

# تاجها

پژوهش‌های فقهی

دوفصلنامه علمی - پژوهشی  
سال سوم، شماره ۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۸

## حق حضانت فرزند، از شیرخوارگی تا رشد<sup>۱</sup>

سیدموسی شبیری زنجانی<sup>۲</sup>

چکیده

حق حضانت فرزند، از مسائل مهم فقهی است که با اختلاف بدوی روایات روبه‌رو است. این اختلاف، خصوصاً دربارهٔ حضانت فرزند بعد از پایان دوران شیرخوارگی تا سن هفت سالگی، منشأ شکل‌گیری فتاوی متعده شده است که باورمندان به هر یک، دیدگاه خود را برگرفته از ظاهر روایات می‌دانند. در این مقاله، علاوه بر بررسی و نقد این دیدگاه‌ها، با تکیه بر فهم عرفی از خطابات شارع و تبیین دقیق روایات مسأله، این دیدگاه تقویت شده است که بعد از طلاق والدین، اولویت حضانت فرزند، اعم از دختر و پسر، تا هفت سالگی از آن مادر است؛ اهمیت این دیدگاه از آن روست که بر خلاف دیدگاه مشهور بوده و در عین حال، منطبق با ظواهر ادله است. شرایط صاحب حق حضانت و تعیین آن در سایر مقاطع سنی فرزند و هم‌چنین الزامی

تاجها  
پژوهش‌های فقهی

حق حضانت فرزند، از شیرخوارگی تا رشد

۱. تاریخ دریافت: ۹۸/۱۰/۱۵
۲. این مقاله به همت حجج اسلام میثم جواهری و علی خالق‌پور از دروس خارج فقه آیت‌الله شبیری زنجانی رحمته‌الله و زیر نظر مرکز فقهی امام محمدباقر علیه‌السلام استخراج و به تأیید رسیده است.

JAVASHERIMSM110@GMAIL.COM :A.KHALEGHPOUR@GMAIL.COM

یا غیر الزامی بودن حق حضانت نیز در این مقاله پیگیری و تبیین شده است.  
**واژگان کلیدی:** حق حضانت، رضاع، طلاق، هفت سالگی، رشد.

#### مقدمه

موضوع سرپرستی و پرورش فرزند، از مسائلی است که تمام جوامع انسانی، با هر دین و آئین و رسم و رسوماتی، با آن درگیر بوده و هستند و هر کدام، بر اساس فرهنگ و مسلک خویش، به وضع قوانین و احکامی پیرامون آن پرداخته‌اند. فرهنگ دینی ما نیز که بر پایه فقه اهل بیت علیهم‌السلام بنا نهاده شده است، این نیاز اجتماعی را بی پاسخ نگذاشته و فقها با تکیه بر روایات، مقررات مربوط به مسأله حضانت را استخراج کرده‌اند.

این مسأله، مخصوصاً در فرض طلاق والدین، اهمیت ویژه‌ای می‌یابد؛ چراکه اختلاف عقیده، تفاوت سلیقه‌ها در کیفیت پرورش فرزند، عواطف مادرانه، و اقتضائات اقتصادی حضانت، جنبه‌های متعددی هستند که تعیین متولی اصلی و صاحب حق حضانت را ضرورت می‌بخشند.

روایاتی که به مقوله حضانت پرداخته‌اند، چند گروهند و عملکرد فقهای امامیه در جمع‌بندی این روایات متفاوت است. در نتیجه این تفاوت عملکرد، فتاوی متعددی نیز شکل گرفته است که این مقاله، با بررسی فتاوا و مستندات آنها، به جمع‌بندی و اختیار یک دیدگاه پرداخته است.

موضوعاتی که در حضانت لازم است هر دیدگاه درباره آن اظهار نظر نماید از این قرار است: حق حضانت در دوران رضاع و پس از رضاع؛ حق حضانت در صورت فوت یا فقد صلاحیت یکی از والدین یا هر دو؛ پایان زمان حق حضانت؛ شرایط استحقاق حق حضانت و امکان اسقاط حق حضانت.

در سطور پیش‌رو، با توجه به اختلاف فتاوا، به دسته‌بندی فروض گونه‌گون حضانت پرداخته و دیدگاه برگزیده با نگاه به ادله تبیین می‌گردد.

## مفهوم‌شناسی

حِضْن و احتضان طفل، به معنای در آغوش گرفتن طفل است و حضانت -به کسر و فتح حاء- اسم مصدر آن است و در معنای مطلق مراقبت‌های مورد نیاز فرزند، اعم از تغذیه، تر و خشک کردن، لباس پوشاندن و محافظت از خطرات و غیره<sup>۱</sup> استعمال می‌شود.

حضانت در کتب فقهی به همان معنای لغوی یعنی نگهداری و پرورش فرزند به کار رفته است<sup>۲</sup>؛ ولی از آنجا که فقها، در صدد تعیین صاحب حق حضانت بوده‌اند، در تعریف آن، عنصر ولایت و سلطنت را نیز داخل کرده‌اند؛ چنان‌چه این واژه در کتب متعدد این‌گونه تعریف شده است: «حضانت، ولایت و سلطنت برای پروراندن کودک است»<sup>۳</sup>؛ و گاه گفته‌اند: «حضانت، ولایت و سلطنت بر فرزند، به خاطر پروراندن و تأمین مصالح او است»<sup>۴</sup>.

همین اختلاف غرض موجب شده که علامه حلی در باب اجاره، حضانت را به نفس نگهداری و پرورش تعریف کرده؛ ولی وقتی به باب نکاح و حق حضانت می‌رسد، حضانت را به ولایت بر نگهداری و پرورش تعریف می‌کند.<sup>۵</sup>

بنابر این، حق حضانت، به معنای ولایت و سلطنت برای نگهداری و پرورش کودک است و باید دید که این ولایت، از آن کیست؛ با این حال باید دانست که حضانت، ولایت خاص و مقید است و با ولایت بر طفل -به شکل مطلق- تفاوت دارد. وقتی گفته می‌شود پدر، ولی طفل است، این ولایت، تمام شؤون طفل را شامل می‌شود و مسلماً به پدر و جد پدری اختصاص دارد و مادر از آن بی‌بهره است؛ ولی حق حضانت، ولایت و سلطنت بر خصوص نگهداری و مراقبت است که ممکن است در مقاطعی مختص مادر باشد.

موضوع حق حضانت فرزند را باید در دو فرض جستجو کرد: فرض حیات والدین و

ما اجتهاد  
پژوهش‌های فقهی

فقه حضانت فرزند، از شهر خوارگی تا رشد

۱. قیومی، المصباح المنیر، ج ۲، ص ۱۴۰؛ صاحب‌بن‌عباد، المحیط، ج ۲، ص ۴۴۴.
۲. علامه حلی، تذکرة الفقها (ط. القديمة)، ص ۲۹۵؛ همو، تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۹۳؛ محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۷، ص ۱۲۹.
۳. علامه حلی، قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۰۱؛ صیمیری، غایة المرام، ج ۳، ص ۱۷۷؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۴۹؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۱.
۴. شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۲۱؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۴۵۸؛ سبزواری، کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۲۹۲؛ حائری، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۴۴.
۵. علامه حلی، تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۹۳ و ج ۴، ص ۱۲.

صلاحیت آن‌ها برای حضانت و فرض فوت یا عدم صلاحیت یکی از والدین یا هر دو.

### حق حضانت در فرض حیات و صلاحیت پدر و مادر

در دوران حیات والدین و صلاحیت آن‌ها برای حضانت، به لحاظ اختلاف فتاوا، در سه دوره از زندگی فرزند باید بحث کرد: «دوران رضاع»، «دوران بعد از رضاع تا هفت سالگی»، «دوران بعد از هفت سالگی».

#### ۱. دوران رضاع

در اثبات حق حضانت در این مقطع به قرآن، روایات و اجماع استناد شده است که باید میزان و نحوه دلالت آن‌ها را سنجید. تمامی این ادله، حق حضانت در ایام رضاع را از آن مادر می‌دانند. دلیل اول: صاحب جواهر علاوه بر استناد به اخبار، به فراز «لَا تُضَارُّ وَالِدَةً بِوَلَدِهَا»<sup>۱</sup> برای اثبات حق حضانت مادر استناد کرده است.<sup>۲</sup> ایشان تقریبی برای استدلال به آیه بیان نکرده است؛ ولی گویا وجه استدلال این است که: اگر فرزند در این دوران، علی‌رغم میل مادر از او گرفته شده و به فرد دیگری سپرده شود، به مادر ضرر روحی وارد می‌شود و مطابق آیه<sup>۳</sup>، مادر فرزند نباید به سبب نوزاد در تنگنا و ضرر قرار بگیرد.

این استدلال اشکال روشنی دارد؛ چه آنکه در ادامه آیه، فراز «وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ»<sup>۴</sup> از پدر نیز نفی ضرر کرده است و حتی خود صاحب جواهر به این دو فراز برای اثبات انحصار حق حضانت در مرد و زن استدلال نموده است.<sup>۵</sup>

اشکال دیگر آنکه در روایات معتبر<sup>۶</sup>، ضرر در آیه بر مطلب دیگر تطبیق شده و جمع این

۱. «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةً بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ...». سورة بقره، آیه ۲۳۳.

۲. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۵.

۳. اگرچه «لا تضار» (از باب مفاعله) می‌تواند صیغه معلوم باشد، و مفعول آن محذوف باشد؛ ولی استدلال فوق بر پایه صیغه مجهول است. بدین معنا که: هیچ والده‌ای نباید به خاطر کودککش مورد فشار و اضرار واقع شود و هیچ پدری هم نباید به خاطر کودککش مورد فشار و اضرار قرار گیرد.

۴. سورة بقره، آیه ۲۳۳.

۵. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳.

۶. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۱۰۳؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۱۰۷.

مطلب با معنایی که ذکر شد، مشکل است. طبق این روایات، «لَا تُضَارَّ» یعنی محروم شدن مادر از جماع، به بهانه وجود طفل؛ به این معنا که مرد از ترس قطع شدن شیر مادر از نزدیکی با او خودداری کند. و بر عکس «و لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ» یعنی محروم شدن مرد از جماع؛ به اینکه زن از ترس قطع شدن شیر از تمکین خودداری کند. پس قرآن تأکید می‌کند: نه مادر از حقوق خود به سبب نوزاد محروم شود و نه پدر. بین این معنای مأثور، با معنایی که صاحب جواهر استفاده کرده تغایر وجود دارد و معلوم نیست که جامع عرفی داشته باشند؛ زیرا یکی مربوط به ضرر به بهانه وجود طفل است و دیگری مربوط به ضرری است که از ناحیه عدم وجود طفل وارد می‌شود.

دلیل دوم: عمده مستند در تعیین صاحب حق حضانت در دوره رضاع، روایات است. اخباری از فریقین در این موضوع وارد شده که حق ارضاع را برای مادر دانسته است و - همان‌گونه که خواهیم گفت، - این حق با حضانت ملازمه عرفی دارد؛ بلکه از برخی روایات می‌توان به طور مستقیم، حق حضانت را استفاده کرد.

گزارش صحیح ابوصباح کنانی<sup>۱</sup> از امام صادق علیه السلام از این قرار است:

محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن محمد بن إسماعیل عن محمد بن الفضیل عن أبي الصباح الكنانی عن أبي عبد الله قال: إذا طلق الرجل امرأته و هی حُبلى أنفق علیها حتی تضع حملها و إذا وضعته أعطاها أجرها و لا یضارها إلا أن یجد من هو أخص منها أجرًا فإن هی رضیت بذلك الأجر فهی أحرق بابنها حتی تطفم<sup>۲</sup>.

بر اساس این روایت، مرد اجرت زن را بعد از وضع حمل باید بدهد و در این استحقاق اجرت، حرفی از خصوص رضاع زده نشده است، بلکه تمام شؤون فرزند اعم از تربیت، ارضاع و مانند آن که مربوط به مادر است، موضوع اجرت است و اگر کسی با قیمت ارزان‌تر نبود، مادر نسبت به انجام این امور اولویت دارد؛ بنابر این، اولویت مادر اختصاصی به حق

## مباحث

حضانت فرزندان از ششم خوارگی تا رشد

۱. تمام راویان حدیث، امامی ثقة‌اند. البته شیخ طوسی در کتاب رجال خود محمد بن فضیل را از باب غلو ضعیف می‌داند (طوسی، رجال الطوسی، ص ۳۴۳ و ص ۳۶۵)؛ اما تضعیف از باب غلو مبتنی بر متن‌شناسی و نامعتبر است؛ علاوه بر اینکه طبق گزارش نجاشی، جماعتی از محدثان بزرگ از جمله محمد بن حسین بن ابی‌خطاب، راوی کتاب او هستند (نجاشی، رجال النجاشی، ص ۳۶۷) که نمایان‌گر وثاقت اوست.  
۲. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

ارضاع ندارد؛ وگرنه به جای تعابیر «أَجْرَهَا» و «أَحَقُّ بِأَبْنَيْهَا» باید «أَجْرَ إِرْضَاعِهَا» و «أَحَقُّ بِإِرْضَاعِ ابْنَيْهَا» جایگزین می‌شد؛ در نتیجه حق حضانت در دوران رضاع از آن مادر است. شبیه این تعبیر در صحیح ابوعباس بقباق<sup>۱</sup> و صحیح حلبی<sup>۲</sup> هم آمده است و مادر را به شرط بالاتر نبودن اجرتش، در همه شؤن احق می‌داند.

حتی اگر این عبارات را در حق ارضاع منحصر بدانیم، با توجه به ملازمه عرفی بین ارضاع و حضانت - که توضیح آن خواهد آمد، - باز هم حق حضانت ثابت می‌شود. بنابر این از ذیل صحیح داودبن‌حسین<sup>۳</sup> که تنها در مورد حق ارضاع مادر سخن می‌گوید، نیز می‌توان حق حضانت را نتیجه گرفت. به همین دلیل است که فراز صدر این روایت: «مَا دَامَ الْوَلَدُ فِي الرِّضَاعِ فَهُوَ بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ»، بر این معنا حمل شده است که مادر مسئولیت تربیت و حضانت فرزند را بر عهده داشته باشد و پدر مخارج او را بپردازد.

علاوه بر این، می‌توان با تأکید بر تعبیر «لَا يُضَارُّهَا إِلَّا أَنْ يَجِدَ مَنْ هُوَ أَرْحَصُ» در صحیح ابوصباح این‌گونه گفت که ملاک استحقاق مادر، جنبه عاطفی است که با جدایی فرزند از او، آسیب دیده و ضرر محقق می‌شود؛ البته از سوی دیگر، پدر نیز نباید به جهت مسائل اقتصادی متضرر شود و در فرض تراحم این دو ملاک، حق پدر ترجیح داده شده است؛ ولی در صورت عدم تراحم، مادر نسبت به فرزند احق است و باید نیاز عاطفی او تأمین شود که این ملاک، در رضاع و حضانت مشترک است.

۱. «الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن علي الوشاء عن أبان عن فضل أبي العباس قال: قلت لأبي عبد الله الرجل أحق بولده أم المرأة قال لا بل الرجل فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها أنا أضع ابني بمثل ما تجد من ترضعه فهي أحق به.» (كليني، الكافي، ج ۶، ص ۴۴) رجال سند، ثقة امامی اند؛ اگرچه در وثاقت معلى بن محمد بصرى و امامی بودن أبان بن عثمان مناقشه شده است؛ اما وثاقت معلى بن محمد با توجه به اکتار روایت حسین بن محمد اشعری احراز می‌شود و امامی بودن أبان بن عثمان نیز با توجه به دلایلی از جمله روایت ابن ابی عمیر از او مسلم است.

۲. «علي عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله قال: الحُبلى المطلقَةُ يُفَقُّ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَهِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا إِنْ تَرْضَعُهُ بِمَا تَقْبَلُهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى.» (كليني، الكافي، ج ۶، ص ۱۰۳).

۳. كليني، الكافي، ج ۶، ص ۴۵. این روایت در همه کتب اربعه و در تفسیر عیاشی با اختلاف اندکی نقل شده و تمام رجال آن امامی ثقة‌اند. البته داودبن‌حسین از واقفه به شمار می‌رود؛ اما در جای خود توضیح داده شده است که نقل بزرگان اصحاب از واقفه در هنگام استقامت آن‌ها بوده است.

۴. مفهوم این عبارت در صحیح داودبن‌حسین، بر وجود حق ارضاع دلالت می‌کند: «فَإِنْ وَجَدَ الْأَبُ مَنْ يُرْضِعُهُ بِأَرْبَعَةِ ذَرَاهِمٍ وَقَالَتِ الْأُمُّ لَا أَرْضِعُهُ إِلَّا بِخَمْسَةِ ذَرَاهِمٍ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهَا.»

روایات دیگری نیز از عامه و خاصه، گزارش شده که حضانت را تا قبل از ازدواج مادر، حق او می‌دانند که اطلاق آن، شامل دوران رضاع نیز می‌شود؛ صحیح ایوب بن نوح<sup>۱</sup>، روایت منقری<sup>۲</sup>، روایت ابوهریره<sup>۳</sup> و روایت عبدالله بن عمر<sup>۴</sup> از این دسته‌اند.

همان‌گونه که اشاره شد، حق ارضاع اگرچه عقلاً ملازمه‌ای با حق حضانت ندارد؛ ولی عادتاً ملازم یکدیگرند. اینکه حاضنه غیر از مرضعه باشد، امر غیر متعارفی است و کسی که ارضاع می‌کند باید متولی حضانت نیز باشد؛ نوزاد در شبانه روز به دفعات و در زمان‌های متفاوت شیر می‌خورد و به طور متعارف، امکان تردد او بین متولی حضانت و مرضعه وجود ندارد و اگر چنین چیزی مقصود بود، حتماً باید مورد اشاره ائمه علیهم‌السلام واقع می‌شد؛ چون نوع مردم از این مطلب غفلت می‌کنند. لذا این روایات با سکوت نسبت به این امر، ملازمه مذکور را تأیید می‌کنند. به دلیل همین ملازمه عرفی است که اصحاب، به پاسخ امام اکتفا کرده و در هیچ روایتی در خصوص حضانت سؤالی نکرده‌اند.

در نتیجه، از اثبات حق ارضاع، اثبات حق حضانت نیز فهمیده می‌شود؛ چنان‌که از نفی حق ارضاع، نفی حق حضانت فهمیده می‌شود.<sup>۵</sup> از اینجا روشن می‌شود که -برخلاف دیدگاه برخی از فقها<sup>۶</sup>- اگر مادر به خاطر مطالبه اجرت زیاد، حق ارضاع را از دست داد، حق حضانتش نیز ساقط می‌شود؛ چون تفکیک بین ارضاع و حضانت امری غیر متعارف است و بیان صریح می‌طلبد که در روایات موجود نیست؛ بلکه تعابیری هم چون «نزع الولد» و «یترکه

## سازمان پژوهش‌های فقهی

فقه حضانت فرزندان، از شهر خوارزمی تا رشد

۱. «و روی عبدالله بن جعفر الحمیری عن ایوب بن نوح قال کتبَ إليه بَعْضُ أَصْحَابِهِ أَنَّهُ كَانَتْ لِيْ امْرَأَةٌ وَلِيْ مِنْهَا وَلَدٌ وَ خَلَيْتُ سَبِيلَهَا فَكَتَبْتُ الْمَرْأَةَ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ سَبْعَ سِنِينَ إِلَّا أَنْ تَشَاءَ الْمَرْأَةُ.» صدوق، الفقيه، ج ۳، ص ۴۳۵؛ طریق صدوق به حمیری صحیح است: «ما كان فيه عن عبد الله بن جعفر الحميري فقد روته عن أبي؛ و محمد بن الحسن؛ و محمد بن موسى بن المتوكل عن عبد الله بن جعفر.» (همان، ج ۴، ص ۵۱۰)
۲. «على بن إبراهيم عن علي بن محمد القاساني عن القاسم بن محمد عن المنقرى عن عمه قال: سئل أبو عبد الله عن الرجل يطلق امرأته و بينهما ولد أيهما أحق بالولد قال المرأة أحق بالولد ما لم تزوج.» كليني، الكافي، ج ۶، ص ۴۵.
۳. «روى أبوهريرة أن النبي قال الأم أحق بحضنة ابنها ما لم تزوج.» دارقطني، سنن الدارقطني، ج ۳، ص ۳۰۴.
۴. «روى عبدالله بن عمر أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كانت بطني له وعاء و ثديي له سقاء و حجري له جواء و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني فقال النبي أنت أحق به ما لم تنكحي.» همان، ص ۳۰۵.
۵. ر.ك: محقق حلي، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۹۰؛ عاملی، نهاية المرام، ج ۱، ص ۴۶۴؛ حائری، رياض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۵۴.
۶. ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۲؛ حلی، الكافي في الفقه، ص ۳۱۶.

مع آقه» در روایات، شاهد سلب حق حضانت است.<sup>۱</sup>  
با این حال، برخی فقها<sup>۲</sup> بر اساس تغایر این دو عمل، اصرار دارند که سلب حق ارضاع مستلزم سلب حق حضانت نیست. بر اساس این مبنا، جز در صورت حرج، طفل برای ارضاع به مرضعه داده شده و سپس برگردانده می‌شود.

دلیل سوم: فقها با اینکه در صاحب حق حضانت بعد از دوره رضاع اختلاف دارند؛ ولی در اینکه مادر در دوران رضاع، -به شرط عدم مطالبه اجرت بیش از دیگران- حق ارضاع و حضانت دارد، اختلاف ندارند<sup>۳</sup> و همان‌طور که ابن ادریس و شهید ثانی<sup>۴</sup> تصریح می‌کنند، این مسأله اجماعی است و دست‌کم، آن‌گونه که شیخ طوسی ادعا می‌کند، مخالفی در این مسأله وجود ندارد.<sup>۵</sup>

البته در برخی از کتب فقهی<sup>۶</sup> فتوای ابن فهد حلی (م ۸۴۱ق)، مخالف با دیگران قلمداد

۱. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.
۲. ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۲؛ حلی، الکافی فی الفقه، ص ۳۱۶؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۱۲؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۴۵۷؛ همو، حاشیة الإرشاد، ج ۳، ص ۲۱۸.
۳. شیخ مفید، المقنعة، ص ۵۳۱؛ ابن جنید، مجموعة فتاوی ابن جنید، ص ۲۶۳؛ حلی، الکافی فی الفقه، ص ۳۱۶؛ سلار، المراسم، ص ۱۶۴؛ طوسی، النهایة، ص ۵۰۳؛ همو، الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۱؛ همو، المبسوط، ج ۶، ص ۳۹؛ ابن بزاج، المهدب، ج ۲، صص ۲۶۲ و ۳۵۲، ابن حمزه، الوسيلة، ص ۲۸۸؛ راوندی، فقه القرآن، ج ۲، ص ۱۲۵؛ ابن زهره، غنیة النزوع، ص ۳۸۷؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۸۹؛ محقق حلی، النهایة و نکتها، ج ۲، ص ۴۰۹؛ فاضل آبی، کشف الرموز، ج ۲، ص ۲۰۰؛ کیدری، إصباح الشیعة، ص ۴۴۲؛ قمی سبزواری، جامع الخلاف، ص ۵۱۰؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ص ۱۴۳؛ همو، تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۱۲؛ همو، مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۳۰۵؛ همو، قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۰۲؛ فخر المحققین، إیضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۶۳؛ شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۹۵؛ همو، اللعة، ص ۱۸۹؛ فاضل مقداد، نضد القواعد الفقهیة، ص ۴۳۳؛ ابن شهید ثانی، معالم الدین، ج ۲، ص ۹۵؛ ابن طی، الدر المنضود، ص ۲۰۴؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۴۵۸؛ سید محمد عاملی، نهایة المرام، ج ۱، ص ۴۶۶؛ فاضل مقداد، التنقیح، ج ۳، ص ۲۷۲؛ صیمری، غایة المرام، ج ۳، ص ۱۷۷؛ سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۲؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۳۷۱؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۴۹؛ حسین آل عصفور، الأنوار اللوامع، ج ۱۰، ص ۲، ص ۳۳۴؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۶؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۳۵۲.
۴. ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۳؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۲۱.
۵. طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۱.
۶. سید محمد عاملی، نهایة المرام، ج ۱، ص ۴۶۵؛ سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۲؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۶.



شده است؛ چرا که وی قائل به اشتراک والدین در حق حضانت شده است؛ ولی قرائن موجود در کلام ابن فهد اثبات می‌کند که وی موافق دیگران است و حکم به اشتراک که در عبارت اوست و آن را اجماعی می‌داند، چیزی در مقابل فتوای دیگران نیست. ابن فهد می‌نویسد:

وقع الإجماع على اشتراك الحضانة بين الأبوين مدة الرضاع في الذكر والأنثى، و على سقوطه عنهما بعد البلوغ، .... و الخلاف فيما بينهما. فذهب الشيخ في الخلاف الى أن الأم أحق بالصبي إلى سبع سنين، و بالبت الى أن تتزوج يعني الام، و قال القاضي في المهذب الأم أحق بالذكر مدة الحولين، و بالأنثى مدة سبع سنين، ... و اختاره المصنف و العلامة، و هو قوي.<sup>۱</sup>

وی با اینکه مدعی اجماع فقها بر اشتراک والدین است؛ ولی پس از اندکی فتوای معروف را از ابن براج و ابن حمزه و ابن ادريس و محقق حلی و علامه حلی نقل می‌کند و حتی آن فتوا را قوی می‌داند. این نحوه بیان نشان می‌دهد که اشتراکی که او مطرح می‌کند در مقابل احقیّت مادر در دوران رضاع نیست؛ بلکه اشتراک یا به این معناست که طفل نزد مادر نگهداری شود و پدر هزینه مالی آن را تأمین کند، و یا به این معناست که مادر در صورت تبرّع یا مطالبه اجرتی مساوی یا کمتر از دیگران، احق است و در غیر این صورت پدر احق است. کلام ابن فهد همانند صحیح داود بن حصین<sup>۲</sup> است که در صدر آن، تساوی والدین آمده است و در ذیل آن، از حق مادر سخن می‌گوید و علامه مجلسی در این روایت، هر دو احتمالی که در کلام ابن فهد بیان شد، ذکر کرده است.<sup>۳</sup>

ممکن است اجماع به این بیان مورد مناقشه قرار بگیرد که با وجود روایات معتبری که ذکر آن گذشت، مدرک و مستند مجمعین، معلوم یا دست‌کم محتمل است و اجماع مدرکی یا محتمل المدرک، نمی‌تواند دلیل مستقلاً به شمار آید.

در پاسخ به این مناقشه باید گفت اجماع دو حالت دارد؛ اگر در زمان معصوم حاصل باشد، می‌تواند به عنوان دلیل مستقل، به حکم شرعی رهنمون شود، گرچه که مستند یا استدلال مجمعین در نظر ما مخدوش باشد؛ زیرا حجیت این اجماع بر پایه تقریر معصوم

۱. ابن فهد حلی، المقتصر من شرح المختصر، صص ۲۶۷ و ۲۶۸.

۲. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

۳. علامه مجلسی، مرآة العقول، ج ۲۹، ص ۷۹.

است. اما اگر اتصال اجماع به عصر معصوم احراز نشود، نمی‌توان آن را کاشف از رأی معصوم دانست، حتی اگر مدرک اجماع برای ما ناشناخته باشد. پس مهم تحقق شرایط تقریر است، نه مجهولیت و معلومیت مدرک.

در بحث حضانت مادر در مدت رضاع، که امر رایجی بوده، اتصال اجماع به عصر معصوم بعید نیست و در نتیجه می‌توان به اجماع به عنوان یک دلیل توجه کرد.

### ۱/۱. موضوعیت فطام یا دو سالگی

بعد از اثبات اولویت حضانت مادر در مدت رضاع، این مسأله مطرح می‌شود که آیا رضاع و شیرخوردن موضوعیت دارد یا اینکه گذشت دو سال ملاک است؟  
اکثر فقها برای پایان مدت، از تعبیر «فطام» و «فصال» استفاده کرده‌اند.<sup>۱</sup> در مقابل، برخی از فقها تعبیر «حولین» را آورده‌اند؛<sup>۲</sup> چنان‌که برخی نیز «مدت رضاع» را عنوان کرده‌اند؛ ولی آن را به حولین تفسیر نموده‌اند.<sup>۳</sup>

مستفاد از روایات و مقتضای تناسب حکم و موضوع، موضوعیت داشتن رضاع است؛ چون در روایات آنچه محور اولویت مادر قرار گرفته، ارضاع اوست؛ مخصوصاً اینکه عرف، حق حضانت را با توجه به متعارف نبودن تفکیک بین ارضاع و حضانت می‌فهمد و مادران از آن جهت که در شیردادن مقدم هستند در حضانت مقدم شده‌اند. صحیح کنانی نیز که غایت احقیق را فطام عنوان کرده است، می‌تواند شاهد بر همین مطلب باشد: «فَهِيَ أَحَقُّ بِأَبْنِهَا حَتَّى تَفْطِمَهُ».<sup>۴</sup>

با توجه به آنچه گفته شد، در دوران رضاع، مادر فرزند حق ارضاع طفل را دارد و تا وقتی

۱. شیخ مفید، المقنعة، ص ۵۳۱؛ ابن براج، المهذب، ج ۲، ص ۲۶۲؛ طوسی، النهاية، ص ۵۰۳؛ راوندی، فقه القرآن، ج ۲، ص ۱۲۵؛ ابن زهرة، غنية النزوع، ص ۳۸۷؛ ابن حمزة، الوسيلة، ص ۲۸۸؛ علامه حلی، تحریر الأحكام، ج ۴، ص ۱۲؛ شهید اول، اللمعة، ص ۱۸۹؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۴۵۸؛ سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۲؛ فاضل مقداد، نضد القواعد الفقهیة، ص ۴۳۳؛ ابن شهید ثانی، معالم الدین، ج ۲، ص ۹۵؛ ابن طمی، الدر المنضود، ص ۲۰۴؛ صیمری، غایة المرام، ج ۳، ص ۱۷۷؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۳۵۲.

۲. ابن سعید حلی، الجامع للشرائع، ص ۴۵۹ و ۴۶۰؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۳.

۳. محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۸۹؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۰۲.

۴. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

که به او شیر می‌دهد، حق حضانت نیز دارد. البته حضانت مادر دارای شرایطی است که در صورت فقدان آن‌ها، حق نیز سلب خواهد شد. تبیین این شروط در انتهای مقاله آمده است. شایان توجه است که اگرچه شمول کلام فقها در مورد حق حضانت مادر تا قبل از دو سال، نسبت به فرض عدم طلاق روشن نیست؛ اما مدلول برخی روایات، حق حضانت مادر را هم در فرض طلاق و هم در فرض عدم طلاق ثابت می‌نماید.<sup>۱</sup> این نکته از آن رو مهم است که برخی تفاسیل پیش‌رو در مورد حضانت فرزند، تنها مربوط به فرض طلاق است.

## ۲. دوران بعد از رضاع تا هفت سالگی

درباره حضانت فرزند بعد از دوران رضاع تا هفت سالگی دیدگاه‌های مختلفی میان فقها مشاهده می‌شود که ناشی از نحوه مواجهه ایشان با اخبار متعدد و به ظاهر متعارض حضانت است. البته تا قبل از طلاق که زن در حباله شوهر است، اولویت حضانت فرزند با پدر است<sup>۲</sup>؛ اما در صورت طلاق زوجین، دیدگاه‌های متعدد خودنمایی می‌کند.

به برخی روایات هم‌چون صحیح کنانی<sup>۳</sup>، صحیح داود بن حصین<sup>۴</sup>، صحیح فضیل بن یسار<sup>۵</sup> و صحیح داود رقی<sup>۶</sup> برای استحقاق پدر استناد شده و از برخی دیگر از روایات

۱. روایاتی که استحقاق مادر را ثابت می‌کنند، برخی مربوط به فرض وجود علقه زوجیت اند، مانند صحیح داود بن حصین، و برخی مربوط به فرض طلاق اند، مانند صحیح حلبی.

۲. «فَإِذَا فَطِمَ فَأَلْبُ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْأُمِّ». (کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵).

۳. همان.

۴. همان.

۵. «و روى الحسن بن محبوب عن ابى ایوب عن الفضیل بن یسار عن أبی عبد الله علیه السلام أَنَّهُ قَالَ أَيَّمَا امْرَأَةٍ حُرَّةٍ تَزَوَّجَتْ عَبْدًا فَوَلَدَتْ مِنْهُ أَوْلَادًا فَهِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مِنْهُ وَ هُمْ أَحْرَارٌ فَإِذَا أُعْتِقَ الرَّجُلُ فَهُوَ أَحَقُّ بِوَلَدِهِ مِنْهَا لِمَوْضِعِ الْأَبِّ». (صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵).

۶. «محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن داود الرقی قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام عَنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ نَكَحَتْ عَبْدًا فَأَوْلَدَهَا أَوْلَادًا ثُمَّ إِنَّهُ طَلَّقَهَا فَلَمْ يَنْقُصْ مَعِ وَلَدِهَا وَ تَزَوَّجَتْ فَلَمَّا بَلَغَ الْعَبْدُ أَنْهَا تَزَوَّجَتْ أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ وَ لَدَهُ مِنْهَا وَ قَالَ أَنَا أَحَقُّ بِهِمْ مِنْكَ إِنْ تَزَوَّجْتَ فَقَالَ لَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا وَ لَدَهَا وَ إِنْ تَزَوَّجَتْ حَتَّى يُعْتَقَ هِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مِنْهُ مَا دَامَ مَمْلُوكًا فَإِذَا أُعْتِقَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِمْ مِنْهَا». (کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵). در این سند، تنها نسبت به داود رقی شبهه واقعی بودن وجود دارد؛ اما با توجه به اینکه امثال حسن بن محبوب حتماً قبل از واقعی شدن از داود رقی اخذ حدیث نموده‌اند، این روایت صحیح خواهد بود.

هم چون صحیح ایوب بن نوح<sup>۱</sup> و روایت منقری<sup>۲</sup>، استحقاق مادر نتیجه گرفته شده که در پی آن، چند دیدگاه شکل گرفته است:

دیدگاه اول: تفصیل میان صورت نزاع و غیر آن

یکی از جوهی که برای جمع بین اخبار و تعیین صاحب حق حضانت از دو سالگی تا هفت سالگی ارائه شده، این است که بین فرض نزاع والدین بر سر حضانت و عدم آن تفصیل داده شود؛ به این صورت که اخبار اولویت پدر مربوط به فرض طلاق و نزاع والدین دانسته شده و اخبار اولویت مادر مربوط به فرض طلاق و عدم نزاع قلمداد گردد.

فیض کاشانی و صاحب حدائق<sup>۳</sup> این جمع را برگزیده‌اند. علامه مجلسی نیز آن را نقل کرده و ظاهراً می‌پذیرد.<sup>۴</sup> از سیاق کلام شهید اول نیز همین دیدگاه برداشت می‌شود.<sup>۵</sup>

اینان از یک سو، روایاتی را که بر اولویت پدر دلالت می‌کنند غیر قابل چشم‌پوشی می‌دانند؛ چراکه از نظر سند و دلالت بدون اشکال‌اند- و از سوی دیگر، روایات اولویت مادر را نیز قبول دارند؛ مخصوصاً اینکه این روایات، با روایاتی که هفت سال اول را مربوط به تربیت فرزند و هفت سال دوم را مربوط به تأدیب او می‌دانند<sup>۶</sup>، همخوانی دارند. این فقها معتقدند که تربیت از آن مادر است و تأدیب از آن پدر و بر اساس این روایات تا هفت سالگی، مادر به عنوان مربی، متولی حضانت است.

بنابر این هیچ کدام از دو دسته روایت را نمی‌توان کنار گذاشت و با تفصیلی که ارائه کرده‌اند، بین هر دو دسته اخبار جمع شده است.

ارزیابی دیدگاه: این جمع تبرّعی است و شاهدهی در روایات ندارد. هر دو دسته اخبار، مطلق‌اند و شامل فرض نزاع و غیر آن می‌شوند.<sup>۷</sup>

ما هجرت  
پژوهش‌های فقهی

سال سوم، شماره ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۸

۱. صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵.
۲. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.
۳. فیض کاشانی، الوافی، ج ۲۳، ص ۱۳۷۵؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۹.
۴. علامه مجلسی، مرآة العقول، ج ۲۱، ص ۷۹.
۵. شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۹۵ و ۳۹۶.
۶. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۶؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۱۱۱.
۷. حتی شاید بتوان گفت که قدر متیقن هر دو دسته روایت، فرض نزاع است و نمی‌توان دسته‌ای را به غیر

دیدگاه دوم: تفصیل بین حضانت دختر و پسر

بعد از دوران شیرخوارگی تا هفت سالگی، با طلاق والدین، حق حضانت پسر به پدر می‌رسد و حق حضانت دختر با مادر است. این دیدگاه مشهورترین فتوا در میان فقهاست.

شیخ مفید، سلار، یحیی بن سعید، شیخ طوسی در نهایه، ابن ادریس، محقق حلی، علامه حلی<sup>۱</sup> و بسیاری دیگر از فقها<sup>۲</sup> این دیدگاه را اختیار کرده‌اند؛ در غنیه ادعای اجماع بر این مطلب شده است<sup>۳</sup> و سرائر تنها در مورد حضانت مادر نسبت به دختر، ادعای اجماع کرده است.<sup>۴</sup> میرزای قمی نیز شهرت و اجماع منقول را برای این فتوا کافی دانسته است.<sup>۵</sup>

در مجموع، چهار بیان برای جمع بین اخبار و دستیابی به تفصیل می‌توان ارائه کرد:

۱. جمع بین اخبار به قرینه اجماع منقول غنیه: صاحب جواهر اجماع منقول ابن زهره را شاهد جمع بین دو دسته روایات دانسته است و بر مبنای آن، روایات احقیق پدر را مربوط به پسر و روایات احقیق مادر را مربوط به دختر قلمداد کرده است. وی این جمع را موافق اعتبار می‌داند؛ چراکه برای پسر، پدر مناسب‌تر و برای دختر، مادر مناسب‌تر است.<sup>۶</sup>

۲. انقلاب نسبت اخبار، به استناد اجماع منقول سرائر: این بیان، اجماع منقول ابن ادریس را به عنوان شاهد جمع مطرح می‌کند؛ به این صورت که بر اساس نقل ابن ادریس، بر حضانت مادر برای دختر، اجماع وجود دارد. این اجماع، روایات حضانت پدر را تخصیص می‌زند و آن را به پسر مختص می‌کند. در نتیجه، انقلاب نسبت رخ می‌دهد و روایات حضانت پدر که نسبت

فرض نزاع حمل نمود و شاید به همین دلیل، در کلمات برخی از فقها اساساً مسأله حضانت در فرض نزاع مطرح شده است؛ به عنوان نمونه ر.ک: طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۳۶؛ صیمری، غایة المرام، ج ۳، ص ۱۷۷؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۱۲؛ فاضل مقداد، التنقیح، ج ۳، ص ۲۷۱ [مقرر]

۱. شیخ مفید، المقتنعة، ص ۵۳۱؛ سلار، المراسم، ص ۱۶۴؛ ابن سعید حلی، الجامع للشرائع، ص ۴۵۹؛ طوسی، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۵۰۴؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۱؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۹۰؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۱۲.

۲. فاضل آبی، کشف الرموز، ج ۲، ص ۲۰۱؛ صیمری، غایة المرام، ج ۳، ص ۱۷۷؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۴.

۳. ابن زهره، غنیه النزوع، ص ۳۸۷.

۴. ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۳.

۵. میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۴، صص ۳۵۲ و ۳۵۲.

۶. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، صص ۲۹۰ و ۲۹۱.

به روایات حضانت مادر متباین بود، اخص از آن شده و آن را به دختر اختصاص می‌دهد.  
۳. جمع بر اساس حمل بر قدر متیقن: فقها گاه در مقام رفع تنافی بین دو دسته از اخبار، هر دسته را بر مقدار متیقن آن حمل می‌کنند و به استناد نصوصیت یک دسته، ظاهر دسته دیگر را کنار می‌گذارند.

در روایات حضانت نیز بنا بر تناسبات حکم و موضوع، می‌توان قدر متیقن هر دسته را اخذ کرد؛ زیرا در جهت تربیت و تأدیب، پدر با پسر و مادر با دختر، سنخیت دارد؛ لذا فرزند پسر، قدر متیقن از موضوع روایات حضانت پدر، و فرزند دختر، قدر متیقن از موضوع روایات حضانت مادر است؛ در نتیجه از ظهور هر کدام در فرد غیر قدر متیقن، دست برداشته می‌شود و روایات حضانت مادر، مختص دختر و روایات حضانت پدر، مختص پسر خواهد بود.

۴. تقیید روایات «ولد» با روایات «ابن»: در روایاتی که بر حضانت مادر دلالت دارند از تعبیر «ولد» استفاده شده که اعم از دختر و پسر است؛<sup>۱</sup> در مقابل، در برخی از روایات حضانت پدر، تعبیر «ابن» به کار رفته است.<sup>۲</sup> بر این اساس، می‌توان حمل مطلق بر مقید کرد و روایات حضانت مادر را مربوط به دختر دانست.<sup>۳</sup>

ارزیابی دیدگاه: اشکال هر چهار بیان آن است که حمل «ولد» بر خصوص دختر غیر عرفی است و نمی‌توان تعبیر «ولد» در سؤال ایوب بن نوح که کتبی هم بوده<sup>۴</sup> و هم چنین تعبیر «ولد» در روایت منقروی را بر خصوص دختر حمل کرد.

در زبان عرب، «ولد» گرچه به معنای مطلق فرزند است؛ ولی طبق استقرار، این کلمه یا در خصوص پسر استعمال می‌شود و یا در معنای جامع بین پسر و دختر<sup>۵</sup>؛ در نتیجه، قدر متیقن از اطلاق ولد، پسر است و اینکه در مقام جمع، فرد ظاهر خارج و ولد به دختر مختص شود، به هیچ وجه عرفی نیست.

۱. ر.ک: صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵ و کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

۲. ر.ک: کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

۳. میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۳۵۲.

۴. خصوصیت سؤال کتبی این است که نسبت به نقل به معنا یا تحریف مصونیت بیشتری دارد و لذا می‌توان بر الفاظ آن تکیه بیشتری کرد.

۵. به عنوان نمونه، برخی روایات، «اولاد» را در خصوص پسر استعمال کرده‌اند (ر.ک: کلینی، الکافی، ج ۶، صص ۳ و

۱۹؛ ابن ابی جمهور، عوالمی اللالی، ج ۱، ص ۱۸۱)؛ اما استعمال «ولد» در خصوص دختر معهود نیست.

در کلام فقها نیز استعمال رایج ولد برای پسر است و در حکم «حبوه و قضای نماز پدر مربوط به ولد اکبر است»، جز فرزند پسر اراده نمی‌کنند.<sup>۱</sup> در زبان فارسی نیز کلمه «آقازاده» به همین شکل است و اگرچه دختر همانند پسر، زاده‌ای منتسب به پدر است؛ اما این واژه فقط در مورد پسر استعمال می‌شود.

فارغ از این اشکال، استشهاد به اجماع منقول نیز قابل قبول نیست و در حجیت آن تردید وجود دارد. حتی با پذیرش حجیت اجماع منقول، اجماعات منقول در غنیه مورد اعتماد نیستند؛ چه آنکه عموماً ابن زهره وقتی نظرات خود را منطبق با قواعد کلی اجماعی می‌بیند، دیدگاه خود را به اجماع نسبت می‌دهد؛ حال آنکه در مورد اکثر اجماعات ادعایی او، فتوای مخالف در میان فقها وجود دارد.

دیدگاه سوم: اولویت مطلق مادر

دیدگاه سوم که دیدگاه برگزیده نیز هست، حق حضانت را در فرض طلاق، تا هفت سالگی مختص مادر دانسته و استحقاق پدر نسبت به حضانت فرزندان را مربوط به غیر فرض طلاق می‌داند. این دیدگاه، روایات احقیقیت مادر را مربوط به فرض طلاق می‌داند و روایات احقیقیت پدر را بر غیر فرض طلاق حمل می‌کند.

توضیح آنکه در روایاتی که بر حق حضانت مادر دلالت دارند، تصریح به فرض طلاق شده است؛ در صحیح ایوب بن نوح تعبیر «خَلَّيْتُ سَبِيلَهَا»<sup>۲</sup> و در روایت منقروی تعبیر «يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ»<sup>۳</sup> آمده است.<sup>۴</sup> این روایات، حق حضانت مادر را بیش از فرض طلاق ثابت نمی‌کنند. از طرف دیگر، روایات اولویت پدر، بر حق حضانت او در ایام طلاق دلالتی ندارند. برخی از این روایات مجمل‌اند و شمولشان نسبت به دوران بعد از شیرخوارگی تا هفت سال محل تردید است و برخی دیگر نیز که مربوط به این دوران‌اند، دلالتی بر استحقاق پدر در

ما اجتهاد  
پژوهش‌های فقهی

فقه حضانت فرزندان، از شیرخوارگی تا رشد

۱. «و المراد به الولد الأكبر، فلا يجب على البنت وإن لم يكن هناك ولد ذكر». (سید یزدی، العروة الوثقی، ج ۳، ص: ۱۰۲).

۲. صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵.

۳. همان.

۴. از میان روایات عامه نیز روایت عبد الله بن عمر در فرض طلاق است و تعبیر «ان أباه طلقنی» در آن آمده است. (دارقطنی، سنن الدارقطنی، ج ۳، ص ۳۰۵).

فرض طلاق ندارند. در صحاح فضیل بن یسار<sup>۱</sup> و داود بن حصین<sup>۲</sup> فرض طلاق نشده است و ظاهر آن صورت عدم طلاق است. صحیح ابوعباس بقباق<sup>۳</sup>، اگرچه در صدرش به طور مطلق اولویت پدر را بیان می‌کند؛ اما با توجه به ذیل که مربوط به دوران رضاع است، اجمال دارد و نمی‌توان برای دوران بعد از رضاع به آن استدلال کرد. صحیح ابوالصباح کنانی<sup>۴</sup> نیز تنها ناظر به مسئله استحقاق اجرت است و نمی‌توان از ذیل آن نسبت به حضانت بعد از فطام مفهوم‌گیری کرد.<sup>۵</sup> صحیح داود رقی نیز مربوط به فرض ازدواج مجدد مادر است و در ادامه خواهد آمد که اساساً شرط استحقاق مادر برای حضانت، عدم ازدواج مجدد اوست. لذا این روایت نیز با دیدگاه اولویت مادر در فرض طلاق منافاتی ندارد.

در مجموع، با توجه به آنچه در جمع میان روایات حضانت پدر و مادر بیان شد، می‌توان گفت در فرض طلاق، حق حضانت از آن مادر و استحقاق پدر، مربوط به غیر فرض طلاق است. البته تعلق این حق به مادر، دارای شرایطی است که بعداً مورد اشاره قرار خواهد گرفت. این دیدگاه، موافق اعتبار نیز هست چه آنکه به لحاظ عاطفی، برای زنی که طلاق گرفته و مجدداً ازدواج نکرده است، بسیار سخت است که هم از همسرش جدا شده باشد و هم فرزندش را از او بگیرند. علاوه بر اینکه ابن جنید، شیخ طوسی در خلاف و مبسوط، ابن براج و کیدری<sup>۶</sup> که حضانت فرزند را -اعم از دختر و پسر- در دوران بعد از رضاع تا هفت سالگی، از آن مادر دانسته‌اند، همه در فرض طلاق و مفارقت سخن گفته‌اند.

صاحب مدارک و سبزواری<sup>۷</sup> نیز با توجه به اینکه تنها روایت ایوب بن نوح را تصحیح

۱. صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵.

۲. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

۳. همان، ص ۴۴.

۴. همان، ص ۴۵.

۵. توضیح بیشتر آنکه: در روایت ابوالصباح کنانی، حضرت می‌فرمایند که بعد از وضع حمل، اجرت زن باید پرداخت شود، مگر اینکه کسی ارزان‌تر پیدا شود و غایت این استحقاق را فطام قرار داده‌اند؛ لذا «حتی تفضمه» در ذیل روایت، قید استحقاق حضانت نیست، بلکه قید استحقاق اجرت است.

۶. ابن جنید، مجموعه فتاوی ابن جنید، ص ۲۶۳؛ طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۱؛ همو، المبسوط، ج ۶، ص ۳۹؛ ابن براج، المهذب، ج ۲، ص ۳۵۲؛ بر خلاف ص ۲۶۲؛ کیدری، إصباح الشیعة، ص ۴۴۲.

۷. سید محمد عاملی، نهاية المرام، ج ۱، ص ۴۶۷؛ سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۴.



می‌کنند، این دیدگاه را اختیار کرده‌اند. البته نسبت به استدلال ایشان این اشکال وجود دارد که روایات احقیق پدر نیز صحیح هستند و باید برای رسیدن به نتیجه، رفع تعارض کنند؛ اما در عین حال، ایشان از طرفداران این دیدگاه به شمار می‌آیند.

### ۳. دوران بعد از هفت سالگی

سومین دوره‌ای که باید صاحب حق حضانت فرزند مورد توجه قرار گیرد، دوران بعد از هفت سالگی است. سه دیدگاه در تعیین صاحب حق در این دوره وجود دارد:

دیدگاه اول: تفصیل میان دختر و پسر

ابن جنید، شیخ مفید، شیخ طوسی در خلاف و مبسوط، سآلر، ابن براج، کیدری، و یحیی بن سعید<sup>۱</sup> بر این باورند که حق حضانت بعد از هفت سال بر اساس تناسب جنسیتی شکل می‌گیرد؛ یعنی حق حضانت دختر با مادر و حق حضانت پسر با پدر است.

ارزیابی دیدگاه: شیخ طوسی در خلاف با عبارت «دلینا إجماع الفرقة و أخبارهم»<sup>۲</sup> و در مبسوط با عبارت «فالدی رواه أصحابنا»<sup>۳</sup> به مستند سازی این دیدگاه پرداخته است؛ ولی با توجه به اینکه این تفصیل در هیچ روایتی - هرچند ضعیف - حتی در تهذیب و استبصار خود شیخ - نیامده است، این گمان به وجود می‌آید که مراد ایشان جمع بین روایات است؛ اما - همان‌طور که گذشت - این جمع تبرّعی است و شاهد عرفی و یا شرعی برای آن وجود ندارد؛ در نتیجه، تفصیل بر اساس تناسب جنسیتی، وجه شرعی نداشته و ممنوع است.

دیدگاه دوم: اولویت مادر

حضانت، همان‌طور که تا هفت سالگی حق مادر است، بعد از هفت سالگی نیز از آن مادر است. این دیدگاه از اطلاق عبارت منسوب به شیخ صدوق فهمیده می‌شود؛ بنا بر نقل

۱. ابن جنید، مجموعه فتاوی ابن جنید، ص ۲۶۳؛ شیخ مفید، المقنعة، ص ۵۳۱؛ طوسی، الخلاف، ج ۵، ص ۱۳۱؛ همو، المبسوط، ج ۶، ص ۳۹؛ سآلر، المراسم، ص ۱۶۴؛ ابن براج، المهذب، ج ۲، ص ۳۵۲؛ بر خلاف ص ۲۶۲؛ کیدری، إصباح الشیعة، ص ۴۴۲؛ ابن سعید حلّی، الجامع للشرائع، صص ۴۶۰-۴۵۹.  
۲. طوسی، الخلاف، ج ۵، صص ۱۳۱ و ۱۳۲.  
۳. همو، المبسوط، ج ۶، ص ۳۹.

علامه، شیخ صدوق در مقنع این‌گونه می‌گوید: «إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ وَبَيْنَهُمَا وَلَدٌ، فَالْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ»<sup>۱</sup>.

ارزیابی دیدگاه: مستند این دیدگاه می‌تواند اطلاق روایت منقری باشد که در آن احقیت مادر بدون تقیید به سن و سال آمده است: «عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَبَيْنَهُمَا وَلَدٌ أَيُّهُمَا أَحَقُّ بِهِ؟ قَالَ الْمَرْأَةُ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ»<sup>۲</sup>.

اما اولاً اطلاق روایت منقری با مفهوم غایت در صحیح ایوب «إِلَى أَنْ يَبْلُغَ سَبْعَ سِنِينَ»<sup>۳</sup> تنافی دارد و لذا حق حضانت مادر به هفت سال باید مقید شود؛ ثانیاً اساساً وجود این دیدگاه در میان فقها معلوم نیست؛ زیرا اگرچه علامه ضمن نقل دیدگاه‌ها می‌گوید: «وَقَالَ الصَّدُوقُ فِي الْمَقْنَعِ»؛ ولی این جمله در مقنع نیامده است. البته این احتمال ضعیف وجود دارد که علامه نسخه‌ای متفاوت داشته است؛ ولی با توجه به یکسانی متن فتوا با متن روایت منقری و اینکه صدوق در مقدمه فقیه، ملتزم به بیان فتاواش شده است<sup>۴</sup>، بعید نیست که علامه، دیدگاه صدوق را از کتاب فقیه اخذ کرده و به اشتباه به مقنع نسبت داده باشد.

در این صورت، شایسته است نظر صدوق را نه فقط از روایت منقری، بلکه از مجموع روایات موجود در فقیه به دست آورد. صدوق در همان باب، روایت ایوب را نیز نقل کرده است که به هفت سال مقید است و در نتیجه، انتساب این دیدگاه به صدوق، قابل قبول نخواهد بود.

#### دیدگاه سوم: اولویت پدر

اکثر فقها حضانت را بعد از هفت سالگی، متعلق به پدر می‌دانند؛ کسانی که پدر را در دوران بعد از رضاع تا بلوغ صاحب حق دانسته‌اند؛ مانند فیض کاشانی، مجلسی اول و بحرانی<sup>۵</sup>؛ کسانی که به تبع شیخ طوسی در نهاییه، حضانت دختر را تا ۷ سالگی برای مادر و

۱. علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۳۰۶.

۲. صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵.

۳. همان.

۴. همان، ج ۱، ص ۳.

۵. فیض کاشانی، الوافی، ج ۲۳، ص ۱۳۷۵؛ علامه مجلسی، مرآة العقول، ج ۲۱، ص ۷۹؛ بحرانی، الحدائق

حضانة پسر را از دو سالگی برای پدر دانسته‌اند و کسانی که به استناد روایت ایوب، مادر را تنها تا هفت سالگی صاحب حق دانسته‌اند؛ مانند صاحب مدارک و سبزواری<sup>۱</sup>، همگی از این گروه به شمار می‌آیند.

با توجه به بطلان دو دیدگاه قبل و تصریح روایت ایوب بن نوح که حق حضانة مادر را تا هفت سالگی می‌داند، این دیدگاه صحیح خواهد بود.

نتیجه اینکه در فرض حیات والدین، حق حضانة تا دو سالگی از آن مادر است و بعد از آن تا هفت سالگی در صورت طلاق، حق حضانة از آن مادر و در صورت عدم طلاق، از آن پدر است و بعد از آن نیز مطلقاً پدر صاحب حق است. در این تفصیل، پسر یا دختر بودن فرزند دخالتی ندارد.

### حق حضانة در فرض وفات یا فقد صلاحیت والدین

حضانة در فرض وفات والدین دارای سه فرض است: ۱. وفات مادر؛ ۲. وفات پدر؛ ۳. وفات پدر و مادر. فقدان صلاحیت لازم برای حضانة نیز به منزله فوت است؛ از این رو در تعابیر از عنوان فوت استفاده می‌شود و در سایه آن، حکم صورت فقد صلاحیت نیز آشکار می‌گردد.

#### ۱. وفات مادر

در این مسأله اختلافی نیست که با وفات مادر، چه در دوران رضاع فرزند و چه بعد از آن، حق حضانة از آن پدر است<sup>۲</sup>؛ چرا که ادله حضانة مادر، در واقع، ولایت پدر را در برهه‌ای خاص محدود کرده است و با وفات مادر، این محدودیت منتفی شده و حق حضانة در پدر منحصر می‌گردد.<sup>۳</sup>

الناضرة، ج ۲۵، ص ۸۹.

۱. سید محمد عاملی، نه‌ایة المرام، ج ۱، ص ۴۶۷؛ سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۴.  
۲. این فتوا را می‌توان در این کتب مشاهده نمود: نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳؛ ابن سعید حلّی، الجامع للشرائع، ص ۴۶۰؛ علامه حلّی، تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۱۳.  
۳. فاضل آبی، کشف الرموز، ج ۲، ص ۲۰۱.

## ۲. وفات پدر

لازم به ذکر است در مورد اولویت مادر در فرض وفات پدر، کسی ادعای خلاف نکرده است و چه بسا بتوان از ظاهر کلمات فقها، اجماع بر این مطلب را استفاده کرد؛<sup>۱</sup> اما فارغ از اجماع فقها، چند دلیل برای اثبات اولویت مادر در فرض وفات پدر ارائه شده است که در ادامه ارزیابی می‌شود:

دلیل اول: عمده دلیل بر اولویت مادر در صورت فوت پدر، دو روایت صحیح است که در این مطلب صراحت دارند:

الف. روی محمد بن یعقوب عن أبي علي الأشعري عن الحسن بن علي عن العباس بن عامر عن داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام قَالَ... فَإِذَا فُطِمَ فَأَلَابُ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْأُمِّ فَإِذَا مَاتَ الْأَبُ فَأَلَامُ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْعَصَبَةِ.<sup>۲</sup>

ب. محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام فِي رَجُلٍ مَاتَ وَتَرَكَ امْرَأَةً وَمَعَهَا مِنْهُ وَلَدٌ فَأَلَقَتْهُ عَلَى خَادِمٍ لَهَا فَأَوْضَعَتْهُ ثُمَّ جَاءَتْ تَطْلُبُ رِضَاعَ الْغُلَامِ مِنَ الْوَصِيِّ فَقَالَ لَهَا أَجْرٌ مِثْلَهَا وَ لَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ حَجْرِهَا حَتَّى يُدْرِكَ وَيُدْفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ.<sup>۳</sup>

در صحیح داود بن حصین، مادر، در فرض فوت پدر، بر عصبه که شامل جد، عمو، برادر و سایر مردان فامیل است، مقدم شده است و به روشنی بر اولویت مادر دلالت دارد و در صحیح عبدالله بن سنان نیز برای مادر تا زمان رشد و بلوغ فرزند، حق حضانت قرار داده شده است. گزارش تصریح می‌کند که وصی حق ندارد فرزند را تا آن زمان از تحت کفالت مادر خارج نماید؛ در نتیجه، مادر هم بر عصبه و هم بر وصی اولویت دارد.

دلیل دوم: در کتاب جواهر و ریاض برای اثبات اولویت مادر، به اشفقت او استناد شده است؛<sup>۴</sup> به این معنا که با فقدان پدر، کسی که نسبت به فرزند شفقت بیشتری دارد مادر است و به این ملاک، در حضانت و سرپرستی فرزند نیز اولویت خواهد داشت.

مباحثات  
پژوهش‌های فقهی

سال سوم، شماره ۲۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸

۱. ر.ک: بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۴؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳.

۲. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

۳. همان، ص ۴۱.

۴. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۴؛ حائری، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۵۹.

در اشکال به این استدلال می‌توان گفت که اگرچه اشفقیّت مادر قابل انکار نیست؛ اما در مقابل اشفقیّت مادر، اعقلیت پدر مطرح است؛ اگر پدر در زمان حیات خود، شخص معتمدی را در امر حضانت فرزندش به عنوان وصی قرار داد، هنگام فوت پدر، نمی‌توان به ملاک اشفقیّت، تدبیر پدر را بی‌اثر قلمداد نمود.

دلیل سوم: طبق فراز ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ اولویت حضانت با مادر است؛ چه آنکه بعد از پدر، کسی اقرب از مادر به فرزند نیست و مادر، عرفاً از سایرین اولی است؛ این اولویت توسط فراز مزبور مورد امضا قرار گرفته است و در نتیجه، در نبود پدر، حضانت حق مادر است.<sup>۲</sup>

استدلال به این آیه درست نیست؛ چون آیه اساساً تقدم بعض ارحام بر دیگر ارحام را بیان نمی‌کند؛ لذا به «بعضهم اولى من بعض» تعبیر نکرده است؛ بلکه تقدم برخی از اولوا الارحام را بر دیگران بیان می‌کند و می‌فرماید: «برخی از ذو رحم، نسبت به میت، از دیگران اولی هستند»؛ در نتیجه نمی‌توان از آن برای اولویت برخی از ذو رحم نسبت به برخی دیگر از ذو رحم استفاده نمود.<sup>۳</sup>

علاوه آنکه اگر مقصود اولویت ارحام بر یکدیگر باشد، باز هم اجمال دارد؛ زیرا آیه تنها به اصل وجود اولویت اشاره دارد و در مقام بیان تفصیل طبقات نیست؛ لذا در بحث ارث، علی‌رغم اینکه مثلاً میان برادر و جد از نظر عرف تقدم و تأخر وجود دارد؛ اما از نظر شرعی در یک طبقه‌اند. بنابر این نمی‌توان با استناد به آیه، اولیّتی را که عرف می‌فهمد به شرع نسبت داد. دلیل چهارم: یکی دیگر از وجوه استدلال، استفاده از استصحاب به ضمیمه عدم قول به فصل است.<sup>۴</sup> توضیح آنکه وفات پدر گاهی در دوران حق حضانت قطعی مادر اتفاق می‌افتد و

## مباحث

طیّ حضانت فرزند، از شهر خوارگی تا رشد

۱. سورة احزاب، آیه ۶.

۲. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۲.

۳. در سورة احزاب، آیه ۶، این‌گونه آمده است: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَ أَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَ الْمُهَاجِرِينَ﴾؛ بر این اساس روشن است که اولویت بعضی از ذو رحم در مقایسه با مهاجران و انصار مد نظر است؛ همان‌طور که در صدر آیه، طرف مقایسه با حرف «من» مشخص شده است. بنابر این، بعض ذو رحم در «بعض» طرف مقایسه نیستند و لذا این فراز در آیه ۷۵ سورة انفال نیز به همین صورت باید معنی شود.

۴. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳.

گاهی در دوران حق حضانت پدر. در صورت اول، بعد از اتمام دوران حق حضانت مادر - مثلاً هفت سالگی - شک می‌کنیم که آیا حق حضانت مادر ادامه دارد یا به دیگران می‌رسد؟ مقتضای استصحاب، بقای حق مادر است. از آنجا که هیچ فقیهی بین این دو صورت تفصیل نداده است، پس در فرض دوم نیز حق حضانت با مادر است.

این استدلال از چند جهت دچار اشکال است؛ زیرا اولاً استصحاب، بنابر تحقیق، در شبهات حکمی جاری نیست؛<sup>۱</sup> ثانیاً بسیاری از فقها اصلاً این فروع را متعرض نشده‌اند و نمی‌توان عدم قول به فصل را احراز کرد. اساساً آنچه ممکن است کاشف از رأی معصوم باشد قول به عدم فصل است، نه عدم قول به فصل؛ به عبارت دیگر، میزان، اجماع بسیط است و اجماع مرکب که عدم قول به فصل است، اعتباری ندارد؛<sup>۲</sup> ثالثاً کسی که بخواهد اولویت وصی یا جد را اثبات کند، می‌تواند به عمومات وصیت و ولایت جد استناد کند و لذا نزد او، نوبت به جریان اصل عملی نمی‌رسد.

دلیل پنجم: حضانت پدر در صحاح داود بن حصین، فضیل بن یسار، داود رقی و بقباق با تعبیر «هُوَ أَحَقُّ مِنْهَا» بیان شده است. ظاهر افعال تفضیل، استحقاق دو طرف است، اگرچه حق پدر رجحان دارد، ولی در فرض فوت پدر حق حضانت را برای مادر اثبات می‌کند.<sup>۳</sup>

در نقد این استدلال باید گفت: اولاً تعبیر احق بودن پدر بر مادر، بر انحصار حق بین آن‌ها دلالت نمی‌کند و ممکن است افراد دیگری نیز صاحب حق باشند که پدر بر آن‌ها احق است؛ ولی نسبت به مادر اولویت دارند؛ ثانیاً تعبیر «أَحَقُّ»، به این معنا نیست که این حق در هر دو طرف فعلیت دارد؛ بلکه به این معناست که اقتضای این حق در هر دو طرف وجود دارد و چه بسا یک طرف مبتلا به مانعی باشد؛ مثلاً ممکن است وجود وصی، مانع از فعلیت حق حضانت برای مادر باشد؛ چنان‌که در مورد اولویت مسلم بر کافر و حر بر عبد نیز این‌گونه تعبیر شده است که مسلمان، احق از کافر است و حر احق از مملوک است؛<sup>۴</sup> با اینکه کافر و مملوک مبتلا به مانع هستند.

۱. فاضل نراقی، مستند الشیعة، ج ۲، ص: ۴۹۵؛ خوبی، مصباح الأصول، ج ۲، ص ۳۶.

۲. شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۳۵؛ شیخ الشریعة اصفهانی، إفاضة القدير في أحكام العصور، ص ۱۱۴.

۳. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۳.

۴. محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۹۰.

از آنچه گذشت روشن شد که دلیل اصلی برای اثبات حق حضانت مادر در فرض وفات پدر روایاتی است که بر تقدم مادر بر عصبه و سایر اقارب و هم‌چنین تقدم مادر بر وصی دلالت دارند و این تقدم را تا زمان رشد فرزند ثابت می‌کنند.

### ۳. وفات والدین

در روایت ضعیفی حق حضانت پس از وفات والدین به خاله داده شده و او را در حکم مادر قرار داده است.<sup>۱</sup> ضعف سندی قوام استدلال را مخدوش می‌سازد. جز این روایت، روایت دیگری که به این موضوع پردازد گزارش نشده است. استدلال به آیه *﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾*<sup>۲</sup> نیز پیش‌تر نقد و رد گردید. عبارات فقها نیز اختلاف زیادی دارد. عده‌ای غیر از والدین شخص دیگری را ذکر نکرده‌اند؛ بعضی مثل ابن ادریس و صاحب مدارک<sup>۳</sup> جدّ ابی را اضافه کرده‌اند و بعضی هم مثل شیخ مفید<sup>۴</sup> بعد از جدّ ابی، جدّ امی را ملحق کرده‌اند؛ صاحب جواهر نیز جدّ ابی و سپس وصی را مقدم بر اقارب می‌داند.<sup>۵</sup> در فرض انتقال حق به ارحام نیز، این اختلاف وجود دارد که آیا طبقات ارحام مطابق با ارث است یا خیر.<sup>۶</sup> بدین روی اجماعی در میان نیست. بر این اساس، در فرض وفات والدین دلیلی بر اختصاص حق حضانت به کسی وجود ندارد و باید به مقتضای قاعده عمل نمود. مقتضای قاعده این است که کسی غیر از والدین حق حضانت نداشته باشد و لذا در صورت فقدان آن‌ها، بعید نیست که تعیین متولی حضانت به عهده حاکم باشد و او هر کسی که بهتر از عهده تربیت برآید، برای این کار تعیین می‌کند؛ روشن است که در نبود حاکم، نوبت به عدول مؤمنین می‌رسد.

## مجموعه

پژوهش‌های فقهی  
فقه حضانت فرزندان از شهر خوارزمی تا رشد

۱. «أخبرنا ابن الصلت، قال: أخبرنا ابن عقدة، قال: أخبرني عبيدالله بن علي، قال: هذا كتاب جدي عبيدالله بن علي، فقُرأْتُ فيه: أَخْبَرَنِي عَلِيُّ بْنُ مُوسَى أَبُو الْحَسَنِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَىٰ بِأَبْنَةِ حَمْزَةَ لِحَالَتِهَا وَقَالَ: الْحَالَةُ وَالِدَةٌ». (طوسی، الأمالی، ص ۳۴۲).
۲. سورة احزاب، آیه ۶.
۳. ابن ادریس، السرائر، ج ۲، صص ۶۵۳-۶۵۴؛ سیدمحمد عاملی، نهاية المرام، ج ۱، ص ۴۷۱.
۴. شیخ مفید، المقنعة، ص ۵۳۱.
۵. نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۷.
۶. کیدری، إصباح الشیعة، ص ۴۴۲؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۳۰؛ حائری، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۶۱.

## پایان زمان حق حضانت

برخی انتهای دوره حق حضانت را بلوغ و رشد<sup>۱</sup> و برخی، تنها رشد فرزند دانسته‌اند.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد با توجه به صحیح عبدالله بن سنان<sup>۳</sup> که انتهای حضانت را رشد قرار داده است، ملاک سقوط حق حضانت، رشد فرزند باشد.

## شرایط متولی حضانت

عهدداری حضانت فرزند شرایطی دارد که از آن به شرایط عام حضانت تعبیر می‌کنیم. علاوه بر این شرایط، تعلق حق حضانت به مادر دارای شرایط اختصاصی است که اولویت او نسبت به دیگران، متوقف بر حصول این شرایط است. در ادامه، شرایط عام حضانت که مربوط به صلاحیت برای اصل عهدداری حضانت است و هم‌چنین شرایط اختصاصی مادر که مربوط به تحقق اولویت او برای تصدی حضانت است، بررسی شده است:

### ۱. شرایط عام حضانت

شرایط عام حضانت عبارتند از: حریت، عقل، وثاقت و اسلام.

دلیل بر اشتراط حریت، صحاح فضیل بن یسار<sup>۴</sup> و داود رقی<sup>۵</sup> است که در آن‌ها به مانع بودن رقیت تصریح شده است.<sup>۶</sup> کاربست تناسب حکم و موضوع نیز اقتضا می‌کند که مجنون حق حضانت نداشته باشد و چه بسا به دلیل وضوح اشتراط عقل، قدما به آن نپرداخته‌اند. البته مجنون ادواری در دوران افاقه، منعی از حضانت ندارد؛ چنان‌که بیعش نیز در آن دوران صحیح است. در کلام شیخ طوسی و ابن براج عدالت به عنوان یکی از شروط آمده است<sup>۷</sup>؛ اما بسیاری

۱. ابن فهد حلی، المهدب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶؛ ابن فهد حلی، المقتصر من شرح المختصر، ص ۲۶۷.

۲. علامه حلی، إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۴۰؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۹۰.

۳. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۱.

۴. صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵.

۵. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

۶. البته این احتمال وجود دارد که رقیت، تنها اولویت زوجین نسبت به هم را از بین ببرد و این اولویت، نسبت به دیگران باقی باشد؛ البته تعبیر «و هم احرار» در صحیح فضیل بن یسار، این احتمال را تقویت می‌کند که اصل حضانت عبد یا امه بر فرزند حر، ممنوع باشد. [مقرر]

۷. ابن براج، المهدب، ج ۲، ص ۳۵۴؛ طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۴۰.



از فقهای بعد از ایشان، آن را ذکر نکرده و یا رد نموده‌اند<sup>۱</sup> و دیدگاه برگزیده هم همین است؛ چون نهایت چیزی که می‌توان گفت، لزوم وثاقت در امر حضانت است؛ ولی اشتراط عدالت به معنایی که در نماز جماعت گفته‌اند، دلیلی ندارد؛ چنانچه مسافر بودن نیز مانع شرعی حضانت نیست؛ گرچه برخی<sup>۲</sup> به آن قائل شده‌اند.

شیخ طوسی مسلمان بودن را نیز به عنوان شرط حضانت مطرح کرده است<sup>۳</sup>. این در حالی است که روایاتی<sup>۴</sup> بر جواز کراهتی استرضاع مسیحی و یهودی و حتی مشرک دلالت دارد و بر اساس آن فتوا نیز داده شده است.<sup>۵</sup> بنابر این با توجه به ملازمه رضاع و حضانت، در این دوره، اسلام شرط حضانت نیست.

بله، از سن هفت سالگی به بعد که دوران تربیت فرزند است، از مذاق شرع می‌توان استفاده کرد که نباید تربیت را در اختیار کفار گذاشت و اسلام شرط استحقاق حضانت است؛ شاید بتوان گفت که در دوران بعد از رضاع تا هفت سال نیز که زمینه‌های شکل‌گیری شخصیت فرزند و تأثیرپذیری‌های تربیتی وجود دارد سپردن سرپرستی فرزند به کفار جایز نیست.

## ۲. شرایط حضانت مادر

### مباحث

طه، حضانت فرزند، از شیرخوارگی تا رشد

همان‌گونه که گفته شد، مادر تا دو سالگی مطلقاً و تا هفت سالگی در فرض طلاق، حق حضانت فرزند خود را دارد که به معنای اولویت او نسبت به دیگران برای تصدی حضانت است؛ اما این اولویت مشروط به دو چیز است که در ادامه به توضیح این دو شرط و ادله آن‌ها پرداخته شده است:

۱. عدم مطالبه اجرتی بیش از دیگران: مادر می‌تواند تا قبل از فطام، برای حضانت، طلب اجرت کند. بر اساس صحیح ابوصباح کنانی<sup>۶</sup>، مادر بعد از وضع حمل تا پایان دوران

۱. علامه حلی، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۱۰۲؛ عمیدی، کنز الفوائد، ج ۲، ص ۵۳۱.

۲. طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۴۰.

۳. همان.

۴. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۳.

۵. شیخ مفید، أحكام النساء، ص ۵۰؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۱۶۶.

۶. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

شیرخوارگی، مستحق اجرت است و این اجر با توجه به اطلاق روایت، به اجرت رضاع منحصر نیست، بلکه در قبال تربیت و حضانت نیز هست<sup>۱</sup>؛ اما اگر مادر، اجرتی بیش از آنچه دیگران مطالبه می‌کنند درخواست کند، پدر می‌تواند امتناع کرده و حضانت را به دیگری بسپارد. به تعبیر دیگر، اولویت مادر نسبت به حضانت در این دوران، در صورتی است که اجرتی بیش از دیگران مطالبه نکند. این مطلب، در روایات متعددی ذکر شده است<sup>۲</sup> و مورد اختلاف فقها نیز نیست.

۲. عدم ازدواج مجدد: تقریباً همه فقها اتفاق دارند<sup>۳</sup> که مادر، تنها در صورتی حق حضانت دارد که مجدداً ازدواج نکند.<sup>۴</sup> شهید ثانی این مسأله را اجماعی می‌داند<sup>۵</sup> و ابن فهد ادعای لاخلاف کرده است.<sup>۶</sup> در بین فقها، تنها ابوالصلاح حلبی این شرط را مطرح نکرده<sup>۷</sup> که او نیز در صدد بحث از شروط حضانت نبوده است.

صحیح داود رقی<sup>۸</sup> و روایت منقری<sup>۹</sup> که در کتب اربعه گزارش شده نیز بر این شرط

۱. بر خلاف نظر شهید ثانی و محقق سبزواری که اجرت را تنها برای ارضاع ثابت می‌دانند. (شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۲۱ و سبزواری، كفاية الاحكام، ج ۲، ص ۲۹۲).

۲. به عنوان نمونه: صحیح ابوالعباس بقباق و صحیح داود بن حصین (کلینی، الكافي، ج ۶، ص ۴۵).

۳. ابن جنید، مجموعة فتاوی ابن جنید، ص ۲۶۳؛ شیخ مفید، المقنعة، ص ۵۳۱؛ طوسی، النهایة، ص ۵۰۳؛ طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۳۹؛ سلار، المراسم، ص ۱۶۴؛ ابن زهرة، غنیة النزوع، ص ۳۸۷؛ کیدری، إصباح الشیعة، ص ۴۴۲؛ راوندی، فقه القرآن، ج ۲، ص ۱۲۵؛ ابن ادریس، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۱؛ محقق حلّی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۹۰؛ قمی سبزواری، جامع الخلاف، ص ۵۱۰؛ علامه حلّی، تبصرة المتعلمین، ص ۱۴۳؛ همو، تحریر الأحكام، ج ۴، ص ۱۲؛ همو، قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۱۰۲؛ شهید اول، للমেعة، ص ۱۸۹؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۲۶؛ صیمری، غایة المرام، ج ۳، ص ۱۷۷؛ سبزواری، كفاية الاحكام، ج ۲، ص ۲۹۵؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۳۷۲؛ حائری، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۵۶؛ فاضل مقداد، التنقیح، ج ۳، ص ۲۷۳.

۴. با توجه به ظاهر روایت داود رقی، به نظر می‌رسد که مانعیت ازدواج، تنها برای نفی اولویت مادر نسبت به پدر است و اولویت مادر نسبت به سایرین، به قوت خود باقی است. [مقرر]

۵. شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۴۶۳.

۶. فاضل مقداد، التنقیح، ج ۳، ص ۲۷۰.

۷. حلبی، الكافي في الفقه، ص ۳۱۶.

۸. کلینی، الكافي، ج ۶، ص ۴۵.

۹. این روایت در کافی، تهذیب و استبصار به صورت مرسل نقل شده است اما در فقیه، مسند است. (کلینی، الكافي، ج ۶، ص ۴۵؛ صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵؛ طوسی، تهذیب الأحكام، ج ۸، ص ۱۰۵؛ همو،

دلالت دارند. مؤید این روایات، روایتی از عامه است که حاوی همین مضمون است: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»<sup>۱</sup>.

علامه حلی و به تبع ایشان کاشف اللثام، به درستی، وجه این شرط را تعارض شوهرداری با حضانت طفل دانسته‌اند؛ چرا که بعد از ازدواج، شوهر مالک کلیه استمتاع می‌شود و پرداختن به فرزند، با حق شوهر تراحم دارد.<sup>۲</sup>

بر اساس همین نکته عقلایی و با توجه به تناسب حکم و موضوع، مانعیت ازدواج مربوط به دوران پس از عروسی است و از بازه بین عقد و عروسی که ارتباطی بین زن و شوهر برقرار نیست، منصرف است<sup>۳</sup>؛ چرا که مجرد عقد نکاح، مستلزم تعارض با حضانت نیست. از آنجا که در گذشته فاصله‌ای بین عقد و عروسی نبوده است، تعبیر روایات مطلق است و اصل زوجیت را مانع معرفی می‌کند؛ اما این موضوع از مستحدثات شرع نیست که جمود بر الفاظ آن لازم باشد؛ بلکه عرف، ملاک را تراحم حقوق می‌یابد و در زمان حاضر که بعد از تحقق زوجیت هم ممکن است تراحم رخ ندهد، صرف زوجیت مانع نخواهد بود. به همین بیان، به نظر می‌رسد که در صورت غیبت طولانی شوهر دوم، تناسب حکم و موضوع اقتضا می‌کند که حق حضانت به مادر بازگردد.

باید توجه کرد که مانعیت ازدواج برای حضانت، تنها مربوط به دوران بعد از رضاع نیست، بلکه همان‌طور که برخی به این نکته تصریح نموده‌اند<sup>۴</sup>، در دوران رضاع نیز ازدواج مسقط حضانت است؛ زیرا از یک سو، روایات اشتراط، نسبت به دوران رضاع و بعد از آن مطلق‌اند<sup>۵</sup> و از سوی دیگر، تناسب حکم و موضوع اقتضا می‌کند که دوران رضاع نیز مشمول

## مباحث

پژوهش‌های فقهی

فقه حضانت فرزند، از شیرخوارگی تا رشد

الاستبصار، ج ۳، ص ۳۲۰).

۱. دارقطنی، سنن الدارقطنی، ج ۳، ص ۳۰۵.

۲. علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۳۰۹، ابن براج، المهذب، ج ۳، ص ۴۳۰؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۵۲.

۳. بر خلاف شهید ثانی در مسالک (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۸، ص ۴۲۶) و صاحب جواهر (محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰).

۴. شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۹۵ و ۳۹۶؛ ابن الشهید الثانی، معالم الدین، ج ۲، ص ۹۵؛ سید محمد عاملی، نهاية المرام، ج ۱، ص ۴۶۴؛ حائری، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۴۵.

۵. کلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

این حکم باشد؛ چون ملاک سلب حضانت که تراحم حقوق بود، در دوران رضاع نیز وجود دارد و در نتیجه، روایات احقیقیت مادر در دوران رضاع، مقید به فرض عدم ازدواج خواهند شد؛ نتیجه اینکه، پدر می‌تواند طفل شیرخوار خود را بعد از ازدواج مجدد مادر، از او بگیرد و به مرضعه‌ای دیگر بسپارد.

مانعیت ازدواج، حتی در صورت وفات پدر نیز باقی است و با ازدواج مادر، حق اولویت مادر منتفی است. توضیح آنکه، روایت ابن سنان که مادر را در فرض وفات پدر به عنوان صاحب حق حضانت معرفی می‌کند مربوط به فرض ازدواج نیست؛ چراکه به ازدواج اشاره‌ای نکرده است؛ حال آنکه معمولاً سؤال‌کنندگان اتفاقاتی را که ممکن است در حکم دخالت داشته باشد، در سؤال خود درج می‌کنند. در نتیجه، جواب امام نیز ناظر به فرض عدم ازدواج مجدد مادر است. علاوه بر این، با توجه به تناسب حکم و موضوع و تراحم بین شوهرداری و حضانت، این حق، حتی در صورت فوت پدر نیز مشروط به عدم ازدواج مادر است و روایات، حتی در صورت وجود اطلاق، از فرض ازدواج منصرف‌اند.

بنابر این گرچه بسیاری از فقها معتقدند در فرض فوت پدر، حق حضانت مطلقاً به مادر می‌رسد؛ ولی این اطلاق دلیلی ندارد و با ازدواج مادر، حکم صورت وفات ابوبین جاری است. نکته دیگری که اکثر فقها با نگاه عرفی به مسأله، بدان تصریح کرده‌اند، بازگشت حق حضانت به مادر بعد از مفارقت بائن از همسر دوم است.<sup>۲</sup> هنگامی که زوجیت را مانع حضانت معرفی می‌کنیم، عرف، این مطلب را به صورت قضیه حینیه می‌یابد؛ به این معنا که سلب حق حضانت، تا زمانی است که زوجیت وجود دارد؛ در نتیجه تا وقتی که علقه زوجیت باقی است، حق حضانت منتفی است؛ ولی بعد از مفارقت، بدون اینکه نوبت به استصحاب عدم حضانت

۱. علامه حلی، إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۴۰؛ همو، تلخیص المرام، ص ۲۱۵؛ فاضل مقداد، التقیح، ج ۳، ص ۲۷۵؛ ابن‌الشهید الثانی، معالم الدین، ج ۲، ص ۹۶؛ شهیدثانی، مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۲۷؛ همو، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۴۶۳؛ سیدمحمد عاملی، نهاية المرام، ج ۱، ص ۴۷۰؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۳۷۲؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۵۲.  
۲. طوسی، المیسوط، ج ۶، ص ۴۱؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۳۰۹؛ سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲، ص ۲۹۵؛ ابن‌الشهید الثانی، معالم الدین، ج ۲، ص ۹۵؛ ابن‌برّاج، المهدب، ج ۳، ص ۴۲۹؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۹۳؛ علاوه بر این، شهید ثانی این نظر را نظر اکثر فقها می‌داند (شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۳۷).

برسد، حق حضانت باز می‌گردد. البته این حکم از طلاق رجعی انصراف دارد؛ چرا که در فرض طلاق رجعی، زن هم‌چنان در خانه شوهر است، گویا که زوجیت باقی است. شایان توجه است که اقتضای اطلاق روایات داود رقی، منقری و روایت عامی و کلمات فقها آن است که حتی در فرض ازدواج زن با شوهر سابقش که پدر طفل است، حق حضانت ساقط شود. البته برخی فقها ازدواج زن با شوهر سابق را مانع ادامه حق حضانت مادر نمی‌دانند<sup>۱</sup>؛ اما شهید ثانی به استناد همین اطلاق روایات و کلمات فقها، احتمال سقوط داده است.<sup>۲</sup>

این دیدگاه در بازه دو سالگی تا هفت سالگی با دیدگاه برگزیده که در فرض عدم جدایی، پدر را صاحب حق حضانت می‌داند، هماهنگ است؛ چرا که طبق این دیدگاه، زمانی که زن در حباله پدر فرزند است، حق حضانت فرزند آن‌ها از آن پدر است و حق حضانت مادر، تنها در فرض جدایی آن‌ها قابل طرح است؛ اما در دوران شیرخوارگی طبق دیدگاه برگزیده، در صورت طلاق و ازدواج مجدد با شوهر سابق، حق حضانت مادر باقی است.<sup>۳</sup>

### امکان واگذاری حق حضانت

در مورد حق حضانت، دو احتمال وجود دارد؛ احتمال اول اینکه حق حضانت از حقوق الزامی باشد و والدین ملزم به اعمال آن باشند؛ و احتمال دوم اینکه این حق، تنها اولویت آن‌ها را به دنبال آورد و در عین حال، بتوانند عهده‌دار آن نشوند.

ما اجتهاد  
پژوهش‌های فقهی

حق حضانت فرزند، از شهبه خوارگی تا رشد

۱. شیخ مفید، المقنعة، ص ۵۳۱؛ سلار، المراسم، ص ۱۶۴؛ ابن سعید حلّی، الجامع للشرائع، صص ۴۶۰ - ۴۵۹؛ علامه حلّی، تحریر الأحكام، ج ۴، ص ۱۲.
۲. شهید ثانی، مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۲۶.
۳. توضیح بیشتر: ظاهر روایت منقری: «الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مَا لَمْ تَنْزَوْجِ» این است که ازدواج، مانع حضانت مادر است؛ لذا حتی در دوران شیرخوارگی نیز با ازدواج مجدد مادر با دیگری، حق حضانت او منتفی می‌شود؛ اما در فرضی که مادر با همسر سابق خود ازدواج کند، بین تقریب شهید ثانی و استاد، فارقی در نتیجه حاصل می‌شود؛ زیرا طبق نظر شهید ثانی حکم حضانت، بر حدوث بینونت بار شده است و ازدواج مانع این حکم است و لذا با فرض اطلاق «ما لم تنزوج»، در فرض ازدواج با شوهر سابق نیز حدوث بینونت به عنوان مقتضی و هم‌چنین ازدواج به عنوان مانع وجود دارد و به مقتضای صنعت، حضانت برای پدر خواهد بود؛ در حالی که در نظر معظم له، ازدواج غایت قضیه حنیبه است، یعنی گفته شده است: «ای کسی که از زوج سابق خود بان هستی، حضانت برای توست، مادامی که ازدواج نکنی»؛ در این صورت با ازدواج با شوهر سابق، موضوع منتفی می‌شود و این زن، دیگر مخاطب به این خطاب نخواهد بود و در نتیجه، مانعی برای حضانت وی وجود ندارد. [مقرر]

شهید ثانی<sup>۱</sup> و به تبع او صاحب ریاض و میرزای قمی<sup>۲</sup> به عدم وجوب حضانت بر صاحبان حق متمایل شده‌اند. از ظاهر روایات نیز الزامی نبودن حق حضانت برداشت می‌شود؛ صحیح ایوب بن نوح، طبق نقل فقیه، با تعبیر «إِلَّا أَنْ تَشَاءَ الْمَرْأَةُ»<sup>۳</sup> به مادر این اختیار را داده است که حضانت را قبول نکند؛ در گزارش سرائر نیز آمده است: «إِذَا صَارَ لَهُ سَبْعُ سِنِينَ فَإِنْ أَخَذَهُ فَلَهُ وَ إِنْ تَرَكَهُ فَلَهُ»<sup>۴</sup> که از آن عدم الزام فهمیده می‌شود. مطابق گزارش صحیح داود بن حصین<sup>۵</sup> مادر می‌تواند اجرتی بیش از دیگران مطالبه کند و در این صورت، پدر حق دارد طفل را از او بگیرد. اگر حق حضانت الزامی بود، باید درخواست اجرت بیشتر را خلاف شرع معرفی و مادر را به پذیرش قیمتی که دیگران قبول می‌کنند، موظف نماید؛ چه آنکه در غیر این صورت با وظیفه الزامی مخالفت کرده است.

اساساً اینکه حق حضانت، الزامی باشد نیاز به دلیل دارد و الزامی نبودن آن مطابق قاعده است. اینکه والدین نسبت به حضانت احق بر دیگران هستند به این معناست که کسی نمی‌تواند با آن‌ها تراحم کند؛ اما دلیلی وجود ندارد که اگر پدر و مادر حضانت را انجام ندادند، خلاف شرع کرده باشند.

بله، ممکن است ولایت پدر و یا لزوم پرداخت نفقه به فرزند توسط پدر و مادر، مانع این شود که ایشان نسبت به امور فرزند خود به کلی اهمال ورزند و در فرضی که فرزند رها شده است وظیفه‌ای نداشته باشند؛ اما این مسأله، ارتباطی به حضانت ندارد و باید در جای خود تبیین شود. در هر صورت، مسأله حفظ جان فرزند و امثال آن، به صورت واجب کفایی بر همه مسلمانان واجب است.

۱. شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۴۶۴.

۲. حائری، ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۴۵؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۳۵۵.

۳. صدوق، الفقیه، ج ۳، ص ۴۳۵.

۴. ابن ادریس، السرائر، ج ۳، ص ۵۸۱.

۵. «روى محمد بن يعقوب عن أبي علي الأشعري عن الحسن بن علي عن العباس بن عامر عن داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ قَالَ مَا دَامَ الْوَلَدُ فِي الرَّضَا فَهُوَ بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ بِالسَّوِيَّةِ فَإِذَا فَطِمَ فَأَلْبَبَ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْأُمِّ فَإِذَا مَاتَ الْأَبُ فَأَلَامُ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْعَصْبَةِ - وَإِنْ وَجَدَ الْأَبُ مَنْ يُرْضِعُهُ بِأَرْبَعَةِ دَرَاهِمٍ وَقَالَتِ الْأُمُّ لَا أُرْضِعُهُ إِلَّا بِخَمْسَةِ دَرَاهِمٍ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهَا إِلَّا أَنْ رَأَى ذَلِكَ خَيْرًا لَهُ وَأَرْفَقَ بِهِ بِتَرْكِهِ مَعَ أُمَّهِ.» كلینی، الکافی، ج ۶، ص ۴۵.

## جمع بندی و نتیجه گیری

بنابر آنچه گذشت، پدر و مادر کودک، نسبت به حضانت او، بر دیگران حق اولویت دارند. حق حضانت تا دو سالگی از آن مادر است و بعد از آن، تا هفت سالگی، تا زمانی که زن در حباله شوهرش است، از آن شوهر است؛ اما در صورت طلاق، حق حضانت تا هفت سالگی از آن مادر بوده و بعد از آن، تا زمان رشیدشدن کودک، پدر صاحب حق حضانت خواهد بود که در این تفصیل، پسر یا دختر بودن کودک، تأثیری ندارد.

در فرض وفات پدر یا عدم صلاحیت او، اولویت حضانت با مادر و در فرض وفات مادر یا عدم صلاحیت او، اولویت حضانت با پدر است. در صورتی که پدر و مادر هر دو وفات یابند یا هیچ کدام صلاحیت حضانت نداشته باشند، کسی نسبت به حضانت کودک حق اولویت ندارد و بر عهده حاکم یا عدول مؤمنان است که حضانت را بر عهده بگیرند و یا متولی آن را تعیین نمایند.

علاوه بر حریت، عقل، وثاقت و اسلام به عنوان شرایط عام حضانت، اولویت مادر برای حضانت در صورتی پابرجاست که ازدواج مجدد نکند و برای حضانت، اجرتی بیش از دیگران مطالبه نکند.

حق حضانت، یکی از حقوق غیر الزامی است و پدر و مادر می توانند آن را ترک کنند.

## منابع و مأخذ

\* قرآن کریم

۱. ابن ادریس حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۰ق.
۲. ابن براج، قاضی عبدالعزیز، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۳. ابن زهره، حمزة بن علی، غنیه النزوع إلى علمی الأصول والفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
۴. ابن طی فقحانی، علی، الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات و الإیقات و العقود، قم: مکتبه امام العصر علیه السلام العلمیة ۱۴۱۸ق.
۵. احسانی، ابن ابی جمهور، عوالی اللثالی العزیزة فی الأحادیث الدینیة، قم: دار سید الشهداء علیه السلام، ۱۴۰۵ق.
۶. اسکافی، ابن جنید، مجموعه فتاوی ابن جنید، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.

٧. اصفهاني حائري، فاضل هندي، محمد بن حسن، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٦ق.
٨. اعرج حسيني، سيد عميد الدين، كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٦ق.
٩. بحراني، حسين بن محمد، الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع، قم: مجمع البحوث العلمية، [بى تا].
١٠. بحراني، يوسف بن احمد، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٠٥ق.
١١. حائري طباطبائي، سيد علي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، ١٤١٨ق.
١٢. حلبى، تقى الدين، ابوالصلاح، الكافي في الفقه، اصفهان: كتابخانه عمومى امام اميرالمؤمنين عليه السلام، ١٤٠٣ق.
١٣. حلبى، ابن فهد، احمد بن محمد، المقتصر من شرح المختصر، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية، ١٤١٠ق.
١٤. \_\_\_\_\_، المهذب البارع في شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤٠٧ق.
١٥. حلبى، علامه، حسن بن يوسف، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٠ق.
١٦. \_\_\_\_\_، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، تهران: نشر وزارت فرهنگ اسلامي، ١٤١١ق.
١٧. \_\_\_\_\_، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، قم، ١٤٢٠ق.
١٨. \_\_\_\_\_، تذكرة الفقهاء (ط. القديمة)، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام، ١٤١٤ق.
١٩. \_\_\_\_\_، تلخيص المرام في معرفة الأحكام، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي، ١٤٢١ق.
٢٠. \_\_\_\_\_، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٣ق.
٢١. \_\_\_\_\_، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٣ق.
٢٢. حلبى، فخر المحققين، محمد بن حسن، إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، قم: مؤسسة اسماعيليان، ١٣٨٧ق.
٢٣. حلبى، محقق حلبى، جعفر بن حسن، النهاية و نكتها، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٢ق.
٢٤. \_\_\_\_\_، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسة اسماعيليان، ١٤٠٨ق.
٢٥. حلبى، يحيى بن سعيد، الجامع للشرائع، قم: مؤسسة سيد الشهداء عليه السلام، ١٤٠٥ق.



٢٦. خويي، سيدابوالقاسم، مصباح الأصول، قم: منشورات مكتبة الداوري، ١٤٢٢ق.
٢٧. دارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤ق.
٢٨. ديلمى، سلاّرين عبدالعزيز، المراسم العلوية و الأحكام النبوية في الفقه الإمامي، قم: منشورات الحرمين، ١٤٠٤ق.
٢٩. راوندى، سعيد بن عبد الله، فقه القرآن، قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى، ١٤٠٥ق.
٣٠. سبزواري، محمّد باقر، كفاية الأحكام، قم: مؤسّسة النشر الإسلامي، ١٤٢٣ق.
٣١. سيوري، مقداد بن عبد الله، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى، ١٤٠٤ق.
٣٢. سيوري، مقداد بن عبد الله، نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية، قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى، ١٤٠٣ق.
٣٣. شريعت اصفهاني، شيخ الشريعة، فتح الله، إفاضة القدير في أحكام العصير، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٠ق.
٣٤. صاحب، اسماعيل بن عبّاد، المحيط في اللغة، بيروت: عالم الكتاب، ١٤١٤ق.
٣٥. صدوق، محمّد بن علي، كتاب من لا يحضره الفقيه، قم: مؤسّسة النشر الإسلامي، ١٤١٣ق.
٣٦. صيمري، مفلح بن حسن، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، بيروت: دار الهادي، ١٤٢٠ق.
٣٧. طوسي، محمّد بن حسن، الأمالي، قم: دار الثقافة، ١٤١٤ق.
٣٨. \_\_\_\_\_، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، تهران: دار الكتب الإسلامية، ١٣٩٠ق.
٣٩. \_\_\_\_\_، الخلاف، قم: مؤسّسة النشر الإسلامي، ١٤٠٧ق.
٤٠. \_\_\_\_\_، المبسوط في فقه الإمامية، تهران: منشورات المكتبة المرتضوية، ١٣٨٧ق.
٤١. \_\_\_\_\_، النهاية في مجرّد الفقه و الفتاوى، بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٠ق.
٤٢. \_\_\_\_\_، تهذيب الأحكام في شرح المقنعة، تهران: دار الكتب الإسلامية، ١٤٠٧ق.
٤٣. \_\_\_\_\_، رجال الطوسي، قم: مؤسّسة النشر الإسلامي، ١٣٧٣.
٤٤. طوسي، محمّد بن علي، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى، ١٤٠٨ق.
٤٥. عاملي، حسن بن زين الدين، ابن شهيد ثاني، معالم الدين و ملاذ المجتهدين (قسم الفقه)، قم: مؤسّسة الفقه للطباعة و النشر، ١٤١٨ق.
٤٦. عاملي، شهيد اول، محمّد ابن مكي، اللعة الدمشقية في فقه الإمامية، بيروت: دار التراث - الدار الإسلامية، ١٤١٠ق.
٤٧. \_\_\_\_\_، القواعد و الفوائد، قم: مكتبة مفيد، [بى تا].

٤٨. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: منشورات مكتبة الداوری، ١٤١٠ق.
٤٩. \_\_\_\_\_، حاشیة الإرشاد، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤١٤ق.
٥٠. \_\_\_\_\_، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ١٤١٣ق.
٥١. فیض كاشانی، محمد محسن، الوافی، اصفهان: كتابخانه امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام، ١٤٠٦ق.
٥٢. \_\_\_\_\_، مفاتیح الشرائع، قم: انتشارات كتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، [بی تا].
٥٣. قیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير، قم: مؤسسه دار الهجرة، [بی تا].
٥٤. قمی سبزواری، علی بن محمد، جامع الخلاف و الوفاق بین الإمامیة و بین أئمة الحجاز و العراق، قم: زمینه سازان ظهور امام عصر علیه السلام، ١٤٢١ق.
٥٥. قمی، میرزای قمی، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: مؤسسه کیهان، ١٤١٣ق.
٥٦. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ١٤١٤ق.
٥٧. کلینی، محمد بن یعقوب، الكافي، تهران: دار الكتب الإسلامیة، ١٤٠٧ق.
٥٨. کیدری، محمد بن حسین، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ١٤١٦ق.
٥٩. مجلسی، محمد باقر، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، تهران: دار الكتب الإسلامیة، ١٤٠٤ق.
٦٠. مفید، محمد بن محمد بن نعمان، أحكام النساء، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ١٤١٣ق.
٦١. \_\_\_\_\_، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ١٤١٣ق.
٦٢. موسوی عاملی، سید محمد بن علی، نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ١٤١١ق.
٦٣. نجاشی، احمد بن علی، فهرست أسماء مصنفی الشيعة (رجال النجاشی)؛ قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ١٤٠٧ق.
٦٤. نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ١٤٠٤ق.
٦٥. نراقی، احمد، مستند الشيعة فی أحكام الشريعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ١٤١٥ق.
٦٦. یوسفی، فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، كشف الرموز فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ١٤١٧ق.
٦٧. یزدی طباطبائی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی (محشی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، قم ١٤١٩ق.