

## حضانت در فقه و قانون

### بحثی در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی

جواد واحدی زاده - هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد اردبیل

#### مقدمه

«حضانت» یا نگهداری از کودکی که بین والدینش طلاق واقع شده، از موضوع های بحث انگیز حقوقی و فقهی بوده است. از یک طرف، مصالح روحی و جسمی کودک مد نظر است و از طرفی حقوق و تکالیف هر یک از والدین باید مورد توجه قرار گیرد. بی اعتنایی به هر یک، باعث اختلالات مهم در روابط خانوادگی خواهد شد؛ به همین دلیل است که پدر یا مادر، معمولاً در اثبات ذی حق بودن خود بر نگهداری از کودک مشترک، پافشاری می کنند. مادر، تاب دوری از پسر دوساله یا دختر هفت ساله اش را ندارد و همچنان او را محتاج محبت های مادرانه اش می داند و پدر نیز با حق ولایتی که تا سن بلوغ بر کودکش دارد، خود را مقدم بر مادر می شمرد. در کشاکش این دو مقوله، حکم قانون که معمولاً جنبه نوعی دارد و به استثنای کمتر می نگرد، فاصل این نزاع است: در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران آمده است:

« برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او 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.»

اما قانون که متنی نوشته در مجموعه های قانونی است، در مواردی با عواطف، بیگانه است و دادرسی نیز که به مانند شخص بی طرف عمل می کند، حق اجتهاد در مقابل نص را ندارد و ملزم به اجرای قانون است. نگارنده در طول سالیان متعدد جدال و نزاع والدین متارکه کرده ای را در صحن دادگاه ها شاهد بوده که با اعتراض به حکم قانون آن را غیرعادلانه تصور کرده اند و دادرسی نیز دست بسته در برابر قانون، در کشاکش وجدان خود، چاره ای جز تسلیم پسر دو ساله یا دختر هفت ساله به پدرش ندارد.

مجموع این بحث ها قانونگذار را وادار کرده که با اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی بپردازد و به زعم خود، آن را عادلانه سازند، بدین منظور اخیراً مجلس شورای اسلامی با تلاش فراکسیون زنان که به نوعی خود را ذی نفع در موضوع می دانستند، درصدد برآمد تا حضانت کودکان را بدون تفاوت پسر یا دختر، تا سن هفت سالگی به مادر بسپارد و بدیت ترتیب به این نزاع چندین ساله پایان دهد، ولی از آنجا که ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی همانند اکثر مواد این قانون وزین، بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه تحریر شده است، مورد تأیید فقهای شورای نگهبان واقع نشد و به مجلس عودت داده شد، ولی مجلس که مصوبه خود را منطبق با مصلحت عمومی می دانست آن را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال کرد و به طوری که اخیراً اعلام شد، آن نهاد به اندکی اصلاحات، این مصوبه را بدین صورت درآورد:

« برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوبین او جدا از یکدیگر زندگی می کنند مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.»

**تبصره:** بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می باشد.

و بدین ترتیب، بر چالشی دیرین نقطه پایانی گذاشت. ولی بحث ما در این است که آیا مصوبه مجمع که بر خلاف نظر مشهور فقهاست، جایگاه فقهی مناسبی دارد یا فقط بر مبنای مصلحت اندیشی صرف بنا شده است؟

در این مقاله ثابت خواهیم کرد که ادله فقهی امامیه نیز بر اولویت حضانت مادر تا سن هفت سالگی تاکید دارد و در نظر اقلیت فقها نیز مبانی حقوقی متینی دارد.

**واژه های کلیدی:** حضانت، فقه، قانون مدنی، فقهاء، روایت، مشهور، صحیح، مرسل، موثق، مقام بیان، استحسان.

## تحلیل حقوقی

### ۱- تعریف حضانت

« حضانت» از ریشه «حضن» گرفته شده و به « در آغوش گرفتن مادر (فرزندش را) و چسباندن او به سینه اش» اطلاق می شود که کنایه از نگهداری و تربیت جسمی و روحی کودک است. به همین دلیل، به کسی که حضانت کودک را بر عهده گرفت است «حاضنه» می گویند. در زبان عربی به مهد کودک «الحضانه» گفته می شود. جالب اینکه به عمل پرنده ای که بر روی تخمش خوابیده تا از آن جوجه برآید نیز حضانت می گویند.<sup>(1)</sup>

پس می بینیم که این واژه، معمولاً بر موضوع نگهداری و تربیت و حفظ کودک و فرزند اطلاق شده است.

در اصطلاح مدنی، حضانت، پرورش اطفال است به وسیله پدر و مادر و اقارب او که هم حق است و هم تکلیف برای ممتنع از حضانت، و پرورش نیز هم از لحاظ مادی است و هم از لحاظ معنوی و اخلاقی.<sup>(2)</sup>

چنان که بیان شد، معنای حقوقی حضانت، از مفهوم لغوی آن دور نشده است و بدین ترتیب، از دیدگاه قانون مدنی ایران، حضانت، خاص طفل است، بدین سبب در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی آمده است که « نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است» و در مواد بعدی نیز که مربوط به نگهداری یا حضانت است، در تمام موارد، از واژه «طفل» استفاده شده است. اگرچه این واژه در قانون مزبور تعریف نشده، ولی در تبصره ۱ ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی آمده است: « منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد» و با توجه به تعریف بلوغ در تبصره ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، می توان گفت دختری که نه سال تمام ندارد و پسری که ۱۵ سال تمام ندارد،

(1) - لويس معلوف، المنجد في اللغة، بيروت، دارالمشرق، ۱۹۷۳، چاپ اول ۲۱، ص ۱۳۹، «حضن».

(2) - محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، ص ۱۶۶۶ و ۱۶۶۷، شماره ۶۰۸۰، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، چاپ اول.

طفل محسوب می شود (مشروط بر اینکه سایر نشانه های بلوغ در او ظاهر نشده باشد)؛ پس حق حضانت ابوین بر دختر یا پسر بالغ ساقط است.)

## ۲- بررسی نظرات فقهی

دیدگاه قانون مدنی و اکثر فقیهان متاخر بر این است که پایان حضانت مادر بر کودک پسر، دوسالگی و بر کودک دختر، هفت سالگی است و پس از آن، حضانت به پدر تعلق می گیرد، با این قید که اگر مادر در زمانی که حضانت با وی است، با دیگری شوهر کند، حق حضانت او ساقط خواهد شد.<sup>(۱)</sup>

ولی فقهای پیشین، دو نظریه متفاوت دارند :

الف- گروهی پایان حضانت طفل پسر را هفت سالگی و طفل دختر را نه سالگی می دانند.  
ب- گروهی دیگر، حضانت مادر را تا رسیدن طفل به سن بلوغ دانسته اند و در این زمینه بین پسر و دختر، تفاوتی قائل نیستند.

حال به طرح و نقد این آرا می پردازیم :

شیخ صدوق بر اساس نقل علامه حلی<sup>(۱)</sup> عقیده دارد که حق حضانت به طور مطلق تا زمانی که مادر شوهر نکرده ، با وی است و مستند رای خود را نیز این روایت دانسته است : « سالت ابا عبدالله عن رجل طلق امراته و بینهما ولد، ایهما احق به؟ قال : المرأه ما لم تتزوج<sup>(۲)</sup> » ، یعنی از امام صادق(ع) سوال کردم که اگر مردی زنش را طلاق دهد و دارای فرزند نیز باشد، کدام یک حق حضانت دارد؟ امام فرمودند: تا زمانی که زن، شوهر نکرده ، مقدم بر پدر است.  
شیخ طوسی، بر این نظر است که کودک، چه پسر باشد یا دختر، تا زمانی که سن تمییز (که حدود هفت یا هشت سالگی است) نرسیده است، در اختیار مادر خواهد بود و وی در این مورد، مقدم بر پدر است، ولی درباره پسر، پس از رسیدن به سن تمییز، تا زمان بلوغ، در اختیار پدر قرار می گیرد، اما درباره دختر باید گفت که تا موقعی که مادر شوهر نکرده است، حق حضانت وی ادامه خواهد داشت.<sup>(۳)</sup>

شیخ، مستند رای خود را روایانی دانسته که از اصحاب امامیه نقل شده است.<sup>(۴)</sup>

همین دانشمند در نوشته دیگری، با تایید مطلب یاد شده، دلیل خود را اجماع فقهای امامیه و روایات معصومین ذکر کرده است.<sup>(۵)</sup>

این ادیس حلی ( ت ۵۹۸ هـ . ق) به این نظریه شیخ طوسی شدیداً اعتراض می کند و آن را منطبق با مبانی فقهای عامه می داند و به مستندات وی نیز به تندی انتقاد کرده، می گوید : وی

(۱)- ظاهراً حکم ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی نیز بر اساس همین نظریه مشهور فقهای معاصر تدوین شده است.

(۱)- علامه حلی، مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۷، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۷۲؛ ابن فهد حلی، المهذب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۶۳؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۱، آخوندی، چاپ اول، ۱۳۵۸؛ شیخ یوسف بحرانی، الحقائق الناصره، ج ۲۵، ص ۸۸، دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۶۱.

(۲)- شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۵، باب ۱۲۷، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۶۵.

(۳)- شیخ طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۳۹، انتشارات مرتضوی، چاپ اول، ۱۳۶۱.

(۴)- مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۶.

(۵)- شیخ طوسی، الخلاف، ج ۲، ص ۳۳۵، مسئله ۳۶، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۶۴؛ مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۶.

دلیل خود را اجماع فقها و روایات امامیه دانسته، در حالی که این حرف، مضحک است! کدام اجماع و کدام روایت بر این مبنا صادر شده است؟ بلکه روایت امامیه صریحاً بر خلاف نظر اوست.<sup>(1)</sup> علامه حلی که این گونه نقد کردن را از ابن ادریس بر نمی تابد، گفتار وی را حاکی از جهل او دانسته و وی را به بی اطلاعی از اجماع و روایات متهم می کند و با تردید، بیان می کند که چه بسا این مسئله در زمان شیخ طوسی، اجماعی بوده و فقهای هم عصر وی نیز بدان فتوا داده باشند و در حد خود از اعتباری شایسته برخوردار بوده است و برای تایید این برداشت، خود نیز فتاوی صدوق و این جنید را که در نظرش از فقهای معتبرند، ذکر کرده، روایات بیان شده توسط شیخ را نیز قابل اعتنا می داند.<sup>(2)</sup>

سید محمد عاملی (ت ۱۰۰۹ هـ.ق) نیز که از انتقاد ابن ادریس به تنگ آمده، با تائید نظریه علامه حلی، شایسته می داند که کاش ابن ادریس، تنها اصل مسئله را مطرح می کرد و از خود، چیزی بدان نمی افزود.<sup>(3)</sup>

ابن جنید اسکافی (ت ۳۸۱ هـ.ق) که معاصر شیخ صدوق است و پیش از شیخ طوسی می زیسته، می نویسد:

« حق حضانت مادر نسبت به فرزند پسر، تا هفت سالگی ادامه دارد و پس از آن نیز اگر رشد عقلی پیدا نکرد، همچنان در حضانت مادرش باقی است، ولی نسبت به دختر، تا مادرش شوهر نکرده، حق حضانت وی ادامه خواهد داشت.»<sup>(1)</sup>

ابن برآج طرابلسی (ت ۴۸۱ هـ.ق) که از چهره های مهم فقهای امامیه است، می گوید:

« اگر زنی از شوهرش جدا شده و فرزندی نیز از او دارد که رشید و ممیز نیست، همچنان در حضانت مادر باقی است و اگر به مرحله رشد رسید، چنانچه پسر است، تا هفت سالگی و اگر دختر است، تا نه سالگی ادامه می یابد و برخی درباره دختر، آن را تا سن بلوغ گفته اند، مگر آنکه مادر، شوهر کند، که به واسطه ازدواج، حق حضانت نسبت به دختر یا پسر ساقط می گردد.»<sup>(2)</sup>

ولی محقق حلی عقیده دارد که حق حضانت مادر درباره پسر، تا دو سالگی (مدت رضاع) و درباره دختر تا هفت سالگی است.<sup>(3)</sup> همین عقیده مشهور است که قانون مدنی ما آن را پذیرفته و فقهای معاصر نیز غالباً از آن پیروی کرده، آن را مقتضای جمع میان روایات وارده دانسته اند.<sup>(4)</sup>

صاحب جواهر می گوید: مشهورتر<sup>(5)</sup> بلکه مشهور<sup>(6)</sup> میان فقیهان ما همین رأی است که آن را مقتضای جمع میان ادله روایی موضوع دانسته اند. وی در توضیح، ادامه می دهد که

(1) - ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۲، ص ۶۵۳، دارالاضواء، چاپ دوم، ۱۹۹۱ م.

(2) - مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۸.

(3) - سیدمحمد عاملی، نهیة المرام، ج ۱، ص ۴۶۸، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۶۶.

(1) - مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۶.

(2) - همان. در گفتار ابن جنید، این نکته جلب توجه می کند که سن بلوغ دختر را پایان نه سالگی نمی داند.

(3) - جوار الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰ و ۲۹۱.

(4) - تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۷۹، مسئله ۱۶.

(5) - «اشهر» در موردی به کار می رود که رای مخالف نیز شهرات داشته باشد.

(6) - «مشهور» به فتوایی گفته می شود که فاقد شهرت فتوایی است و جنبه ندرت دارد.

در دو روایت داود بن حصین<sup>(۱)</sup> و ابی الصباح کنانی<sup>(۲)</sup> حق حضانت تا دو سالگی از آن مادر و پس از آن، برای پدر دانسته شده است و در دو روایت دیگر، یعنی حدیث ایوب بن نوح<sup>(۳)</sup> تا هفت سالگی با مادر و پس از آن با پدر است.<sup>(۴)</sup>

در بررسی این دو دسته حدیث باید گفت که اگرچه فرزند در آنها به طور مطلق آمده است، ولی مقتضای جمع بیان آن دو این است که روایات دسته اول درباره پسر و روایات گروه دوم را خاص دختر بدانیم و بدین ترتیب، تعارض دو گروه روایت شده از بین می رود. صاحب جواهر این نوع تجمع کردن بین دو ادله متعارض را «جمع تبرعی»<sup>(۵)</sup> نامیده و موید آن را نیز دو چیز دانسته است:

۱- اجماع منقول که در کلام ابن زهره حلبی بدان تصریح شده است.<sup>(۶)</sup>

۲- دلیل اعتبار؛ بدین ترتیب که پدر نسبت به پرورش پسر، از مادر شایسته تر است و مادر نیز نسبت به حضانت و تربیت دختر، از پدر صالح تر است.<sup>(۷)</sup>

امام خمینی در تحریر الوسیله نظریه صاحب جواهر را پذیرفته، می نویسد:

«حق حضانت فرزند (چه دختر و چه پسر) تا دو سالگی با مادر است و پس از دو سال، اگر فرزند پسر بوده، پدر احق است و اگر دختر باشد، تا هفت سالگی، مادر، مقدم است و پس از آن با پدر خواهد بود».<sup>(۱)</sup>

بیشتر فقیهان معاصر امامیه بر این نظرند و بدین دلیل است که قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۶۹ بر اساس قول مشهور نگاشته شده است. مرحوم آیت الله خوئی بر خلاف قول مشهور می گوید: «اولی آن است که حضانت فرزند (چه دختر و چه پسر) تا هفت سالگی به مادر واگذار شود».<sup>(۲)</sup> مکتب های حقوقی اهل سنت در اینکه تا هفت سالگی حضانت اطفال با مادر است، اتفاق نظر دارند، ولی درباره پس از هفت سالگی، عقاید گوناگونی ابراز کرده اند. حنفی ها حضانت پسر را هفت یا نه سالگی دانسته و درباره دختر، آن را تا نه سالگی یا حدوث عادت ماهیانه دانسته اند.

(۱) - «عن ابی عبدالله (ع) قال: (الوالدات یدضعن اولادهن حولین کاملین) قال: مادام الولد فی الرضاع، فهو بین الابوین بالسویه، فاذا فطم فالاب احق به من الام ...» (الکافی، ج ۶، ص ۴۵، حدیث ۴؛ تهذیب، ج ۸، ص ۱۰۴؛ استبصار، ج ۳، ص ۳۲۰؛ من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۴، شماره ۱۳۰۲؛ وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۰، باب ۸۱، حدیث ۱).

(۲) - «عن ابی عبدالله (ع) قال: اذا طلق الرجل المراه و هی حبلی، انفق علیها حتی تضع حملها و اذا وضعت اعطاها اجرها و لا یضارها، الا ان یجد هو ارخص اجراً منها، فان هی رضیت بذلك الاجر فهی لحق یابنها حتی تنطمه» (وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۱، حدیث ۲، باب ۸۱).

(۳) - «عن ایوب بن نوح، قال: کتب الیه (ع) بعض اصحابه: انه کانت لی امرأه و لی منها ولد، و خلیت سبیلها. فکتب (ع): المراه احق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین، الا ان تشاء المراه» (وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۲، حدیث ۶ و ۷).

(۴) - جواهر الکلام، همان.

(۵) - «جمع تبرعی» در موردی است که شاهد عرفی نداشته باشد، که البته این نوع جمع از نظر اصولیها فاقد اعتبار است.

(۶) - الجوامع الفقیهیه، مجموعه ای از رساله های فقهی، انتشارات جهان، چاپ افسست، سنگی، بدون تاریخ، ص ۶۱۶.

(۷) - جواهر الکلام، همان.

(۱) - تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۷۹، مسئله ۱۷.

(۲) - منهاج الصالحین، جلد ۲، ص ۳۲۱، مسئله ۹، انتشارات علمی، بیروت.

مالکی ها پسر را تا سن بلوغ شرعی و دختر را تا زمان ازدواج، در حضانت مادر می دانند. شافعی ها سن خاصی را ملاک حضانت ندانسته اند، بلکه پایان آن را ممیز شدن طفل می دانند و برآنند که در این هنگام، خود، حق انتخاب دارد که نزد کدام یک از والدین بسر برد. حنبلی ها معتقدند پسر تا هفت سالگی در حضانت مادر است و پس از آن حق دارد که انتخاب کند، ولی دختر، پس از هفت سالگی تحت حضانت پدر قرار خواهد گرفت.<sup>(3)</sup>

### بررسی و نقد روایات حضانت

چنان که قبلاً گفته شد، روایات مربوطه به مقوله حضانت، به دو دسته تقسیم می شود که برای دقت بیشتر، هر دو گروه را ذکر می کنیم :

محمد بن یعقوب کلینی، از شیخ ابوعلی اشعری، از حسن بن علی، از عباس بن عامر، از داود بن حصین، از امام صادق (ع) نقل می کند که در تفسیر آیه شریفه « وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ... » فرمودند :

« تا زمانی که فرزند در شیرخوارگی است، در کنار والدین است / و هر یک از والدین بر او به طور تساوی حق حضانت دارد /، ولی وقتی دوران شیرخوارگی به پایان رسید، پدر بر وی محق تر از مادر است. »<sup>(1)</sup>

### نقد روایت

این حدیث را صاحب جواهر با عنوان «خبر» یاد کرده که حاکی از ضعف سند آن است<sup>(2)</sup>، اما علامه مجلسی آن را «موثقه» دانسته<sup>(3)</sup> و شهید ثانی از آن به «موقوف»<sup>(4)</sup> تعبیر کرده است و علتش نیز آن است که علامه حلی، داود بن حصین را که در سلسله روایات این خبر قرار گرفته، «واقفی» دانسته است<sup>(5)</sup> و در عمل به روایات وی توقف کرده و نیز صاحب مدارک هم آن را «صحیح» به حساب نیاورده است.<sup>(6)</sup>

با دقت در متن روایت مزبور، در می یابیم که در آن به هیچ گونه حق اختصاصی درباره حضانت، برای مادر قائل نشده، چرا که تساوی والدین در حضانت ایام رضاع، به این شیوه است که حق رضاع از آن مادر و سرپرستی و وجوب انفاق، بر عهده پدر است و پس از پایان ایام رضاع، به طور مطلق، حق حضانت و تربیت فرزند (چه دختر و چه پسر) به پدر واگذار شده و اطلاق این روایت و عدم

(3) - برای آگاهی از این قولها رک: عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۵۹۶ - ۶۰۰.  
(1) - الکافی، ج ۶، ص ۴۵؛ تهذیب، ج ۸، ص ۱۰۴؛ استبصار، ج ۳، ص ۳۲۰؛ من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۴، شماره ۱۳۰۲؛ وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۰، باب ۸۱، شماره ۱.  
(2) - جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۱ و ۲۸۶.  
(3) - محمد باقر مجلسی، مرآة العقول، ج ۲۱، ص ۸۰، اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۶۰.  
(4) و (5) - زین الدین شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۹، بیروت، دارالاضواء، چاپ اول ۱۹۹۱، در کتب رجالی، راوی این حدیث، یعنی داود بن حصین، واقفی مذهب تعریف شده و بدین لحاظ، علامه حلی در عمل به مفاد روایت وی توقف کرده، ولی نجاشی در رجال خود، او را ثقة دانسته است و فیض کاشانی آن را ضعیف می شمارد (مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۳۷۲).  
(6) - نهایی المرام، ج ۱، ص ۴۶۸. فقط روایت «سبع» را صحیح شمرده و فیض کاشانی می نویسد: «روایة السبع اکثر و اشهر» که منظور، همان روایت «ایوب بن نوح» است.

اختصاص حضانت به مادر، ابن فهد حلی را بر آن داشته تا آن را برای مدت دوسالگی، حق مشترک والدین بداند و ادعای اجماع نیز داشته باشد<sup>(1)</sup> و صاحب جواهر مستند عقیده ابن فهد را همین روایت داودبن حصین ذکر کرده است.<sup>(2)</sup>

ابن بابویه (صدوق) با سندهای صحیح که به عبدالله بن جعفر حمیری می رسد، از ایوب بن نوح نقل می کند که امام صادق (ع) در پاسخ به سوال یکی از پیروانش که پرسیده بود « من همسری دارم که از او فرزندی ایجاد شده و طلاقش داده ام، حضانت کودک چه می شود؟» فرمودند: « مادر اگر بخواهد، تا هفت سالگی فرزند، بر حضانت وی اولویت دارد».<sup>(3)</sup>

محمد بن ادریس در کتاب مستطرفات السرائر با سند صحیح که به ایوب بن نوح می رسد، نقل می کند که شخصی از امام صادق (ع) سوال کرد: مردی با زنی ازدواج کرده و از او صاحب بچه ای شده و سپس او را رها کرده است، حال چه زمانی وی می تواند کودکش را از زن بگیرد؟ امام فرمودند: هنگامی که به هفت سالگی برسد و در این موقع، چه بخواهد و چه نخواهد، حضانت بر عهده وی است.<sup>(1)</sup>

در روایات باد شده، هم از لحاظ سند، «صحیح» است و هم اینکه راوی موضوع در هر دو، یکی است و مضمون آن دو نیز تقریباً یکسان است. بدین سبب، بعضی از بزرگان، قاطعانه گفته اند: « مقتضای عمل به روایت صحیح، آن است که حضانت را تا هفت سالگی فرزند، حق مادر بدانیم؛ چه پسر باشد و چه دختر.»<sup>(2)</sup>

شیخ صدوق از طریق سلیمان بن داود منقری<sup>(3)</sup> از حفص بن غیاث<sup>(4)</sup> و دیگری<sup>(5)</sup> از امام صادق (ع) روایت کرده است:

« از امام پرسیدم: مردی همسر خود را طلاق داده و از او فرزندی دارد. کدام یک احق به حضانت فرزند هستند؟ فرمودند: مادر، تا زمانی که شوهر نکرده است.»<sup>(6)</sup>

به گفته علامه حلی، مستند فتوای صدوق، همین روایت است که حق حضانت را تا زمانی که مادر شوهر نکرده، از آن او می داند.<sup>(7)</sup>

(1) -المهذب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶.

(2) -جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۶.

(3) -وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۱.

(1) - همان.

(2) -نهایه المرام، ج ۱، ص ۴۶۸.

(3) - سند صدوق نسبت به سلیمان منقری، ضعیف است؛ زیرا در طریق به وی، قاسم بن محمد که ضعیف است، واقع شده ولی خود

سلیمان بن داود منقری مورد توثیق نجاشی قرار گرفته است.

(4) - حفص بن غیاث، شیعی نیست، ولی کتاب وی مورد اعتماد اصحاب امامیه است.

(5) - این تردید که راوی آن را ناشناس کرده، روایت را از حجیت می اندازد.

(6) -مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۷.

(7) - همان.

شیخ کلینی نیز این روایت را چنین آورده است :

از علی بن ابراهیم، از علی بن محمد قاسانی، از ابوالقاسم بن محمد، از منقری، از امام صادق (ع) درباره مردی سوال شد که زنش را طلاق داده، در حالی که بچه ای دارند و اینکه کدام یک بر حضانت وی مقدم است؟ امام فرمودند : مادر مقدم است؛ البته تا زمانی که شوهر نکرده است.<sup>(1)</sup>

در مستدرک الوسائل نیز به نقل از دراللالی آمده است :

پیامبر اکرم (ص) فرمودند : مادر تا زمانی که شوهر نکرده، احق بر حضانت طفل است و نیز آن حضرت به زنی که شوهرش او را طلاق داده بود و می خواست کودکش را از وی بگیرد، فرمودند : « تا زمانی که ازدواج نکرده ای، تو احق بر حضانت هستی.»<sup>(2)</sup>

### جمع بندی روایات

همان گونه که قبلاً هم گفته شد، در بیان صاحب جواهر، عمدتاً روایت دوسال و هفت سال، مورد توجه است و روایت مورد استناد شیخ صدوق به لحاظ اینکه دارای ضعف سند و مرسل است، مورد اعتنا قرار نگرفته است، بنابراین برای رفع تعارض بین دو گروه از حدیث های یاد شده، روایت دوسالگی را بر پسر و روایت هفت سالگی را بر دختر حمل کرده اند و مبنای جمع بین این دو دلیل را نیز اجماع مذکور در کلام ابن زهره و اعتبار عقلی آن قرار داده اند.<sup>(3)</sup>

### نقد این استدلال

۱- با وجود اینکه امام (ع) در مقام بیان بوده، تفکیکی بین دختر و پسر واقع نشده است و لذا هر گونه اطلاق در این زمینه، در حکم صراحت است و موجب تقابل و تعارض صریح بین دو جنبه یاد شده می گردد و بدین ترتیب، نمی توان حکم هیچ یک را تخصیص زد و این امر با جمع تبرعی که گونه ای از تخصیص در دو طرف است، منافات دارد.

۲- روایات مربوط به دوسال، عموماً ناظر به موضوع «رضاع» است و مسئله حضانت در آنها مطرح نیست، خصوصاً اگر به روایت داودبن حصین که در آن، حق مادر و پدر را در مدت دوسال، نسبت به فرزند، یکسان دانسته، دقت کنیم، آن را خلاف اجماع امامیه می یابیم، پس مورد توجه هیچ یک از فقها واقع نشده و از آن اعراض کرده اند. به همین دلیل است که مضمون آن را به گونه ای تحلیل کرده اند که مقصود، شیردادن از طرف مادر و وجوب انفاق از طرف پدر است.<sup>(1)</sup> بدین سبب، روایت مزبور که از نظر محتوا مخالف روایات صحیح دیگر است، قابل اعتماد نیست.

۳- اجماع ادعایی ابن زهره که مستند قائلان به جمع دو روایت قرار گرفته، به علت نظر شیخ طوسی که به طور مطلق، سن هفت سالگی را پایان حضانت طفل می داند و بر آن، ادعای اجماع می کند و نیز روایات صحیحی را برای آن ذکر می کند، قابل تأمل است. علاوه بر اینکه فتوای

(1) - کافی، ج ۶، ص ۴۵. ولی علی بن محمد قاسانی ضعیف دانسته شده است.

(2) - مستدرک الوسائل، ج ۲۵، ص ۱۶۴.

(3) - جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰ و ۲۹۱.

(1) - همان، ص ۲۸۶.



فقهایی همچون قاضی ابن برّاج، این جنید و صدوق با اجماع ادعایی وی منافات دارد، پس نمی تواند دلیل قانع کننده ای برای جمع بین روایات قرار گیرد.

۴- بر نظر مشهور، ادعای اعتبار عقلی شده است، در حالی که اولاً این موضوع، نوعی استحسان صرف است که در فقه امامیه جایگاهی ندارد و شاید بتوان گفت که از نظر عقلی، فرزند تازه از شیرگرفته شده، به دامن مهر مادر، بیش از پدر نیاز دارد و عرفاً نیز کودک در نزد مادر صاحب صلاحیت، احساس امنیت بیشتری کرده و نیازهای روحی و جسمی وی بهتر برآورده می شود و دو روایت منقول از رسول اکرم (ص) نیز شاهد این ادعاست<sup>(۱)</sup>، بنابراین می توان نتیجه طبیعی این بحث را ترجیح روایات هفت سالگی دانست.

جالب اینکه صاحب حدائق نظریه دیگری داده است :

« اگر پس از طلاق، حضانت مورد نزاع قرار گرفت (جز مدت دو سال رضاع) پدر احق است و اگر اختلافی رخ نداد، مادر تا زمانی که شوهر نکرده، تا هفت سالگی طفل، مقدم بر پدر است»<sup>(۲)</sup>.

وی برای این نظر خود، روایت « دعه یلعب سبعاً و الزمه نفسک سبعاً »<sup>(۳)</sup> را ذکر کرده و توضیح می دهد که هفت سال آغاز که در دوران بازی و رشد است، نزد مادر بودن، صلاح تر است زیرا مادر است که با حوصله ای که به خرج می دهد، از وی مواظبت می کند. این فقیه سپس اضافه می کند که در همین روایت آمده است : « ثم ضمه الیک و الزمه نفسک » یعنی پس از هفت سالگی نیز او را نزد خود نگه دار و با وی باش، که این امر، خود دلالت بر این دارد که در فرض سوال، طفل پس از هفت سالگی نیز نزد مادر به سر برده است، پس به همین دلیل، صاحب حدائق درباره حضانت ، فرقی بین دختر و پسر ننهاده است.<sup>(۱)</sup>

### نتیجه سخن

۱- روایات صحیح مورد نظر، در هر حال، در اطلاق صراحت دارد و شامل کودک دختر و پسر می شود.

۲- حکم به تفاوت سن حضانت طفل دختر با پسر، به استناد جمع بین روایات، صرفاً جمعی تبریعی است و مویدی نیز بر درستی این جمع موجود نیست.

۳- با توجه به اطلاق روایات یاد شده بین حالت وجود اختلاف یا عدم اختلاف بین والدین تفاوتی نیست.

۴- بدین ترتیب، اساساً بین روایات مزبور، تعارضی وجود ندارد، بلکه روایات مربوط به دو سالگی، ناظر به امر نظارت و انفاق پدر است و اطلاق آیه شریفه « لا تُضَارُّ وَ الْإِذَّةَ بِوَالِدِهَا »<sup>(۲)</sup> در این زمینه حاکمیت دارد.

(۱) - مستدرک الوسائل، ج ۲۵، ص ۱۶۴، شماره ۵ و ۶؛ سنن بیهقی، ج ۸، ص ۴؛ مسند احمد، ج ۲، ص ۲۰۳؛ سنن ابی داود، ج ۲، ص ۲۸۳، شماره ۲۲۷۶.

(۲) - حدائق الناضر، ج ۲۵، ص ۸۹ و ۹۰.

(۳) - وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۳، باب ۸۲.

(۱) - حدائق الناضر، همان.

(۲) - بقره / ۲۳۳.

- ۵- این بخش از آیه شریفه با « لامولود له بولده»<sup>(3)</sup> در تضاد نیست، زیرا حق پدر محفوظ است.
- ۶- فتاویٰ قدما به شرحی که گفته شد نیز با احادیث صحیح ذکر شده هماهنگ است و بنابراین باید گفت که حق حضانت طفل چه دختر و چه پسر، تا هفت سالگی با مادر است و بدین ترتیب، ماده ۱۱۶۹ اصلاحی قانون مدنی، اگرچه به تایید شورای نگهبان نرسیده و مصلحتاً به تصویب رسیده است، ولی می توان آن را با قاعده فقهی، منطبق دانست.
- ۷- اگرچه در ماده مزبور، پس از سن هفت سالگی، تشخیص امر، بنا به مصلحت طفل، با دادگاه است و این امر در مستندات فقهی سابقه ندارد، ولی با دقت در پاره ای از فتاویٰ قدما و نیز اهل سنت که حضانت را تا بلوغ می دانند، به دست می آید که علاوه بر مصلحت اندیشی، مبانی فقهی نیز چندان با آن بیگانه نیست.