

حضانت کودکان در فقه جعفری و حنفی

اسحاق محقق^۱

حمزه صالحی^۲

چکیده

حضانت عبارت است از ولایت و اقتداری که شارع مقدس به پدران و مادران برای تصرف در امور زندگی کودکان داده است، تا از کودکان مراقبت به عمل آید. در فقه برای وجوب آن به آیات و روایات و عقل و اجماع استدلال شده است. مادر از همه بستگان بر حضانت طفل اولویت دارد و در صورت فوت یکی از والدین، آن که زنده است مقدم بر دیگر اقارب می باشد. در صورت فوت والدین، جد پدری و یا جد مادری بر دیگر خویشاوندان مقدم است. سلسله مراتب حضانت عبارتند از: مادر، پدر، جد پدری، و سایر اقارب بر اساس آیه «اولوا الارحام». یا عبارتند از: مادر، جد مادری، جد پدری، خواهر مادری و پدری. شرایطی در حضانت مطرح است که هرکس فاقد آن شرایط باشد از حضانت محروم می شود. لذا پدر و مادر هم مستحق حق تصرف در سرنوشت کودک است و هم دارای مسئولیت و تکلیف. برای این مهم، مسائلی تحت عنوان ضمانت اجرا در نظر گرفته شده است که در صورت عدم انجام امور حضانت از ناحیه حاضنین، از این ضمانت اجرا استفاده می شود.

کلمات کلیدی:

حضانت، طفل، حق، حکم، فقه.

۱ - کارشناسی ارشد فقه مقارن جامعة المصطفی العالمیه

۲ - سطح ۴ جامعة المصطفی العالمیه

حضانت یکی از مسائل مهم فقهی و حقوقی در عرصه حقوق کودک و زن است، که در کشورهای اسلامی و غیر اسلامی جایگاه خاص و قابل توجه دارد. حضانت عبارت است از: ولایت و اقتدار که شارع مقدس به منظور حفظ و صیانت از کودکان جعل نموده است. بنابراین، صاحبان حق حضانت، باید تمام سعی و تلاش خود را در این امر مهم و حیاتی مبذول دارند. تا هیچ حقی از این قشر نیازمند مورد تهاجم و یا مورد بی مهری سرپرستان آنها واقع نگشته و آینده روشن و پر ثمری را به آنها نوید دهند؛ با توجه به این مهم سوال اصلی عبارت این تحقیق عبارت است از این که «سلطه و ولایت ناشی از حضانت در فقه جعفری و حنفی بر چه اساس است؟» سوال‌های فرعی هم عبارتند از این که آیا حضانت حق است یا حکم؟ صاحبان آن چه کسانی هستند؟ ضمانت اجرای حضانت چیست؟

حضانت از نظر تاریخی سابقه طولانی دارد. در قرآن کریم تحت عنوان حضانت بیان نشده است، ولی واژه کفالت در قرآن به همین معنا در دو مورد استعمال شده است: یکی درباره کفالت حضرت موسی و دیگری درباره کفالت حضرت مریم. از صدر اسلام تا قرن چهارم از همین واژه برای سرپرستی و نگهداری اطفال استفاده می شده است. در قرن چهارم به جای واژه کفالت، واژه حضانت از سوی شیخ طوسی و قطب الدین کیدری از علمای شیعه و سمرقندی از علمای حنفی در قرن پنجم، بدون عنوان و یا باب مستقل در فقه مطرح گردید. شاید اولین کسی که به حضانت عنوان مستقل داده است محقق حلی صاحب شرائع الاسلام باشد. حضانت بعد از او در کتب فقهی شیعه و اهل سنت جایگاه ویژه پیدا کرد، اما آنچه لازم و ضروری به نظر می رسد این است که تحقیق مقارنه‌ای بین فقه جعفری و حنفی انجام نگردیده است. لذا از این لحاظ این مقاله یک طرح نو و جدید است که به رشته تحریر درآمده است.

آشنایی با احکام فقهی دو مذهب مهم جعفری و حنفی سبب نزدیک شدن پیروان مذاهب به همدیگر است، که در نهایت برای تحقیق حوزوی و دانشگاهی می تواند مفید واقع گردد. حضانت از مصادیق بارز احوال شخصیه است و با تکیه به مبانی فقهی امامیه و حنفیه به صورت کار بردی است. حضانت در فقه دو مذهب متذکره نگهداری و تشریفاتی صرف برای

کودکان نیست؛ بلکه نگهداری توأم با مسؤولیت‌پذیری، تعلیم و تربیت سالم و توأم با مهر و عاطفه می‌باشد. زیرا نقش بسیار مؤثر و غیر قابل انکار در سر نوشت و آینده آنها دارد که باعث یا مانع خیلی از انحرافات اخلاقی و اجتماعی آنها می‌گردد، این پدیده دارای دو ویژگی حق و حکم نسبت به اولیاء کودک است. بر فرض حکم‌بودن حضانت، متولیان این امر هیچ گونه حق نقل انتقال و سلب مسؤولیت را از خود ندارند؛ اما در صورت حق‌بودن، آنها می‌توانند این مسؤولیت را از خود سلب و اسقاط نمایند.

در عین حال، دانشمندان اسلامی یک سری شرایطی را در فقه لحاظ نموده‌اند که متولی حضانت باید واجد چنین شرایطی باشد. در صورت واجد نبودن شرایط، این حق از آنها سلب می‌گردد. با توجه به نکات بیان‌شده نوآوری و جدیدبودن این تحقیق عبارت است از:

۱- بیان نمودن آرای فقیهان هر دو مذهب با استناد به آیات و روایات و مبانی فقهی.

۲- داشتن شکلی مقایسه‌ای و تطبیقی بین نظرات فقهی دو مذهب.

۳- بیشتر به شیوه زبان فارسی دری، قابل فهم برای اکثریت ساکنان کشور افغانستان.

لذا مطالب این تحقیق طی دو مبحث تهیه و تنظیم گردیده است.

قبل از ورود به اصل بحث توجه به دو نکته ضروری است:

حضانت واژه عربی است. از ماده حضن یحضن حضناً و حضائاً بر وزن فعل یفعل گرفته شده. ممکن است مصدر باشد یا اسم مصدر که در معانی متعدد استعمال شده است. مانند: سینه، بازوان، ما بین آن بازوان، جنب و پهلوی، زیر بغل تا نشیمن‌گاه «الحضن: مادون‌الابط الی الکشح و قیل: هو الصدر والعضدان و ما بینهما و حضن الصبی، یحضنه حضناً و حضائاً جعله فی حضنه ای فی جنبه». (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۳۲، ۱۳)

برخی از فقهای امامیه، حضانت را «ولایت و سلطه بر تربیت طفل و امور متعلق به آن. مانند: نگهداری، خوابانیدن، سرمه به چشم او کشیدن، نظافت، شستن لباس و غیره.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۸، ۴۲۱) تعریف کرده‌اند.

فقهای حنفیه، حضانت را طبق معنای لغوی آن معنا کرده و چنین گفته‌اند: ولایت فی الجملة مربوط به عصبات (اقوام پدری) او است، ولی حضانت کودک به ذوات رحم است. به دلیل این‌که حضانت، مبتنی بر شفقت و مهربانی می‌باشد. بنابراین، حضانت مادر از فرزند در

بغل گرفتن او و جدا کردن از پدر برای ماندن کودک پیش او می‌باشد. در حاشیه ابن عابدین آمده است: «واما الشرعی فهو تربية الولد لمن له حق الحضانه.» (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۵، ۲۰۳)

ب: راغب گوید: طفل تا وقتی گفته می‌شود که فرزند، بدنش نرم باشد. (راغب، ۱۴۱۲: ۱، ۵۲۱؛ قرشی، ۱۳۷۱: ۵، ۲۲۶) «الطَّفل واحد الاطفال هو ما بین أن یولد الی أن یحتلم...» طفل واحد اطفال است و از زمان تولد تا هنگام احتلام به او طفل گفته می‌شود. (طریحی، ۱۴۰۸: ۵، ۱۰۸)

در اصطلاح تعریف صریحی از طفل به عمل نیامده است؛ لکن از لابه‌لای کلمات علما چنین به دست می‌آید که به فرزند آدم از بدو تولد تا زمان بلوغ طفل گفته می‌شود. مرادف این واژه «صبی» در عربی و «کودک» در فارسی است، که از معنای لغوی خود چندان دور نشده است. به عنوان نمونه. درباره غسل دادن میت، در صورتی که از جنس او موجود نباشد می‌تواند جنس مخالف او را غسل بدهد. چنین می‌خوانیم: اگر صبی در سن ۵ ساله از دنیا رود، مردی نیست که او را غسل بدهد، زن‌ها او را باید غسل دهند (مفید، ۱۴۱۰: ۸۷). این جا می‌بینیم که به پسر ۵ ساله صبی گفته‌اند. صبی زمانی که به سن هفت سال رسید باید امر به نماز و روزه شود (البته مستحب است) (صدوق، ۱۴۱۵: ۲۰۲).

در روایات هم واژه طفل و صبی شامل بچه انسان از زمان تولد تا زمان بلوغ می‌گردد. همانند: رفع القلم عن الثلاثة، عن الطفل... (صدوق، ۱۴۰۱: ۱، ۱۷۵).
و الْوَلَايَةُ النَّصْرَةُ وَلَوَلَايَةُ: تَوَلَّى الْأَمْرَ، وَقِيلَ: الْوَلَايَةُ وَالْوَلَايَةُ نَحْوُ: الدَّلَالَةِ وَالِدَّلَالَةِ، وَحَقِيقَتُهُ: تَوَلَّى الْأَمْرَ. وَالْوَلِيُّ وَالْمَوْلَى يَسْتَعْمَلَانِ فِي ذَلِكَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَالُ فِي مَعْنَى الْفَاعِلِ. (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۵، ۴۰۶)

ولایت با فتح واو مصدر موالات و با کسر واو مصدر والی می‌باشد که به معنای نصرت و یاری و هم به معنای سرپرستی امور مسلمین آمده است. در برخی کتب فقهی آمده است: «استعمل جل الفقها كلمة الولاية بمعنى تنفيذ القول على الغير شاء أو ابى فتشمل الامامة العظمى وادارات الاقاليم والبلدان والقضاء والشرطه والحسبه والمظالم ونحوها.» نوع دیگری از ولایت است، که به آن ولایت خاصه گفته می‌شود که هی ولایت خاصه تَمَكَّن صاحبها من

مباشرة العقود، و ترتیب آثارها دون توقف على رضا الغير و لاتتعلق بتدبير الامور العامة و سميت هذه الولاية قاصره. (عبدالمعزم، ۱۴۱۸: ۳، ۵۰۰؛ موسوعه، ۱۴۲۷: ۴۵، ۲۳۶)

نزدیک به اتفاق علماء ولایت را به معنای لغوی آن معنا کرده‌اند، که همان تنفیذ قول بر دیگری یعنی مؤلّی علیه است، چه مولی علیه بخواهد یا نخواهد، در نتیجه شامل امامت عظمای جامعه اسلامی خواهد شد. این نوع از ولایت را ولایت عام می‌گویند.

یک نوع ولایت، ولایت خاصه است، که عبارت است از سلطه و تمکن صاحب آن برای انجام عقود و نتیجه و آثار آن. زیرا ولایت قاصره نیز گفته می‌شود، که به تدبیر امور عمومی ارتباطی ندارد و منشأ ولایت پدر و مادر برای تربیت فرزندان از این قبیل است که دارای اقسام مختلف است:

۱- ولایت تکوینی ۲- ولایت بر تشریع ۳- ولایت در تشریع.

پیشینه حضانت در عربستان که قبل از اسلام و مقارن ظهور اسلام وضعیت فرزندان کاملاً روشن بود. همان‌گونه که عنوان جاهلیت را به خود اختصاص داده است و میزان توجه به کودکان نیز متناسب با فرهنگ و آداب رسوم جاهلی بود. از پدیده‌های بسیار شوم این دوران، قتل فرزندان به‌ویژه فرزند دختر به بهانه‌های واهی و مختلف به پای خدایان (بت‌ها) بود. (طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۳، ۱۱۶) با ظهور اسلام این عادات زشت شدیداً مورد نهی قرار گرفت. یکی از مواردی که در بیعت زنان تازه مسلمان مطرح گردید این بود که فرزندان‌شان را نکشند. «ولا يقتلن أولادهن». اسلام والاترین نوع توجه را به کودکان عرضه کرد و پدران را از کشتن فرزندان به خاطر ترس از فقر و تنگدستی اکیدا منع کرد. «ولا تقتلوا اولادکم من خشية املاق». (اسراء: ۳۱)

اصولاً در اسلام نهاد خانواده از قداست و ویژه‌ای برخوردار است و تأکید فراوانی در جهت تشکیل خانواده و استقرار ارکان این نهاد مقدس وجود دارد. به گونه‌ای که پیامبر اسلام (ص) نکاح را سنت خود تلقی فرموده، استنکاف‌کننده این عمل را از خود طرد می‌کند. هدف از ایجاد این کانون مقدس نیز امر ارزشمند به وجود آمدن فرزندانی است که در پرتو تعالیم حیاتبخش اسلام و زینت زندگی باشند: «المال والبنون زينة الحياة الدنيا»: یعنی زینت زندگی دنیا مال و اولادند. (کهف: ۴۶) از نظر جنسیت هم فرقی نیست. پیشوایان مکتب اسلام از

فرزند پسر به نعمت و از دختر به حسنه تعبیر کرده‌اند تا با این بیان، مهر بطلان بر گونه فرهنگ منحط جاهلی زده و هرگونه تبعیض را محکوم و طرد نماید و فرمود: «فعلیکم بذات الدین». (عاملی، ۱۴۱۴: ۱۴، ۳۱)

از آنجایی که خصلت‌های پدر و مادر در تکوّن اخلاقی فرزند مؤثر است در اسلام برای زن و مرد سفارش شده است که همسر خوش اخلاق و عاقل انتخاب کنید. امام رضا (ع) در جواب یکی از پیروانش که مشورت خواسته بود فرمودند: اگر آدم بد اخلاق است دخترت را نده. «ان کان سبی الخلق فلا تزوّجه». (عاملی، ۱۴۱۴: ۵۴، ۱۴) همچنین پیامبر اسلام می‌فرماید: «ایاکم و خضراء الدمن قیل یا رسول الله و ما خضراء الدمن قال: المرأة الحسنة فی منبت السوء.» یعنی از خضراء دمن پرهیز کنید. پرسید یا رسول الله خضراء دمن کیست؟ فرمود: زن زیبایی که در خاندان بد و پلید رشد کرده باشد. (مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۳، ۵۴)

ماهیت حضانت

حق به معنای ثابت، خدا، شایسته، مطابقت، یکسانی، هماهنگی و درستی است. مثل مطابقت پایه در، درحالی که در پاشنه خود با استواری و درستی می‌چرخد و می‌گردد. سلطنت و قدرتی است که از ناحیه شارع برای صاحب حق جعل و اعتبار شده است خواه این اعتبار و جعل بر شخص باشد و یا بر مال. (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱، ۱۳) مرحوم اصفهانی دو نوع اعتبار برای حق ذکر کرده است:

اول: به نحو اضافه بیانیه. در جاهایی که حق به یک امر اضافه شده باشد، مثل: حق الولاية که معنای حق همان معنای مضاف الیه است نه چیزی دیگر، یعنی حق الولاية همان ولایت است.

دوم: به نحو اعتبار سلطنت. در برخی موارد می‌توان با توجه به ادله، سلطنت را برای ذیحق اعتبار کرد. مثل حق القصاص که در آیه شریفه «فقد جعلنا لولیه سلطاناً» حق به این معنی است. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱، ۹۵).

باید اذعان کرد که این واژه دارای معانی زیاد است و محققان تلاش کرده‌اند تا از میان معانی گوناگونی که برای حق شده است، یکی را اصلی و حقیقی بدانند و معانی دیگر را به نحوی، براساس اشتراک معنوی به آن برگردانند. مرحوم نائینی می‌گوید: «ان الحق سلطنة ضعيفة»

حق سلطنت است ضعیف. امام خمینی (ره) در این زمینه فرموده است: حق به حسب مفهوم عرفی و ارتکاز عقلانی فقط یک معنا دارد که همان اعتبار خاص است که به جهت اعتبار ملک و سلطنت اختلاف پیدا می‌کند. ایشان به موارد زیادی برای اثبات نظر خویش استشهاد نموده است، از جمله:

۱- حق اولویت مکان نمازگزار و هر مکان موقوفه دیگر و حق اولویت تحجیر که در این جاها ملک صدق نمی‌کند، ولی حق صادق است.

۲- جایی که سلطنت محقق است نه ملک و نه حق، مثل سلطنت بر نفوس و حال آن که نه حق است نه ملک.

۳- در ملک، اضافه بین مالک و مملوک وجود داشته و متقوم به طرف سوم نیست که مملوک علیه باشد، ولی حق نیاز به طرف سوم دارد.

۴- به مدیون گفته می‌شود، که دین خود را ادا کن؛ ولی به کسی که سلطنت دارد گفته نمی‌شود سلطنت خود را ادا کن یا ملک خود را ادا کن.

۵- کسی که مطیع امر خداست از حق ثواب برخوردار است، اما در مالکیت و سلطنت چنین تعبیر نمی‌شود. (خمینی، ۱۳۶۸: ۱، ۲۳۶)

بر این اساس، در تمامی تعاریف حق همواره سه عنصر لحاظ می‌شود:

۱- کس که حق به نفع اوست. (من له الحق).

۲- کس یا کسانی که حق برعهده اوست و از او خواسته شده آن را رعایت کند. (من علیه الحق)

۳- متعلق حق.

نیز گفته شده: خود حق (یعنی توانایی مذکور)، عنصر چهارم است. از همین روست که در امور اجتماعی هیچ‌گاه حق از تکلیف جدا نمی‌شود و این دو، دوروی یک سکه‌اند. یعنی حق همیشه دو طرف دارد: «من له الحق» و «من علیه الحق». البته من علیه الحق گاهی یک نفر است، گاهی گروهی خاص و گاهی نیز همه افراد جامعه هستند. مثلاً در حق حیات هر شخص، همه افراد جامعه «من علیه الحق» می‌باشند. (زرقاء، ۳: ۱۱)

حکم به معنای فرمان دادن و دستور دادن آمده است و هم به معنی قضاوت و دادرسی. که در معنای اول اعم از حق است و شامل احکام تکلیفی و وضعی، فردی و اجتماعی می شود.

۱- حق جائز الاسقاط است ولی حکم غیر قابل اسقاط.

۲- حق جائز النقل است و حال آن که حکم به صورت قهری قابل نقل نمی باشد.

۳- حق جائز الإنتقال است ولكن حکم قابل انتقال نیست.

جستجو از مصادیق و موارد حق و حکم لازم است که کدام یک از امور تشریعی قابل اسقاط است و کدام غیر قابل اسقاط است. جستجو از موارد دلیل بر اسقاط و عدم اسقاط. تحقیق از مرتکبات عقلا در تشریعات عقلانی، که از طرف شارع مقدس امضا شده باشد و رد نگردیده باشد. (حائری، ۱۴۲۳: ۱، ۱۳۳)

هیچ فرقی بین حق و حکم نیست. این که بعضی از حقوق قابل اسقاط است و بعضی دیگر نیست، همه یک حکم است که از ناحیه شارع اعتبار شده است و در جاهایی که اسقاط و نقل و انتقال را می پذیرد هم تابع دلیل است و در جایی که قابلیت سقوط را ندارد باز تابع دلیل است. (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱، ۱۴۵)

شکی نیست در این که حق و حکم شیء واحد است؛ زیرا حقیقتاً قوام هر دو بر اعتبار صرف است و احکام شرعی همه اعتباری است. گرچه از حیث آثار و نتیجه اختلاف زیاد دارند ولیکن قوام همه آنها به اعتبار محض است. بنابراین، هیچ دلیلی نداریم تا آنها را به حق و حکم تقسیم کنیم. (خویی، ۱۴۱۳: ۱، ۳۶)

بنابراین، اگر حق حضانت کودک ولایت بر او باشد، می باید قابل اسقاط نبوده، مراعات آن بر مادر واجب باشد، بدون این که بتواند در برابر انجام آن، درخواست اجرت کند. حال آن که در روایات وارده در مسئله حضانت متعهد بودن مادر به حضانت کودک خود معلق بر خواست او شده است و استفاده از تعبیر «أحق» در روایات حکایت از این دارد: حضانت نیز نظیر شیردهی است که انجام آن بر مادر واجب نیست؛ پس حضانت ولایت به معنای اصطلاحی آن نیست. (نجفی، ۱۳۷۴: ۳۱، ۲۸۳)

در نهایت می توان گفت: حضانت در این جا به معنای لغوی خود استعمال شده است و آنچه از ادله استفاده می شود این است که ولایت پدر و مادر برای حضانت فی الجمله است، اما

حضانة عین ولایت نیست. بلکه ولایت بر حضانة ثابت است. (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴، ۴۷۲)

شرایط حضانة

یکی از مباحث مهم در حضانة، مسئله شرایط و موانع حضانة است. زیرا، در حضانة سرنوشت و آینده انسان و حفظ کرامت او مورد توجه است. لذا، فقه اسلامی در این زمینه عنایت خاص دارد و یک سری شرایط مهم را در مسیر حضانة کنندگان و کسانی که از کودکان نگهداری می نمایند قرار داده است:

الف: در صورتی که یکی از والدین طفل مسلمان باشد، در فقه شیعه و اغلب فقیهان اهل سنت، او نسبت به حضانة کودک اُحق است. (طوسی، ۱۴۰۸: ۶، ۴۰) به دلالت آیه مبارکه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء: ۱۴۱)، «الاسلام يعلو ولا یعلی علیه» (صدوق، ۱۴۱۵: ۴۲۴۴). اسلام حاضن، مورد اجماع فقیهان مذاهب اسلامی است، جز حنفی ها و مالکیه. (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۵، ۲۰۳)

ب: کنیز و غلام حق حضانة ندارند. راجع به این شرط نیز بین فقها اتفاق نظر است. (حلی، ۱۴۱۳: ۵۰۴). زیرا آنها اولاً خودشان و همه سرمایه و زندگی شان برای مولای آنهاست. لذا وقت فراغت برای انجام حضانة و تربیت دیگران را ندارند. ثانیاً: حضانة، نوعی ولایت است. برده ولایتی ندارد و نیز به دلیل روایت صحیحہ داود رقی از امام صادق (ع) که فرمود: «لیس للعبد أن يأخذ منها ولدها وإن تزوّجت حتی یعتق، هی أحق بولدها منه مادام مملوکاً، فاذا أعتق فهو أحق منها» (عاملی، ۱۴۱۴: ۱۵، ۱۸۱)

ج: مجنون حق حضانة ندارد. زیرا او خود نیاز به صیانت و حضانة دارد. وقتی که خود نیاز به حفاظت داشته باشد پس دیگران را چگونه می تواند حفاظت نماید؟! در این خصوص، علاوه بر دلیل عقل می توان به دلایل زیر نیز استناد کرد:

اولاً حدیث رفع القلم و لذا مجنون نه تکلیف دارد و نه در قبال دیگران مسئولیتی برعهده او قرار می گیرد. ثانیاً، تفویض امر حضانة به مجنون سبب تضییع حق کودک است و این کار به حکم عقل و نقل منهی عنه است. همچنین آیه شریفه «لا تضار والدة بولدها..» بر این مطلب به صراحت دلالت دارد.

ثالثاً، این که حضانت نوعی ولایت بر تربیت کودک است و این مهم از مجنون برآورده نمی‌شود و اکثریت فقها بر این شرط فتوا داده‌اند. (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸، ۴۲۳)

شرایط اختصاصی زن

اسلام: دلیل بر این شرط چنین است. اولاً: اخبار و روایات باب (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸، ۴۲۳) و همچنین اجماع منقول می‌باشد. (نجفی، ۱۳۷۴: ۳۱، ۲۹۰) ثانیاً: وقتی ازدواج کند باید در خدمت شوهر باشد، لذا وقت کافی برای انجام وظیفه حضانت ندارد. (عاملی، ۱۴۱۴: ۱۴، ۵۴)

مقیم: اگر یکی از ابویین مقیم بود و دیگری مسافر، اگر مسافت به حدی باشد که نماز قصر گردد، در این حالت اگر مادر مسافر باشد حق انتقال کودک را همراه خود ندارد و اگر کمتر از این حد باشد می‌تواند کودک را همراه خود ببرد. چون در حکم مقیم است. (طوسی، ۱۴۰۸: ۶، ۴۰) صاحب مسالک همان مطالب را از شیخ نقل نموده با اضافه این جمله که شیخ از قول اهل سنت نقل کرده اگر مسافر پدر باشد، مادر نسبت به طفل سزاوارتر است و اگر مادر مسافر باشد دو صورت دارد: اگر طفل را از روستا به سمت شهر انتقال دهد مادر آحق به انتقال است، ولی اگر برعکس باشد پدر می‌تواند از انتقال کودک جلوگیری نماید؛ زیرا در روستا طفل از تعلیم و تربیت باز می‌ماند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۸، ۴۲۵)

بالغه: بالغه بودن شرط بین همه فقها است. جز بعضی از متأخرین حنفی‌ها فتوا داده است که مراهق هم حق حضانت دارد و می‌تواند حضانت کند. پس، از نگاه آن دسته از فقهای که می‌گویند: تصرفات مراهقین مثل تصرفات بالغین است، در حضانت هم می‌تواند تصرف کند زیرا فرقی بین حضانت و سایر تصرفات مالی نیست. (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۵، ۲۰۴)

امانت: امانت در این جا در مقابل فسق آمده است. لذا باید نسبت به سر نوشت طفل امین باشد و مرتکب خیانت نگردد. زیرا کسی که فاسق است، توجه به کودک ندارد و این قول مورد قبول شافعی نیز می‌باشد. ولیکن صاحب قنیه می‌نویسد: مادر ولو مشهوره به فسق و فجور باشد باز مستحق حضانت می‌باشد. (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۵، ۲۰۴)

قدرت: حاضن باید قدرت بر انجام اعمال حضانت را داشته باشد. لذا کسی که عاجز از امور حضانت باشد همانند زیادی سن، امراض لاعلاج و... از حق حضانت برخوردار نیست.

یعنی لازم است که در اثر حضانت بر طفل ضرری وارد نگردد. لذا هرکدام از والدین که حضانت او موجب ورود ضرر به طفل گردد حقش ساقط می‌گردد. به همین جهت، نباید طفل در جایی نگهداری گردد که موجب ورود ضرر به او باشد و یا موجب بغض و حسادت به او گردد. (زحیلی، ۱۴۱۸: ۷۳۰۴)

از مجموع این اقوال به این نتیجه می‌رسیم که شرایطی مثل: اسلام، آزاد بودن، عقل، امین بودن برای پدر و مادر لازم است و همچنین عدم ازدواج مادر از شرایط مورد اتفاق مذاهب اسلامی است.

ادله وجوب حضانت

ادله حضانت در فقه امامیه

۱- آیه «لا تضارّ والدۀ بولدها ولا مولود له بولده». (بقره: ۲۲۳)

از آیه چنین استفاده می‌شود که ضرر وارد کردن به فرزند مطلقاً جائز نیست، چه از ناحیه پدر و چه از طرف مادر. خواه در خصوص حضانت باشد و یا غیر آن. چه این که ترک حضانت طفل منجر به عدم حفظ او شده و این ضرر بر طفل است، به مقتضای آیه شریفه، این کار جائز نیست. پس نتیجه این می‌شود که حضانت واجب است. قرآن کریم در دو سوره لقمان و احقاف مقام مادر و همچنین زحمات او را یکی پس از دیگری خاطرنشان می‌کند و ضمن یادآوری از زحمات او در ایام بارداری، وقت شیردادن و بیداری‌های ممتد برای پرستاری از کودک و تواضع در مقابل او را سفارش می‌کند.

۲- صحیحہ آیوب ابن نوح

کتب الیه بعض اصحابه: کانت لی إمراة ولی منها ولد و خلیت سبیلها، فکتب الامام (ع): «المرأة أحق بالولد الی أن یبلغ سبع سنین، الا أن تشاء المرأة». (صدوق، ۱۴۰۱: ۴، ۴۱۸). بعضی از اصحاب امام نامه نوشتند به حضرت و حکم مسئله فرزند را سؤال کردند. حضرت در جواب نوشت: مادر أحق است تا هفت سال، مگر خودش بخواهد که به پدر تحویل بدهد و از حق خود بگذرد.

۳- احادیث دیگر

از امام صادق (ع) سؤال شد: زنی آزاده با برده ازدواج کرده از او صاحب فرزند شده، ولكن میان زوجین به واسطه طلاق، جدایی حاصل گردیده و پس از جدایی فرزند پیش مادرش مانده. آن زن نیز ازدواج مجدد نموده، آن برده با خبر شد و به زن گفت من نسبت به فرزندم سزاوارترم چون تو ازدواج کرده‌ای. حضرت فرمود: «لیس للعبد أن يأخذ ولدها وإن تزوجت حتی یعتق، هی أحق بولدها منه مادام مملوکاً، فاذا اعتق فهو أحق بهم منها». (عاملی، ۱۴۱۴، ۱۵: ۱۸۱).

۳- در روایت ابی‌صباح کنانی از امام صادق (ع) آمده است: «إذا طلق الرجل المرأة وهی حبلى أنفق علیها حتی تضع حملها، وإذا وضعته أعطاهما أجرهما ولا یضارها الا أن یجد من هو أرخص أجراً منها، فإن هی رضیت بذلك الأجر فهی أحق حتی تقطعه». (عاملی، ۱۴۱۴: ۱۵، ۸۰) هنگامی که مردی همسر باردار خود را طلاق می‌دهد تا زمان وضع حمل، نفقه او را باید پرداخت نماید. بعد از وضع حمل، برای شیردادن بچه هم باید اجرت مادر را بدهد و از ضرر زدن به مادر طفل دوری کند، مگر این که کسی پیدا شود که با اجرت کمتر به کودک شیر بدهد. پس بنابراین، اگر مادر به این اجرت راضی شد نسبت به کودک خویش اولویت دارد تا زمانی که از شیر گرفته شود.

عقل حکم می‌کند بر این که کودک در این برهه‌ی از زندگی خود نسبت به دیگر زمان‌ها نیاز مبرم به حضانت دیگران دارد. لذا رعایت حال او در این زمان برای پدر و مادر که رئوف‌ترین کسان برای فرزند هستند لازم و ضروری به نظر می‌رسد، به ویژه مادر. علاوه بر این، سیره عقلا و سیره متشرعه بر این است که حفظ و حضانت کودک بر پدر و مادر لازم است و وظیفه آنهاست؛ زیرا ترک وظیفه از طرف عقلای عالم امر قبیح و زشت به حساب می‌آید.

حضانت اطفال، امر متسالم علیه نزد فقها بوده است. بر همین اساس، اکثریت علما متعرض حکم حضانت نشده و آن را مسلم دانسته‌اند و بحث راجع به «من هو مستحق للحضانة» بوده و شرایط آن را پیگیری نموده‌اند. چنانچه شهید ثانی به نقل از فوائد می‌گوید: «لو امتنعت الأم من الحضانة صار الأب أولى به، ولو امتنعا معاً فالظاهر اجبار الأب». (شهید اول، ۱۴۰۰: ۱، ۳۹۶) اما با این حال باید گفت روی هم رفته اجماع در مسئله به طور کلی ثابت نیست. پس بهتر آن است که بگوییم وجوب حضانت منطبق بر فتوای مشهور است.

ادله حضانت در فقه حنفی

اهل سنت می‌گویند: دلیل مشروعیت‌ها بالسنة، ثبت‌ها بالحديث: حدثنا محمود بن خالد السلمي، ثنا الوليد، عن أبي عمرو - يعني الأوزاعي، حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء و ثدي له سقاء و حجرى له حواء، و إن اباه طلقني و أراد أن ينتزعي مني، فقال: «أنت أحق به ما لم تنكحي.» زنی آمد خدمت پیامبر (ص) عرضه داشت یا رسول الله، این فرزند من است. شکم من ظرف پرورش وجود او بوده و سینه‌ام مرکز شیر و غذای او و دامن و خانه‌ام مرکز و مکان رشد او. لیکن پدر او مرا طلاق داده و تصمیم گرفته فرزندم را از من بگیرد. پیامبر در پاسخ او فرمودند: تو به فرزندت سزاوارتری تا مادامی که ازدواج نکرده‌ای.

و روی عن سعید بن المسيب أنه قال طلق عمر (رض) ام ابنه عاصم فلقیها و معها الصبی فنازعها و ارتفعا الی ابی بکر (رض) فقضى ابوبکر: بعاصم بن عمر لأمه ما لم یشب أو تتزوج و قال: ریحها و فراشها خیر له حتی یشیب، أو تتزوج. و ذالک بمحضر من الصحابه، ولأن الصغیر یلحقه جفاء و المذلة من قبل الأب و... سعید بن مسیب می‌گوید: عمر همسرش را به نام ام عاصم طلاق داد. یک روزی او را دید با فرزندش عاصم در مقام مرافعه و دعوی برآمد. در نتیجه مسئله پیش ابوبکر کشانده شد و ابوبکر به نفع ام عاصم حکم کرد و عاصم را به مادرش تحویل داد. این کار در محضر صحابه انجام گردید و هیچ یکی از صحابه نسبت به این حکم اعتراض نکردند و این دلیل بر اجماع صحابه بر وجوب حضانت است.

دلیل دیگر بر وجوب حضانت، دلیل عقلی است که هر دو طایفه «شیعه و سنی» بر این دلیل استدلال نموده‌اند. اگر کسی نتواند در امور زندگی خود هرگونه ضرر را از خود دفع نماید و در اثر ضعف جسمی و یا دماغی، در معرض هلاکت قرار بگیرد، عقل هر عاقلی حکم می‌کند که حفظ چنین انسانی بر همه و بالخصوص بر اقاربش واجب و ضروری است.

اگر حضانت بر فردی (مادر یا پدر) متعین باشد و غیر از او کسی دیگر برای این کار پیدا نشود، او مجبور به این کار می‌شود. مادر زمانی که حضانت بر او محصور نباشد بر این کار مجبور نمی‌گردد، چون حضانت واجب کفایی است و با وجود افراد دیگر که این کار را انجام می‌دهد دیگر الزام برای مادر نیست، او می‌تواند از حق خود بگذرد.

از آنجایی که حضانت فقط مرتبط به شیردهی نیست، لذا با شیردادن طفل توسط دیگری حق حضانت مادر از بین نمی‌رود. در کیفیت استنباط این حکم میان دو طائفه، فرق وجود دارد، امامیه به قرآن استدلال نموده‌اند، برخلاف آن، حنفیه تا آن جایی که مورد فحص و جستجو قرار گرفت، استدلال آنها در قرآن ملاحظه نگردید. استنباط اهل سنت در استدلال به سنت و اجماع مبتنی بر داستان ابن عاصم و حدیث عمرو بن شعیب است. امامیه در استدلال به قرآن از باب عدم اضرار و در سنت از باب حرمت جدایی طفل از مادر و اجماع هم در حد شهرت فتوایی است.

مدت حضانت

یکی از مسائل مهم حضانت مسئله مدت آن است که کودک تا چه زمانی باید در حضانت پدر و مادر باشد. اولین مرحله حضانت کودک، دوره شیرخوارگی است که طول دو سال و یا کمتر می‌باشد. با توجه به فرض جدایی پدر و مادر از همدیگر، مدت و زمان حضانت و نگهداری کودک بر اساس سن او مورد اختلاف فقها واقع شده است. مشهور می‌گوید: مدت حضانت مادر را نسبت به پسر دو سالگی و نسبت به دختر هفت سالگی می‌دانند. (قاضی ابن براج، ۱۴۰۶: ۲، ۲۶۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۲: ۱۰، ۵۲۲؛ نجفی، ۱۳۷۴: ۳۱، ۲۹۰؛ خمینی، ۱۳۹۴: ۲، ۳۱۲). مستند این دیدگاه، اجماع منقول است و جمع بین روایات که دال بر دو سال و هفت سال می‌باشند. با این که در روایات قید دو سال مطرح نشده، بلکه عنوان رضاع و فطام مطرح است و چون دوران شیردهی، غالباً دو سال است، بناءً مدت دوران حضانت مادر را، هم دو سال قرار داده است.

برخی از فقیهان شیعه قائلند اگر کودک پسر باشد تا هفت سال (سن تمیز) باید پیش مادر باشد، اگر کودک دختر است، تا زمان بلوغ نزد مادر می‌ماند. صاحبان این نظریه عبارتند از: (طوسی، ۱۳۷۶: ۶، ۳۹؛ اشتهازدی، ۱۴۱۶: ۲۶۴) اینها می‌گویند: در جوامع روایی احادیثی وجود دارد که حضانت مادر را مدت زمان بیشتر می‌دانند.

۱- روایت مرسله منقروی: «قال: سئل ابو عبدالله (ع) عن الرجل يطلق امرأته و بینهما ولد ایهما أحق بالولد؟ قال المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج» از امام صادق (ع) در مورد مردی که زنش را

طلاق داده است و فرزندی دارند، سوال شد که کدام یک نسبت به فرزند سزاوارتر است؟ حضرت فرمود: مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است.

۲- حدیث نبوی از طریق عامه: «الأم أحق بحضانة إبنها مالم تتزوج» مادر تا هنگامی که ازدواج نکرده، در تربیت و نگهداری کودک خویش سزاوارتر و بهتر است. زنی به رسول خدا عرض کرد: فرزندم که او را در شکم خود پرورش داده‌ام و از پستان خود به او شیرداده‌ام و در دامن خود پرورانده‌ام، پدرش که مرا طلاق داده می‌خواهد او را از من بگیرد، حضرت فرمود: تو نسبت به فرزندان مادامی که ازدواج نکرده‌ای سزاوارتری.

آنچه از مجموع روایات به دست می‌آید، این است که در نگهداری کودک، در دو سال اول زندگی، هیچ اختلافی نیست و همه فقیهان، نگهداری و سرپرستی را حق مادر می‌دانند. بنابراین، اگر بخواهیم اصلی را در مورد نگهداری تأسیس کنیم، باید اصل در نگهداری و سرپرستی را با مادر بدانیم، به خلاف ولایت که جنبه مالی دارد و اصل در ولایت با پدر است. تمسک فقیهان مانند صاحب جواهر به این که اصل در مسئله، سزاوارتر بودن پدر است نگهداری مادر در دو سال آغازین زندگی کودک، خارج از اصل است، در مقابل اصل بر محق بودن مادر در دو سال اول زندگی ضعیف به نظر می‌رسد. جمعی را که مشهور فقها بین روایات نموده‌اند، مستند روایی ندارد؛ یعنی ما روایتی نداریم مبنی بر این که نگهداری پسر تا دو سال و دختر تا هفت سال، به عهده مادر باشد.

با وجود این که امام (ع) در مقام بیان بوده، تفکیکی بین پسر و دختر واقع نشده است و لذا هرگونه اطلاق در این زمینه، در حکم صراحت است و موجب تقابل و تعارض صریح بین دو جنبه یاد شده (مدت دو سالگی در پسر و هفت سالگی در دختر) می‌گردد. بدین ترتیب، نمی‌توان حکم هیچ یکی را تخصیص زد و این امر با جمع تبرعی که گونه‌ای از تخصیص در دو طرف است منافات دارد.

مرحوم صاحب جواهر برای اثبات اولویت مادر در دو سال شیرخوارگی، به دو مطلب دیگر نیز استناد کرده است:

۱- آیه کریمه «لا تضار والدة بولدها»؛ جداکردن کودک از مادر در این دوره، موجب آسیب دیدن مادر می‌شود که به حکم این جمله کاری است حرام. (نجفی، ۱۳۷۴: ۳۱، ۲۸۵)

۲- علاوه بر اطلاق سایر روایات، اطلاق دو روایت جمیل و عبیدالله بن علی نیز بر اولویت مادر دلالت دارند. (نجفی، ۱۳۷۴: ۳۱، ۲۸۵)

فقه‌های حنفی مدت هفت (مدت تمیز) سال را برای حضانت پسر و دختر اجماعی می‌دانند؛ که طفل بتواند تنها بخورد و بیاشامد و تنها لباس بپوشد و تنها طهارت خود را انجام بدهد. این همان زمان تمیز است که مورد قبول همه می‌باشد و این چیزی است که ظاهر روایت هم همین را می‌رساند. با آن که اصل و قیاس این است که دختر و پسر تا سن بلوغ در حضانت مادر باشد. زیرا که کودکان تا آن زمان نیاز به تربیت دارند و دیگر این که حضانت نوعی ولایت محسوب است. هرگاه ولایت برای مادر ثابت شد پایان نمی‌پذیرد، مگر تا زمان بلوغ. مثل ولایت پدر در امور مالی و ازدواج فرزندان. ولی فقها به جهت استحسان و اجماع حکم پسر را، از دختر بعد از سن تمیز جدا نموده‌اند. به دلیل این که پسر بعد از این زمان نیاز به آموختن آداب اجتماعی مردان دارد و نسبت به این کار پدر بهتر و با قدرت‌تر است. (کاشانی، ۱۴۱۷: ۴، ۵۹).

مستند حدیث پیامبر (ص) است که فرمود: مَرَّ اولادکم بالصلاة لسبع... والا مربها لا یكون الا بعد القدرة على الطهارة و قیل بالتسع. پسر بعد از سن تمیز نیاز به آموزش اخلاق مردان دارد. لذا پیش پدر باید باشد و دختر تا سن عادت زنانه و بعد از آن نیاز به حفاظت دارد و پدر در این کار سزاوارتر است. چنان که گفته شده است: زنان به منزله گوشت هستند، مگر این که از آنها حفاظت شود. با این وصف چگونه قدرت بر حفاظت غیر را دارد؟ (سرخسی، ۱۴۲۰: ۵، ۲۱۰)

در کل، حضانت از نظر اولویت، نسبت به وضعیت کودک، به چهار دوره تقسیم می‌شود:

۱ - دو سالگی که مادر اولویت دارد به اجماع فریقین و در بین امامیه مشهور فقهاست.
 ۲ - هفت سالگی گرچه غیر مشهور است، ولی نظر صحیح و قابل قبول است، بدون فرق بین پسر و دختر.

۳ - دو سالگی پسر و نه سالگی دختر.

۴ - تا زمان ازدواج.

همان طور که بیان شد حضانت حقی است مرکب از دو جزء یک جزء آن حق پدر و مادر و جزء دیگر حق کودک. از نظر فقیهان اهل سنت این مسئله مورد اختلاف است. بعضی از فقهای حنفی قائلند که حضانت حق خالصه مادر است. برخی مانند ابوليث و هندوانی این حق را مرکب از حق پدر و مادر و کودک می‌دانند. (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۱۸، ۳۰۱)

ابن عابدین در حاشیه و ابومسعود و مؤلفین الموسوعة الفقه الاسلامی بین این دو نظر جمع نموده‌اند و گفته‌اند: این که حضانت حق پدر و مادر و فرزند است یک امر کاملاً روشن و عقل‌پسند است. فروع فقهی هم مبتنی بر این جمع می‌باشد. دلیل بر این جمع این است که اگر زوجه از شوهرش طلاق خلعی بگیرد و فرزندی داشته باشد، در سنی حضانت برای بذل عوض خلع، حضانت فرزندش را به شوهر واگذار کند این خلع صحیح، ولی شرط واگذاری حق حضانت باطل است. زیرا که حضانت تنها حق مادر نیست تا روی آن معامله نماید، بلکه حق فرزند هم می‌باشد. (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۱۸، ۳۰۲)

بر این اساس، باید بین حاضنات ترتیب قائل شویم. که در صورت وجود حاضنه بعدی حاضنه اول مجبور نیست، ولی اگر دومی حاضر نشد یا اهلیت حضانت را نداشت و یا حضانت دوم مصالح و منافع محضون را تأمین نکرد، اول مادر اجبار می‌شود به این علت که اسقاط حق او ملازم با ابطال حق کودک است، حال آن که رعایت حق صغیر اقوای از حق دیگران است. (ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۱۸، ۳۰۳)

برای کودک، حق حضانت و رعایت حال او در فضای پاکیزه و نظیف و با کرامت لازم است و برای این کار مادر که در قید ازدواج است از همه اقربای طفل اولی می‌باشد و بعد از مادر به ترتیب که شرعاً بیان شده است عمل می‌گردد. (جیزانی، ۱۴۲۹: ۴، ۲۴۱)

مهمترین ادله فقیهان در اولویت حضانت مادر عبارتند از:

۱- حدیث مشهور عمرو بن شعیب. که زنی آمد پیش پیامبر (ص) و اظهار حال خود را نمود و حضرت در جواب فرمود تا زمانی که ازدواج نکنی حق حضانت از آن تو است.

۲- حدیث ابی هریره. (ابی داود، ۱۴۱۰: ۳۳۱)

۳- اجماع صحابه در حکم ابوبکر درباره ام عاصم و احادیث دیگر.

فقیهان اهل سنت می‌گویند دختر تا سن عادت ماهانه با مادر باشد زیرا:

- ۱ - دختر بعد از سن تمیز نیاز به آموختن امور زنانه دارد که مادر در این زمینه بهتر است.
 - ۲ - دختر نیاز به صیانت دارد و این کار از پدر که با مردان سر و کار دارد برنمی‌آید.
 - ۳ - پسر بعد از هفت سالگی باید امور اجتماعی را از پدر بیاموزد و اگر نزد مادر بماند خصلت‌های زنانگی را یاد می‌گیرد و این برای پسر ضرر است.
- طبق نظر فقیهان شیعه اولویت با آن شخصی است که زنده است، چه پدر باشد یا مادر. ولی اهل سنت در این زمینه تفصیل قائل شده‌اند. در صورت فوت پدر، مادر را اولی می‌دانند و در صورت فوت مادر، مادر مادر را. هر گروهی برای ادعای‌شان اقامه دلیل نموده‌اند:
- صاحب ریاض می‌گوید: در فرض فوت مادر یا عدم اهلیت مادر و یا فوت پدر و عدم اهلیت او، آن که زنده است مطلقاً اولویت دارد و اخبار صحیحه زیادی بر این موضوع دلالت دارند. دیگر بحثی برای تعارض و اختلاف بین مادر یا پدر و دیگران نمی‌ماند، چه این که پدر اگر فوت کند یا اهلیت نداشته باشد، مادر حتی در صورت ازدواج هم بر سایر اقارب مقدم است. در صورت زنده‌بودن، پدر اولی از همه است. (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۱۰، ۵۲۶) بدون تردید با مرگ یکی از والدین، وظیفه نگهداری کودک با کسی است که زنده است و او در اینباره بر سایر افراد اولویت دارد. (ابن حمزه: ۲۸۸)
- بر اساس نظر حنفیه در این موضوع تفصیل قائل شده‌اند. بدین گونه که اگر پدر فوت کند مادر اولویت دارد و اگر مادر بمیرد جده مادری اولویت پیدا می‌کند، زیرا اقوال آنها با دلایلشان بیان می‌گردد:
- در صورت فوت مادر یا عدم اهلیت او برای حضانت، این حق به مادر مادر (جده اُمی) منتقل می‌شود. زیرا این حق ولایتی است از قبل مادر. در صورت نبودن مادر، جده مادری اُحق است و اگر جده مادری نباشد جده پدری نسبت به حضانت (نوه‌اش) اولویت پیدا می‌کند. این حکم اکثریت حنفی‌هاست به جُز زُفر از شاگردان ابوحنیفه که خواهر ابوینی یا مادری و خاله را از جده پدری مقدم می‌داند. (طوسی، ۱۳۸۷: ۵، ۴۷۱)
- این حق در درجه اول از آن مادر است. لذا پس از او نیز متقرّبین مادر نسبت به متقرّبین پدر اولویت دارند. در صورت تقارن بین جده مادری و جده پدری، جده مادری سزاوارتر است از

مادر پدر، زیرا این ولایت از قبل مادر است، پس بستگان او مقدم بر اقارب پدری می‌باشند به دو دلیل:

۱- حدیث نبوی مشهور: عمرو بن شعیب.

۲- ابوبکر در مقام مرافعه، عمر و همسر مطلقه او ام عاصم گفت: إن ریحها و فراشها خیر له حتی یشیب أو تتزوج. (کاشانی، ۱۴۱۷: ۴، ۶۰) و احادیث دیگری که از ابی هریره نقل شده است و استحساناتی که به نظر ایشان از باب مهربانتر بودن زن‌ها خصوصاً مادران، مهم جلوه کرده‌اند و اجماعی که ادعا نموده‌اند را دلیل بر اولویت جده مادری گرفته‌اند. سرخسی می‌گوید مقدم بودن جده مادر به جهت اُمومت است که قریب به مادر است، و قرابة الأم فی الحضانة مقدمة علی قرابة الأب. (سرخسی، ۱۴۲۰: ۵، ۲۱۰)

حضانة در صورت فوت والدین

شهید ثانی می‌فرماید: «از آن جایی که دلیلی بر استحقاق حضانة به غیر از پدر و مادر برای کسان دیگر ما نداریم، لذا اختلاف بسیار بین فقها در این زمینه به وجود آمده است؛ و بعضی فقیهان به دلیل عمومیت آیه شریفه «بعضهم اولى ببعض» حق حضانة را به اجداد و سایر اقارب تسری داده است و این که اولویت باب ارث شامل حضانة و غیر آنها می‌گردد.» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸، ۴۲۱-۴۳۰)

اگر پدر و مادر نبودند یا صلاحیت نداشتند حضانة مال پدر بزرگ است، زیرا او هم فی الجملة پدر گفته می‌شود. به این حکم، علامه در قواعد جزم پیدا کرده است. (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۱۰، ۵۲۷) در صورت نبودن جد پدری یا عدم ترجیح او، حضانة به جده پدری و مادری منتقل می‌شود و در خصوص تقدم آن دو مطلبی ذکر نشده است. (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۱۰، ۵۲۸)

فقیهای اهل سنت جده مادری را مقدم بر جد پدری می‌دانند که این قول بین‌شان اتفاقی است، چون حق حضانة از قبل مادر است، پس متقریبین به مادر بر اقارب پدری مقدم هستند. در صورت نبودن جده مادری بین فقیهان اهل سنت اختلاف وجود دارد. حنفیه و شافعیه در فتوای جدیدشان جده پدری را مقدم بر خاله دانسته‌اند اگرچه بالا روند؛ مالکیه جده پدری را بعد از خاله و عمه (مادری) قرار داده است. حنابله بعد از جده مادری، پدر را مقدم دانسته است

و بعد جده پدری را، در بین خواهران ابی و امّی حنفیه، مالکیه، حنبلیه خواهر اُمّی را اولی می‌دانند، ولی شافعیه خواهر ابی را مقدم می‌داند. (زحیلی، ۱۴۱۸: ۱۰، ۷۲۹۹)

خواهر محضون مقدم بر خاله و عمه طفل است. زیرا از حیث نسب به کودک نزدیک است و در صورت نبودن خواهر و یا عدم اهلیت او خاله بر دیگران مقدم است، البته در هر درجه، آنان که ابوینی است بر امّی تنها و امّی بر ابی تنها، مقدمند که در لسان فقه از ابوینی تعبیر می‌کنند به شقیقه. (بدران، ۱: ۵۹۶)

نتیجه

در یک نمودار کلی وظیفه حضانت‌کنندگان را از نظر مذاهب اسلامی می‌توان چنین بیان کرد: بر اساس دیدگاه فقیهان امامیه: چهار قول قابل استنتاج است: اول؛ مادر، پدر و در صورت فوت یکی از والدین آن که زنده است، در صورت فوت ابوین، حضانت با جد و اجداد است و این علا. دوم؛ مادر و پدر. در صورت فقدان هر دوی آنها جده بدون تعیین بین جده مادری و پدری. سوم؛ در صورت فقدان ابوین، باقی اقارب با تقدم اقارب مادری بر پدری. چهارم؛ با فقدان ابوین، خاله بر دیگران مقدم است.

براساس دیدگاه اهل سنت هم حضانت چنین است: فقیهان اهل سنت حضانت را بعد از مادر برای جده مادری می‌دانند و این نظریه مورد اتفاق آنهاست. ولی راجع به حضانت بعد از جده مادری دو نظریه وجود دارد. دیدگاه اول می‌گوید بعد از جده مادری، جده پدری مقدم است. دیدگاه دوم می‌گوید بعد از جده مادری، خاله و عمه اُمّی مقدم بر جده پدری است.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایه فی غریب الحدیث، تحقیق احمد الزاوی، قم: چ ۴، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۷ش.
۲. ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی در المختار، بیروت: دارالفکر، چ ۲، ۱۴۱۵ق.
۳. ابن منظور، محمد، لسان العرب، بیروت: دارصادر، چ ۱، ۱۴۱۴ق.
۴. ابی داود، سلیمان، سنن، بیروت: دارالفکر، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۵. اشتهاودی، علی پناه، فتاوی ابن جنید، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۶. اصفهانی، محمدحسین (کمپانی)، حاشیه المکاسب، تحقیق شیخ عباس محمد آل سیاب، بیروت: دارالمصطفی لاحیاء التراث، چ ۱، ۱۴۱۸ق.
۷. آملی، محمد تقی، المکاسب والبیع، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۸. بحرالعلوم، محمد، بلغة الفقیه، تهران: مکتبه الصادق، چ ۴، ۱۴۰۳ق.
۹. بدران، ابوالعینین بدران، الاحوال الشخصیه بین المذاهب الاربعه ومذهب الجعفریه، بیروت: دارالنهضة العربیه.
۱۰. جیزانی، محمد بن حسین، فقه النوازل، دار ابن الجوزی، چ ۳، ۱۴۲۹ق.
۱۱. حائری، کاظم، فقه العقود، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ق.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۳. حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۴. خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی، چ ۴، ۱۳۹۴ش.
۱۵. خمینی، روح الله، کتاب البیع، تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی، چ ۱، ۱۳۶۸ش.
۱۶. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، بیروت: دارالعلم، چ ۱، ۱۴۱۲ق.
۱۷. زحیلی، وهبة، الفقه وادلته، دارالفکر: بیروت، چ ۴، ۱۴۱۸ق.
۱۸. زرقاء، مصطفی احمد، المدخل الفقهی العام، بیروت: دارالفکر، چ ۶.
۱۹. سرخسی، محمد، المبسوط، دار احیاء التراث العربی، چ ۱، ۱۴۲۲ق.
۲۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، قم: انتشارات داوری، چ ۱، ۱۴۱۰ق.
۲۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم: مؤسسه معارف اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۳ق.
۲۲. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، القواعد والفوائد، نجف اشرف، ۱۴۰۰هـ.ق.

٢٣. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، اللمعة الد مشقیه، بیروت: دارالعالم الاسلامی، ١٤١٠ق.
٢٤. صدوق، محمد، المقنع، قم: مؤسسة الهادی، ١٤١٥ق.
٢٥. صدوق، محمد، من لایحضره الفقیه، تحقیق علی اکبر غفاری، قم: جامعه مدرّسین، ١٤٠١ق.
٢٦. طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، قم: جامعه مدرّسین، ١٤١٢ق.
٢٧. طباطبائی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم: جامعه مدرّسین، ١٤١٧ق.
٢٨. طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، تحقیق: احمد حسینی، مکتبة نشرالثقافة الاسلامیه، چ ٢، ١٤٠٨ق.
٢٩. طوسی، محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، تحقیق: احمد عاملی، مکتبه الاعلام الاسلامی، ١٤٠٩ق.
٣٠. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، تحقیق: محمداقر بهبودی، مکتبة الرضویه، ١٣٨٧ق.
٣١. حر عاملی، محمد، وسائل الشیعه الی تحصیل احکام الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٤ق.
٣٢. قاضی ابن براج، عبدالعزیز، المذهب، تحقیق باشراف آية الله سبحانی، قم: جامعه مدرّسین، ١٤٠٦ق.
٣٣. قرشی، علی اکبر، قاموس قرآن، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ ٦، ١٣٧١ش.
٣٤. کاشانی، علاءالدین ابوبکر، بدائع الصنائع، بیروت: دارالفکر، چ ١، ١٤١٧ق.
٣٥. مجلسی، محمداقر، بحار الانوار، بیروت: مؤسسه الوفا، ١٤٠٣ق.
٣٦. مفید، محمد بن نعمان، المقنعه، بیروت: دارالفکر، چ ١، ١٤١٠ق.
٣٧. نجفی، محمدحسن، الجواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ١٣٧٤ش.