

## حضانة اطفال از دیدگاه فقه امامیه

احمد مراد خانی\*، سیده طوبی هاشمی نژاد\*\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۳/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۳/۲۱)

### چکیده

کودک برای ادامه زندگی خود افزون بر شیر مادر نیاز به مراقبت‌های دیگری هم دارد. این نوع مراقبت‌ها در شرایط عادی باید از سوی فردی که بیشترین پیوند عاطفی را نسبت به کودک دارد، انجام گیرد. از این رو جهت تامین این امر بحث حضانة مطرح است. که در تعریف آن گفته شده است: حضانة به معنی سرپرستی امور زندگی و حفاظت و پرورش طفل است تا زمانی که طفل به حفاظت و پرورش محتاج است. و از آنجا که نقش حضانة و سرپرستی کودکان از دیدگاه مکتب اسلام هم از جهت فردی و هم اجتماعی دارای اهمیت فوق العاده می باشد و انجام آن توسط افراد شایسته و صالح مورد نظر است. تا کودکان تحت حضانة افراد سالم و شایسته بار آیند. لذا در فقه امامیه برای متولی امر حضانة شرایطی خاصی در نظر گرفته شده است تا این حق و وظیفه را به گونه ای شایسته به انجام برسد.

### کلیدواژگان

اطفال، حضانة، فقه امامیه، وصی، ولایت.

\* نویسنده مسئول: استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

رایانامه: Ah\_moradkhani @ yahoo.com

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد، فقه و مبانی حقوق، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

## مقدمه

بر اساس تعالیم دینی، مادر موظف است که فرزند خود را تا دو سال، حداقل بیست و یکماه شیر بدهد. اما این نکته نیز روشن است که کودک برای ادامه زندگی خود افزون بر شیر مادر نیاز به مراقبت‌های دیگری هم دارد. این نوع مراقبت‌ها در شرایط عادی باید از سوی فردی که بیشترین پیوند عاطفی را نسبت به کودک دارد، انجام گیرد. بحث از نگهداری کودک و مراقبت از او در متون فقهی و حقوقی از آن جهت به حضانت تعبیر می‌شود و از دیر باز مورد توجه اندیشمندان و حقوقدانان اسلامی بوده است و به لحاظ اهمیت و جایگاه خاص این مساله در جوامع بشری و اهمیت آن در مکتب اسلام کهانسان را خلیفه خدا در زمین معرفی می‌کند، مورد عنایت و توجه بوده است. بنابراین نخست لازم است که مفهوم حضانت و همچنین مفاهیم مرتبط بطور خلاصه مورد بررسی قرار گیرد.

## مفاهیم

### مفاهیم حضانت

#### حضانت در لغت

حضانت در لغت واژه‌ای عربی است که به ادبیات فقهی و حقوقی راه یافته است از ماده حَضَنَ یَحْضِنُ حَضَانَةً بر وزن فعل یَفْعَلُ گرفته شده است. امکان دارد مصدر باشد یا اسم مصدر که در معانی متعدد استعمال شده است مانند: سینه، بازوان، مابین بازوان، جنب و پهلو، زیر بغل تا نشیمنگاه، چنانکه در لسان العرب آمده:

الحضن: مادون الابطال الی الكشح و قیل: هو الصدر و العضلان و ما فیها و حضن الصبی یحضنه حضنه

حضانه جعله فی حضنه ای فی جنبه. (ابن منظور، ۱۴۰۵، ج ۱۳، ص ۱۳۲)

الحضن بالكسر مادون الابطال الی الكشح و... جانب الشی و ناحیه: حضن به كسر حاء همان زیر بغل و سینه و کنار یک چیز را گویند که به احضان جمع بستع می‌شود. (فیروز آبادی، ۱۳۵۴، ج ۴،

ص ۲۱۵)

و حضانة الصبی حضانة... بالكسر اسم مكان یعنی محل پرورش و نگهداری و حضانة به فتح حاء به معنای پرورش دادن است. (زبیدی، ۱۲۰۵ ج ۹)

### حضانة در اصطلاح

فقیهان هم حضانة را از معنای لغوی آن چندان دور نساخته‌اند بلکه برابر همان معنای لغوی معنا کرده‌اند. اکثر فقیهان امامیه این چنین تعریف کرده‌اند: الحضانة بفتح الحاء ولایة علی الطفل و المجنون لفائدة تربیته و ما یتعلق بها من مصلحة من حفظه و جعله فی سریره و رفعه و کحله و دهنه و ینظیفه و غسل ثیابه و نحو ذلک. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۹۱۱، ج ۱) حضانة عبارت است از ولایت و سلطه بر تربیت طفل و امور متعلق به آن مانند نگهداری، خوابانیدن، سرمه به چشم او کشیدن، نظافت، شستن لباس و غیره در تعریف دیگر، علاوه بر موارد قبل آمده است: «و جمیع مصالحه غیر الرضاعة» (میرفخر الدین، ۱۰۸۵) یعنی به سرپرستی امور زندگی او غیر از شیر خوارگی حضانة گفته می‌شود. و در یک تعریف دیگر آمده است: و المراد بها فی الاصطلاح ولایة علی الطفل لتربیته» (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۰۱ و ۱۰۲) در قانون مدنی افغانستان که بیانگر دستورات فقهی حنفی است، حضانة چنین تعریف شده است: «حضانة عبارت است از حفاظت و پرورش در مدتی که طفل به حضانة و پرورش زن محتاج باشد.»

با توجه به مطالب مذکور در متون فقهی راجع به حقیقت شرعیة داشتن حضانة دو نظریه وجود دارد.

۱. گروهی از دانشمندان معتقدند که برای واژه حضانة حقیقت شرعیة وجود ندارد در متون فقهی هم به معنی لغوی بکار رفته است. اکثر فقیهان شیعه امامیه و حنفی‌ها این نظر را پذیرفته‌اند چنانچه در کتب فقهی حضانة به انجام این گونه اعمال خدمات معنا شده است: محافظت از کودک، شستشو، نظافت بدن و لباس‌ها، خواباندن کودک در بستر و... با توجه به اینکه این مورد که بیان شد نمونه‌هایی است از مصادیق حضانة این نظریه بیانگر این است که حضانة دارای حقیقت شرعیة نمی‌باشد و در همان معنای لغوی خود استعمال شده است و شارع مقدس آن را امضا فرموده است نه این که یک حکم تاسیسی باشد.

۲. عده ای از فقها بر خلاف گروه اول قائل به حقیقت شرعیه برای حضانت شده اند و گفته اند که حضانت در اصطلاح فقهی به معنای ولایت و سلطنت است. اما در توضیح اینکه ولایت و سلطنت چگونه و بر چه چیزی است، آراء مختلف ارائه داده اند ولی روی هم رفته در یک مسئله با هم مشترکند، که همه حضانت را ولایت بر تربیت کودک دانسته اند.

### مفهوم طفل

#### مفهوم طفل در لغت

در مفهوم لغوی طفل آمده است الطفل: الولد ما دام ناعما و قد يقع علی الجمع (راغب اصفهانی، بی تا، ج ۸، ص ۵۲۱) راغب گوید: طفل تا وقتی گفته می شود که فرزند بدنش نرم باشد. در مجمع البحرین آمده است: «الطفل واحد الاطفال هو ما بین ان یولد الی ان یحتلم» (طریحی، بی تا، ج ۵، ص ۴۱۱) طفل واحد اطفال است از زمان تولد تا زمان هنگام احتلام به او طفل گفته می شود. الولد الصغیر الانسان و الدواب قال ابن الانباری و یکون (الطفل) بلفظ واحد للمذکر و المونث و الجمع و قال لقالی «او الطفل الذین لم یظتهروا علی عورت النساء» (نور آیه ۳۱) و یجوزو المطابقه فی التثنیه و الجمع و التانیث.. فیقال (طفله) و (اطفال) و (طفلات). طفل به بچه صغیر انسان و چهارپایان گفته می شود. ابن ذبیری می گوید لفظ واحد برای مذکر و مونث و جمع استعمال می شود. چنانکه در قرآن آمده است و امکان استعمال هم بر جمع دارد و هم بر مذکر و مونث مثل: طفله، اطفال و طفلات. در جای دیگر آمده است الطفله: الحدیثه السن، المذکر الطفل، الطفل واحد الاطفال و هو ما بین ان یولد الی ان یحتلم. الطفل: الصبی يقع علی الذکر و الانثی. (ابن منظور، بی تا، ج ۱۱، ص ۴۰۴ و ابن منظور، بی تا، ج ۵، ص ۴۱۱ و ابن منظور، بی تا، ج ۳، ص ۱۳) طفل به ابتدای سن بچه گفته می شود. در و در مذکر طفل گفته می شود. طفل واحد اطفال است از زمان تولد تا بلوغ.

#### طفل در اصطلاح

تعریف صریحی از طفل بعمل نیامده است. لکن از لابلائی کلمات علما چنین بدست می آید که به فرزند آدم از بدو تولد تا زمان بلوغ طفل گفته می شود. مرادف این واژه (صبی) در عربی و (کودک) در فارسی است که از معنی لغوی خود چندان دور نشده است. بعنوان نمونه: درباره

غسل دادن میت در صورتی که از جنس او موجود نباشد می تواند جنس مخالف او را غسل بدهد، چنین می خوانیم: اگر صبی در سن پنج سالگی از دنیا برود و مردی نیست او را غسل بدهد زنها او را باید غسل دهند. (مفید، بی تا، ص ۸۷). اینجا می بینیم به پسر ۵ ساله صبی گفته اند. صبی که به سن ۷ سال رسید باید امر به نماز و روزه شود (البته مستحب است) در روایات هم واژه طفل و صبی شامل بچه انسان از زمان تولد تا زمان بلوغ می گردد. همانند رفع القلم عن الثلاثه عن الطفل ۶ (صدوق، بی تا، ج ۱، ص ۷۵) در سراسر ابواب فقه شیعه و عامه این استعمال به چشم می خورد که دو کلمه طفل و صبی در عربی و کودک در فارسی به جای هم استعمال می شود.

### مفاهیم مرتبط با حضانت

#### کفالت

خوب است بدانیم در قرآن کریم دو جا از ماده کفل استفاده شده است یکی در مورد حضرت موسی علیه السلام و دیگری درباره حضرت مریم سلام الله علیها. قرآن کریم در دو سوره به بیان ماجرای حضرت موسی می پردازد. در آیه ۴ سوره طه میفرماید: «هل ادلکم علی من کفله فرجعناک الی امک کی تقرر عیناه و لا تحزن» (آن هنگام که خواهر تو از آنجا می گذشت و می گفت) آیا میخواهید شمارا به کسی راهنمایی کنم که او را نگهداری کند؟ بدین ترتیب تو را به مادرت برگردانیدم تا دیده اش روشن شود و اندوهگین نباشد. در آیه ۱۲ سوره قصص می فرماید «و حرمتنا علیه المراضع من قبل فکالت هل ادلکم علی اهل بیت یکفونه لکم و هم له ناصحون» و از پیش شیر دایگان را بر او حرام کردیم پس (خواهرش به ایشان) گفت آیا کنم شما را به خانواده ای که برای شما از او نگهداری کنند و خیر خواه او باشند؟ نخوردن شیر دایگان دلالت دارد، که موسی از خوردن شیر هر زنی جز مادرش خودداری میکرد، این یک خواست الهی و انگیزه بازگرداندن موسی به خانواده اش بود و بر عهده گرفتن کفالت اوست. منتها این کفالت در جمله نخست به یک نفر اسناد شده است و در جمله دوم به یک مجموعه نسبت داده شده است یعنی خانواده حضرت موسی علیه و علی نبینا و اله السلام.

در متون تفسیری برای مفهوم کفالت به انجام دادن کارهایی از این دست اشاره رفته است

۱. پرورش ( تربیت ) و شیر دادن ۲. نگهداری ( حضانت ) ۳. زیر پر و بال گرفتن کودک ۴. متعهد شدن به شیر دادن کودک و انجام کارهای او ( طباطبایی، بی تا، ج ۱۶، ص ۱۵۱ / طبری ابن جریر، بی تا، ص ۳۱۰ ) در سوره مبارکه آل عمران بحث به کفالت گرفتن از سوی زکریا علیه السلام مطرح گردیده است. خداوند پس از بیان چگونگی نذر همسر عمران و تولد حضرت مریم (س) براین مطلب تاکید می کند که حضرت زکریا، متکفل اداره زندگی او شد. «فتقبلها رها بقول حسن و ابتها نباتا حسنا و کفلها زکریا». (آل عمران آیه ۲۶)

خداوند او را به نیکی پذیرفت و نهال وجود او را به نیکی پروراند و زکریا نگهداری او را به عهده گرفت. سپس یادآور می شود که تعیین او به عنوان کفیل، براساس قرعه بوده است: «ذلک من انباء الغیب نوحیه الیک و ما کنتم لدیهم اذ یلقون املاهم الیهم یکفل مریم و ما کنتم لدیهم اذ یختصمون». این از خبرهای غیبی است که به تو وحی می کنم و گرنه آنان وقتی که قلم‌های خود را برای قرعه کشی به آب می افکندند تا کدام یک سرپرستی مریم را به عهده گیرد، و با یکدیگر کشمکش می کردند نزدشان نبود<sup>۱</sup>. بخوبی روشن می شود که کفالت دست کم در کاربرد قرآنی خود به معنایی فراگیرتر از حضانت و نگهداری کودک بکار می رود چرا که کفالت در برگیرنده تمامی شئون زندگی یک انسان از شیردادن تا تامین هزینه‌های زندگی و انجام کارهای او می شود. بدون اینکه هیچ محدودیت زمانی داشته باشد ولی حضانت از چنین گستردگی برخوردار نیست. بنابراین تعریف حضانت به کفالت اعم خواهد بود مگر اینکه حضانت را یکی از مصادیق کفالت بدانیم به هر حال آنچه از استعمال قرآن به دست می آید این است که کفالت راجع به نفس شخص است.

### ولایت

یکی از مفاهیم مرتبط با حضانت مفهوم ولایت است، که بسیاری از فقیهان شیعه و سنی از حضانت تعبیر به ولایت کرده اند چنانکه در تعریف حضانت بیان شد.

۱. شیخ مفید، سدور و ابوالصلاح حلبی که نزدیک به عصر ائمه علیه السلام می زیسته اند در کتابهای فقهی خود برای افاده مفهوم حضانت واژه کفالت را بکار برده اند.

### الف) ولایت در لغت

ولایت در لغت با فتح واو مصدر موالات با کسر واو مصدر والی می باشد، که به معنای نصرت و یاری و هم به معنای سرپرستی امور مسلمین آمده است. از تعاریف لغوی ولایت همان سرپرستی و تصرف در امور مالی و نفسی بدست می آید. ولایت بر مال: تصرف و اشراف بر امور مالی و حقوقی شخص است. ولایت بر نفس: اشراف بر امور شخصی چون ازدواج، تادیب، مداوا، آشنا ساختن به مسائل اجتماعی و... می باشد.

### ب) ولایت در اصطلاح

در کتب فقهی آمده است که نزدیک به به اتفاق علماء ولایت را به معنای لغوی آن معنا کرده اند، که همان تنفیذ قول بر دیگری یعنی مولی علیه است، چه مولی علیه بخواهد یا نخواهد در نتیجه شامل امامت عظمای جامعه اسلامی خواهد شد، که حرف اول را می زند که همه شئون را می گویند. مانند قضاوت، ارتش، امور حسبیه و.. که این نوع از ولایت را ولایت عام نیز می گویند. و یک نوع ولایت خاصه است که عبارت است از سلطه و تمکن صاحب آن برای انجام عقود و نتیجه و آثار آن که ولایت قاصره نیز گفته می شود که به تدبیر امور عمومی ارتباطی ندارد و منشا ولایت پدر و مادر برای تربیت فرزندان از این قبیل است. ولایت دارای اقسام مختلف است: ۱. ولایت تکوینی، ۲. ولایت بر تشریح، ۳. ولایت در تشریح.

۱. ولایت تکوینی: که به تکوین و تشکیل موجودات مربوط می شود. رابطه حقیقی و علی و معلولی بین دو طرف ولایت وجود دارد که ولایت در این صورت حقیقی است.

۲. ولایت بر تشریح و در تشریح: که هر دو قسم وضعی و قراردادی هستند، یعنی رابطه سرپرستی با مولی علیه رابطه علی و معلولی نیست که قابل انفکاک و جدایی نباشد. ولایت بر تشریح یعنی ولایت بر قانون گذاری، تشریح احکام، جعل قانون، وضع اصول و مواد قانونی می باشد که در حیطه قوانین است

نه در دایره موجودات واقعی و حقیقی.

۳. ولایت در تشریح: یعنی نوعی از سرپرستی که نه ولایت تکوینی است و نه ولایت بر جعل

احکام بلکه ولایتی است که در محدوده تشریح و احکام مجعوله از طرف شارع مقدس که باز بر دو قسم است: ولایت بر محجورین، ولایت بر خردمندان جامعه.

#### مفهوم وصیت

یکی از مفاهیم مرتبط با حضانت مفهوم وصایت است. و با توجه به این نکته که وصیت بر دو قسم تملکی و عهدی است و وصیت ارتباط محکم با موضوع دارد، لذا مفهوم آن را از نظر لغت و اصطلاح بیان می‌کنیم.

#### الف) وصیت در لغت

وصیت در لغت به معنای وصل از باب ثلاثی مجرد وصی یصی گرفته شده است.

#### ب) وصیت در اصطلاح

وصی به کسی گفته می‌شود که از جانب دیگری مامور به ایصال یا وصول حق، یا مامور به نگهداری مولی علیه موصی (صغیر یا مجنون) و ترکه میت و ادای دین و انجام دادن تبرعات موصی و تقسیم ترکه بوده باشد. (محقق داماد، بی تا، ص ۱۲۲). شیخ در مبسوط، علامه در تذکره، ابن اوریس در سه اثر می‌گویند: این که این گونه تصرفات را وصیت گفته اند به خاطر آن است، که شخص موصی با این عمل تصرفات در زمان حیاتش را به بعد از مرگ متصل نموده است.

در قانون مدنی ایران ماده ۸۲۵ وصیت این گونه تعریف شده است: «وصیت بر دو قسم است: تملیکی و عهدی» ماده ۸۲۶ می‌نویسد: وصیت تملیکی عبارت است از اینکه کسی عین یا قسمتی از مال خود را برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند.

وصیت عهدی عبارت است از: اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری مامور می‌نماید. در ماده ۲۱۰۴ قانون مدنی افغانستان وصیت این گونه بیان شده است: وصیت عبارت است از: تصرف در ترکه به نحوی که اثر آن به مدت بعد از وفات وصیت کننده منسوب باشد. در وصیت عهدی که به موجب آن ولی بر ثلث یا صغیر قرار داده می‌شود از این جهت ارتباط به مساله حضانت دارد که پدر، کسی را بعد از مرگ خود برای فرزندان خود سرپرست قرار می‌دهد.



حضانت و سرپرستی کودکان از دیدگاه مکتب اسلام دارای اهمیت فوق العاده ای می باشد، اصولاً نهاد خانواده از قداست ویژه ای برخوردار است و تاکید فراوانی در جهت تشکیل خانواده و استقرار ارکان این نهاد مقدس در بیان آیات و روایات وجود دارد، به گونه ای که پیامبر اسلام صل الله علیه و اله و سلم نکاح را سنت خود تلقی نموده، استنکاف کننده این عمل را از خود طرد می کند. ( النکاح سنتی فمن رغب عن سنتی فلیس منی ). هدف از ایجاد این کانون مقدس نیز امر ارزشمندی است و آن به وجود آمدن فرزندان است که در پرتو تعالیم حیات بخش اسلام باید افراد شایسته و صالح بار آیند.

سرپرستی اطفال از نظر اسلام جایگاه بس رفیع دارد و از نظر قرآن اولاد زینت دنیا بحساب آمده است آنجا که می فرماید «المال و البنون زينة الحيات الدنيا» یعنی زینت زندگی دنیا مال و اولادند. (کهف آیه ۴۶) و در فراز دیگری اولاد را در شمار خواستنی های درجه اول به حساب می آورد. در زمینه جنسیت فرزند هم فرقی بین جنس پسر و دختر قائل نمی شود و در بیان پیشوایان این مکتب از فرزند پسر به نعمت و از دختر به حسنه تعبیر شده است، تا با این عناوین مهر بطلان بر گونه فرهنگ منحط جاهلی زده باشد و هرگونه تبعیض را محکوم و طرد نماید و چهره زهر آگین غریبه را که با شعارهای فریبنده ارزشهای بشری را نابود کرده اند هویدا نماید. در تعالیم اسلامی آداب و دستوراتی در باب نکاح و مراحل تشکیل و رشد جنین تا تولد و مقاطع بعدی رشد آن وجود دارد که همه اینها مبین میزان توجه و عنایت این مکتب به مقام ویژه ی فرزند است.

در اسلام برای تشکیل خانواده دستورات اکید برای انتخاب همسر داده شده است که چنانچه پیامبر اکرم فرمود «فعلیکم بذات الدین» ( عاملی، بی تا، ج ۱۴، ص ۳۱ )

در اینجا به دو حدیث اشاره می کنیم:

۱. امام صادق علیه السلام فرمود: «انما المرأه فانظر الی ما تقلده» همانا زن مانند گردنبنده است پس متوجه باش که چگونه گردنبندهی به گردنت می آویزی!
۲. حدیث معروف پیامبر که می فرماید: «ایاکم و خضراء الدین قیل یا رسول الله و ما خضراء الدین قال

صل الله علیه وآله المرأة الخساء فی بیت السوء» از خضراء الدین بهره‌ییزید سوال شد خضراء دین کیست یا رسول الله حضرت فرمودند زنان زیبایی که در خاندان پست و پلید رشد کرده اند.

### شرایط حضانت از دیدگاه فقه امامیه و فقه اهل سنت

بد نیست در اینجا شرایط حضانت را از دو دیدگاه فقه امامیه و فقه اهل سنت بطور مختصر از نظر بگذرانیم.

#### شرایط حضانت از دیدگاه فقه امامیه

از دیدگاه فقه امامیه شرایطی عمومی که برای زن و مرد قرار داده است:

۱. اسلام: در صورتی که طفل مسلمان باشد اگر یکی از والدین طفل مسلمان باشد در فقه شیعه و اغلب فقیهان اهل سنت او نسبت به حضانت کودک احق است و دو دلیل بر این مطلب ارائه شده است.

الف) تاثیر گذاری بر کودک: مادر غیر مسلمان می تواند با تاثیر گذاشتن بر کودک زمینه انحراف او را از اسلام فراهم کند و ایجاد افکار انحرافی خود را در او تزریق نموده او را از حق منحرف کند ولی برخی از فقیهان بر این شرط نقد زده اند می گویند به واسطه این گونه مطالب نمی توان از اطلاق روایاتی که دلالت بر اولویت مادر بر حضانت کودک دارد دست برداشت.

ب) عدم ولایت کافر بر مسلمان به دلالت آیه مبارکه «و لن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سیلا» خداوند هرگز برای کافران نسبت به مومنان راه تسلطی قرار نداده است و روایت «الاسلام یعلو ولا یعلی علیه» در حالیکه این استدلال به آیه نیز درست نیست زیرا منظور از نفی سیل در آیه حجت است نه تسلط زیرا کارفرمای غیر مسلمان بر کارگر مسلمان تسلط دارد به گونه ای که وی می باید در ازای دست مزد که می گیرد وظیفه خود را انجام بدهد بنابراین حرف علو مستلزم عدم ثبوت ولایت کافر بر مسلمان نیست.

۲. آزاد بودن: کنیز و غلام کنیز و غلام حق حضانت ندارند، همانگونه که در نهاییه و سرائر

آمده است راجع به این شرط نیز بین فقها اتفاق نظر است. زیرا که آنها اولاً: خودشان و همه سرمایه و زندگی شان متعلق به مولای آنهاست، و لذا وقت فراغت برای انجام حضانة و تربیت دیگران را ندارند. ثانیاً: حضانة نوعی ولایت است، برده ولایتی ندارد و نیز به دلیل روایت صحیحه داوود از امام صادق علیه السلام که در پاسخ فرمودند: «لیس العبد ان یأخذ منها ولدها و ان تزوجت حتی یعتق، هی احق بولدها منه مادام مملوکا، فاذا اعتق فهو احق منها» عبد و غلام حق گرفتن فرزندی که از مادر آزاد متولد شده است را ندارد اگرچه مادر ازدواج کرده باشد مگر زمانی که آزاد شده باشد.

۳. **عاقله باشد:** مجنون حق حضانة ندارد زیرا او خود نیازمند به صیانت و حضانة است، فرق نمی کند که این جنون اطلاق یا باشد یا ادواری که هر دو هم دلیل عقلی و هم دلیل نقلی دارد که بخاطر جلوگیری از اطاله کلام از آن صرف نظر می کنیم.

۴. **غیر مزدوجه باشد:** شرطی که اختصاص به زن دارد این است که غیر مزدوجه باشد. به تعبیر صاحب جواهر این شرط از جمله شرایط مورد اتفاق و اجماع می باشد. دلیل براین شرط اولاً: اخبار و روایات است (عاملی، بی تا، باب ۱ از احکام الاولاد) و اجماع منقول و ثانیاً وقتی ازدواج کند باید در خدمت شوهر باشد، و لذا وقت کافی برای انجام وظیفه حضانة ندارد، مضافاً در چنین مواردی چه بسا شوهر به حضانة مادر راضی نباشد خواه شوهر از اقارب کودک باشد یا نباشد ازدواج مادر موجب از بین رفتن حق او در نگهداری کودکش می شود، چه پدر کودک زنده باشد یا نباشد، زیرا ازدواج کردن موجب از بین رفتن صلاحیت مادر می شود، براساس روایات ازدواج مادر مانع از زندگی او با کودک است، حال این سوال مطرح می گردد: اگر مادر از شوهر دوم خود جدا شود آیا می تواند دوباره نگهداری کودک خود را بر عهده بگیرد یا نه؟ دو نظریه در بین فقیهان اسلامی اعم از شیعه و سنی مطرح است: نظریه اول: بازگشت حق حضانة بر اساس این نظریه، اگر مادر از شوهر دوم جدا شود حق او در به عهده گرفتن حضانة کودکش برمیگردد. البته این مساله در صورتی مطرح می شود که مدت قانونی مادر برای حضانة باقی باشد و اگر

فرزند از سن فرزند از سنی که باید با مادر باشد گذشته باشد دیگر این بحث جا ندارد. با توجه به اینکه جدایی زن و مرد به دونوع طلاق رجعی و بائن در فقه مطرح است، لذا بین فقها مورد بحث است که حق حضانت به محض اجرای طلاق عود می‌کند چه بائن و چه رجعی، یا در صورت رجعی بودن طلاق باید عده تمام شود. برخی از فقها گفته‌اند که مادر تا زمانی که در عده طلاق رجعی است حق حضانت ندارد زیرا هنوز رابطه زناشویی کاملاً قطع نشده است.

۵. **امانت:** شرط مهم دیگر داشتن صفت امانت است که از شرایط مهم درحضانت می‌باشد. امانت داری حاضن در مقابل فسق می‌باشد. داشتن صفت عدالت در امانت داری لازم است زیرا فاسق حق حضانت ندارد به سرنوشت طفل خیانت می‌کند و به او ضرر می‌رساند.

۶. **مقیم بودن:** شرط مهم دیگر مقیم بودن است که حاضن یا حاضنه باید مقیم باشد اگر یکی از والدین مقیم و دیگری مسافر بود و مسافت سفر به حدی باشد که نماز قصر گردد در این صورت اگر مادر مسافر باشد حق انتقال کودک را همراه خود ندارد و اگر کمتر باشد می‌تواند کودک را به خودش ببرد چون در حکم مقیم است. نتیجه: از مجموع اقوال مذکور به این نتیجه می‌رسیم که شرایطی مثل: اسلام، آزاد بودن، عقل، امین بودن برای والدین لازم است و هم چنین عدم ازدواج مادر از شرایط مورد اتفاق مذاهب اسلامی است. شرایطی مثل عدالت داشتن و قادر بودن در بعضی از کتب فقهی امامیه نیامده است که این هم دلیل بر عدم قبول این شرایط نمی‌باشد.

#### **شرایط حضانت از دیدگاه فقه اهل سنت**

شرایط حضانت در فقه اهل سنت بطور اختصار بیان می‌گردد. علمای اهل سنت هم شرایطی را مطرح نموده‌اند که در برخی از شرایط با هم اختلاف نظر دارند، از جمله حنفیها و مالکیه تقریباً بصورت اتفاقی مساله مسلمان بودن حاضنه را شرط ندانسته‌اند چنانکه در رد المختار معروف به حاشیه ابن عابدین آمده است. کسیکه از کودک نگهداری می‌کند باید دارای شرایطی باشد که عبارتند از: آزادگی، بلوغ، عقل، امانت داری، قدرت و ازدواج نکردن با بیگانه که شرط مختص

به زن است. بعد خودش چند شرط دیگر اضافه می کند مانند: ذی رحم باشد، مرتد نباشد و کودک را در منزلی که مورد بغض واقع می گردد نگهداری نکند. در رد المختار فاجره نبودن را نیز شرط دانسته است.

شاعری در شعری هشت شرط را برای حاضن گفته است (زیدی، بی تا، ج ۲، ص ۵۲۱):

الیک شروط للحضانه عدت      ثمانیه قد نص فیها دوالنظر  
بلوغ و عقل راجح و امائه      و حریره و الدین فما ذاک معتبر  
فراغ و بعد من نشوز شینها      و صحه جسم من عیوب و من ضرر

مسلمان بودن حاضنه و حاضن در فقه امامیه، شافعیه، حنابله، زیدیه و بعضی از علمای مالکیه از شرایط مهم و مسلم است. ولی از نظر علمای حنفی و بعضی مالکیه شرط معتبر نیست.

۱. از محارم محضون باشد مانند مادر، خواهر و جدات.
۲. آزاد باشد کنیز و ام ولد نباشد.
۳. بالغه باشد، طفل و کسیکه به حد بلوغ نرسیده است خودش نیاز به کمک و حفاظت دارد نمی تواند شخص دیگر را محافظت کند.
۴. امانت داری در این جا هم در مقابل فسق آمده است لذا باید نسبت به سرنوشت طفل امین باشد.
۵. عقل به این شرط که مجنون حق حضانة ندارد.
۶. قدرت حاضن باید قدرت بر انجام اعمال حضانة را داشته باشد لذا کسی که عاجز از امور حضانة باشد همانند زیاده سن، امراض لاعلاج و... از حق حضانة برخوردار نیست.
۷. عدم ازدواج مادر با اجنبی که حق حضانة ساقط می گردد. در اینجا به دو حدیث اشاره می کنیم:

- از طریق عمرو بن شعیب که حضرت فرمود انت احق به مالم تنکحی، این حدیث دلیل است براینکه مادر تا زمانی که ازدواج نکرده مستحق حضانة می باشد لذا بعد از ازدواج حق وی ساقط می گردد مگر با اقارب ازدواج کند.

- اجماع صحابه در قضیه عاصم بن عمر: یعنی وقتی عمر همسرش ام عاصم را طلاق داد راجع به حضانت فرزندشان با هم اختلاف پیدا کردند و قضیه به محضر خلیفه اول رسید و او عاصم را به مادرش تحویل داد. این کار در حضور صحابه انجام شد، کسی هم مخالفت نکرد.

۸. مقیم بودن که مسافرت از شهری به شهر دیگر موجب سقوط حق حضانت می‌گردد مگر در صورتی که شهری برود که وطن مادر محسوب می‌شود و عقد نیز در آن شهر منعقد شده باشد. زیرا بنظر ابوحنیفه و پیروانش عقد در هر شهری که صورت بگیرد مرد شرعا و عرفا ملزم است در آنجا مقیم گردد به دلیل حدیث رسول خدا «من تاهل ببلده فهو منهم» یعنی هر کسی در شهری ازدواج کند او اهل همان شهر است. عدم ضرر: یعنی لازم است که در اثر حضانت بر طفل ضرری وارد نگردد و لذا هرکدام از والدین حضانت او موجب ضرر به طفل گردد حش ساقط می‌گردد و به همین جهت نباید طفل در جایی نگهداری که موجب ورود ضرر به او باشد و یا موجب بغض و حسادت به او گردد.

لازم بذکر است تمام شرایطی را که فقهای امامیه به اتفاق ذکر کرده اند در حقوق موضوعه بکار گرفته شده است.

در قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان ماده ۱۷۹ موانع حضانت را چنین بیان نموده است:

۱. جنون حاضن
۲. کفر یا ارتداد حاضن در صورت محکوم بودن طفل به اسلام
۳. ازدواج مادر با غیر پدر طفل مگر اینکه مصلحت طفل رعایت شود یا پدر فوت نماید
۴. فساد اخلاقی و اعتیاد حاضن به طوری که حضانت به صورت صحیح انجام نگیرد
۵. ابتلای به بیماریهای مسری که سلامت جسمی طفل به مخاطره افتد و یا حاضن فلج و عاجز از حضانت باشد. در قانون مدنی سوریه ماده ۱۳۷ می‌خوانیم: بشرط لاهلیه الحضانت: البلوغ و العقل و القدره علی صیانه الولد صحتا و خلقا: یعنی در اهلیت حضانت بلوغ، عقل،

قدرت بر محافظت طفل از نظر صحت جسمانی و روحی شرط است. ( زحیلی الفقه، بی تا ج ۱۰، ص ۷۳۱۲ )

### دلایل و مستندات حضانة در فقه امامیه و فقه اهل سنت

#### دلایل و مستندات حضانة در فقه امامیه

دلایل و مستندات حضانة در فقه امامیه به دلایل اربعه استناد کرده اند که عبارت است از ۱. کتاب (قرآن) ۲. سنت ۳. عقل ۴. اجماع که هر کدام بطور مفصل در مورد حضانة به بحث و نظر پرداخته است. در اینجا بطور اختصار بیان می گردد.

۱. ابتدا کتاب خدا قرآن کریم به آیاتی اشاره شده از جمله در سوره بقره آمده است: قال الله تعالی «لا تضار والده بولدها و لا مولود له بولده» ( بقره ۲۲۳ ) از این آیه چنین استفاده می شود که ضرر رساندن به فرزند چه از ناحیه پدر و مادر مطلقاً جایز نیست. خواه در خصوص حضانة باشد و یا غیر آن. چه اینکه ترک حضانة طفل منجر به عدم حفظ او شده و این ضرر بر طفل است و نتیجه این می شود که حضانة واجب است.

مرحوم طبرسی در تفسیر آیه می فرماید: مادر نباید شیر دادن فرزند خود را از روی قهر و غضب بر پدر طفل ترک کند چون به سبب این کار بر طفل ضرر می رساند و به علت اینکه مادر نسبت به فرزندش مهربان تر از دیگران هست و هم چنین پدر به دستور آیه مبارکه «ولا مولود له بولده» نباید کودکش را از مادرش بگیرد به خاطر انتقام و ضرر زدن بمادر چون این کار به ضرر کودک هست و مضار در اینجا بمعنای اضرار می باشد. نتیجه این می شود نه پدر و نه مادر نباید به کودک ضرر بزنند.

۲. از جمله آیه ای که بر وجوب حضانة بر آن استدلال شده است آیه ۶ سوره طلاق است که خداوند می فرماید: «و ان کن اولات حمل... و اتمرو بینکم بمعروف» وجه استدلال این است که خداوند دستور داده است به مشاوره با یکدیگر درباره سرنوشت فرزندان که مبدا اختلاف دو همسر ضربه بر منافع کودکان وارد سازد تا از نظر جسمی و عاطفی گرفتار خسران شود

و از نظر عاطفی از محبت و شفقت محروم گردد. جمله اتمروا از ماده اتمار گاه به معنای پذیرا شدن دستور و گاهی به معنی مشاوره می آید در این جا معنای دوم آمده است. قرآن کریم در دو سوره لقمان و احقاف مقام مادر و هم چنین زحمات او را یکی پس از دیگری خاطر نشان می کند و ضمن گوشزد زحمات او در ایام بارداری، وقت شیر دادن و بیداری برای پرستاری کودک، تواضع و سرافکندگی در مقابل او را سفارش می کند. از نیازهای بسیار مهم بلکه مهم ترین نیاز روحی - روانی کودک نیاز عاطفی یعنی نیاز به محبت و محبوب واقع شدن است. چرا که زندگی فاقد محبت یک زندگی بی روح و سرد و خسته کننده است. تبادل محبت از سنین کودکی پایه گذاری می شود و بهترین معماران این نیاز در کودک والدین او و در درجه اول مادر می باشد.

#### دلایل و مستندات حضانت در فقه اهل سنت

نصوص دال بر اصل استحقاق حضانت زیاد است چنانکه شهید ثانی (ره) در این باره می گوید: «و لیس الاخبار ما يدل علی غیر ثبوت اصل الاستحقاق» در اخبار رسیده در این باب جز ادله ی اثبات اصل استحقاق حضانت، دلیل دیگری که دلالت کند بر غیر از ثبوت استحقاق نیست و اخباری که بر اصل ثابت بودن حق حضانت دلالت مطابقی و بر وجوب آن دلالت التزامی داشته باشد زیاد است. در ذیل به دو نمونه اشاره می گردد:

۱. صحیحہ ایوب ابن نوح: یکی از اصحاب امام به حضرت نامه نوشته و سوال کرد که همسرش طلاق داده از او فرزندی دارد، حضانت او با کیست. حضرت در جواب نوشت مادر احق است تا ۷ سال مگر خودش بخواهد که به پدر تحویل بدهد.

۲. صحیحہ داوود درقی: از امام صادق علیه السلام سوال کردم زنی آزاده با برده ای ازدواج کرده از او صاحب فرزند شده لیکن میان زوجین بواسطه طلاق جدایی حاصل گردیده. پس از جدایی آن زن ازدواج کرده و فرزند نیز پیش مادر مانده. وقتی برده با خبر شد خواست کودک خود را از مادرش بگیرد و به زن گفت من نسبت به فرزند خود سزاوارترم چون تو ازدواج کرده ای حضرت فرمودند: «لیس للعبدان یاخذ ولدها و ان تزوجت حتی



لعنق هی احق بولدها منه مادام مملوکا فاذا اعتق احق بما منها» (عاملی، بی تا، ج ۱۵، ص ۱۸۱ باب ۱۲ از ابواب احکام اولاد) حضرت فرمود: پدر عبد حق ندارد بچه را از مادرش بگیرد مگر اینکه آزاد شود هر وقت آزاد شد آن وقت سزاوار است که فرزند خود را در اختیار بگیرد.

**عقل:** عقل حکم می‌کند بر اینکه کودک در این برهه از زندگی خود نسبت به دیگر زمان‌ها نیاز مبرم به حضانت دیگران دارد لذا رعایت حال او در این زمان برای پدر و مادر که رؤوف‌ترین کسان برای فرزند هستند لازم و ضروری است بویژه مادر که ضرب المثل عطفوت خاص و عام است. علاوه بر این سیره متشرعه بر این است حفظ کودک بر پدر و مادر لازم است در صورت نبودن پدر و مادر بر سایر ذوالارحام یکی پس از دیگری یعنی الاقرب فی الاقرب واجب است کودکان را سرپرستی و حضانت نماید کسیکه در این شرایط به وظایف خود عمل نکند مورد مذمت و نکوهش قرار می‌گیرد و این ترک وظیفه از نظر عقلای عالم زشت و قبیح بحساب می‌آید.

**اجماع:** با تتبع و تدبر در کلمات فقها و دانشمندان اسلامی بدست می‌آید که حضانت اطفال یک امر مسلم در نزد آنها بوده است بر همین اساس اکثریت علما متعرض حکم حضانت نشده و آنرا مسلم دانسته اند و بحث راجع به «من هو مستحق للحضانه» و شرایط آن نموده اند. چنانکه شهید ثانی در روضه به نقل از فوائد می‌گوید: «ل و امتنعت الام من الحضانه صار الاب اولی به و لو امتنعا معا فالظاهر اجبار الاب» اگر مادر از حضانت امتناع ورزد پدر مجبور به حضانت می‌شود و خلاصه اینکه اخبار و روایات در این باب از متواتر است.

### نتیجه

انسان خلیفه الله است، نماینده خدای تعالی بر روی زمین و این دردانه خلقت باید در هر شرایطی به بهترین وجه رشد کند و تربیت شود تا همگان را همچون خود به رشد و تکامل برساند. اینست که خداوند رحمان برنامه سیر سعودی وی را با علم خود تدوین نموده و راههای ناهموار هموار میسازد و همگان را در جهت رشد و صلاحش بسیج می‌نماید.

## منابع و مأخذ

۱. ابن منظور، ۱۴۰۵، لسان العرب، لبنان، دار الجابری، چاپ دوم
۲. راغب اصفهانی، بی تا، مفردات، بی تا
۳. زبیدی، محمد مرتضی، ۱۲۰۵، تاج العروس من جوهر القاموس، بیروت، مکتبه الحیات
۴. زحیلی الفقه و ادله، بی تا، بی تا
۵. شهید ثانی، زین الدین، ۱۴۱۳، سالک الافهام، تحقیق و نشر موسسه معارف الاسلامیه
۶. صدوق، علی، بی تا، فقد الرضا، المؤتمر العالمی الامام الرضا
۷. طاهری، حبیب الله، بی تا، حقوق مدنی، دفتر انتشارات اسلامی
۸. طباطبایی، محمد حسین، بی تا، المیزان، بی تا
۹. طبری، محمد بن جریر، بی تا، جامع البیان فی تفسیر القرآن، دار المعرفه بیروت
۱۰. عاملی، حر، بی تا، وسائل الشیعه، بی تا
۱۱. علامه حلی، محمد حسن، ۱۴۱۳، قواعد الاحکام، جامعه مدرسین، چاپ اول
۱۲. فیروز آبادی، محمد، ۱۳۵۴، القاموس المحيط، بی تا
۱۳. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۵۸، قانون مدنی ایران احکام وصیت، بی تا، چاپ ششم
۱۴. مفید، محمد، بی تا، المقنعه، جامعه مدرسین
۱۵. میر فخرالدین، ۱۴۰۸، مجمع البحرین، مکتب النشر الثقافه الاسلامیه، چاپ دوم