

## بررسی حکم حضانت کودک از دیدگاه فقه شیعه

حجت‌الاسلام والمسلمین علی محامد

دانشیار دانشگاه قم

### چکیده

حضانت اطفال موضوع مهمی است که از دیرزمان مورد بحث و بررسی فقیهان و حقوق‌دانان بوده است. در این مقاله به اثبات رسیده است که حضانت نوعی از ولایت است که شارع متعال برای پدر و مادر در طول یکدیگر قرارداد است و «حق» نیست که قابل اسقاط باشد، بلکه یک «تکلیف» است و آنان نمی‌توانند از خود سلب مسئولیت نمایند. اگرچه شیردادن حق است و مادر می‌تواند آن را اسقاط نماید، ولی قانونگذار مواردی را برای سقوط حضانت پیش‌بینی کرده است؛ و نیز با بیان مطالب مربوطه دیگر، به اثبات رسیده است که حضانت اولاد نامشروع بر عهده پدر و مادر طبیعی اوست نه آحاد جامعه و یا دولت اسلامی؛ فقط بین آنها توارث وجود ندارد و در سایر احکام مانند اولاد قانونی است.

کلیدواژه‌ها: حضانت، ولایت اطفال، اولاد نامشروع، مسئولیت.

## مقدمه

بدون تردید مسئله بسیار مهم ازدواج در اسلام که دارای آثار بسیار اجتماعی، مانند: ایجاد نظم و نظام مند شدن زندگی اجتماعی و استمرار بخشیدن و باقی ماندن نسل انسان است، برای همیشه دارای حکمت‌ها و آثار و برکات زیادی همچون: انس و الفت و اتحاد و دوستی بین انسان‌ها خواهد بود؛ از این رو خدای متعال در سوره مبارکه «نور» به مؤمنان دستور داده است مردان و زنان را به ازدواج یکدیگر درآورند (نور: ۳۲).

علاوه بر این، به محض تحقق ازدواج و تشکیل خانواده، آثار، احکام و حقوق فراوانی در روابط بین زن و مرد از یک سو - که خود دارای احکام حقوقی خاصی است - و رابطه پدر و مادر و فرزندان از سوی دیگر به وجود می‌آید که ضرورت دارد به آنها توجه شود. این آثار در بسیاری از بحث‌های حقوقی به طور پراکنده مطرح شده است که می‌توان آنها را به دو گروه مادی و معنوی تقسیم کرد؛ این آثار در فقه، در کتاب نکاح مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. در بحث روابط پدر و مادر و فرزندان، نیز آثار حقوقی فراوانی وجود دارد؛ مانند: نام خانوادگی پدر بر فرزند و نامگذاری فرزندان، تربیت و نگاهداری آنها؛ و از لحاظ مالی نیز پدر و مادر و فرزندان، مکلف شده‌اند درباره یکدیگر انفاق کنند؛ و یا مسئله توارث بین پدر و مادر و فرزندان که در کتاب ارث از آن بحث می‌شود. سایر آثار اخلاقی و حقوقی این بحث را می‌توان در چند مبحث عمده در فقه و حقوق اسلامی، مورد مطالعه قرار داد: ۱. حضانت، نگهداری و تربیت اولاد؛ ۲. ولایت قهری پدر و مادر بر فرزند؛ ۳. الزام به انفاق؛ ۴. وصایت و قیمومت بعد از فوت پدر و مادر. این مقاله در صدد است به طور اختصار مسئله حضانت پدر و مادر را از دیدگاه فقیهان و حقوق‌دانان مورد بررسی قرار دهد. سایر مباحث در مقالات آینده بررسی و پیگیری خواهد شد.

## حضانت

در بحث حضانت - که بحث اصلی مقاله است - مباحثی وجود دارد که در ادامه به آنها می‌پردازیم:

۱. تعریف حضانت و اینکه آیا حضانت، تکلیف است که ناشی از ولایت است، یا حق است و یا آنکه احتمال دیگری وجود دارد.
۲. چه کسانی عهده‌دار حضانت کودک می‌باشند؟
۳. شرایط کسانی که عهده‌دار حضانت می‌باشند، چیست؟
۴. حضانت فرزندان نامشروع با چه کسی است؟
۵. آیا مسئولیتی از حضانت در برابر کودک و یا دیگران ناشی می‌شود یا خیر؟

### ۱. تعریف حضانت

آنگونه که از کتب لغت استفاده می‌شود، ریشه «حضانت» در «حُضْنُ الطَّائِرِ بِيضِهِ، أَي ضَمُّهُ تَحْتَ جَنَاحِيهِ» است؛ یعنی پرنده از تخم خود نگهداری کرد؛ یعنی آن را زیر بال‌هایش قرار داد. فیومی مصری در المصباح المنیر بعد از بیان این معنا می‌گوید: «و الحضانة بالفتح و الكسر اسم منه» (فیومی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۷۲)؛ مراد این است که حضانت با فتحه مصدر است، ولی حضانت به کسره، اسم مصدر است و در حقیقت هر دو لفظ صحیح است و در اصطلاح فقها، آن طور که شهید ثانی رحمته الله فرموده‌اند، حضانت با فتحه صحیح است و آن عبارت است از: ولایت و اقتداری که از جانب شارع متعال، بر کودک و مجنون تشریح شده است؛ به منظور تربیت و نگهداری آنها و هر چیز دیگری که در رابطه با تربیت و نگهداری باشد؛ مانند گذاشتن کودک در تختخواب مخصوص او و برداشتن آن، سرمه کشیدن، روغن مالیدن به بدن او، شستشوی کهنه و لباسش و یا نظیف کردن او؛ و این

حضانت برای زنان سزاوارتر است تا مردان؛ به علت مهربانی زیاد زنان نسبت به فرزندان و به علت آنکه اصل خلقت زنان برای این امور آماده‌تر است تا مردان (شهید ثانی، ۱۴۱۵ ق، ج ۸، ص ۴۲۱).

از این کلام و کلام بسیاری از فقهای دیگر مانند علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام و فخرالمحققین در شرح آن استفاده می‌شود (فخرالمحققین، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۲۶۳) که حضانت، ولایت بر کودک است نه حق، چنان‌که گروه دیگری از فقیهان گفته‌اند و ثمره بین این دو قول این است که اگر ولایت باشد، همانند سایر اقسام ولایت چون ولایت پدر بر فرزند و یا ولایت حاکم شرع، قابل اسقاط نیست؛ اگرچه مادر غیر از مسئله حضانت در هیچ موردی بر فرزند ولایت ندارد؛ ولی شارع متعال برای مصلحت، حفظ و تربیت کودک، ولایت بر حضانت را برای مادران به مدت معینی جعل کرده است که این مدت برای کودکان پسر دو سال و دختران هفت سال می‌باشد و قانون مدنی هم تا قبل از اصلاحات سال ۱۳۸۲ از همین نظریه پیروی کرده است، اما در اصلاحیه سال ۱۳۸۲ مدت حضانت در پسر و دختر هفت سال آمده است؛ چنان‌که در بحث‌های بعدی به آن اشاره خواهیم کرد.

همچنین اگر حضانت، صرف حقی نباشد، بلکه یک نوع اقتدار و ولایت خاصی باشد، برای نگهداری کودک حق مزد گرفتن هم ندارند؛ ولی بر اساس قول صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۹۴ ق، ج ۳۱، ص ۲۸۴) و صاحب ریاض المسائل (طباطبایی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲، ص ۱۶۲) که حضانت را صرف حق می‌دانند، پدر و مادر می‌توانند آن را از خود سلب کنند و آن را اسقاط نمایند؛ همانگونه که می‌توانند سایر حقوق مانند حق تحجیر را اسقاط کنند و نیز می‌توانند در مقابل اجرای حضانت، اجرت بگیرند؛ همان‌طوری که در مقابل شیردادن، مادر می‌تواند از شوهرش اجرت بگیرد.

### حضانت از دیدگاه قانون مدنی

همان طوری که از ظاهر «ماده ۱۱۷۲» قانون مدنی استفاده می‌شود، این ماده نیز از همین نظریه بالا پیروی کرده است. در آن ماده آمده است: «هیچ یک از پدر و مادر حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست، از نگهداری امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای قیّم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدّعی‌العموم نگهداری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده اوست، الزام کند و در صورتی که الزام مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند».

از آنجا که این ماده اشعار می‌دارد که پدر و مادر حق امتناع از نگهداری طفل را ندارند و در صورت امتناع، حاکم شرع باید آنان را بر حضانت الزام کند، به طور روشن استفاده می‌شود که حضانت و نگهداری و تربیت کودک قابل اسقاط نیست؛ زیرا اگر حضانت صرف، حقی از حقوق بود هم قابل اسقاط بود و هم صاحب حق می‌توانست از پذیرش آن امتناع کند و نیز بر اساس این نظریه، پدر و مادر حق گرفتن اجرت را نیز ندارند، بلکه بر آنان واجب است بدون دریافت هر نوع اجرتی این وظیفه و تکلیف الهی را به نحو احسن انجام دهند؛ اگر چه در مورد مادر، در رابطه با شیر دادن، فقها و حقوق‌دانان اتفاق نظر دارند که مادر مجبور نیست فرزند را شیر دهد؛ چون شیر دادن مادر امری مستحب است نه واجب؛ مگر اینکه مرضه‌ای به جز مادر وجود نداشته باشد و یا وجود داشته باشد، ولی به فقدان پدر و یا فقر و نبودن مالی برای کودک، نتوان رضاع را به زن دیگر واگذار کرد. قانون مدنی هم همین نظر را پذیرفته است (همان، ص ۲۴۳). در ماده «۱۱۷۶ ق م» آمده است: مادر مجبور نیست طفل خود را شیر دهد مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد (امام خمینی رحمته‌الله، ۱۴۰۸، ج ۲،

ص ۳۱۲). وجه این نظریه این است که حضانت، نگهداری و تربیت کودک و شیردادن او دو موضوع است و هر کدام دارای علت و فلسفه جداگانه‌ای است و ارتباطی با هم ندارند؛ همان طوری که دارای احکام جداگانه‌ای هستند. اگرچه غالباً رضاع و شیر دادن با حضانت هماهنگ است، اما دو موضوع است: شیردادن از نوع حقوق است که از آن به «حق الرضاعه» در اصطلاح فقه و حقوق تعبیر می‌کنند؛ و در اینکه رضاع حق است، فقیهان و حقوق‌دانان اتفاق نظر دارند؛ بر خلاف موضوع حضانت که دیدگاه فقیهان و حقوق‌دانان با هم هماهنگ نیست: گروهی از فقها و حقوق‌دانان آن را حق می‌دانند و گروهی دیگر - چنان‌که خواهد آمد - آن را ولایت می‌دانند؛ اما نکته‌ای که لازم است به آن اشاره کنیم، این است که حضانت هیچ رابطه‌ای با ولایت بر ازدواج کودک و یا بر مال او ندارد، بلکه این ولایت مربوط به پدر است و مادر ولایت ندارد، اما ولایت بر حضانت کودک عبارت است از مراعات حال او کردن برای حفظ و نگهداری کودک در مدتی که نیاز به مادر دارد. در اینجاست که پدر و مادر در طول یکدیگر بر فرزندشان ولایت دارند (مغنیه، ۱۴۰۴ ق، بار حضانت).

### حضانت ولایت است یا حق؟

گروهی از فقیهان مانند صاحب جواهر رحمته الله و صاحب ریاض معتقدند: حضانت ولایت نیست، بلکه از حقوق است. دلیل آنان این است که در بعضی از روایات مانند روایت صحیح ایوب بن نوح حضانت معلق شده بر اراده و مشیت پدر و مادر؛ توضیح آنکه: چون حضانت معلق شده بر خواست پدر و مادر، پس می‌توانند از خود سلب نمایند و به آن اقدام نکنند و نیز در بعضی از روایات از آن به احقیق تعبیر شده است؛ همانگونه که همین تعبیر در کلمات فقیهان نیز آمده است (نجفی، ۱۳۹۴ ق، ج ۳۱، ص ۲۸۴).

### نظریه برگزیده

با این همه، حق در مسئله همان قول شهید ثانی و علامه در کتاب قواعد است که به آن اشاره شد و در ردّ استدلال صاحب جواهر<sup>۱</sup> که در این روایت آمده است: «ایوب بن نوح قال کتب الیه بعض اصحابه کانت لی امرأة ولی منها ولد و خلیت سیبیلها فکتب<sup>۲</sup> المرأة احق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین الا ان تشاء المرأة» (شیخ صدوق، ۱۳۹۰ ق، ج ۲، ص ۱۴۰). ایوب بن نوح، راوی حدیث می‌گوید: یکی از اصحاب امام کاظم ظاهراً نامه‌ای به آن حضرت نوشته است و در آن نامه گفته بود: من زنی داشتم و از آن زن فرزندی داشتم و آن زن را طلاق دادم. امام<sup>۳</sup> در جواب نوشته بودند: زن سزاوارتر است به فرزند تا سنّ هفت سالگی مگر اینکه زن بخواهد. پاسخ می‌دهیم: محتمل است این روایت مربوط به زنی باشد که مطلقه شده است، ولی فرزندش را شیر می‌دهد؛ به همان مقداری که مرضعه دیگری اجرت می‌گیرد، اگر بخواهد بچه را حضانت کند، منعی ندارد و شاهد این احتمال، این است که در روایت حفص بن غیاث نیز جمله «الا ان تشاء المرأة» آمده است و در موردی است که فرزند دختر است و زنی که مطلقه شده است، در صورتی که با مرد دیگری ازدواج کرده باشد شرط حضانت را ندارد؛ پس این تعلیق با ولایت بودن حضانت چه منافاتی دارد؟ در روایت مورد بحث نیز همین احتمال وجود دارد.

افزون بر این، معنای جمله «الا ان تشاء المرأة» که در روایت آمده است، از نظر معنا روشن نیست؛ مگر اینکه زن بخواهد و یا اینکه نخواهد؛ یعنی مراد از مشیت عهده‌داری حضانت است و یا عدم عهده‌داری آن است و می‌توان گفت: این جمله مجمل است و قابل استدلال نیست.

اما اینکه در روایت در مورد حضانت، تعبیر به احقیّت شده است، می‌توان

گفت: مراد این است که ولایت پدر و مادر در مورد حضانت در طول یکدیگرند؛ چون در درجه اول، در دوران شیرخوارگی که دو سال است ولایت بر حضانت برای مادر است و بعد از دو سال، در صورتی که فرزند پسر باشد از آن پدر می‌باشد و در مورد دختر، اول تا هفت سالگی برای مادر جعل ولایت شده است و بعد از آن، ولایت برای پدر می‌باشد؛ بنابراین اگر ولایت پدر و مادر طولی باشد، منافاتی با ولایت بودن حضانت ندارد و تعبیر احقیت در روایت، دلیل بر حق بودن حضانت نمی‌شود.

در حقیقت، حضانت هم حق است و هم تکلیف؛ همان طوری که قانون مدنی در «ماده ۱۱۶۸» می‌گوید: نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است، و نیز می‌توان گفت: تعبیر «المرأه احق بالولد» برای برطرف کردن نزاع احتمالی است.

اگرچه ولایت حضانت با پدر و مادر است، ولی قانون برای اینکه بین آنان بر سر انتخاب روش لازم برای نگهداری و تربیت کودک اختلاف رخ ندهد، چاره‌ای اندیشیده است که به سبب آشنا بودن به طرز نگهداری، مادر را بر پدر مقدم داشته است. هر عملی که مادر برای نگهداری طفل لازم بداند، انجام خواهد داد و پدر نمی‌تواند او را منع و یا روش دیگری بر او تحمیل نماید؛ زیرا تجانس روحی و اخلاقی مادر و آشنایی با طرز نگهداری و تربیت کودک در سنین مزبور، بیش از پدر است (امامی، ۱۳۶۶، ج ۵، ص ۱۹۱).

بنابراین، نه تنها اشکالی نیست که حضانت، ولایت باشد، بلکه مصلحت خود کودک نیز اقتضا می‌کند که تنها، صرف حقی نباشد که قابل اسقاط باشد، بلکه یک نوع تکلیف لازم‌الاجرای باشد که نشأت گرفته از ولایت و اقتداری باشد که شارع متعال به مصلحت طفل تشریح کرده است و برای مصالح فردی و اجتماعی



جامعه، قابل اسقاط نباشد و نیز نتوانند از عمل به آن استنکاف نمایند؛ چنان‌که اعتبار عقلی و عقلایی و اجتماعی هم این مطلب را تأیید می‌کند، چون اگر پدر و مادر بتوانند از این وظیفه استنکاف کنند، موجب هرج و مرج و آسیب‌های اجتماعی و موجب ضایع شدن کودک خواهد شد.

### تعریف طفل

حقوق‌دانان طفل و صغیر را مرادف با یکدیگر می‌دانند. شارح قانون مدنی دکتر سیدحسن امامی در این باره می‌گوید: «چنان‌که از مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۸ قانون مدنی معلوم می‌شود، قانون مدنی طفل را مرادف با صغیر استعمال نموده است؛ صغیر کسی است که به سنّ قانونی رشد نرسیده باشد» (همان، ص ۱۸۷).

چنان‌که از تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ ق م استفاده می‌شود، دوران صغر در دختر و پسر از زمان تولد شروع می‌شود؛ این سن در پسر تا پانزده سال قمری و در دختر تا نه سال تمام قمری است. این ماده از قانون، مطابق با فتوای مشهور فقهای امامیه است، ولی در صورتی که فرزند بعد از بلوغ سنی، رشید نباشد، در حکم صغیر است و از تحت قیمومت خارج نشده است.

از آنجایی که صغیر و هر کسی که غیر رشید است، دارای قوای جسمانی و دماغی ضعیف می‌باشد و نمی‌تواند به تنهایی و مستقلاً زندگی کند و منافع خود را در جامعه حفظ نماید، محتاج به حمایت و پرستاری است؛ از این جهت پدر و مادر دارای ولایت شرعیه هستند که او را حمایت کنند؛ گفتنی است غیر رشید، غیر از طفل است؛ چون غیر رشیدی که بالغ شده باشد ولی عدم رشد او متصل به صغر باشد، تنها پدر و یا جد پدری بر او ولایت دارند؛ ولی روشن است که مرحوم دکتر امامی نمی‌خواهد بگوید غیر رشید مرادف با صغیر است، بلکه مقصود ایشان اشاره به فلسفه و حکمت تشریح مسئله ولایت بر حضانت است (امامی، ۱۳۶۶، ج ۵، ص ۱۸۷).

## ۲. محدودهٔ حضانت پدر و مادر

آنگونه که فقیهان بزرگی مانند محقق حلی و علامه حلی و فخرالمحققین و دیگران به آن تصریح کرده‌اند، مادر به فرزندش در مدت شیردادن که دو سال است سزاوارتر است؛ چه پسر باشد و چه دختر، و زمانی که او را از شیر گرفت، پدر از مادر در صورتی که فرزند پسر باشد سزاوارتر است و نیز مادر به نگهداری و تربیت دختر تا مدت هفت سال سزاوارتر است؛ بعضی از فقها گفته‌اند تا مدت نه سال و بعضی دیگر گفته‌اند مادامی که دختر ازدواج نکرده، حضانت او بر عهدهٔ مادر است، ولی قول اول از همه اقوال اظهر است (محقق حلی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۹۵ / فخرالمحققین، ۱۳۶۳، ص ۲۶۳).

عبارات بسیاری از فقیهان دیگر هم، مشابه عبارت محقق است؛ مانند جامع عباسی شیخ بهاءالدین عاملی (فصل پنجم، ص ۳۰۵)، وسیلة النجاة آیت‌الله سید ابوالحسن اصفهانی (ج ۳، ص ۲۲۳)، تحریرالوسیله امام خمینی رحمته الله علیه (ج ۲، ص ۳۱۲) و منهاج الصالحین آیت‌الله خوئی (ج ۲، ص ۲۸۵).

قانون مدنی هم با پیروی از فقها در «ماده ۱۱۶۹» قبل از اصلاحات سال ۱۳۸۲ می‌گوید: برای نگهداری طفل، مادر دو سال از تاریخ ولادت اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم، حضانت آنها با مادر خواهد بود (اشرفی و حجتی، ۱۳۷۱، ص ۲۴۲)؛ اما در سال ۱۳۸۲ در این ماده اصلاحاتی انجام شده‌است. ماده ۱۱۶۹ اصلاح شده اشعار می‌دارد: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن [حضانت] با پدر است» (بنکدار، [بی‌تا]، ص ۲۷۸).

تبصره: «بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با

رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد» (همان).

همانگونه که روشن است، طبق این ماده اصلاحی تفاوتی بین پسر و دختر نیست و این ماده اصلاحی مطابق با نظریه مرحوم آقای خوئی در کتاب منهاج الصالحین (موسوی خویی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۲۸۵) و نظریه شیخ طوسی در کتاب خلاف (طوسی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۱۳۱) می‌باشد.

ماده ۱۱۶۹ اصلاحی، عیناً مطابق با نظر صاحب حدائق است که ایشان مقتضای جمع بین روایات قرار داده است و به نظر ایشان اقرب همه طرق جمع است (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۵، ص ۸۰۱-۸۰۶).

آنچه در تبصره این ماده آمده است که در صورت حدوث اختلاف بین پدر و مادر، حضانت کودک با رعایت مصلحت به تشخیص دادگاه است، مطلبی درست و مستند می‌باشد؛ زیرا اگر بعد از گذشت هفت سال نزاعی بین پدر و مادر حادث شود، لازم است مصلحت کودک مد نظر قرار گیرد و با در نظر گرفتن این مطلب که لازم است هر کس عهده‌دار حضانت کودک می‌شود، امین باشد تا مصلحت کودک را رعایت کند، بنابراین آن مقامی که می‌تواند این موضوع را تشخیص دهد و نیز نزاع و خصومت را پایان دهد، دادگاه صالح است که ریاست آن بر عهده حاکم شرع است؛ چون فیصله دادن به نزاع و الزام کردن، از شئون قاضی شرع است و کس دیگر نمی‌تواند این کار را انجام دهد و مراد از قاضی شرع، مجتهد جامع الشرایط است.

تا اینجا روشن شد که بین حقوق دانان و فقیهان امامیه در مدت دو سال، اختلافی وجود ندارد، ولی آنچه مورد اختلاف است اینکه: بعد از انقضای مدت دو سال حق حضانت با کیست؟

چنان‌که از کلام محقق استفاده شد، بعضی از فقیهان می‌گویند بعد از دو سال

مادر به فرزند دختر تا هفت سال احق است؛ و این قول مختار مشهور بین فقها و حقوق‌دانان اسلامی است. بعضی دیگر گفته‌اند: مادر به فرزند دختر مادامی که ازدواج نکرده باشد، احق است. بعضی دیگر نیز گفته‌اند: مادر تا نه سالگی دختر که به حد بلوغ می‌رسد، احق است.

افزون بر این می‌توان گفت: به قول شیخ صدوق رحمته‌الله که می‌گوید تا زمانی که دختر ازدواج نکرده، حضانت آن بر مادر است، دلیلی اقامه نشده است و روایتی در این زمینه وجود ندارد؛ فقط در روایت منقروی آمده است: «قال سئل ابوعبدالله رحمته‌الله عن الرجل يطلق امرأته و بینهما ولد ایهما احق بالولد؟ قال المرأه احق بالولد ما لم تتزوج» (شیخ صدوق، ۱۳۹۰ ق، ج ۱۵، ص ۱۹۱)؛ سؤال شد از امام صادق علیه‌السلام: از مردی که همسرش را طلاق می‌دهد و مابین این زن و مرد فرزندی وجود دارد کدام یک از اینها سزاوارتر است نسبت به فرزند؟ فرمود: (همسر او) تا زمانی که ازدواج نکرده است.

این روایت هم، دلیل مدعای شیخ صدوق نیست؛ چون روایت مربوط به پسر است و در مورد پسر هیچ کس قائل نشده است که تا زمان ازدواج، حضانت او بر مادر است؛ بنابراین روایت، مورد اعراض فقها می‌باشد.

همچنین ابن ادریس شدیداً قول شیخ صدوق را رد کرده است و گفته است: در اینکه پدر نسبت به پسرش در تمام حالات بر دیگران اولویت دارد، خلافی نیست؛ زیرا تنها پدر بر فرزندش ولایت دارد و تنها او قیم به امر اوست و از این عموم به دلیل اجماع، مدت دو سال برای پسر و مدت هفت سال برای دختر خارج شده است و هرکس استبعاد کند، باید دلیل بیاورد.

اما درباره قول شیخ مفید رحمته‌الله که گفته است تا نه سال حضانت بر عهده مادر است، روایتی دیده نشده است؛ شاید روایتی به دست ایشان رسیده بوده است که

به ما نرسیده است؛ چنان که صاحب حدائق احتمال داده است (ج ۲۵، ص ۸۹). بنابراین اقوا از همه اقوال، همان قول مشهور است که در دوران شیرخوارگی کودک حضانت بر عهده مادر است و بعد از دوران شیرخوارگی، حضانت پسر با پدر است؛ نیز در دختر بعد از هفت سالگی بر عهده پدر است، و این مختار شیخ طوسی رحمته الله است (طوسی، ۱۴۲۰ ق، ج ۱، ص ۴۰۹).

### ذکر بعضی روایات

لازم است در اینجا به بعضی از روایات اشاره کنیم تا هم دلیلی بر اصل بحث حقوقی حضانت باشد و هم بر تکلیف و اولویت کسانی که حضانت بر عهده آنهاست؛ ضمن اینکه هم بیان کننده مدت حضانت باشد.

۱. روایتی است که مرحوم کلینی از ابان از فضل بن ابی العباس روایت کرده است: «قال قلت لابی عبدالله عليه السلام الرجل احق بولده ام المرأة؟ قال لا بل الرجل فان قالت لزوجها الذی طلقها انا ارضع ابنی بمثل ما تجد من یرضعه فهی احق به» (حر عاملی، ۱۳۹۱ ق، ج ۱۵، ص ۱۹۱).

راوی می گوید به امام صادق عليه السلام گفتم: آیا مرد به فرزندش سزاوارتر است یا زن؟ امام عليه السلام فرمودند: مرد احق است. راوی گفت: اگر زنی به همسرش که او را طلاق داده است، بگوید من فرزندم را به همان مقداری که تو به مرضعه می دهی، شیر می دهم، آن زن سزاوارتر است.

این روایت مربوط به حضانت است؛ زیرا سؤال راوی از امام عليه السلام مربوط به حضانت است نه فقط شیردادن؛ چون اگر تنها مربوط به شیردادن باشد، جواب امام عليه السلام با سؤال مطابق نمی شود؛ زیرا پدر شیر نمی دهد. با این همه در آخر روایت سؤال دیگری رخ می دهد: اگر بین مرد و زن جدایی افتاد و زن با مرد

دیگری ازدواج کرد، یا ازدواج نکرد، وضعیت چگونه است؛ پاسخ می‌دهد: اگر مادر بگوید من به همان مبلغ شیر می‌دهم، مادر احق است.

روایت فوق اصل مسئله حضانة را ثابت می‌کند، ولی مربوط به جایی است که زن و شوهر از هم جدا شده باشند که در این صورت، مرد به فرزندش احق است؛ اما نسبت به شیردادن، اگر زن مطلقه به همان اندازه مرزعه دیگر اجرت بگیرد، در اینجا از سایرین مقدم است.

۲. روایت دوم، مرسله منقری است که می‌گوید: «سئل ابو عبد الله علیه السلام عن الرجل يطلق امرأته و بینهما ولد ایهما احق به؟ قال: المرأة احق بالولد مالا تتزوج» (صدوق، ۱۳۹۰ ق، ج ۳، ص ۲۷۵): از امام صادق علیه السلام درباره مردی که همسرش را طلاق داده بود و از آن زن، فرزندی داشت سؤال کردم که کدام یک از پدر و مادر برای حضانة فرزندشان سزاوارترند؟ امام فرمودند: مادر مادامی که ازدواج نکرده است، سزاوارتر است.

چنان‌که معلوم است، این روایت نیز مربوط به جایی است که بعد از طلاق، مادر متکفل امر حضانة و شیردادن فرزند بوده است و به اندازه مرزعه بیگانه اجرت می‌گیرد. این احتمال را شیخ طوسی مطرح کرده است؛ همچنین محتمل است که مراد از فرزند، دختر باشد که هنوز او را از شیر نگرفته باشد و یا قبل از هفت سالگی باشد.

۳. حلبی از امام صادق علیه السلام روایت کرده است: «قال الحبلی المطلقة ینفق علیها حتی تضع و هی احق بولدها حتی ترضعه بما تقبله امرأة اخرى ان الله یقول لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده» (حر عاملی، ۱۳۹۱ ق، ج ۱۵، ص ۱۸۱).

امام صادق علیه السلام فرمود: زن آبستنی که او را طلاق داده‌اند، باید خرج او را بدهند تا وضع حمل نماید و مادامی که او را شیر می‌دهد و بیشتر از زنان دیگر اجرت نمی‌گیرد، نسبت به فرزندش سزاوارتر است. خداوند فرموده است: هیچ

مادری نباید به فرزندش زیان برساند. این روایت هم مربوط به جایی است که فرزند دختر باشد. لازم به یادآوری است اگرچه این روایت مربوط به مسئله شیر دادن است، ولی از آنجایی که نوعاً شیر دادن با حضانت هماهنگ است، بعید نیست حضانت دختر را هم بتوان از آن استفاده کرد؛ به علاوه اینکه امام علیه السلام به آیه شریفه «لا تضار والده بولدها و لا مولود له بولده» استدلال کردند که حاصل معنی آن این است که: مادر و پدر نباید به فرزند خود ضرر بزنند؛ بنابراین اگر مادر حضانت نکند، به فرزندش ضرر زده است، اگرچه شیر هم بدهد؛ پس می‌توان گفت روایت، هم مربوط به حضانت است و هم شیردادن.

۴. روایت ایوب بن نوح نیز گذشت که مربوط به جایی بود که فرزند، دختر باشد و گفتیم نسبت به جمله آخر این روایت، مجمل است و در روایت آمده است: «المرأة احق بالولد الی ان يبلغ سبع سنین».

۵. روایت فضیل بن یسار از امام صادق علیه السلام است که فرمودند: هر زنی که آزاد باشد و با عبدی ازدواج کند و فرزندی بیاورد، آن زن نسبت به امور فرزندش از شوهرش سزاوارتر است؛ چون آن فرزند آزاد است؛ ولی اگر آن مرد آزاد شود، از زن به فرزندش سزاوارتر است؛ به سبب جایگاهی که پدر دارد (حر عاملی، ۱۳۹۱ ق، ج ۲۱، ص ۱۷۱).

۶. روایت داوود بن حصین از امام صادق علیه السلام که در مورد آیه شریفه قرآن فرمودند: «والوالدات یرضعن اولادهنّ حولین کاملین قال مادام الولد فی الرضاع فهو بین الابوین بالسّویة فاذا فطم فالاب احق به من الام فاذا مات الاب فالام احق به العصبه و ان وجد الاب من یرضعه باربعة دراهم قالت الام لا یرضعه الا بخمسه دراهم فانّ له ان ینزعه منها الا ان ذالک خیر له و ارفق به ان یترک مع امّه» (همان).

امام صادق علیه السلام درباره آیه شریفه قرآن که می‌فرماید مادران فرزندانشان را تا دو سال شیر می‌دهند، فرمودند: تا زمانی که فرزند شیر می‌خورد، بین پدر و

مادر بالسویه است؛ یعنی هر دو موظفند او را نگهداری کنند (هر دو به طور مساوی تحمل زحمت می‌کنند). اگر مادر شیر می‌دهد، پدر هم هزینه زندگی را تحمل می‌کند؛ ولی زمانی که از شیر گرفته شد، پدر نسبت به فرزند سزاوارتر است تا مادر و اگر پدر بمیرد، مادر به فرزند، از خویشاوندان پدر او (مانند جد و عمو) سزاوارتر است و اگر پدر، کسی که بچه‌اش را مثلاً با اجرت چهار درهم شیر می‌دهد پیدا کند، ولی مادر بگوید من کمتر از پنج درهم شیر نمی‌دهم، پدر حق دارد او را از دست مادر بگیرد؛ مگر اینکه برای فرزند بهتر است او را نزد مادرش بگذارد.

مستفاد از این حدیث شریف، احقیّت پدر بعد از دو سال نسبت به فرزند است؛ چه پسر باشد و چه دختر، چه هفت سال باشد و یا بیشتر؛ ولی با این جهت که تا دوسالگی حضانت مال مادر است، منافات ندارد؛ زیرا مقصود جمله «فهو بین الابوين بالسويه» این است که به طور مساوی متحمل زحمت تکفل فرزند می‌شوند؛ چون هم پدر برای رسانیدن هزینه کودک و هم مادر نسبت به شیردادن و نگهداری و تر و خشک کردن او زحمت می‌کشند.

اگرچه روایات با هم اختلاف دارند، ولی با در نظر گرفتن همه جهات و قرائن خارجی و داخلی، اظهر همه اقوال، همان قول مشهور بین فقها خواهد بود؛ چون جمع بین روایات همین را اقتضا می‌کند؛ چنان‌که شهید ثانی هم به این مطلب تصریح کردند (عاملی، ۱۴۱۵ ق. ج ۸، ص ۴۲۲)؛ چون روایاتی که می‌گوید پدر از مادر اولی است، بر جایی حمل شده است که پسر باشد و روایاتی که می‌گوید مادر احق است، بر جایی حمل شده که دختر باشد. وجه این جمع هم این است که پدر نسبت به پسر مناسبت بیشتری دارد و مادر نسبت به دختر مناسبت بیشتری دارد؛ و اخباری که حضانت را محدود به هفت سال می‌کند، بیشتر و مشهورتر است (همان).



### شرایط حضانت مادر

فقیهان امامیه برای مادری که متکفل حضانت فرزند می‌شود، شرایطی مقرر کرده‌اند که هر کدام دلالت بر اهمیت آن و درایت و علم و شفقت قانونگذار می‌کند. این شرایط را با استفاده از کتاب مسالک‌الافهام شهید ثانی و دیگر فقیهان امامیه بیان می‌کنیم که در شرح قول محقق حلی آمده است:

شرط اول این است که اگر کودک مسلمان باشد، باید مادری که او را حضانت می‌کند مسلمان باشد. اگر مادری کافر باشد، حضانت او ساقط می‌شود؛ زیرا به مقتضای قاعده نفی سبیل کافر بر مسلمان، مادر کافر بر فرزند مسلمان ولایت ندارد؛ چون لازمه آن تسلط بر مسلمان است؛ علاوه اینکه اگر کودک مسلمان تحت تربیت کافر باشد، او را از دین منحرف می‌کند (سید علی طباطبایی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲، ص ۱۶۲).

شرط دوم این است که زن باید آزاد باشد؛ زیرا کنیز ولایت بر حرّ ندارد؛ زیرا منفعت کنیز متعلق به مالک اوست؛ از این جهت نمی‌تواند نگهداری و تربیت طفل را بر عهده بگیرد (علامه حلی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۴۰).

شرط سوم باید زنی که عهده‌دار حضانت و تربیت کودک می‌شود، عاقل باشد؛ بنابراین زن دیوانه حق حضانت کردن ندارد؛ چون دیوانه قدرت نگهداری طفل را ندارد و در اینجا تفاوتی بین جنون دائم و ادواری نیست (عاملی، ۱۴۱۵، ج ۸، ص ۴۲۲-۴۲۳ / سیدعلی طباطبایی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲، ص ۱۶۲).

شرط چهارم این است که از حقوق شوهر فارغ باشد؛ بنابراین اگر زنی مطلقه شد و با شخص دیگر ازدواج کرد، حضانت او ساقط می‌شود؛ چون حضانت و نگهداری کودک مانع حق شوهر است (سیدعلی طباطبایی، ۱۴۰۴ ق، ج ۵، ص ۱۳۲ / حلی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۱۶۲ و ج ۲، ص ۴۰).

شرط پنجم این است که زنی که عهده‌دار حضانت است، باید امین باشد و برای فاسق حضانت نیست (نجفی، ۱۳۹۴ ق، ج ۲۵، ص ۳۹۶ و ج ۶، ص ۳۹).

صاحب کتاب الفقه علی المذاهب الخمسه نیز می‌گوید: «شرط است در زنی که حضانت کودک را بر عهده می‌گیرد، امین و عفیف باشد و نباید بدکار و فاسق باشد و باید از شرب خمر پرهیز کند و هدف از شرط بودن این صفات، این است که کودک را به گونه‌ی صحیح و خوب حفظ و نگهداری نماید» (مغنیه، ۱۴۰۴ ق، ص ۳۷۸)؛ همچنین آیت‌الله خوئی امانتداری زن را در حضانت کودک شرط می‌داند (خویی، التنقیح، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۸۵)؛ اگرچه این شرط مورد اختلاف است و بعضی از علمای بزرگ مانند علامه حلی آن را رد کرده‌اند (حلی، ۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۲۶۷).

قانون مدنی در ماده ۱۱۷۰ اشعار می‌دارد: اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست، مبتلا به جنون شود یا با دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر است؛ این ماده قانون بیانگر دو شرط است: عاقل بودن و اینکه باید برای حضانت مانعی نباشد؛ همانگونه که نظر فقها بود؛ یعنی نباید ازدواج کرده باشد؛ همچنین از حدیث معروف «رفع القلم عن الثلاثة عن المجنون حتی یفیک و عن الصبی حتی یحتلم و عن النائم حتی یتیقض» (احسائی، ۱۹۸۳ م، ج ۱، ص ۲۹۰) مستفاد می‌گردد؛ هیچ‌گونه تکلیفی متوجه دیوانه نمی‌شود؛ حضانت هم یکی از تکالیف الهی است؛ پس اگر مادر دیوانه باشد، حضانت او ساقط است (حلی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۱۶۲).

صاحب جواهر<sup>علیه السلام</sup> می‌گوید: «حضانتی برای زن دیوانه نیست؛ زیرا دیوانه امکان حفظ و نگهداری کودک را ندارد و نیز دیوانه تعهد ندارد، بلکه خودش نیازمند به حضانت است؛ یعنی باید شخصی او را نگهداری کند و هر کس ولی شرعی و قانونی او باشد، باید او را نگهداری نماید» (نجفی، ۱۳۹۴ ق، ج ۳۱، ص ۲۸۷).

نکته دیگری که در اینجا وجود دارد، این است که بعضی از فقیهان عدم جنون

زن را در حضانت شرط نکردند؛ اگرچه جنون، دائمی باشد و جنون، حضانت را از زن نمی‌گیرد؛ چون امکان دارد امر حضانت را به ولی دیوانه واگذار کنند؛ همانگونه که حضانت و امور دیگری که مربوط به دیوانه است، به ولی او واگذار می‌شود؛ چون دیوانه توانایی ندارد (نجفی، ۱۳۹۴ ق. ج ۲۵، ص ۹۱ و ج ۳۱، ص ۲۸۷) و شاید از همین جهت بوده است که صاحب شرایع الاسلام این شرط را ذکر نکرده است. صاحب جواهر می‌گوید: شرط عدم جنون در زنی که عهده‌دار حضانت می‌شود، مربوط به دو مبنایی است که در مسئله وجود دارد. اگر کسی بگوید حضانت، ولایت است، باید عدم جنون را شرط بدانند؛ زیرا دیوانه از هر نوع ولایتی معزول است، ولی اگر گفتیم حضانت بیش از یک حق نیست، لازم نیست زن عاقل باشد؛ چون دیوانه هم می‌تواند صاحب حق شود، و از آنجایی که خود صاحب جواهر حضانت را ولایت نمی‌داند، از ظاهر کلامشان استفاده می‌شود که عدم جنون، شرطیت ندارد (همان).

### سقوط حضانت

روشن شد که خداوند متعال با در نظر گرفتن مصلحت کودک و نگهداری و تربیت و پرورش جسمانی و روحانی او، برای پدران و مادران ولایت بر حضانت جعل کرده است و هیچ کس نمی‌تواند این ولایت را از آنان سلب کند؛ همانگونه که آنان هم نمی‌توانند این مسئولیت را از خود سلب نمایند، بلکه بر آنان شرعاً و قانوناً واجب است این وظیفه مهم را به خوبی انجام دهند؛ ولی قانونگذار در مواردی سقوط و سلب این ولایت را پیش‌بینی کرده است:

الف) اگر هر یک از پدر یا مادر فاقد یکی از شرایط شوند که در حضانت شرط است؛ چنان‌که در کلام شهید ثانی (ج ۸، ص ۴۲۲-۴۲۷) آمده است.

ب) قانون مدنی هم مواردی را پیش‌بینی کرده است: «ماده ۱۱۷۳» اصلاح‌شده سال ۱۳۸۲ اشعار می‌دارد: هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او و یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند. موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هریک از والدین است:

- اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار؛

- اشتها به فساد اخلاق و فحشاء؛

- ابتلا به بیماری‌های روانی، با تشخیص پزشکی؛

- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضداخلاقی مانند فساد و

فحشاء، تکدی‌گری و قاچاق؛

- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف (بنکدار، [بی‌تا]، ص ۲۷۹).

گفتنی است آنچه در ماده اصلاح‌شده، تغییر یافته است اینکه به جای واژه مدعی‌العموم از واژه رئیس حوزه قضایی استفاده شده است، ولی از لحاظ مفهوم چیزی عوض نشده است و پنج موردی که ذکر شده است، در حقیقت تفسیری است که قانونگذار برای عنوان کلی عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی بیان کرده است؛ ولی مصادیق آن دو عنوان، منحصر به این موارد نیست، بلکه در مواردی مانند مهمل‌گذارن طفل و رهاکردن کودک و یا سهل‌انگاری و امثال آنها، اگر رئیس حوزه قضایی تشخیص داد، می‌تواند هر یک از پدر و مادری که اولویت حضانت را دارند، هم مجازات کند و هم الزام کند و هم از آنها سلب حضانت نماید و یا هر تصمیم مقتضی دیگری را اتخاذ نماید؛ و لازم به یادآوری است در

حال حاضر بعد از احیای دادرها، آنچه وظیفه رئیس حوزه قضایی است، مربوط به دادستان می‌شود.

همچنین شهید اول علیه السلام فرموده است: «اگر مادر مبتلا به امراضی مانند جذام و پیسی باشد، به طوری که موجب خوف سرایت به کودک شود ولایت او ساقط می‌شود و اگر پدر سالم است، به پدر منتقل می‌شود». ایشان در این باره به دو حدیث نبوی صلی الله علیه و آله استناد کرده است (عاملی، ۱۳۹۹ ق، ج ۱، ص ۳۹۶):

الف) فرمایش رسول خدا صلی الله علیه و آله که فرمودند: «فَرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ فَارَاكَ مِنَ الْاَسَدِ»: از کسی که مبتلا به جذام است، مانند کسی که از شیر درنده می‌گریزد، فرار کن (احمد بن حنبل، [بی تا]، ج ۲، ص ۴۴۳).

ب) قول پیامبر صلی الله علیه و آله که فرمودند: «لَا يُوْرِدُ مَمْرَضَ عَلِيٍّ مَصْحًا»: نباید هیچ آدم مریضی بر آدم سالم وارد شود (مسلم، [بی تا]، ج ۴، ص ۱۷۴۳).

### حضانت فرزندان نامشروع با کیست؟

اکثر فقیهان و حقوق دانان درباره این موضوع بحث نکرده‌اند و شاید علت این باشد که حق ولایت پدر و جد بر فرزند و نیز ولایت پدر و مادر بر حضانت اولاد، از آثار نسب قانونی و شرعی است؛ همان گونه‌ای که فقها و به تبع آن قانون مدنی به آن تصریح کرده‌اند؛ ولی بجهای که از راه زنا به وجود آمده است، از نظر نسب با پدر و مادر طبیعی رابطه شرعی ندارد و شرعاً ملحق به زانی نیست؛ بنابراین پدر و مادر طبیعی، حق ولایت و حضانت بر کودک طبیعی خود ندارند و از این جهت است که قانون مدنی هم در رابطه با اولاد نامشروع ساکت است؛ بنابراین باید گفت: نفقه و مخارج اولاد نامشروع و حضانت او بر پدر و مادر طبیعی، واجب نیست، بلکه از جمله واجبات کفائی است که بر همه مردم واجب است مخارج و

حضانت او را تأمین نمایند و یا محتمل است بگوییم این گونه امور از وظایف دولت است؛ با این همه بعضی از شارحان قانون مدنی، به این مسئله توجه کرده‌اند و می‌گویند از آنجایی که طفل متولد از زنا احتیاج به نگهداری دارد و این امر از واجبات کفائی است و پدر و مادر که موجب ایجاد طفل مزبور شده‌اند، در نگهداری او سزاوارتر از دیگرانند. باید بر اساس عدل و انصاف اجتماعی گفت: حضانت این گونه فرزندان هم مانند نسب، قانونی است و منحصرأ تکلیف والدین آنان است (امامی، ۱۳۶۶، ج ۵، ص ۱۸۲).

به نظر می‌رسد این کلام دارای مستند فقهی است و می‌توان در وجه آن گفت: آن ادله‌ای که می‌گوید اولاد نامشروع ملحق به پدر و مادرش نیست، دلالت می‌کند: بین آنان توارث وجود ندارد؛ چون توارث از فروعات نسب شرعی است؛ چنان‌که فقها در بحث از موجبات ارث، به آن تصریح کرده‌اند؛ اما نسبت به سایر احکام مخصوصاً احکامی که برای اولاد بیان کرده‌اند، مانند محرم بودن اولاد با پدر و مادر و امثال آن آنها را نفی نمی‌کنند؛ یعنی در این گونه احکام، اولاد نامشروع مثل اولاد قانونی هستند؛ بنابراین پدر طبیعی نمی‌تواند با اولادی که از زنا متولد شده است، ازدواج کند و همچنین مادر طبیعی نمی‌تواند با پسر خودش که از راه نامشروع به وجود آمده است ازدواج کند؛ اگرچه نسبت شرعی و قانونی هم ندارد؛ اما این مطلب این گونه نیست که هیچ رابطه‌ای نداشته باشد. بر این اساس باید گفت: نفقه و حضانت این گونه اولاد هم بر عهده پدر و مادر طبیعی و عرفی است. مرحوم آیت‌الله گلپایگانی رحمته‌الله نیز در جواب این سؤال که «حضانت اولاد ناشی از زنا بر عهده کیست؟» و «مخارج او را کدام یک از والدین باید بپردازند؟» (اگرچه درباره مسئله حضانت، کلام ایشان ساکت است، اما در اصل نفقه و مخارج حکم این افراد را مانند اولاد مشروع می‌داند) پاسخ می‌دهند: در

خصوص نفقه، حکم ولد مشروع را دارد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۳ ق، ج ۲، ص ۱۷۷). اگرچه جواب این فقیه بزرگ، در خصوص نفقه است، ولی حکم حضانت مانند حکم نفقه است و مؤید آن، این است که در سؤال سؤال کننده آمده است؛ بنابراین باید گفت: جایی که ممکن است، پدر و مادر طبیعی باید اولاد نامشروع را حضانت و نگهداری نمایند و اگر امتناع کنند، حاکم شرع باید آنها را اجبار نماید و در صورت عدم فایده، نفقه را از مالش بردارند.

### دلیل مخالفان

می‌توان گفت: عمده دلیل کسانی که گفته‌اند همه روابط بین فرزند و مادر و پدر طبیعی‌اش قطع است، بر اساس روایت «مکاتبه محمد بن الحسن القمی» است که نقل می‌کند: بعضی از اصحاب به دست من با امام جواد علیه السلام مکاتبه کردند که: مردی با زنی زنا کرده است و آن زن حامله شده، بعد از وضع حمل، «او را به ازدواج خود درآورده است و فرزندش به دنیا آورده است که شبیه‌ترین خلق خدا به آن مرد است. امام علیه السلام به خط مبارک خود نوشتند: «الولد لغیة لایورث». «لغیه» به معنای باطل بودن و عدم اعتناء کردن به اوست.

عده‌ای از فقیهان نظر داده‌اند: تمام احکام و امور مربوط به آن بچه، باطل است و ملحق به پدر و مادر نیست، ولی حق این است که این جمله از کلام امام علیه السلام ظهور دارد در اینکه این فرزند باطل است از جهت ارث، نه اینکه مطلقاً و بدون قید و در هر چیزی باطل باشد، حتی از جهت نکاح با محارم.

مرحوم میرزا حسن بجنوردی می‌گوید: فرزند نامشروع نسبت به بعضی از آثار ملحق به زانی و زانیه که پدر و مادر طبیعی او هستند می‌شود؛ مانند حرمت نکاح با محارم حتی جایی که زنا از طرف هر دو باشد؛ تا چه رسد به اینکه فقط از

یک طرف باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹ ق. ج ۴، ص ۴۴).

خلاصه کلام اینکه: بعضی از آثار، مبتنی بر وجود تکوینی فرزند است؛ یعنی فرزند لغوی و عرفی نه ولد شرعی و آنچه مسلم خارج شده است، مسئله توارث است و ادله، شامل بیشتر ارث نمی‌شود و ممنوعیت ارث از جهت این است که جلوی فحشاء و منکرات و زنا گرفته شود؛ ولی نسبت به حرمت نکاح با محارم و یا وجوب نفقه و حضانت و غیر از اینها تابع ولد عرفی است؛ یعنی فرزندی که از جهت تکون از ماء مردی و پرورش در رحم زنی، ولی نامشروع باشد، یک اضافه و نسبتی به این مرد و زن پیدا کرده است و لغت و عرف آن فرزند را به آنها نسبت می‌دهند و می‌گویند این کودک فرزند آن مرد و زن است و ظاهر ادله هم همین است. مرحوم آقای بجنوردی می‌گوید: «اگر فرزند بزرگ نامشروع باشد، از حبه محروم است؛ چون حبه مربوط به ارث است؛ ولی وجوب قضای نماز پدر بر عهده او خواهد بود» (همان).

بعید نیست گفته شود از احکامی که به نفع فرزند نامشروع است، مانند ارث محروم است؛ اما احکامی که به ضرر اوست، مانند قضای نماز پدر بر او واجب است؛ چون هر دو جهت جنبه بازدارندگی دارد و همین طور است نسبت به پدر و مادر طبیعی؛ چون از فرزند نامشروع ارث نمی‌برند؛ ولی حضانت و مخارج بر عهده آنان است.

بعضی از شارحان قانون مدنی می‌گویند: مادر یا پدر بودن هر چند نامشروع باشد، در برابر بیگانگان امتیازی است که اخلاق نادیده نمی‌گیرد و جدا کردن فرزند از آغوش مادر طبیعی، دلیل می‌خواهد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۶۱).

خلاصه بحث که ظواهر ادله و اعتبار عرفی و عقلایی نیز آن را تأیید می‌نماید، اینکه: ولد نامشروع به طور کلی منقطع از پدر و مادر طبیعی خود نیست. آنچه



دلیل داریم، قطع توارث است نه چیزهای دیگر؛ بنابراین مخارج و حضانت بر عهده پدر و مادر است؛ اگرچه قانون مدنی در رابطه با حضانت اولاد نامشروع، بحثی نکرده است؛ ولی آنچه را که ما اختیار کردیم از رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره ۶۱۷ است که به منزله قانون می‌باشد. برای توضیح بیشتر، متن رأی را در ادامه ذکر می‌کنیم:

به تاریخ روز سه‌شنبه ۱۳۷۶/۴/۳ جلسه وحدت رویه هیئت عمومی عالی کشور به ریاست رئیس وقت دیوان عالی کشور و نماینده دادستان محترم کل کشور و رؤسا و مستشاران شعب کیفری و حقوقی دیوان عالی کشور تشکیل گردید. پس از طرح موضوع و قرائت گزارش و بررسی اوراق پرونده و استماع سخنان نماینده دادستان کل کشور، مبنی بر دو مورد دادخواست طرح شده در دو فقره پرونده مبنی بر الزام خواننده به اخذ شناسنامه جهت فرزند مشترک، چون طفل متولدشده ناشی از رابطه نامشروع بین طرفین دعوا بوده است و پرونده‌های کیفری مربوط بر این امر دلالت دارد و با توجه به اینکه چنین طفلی از نظر لغت و در عرف فرزند زانی نامیده می‌شود و از نظر فقهی و قانونی تنها توارث و نظایر آن در مورد وی نفی گردیده است، و نیز با توجه به فتوای امام خمینی رضوان الله علیه به شرح مسئله ۳ از موازین قضایی که نفقه این گونه فرزندان را نیز بر عهده پدر دانسته است مسئله اخذ شناسنامه نیز بر عهده پدر رسمی که همان خواننده دعواست، می‌باشد؛ بنابراین مراتب رأی شعبه ۳۰ دیوان عالی کشور که بر این اساس صادرشده موجه بوده، معتقد به تأیید آن می‌باشیم؛ مشاوره نموده و اکثریت به این رأی دادند (مجموعه آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور، رأی شماره ۶۱۷).

### مسئولیت ناشی از حضانت

چنان‌که روشن شد، حضانت کودک تنها حق پدر و مادر نیست، مانند حق الرِّضاعه که قابل اسقاط باشد، بلکه نوعی از ولایت و اقتداری است که خداوند متعال بر اساس حکمت و مصلحت اجتماعی برای پدر و مادر در راستای طبیعت آنان، به منظور نگهداری و تربیت فرزند و رشد و تعالی جامعه انسانی جعل کرده است و از این ولایت نوعی وظیفه و تکلیف شرعی و اخلاقی و اجتماعی برای پدر و مادر به وجود می‌آید؛ و اگر گاهی در مباحث حقوقی و یا فقهی صحبت از حق می‌شود، منظور توانایی است که قانونگذار برای اجرای تکالیف و وظایف خویش به پدر و مادر در برابر دیگران داده است؛ بنابراین در تعبیر ماده «۱۱۶۸ ق م» که اعلام می‌کند نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است، نباید چنین پنداشت که نویسندگان آن دچار تردید و تناقض‌گویی شده‌اند.

نگهداری کودک در زمره تکالیف پدر و مادر است. پدر و مادر حق دارند آنچه به عهده دارند، انجام دهند و از کودک و سایرین بخواهند مانع اجرای وظیفه آنان نشوند و به لوازم آن گردن نهند (همان، ص ۲۷۳).

بحث مسئولیت ناشی از حضانت، در حقیقت ثمره عملی بین دو مبنایی است که در بحث‌های قبلی به آن اشاره شد و آن این‌که: اگر گفتیم حضانت ولایت است، نه قابل اسقاط است و نه می‌شود به دیگری واگذار کرد و خود را از زیر بار مسئولیت رها کرد، و نه می‌توان بر اجرای این وظیفه و تکلیف الهی مطالبه اجرت کرد؛ اما بر اساس نظریه‌ای که حضانت را حق دانسته است، می‌تواند اسقاط کند و از خود سلب مسئولیت نماید و اجبار پدر و مادر هم غیر ممکن است و نیز بر پدر و مادر واجب نیست حضانت کودک را قبول کنند؛ اگرچه بعضی از فقها واجب دانسته‌اند و دلیل آن را هم فرموده‌اند: از باب ضایع شدن فرزند است، اما شهید ثانی فرموده‌اند: اگر هم واجب باشد، از باب وجوب کفایی است و اختصاصی به

ذی‌الحق ندارد، بلکه نگهداری این کودک هم مانند سایر مضطربین است؛ مثل دیوانگان که نگهداری آنان بر همه مسلمانان واجب است، اما بر اساس نظریه مختار باید بگوییم از ابتدا حضانت و نگهداری کودکان یک تکلیف قطعی و واجب الهی است و هیچ‌گاه پدر و مادر نمی‌توانند شانه از زیر بار این مسئولیت خالی کنند؛ زیرا حضانت کودک واجب عینی و بر عهده آنان است (عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۱۲۱ / ج ۲، ص ۱۶۳).

اکنون که روشن شد قانونگذار نگهداری کودکان را وظیفه و تکلیف شرعی و قانونی پدر و مادر می‌داند، باید گفت: آنان حق ندارند کودک خود را رها سازند و یا او را مهمل گذارند؛ و اگر طفل را در زمان حضانت رها کنند و از این راه صدمه‌ای به او وارد شود، علاوه بر ارتکاب کار خلاف و غیرمشروع، یعنی حرمت تکلیفی، مسئول هرگونه خسارات ناشی از ناسپاسی و بی‌رحمی خود نیز خواهند بود.

در ماده ۱۱۷۸ ق م آمده است: پدر و مادر مکلف هستند در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند (حجتی و اشرفی، ۱۳۷۱، ص ۲۴۳).

اگرچه قانونگذار نسبت به ضمانت اجرایی و مسئولیت ناشی از تخلف پدر و مادر سکوت کرده است، ولی این سکوت به معنای مصون ماندن آنان نیست، بلکه به این سبب است که نیازی به آن نبوده است؛ زیرا محبت طبیعی پدر و مادر بهترین ضمانت اجرایی تکالیف اخلاقی آنان است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۷۷)؛ از این رو می‌توان گفت: در صورت تخلف عمدی از مسئولیت حضانت و یا مسئولیت دیگر مانند ندادن نفقه، آنان مسئولیت شرعی و قانونی دارند و قابل مجازات خواهند بود؛ چون تقصیر در نگهداری کودک مبنای مسئولیت سرپرست صغیر و مجنون و از جمله پدر و مادری است که حضانت را برعهده دارند؛

بنابراین اگر پدر و مادری فرزند خود را در کوچه و خیابان و یا در صحرا و بیابان رها کنند و از این راه خسارتی بدنی و یا جانی بر او وارد شود، ضامن خواهند بود و قابل تعقیب و مجازات می‌باشند؛ ضمن آنکه حاکم شرع می‌تواند پدر و مادر را تعزیر کند؛ چنان‌که فقیهان امامیه فرمودند: «اگر کسی مرتکب حرامی از محرمات الهی شود، باید او را تعزیر کنند» (علامه حلی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۳۹۵ / فخرالمحققین، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۲۶۳).

اما اینکه آیا ادعای فرزند علیه پدر و یا مادر، مبنی بر اینکه آنان مرا نگهداری نکرده‌اند و یا به خوبی مرا تربیت نکردند و بر اثر انجام ندادن وظیفه، خساراتی بر من وارد شده است و یا مثلاً اگر مرا وادار به تحصیل کرده بودند، اکنون من یک مهندس و یا پزشک و شخصیت دیگری بودم، ولی اکنون بی‌سواد هستم و امثال این ادعاها، و از دادگاه بخواهد پدرش را تعقیب قانونی بکند، آیا او حق دارد یا خیر؟ و آیا دعوی او در دادگاه پذیرفته می‌شود یا خیر؟ این مبحثی است که فقیهان و حقوق‌دانان در آن بحثی نکرده‌اند، ولی جای این بحث در مباحث حقوقی و پژوهشی وجود دارد و باید بحث و بررسی شود؛ ولی چون از حوصله این مقاله بیرون است، ما آن را به زمان دیگری موکول می‌نماییم ولی بد نیست به طور اختصار به نکته‌ای اشاره نماییم و آن اینکه: ممکن است گفته شود اگرچه فرضاً پدر و یا مادری وظیفهٔ حضانت را انجام نداده‌اند و از تکلیف سرپیچی کرده‌اند، اما حسابشان روز قیامت با خداوند است و شأن پدری و مادری و اهمیت حقی که بر عهده فرزند دارند، اقتضا نمی‌کند فرزند علیه پدر و مادر خودش این‌گونه شکایت کند؛ چنان‌که بعضی از حقوق‌دانان گفته‌اند: «دادرسی بین پدر و فرزند نیست» و یا در بعضی از روایات آمده است: «انت و مالک لایبک»: تو و هر چه داری، از آن پدر تو است؛ بنابراین هیچ فرزندی نمی‌تواند ادعایی از این ناحیه علیه پدر و مادرش داشته باشد (حر عاملی، ۱۳۹۱ ق، ج ۲، ۱۹۶-۱۹۷).

با این همه می‌توان گفت: از آنجایی که تخلف از وظیفه شرعی و قانونی یا تقصیر، مبنای حقوقی مسئولیت مدنی و تعقیب و مجازات است و مفروض این است که این پدر و مادر در نگهداری فرزند تقصیر کردند، بعید نیست گفته شود برای حفظ نظم در جامعه و عدم تکرار مورد مشابه آن، اگر فرزند با ادله قطعی شکایت کند که پدر و مادر از این وظیفه استنکاف کرده‌اند و از این طریق بر این فرزند خسارتی وارد شده باشد، بتوانند حکم به تعقیب و مجازات بدهند؛ ولی در قانون مجازات اسلامی در حمایت کودک در رابطه با حضانت و هزینه زندگی او چند ماده قانونی آمده است: در ماده ۶۳۳ می‌خوانیم: «هرگاه کسی شخصاً یا به دستور دیگری، طفل یا شخصی را که قادر به محافظت خود نمی‌باشد، در محلی که خالی از سکنه است رها نماید، به حبس از شش ماه تا دو سال و یا جزای نقدی از سه میلیون تا دوازده میلیون ریال محکوم خواهد شد و اگر در آبادی و جایی که دارای سکنه باشد، رها کند تا نصف مجازات مذکور محکوم خواهد شد و چنانچه این اقدام سبب وارد آمدن صدمه و یا آسیب بدنی و یا فوت شود، علاوه بر مجازات حسب مورد به قصاص و یا دیه و یا ارش نیز محکوم خواهد شد» (مجموعه قانون مجازات اسلامی).

ماده فوق اشعار می‌دارد: اگر عمل والدین منجر به این شود که کودک خود را مهمل و رها سازند، چه در جایی که خالی از سکنه است و یا در جایی که خالی از سکنه نیست، علاوه بر محکومیت به حبس و جزای نقدی مذکور در اصل ماده، مشمول ادله قصاص و دیات هم خواهند شد و مستند آن هم اطلاقات و عمومات ادله قصاص و دیات است؛ بنابراین اگر فرزند با ادله قطعی علیه پدر و مادرش شکایت کند، دادگاه باید به آن ترتیب اثر بدهد؛ ولی این بحث نیازمند تحقیق و بررسی بیشتری است که باید در پژوهش‌های دیگری به آن پرداخت.

## نتیجه

از مباحث گذشته در این نوشتار کوتاه، مسائلی روشن می‌گردد که به اختصار به آنها اشاره می‌کنیم:

۱. حضانت بر اساس فطرت و طبیعت پدر و مادر تشریح شده و خود دلیلی بر علم و حکمت و لطف خدای متعال است و هیچ فرد دیگری غیر از والدین، چه از خویشاوندان و چه بیگانگان صلاحیت این امر را ندارند.

۲. حضانت از نوع ولایت و اقتداری است که شارع متعال بر اساس مصلحت کودک و به منظور حفظ و نگهداری و تربیت صحیح در مرتبه اول برای مادر و در مرتبه دوم برای پدر و در طول یکدیگر قرار داده است، و قول کسانی که آن را از نوع حقوق دانسته‌اند، صحیح به نظر نرسید و به دلایل آنان پاسخ داده شد و چنان‌که در اصل مقاله بیان شد، قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز که مبنای عمل در محاکم قضایی است، از همین نظریهٔ مختار پیروی کرده است.

۳. کسانی که عهده‌دار حضانت کودک می‌شوند، مانند مادر دارای شرایط اعتقادی و اخلاقی ویژه‌ای هستند که ما آنها را از زبان شهید ثانی، شارح کلام محقق حلی بیان کردیم.

۴. بر اساس ولایت بودن حضانت، پدر و مادر، علاوه بر حکم تکلیفی الهی، دارای مسئولیت‌هایی نیز می‌باشند و حق ندارند فرزند خود را رها سازند و یا آنها را مهمل بگذارند، بلکه واجب است در حفظ و تربیت کودک خود نهایت سعی را مبذول دارند و اگر به تکلیف و حکم الهی عمل نکنند، حاکم شرع و قاضی اسلام می‌تواند آنها را الزام کرده و آنان را نیز مجازات کند.

۵. به مناسبت طرح بحث حضانت کودک شرعی و قانونی، حضانت کودک نامشروع نیز مورد بحث قرار گرفت و روشن شد حضانت و تربیت و هزینه زندگی او بر عهده پدر طبیعی اوست؛ چون عدم الحاق این کودک به پدرش مربوط به مسئله ارث و بعضی امور دیگر است؛ اما در بعضی از مسائل باید به پدر و مادر طبیعی خودش وابسته باشد و دلیلی ندارد حضانت و یا مخارج زندگی او را به عهده دولت و جامعه مسلمانان قرار دهیم. «و الحمد لله اولاً و آخراً».

## منابع

### \* قرآن مجید

۱. ابن ابی جمهور احسائی، محمد؛ *عوالی اللثالی العزیز فی الاحادیث الدینیہ*؛ به کوشش مجتبی عراقی؛ قم، [بی‌نا]، ۱۴۰۳ ق / ۱۹۸۳ م.
۲. امام خمینی، روح‌الله؛ *تحریر الوسیله*؛ قم: اسماعیلیان نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۳. امامی، سید حسن؛ *قانون مدنی*؛ تهران: اسلامیة، ۱۳۶۶ ش.
۴. بحرانی، شیخ یوسف؛ *الحدائق الناضرة فی احکام العطره الطاهره*؛ قم: اسلامی، ۱۳۶۳.
۵. حجاج، مسلم؛ *صحیح*؛ [بی‌جا]، [بی‌نا]، [بی‌تا].
۶. حلی، جعفر بن الحسن؛ *شرایع الاسلام*؛ مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۵ ق.
۷. حلی، حسن بن یوسف؛ *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*؛ قم: اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۸. حنبل، احمد؛ *مسند*؛ [بی‌جا]، [بی‌نا]، [بی‌تا].
۹. صدوق، محمد بن علی؛ *من لایحضره الفقیه*؛ تهران: مکتبه الصدوق، ۱۳۹۰ ق.
۱۰. طباطبایی، سید علی؛ *ریاض المسائل*؛ قم: مؤسسه آل‌البتیت، ۱۴۰۴ ق.
۱۱. طباطبایی، سید محمدحسین؛ *المیزان*؛ بیروت: [بی‌نا] ۱۳۹۳ ق.
۱۲. طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن (شیخ الطایفه)؛ *المبسوط فی فقه الامامیه*؛ ج ۶؛ تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۵۱.
۱۳. \_\_\_\_\_؛ *النهایه و نکتها*؛ قم: اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. \_\_\_\_\_؛ *کتاب الخلاف*؛ قم: اسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۱۵. عاملی، بهاء‌الدین؛ *جامع عباسی*؛ تهران: فراهانی، ۱۳۱۹ ق (افست از نسخه بمبئی).
۱۶. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)؛ *الروضه البهیة*؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. \_\_\_\_\_؛ *مسالك الافهام*؛ تحقیق و نشر مؤسسه المعارف الاسلامیه؛ قم، ۱۴۱۵ ق.
۱۸. عاملی، محمد بن الحسن؛ *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعة*؛ بیروت: داراحیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.
۱۹. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)؛ *القواعد و الفوائد*؛ تحقیق دکتر سید عبدالهادی حکیم؛ قم: مکتبه مفید، ۱۳۹۹ ق.



۲۰. علی رضا حجتی و اشرفی؛ قانون اساسی - مدنی؛ تهران: کتابخانه گنج دانش؛ ۱۳۷۱.
۲۱. فخرالمحققین، محمد بن الحسن؛ *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*؛ قم: اسماعیلیان؛ ۱۳۶۳.
۲۲. فتّومی، احمد بن علی؛ *المصباح المنیر*؛ مصر: مکتبه محمد علی صبیح و اولاده، ۱۳۷۴ ق.
۲۳. کاتوزیان، ناصر؛ *حقوق خانواده*؛ تهران: یلدا، ۱۳۷۸.
۲۴. کلینی، محمد بن یعقوب؛ *الاصول من الکافی*؛ تهران: اسلامیه، ۱۳۶۳.
۲۵. مغنیه، محمدجواد؛ *الفقه علی المذاهب الخمسه*؛ بیروت: کانون الثانی، ۱۴۰۴ ق.
۲۶. موسوی اصفهانی، سید ابوالحسن؛ *وسيلة النجاة؛ با حاشیه آیت الله گلپایگانی*؛ قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۳ ق.
۲۷. موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ *قواعد الفقهیه*؛ نجف اشرف: مطبعه الآداب، ۱۳۸۹ ق.
۲۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم؛ *تکملة المنهاج*؛ نجف اشرف: مطبعه الآداب، ۱۹۷۶ م.
۲۹. \_\_\_\_\_؛ *منهاج الصالحین*، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۳۰. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا؛ *مجمع المسائل*؛ قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۳ ق.
۳۱. نجفی، محمدحسن؛ *جواهر الکلام*؛ تهران: آخوندی، ۱۳۹۴ ق.