر رفت، اما بعد، پیغمبر بر هدایت او دعا فرمودند و او به پدر گروید.

اینان بر این نظرند که انگیزه و سرچشمه نگهداری و سرپرستی کودک، مهربانی است که ربطی به دین ندارد.

دلیل مهم فقیهان شیعه و کسانی که این شرط را پذیرفته اند، آیه و روایت زیر است:

(ولن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلا). 52

(الاسلام يعلو ولا يعلى عليه). 53

بنابراین، چون سرپرستی و نگهداری، به گونه ای سلطه است، به این دو دلیل که بیان شد باید از بین برود.

صاحب جواهر، بعد از ذکر این دو دلیل، می نویسد:

(... مسلمان از کافر برای نگهداری کودک مسلمان سزاوارتر است؛ زیرا ترس از این است که در کودک، روحیه ای به وجود آید که سبب انحراف در عقیده وی شود و برابر

اخلاق و ملکات او (کافر) رشد کند). 54

یکی از حقوقدانان می نویسد:

(درشرایطی که اسلام، فقط به اسلام شناسنامه ای خلاصه می شود، چه فرقی بین مسلمان و کافر در حضانت است؟) 55

حال با توجه به سخنانی که نقل شد، باید به بررسی مطلب بپردازیم:

1. منظور از اسلام در این گونه موارد چیست؟

2. جایگاه این شرط چگونه است؟

بی گمان وقتی از شرط اسلام در مورد چیزی سخن به میان می آید، باید توجه داشت که منظور وجود اسلام کامل نیست، بلکه منظور این است که شخص ایمان به اسلام داشته باشد حال چنین انسانی از نظر عمل دینی مراتب مختلفی دارد، چنانکه اشخاصی که پیرو ادیان دیگر، باشند نیز، چنین هستند؛ از این روی، وقتی شخصی نام مسلمان بر خود می گذارد، نشانه ای هر چند ضعیف از گرایش دینی اوست و قانونگذار حق دارد که چنین شرطی را بگذارد، بویژه با توجه به تغییر انسانها در طول زمان. از این روی چه بسا، مسلمانی، امروز شخصی بی بندوبار باشد، اما فردا دگرگون شود و به خود آید که چنین احتمالی، در کافر کم تر می رود. بنابراین، شرط بودن اسلام در نگهداری و سرپرستی کودک، خالی از فایده نیست و نمی توان گفت: کسی که مسلمان شناسنامه ای است فرقی با غیر مسلمان ندارد. در ضمن حقوقدان محترم، مرا د خود را از شناسنامه ای بودن بیان نکرده است.

حال با توجه به آنچه بیان شد، باید ببینیم جایگاه این شرط در مسأله حضانت چیست؟

همان گونه که پیش از این بیان شد، نگهداری دو جنبه دارد: نگهداری جسمی و تربیت.

بی گمان، گرایشهای فکری و عقیدتی يك شخص در تربیت اثر دارد و کودک در سالهای ویژه ای از عمر خود، شایستگی بیش تری برای فراگیری و تربیت دارد.

در ماهها و سالهای نخستین، مادر، به جسم کودک توجه بسیار دارد و در برهه ای کودک نقش پذیر می شود و شخصیت وی، کم کم شکل می گیرد، در این سن، زیر نظر مسلمان باشد، با اخلاق اسلامی رشد می کند، زیر نظر کافر باشد، با اخلاق غیر اسلامی رشد می کند. در این سن، یعنی سن اثربرداری روحی، زیر نظر کافر باشد، بر خلاف ادله نفی سلطه است. بلیه، اگر کودک تنها به تأمین امور جسمی نیازمند باشد، می توان احتمال داد که شرط اسلام ضروری نباشد، زیرا در این گونه موارد، سلطه ای نیست، تا دلیل نفی سلطه آن را نفی کند و شخصی که تنها امور جسمی کودک را رسیدگی می کند، عرف نمی گویند که او سلطه دارد و گرنه کار کردن شخص مسلمان برای کارفرمای کافر هم نباید جایز باشد.

البته، اگر در این موارد هم، به گونه ای برتری کافر بر مسلمان باشد، دلیلهای نفی سلطه، جاری خواهند بود، لکن تنها، بر آوردن نیازهای جسمی، مصداق سلطه نیست. مگر این که در برآوردن نیازهای جسمی کودک مسائل غیر اسلامی به کار گرفته شود، مانند اینکه خانواده غیرمسلمان یا آن زن غیر مسلمان، شراب بنوشد و کودک از جهت آلوده شدن به خمر در امان نباشد. اما اگر زن غیرمسلمان، مورد اطمینان است، با دلیلهای نفی سلطه نمی تواند او را سرپرستی و نگهداری کودک، بازداشت. درباره شیرخوردن کودک از زن غیرمسلمان، روایاتی وجود دارد که می توان از آنها به عنوان مؤید این بحث استفاده کرد، بویژه با توجه به این که نقش شیر، در تشکیل شخصیت کودک، در خور انکار نیست.

راوی می گوید: از امام صادق(ع) پرسیدیم: آیا می توان از زن یهودی، نصرانی و مشرک، برای شیردادن به کودک، استفاده کرد؟

امام صادق(ع) می فرماید:

(لأبأس وقال امنعوه من شرب الخمر.)56

اشکالی ندارد، ولی باید جلوی شرب نوشی وی را گرفت.

از امام صادق(ع) نقل شده است که فرمود:

(لانترضع الصبی المجوسیه و تسترضع اليهودیه والنصرانیة ولایشربن الخمر یمنعن من ذلك.)57

برای شیردادن بچه از زن مجوسی استفاده نکنید، اما از یهودی و نصرانی اگر شراب نمی نوشند، استفاده کنید.

بنابراین، از این روایات فهمیده می شود که کافر بودن، بازدارنده نیست، بلکه جهتهای دیگر، مانند: شراب نوشیدن، برای شیردادن مانع است. معلوم می شود که تنها شیردادن، صدق سلطه کافر بر مسلمان نمی کند و با همان فرضی که بیان شد، نگهداری و سرپرستی هم در سالهای نخستین، همین حکم را دارد. بیادآوری:

بحث ما بر این انگاره استوار است که دلیل خاصی بر بازدارندگی کافر از سرپرستی و نگهداری نباشد و تنها به دلیلهای نفی سلطه استناد بشود و گرنه اگر دلیل خاصی پیدا شود، پیرو دلیل خواهیم بود.

صاحب جواهر58، بر این باور است که: در مورد کافر نص صریحی بر بازداشتن وی از نگهداری و سرپرستی نیست، لکن چون کافر نمی تواند ولایت بر مسلمان داشته باشد، از نظر ملاک، از عید و کنیز، پایین تر است.

8. سکنی در محل ثابت:

شخصی که سرپرستی کودک به عهده اوست، جابه جایی وی از محلی به محل دیگر، شرایطی دارد. این مسأله در صورتی مطرح می شود که حق نگهداری و

سرپرستی به عهده مادر باشد. در این مورد، دو فرض مطرح است:

الف. مادر از محلی به محل دیگر برود.

ب. پدر، از جایی به جایی دیگر برود.

در مورد این شرط، سخنان فقیهان، هم پراکنده و هم ابهام دارد؛ زیرا در مسأله دلیل روشنی وجود ندارد.

در باره انگاره نخست، شیخ طوسی می نویسد:

(اگر سفر مادر از روستا به شهر است، او، سزاوارتر است برای نگهداری کودک و اگر سفر، وی از شهر به روستاست، پدر شایستگی نگهداری دارد؛ چون زندگی در روستا، سبب می شود کودک از آموزش و تربیت، باز بماند و این دیدگاهی، دیدگاه قوی است.)59

بی گمان منظور شیخ و دیگران که این دیدگاه را نقل کرده اند، شهر و روستا نیست، بلکه، منظور جایی است که از نظر اجتماعی، پایین تر و بالاتر است.

در چند جمله قبل نیز، شیخ طوسی نوشته:

(اگر مادر به محلی مسافرت کند که نمازش شکسته است حق حضانت او باطل می شود.)60

شهید ثانی، پس از استناد این قول به شیخ، اظهار نظری نکرده است.61

صاحب مدارک، بر این باور است که مسأله دلیل روشنی ندارد.62

صاحب جواهر، این شرط را نمی پذیرد و اطلاق دلیلهای حضانت را حاکم می داند.63

و شیخ هم در کتاب خلاف، همین قول را می پذیرد.64

فقهای اهل سنت: شافعیه و حنابله و مالکیه بر این باورند که اگر مادر بخواهد مسافرت کند، باید کودک را نزد ولی بگذارد.65

در مورد انگاره دوم نیز، گروهی از فقیهان بر این باورند که: اگر پدر مسافرت می کند، حق سرپرستی و نگهداری مادر از بین می رود؛ زیرا او حق دارد بچه را با خود ببرد و گروهی هم بر این باورند که حق نگهداری و سرپرستی مادر از بین نمی رود.

در هر حال، همان طور که گفته شد، مسأله دلیل روشنی ندرت و استدلال فقها هم، چه موافق و چه مخالف، بر محور فلسفه حضانت دور می زند. بنابراین، در این مسأله بویژه با توجه به شرایط این زمان و آسان بودن ارتباط، نمی توان نظر قاطعی ارائه داد که مصلحت کودک کدام است؟ و بهتر است در ابتدا، این گونه موارد با سازش و آشنی حل شود و سپس اگر هماهنگی حاصل نشد، مراجع قضائی، مشکل را حل کنند.

9. ازدواج نکردن مادر:

در صورتی که نگهداری کودک به عهده مادر باشد، اگر مادر ازدواج کند و پدر زنده باشد، حق سرپرستی مادر از بین می رود. این حکم بین فقهای شیعه اجماعی است. شیخ مفید⁶⁷، شیخ طوسی⁶⁸، محقق⁶⁹، علامه⁷⁰، ابن ادریس⁷¹، شهید ثانی⁷²، صاحب مدارک⁷³، صاحب حدائق⁷⁴ و صاحب جواهر⁷⁵ بر این اتفاق، به روشنی اشاره دارند.

مستند این حکم، روایاتی است که از شیعه و سنی، نقل شده است:

1. روایت مرسله منقری:

(سئیل ابو عبد الله (ع) عن الرجل مطلق امرأته و بینهما ولد ایتها احق؟

قال: المرأة احق بالولد مالم تتزوج.)⁷⁶

از امام صادق (ع) پرسش شد درباره مردی که زن خود را طلاق می دهد و فرزند دارد، کدام يك نسبت به فرزند سزاوارترند؟ حضرت فرمود: زن، مادامی که ازدواج نکرده، سزاوارتر است.

شهید ثانی⁷⁷ و صاحب جواهر⁷⁸، به این حدیث استناد کرده اند و بر خلاف ارسال آن، مورد عمل قرار گرفته است.

2. حدیث نبوی از طریق عامه نقل شده است.

(الام احق بحضانه اینها مالم تتزوج.)⁷⁹

مادر، تا هنگامی که ازدواج نکرده، به نگهداری کودک سزاوارتر است.

3. در نبوی دیگر، پیامبر (ص) در پاسخ پرسش مادری در باره نگهداری فرزندش، می فرماید:

(انت احق به ما لم تنکحی.)⁸⁰

تو، تا ازدواج نکرده ای، سزاوارتری.

4. روایتی را داوود رقی از امام صادق (ع) نقل می کند به این مضمون:

(زن آزاده ای با عیدی ازدواج کرد و صاحب فرزند شد و از او طلاق گرفت و دوباره ازدواج کرد. عیدپس از ازدواج دوباره او، خواست بچه را از او بگیرد، حضرت فرمود:

(لیس للعبید ان یأخذ منها ولدها وان تزوجت حتی یعتق.)

عید، حق گرفتن فرزند را ندارد، گرچه مادر ازدواج کرده باشد، تا زمانی که آزادگردد.)

از این روایت فهمیده می شود که برداشته شدن حق نگهداری و سرپرستی در صورت ازدواج مادر، مسلم بوده است؛ از این روی، مورد سؤال، عیدقرار گرفته و مفهوم کلام امام هم این دلالت را دارد.

بنابراین، حکم بین فقهای شیعه اتفاقی است، گرچه امکان دارد، بعضی از روایاتی که نقل شد، از نظر سند مخدوش و به عنوان مؤید آورده شده باشند.

شهید ثانی، در این مورد استدلال دیگری هم کرده است:

(ازدواج دوباره، زن را به حقوق شوهر مشغول می کند و از نگهداشت مصلحت فرزند باز می دارد.)

ولی روشن است که این گونه استدلال، در این گونه موارد، تمام نیست و موارد نقض بسیاری امکان دارد پیدا شود.

در قانون مدنی ایران ماده 1170 هم به این مسأله اشاره شده است که ازدواج مادر مانع از حضانت است.

و در ماده 1171 می گوید: (در صورت فوت پدر مانع نیست.)

بعضی از فقیهان اهل سنت، در این باره، ابراز داشته اند:

(اگر مادر با کسی ازدواج کند که از محارم کودک است، حق حضانت ساقط نمی شود.)

حال اگر مادر دوباره طلاق گرفت، آیا حق نگهداری و سرپرستی بر می گردد یا خیر؟

در بین فقیهان، شیخ طوسی⁸⁴، علامه⁸⁵، صاحب مدارک⁸⁶، ابن فهد حلی⁸⁷، شهید ثانی⁸⁸، صاحب حدائق⁸⁹ و امام خمینی⁹⁰ قائل به برگشت حق سرپرستی و نگهداری، با تفاوت اندکی که در دیدگاههای اینان وجود دارد.

بعضی از دیگر فقیهان، مانند: ابن ادریس⁹¹، صاحب ریاض⁹² و آیت الله خویی⁹³ بر این باورند که حق نگهداری و سرپرستی، بر نمی گردد.

استدلال عمده باورمندان به برگشت حق نگهداری، موجود بودن مقتضی و نبود بازدارنده است؛ زیرا وجود مادر، اقتضای حق نگهداری را برای او داشت و بازدارنده این حق، تنها ازدواج بود، به دلیل روایاتی که وجود داشت. وقتی بازدارنده بر طرف شد، دلیلی ندارد که آن حق از بین برود.

اما باورمندان به بازگشت نکردن حق نگهداری، به طور کلی به استحباب چنگ زده و گفته اند: بازگشت دوباره حق، نیاز به دلیل خاص دارد.

گرچه با توجه به ظاهر روایاتی که بیان شد، حق این است که حق نگهداری و سرپرستی بر می گردد هر چند راه احتیاط و تسالم چنانکه گروهی از فقیهان این دیدگاه را بر گزیده اند که با توجه به فلسفه حضانت، خالی از فایده نخواهد بود.

نگهداری و سرپرستی در صورت جدایی پدر و مادر

جدایی پدر و مادر به دو صورت ممکن می باشد:

1. طلاق.

2. مرگ.

بنابراین بحث در سه قسمت مطرح می شود:

الف) سرپرستی و نگهداری کودک، در صورت جدایی پدر و مادر به طلاق:

دیدگاه‌های فقهای شیعه، درباره این انگاره، مختلف و پراکنده است و ما در این جا ابتدا به گونه اجمال، این دیدگاهها را بیان می کنیم:

1. نگهداری فرزند پسر، تا دو سالگی و فرزند دختر، تا هفت سالگی به عهده مادر است و از آن پس نگهداری هر دو به عهده پدر است. این قول مشهور است و مبنای قانون مدنی ایران 95.

گروهی از فقیهان که این قول را نقل کرده یا پذیرفته اند، عبارتند از: شیخ طوسی در نه‌ماه 96، ابن ادریس 97، محقق حلی 98، علامه حلی 99، فخرالمحققین 100، شهید اول 101، قاضی ابن براج 102، فاضل هندی 103، فاضل 104، فیض کاشانی 105، صاحب ریاض 106، صاحب حدائق 107، علامه مجلسی اول 108، صاحب جواهر 109 و امام خمینی 110.

مستند این دیدگاه، اجماع است و جمع بین روایاتی که می گویند: فرزند تا دو سال در اختیار مادر است و روایاتی که می گویند فرزند تا هفت سالگی در اختیار مادر است. و شایسته تر بودن پدر برای تربیت فرزند پسر و مادر برای تربیت فرزند دختر.

شاید همین نکته، وجه جمع فقها باشد در مورد آن روایات.

بیادآوری: در روایات، قید دو سال مطرح نشده، بلکه عنوان: رضاع و فطام مطرح است و چون دوران شیردهی، بیش تر، دوسال است، ملاک دورانی که کودک باید در اختیار مادر باشد، دو سال قرار داده شده است.

صاحب جواهر می نویسد:

(آیا اگر کودک پیش از دو سال از شیر گرفته شد، دوران نگهداری به سر می آید، چنانچه در روایت آمده: (فاذا فطم فالاب احق منها). یا این که دوران نگهداری در مدت دو سال ثابت است، گرچه پیش از دو سال از شیر گرفته شود؟

دو وجه منصور است: و وجه دوم، یعنی ثابت بودن دوران نگهداری در دو سال قوی تر است؛ زیرا هم مقتضای اصل در مسأله است و هم امکان دارد فطام حمل بر غالب شود که همان دو سال است.)

بنابراین، مبنای دیدگاه کسانی که دو سال را مطرح کرده اند، مدت شیرخوارگی کودک است.

2. نگهداری و سرپرستی کودک در دوران شیرخوارگی، به عهده مادر است و پس از آن نگهداری فرزند پسر به عهده پدر و فرزند دختر، تا 9 سالگی، به عهده مادر است، بعضی به جای نه سالگی، قید بلوغ را آورده اند.

شیخ مفید 112، ابن سعید حلی 113، سالاربن عبدالعزیز 114 به نقل از علامه حلی، از طرفداران این نظریه به شمار می آیند.

3. نگهداری کودک تا سن تمیز (هفت یا هشت سالگی) با مادر است و پس از آن، اگر پسر باشد با پدر و اگر دختر باشد، تا زمان بلوغ، یا 9 سالگی با مادر است.

گروهی از فقها، مانند: شیخ طوسی در مبسوط و خلاف 115، ابن جنید 116، به نقل این فهد حلی، فاضل مقداد 117 و صهرشتی 118، این قول را پذیرفته اند.

4. مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است، برای نگهداری و سرپرستی دختر و پسر شایستگی بیشتر دارد. این قول را فاضل مقداد 119 و علامه حلی 120 به شیخ صدوق در مقنع نسبت می دهند، ولی این قول در مقنع پیدا نشده است.

5. مادر برای نگهداری کودک، چه دختر و چه پسر، تا هفت سالگی شایستگی بیش تری دارد. صاحب مدارک، این قول را تقویت کرده است. 121

6. مادر تا دو سالگی، اگر بخواهد، حق نگهداری و سرپرستی کودک با اوست و بهتر این که تا هفت سالگی هم، کودک در اختیار او باشد.

آقای خویی 122، این قول را پذیرفته است، و آقای خوانساری نیز 123، همین قول را به گونه احتمال بیان می کند.

دیدگاههایی که بیان شد، نظر فقهای شیعه بود، اما فقهای اهل سنت در مسأله با اختلافی که در بعضی از مسائل جزئی دارند، به طور کلی، برای مادر شایستگی بیش تری باوردارند و مادر را پیش می دارند.

مبنای دیدگاه اینان، افزون بر روایات، که پس از این بیان خواهد شد، مهربانی و دلسوزی بیش تر مادر به کودک است. 124

اکنون، به بررسی روایات می پردازیم و روایات از نظر مفهوم، به چند دسته تقسیم می شوند:

دسته نخست: روایاتی که بیانگر شایسته تر و سزاوارتر بودن پدر در تربیت فرزند هستند، چه دوران شیرخوارگی و چه پس از آن.

1. روایت فضل ابی العباس:

(قلت لابی عبدالله(ع): الرجل احقّ بولده ام المرأة؟ قال لا بل الرجل فان قالت المرأة لزوجها التي طلقها انا ارضع ابني بمثل ما تجد من برضعه فیهی احقّ به.) 125

از امام صادق(ع) پرسیده شد که آیا مرد نسبت به فرزند سزاوارتر و شایسته تر است یا زن؟ حضرت فرمودند: مرد سزاوارتر و شایسته تر است. ولی اگر زن به مردی که او را طلاق داده بگوید: من هم بچه را به همان مردی که دیگری شیر می دهد، شیر می دهم، مادر سزاوارتر است.

2. روایت فضیل بن یسار از امام صادق(ع):

(ایما امرأة حرّة تزوجت عبداً فولدت منها اولاداً فیهی احق بولدها منه وهم احرار فاذا اعتق الرجل فهو احقّ بولده منها لموضع الاب.) 126

اگر زن آزاده ای، با بنده ای ازدواج کند و صاحب فرزندی گردد؛ آن مادر نسبت به فرزندان سزاوارتر است و آن فرزندان آزاده اند. اما اگر بنده، آزاد بشود، او نسبت به فرزند سزاوارتر است، به خاطر پدر بودنش.

دسته دوم: روایاتی که می گویند: پدر بعد از زمان شیرخوارگی کودک، نسبت به فرزند سزاوارتر است.

1. روایت داود بن الحصین، از امام صادق(ع):

(والوالدات یرضعن اولادهن قال: مادام الولد فی الرضاع فهو بین الابوبین بالسّویه فاذا فطم فالاب احقّ به من الام فاذا مات الاب فالام احقّ به من العصبه وان وجد الاب من یرضعه باربعة دراهم وقالت الام لا ارضعه الا بخمسة دراهم فانّ له ان ینزعه منها الا ان ذلك خیر له وارفق به ان یترك مع امه.) 127

امام صادق(ع) در مورد آیه شریفه: (مادران بچه های خود را شیر می دهند) فرمود:

فرزند در دوران شیرخوارگی، بین پدر و مادر، به گونه برابر قرار می گیرد و زمانی که از شیر گرفته شد، پدر شایسته تر و سزاوارتر از مادر است و اگر پدر فوت کرد، مادر از سایر بستگان سزاوارتر است. اگر پدر کسی را پیدا کند که بچه را به چهار درهم شیر بدهد و مادر به پنج درهم حاضر به شیردادن باشد، پدر می تواند بچه را از او بگیرد،

لکن اگر بچه با مادر باشد، بهتر و شایسته تر است.

2. روایت ابی الصباح الکنانی، از امام صادق(ع):

(اذا طلق الرجل المرأة وهی حبلی انفق علیها حتی تضع حملها واذا وضعت اعطاهها اجرها ولا یضارها الا ان یجد من هو ارضعها منها فان هی رضیت بذلك الاجر فیهی

احقّ بابنها حتی تطفمه.) 128

امام صادق (ع) فرمود: اگر مردی زن حامله خود را طلاق بدهد، باید هزینه زندگی او را تا زمان زایمان بپردازد و پس از آن هم، مزد او را باید بپردازد و نباید به او ضرر بزند، مگر این که کسی پیدا شود که با مزد کم تر حاضر باشد [بچه را شیر بدهد] پس اگر مادر، به همان مزد، راضی شد، او سزاوارتر است، تا زمانی که بچه از شیر گرفته شود. از این حدیث بر می آید که پس از دوران شیرخوارگی، پدر برای نگهداری کودک، سزاوارتر است.

دسته سوم: روایاتی که دلالت دارند بر سزاوارتر بودن مادر، به طور مطلق.

1. روایتی از طریق شیعه و سنی (با اختلاف اندک) در مورد قضاوت پیامبر (ص) درباره دختر حمزه سیدالشهدا، نقل شده است که پیامبر (ص) فرمود: دختر حمزه به جعفر سپرده شود، زیرا خاله دختر در خانه جعفر بود، حضرت فرمودند: (الخالة والدة) 129 خاله به منزله مادر است.
2. حدیث نبوی از طریق عامه:

(من فرق بين والدة و ولدها فرّق الله بينه وبين احبته يوم القيامة). 130

کسی که بین فرزند و مادرش جدایی بیندازد، خداوند بین او و دوستانش، روز قیامت، جدایی می اندازد.

3. از حضرت علی (ع) در تفسیر کلمه (الرحمن) نقل شده است که فرمود:

(و من رحمته آتاه لما سلب الطفل قوة النهوض والتغذي جعل تلك القوة في أمه ورققها عليه لتقوم تربيته وحضنته فان قسا قلب أم من الامهات لوجب تربية هذا الطفل وحضنته على سائر المؤمنين). 131

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 او را نسبت به فرزند مهربان کرده است تا به تربیت و نگهداری او بپردازد. پس اگر مادر، سنگدل شد، تربیت و نگهداری کودک، بر دیگر مؤمنان واجب است.

دسته چهارم: روایاتی که بر شایستگی و سزاوارتری مادر، تا ازدواج نکرده دلالت می کنند:

1. روایت مرسله منقری:

(قال: سنل ابوعبدالله (ع) عن الرجل يطلق امرأته و بينهما ولد ايهما احق بالولد؟ قال المرأة احق بالولد ما لم تتزوج). 132

از امام صادق (ع) در مورد مردی که زنش را طلاق داده است و فرزندی دارند، پرسش شد که کدام يك نسبت به فرزند سزاوارتر است؟ حضرت فرمود: مادر، تا هنگامی که ازدواج نکرده است.

2. حدیث نبوی از طریق عامه:

(الام احق بحضانة ابنها ما لم تتزوج). 133

مادر، تا زمانی که ازدواج نکرده، در تربیت و نگهداری کودک خویش سزاوارتر و شایسته تر است.

3. حدیث نبوی از طریق عامه:

(ان امرأة جاءت الى رسول الله (ص) فقالت: يا رسول الله (ص) ان ابني هذا كان بطني له وعاء و ثديي له سقاء و حجرى له حواء و ان اباه طلقنى واراد ان ينتزع مني

فقال: انت احق به مالم تنكحى). 134

زنی به رسول الله (ص) عرض کرد: فرزندم که او را در شکم خود پرورش داده ام و از پستان خود شیر داده ام و در دامن خود پرورنده ام، پدرش که مرا طلاق داده، می خواهد او را از من بگیرد.

حضرت فرمود: تو نسبت به فرزندت مادامی که ازدواج نکرده ای سزاوارتری.

دسته پنجم: روایاتی که می گویند: مادر تا هفت سالگی، از هر کس در تربیت کودک سزاوارتر و شایسته تر است.

1. روایت ایوب بن نوح:

(قال كتب اليه بعض اصحابه كانت لى امرأة ولى منها ولد و خبثت سبيلها، فكتب: المرأة احق بالولد الى ان يبلغ سبع سنين الا ان تشاء المرأة). 135

راوی می گوید: شخصی از اصحاب به امام (ع) نوشت: من همسری داشته ام که صاحب فرزند از او هستم و او را طلاق داده ام.

امام (ع) نوشتند: زن در نگهداری، به فرزند تا هفت سالگی سزاوارتر است، مگر این که خودش بخواهد.

2. ایوب بن نوح و بشر بن بشار به امام هادی (ع) می نویسند:

(جعلت فداك رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقتني متى يجب له ان يأخذ ولده؟ فكتب: اذا صار له سبع سنين فان اخذه فله وان تركه فله). 136

مردی با زنی ازدواج کرد، و صاحب فرزند شده است و سپس از او جدا شده، چه زمانی می تواند بچه را از او بگیرد. حضرت فرمود: زمانی که فرزند هفت ساله بشود، اگر بخواهد می تواند بگیرد.

نقد و بررسی

با بررسی دیدگاهها و روایاتی که در مسأله وارد شده است، برای رسیدن به نتیجه نکته هایی را یاد آور می شویم:

1. آنچه به طور یقینی از مجموع دیدگاهها و روایات به دست می آید، این است که در نگهداری کودک، در دو سال اول زندگی، هیچ اختلافی نیست و همه فقهاء، نگهداری و سرپرستی را حق مادر می دانند. بنابراین، اگر بخواهیم اصلی را در مورد نگهداری تاسیس کنیم، برابر قاعده، باید اصل در نگهداری و سرپرستی را با مادر بدانیم، به خلاف ولایت که جنبه مالی دارد و اصل در ولایت با پدر است.

روایاتی هم که پیش از این بیان شد، مبنی بر سزاوارتر بودن پدر، به طور مطلق، اگر به نشانه ها و فرعیهای آنها دقت شود، معلوم می گردد که بیش تر ناظر به جنبه

مالی مسأله است، نه به سرپرستی و نگهداری. از این روی، هرگونه خارج شدن از اصل حق سرپرستی مادر باید به دلیل قطعی و ثابت باشد.

پس تمسك فقیهانی مانند صاحب جواهر 137 به این که اصل در مسأله، سزاوارتر بودن پدر است نگهداری مادر در دو سال آغازین زندگی کودک، خارج از اصل است، بدون دلیل خواهد بود و با گوناگونی دیدگاهها در باب نگهداری و ولایت، نمی توان این اصل را پذیرفت.

2. جمعی که مشهور فقها بین روایات پذیرفته اند، مستند روایی ندارد؛ یعنی ما روایتی نداریم مبنی بر این که نگهداری پسر تا دو سال و دختر تا هفت سال، به عهده

مادر باشد. در واقع، این يك جمع تبرعی است و شاهد جمع ندارد؛ زیرا اجماعی که در مسأله ادعا شده، با گوناگونی آرای فقها، نمی تواند مورد پذیرش قرار گیرد و امکان دارد مستند کسانی که ادعای اجماع کرده اند، همان سزاوارتر بودن پدر به پسر و مادر به دختر باشد و کاشف از قول معصوم نیست. با توجه به مطالبی که پیش از این بیان شد، روشن شد که سزاوارتر بودن هم، مورد قبول نمی تواند باشد؛ زیرا اگر فلسفه نگهداری را در نظر بگیریم که نگهداشت مصالح کودک است، باید مراحل رشد او را هم مورد دقت قرار دهیم. کودکان برای رشد جسمی و روحی تا چند سال نیاز به گونه ای نگهداری و همراهی دارند که پسر و دختر بودن آنان تفاوت چندانی ندارد. در

مثل اگر بچه دو ساله یا سه ساله را می‌خواهیم غذا بدهیم یا شست و شو کنیم و یا او را به تفریح ببریم و وسایل سرگرمی برای او فراهم آوریم، بین پسر و دختر فرقی نیست که بگوییم پسران به مهریانی کم‌تری نیازمندند و دختران به مهریانی بیش‌تری! به طور قطع، در مراحل رشد، نمی‌توان چنین اظهارنظری کرد. بعد از شش و هفت سالگی که کودک از نظر عقلی رشد می‌کند و کم‌وبیش مسائل جنسی را می‌فهمد، اگر امر دایر باشد بین سرپرستی پدر و مادر در پسر و دختر، پدر سزاوارتر است به پسر و مادر به دختر، و این به معنای بی‌نیازی پسر از مادر و یا دختر از پدر نیست.

روایاتی که در باب تربیت وارد شده، اشاره‌ای به این تفاوت بین پسر و دختر، تا شش و هفت سالگی نکرده‌اند، با این که در مقام بیان ویژگیهای رشد بوده‌اند. در مثل، در روایتی از امام صادق(ع) نقل شده که حضرت فرمود:

(فرزند خود را تا هفت سالگی آزاد بگذار تا به بازی سرگرم شود و در هفت سال دوم مراقب او باش...) 138

در روایت دیگری از پیامبر اسلام(ص) نقل شده که حضرت فرمود:

(جای خواب پسر بچه‌ها و دختر بچه‌ها را از ده سالگی جدا کنید.) 139

با توجه به دقتی که در این روایات و مانند آنها به چشم می‌خورد، فرقی که در موارد لازم بین پسر و دختر و سن آنان گذاشته شده است، این نتیجه به دست می‌آید که اگر ویژگیهای رشد، بین پسر و دختر، دست کم، از جهت نگهداری متفاوت بود، در روایات به آن اشاره می‌شود. در عرف امروز هم، به طور معمول از خانمها برای مریب‌گری مهدهای کودک استفاده می‌کنند و موفق هم هستند. بنابراین، ما نمی‌توانیم سزاوارتر و شایسته‌تر را که فقها ادعا کرده‌اند، بپذیریم. همان گونه که گفته شد، آقای خوبی، این تفصیل را نپذیرفته‌اند و آقای خوانساری هم گرایش به این تفصیل نشان نداده‌اند.

مرحوم محمد جواد مغنیه هم این جمع را مورد انتقاد قرار داده و می‌نویسد:

(این جمع بدون شاهد است و دلیلی از شرع و عرف ندارد و عمل مشهور هم، تأثیری در جمع بین نصوص ندارد.) 140

با شرحی که داده شد، نه تنها قول مشهور از درجه اعتبار می‌افتد، بلکه هر قولی که به گونه‌ای تفصیل در نگهداری قبل از شش و هفت سالگی را بیان کند، معتبر نخواهد بود، مانند قول دوم. پس در پالایش مسأله، باید راه دیگری را پیمود.

3. از بررسی قول مشهور می‌توان نتیجه گرفت: روایاتی که دلالت بر سزاوار بودن پدر و نگهداری کودک پس از دو سال دارند و روایاتی که پس از هفت سال را بیان می‌کنند، مورد پذیرش فقیهان بوده، از این روی، در صدد جمع بین آنها برآمده‌اند و بین دختر و پسر تفصیل داده‌اند، یا بین واجب و مستحب بودن تفصیل داده‌اند. بنابراین، اگر بخواهیم بر مبنای روایات نظر بدهیم و روایات دیگر را مورد پذیرش قرار ندهیم، باید از بین این دو دسته از روایات، نظریه مطلوب را بجوییم:

همان طور که گفته شد، روایت دلالت‌کننده بر هفت سال، روایت ایوب بن نوح است که از نظر سند اشکالی ندارد و مورد پذیرش فقیهان هم هست.

صاحب مدارک، این روایت را صحیح‌ترین روایت این باب می‌داند و می‌نویسد: (والعمل بها مستحب.) 141

بنابراین، روایات هفت سال قابل‌خدشه‌سندی نیست و از نظر دلالت هم، به طور قطع، نمی‌توان خدشه کرد؛ زیرا وقتی روایت می‌گوید: مادر، تا هفت سال، سزاوارتر و شایسته‌تر است، بی‌گمان، ناظر به (حضانت) است و احتمال سزاوارتر و شایسته‌تر بودن از جهت‌های دیگر، مثل ولایت، نیست؛ زیرا به طور قطع، ولایت بر فرزند به عهده پدر و هزینه‌زدگی فرزند بر پدر واجب است؛ اما مهم‌ترین روایت دلالت‌کننده بر دو سال، روایت داود بن الحصین و روایت ابی‌الصباح الکنانی است.

در مورد سند روایت داود بن الحصین، بعضی مانند صاحب مدارک 142، خدشه کرده‌اند، لکن بر فرض که این خدشه‌ها وارد هم نباشد و نقل اعلام و پذیرش فقها را دال بر درستی سند این حدیث بدانیم، باید در مورد دلالت آن وارد بحث شویم. با دقت در مضمون و صدر و ذیل روایت، نمی‌توان گفت که به طور قطع، منظور روایت از سزاوارتر بودن مسأله حضانت است؛ زیرا تمام مضمون در مورد شیردادن وارد شده و صدور روایت هم مفهوم روشنی ندارد؛ زیرا می‌فرماید: (کودک، در دوران شیرخوارگی، به گونه برابر، بین پدر و مادر است.)

شاید بهترین وجه این است که بگوییم: امور کودک در این زمان به عهده پدر و مادر است، درمثل، شیردادن به عهده مادر و مزد آن به عهده پدر. ولی اگر بگوئیم

سرپرستی و نگهداری در این مدت، به گونه مساوی یا ولایت به گونه مساوی است، به طور قطع، خلاف اجماع فقهی است. از این روی در جمله بعد که به طور تفریع فرموده: (فاذا فطم فالاب احق به من الام) نمی‌توان به قطع گفت: ناظر به حضانت است، شاید ناظر به همان جهات مالی و ولایت باشد؛ یعنی حق شیردادن مادر تمام شده و حق ولایت پدر باقی مانده است، بویژه با توجه به این که روایت در تفسیر آیه: (والوالدات برضعن اولادهن) وارد شده و تمام بحث در مورد رضاع و شیردادن است و نمی‌توان به سادگی مضمون آن را به مسأله حضانت سریان داد. دست کم باید گفت: از نظر دلالت ابهام دارد. در مورد روایت ابی‌الصباح الکنانی هم همین شبهه وجود دارد چون آن روایت هم به بحث درباره رضاع و نفقه می‌پردازد. از این روی با توجه به مضمون صریح روایات دلالت‌کننده بر هفت سال، چگونه می‌توان این روایات را در برابر آنها قرار داد؟

حال جای این پرسش باقی می‌ماند: آیا هفت سال سن، موضوعیت دارد، یا اماره‌ای برای حد تمیز در کودک است؟ گرچه شاید نتوان نظر قاطعی را در این باره بیان داشت؛ اما دور نیست که سن در این گونه موارد، اماره باشد، چنانچه در مورد دو سال هم مدت شیرخوارگی مطرح بود و در کلمات شیخ طوسی و دیگران که قول سوم را مطرح کرده بودند، سن تمیز مطرح شده بود با عنوان: هفت یا هشت سال. در هر صورت، نگهداشت احتیاط در این گونه موارد و در نظر گرفتن مصالح طفل ضروری است.

4. در بین روایاتی که دلالت می‌کنند مادر، تا زمانی که ازدواج نکرده، حق نگهداری و سرپرستی دارد، تنها مرسله منقری درخور بحث است.

با این که این روایت از سوی اصحاب و صاحب‌جواهر 143 پذیرفته شده و ادعای جبران ضعف شده با این پذیرش، نمی‌توان گفت: از نظر مضمون می‌تواند در برابر روایات صحیحه دلالت‌کننده بر هفت سال، قرار بگیرد و در مورد کودکی که بیش از هفت سال دارد و مادرش ازدواج نکرده، بگوییم، نگهداری و سرپرستی به عهده مادر است، بلکه شاید روایت ناظر به شرایط سرپرست و نگهدارنده باشد که یکی از بازدارنده‌ها چنانکه گفته شد، ازدواج مادر است.

نتیجه: از مجموع نکته‌هایی که بیان شد، می‌توان این نتیجه را گرفت: با توجه به طبیعت انسان، افزون بر این که اصل در نگهداری و سرپرستی مربوط به مادر است روایاتی هم که دلالت می‌کنند فرزند تا هفت سال باید در اختیار مادر باشد. از نظر مضمون و دلالت قوی هستند و روایاتی که به گونه‌ای دلالت بر سزاوارتر بودن پدر دارند، بیش‌تر ناظر به جنبه‌های ولایتی هستند؛ از این روی، اگر بین پدر و مادر به وسیله طلاق جدایی افتاد، نگهداری در مدت هفت سال اول زندگی کودک، یا سن تمیز، او را باید به مادر سپرد و پس از آن به عهده پدر است، با توجه به شرایط سرپرست و نگهدارنده و نگهداشت مصالح کودک.

ب. سرپرستی کودک در صورت مرگ پدر یا مادر:

پدر و مادر اصلی‌ترین عناصر تربیتی کودک هستند. از این روی، این مسأله مورد اتفاق فقهاست. که با مرگ یکی از آن دو، نگهداری و سرپرستی کودک به دیگری منتقل می‌شود، حتی اگر مادر ازدواج کرده باشد و یا برای کودک وصی و قیم معین کرده باشند. 144

شهادت می نویسد:

(بازدارندگی ازدواج مادر از سرپرستی کودک، در صورتی است که پدر کودک موجود باشد، به دلیل و به مقتضای نص [مرسله منقری] در جایی که نزاع در مورد کودک بین پدر و مادر به وجود آمده باشد، مادر سزاوارتر است، به شرط این که ازدواج نکرده باشد.) 145

در باره ای از روایات هم تصریح شده است که در صورت مرگ پدر، مادر سزاوارتر است، مانند داود بن الحصین که پیش از این بیان شد: (إذا مات الأب فالأم احق به من العصبه) .

و در صحیح ابن سنان هم این جمله آمده است:

(ولیس للوصی ان یخرجه من حجرها حتی یدرك وی دفع الیه مالہ.) 146

وصی حق ندارد کودک را از مادر بگیرد، تا زمانی که کودک رشید شود و اموال او را به او بدهد.

بنابراین، در صورت مرگ یکی از مادر و پدر، حق نگهداری و سرپرستی به دیگری منتقل می شود. قانون مدنی ایران هم در ماده 1171 به این نکته اشاره می کند:

(حضانت طفل در صورت مرگ یکی از والدین، به دیگری منتقل می شود، حتی اگر پدر طفل فوت کرده باشد و برای او قیم تعیین کرده باشد.)

البته در این مورد فقهای اهل سنت ابراز می دارند:

(با وجود مادر، یا مادر مادر و به طور کلی با وجود یکی از زنان وابسته به مادر، نوبت به پدر نمی رسد.) 147

ج. سرپرستی کودک، در صورت مرگ پدر و مادر

در این مسأله، بنابر قول مشهور، سرپرستی به جد پدری منتقل می شود؛ زیرا او ولایت بر مال و دیگر امور کودک را دارد. 148

اما اگر جد پدری وجود نداشته، دیدگاههای گوناگونی وجود دارد که آیا سرپرستی به ترتیب وارثان است، یا این که سرپرستی و نگهداری به وصی پدر یا جد پدری منتقل

می شود؟ و پس از آن، به ترتیب ارث مطرح می شود؟ 149

شرح این دیدگاهها، در کتابهای فقهی یاد شده است و نیازی به یادآوری همه آنها نیست.

قول مشهور این است که: حضانت به وصی پدر یا جد پدری می رسد و پس از آنها به ترتیب ارث است و اگر صاحبان حق بسیار شدند و در یک رتبه قرار داشتند، بین آنها

قرعه زده می شود. 150

اهل سنت در این مورد می گویند:

(اگر صاحبان حق بسیار و مساوی باشند، سرپرستی به کسی می رسد که از نظر توان و اخلاق مقدم باشد و اگر مساوی باشند، کسی که بزرگ تر است مقدم می

شود.) 151

در هر صورت، در این مسأله مدرک قطعی روایی وجود ندارد و استدلال فقیهان، مبتنی بر فحواي دلایلی و فلسفه حضانت است؛ از این روی در مورد مسائلی که مدرک

قطعی روایی وجود ندارد، با توجه به فلسفه حضانت بهتر است که تصمیم گیری به عهده مراجع ذی صلاح قضایی باشد.

پیامدهای حق سرپرستی و نگهداری

در این جا، دو مقوله، در خور بررسی وجود دارد:

1. هزینه نگهداری.

2. مدت نگهداری.

در مدت نگهداری، دو نوع هزینه مطرح است:

الف. هزینه، خوراک و پوشاک.

ب. هزینه نگهداری.

هزینه خوراک و پوشاک کودک، جزء نفقات به شمار می رود و احکام نفقه بر آن بار است. بنابراین، اگر کودک ثروت نداشته باشد، بر پدر واجب است که هزینه خوراک و

پوشاک او را بدهد. میزان و چگونگی آن هم با عرف است. این مسأله در فرضی که کودک در اختیار پدر یا پدر و مادر است، بحثی ندارد؛ اما در موردی که مادر نگهداری

کودک را به عهده دارد، فقها گفته اند: هزینه خوراک و پوشاک کودک، بر عهده پدر است؛ یعنی فرزند از نفقه پدر خارج نمی شود، مگر این که خود ثروت مند باشد. صاحب

جواهر می نویسد:

(بدون هیچ خلاف و اشکالی، نفقه فرزند، پسر باشد یا دختر، بر عهده پدر است، هر چند مادر فرزند ثروتمند باشد، به دلیل آیه کریمه، فان ارضعن لکم.) 153

شیخ طوسی هم به این مسأله تصریح کرده و به آیاتی از قرآن نیز استدلال کرده است: 154

از جمله آیه شریفه:

(لا تقتلوا اولادکم خشية اطلاق.) 155

اگر نفقه بر او واجب نبود، از ترس فقر او را نمی کشت.

روایاتی هم 156 در این زمینه وارد شده است، از جمله این روایت:

(شخصی از امام صادق (ع) می پرسد: هزینه زندگی چه کسی را باید من برآورم؟

امام فرمود: هزینه زندگی پدر، مادر، فرزند و زن.) 157

در قانون مدنی ایران ماده 1172 هم به این نکته، اشاره شده است:

(هزینه حضانت به عهده پدر و در صورت فوت او، با مادر است.)

فقهای اهل سنت هم، به این نکته اشاره روشن دارند:

(سرپرست و نگهدارنده، چه مادر باشد، یا غیر مادر می تواند هزینه زندگی کودک را در زمان معینی، برابر نظر حاکم و مراعات حال پدر، دریافت کند و پدر حق ندارد به

سرپرست و نگهدارنده بگوید: او را نزد من بفرست، تا غذا بخورد و برگردد، چون این کار، به کودک زیان می رساند.) 158

اما در مورد هزینه نگهداری بین فقها اختلاف است:

از عبارات بعضی از فقیهان، مانند شهید ثانی، استفاده می شود که هزینه نگهداری را، جزء نفقه نمی داند و می نویسد:

(اگر کودک به نفقه ای زائد بر شیردادن و نگهداری نیازمند باشد... بر عهده پدر است.) 159

از این روی، اگر هزینه حضانت را جزء نفقه به حساب نیاوریم، این بحث پیش می‌آید که این هزینه، به عهده چه کسی است؟ آیت الله خویی می‌نویسد:

(ظاهراً مادر حق گرفتن مزد برای نگهداری دارد، مگر این که از برای رضای خدا بپذیرد و یا شخص دیگری این نیکویی را انجام دهد.)¹⁶⁰ صاحب‌جواهر¹⁶¹ همین قول را تقویت می‌کند و آن را از لوازم حق اسقاط می‌شمارد.

در مقابل این قول، محمد جواد مغنیه، دیدگاه کسانی را تقویت می‌کند که بر این باورند، مزدی برای نگهداری وجود ندارد و می‌نویسد:

(چون در این مورد نصی وارد نشده است و عادت عرف هم بر مزد جاری نیست و نگهداری از نفقه به شمار نمی‌رود و نگهداری و سرپرستی در ذات، به پدر مربوط نمی‌شود، تا کسی بگوید هر کس آن را انجام داد حق مزد دارد.)¹⁶²

مشهور فقهایان اهل سنت هم، بر این باورند که کسی حق مزد بر نگهداری ندارد. اما در مورد هزینه‌های جنبی، مانند پختن غذا، شستن لباس و... بر این باورند که حق مزد وجود دارد¹⁶³ و باید مزد کسانی که کاری انجام داده‌اند و می‌دهند، پرداخت شود.

مهم در این مسأله، این است که آیا نگهداری، از نفقه به شمار می‌رود، یا خیر؟

اگر بپذیریم که عرف نگهداری را هم مانند شیردادن، از نفقه به شمار می‌آورد، و یا به تنقیح مناط، بگوییم: نگهداری، هم، مانند شیردادن است. گرفتن مزد، مانعی

نخواهد داشت. وگرنه، با این نگرش که نگهداری حقی است درخور از بین بردن، نمی‌توان ثابت کرد که گرفتن مزد، اشکالی ندارد، چون درخور از بین بردن این حق، با سزاوار نبودن مزد گرفتن، قابل جمع است.

روابط اجتماعی کودک

در مدت نگهداری با توجه به فلسفه آن، حفظ روابط اجتماعی کودک، باید در نظر باشد. سرپرست و نگهدارنده او حق ندارد کودک را از ملاقات با پدر یا مادر و یا حتی سایر خویشاوندان بازدارد. البته فقها در این زمینه، بیش‌تر ملاقات با مادر یا پدر را مطرح کرده‌اند. صاحب‌جواهر به روشنی، اشاره می‌کند:

(کودک در اختیار هر یک از پدر و مادر باشد، نمی‌توان دیگری را از ملاقات با او، بازداشت.)

در قانون مدنی ایران ماده 1174 حق ملاقات تأیید شده است و برابر ماده 98 قانون تعزیرات مصوب 1362، اگر کسی که کودک به او سپرده شده است، هنگام مراجعه افرادی که حق ملاقات دارند، از دادن کودک سرباز زند، افزون بر این که حق سرپرستی از او سلب می‌شود، به مجازات شلاق تا 74 ضربه محکوم می‌گردد.

به تنقیح مناط می‌توان گفت: با توجه به فلسفه سرپرستی و نگهداری، حق ملاقات منحصر به پدر و مادر هم نیست؛ از این روی اگر از نظر تربیتی، ملاقات با سایر بستگان هم برای کودک مفید بوده باشد، نمی‌توان او را از ملاقات با آنان، باز داشت.

برابر ماده 12 قانون حمایت از خانواده، هم، این حق در صورت فوت پدر و مادر به سایر افراد داده می‌شود، البته با تشخیص دادگاه.

بنابراین، باید توجه داشت که کودک در دوران سرپرستی و نگهداری، در زندان نیست، بلکه تنها حق نگهداری او به دیگری سپرده شده است و باید به طور متعارف با او رفتار کرد.

فقها، در مورد چگونگی ملاقات و مدت آن هم سخنانی دارند¹⁶⁵ که نیازی به ذکر آنها نیست به طور طبیعی شرایط زمان و مکان در این گونه امور تعیین کننده است.

فقها، در روابط اجتماعی، بیش‌تر بر حرام بودن قطع رحم تکیه کرده‌اند¹⁶⁶ که با توجه به فایده تربیتی دیدارها، منطقی به نظر می‌رسد.

پایان دوره نگهداری و سرپرستی

بنابر قول مشهور، دوران نگهداری و سرپرستی (حضانت)، با بلوغ و رشد به پایان می‌رسد و کودک، پس از بلوغ، اختیار دارد تا سرپرست زندگی خود را برگزیند.¹⁶⁷

زیرا نگهداری و سرپرستی، به خاطر ناتوانی کودک در نگهداری خودش بوده است و اصل، ولایت نداشتن اشخاص بر یکدیگر است و پس از بلوغ و رشد، چنین چیزی مطرح نیست.¹⁶⁸

فقهای اهل سنت، در این زمینه اتفاق نظر ندارند: هفت سال، سن تمیز، سن حیض در دختر، سن بلوغ، ازدواج و... گفته‌اند.¹⁶⁹

بعضی از نویسندگان¹⁷⁰ به پیروی از جامعه‌شناسان پیرو مکتب لویلی، در این مورد که پایان دوره نگهداری و سرپرستی بلوغ باشد، ابراز تردید کرده‌اند و با ذکر

مثالهایی، مبنی بر این که کودک بویژه در زمان حاضر، با رسیدن به بلوغ از نگهداری و سرپرستی بی‌نیاز نمی‌شود، کوشیده‌اند مدت دوره نگهداری را در اختیار مراجع قضایی بگذارند.

پاسخ:

نخست آن که: پایان دوره نگهداری و سرپرستی، به معنای رها کردن کودک نیست، بلکه به این معناست که کودک، گزینش گراست؛ یعنی می‌تواند تصمیم بگیرد، با چه کسی زندگی کند؟

دو دیگر: فقها در این مورد، افزون بر قید بلوغ، قید رشید بودن را هم، یادآور شده‌اند، مانند ازدواج که نیاز به رشد دارد. بنابراین، اگر کودکی، پس از بلوغ رشید نباشد، این حکم، وی را در بر نخواهد گرفت. از این روی پایان مدت نگهداری و سرپرستی، بلوغ و رشد است.

پاورقیها:

160. (وسائل الشیعه)، ج15/192؛ (من لایحضره الفقیه)، ج3/275، ح4.

18. (منهاج الصالحین)، ج2/286.

146. (وسائل الشیعه)، ج15/178، ح1.

110. (تحریر الوسیله)، ج2/312 - 313.

1. (مصباح المنیر)، ج1/172؛ (لسان العرب)، ج13/122 - 123؛ (معجم مقاییس اللغة)، ج2/73؛ (مجمع البحرین)، ج6/237 - 238.

101. (اللمعة الدمشقیة)، ج5/458 - 459.

- 118 . (الينابيع الفقهيه), ج18/350.
120. (مختلف الشيعه), ج2/577.
- 105 . (مفاتيح الشرايع), فيض كاشانى, ج2/371 - 372, مجمع الذخائر الاسلاميه.
- 165 . همان مدرک.
113. (الجامع للشرايع), يحيى بن سعيد الحلبي, مؤسسسه سيد الشهداء, ج460/.
- 156 . (وسائل الشيعه), ج15/236.
- 109 . (جواهر الكلام), ج31/290 - 292.
115. (الخلاف), ج3/82 - 83.
10. (الكافي), ابوالصلاح حلبى, مكتبة الامام اميرالمؤمنين, اصفهان, ج316/.
- 108 . (يك دوره فقه فارسى), محمد تقى مجلسى, ج152/.
- 155 . سوره (اسراء), آيه 31.
- 157 . همان مدرک, ج237/3.
- 12 . (تحريرالوسيله), امام خمينى, ج2/312.
- 158 . (الفقه الاسلامى و ادلته), ج7/724 - 725.
- 166 . (المبسوط), ج6/40 - 41.
154. (الخلاف), ج3/77.
- 116 . (المذهب البارع), ابن فهد حلى, ج3/426, انتشارات اسلامى, وابسته به جامعه مدرسين, قم.
- 106 . (رياض المسائل), ج2/191 - 192.
133. (جواهر الكلام), ج31/289.
- 15 . (نهج البلاغه), فيض الاسلام, ج1274/.
- 144 . (المبسوط), ج6/43 - 44; (الخلاف), ج3/85; (المذهب البارع), ج3/426; (اللمعة دمشقية), ج5/459; (نهاية المرام), ج1/470; (رياض المسائل), ج2/192; (الحدائق الناضرة), ج25/95; (التنقيح الرائع), ج3/275; (جواهر الكلام), ج31/293.
- 169 . (الفقه على المذاهب الاربعه), ج4/598 - 599.
17. (جواهر الكلام), ج31/284.
- 152 . (جواهر الكلام), ج31/380.
- 131 . (بحارالانوار), ج92/248.

- 136 . همان مدرک, ج7.
- 161 . (جواهر الکلام), ج31/284.
- 103 . (کشف اللثام), فاضل هندی, ج1/101.
- 104 . (کشف الرموز), فاضل ابی, ج2/200 - 201, انتشارات اسلامی, وابسته به جامعه مدرسین, قم.
- 162 . (فقه الامام الصادق(ع)), ج5/315.
- 140 . (فقه الامام الصادق), محمد جواد مغنیه, ج5/313, دارالتعارف, بیروت.
- 129 . همان مدرک182/; (بحار الانوار), ج38/328.
- 167 . (جواهر الکلام), ج31/301.
- 151 . (الفقه الاسلامی وادلتہ), ج7/724.
- 159 . (مسالك الافهام), ج1/581.
- 134 . (الفقه الاسلامی وادلتہ), ج7/720.
- 153 . سوره (طلاق), آیه 6.
- 127 . همان مدرک 190 / . 191, ج1.
- 142 . همان مدرک469/.
- 119 . (التنقیح الرائع), ج3/271.
- 122 . (منهاج الصالحین), ج2/285.
- 125 . (وسائل الشیعه), ج15/181.
- 135 . (وسائل الشیعه), ج15/192, ج6.
- 164 . (جواهر الکلام), ج31/292.
- 14 . (جواهر الکلام), ج31/283; (الفقه الاسلامی وادلتہ), ج7/718.
- 128 . همان مدرک191/ , ج2.
- 13 . (منهاج الصالحین), سید ابوالقاسم خویی, ج2/286, مدینه العلم, قم.
- 111 . (جواهر الکلام), ج31/290.
- 145 . (مسالك الافهام), ج1/582.
- 139 . همان مدرک182/.

- 160 . (منهاج الصالحين), ج2/286.
- 114 . (مختلف الشيعه), ج1/577.
- 117 . (التنقيح الرائع) فاضل مقداد, ج3/271 - 273, انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى, قم.
- 123 . (جامع المدارك) سيد احمد خوانسارى, ج4/474, و مؤسسه سيد الشهداء.
- 170 . (حقوق مدنى), ج2/151 - 152.
- 150 . همان مدرک296 / - 300.
- 112 . (المقنعة)31/.
- 100 . (ايضاح الفوائد, ج3/264 - 265.
- 107 . (الحدائق الناضرة), ج25/88.
- 130 . (الفقه الاسلامى وادلته), ج7/720.
- 143 . (جواهر الكلام), ج31/289.
- 148 . (جواهر الكلام), ج31/295.
- 11 . (الفقه الاسلامى و ادلته), وهبة الزحيلي, ج7/703.
- 163 . (الفقه الاسلامى وادلته), ج7/734 - 735.
- 137 . (جواهر الكلام), ج31/300.
- 141 . (نهاية المرام), ج1/467.
- 124 . (الفقه على المذاهب الاربعه), ج4/594 - 598.
- 168 . همان مدرک284 /.
- 149 . همان مدرک296 /.
- 102 . (الينابيع الفقيهه), گردآورى على اصغر مرواريد, ج18/204, داراحياء التراث العربى, بيروت.
- 19 . (الفقه الاسلامى وادلته), ج7/733.
- 147 . (الفقه على المذاهب الاربعه), ج4/594 - 596; (الفقه الاسلامى وادلته), ج7/722 - 723.
- 121 . (نهاية المرام), ج1/466.
- 132 . (وسائل الشيعه), ج15/191, ح4.
- 126 . همان مدرک, ج15/190 - 191.
- 138 . (وسائل الشيعه), ج15/193.

- 26 . (نهاية المرام), سيد محمد عاملی, ج1/468, انتشارات اسلامى, وابسته به جامعه مدرسین, قم.
- 23 . (الفقه على المذاهب الاربعه), عبدالرحمن جزیری, ج4/596 - 597, داراحیاء التراث العربی, بیروت.
- 25 . (قواعد الاحکام), علامه حلی, ج1/166, چاپ سنگی.
- 22 . (جواهرالکلام), ج31/291.
- 28 . (جواهر الکلام), ج31/287.
- 20 . (بخارالانوار), علامه مجلسی, ج92/248, مؤسسه الوفاء, بیروت.
- 24 . (مسالك الافهام), ج1/582.
- 21 . (الفقه الاسلامی وادلتہ), ج7/720.
- 27 . (الحدائق الناضره), شیخ یوسف بحرانی, ج25/91, انتشارات اسلامى, وابسته به جامعه مدرسین, قم.
- 29 . همان مدرک286/.
- 2 . (نهاية ابن اثیر, ج1/400 - 401, اسماعیلیان, قم; (تاج العروس), محمد مرتضی الحسینی الزبیدی المصری, ج1/180 - 181, داراحیاءالتراث العربی.
- 38 . (المبسوط), شیخ طوسی, ج6/40, المكتبة المرتضوية, تهران.
- 30 . (وسائل الشیعه), ج15/181 - 182.
- 36 . (الحدائق الناضره), ج25/91 - 92.
- 31 . همان مدرک182/، ج3.
- 3 . (مسالك الافهام), شهید ثانی, ج1/581, چاپ سنگی.
- 34 . (جواهر الکلام), ج31/288.
- 32 . (الفقه الاسلامی وادلتہ), ج7/726.
- 39 . (تحریر الاحکام), علامه حلی, ج44/.
- 33 . (مسالك الافهام), ج1/582.
- 35 . (وسائل الشیعه), ج8/431, ج2.
- 37 . (جواهر الکلام), ج31/289.
- 4 . (مجمع البحرین), طریحی, ج6/237, مكتبة المرتضوية, تهران.
- 41 . (الحدائق الناضره), ج25/93.
- 49 . (نهاية المرام), ج1/468.

47 . (المبسوط), ج 40/6.

45 . (مسالك الافهام), ج 1/582.

48 . (مسالك الافهام), ج 1/581.

43 . (ايضاح الفوائد), فخرالمحققين, ج 3/265, اسماعيليان, قم.

44 . (جواهر الكلام), ج 31/289.

46 . (الفقه على المذاهب الاربعه), ج 4/597 - 598.

40 . (نهاية المرام), ج 1/469.

42 . (قواعد الاحكام), 166/.

57 . همان مدرک 185/, ج 1.

55 . (حقوق مدنی), ناصر کاتوزیان, ج 2/173, شرکت انتشار, تهران.

59 . (المبسوط), ج 40/6.

50 . (الحدائق الناضرة), ج 25/90.

58 . (جواهر الكلام), ج 31/294.

51 . (الفقه الاسلامی وادلتہ), ج 7/727.

52 . سورة (نساء), آیه 141.

56 . (وسائل الشیعه), ج 15/186, 5.

5 . (الفقه الاسلامی وادلتہ), وهبة الزحيلي, ج 7/717 - 718, دارالفکر, دمشق.

53 . (وسائل الشیعه), ج 17/376, 11.

54 . (جواهر الكلام), ج 31/287.

67 . (المقنعه), شيخ مفيد 531/, انتشارات اسلامي, وابسته به جامعه مدرسين, قم.

68 . (المبسوط), ج 6/41; (الخلافة), ج 3/83 - 84; (نهاية الاحكام) 2/, كتاب النكاح.

62 . (نهاية المرام), ج 1/469.

6 . (جواهر الكلام), شيخ محمد حسن نجفی, ج 31/300, داراحياء التراث العربی, بيروت.

65 . (الفقه على المذاهب الاربعه), ج 4/600 - 602.

69 . (الختصر النافع), محقق حلی 194/ المكتبة الاسلامية الكبرى, تهران.

63 . (جواهر الكلام), ج 31/289.

- 66 . (جواهر الكلام), ج31/288.
- 61 . (مسالك الافهام), ج1/582.
- 60 . همان مدرک, ج6/40.
- 64 . (الخلافة), شيخ طوسى, ج3/83, دائرة المعارف الاسلاميه.
- 71 . (السرائر), ج2/651.
- 79 . (المستدرک), باب 58, احكام الاولاد, ج5.
- 75 . (جواهر الكلام), ج31/292.
- 70 . (قواعد الاحكام), 166/.
- 73 . (نهاية المرام), ج1/469 - 470.
- 77 . (اللمعة الدمشقية), ج5/463.
- 78 . (جواهر الكلام), ج3/289.
- 74 . (حدائق الناضرة), ج25/92.
- 7 . (وسائل الشيعه), شيخ حر عاملى, ج15/190, احكام الاولاد, باب 81, ج1, مكتبة الاسلاميه, تهران.
- 76 . (وسائل الشيعه), ج15/191, 4.
- 72 . (مسالك الافهام), ج1/582; (اللمعة الدمشقية), شهيد ثانى, ج5/463, باحاشيه هاى كلانترى, داراحياء التراث العربى, بيروت.
- 85 . (قواعد الاحكام), 166/.
- 84 . (الخلافة), ج3/84; (المبسوط), ج6/41.
- 88 . (اللمعة الدمشقية), ج5/463.
- 87 . (المهذب البارع), ج3/430.
- 81 . (وسائل الشيعه), ج15/181, 2.
- 89 . (الحدائق الناضرة), ج25/92.
- 80 . (سنن بيهقى), ج8/4.
- 82 . (مسالك الافهام), ج1/582.
- 83 . (الفقه على المذاهب الاربعه), ج4/597 - 598; (الفقه الاسلامى وادلته), ج7/728.
- 86 . (نهاية المرام), ج1/470.

8. (مسالك الافهام), ج1/584.

9. (السرائر), ابن ادریس, ج2/652, انتشارات اسلامی, وابسته به جامعه مدرسین قم.

92. (ریاض المسائل), سید علی, ج2/192, چاپ سنگی.

97. (السرائر), ج2/653.

90. (تحریر الوسیله), ج2/313.

98. (المختصر النافع), 194/.

96. (نهایة الاحکام), ج2/514.

95. (حقوق مدنی), ماده 1169.

99. (مختلف الشیعه), علامه حلی, ج2/577, مکتبه نبوی, تهران.

93. (منهاج الصالحین), ج2/286.

91. (السرائر), ج1/651.

94. (تحریر الوسیله), ج2/313.

نویسنده ابراهیمی

سراج