

حضانة اطفال در رویکرد فقهی و حقوقی

دکتر مهدی فلاح^۱

چکیده

این مقاله ضمن اینکه به مفهوم حضانة و توضیح قلمرو آن می‌پردازد، نخست فلسفه‌ی حضانة را مورد بررسی و تحقیق قرار می‌دهد و به دنبال آن، در این که حضانة حق است یا تکلیف، اقوال مختلف فقهای شیعه را احصا می‌نماید. سه دیدگاه عمده در این باره وجود دارد:

۱- کسانی نظیر صاحب جواهر^(ه) قائلند به این که حضانة، حق محض است. او می‌گوید: در ادله‌ی فقهی چیزی که دلالت بر وجوب حضانة نماید، وجود ندارد (جواهر، ۳۱، ۲۸۳).

۲- فقهای نظیر سیدعلی طباطبائی حضانة را آمیخته‌ای از حق و تکلیف می‌دانند و قانونگذار نیز در ماده‌ی ۱۱۷۲ از قانون مدنی، همین نظر را می‌پذیرد.

۳- مشهور فقهای امامیه قائل به تفصیل اند و آن را تنها نسبت به پدر، آمیخته‌ای از حق و تکلیف می‌دانند. امام خمینی^(ره) و آیه‌... خوئی^(ره)،

۱- استادیار فقه و مبانی حقوق مجتمع آموزش عالی شهید محلاتی

از فقه‌های معاصر، این دیدگاه را پذیرفته‌اند (تحریرالوسیله، ۲، ۴۴۹ و منهاج الصالحین، ۲، ۲۸۶).

هر چند قانونگذار در مرحله‌ی اول قانونگذاری، در قانون مدنی گرایش به دیدگاه دوم دارد و قائل به آمیخته بودن حضانت نسبت به حق و تکلیف است، در مرحله‌ی بعد، از این نظر عدول نموده و نظر بدوی را تخصیص می‌زند. مقایسه‌ی این دو مرحله‌ی قانونگذاری نشان می‌دهد که قانونگذار نیز سرانجام در مسأله‌ی حضانت، به دیدگاه مشهور فقها متمایل شده است.

کلید واژگان: حضانت طفل، حق پدر، تکلیف پدر، حق مادر

مقدمه

در فقه و حقوق، مسأله‌ی نگهداری و تربیت طفل از مباحث مهمی است که از نگاه ژرف فقها دور نمانده است. تشکیل خانواده پیامدهای مثبت فراوانی دارد؛ این آثار هم مادی است و هم معنوی. انس و الفتی که میان زن و شوهر در پرتو تشکیل خانواده به وجود می‌آید، تربیت فرزندی که آینده‌ی جامعه به دست آنان رقم می‌خورد و چرخ‌های اقتصادی کشور با خلاقیت آنان به حرکت در می‌آید، از جمله‌ی این آثار است. در این میان، آثار حقوقی و مادی هم وجود دارد؛ روابط مالی زوجه در مبحث ارث، مهریه، نفقه و اجرت المثل، در بحث خانه داری خانم‌های خانه دار، تنها بخشی از این آثار حقوقی است.

موضوع این مقاله، لزوم تربیت و نگهداری فرزندان، یکی از مباحث مهم مربوط به وظایف خانواده است که از آن تحت عنوان «حضانت اطفال» یاد می‌شود. البته مباحث دیگری نیز در این باره وجود دارد نظیر: حق تمکین، شیر دادن یا رضاع، بحث نشوز و ناشزه، الزام به انفاق، نسب و ولایت بر اطفال؛ اما در این مقاله تنها موضوع یاد شده، آن هم نه در همه ابعادش، بلکه صرفاً با تأکید

بر جنبه‌ی حق یا تکلیف بودن آن، مورد بحث و تحقیق قرار می‌گیرد.

بنابراین، مقاله‌ی حاضر در پی یافتن پاسخ به این پرسشها، به‌رشته‌ی تحریر در آمده است: مفهوم حضانت چیست و قلمرو آن کدام است؟ فلسفه‌ی حضانت و نگهداری اطفال چیست؟ آیا حضانت حق است یا تکلیف؟

۱- مفهوم حضانت و قلمرو آن

حضانت در لغت هم به‌فتح حاء آمده است و هم به‌کسر حاء و از کلمه‌ی «حِضْن» به‌معنای «به‌پهلوی گرفتن» و «زیر بغل در آوردن» است. در فرهنگ لغت می‌خوانیم: «اِحْتَضَنَ الصَّبِيَّ اَي جَعَلَهُ فِي حِضْنِهِ»، یعنی او طفل را در بستر و گاهواره قرار داد. و همچنین آمده است: «اِحْتَضَنَ الطَّيْرُ بَيْضَهُ رَحًّا عَلَيْهَا لِالتَّفْرِيحِ»، یعنی پرنده برای جوجه آوردن، روی تخم‌هایش قرار گرفت (المنجد، ۱۳۴؛ مصباح المنیر، ۱، ۱۷۲؛ لسان‌العرب، ۱۳، ۱۲۲؛ تاج العروس، ۱۸۰) در تعریف کلمه‌ی «حاضنه» هم آمده است: «الحاضنه هي التي تقوم على الصغیر فی تربیته»، یعنی حاضنه زنی است که نگهداری و تربیت طفل را بر عهده گرفته است (همان).

در قرآن کریم هم آمده است: «اِذْ يُلْقُونَ اَقْلَامَهُمْ اَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ»، یعنی هنگامی که قلم‌های خود را می‌انداختند که کدامیک کفیل مریم شوند (آل عمران، ۴۴) و نیز چنین آمده است: «وَ كَفَّلَهَا زَكَرِيَّا»، یعنی خداوند زکریا را برای مریم سرپرست قرار داد (همان، ۳۷) و در آیه‌ای دیگر می‌خوانیم: «هَلْ اَدُّوْكُمْ عَلٰی مَنْ يَكْفُلُهُ»، یعنی آیا شما را هدایت کنم به‌کسی که او را سرپرستی نماید و نگهداری کند (طه، ۴۰).

اینک، پس از آشنایی با معنا و موارد کاربرد واژه‌ی حضانت، نمونه‌هایی از تعاریف فقها در این باره، ارائه می‌گردد. شهید ثانی^(ره) می‌نویسد:

«الحضانة بفتح الحاء ولاية على الطفل والمجنون، لفائدة تربیته و ما يتعلّق بها



من مصلحة حفظه و جعله في سريره و رفعه و كحله و دهنه و تنظيفه و غسل خرقه و ثيابه و نحوذلك» (الروضة البهية، ۴۸۵، ۵).

مرحوم صاحب جواهر نیز در این باره می نویسد:

«أما الحضانة بالفتح والكسر فهي كما في القواعد والمسالك ولاية و سلطنة على تربية الطفل و مايتعلق بها من مصلحة حفظه و جعله في سريره و كحله و تنظيفه و غسل خرقه و ثيابه و نحوذلك» (جواهر...، ۳۱، ۲۸۳).

مضمون دو تعریف یاد شده، نشان می دهد که حضانت یک نوع ولایت، تسلط و اقتدار برای نگهداری و تربیت طفل و مجنون، و همچنین انجام کارهایی است نظیر نگهداری، تغذیه، آراستن، پاکیزه نمودن، شستشو و حفظ سلامتی آنها. دقت در تعریف امام خمینی^(ره) در خصوص حضانت نشان می دهد که ایشان هر چیزی را که در نگهداری طفل مصلحت باشد، در نگهداری و سرپرستی وی لازم می داند. ایشان می نویسند: «الام احق بحضانة الولد و تربيته و مايتعلق بها من مصلحة حفظه مدّة الرضاع» (تحریر الوسیله، ۲، ۴۴۹).

قانونگذار علی رغم اینکه در قانون مدنی، به طور جداگانه، طی دوازده فصل، تحت عنوان خاصی به این مهم می پردازد، تعریفی از حضانت ارائه نمی کند (مجموعه قوانین...، ۳۰۵) اما در عبارات حقوقدانان می توان مطالبی یافت که به نحوی به تعریف یاد شده می پردازند. از مجموع عبارات آنان می توان به این جمع بندی رسید که حضانت عبارت است از به کار بردن ابزار و وسایل لازم برای بقا، نمو، بهداشت جسمی و روحی و اموری چون تأمین خوراک و پوشاک، استحمام و نظافت و هر چه که مطابق اقتضای سن کودک، در نگهداری و مواظبت وی لازم است و باید انجام گیرد (حقوق مدنی، امامی، ۵، ۱۸۸، و حبیب الله طاهری، ۳، ۳۳۴).

در قوانین وضعی سایر کشورها هم فی الجمله به تعریف حضانت اشاراتی

شده است. از باب نمونه می‌توان به ماده‌ی چهار قانون احوال شخصیه‌ی کشور تونس اشاره نمود، به این مضمون که حضانت، حفظ طفل و اقدام به تربیت اوست. در ماده‌ی ۹۷ قانون یاد شده در کشور مراکش، حضانت، نگهداری و حفاظت طفل در مقابل خطر و ضرر، به میزان توانایی و استطاعت، و همچنین اقدام به تربیت طفل، حفظ منافع و مراعات مصلحت ایشان است (حقوق خانواده، ۲، ۱۲۳).

دکتر وهبه الزحیلی هم می‌نویسد:

«یعنی حضانت، تربیت و نگهداری طفل و مواظبت کسی است که نمی‌تواند به تنهایی خودش را از آسیبها حفظ کند و نمی‌تواند چیزهای بد و زیان آور را تشخیص دهد، مانند طفل یا دیوانه. حضانت کننده‌ی طفل نیازهای او مانند غذا، لباس، خوابگاه و شستشوی او را تا سن معینی فراهم می‌نماید و خلاصه حضانت، نوعی ولایت و سلطه است» (الفقه الاسلامی و ادلته، ۷، ۷۱۷).

به نظر می‌رسد توجه به بعد تربیتی طفل در کنار مسائل مادی او، از اهم نکاتی است که موضوع حضانت و توجه قانونگذار به آن را ضروری می‌نماید. در زمان حاضر نیز امر حائز اهمیت در سرپرستی و حضانت اطفال، موضوعی است که ساختار شخصیتی اطفال بر آن مبتنی می‌شود. از این جهت خردمندان جامعه و عقلا بر این مسأله تأکید ورزیده‌اند. بر این اساس است که بسیاری از زنان و مردانی که به دلایل مختلف، چاره را در جدایی و طلاق می‌بینند، با توجه به اهمیت سرنوشت کودکان و اطفالی که حاصل زندگی مشترک آنان است و به خاطر حفظ مصالح کودکان، ادامه‌ی زندگی زناشویی را با همه‌ی مشکلات آن ترجیح می‌دهند.



۲ - فلسفه‌ی حضانت

همه‌ی اوامر و نواهی الهی بر اساس مصلحت و حکمت است؛ بر این اساس باید پرسید: فلسفه‌ی حضانت چیست و چرا شارع مقدس نسبت به سرپرستی و حضانت اطفال توجه فراوان دارد؟

از کلام صاحب نظران و اندیشمندان چنین استفاده می‌شود که مهمترین اصل و حکمت حضانت، رعایت مصلحت کودک است؛ امری که از آن به «غبطه»، تعبیر شده است. در صورت بروز اختلاف و عدم سازش میان والدین، رعایت حق کودک و مصالح وی الزامی است و به بهانه‌ی اختلاف در ادامه‌ی زندگی زناشویی، نمی‌توان نسبت به سرپرست کودک بی توجه بود؛ در کلام امیرالمؤمنین^(ع) چنین آمده است:

«وَمِنْ رَحْمَتِهِ أَنَّهُ لَمَّا سَلَبَ الْوَلَدَ قُوَّةَ الْبُهْمِ وَالْمُتَعَدِّيَ جَعَلَ تِلْكَ الْقُوَّةَ فِي أُمَّهِ وَرَفَقَهَا عَلَيْهِ لِتَقْوَمَ بِتَرْبِيَّتِهِ وَحِضَانَتِهِ فَانْقَسَى قَلْبُ أُمِّ مِنَ الْأَمَهَاتِ لَوْجِبَ تَرْبِيَّةَ هَذَا الْوَلَدِ وَحِضَانَتَهُ عَلَى سَائِرِ الْمُؤْمِنِينَ»

از رحمت خداوند متعال است که به دلیل ناتوانی طفل بر حرکت و تغذیه و امثال آن، خداوند متعال این نقص را با توانمندی مادر جبران نموده است. خداوند رحمان، مادران را نسبت به کودکان مهربان آفرید تا در پرتو محبت آنان، کودکان مورد تربیت و مواظبت قرار گیرند. از این رو، چنانچه بر خلاف معمول، مادری سنگدل بود و حاضر به نگهداری و حضانت طفل خود نشد، مواظبت از کودک حسب مورد بر سایر مومنان واجب می‌گردد (بحار، ۹۲، ۲۴۸).

همان طور که از عبارت فوق استفاده می‌شود، هدف و فلسفه‌ی اصلی در حضانت، تربیت کودک است. بنابراین، در مرحله‌ی نخست، این وظیفه بر دوش مادران است. چون طبیعت مادری این نقش را به خوبی ایفا می‌کند و چنانچه مادر نتواند این هدف را تأمین کند، این مهم بر عهده‌ی مومنان دیگر، حسب مورد، محول می‌گردد.



دقت در سخن دکتر وهبه الزحیلی در این خصوص، ما را دقیق تر به فلسفه‌ی حضانت رهنمون می‌نماید؛ ایشان می‌گویند:

«الأمّ احق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق او وفاة بالاجماع، لوفور شفقتها إلیا ان تكون مرتدة او فاجرة فجوراً یضیع الولد به کزنا و غناء و سرقة و نياحة، او غیر مامونة، بان تخرج کل وقت و تترك الولد ضائنا»

مضمون عبارت این است که همه‌ی فقها اتفاق نظر دارند که پس از جدا شدن پدر و مادر از یکدیگر، به علت طلاق یا فوت یکی از آن دو، پدر یا مادر برای حضانت کودک از هر کس دیگر سزاوارتر است؛ او در بیان علت این اولویت می‌گوید:

«زیرا مهربانی و محبت او به کودک بیش از سایرین است. تنها زمانی این اولویت از بین می‌رود که مادر کافر یا مرتد گردد و یا مشکلاتی نظیر فسق و فجور متوجه وی شود؛ به‌گونه‌ای که صلاحیت را از او ساقط نماید. در خصوص مصادیق فسق و امثال آن، مواردی مانند زنا کاری، آوازه خوانی و سرقت را نام می‌برد و در ادامه، مشاغل پستی از قبیل نوحه گری در مجالس عزا (به عنوان شغل) را نیز از مواردی می‌شمارد که مادر را از صلاحیت حضانت ساقط می‌کند و یا این که مادر به‌گونه‌ای در موضع اتهام باشد که مورد اطمینان نباشد و از رهگذر وی خطری متوجه کودک شود. این‌ها همه مواردی است که به‌نحوی اشاره به فلسفه‌ی حضانت می‌نمایند» (الفقه الاسلامی و ادلته، ۷، ۷۲۰).

صاحب جواهر (م. ۱۲۶۶ هـ ق)، از فقهای گرانقدر شیعه، در بیان سبب لزوم سرپرستی پسر تا دو سالگی و دختر تا هفت سالگی توسط مادر از منظر فقها، می‌فرماید: «إذا الوالد انسب بتربیة الذکر و تادیبه کما ان الوالده انسب بتربیة الانثی و تادیبها»

بر این اساس، پدر برای نگهداری و تربیت پسر بعد از دو سالگی شایسته‌تر

و مناسبتر است و مادر نیز نسبت به دختر این صلاحیت و شایستگی را تا هفت سالگی دارد (جواهر...، ۳۱، ۲۹۱).

وی در تبیین فلسفه‌ی حضانت اطفال مطلبی دارد به این مضمون که از استدلال برخی از فقها درباره‌ی اصل وجوب حضانت، به استناد اطلاق: «و لاتضارّ والدهُ بولدها» (بقره، ۲۳۳)، نیز می‌توان این معنا را فهمید که دور نمودن طفل از دامن پر مهر مادر، موجب ضرر نسبت به کودک است و با توجه به اطلاق نفی مذکور، این معنا به صورت گسترده از آیه‌ی یاد شده مستفاد می‌گردد (همان). شهید ثانی (م ۹۶۵ هـ ق) نیز سخنی شبیه سخن صاحب جواهر دارد؛ او می‌گوید: وهی بالاثنی الیق منها بالرجل، لمزید شفقتهها و خلقها المعد لذلک بالاصل (الروضه البهیة، ۵، ۴۵۹) یعنی زن برای حضانت از مرد شایستگی بیشتری دارد؛ زیرا مهربانی او نسبت به کودک بیشتر، و خلقت او انسب به تربیت طفل است.

از سخن امام خمینی^(ره) در بحث مورد نظر آشکارا استفاده می‌شود که ایشان تربیت طفل و رعایت مصالح او را اصلی‌ترین فلسفه حضانت می‌دانند (تحریر الوسیله، ۲، ۴۴۹).

دکتر ناصر کاتوزیان، از حقوق‌دانان معاصر نیز در بیان فلسفه‌ی حضانت می‌گوید:

قواعد حاکم بر روابط پدر و مادر و فرزندان را بر دو مبنا می‌توان استوار کرد و این دو نیز ملازم و مکمل یکدیگر است. ۱- همبستگی خانوادگی، ۲- حمایت از کودک (حقوق مدنی، خانواده، ۲، ۱۲۹).

این مطلب در تعبیر دیگری با بیانی رساتر دیده می‌شود: بر پدر و مادر لازم است، فرزند خویش را طوری تربیت نمایند که مهیا و آماده برای زندگی اجتماعی شود و باید بر رفتار و معاشرتها و تحصیل او نظارت مستمر داشته



باشند و قبل از هر چیز، آداب و سنن مذهبی و ملی را، تا جایی که مخالف دین و شئون دینی نباشد، به او بیاموزند؛ و در فرا گرفتن علم، صنعت یا حرفه‌ی متناسب با زمان و وضعیت اجتماعی خانوادگی، او را کمک نمایند، تا این فرزند در آینده بتواند با به دست آوردن عایدات کافی، زندگی خود را در حد معقول بگذراند (حقوق مدنی، همان، ۳۲۵).

به نظر می‌رسد فلسفه‌ی حضانت و نگهداری اطفال حسب مورد و در زمانهای مختلف متفاوت می‌گردد. هر قدر جامعه گسترده تر و به لحاظ اجتماعی پیشرفته تر باشد، مفهوم حضانت نیز گسترش می‌یابد؛ مراعات عرف محلی و آداب و رسوم اجتماعی حاکم بر جامعه نیز نباید در این خصوص فراموش گردد. شاید مفاد ماده‌ی ۱۱۷۸ قانون مدنی هم به نوعی مشعر به فلسفه‌ی حضانت باشد؛ در این ماده آمده است: «ابوین مکلف هستند که در حدود و توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام نمایند و نباید آنها را مهمل بگذارند»

۳ - حضانت، حق یا تکلیف؟

قبل از طرح دیدگاه فقها و حقوقدانان در این خصوص، نخست به بیان مفهوم حق و تکلیف و تفاوت آن دو با یکدیگر می‌پردازیم: حق در اصطلاح، نوعی سلطه و اقتدار یا نوع و مرتبه‌ی ضعیفی از ملکیت است که قانون آن را به فرد یا افرادی می‌دهد تا در پرتو آن در موارد خاصی به کار گیرند و از مزایای آن بهره مند شوند (فیض، ۲۸۵).

از ویژگیهای حق آن است که صاحب حق فی الجمله می‌تواند آن را نقل و انتقال داده و یا ساقط کند یا به ارث بگذارد؛ با این وجود، حقوقی هستند که نمی‌توان آنها را به دیگری منتقل کرد و آنها قابل استفاده هم نیستند و نه به‌طور

قهری، به دیگری منتقل می‌گردند.

احکام در فقه اسلامی، آن اوامر و نواهی اند که به افعال مکلفین و یا به وقایع و اتفاقات تعلق گرفته و ممکن است به دو لحاظ مورد مطالعه قرار گیرند: یکی از جهت صدور از مبدأ و دیگری از جهت توجه به مکلف. سه لفظ حکم، تکلیف و حق در مرحله‌ی صدور از منشأ، متحد و یکسان اند و به این جهت، هر سه حکم خوانده می‌شوند. ولی در مرحله‌ی ثانی، یعنی در تعلق به مکلف، با هم متفاوت می‌گردند. وقتی که الزام، اقدام یا خودداری از اقدام را پدید می‌آورد، تکلیف نامیده می‌شود و هنگامی که نسبت به بعضی از اشخاص، اموری ثابت و برقرار می‌شود، به طوری که در ید و تسلط آنها قرار می‌گیرد، از آن به حق تعبیر می‌گردد (مبانی و کلیات حقوق، ۲۵).

البته نباید فراموش کرد که تعیین تفاوت بین حق و حکم، مخصوصاً در عقود جایز و احکام ترخیصی، بسیار مشکل است و به آسانی قابل بیان نیست؛ مصادیق، حسب مورد و بسته به اینکه متعلق آن چیست، متفاوت هستند. گاهی متعلق، اعیان خارجی است مثل حق التحجیر و یا حق الرهانه و هم چنین حق طلبکاران در خصوص ترکه میت یا مفلس.

و گاهی نیز متعلق آن، شخص است نه شیء خارجی، نظیر حق ولی دم در بحث قصاص و یا حق الحضانه ملحوظ در موضوع این نوشتار، حتی ممکن است متعلق حق نه اعیان خارجی باشد و نه اشخاص، بلکه صرفاً در پی معامله‌ای ایجاد شود، مانند حق خیاری که برای دو طرف معامله به وجود می‌آید.

انواع حکم نیز مختلف است؛ گاهی حکم تکلیفی است و گاهی وضعی. نوع اول همان احکام خمسه شامل وجوب، حرمت، کراهت، استحباب و اباحه است. احکام وضعی نیز مواردی است که امر یا نهی شارع را در بر ندارد، به عبارت دیگر آنهایی است که مستقیماً به افعال مکلفین تعلق نمی‌گیرد، مانند سبب، شرط،

علیت، مقتضی، مانع، صحت، بطلان.

می‌توان گفت که حق، قابل اسقاط و نقل و انتقال است ولی حکم این گونه نیست؛ مثل این که لزوم انفاق به اولاد فقیر نه قابل انتقال است و نه موجب ضمان، بلکه فقط تکلیف است. لذا چنانچه پدر و مادر توانمند و متمکن، نسبت به فرزند فقیرشان کوتاهی کنند و انفاق نکنند، هر چند به خاطر ترک وظیفه، مرتکب گناه شده‌اند، فرزند آنها نمی‌تواند نفقه‌ی ایام گذشته را از آنها مطالبه نماید و ضمانی متوجه والدین او نیست. هم چنین آن قابل نقل و انتقال به غیر هم نیست، همان گونه که قابل اسقاط نیست. چون انفاق به اولاد فقیر، صرفاً حکمی تکلیفی است و موجد حق نیست. اما وقتی صحبت از نفقه‌ی زوجه‌ی دائمی می‌شود، امر متفاوت است؛ چون حق بوده و تمام ویژگی‌های حق در آن قابل اعمال است، هم قابل انتقال است و هم قابل مطالبه و اسقاط. بر این اساس، حتی نفقه‌ی ایام سابق نیز قابل مطالبه است.

البته حقوقی فاقد ویژگی کلی مذکور هم وجود دارد، مانند حق الوصایه یا حق الولایه نظیر ولایت پدر یا جد پدری، که هم قابل اسقاط و هم قابل انتقال است؛ زیرا در این گونه موارد، حق قائم به شخص است و حقوقی نظیر حق قصاص عضو و حق تمتع زوجین از هم و یا رجوع زوج به زوجه در طلاق رجعی قابل اسقاط است. اما انتقال آن ممکن نیست. پس در مجموع می‌توان گفت که حق، حسب مورد متفاوت است و نمی‌توان آن را در تمام موارد یکسان دانست.

اینک به پرسش اصلی می‌پردازیم: حضانت حق است یا تکلیف و یا آمیخته‌ای از این دو؟ پاسخ این پرسش بر اساس نظرات و دیدگاه‌های فقها دنبال می‌گردد. در مجموع، سه دیدگاه عمده در این باره وجود دارد: (الفقه علی المذاهب الخمسه، ۳۸).



الف) نظریه‌ی نخست

دیدگاهی که حضانت را حق محض می‌داند. از این منظر، حضانت هم قابل اسقاط است و هم می‌توان آن را منتقل نمود. دارنده‌ی حق می‌تواند آن را به دیگری ببخشد. زوجه در طلاق خلع می‌تواند این حق را به زوج بذل نماید. نمی‌توان دارنده‌ی حق را به حضانت الزام کرد. تنها در صورتی وی را ملزم می‌نمایند که نگهداری طفل توسط دیگری ممکن نباشد، یعنی تنها از باب ضرورت. بر اساس این دیدگاه، مادر می‌تواند از قبول حضانت خودداری نماید و در ازای اعمال این حق، مطالبه‌ی مزد و پاداش کند؛ به دلیل اینکه حضانت تکلیفی بر عهده وی نیست.

صاحبان این نظریه در استدلال بر مطلب گفته‌اند دلیلی که به استناد آن بتوان حضانت را به عنوان تکلیف به‌ذی حق تحمیل نمود، وجود ندارد؛ نه نصی وجود دارد و نه اجماعی (جامع المدارک، ۴، ۴۷۲؛ مهذب الاحکام، ۲۵، ۲۸۲؛ ریاض المسائل، ۷، ۲۵۴؛ منهاج الصالحین، ۲، ۲۸۶؛ الفقه علی المذاهب الخمسه، ۳۸۲ و شرح لمعه، ۲، ۱۴۱).

شهید در قواعد و صاحب جواهر (م. ۱۲۶۶ ه. ق) این نظر را دارند. صاحب

جواهر^۱ می‌نویسد:

در ادله‌ی فقهیه، چیزی که دلالت بر وجوب حضانت کند، وجود ندارد بلکه چیزی هست که بر عدم وجوب حضانت دلالت می‌کند؛ مانند اینکه حضانت را متعلق به‌خواسته و مشیت مادر نموده‌اند و گفته‌اند مادر تا هفت سالگی به‌حضانت فرزند سزاوارتر می‌باشد، بلکه ظاهراً حق بودن

۱- شیخ محمد حسن اصفهانی، صاحب جواهر الکلام فرزند شیخ باقر از ارکان علمای امامیه است. کتاب یاد شده بزرگترین موسوعه‌ی فقهی شیعه است.



حضانت فرزند برای مادر مانند حق بودن شیر دادن او می‌باشد؛ همان طور که شیر دادن برای او واجب نیست، حضانت هم برای او واجب نمی‌باشد و می‌تواند حق حضانت را ساقط کند و یا در قبال آن درخواست اجرت نماید (جوهر، ۳۱، ۲۸۳).

شهید هم می‌گوید: اگر مادر از قبول حضانت خودداری کند، پدر به قبول حضانت سزاوارتر است و اگر پدر و مادر هر دو از قبول حضانت امتناع کنند، پدر را مجبور به قبول حضانت می‌کنند (شرح اللمعه، ۵، ۴۶۴) از نظر او، مادر می‌تواند از قبول حضانت خودداری نماید و در آن صورت پدر اولویت پیدا می‌کند و چنانچه هر دو از پذیرش آن امتناع ورزند، تنها از باب ضرورت و نه به حکم اولیه، پدر را مجبور به حضانت می‌نمایند؛ بر این اساس، می‌توان منظور واقعی شهید را فهمید.

از سخن مرحوم محقق حلی^۱ (م ۶۷۶ هـ ق) نیز می‌توان این مطلب را استشعار نمود؛ در سخن وی آمده است:

اما الحضانة فالام احق بالولد مدة الرضاع... فاذا فصل فالوالد احق بالذکر
والام احق بالانثی حتی تبلغ سبع سنین و قیل تسعاً و قیل الام احق بها مالم
تتزوج والاول اظهر ثم یكون الاب احق بها.

او با تعبیر «احق»، مقصود را بیان می‌نماید؛ این عبارت بیانگر آن است که وی حضانت را صرفاً حق والدین می‌داند، در غیر این صورت این تعبیر نادرست است. اگر او علاوه بر حق دانستن حضانت، قائل به تکلیف هم باشد، عبارت مذکور مخل به مقصود وی است. به دنبال عبارت یاد شده او می‌افزاید: ولو تزوجت الام سقطت حضانتها عن الذکر والانثی و کان الاب احق بهما

۲- نجم الدین جعفر بن حسن حلی از بزرگان فقهای شیعه و صاحب آثار مهم در فقه است. وی به دلیل جامعیت فضائل علمی و عملی و تحقیقات عالیه ی فقهی برای اولین بار در بین فقهای شیعه به این لقب خوانده شد، به طوری که اگر بدون قید به کار رود، تنها به ایشان انصراف دارد.

(شرايع...۵۶۷).

در خصوص مادر، مخصوصاً عبارت خود را آشکارتر بیان می‌کند. چنانچه عبارت بعدی ایشان را ملاحظه کنیم، هر گونه تردیدی در این خصوص از میان می‌رود، او می‌نویسد: «اذا طلبت الام للرضاع اجرة زائدة عن غيرها فله تسليمه الى الاجنبية و في سقوط حضانة الام تردد والسقوط اشبه» مضمون عبارت این است که در صورت مطالبه‌ی اجرت، اشبه آن است که حق وی ساقط می‌گردد. کاملاً آشکار است که نامبرده قائل به تکلیف نیست؛ زیرا اگر قرار بود حضانت تکلیفی بر دوش مادر باشد، نباید با مطالبه‌ی اجرت تکلیف از وی ساقط گردد (همان، ۵۶۸).

شبهه همین مطلب در عبارت شهید اول (۷۸۶ - ۷۳۴ هـ ق) در لمعه آمده است. ایشان به دنبال عبارت «ولو تزوجت الام سقطت حضانتها»، می‌افزاید: فان طلق عادت الحضانة (لمعه، ۱۷۷) البته از سخن شهید نمی‌توان فهمید که او در خصوص پدر هم این نظر را داشته باشد. شبهه سخن شهید اول در سخن امام خمینی (ره) هم آمده است؛ ایشان در صورت طلاق گرفتن مادر، می‌فرماید: بعید نیست که بگوئیم حق حضانت هم بازگشت می‌نماید. وی در پایان آن را وابسته به توافق طرفین می‌داند (تحریر الوسیله، ۲، ۴۵۰) بنابر آنچه گذشت، عده‌ای از فقها، حضانت را حق محض می‌دانند، اما عده‌ای دیگر نظیر شهید اول و امام خمینی^(ه) ظاهراً تنها نسبت به مادر این نظر را دارند.

ب) نظریه‌ی دوم: حضانت، آمیخته‌ای از حق و تکلیف

عده‌ای از فقها معتقدند حضانت هم حق است و هم تکلیف. به این جهت، دارنده‌ی حق نمی‌تواند آن را اسقاط نموده یا به دیگری منتقل کند و یا عوض در طلاق خلع قرار دهد. حتی مادر نمی‌تواند در مقابل ایفای این حق، از زوج



مطالبه‌ی اجرت نماید؛ حضانت علاوه بر حق، تکلیف نیز می‌باشد. سیدعلی طباطبائی^۱ (م ۱۲۳۱ق) و شهید نیز این نظر را دارند (ریاض المسائل، ۷، ۲۵۴) ظاهر سخن اکثر حقوقدانان نشان می‌دهد که این نظر را پذیرفته‌اند (حقوق خانواده، ۲، ۱۵۰) قانونگذار نیز در قانون مدنی در مرحله‌ی نخست و به‌عنوان حکم اولی، از این دیدگاه پیروی نموده و حضانت را علاوه بر حق، تکلیف هم دانسته است (ماده ۱۱۶۸ ق.م).

در ماده ۱۱۷۲، آشکارا و به‌طور صریح آمده است:

هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به‌عهده‌ی آنهاست، از نگهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم، نگهداری طفل را به‌هر یک از ابویین که حضانت به‌عهده‌ی اوست، الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا موثر نباشد، حضانت را به‌خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد، به‌خرج مادر، تأمین کند.

لازم به‌ذکر است، هر چند قانونگذار در مرحله‌ی نخست قانونگذاری از این نظریه پیروی نموده است، در نظریه‌ی سوم خواهد آمد که در مراحل بعدی، قانونگذار کلیت و اطلاق یاد شده را تخصیص می‌زند و عملاً از نظریه‌ی سوم یا نظریه‌ی مشهور فقها تبعیت می‌کند.

ج) نظریه سوم: تفصیل میان پدر و مادر

مشهور فقهای امامیه بر این باورند که میان پدر و مادر در این مسأله، تفاوت وجود دارد. حضانت نسبت به‌مادر، تنها حق محض است، ولی وقتی نوبت به‌پدر

۱- سید علی طباطبائی صاحب ریاض فرزند سید ابوالمعالی از بزرگان امامیه در قرن سیزدهم است. ایشان خواهرزاده، داماد و از شاگردان آیت الله وحید بهبهانی است.

می‌رسد، علاوه بر حق، تکلیف هم هست. در نتیجه گفته‌اند مادر را نمی‌توان مجبور به حضانت و سرپرستی طفل نمود؛ او می‌تواند از قبول آن خودداری نماید و بابت حضانت طفل درخواست اجرت و پاداش کند و حتی می‌تواند حق حضانت را ساقط کرده و یا مورد صلح قرار دهد (جامع المدارک، ۴، ۴۷۲، المبسوط، ۶، ۳۳۷، منهاج الصالحین، ۲، ۲۸۵).

ظاهر سخن امام خمینی^(ره) در عبارت زیر، حاکی از تمایل به این نظر است:

«الام احق بحضانة الولد و تربیته و مایتعلق بها من مصلحة حفظه مدة الرضاع، ای الحولین اذا كانت حرة مسلمة عاقلة ذکرا و انثی سواء ارضعه هی بنفسها او بغيرها. فلا يجوز للاب يأخذه فی هذه المدة منها و ان فطمته علی الاحوط؛ فاذا انقضت مدة الرضاع فالاب احق بالذکر و الام بالانثی، احق تبلیغ سنین من عمرها ثم یكون الاب احق بها. و ان فارق الام بفسخ او طلاق قبل ان تبلیغ سبع سنین لم یسقط حقها مالم تتزوج بالغير. فلو تزوجت سقط حقها عن الذکر و الانثی و كانت الحضانة للاب؛ ولو فارقها الثانی لایبعد عود حقها و الاحوط التصالح و التسالم» (تحریر الوسیله، همان).

محمدجواد مغنیه صراحتاً می‌گوید:

«طائفه‌ی امامیه و شافعیه و حنبلیه معتقدند حضانت حق مادر است و تکلیف او نیست و هر گاه بخواهد، می‌تواند از این حق صرف نظر نماید. و چنانچه از نگهداری طفل امتناع ورزد، او را مجبور به سرپرستی از طفل نمی‌کنند» (الفقه علی المذاهب الخمسه، ۳۸۲).

برخی نیز این گونه بر نظریه‌ی مشهور فقها صحه گذاشته‌اند: «حق الحضانة الذی یكون للام یسقط باسقاطها بخلاف حق الحضانة الذی یكون للاب او الجد فانه لا یسقط باسقاطه» با اسقاط مادر، حق حضانت او ساقط می‌گردد، بر خلاف اسقاط آن از ناحیه‌ی پدر که با اسقاط او حق سرپرستی ساقط نمی‌شود (نظام النکاح، ۲، ۳۳). مرحوم آیه ا... خوئی (م ۱۴۱۳ هـ ق) نیز این نظر را در

منهاج الصالحین پذیرفته است (همان، ۲، ۲۸۶).

قرائن و شواهد نشان می‌دهد که قانونگذار نخست از نظریه‌ی دوم پیروی نموده است، یعنی حضانت را نسبت به پدر و مادر آمیخته‌ای از حق و تکلیف می‌داند؛ در ماده‌ی ۱۱۶۸ قانون مدنی آمده است: «نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است» و یا در ماده ۱۱۷۲ همین قانون می‌نویسد:

هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به‌عهده‌ی آنهاست، از نگهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم، نگهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به‌عهده‌ی اوست، الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا موثر نباشد، حضانت را به‌خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد، به‌خرج مادر تأمین کند.

و در ماده‌ی ۱۱۷۸ نیز این گونه بر مطلب تأکید شده است: ابویین مکلف هستند که در حد و توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضای اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند. مواد یاد شده حاکی از این است که به‌صورت عام و مطلق، قانونگذار حضانت را نسبت به ابویین هم حق می‌داند و هم تکلیف. و این بدین معناست که قانونگذار در این باره از نظریه‌ی دوم فقها پیروی کرده است.

با توجه به مداخله‌ی مراجع قانونگذار در قانون وضعی ایران در این خصوص، تشخیص این که بالاخره رویه‌ی جاری نظام قضایی ایران، از کدام نظر پیروی می‌کند، کاری دشوار است. به‌طور نمونه، چند مورد از مواد اصلاحی را در این خصوص، مورد ارزیابی قرار می‌دهیم. در ماده‌ی ۱۱۶۹ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۸۲/۹/۸ آمده است: «برای حضانت طفلی که ابویین او از یکدیگر جدا زندگی می‌کنند، مادر تا سن ۷ سالگی اولویت دارد و پس از آن حضانت طفل با پدرش می‌باشد».



کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در این باره چنین آورده است :

چنانچه زوجه حاضر به قبول حضانت به طور مجانی یا در برابر اجرت المثل یا کمتر از آن باشد، در این صورت مادر احق و اولی به حضانت است از هر کس دیگری حتی از جد پدری؛ اگر چه ازدواج هم کرده باشد و اجرت حضانت و نفقه و کسوت طفل از مال پدر پرداخت خواهد شد و هر گاه در فرض فوق، زوجه غیر مامون باشد یا از قبول حضانت امتناع کند و یا بیشتر از دیگران اجرت بخواند، در این صورت مادر را نمی‌شود الزام به حضانت نمود (روزنامه رسمی تهران، چاپ اول ۶۳، ج ۲، ۴۳).

در مجموع، با توجه به ظاهر مواد ۱۱۶۸، ۱۱۷۲ و ۱۱۷۸ قانون مدنی در مرحله‌ی نخست قانونگذاری و ماده‌ی ۱۱۶۹ اصلاحی مورخه ۸/۹/۸۲ و صریح استفتاء مذکور، می‌توان به این جمع بندی رسید که در رویه‌ی قضایی نظام جمهوری اسلامی ایران، نظریه‌ی مشهور فقها حاکم است. در واقع، مراجع صلاحیت دار در قانونگذاری، عمومیت مواد یاد شده را به نوعی تخصیص زده‌اند؛ به طوری که می‌توان ادعا کرد، در نظام قضایی جمهوری اسلامی، نظر قانونگذار مطابق نظر مشهور فقها بوده و حضانت را تنها نسبت به پدر علاوه بر حق، تکلیف هم می‌دانند. اما در خصوص مادر، آن را تنها حق می‌دانند. در جایی که مادر از قبول حضانت امتناع نماید، نمی‌توان او را مجبور به پذیرش حضانت نمود. البته در جایی که طفل فاقد پدر یا جد پدری است، و یا دارای پدر یا جد پدری است اما آنها صلاحیت نگهداری طفل را ندارند، ممکن است از باب ضرورت، مادر را مجبور به قبول حضانت نمایند.

نتیجه گیری

از مباحثی که گذشت، روشن شد که:

۱- حضانت، نوعی ولایت و اقتدار است به منظور نگهداری و تربیت طفل و

انجام هر آنچه که برای مصلحت وی لازم و ضروری است، مانند نگهداری، تغذیه، و امور مربوط به او که برای سلامت و رشد طفل لازم است.

۲ - در فلسفه ی حضانت می توان گفت این مهم بر حسب زمان و پیشرفت جامعه، متفاوت می گردد و مفهوم آن گسترده می شود؛ هر چه که در تربیت طفل لازم است، باید انجام گیرد، تا طفل استعداد خود را از قوه به فعل رسانده و آماده ی زندگی اجتماعی گردد و هدف آن است که طفل از سرگردانی نجات یافته و رها نگردد.

۳ - در این که حضانت نسبت به پدر و مادر طفل حق است یا تکلیف و یا آمیخته ای از آن دو، سه قول در میان فقها وجود دارد؛ مشهور فقها در این خصوص قائل به تفصیل اند و تنها نسبت به پدر علاوه بر حق، آن را تکلیف نیز می دانند. علی رغم آشفتگی که در عبارات حقوقدانان و قانون مدنی در این خصوص وجود دارد، می توان ادعا کرد که در نهایت قانونگذار متمایل به نظر مشهور است.

یکی از صاحب نظران راجع به فلسفه و قلمرو حضانت می نویسد:

بر پدر و مادر لازم است فرزند خویش را طوری تربیت نمایند که مهیا و آماده برای زندگی اجتماعی شود و باید بر رفتار و معاشرت و تحصیل او نظارت مستمر داشته باشند و قبل از هر چیز، آداب و سنن مذهبی و ملی را تا جایی که مخالف دین و شؤون دینی نباشد، به او بیاموزند... و در فراگرفتن علم و صنعت یا حرفه ی متناسب با زمان و وضعیت اجتماعی خانوادگی، او را کمک نمایند تا این فرزند در آینده بتواند با به دست آوردن عایدات کافی، زندگی خود را در حد معقولی بگذراند (حقوق مدنی، همان، ۳۲۵).

بر این اساس، می توان گفت فلسفه ی حضانت بر حسب زمان و با پیشرفت جامعه وسعت معنای بیشتری پیدا می کند و نباید والدین در انجام آنچه برای



تربیت طفل ضروری است، کوتاهی کنند.

منابع و مأخذ

- قرآن کریم

- ابن منظور، لسان العرب، چاپ اول، بیروت: دارالفکر، ۱۹۹۷ م.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ۵ جلد، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۲.
- حسینی زبیدی، سیدمرتضی، تاج العروس، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
- حلی محقق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: دارالهدی، چاپ امیر.
- خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۴.
- خوئی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، چاپ دوم، قم: مدینه العلم، ۱۳۱۰ ق.
- الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، چاپ چهارم، دمشق: دارالفکر، ۱۴۱۸.
- سبحانی، جعفر، نظام النکاح، چاپ اول، قم: موسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۶.
- شهید اول، لمعه، قم: دارالفکر، بی تا.
- _____، القواعد، چاپ سنگی، بی جا، بی تا.
- شهید ثانی، الروضة البهیة، تحقیق باشراف السید محمد کلانتر، الطبعة الاولى، قم: انتشارات داوری، ۱۴۱۰.
- _____، مسالک الافهام، دو مجلد، چاپ سنگی، بی جا، بی تا.
- صفائی، سیدحسین و امامی، اسدالله، حقوق خانواده، چاپ دوم، دو مجلد، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.

- الطباطبائی، میرسیدعلی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۴ ق.
- طوسی (شیخ طوسی)، المبسوط، چاپ تهران: بی نا، بی تا.
- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، ۵ مجلد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، بی تا.
- فیض، علیرضا، مبادئ فقه و اصول، چاپ چهارم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
- مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، بی جا، بی تا.
- مدنی، سیدجلال الدین، مبانی و کلیات حقوق، چاپ پنجم، تهران: پایدار، ۱۳۷۷.
- مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، چاپ پنجم، تهران: مؤسسه الصادق(ع)، ۱۳۷۷.
- منصور، جهانگیر، مجموعه قوانین، چاپ پانزدهم، تهران: نشر دوران، ۱۳۸۲.
- موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، دو مجلد، تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، الطبعة الثانيه، ۴۳ مجلد، تهران: دارالکتب الاسلامیه، بی تا.

