

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۶/۲۸

فصلنامه علمی عرفان اسلامی

سال هجدهم، شماره ۷۰، زمستان ۱۴۰۰

[DOR:20.1001.1.2008.0514.1400.1870.152](https://doi.org/10.1016/j.2008.0514.1400.1870.152)

بررسی ولایت ابوینی در روایات اسلامی، فقه و حقوق (مطالعه موردی اولویت در حضانت)

مجیدرضا کمالی بانیانی^۱

داوود نصیران^۲

سیدمحمد هادی مهدوی^۳

چکیده

ولایت ابوینی، نمونه‌ای مبسوط از ولایت‌های تشریحی به‌شمار می‌آید که نه تنها در گستره عرفان اسلامی، از ارزشمندی خاصی برخوردار است؛ بلکه از نگرش حقوق و فقهی نیز، شایستگی و ضرورت ویژه‌ای دارد. زیرساخت و شالوده مقوله‌های فقهی و حقوقی در پیوند با این مهم، برگرفته از آیات و روایات نقل شده از پیشوایان دین هستند و در کتاب‌های عرفانی، فقه شیعی و مذاهب اربعه، دارای پیشینه و دیرینه‌اند. یکی از خطرناک‌ترین دوره‌های حیات هر فرزند، دوره شیرخوارگی و فرآیند زمانی موجود تا ۷ سالگی است که بنیان‌ها و بن‌مایه‌های تربیت اجتماعی و اخلاقی او، بر نهاد آن ساخته می‌شوند. در بررسی پیش رو، به بحث و غور در آیه‌ها و نقد روایات مربوط به این دوره پرداخته شده است. نتایج حاصل، دلالت بر آن دارند که با در نظر گرفتن صلاحیت طفل، وابستگی پیوستگی احساسی مابین مادر و فرزند و نیز به جهت فریضه بودن امر حضانت، برتری و پیشینگی مادر در قضیه حضانت در دوران رضاع، مسئله‌ای واجب است. همچنین با مدنظر قرار دادن آیه‌ها و وفاق روایات نقل شده، شفافیت سندها و مدرک‌های دیگر، تا رسیدن فرزند به سال هفتم از زندگی خود، رجحان مادر باز هم در مسئله حضانت، بدیهی است. پژوهش پیش رو، به شیوه توصیفی-تحلیلی است.

کلیدواژگان:

حق تقدم، حضانت، ولایت ابوینی، آیات و روایات.

^۱ - دانشجوی دکتری گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

^۲ - استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران. نویسنده مسئول:

Dawoodnassiran1192@yahoo.com

^۳ - استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

پیشگفتار

مسأله ولایت از جمله پندارهایی است که از نگرش دانش‌های گوناگونی همچون تفسیر، کلام، حدیث، فقه، حقوق، عرفان، تصوف و ... قابل بررسی است. به همین دلیل است که بسیاری از گزارندگان با برخورد با آیه‌هایی مانند: «اللّٰهُ وَلِيّ الَّذِيْنَ اٰمَنُوْا» (بقره: ۲۵۷)، به واکاوی موضوع ولایت و گونه‌های آن همت گمارده‌اند. در اثرها و نوشتارهای اهل کتاب و اهل سنت نیز، در راستای پایستن و قبول بزرگی و دوستی اولیاء الهی، نگاره‌ها و گزاره‌های دیگرگونی آمده‌است (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۷: ۸۶) و فقیهان نیز، برای مشخص کردن مفهوم‌های ولی و نیز آشکارگی رویدادهای اجتماعی و قواعدهای مربوط به آن با گواه‌گیری عبارت‌هایی چون «من الوالی له فالامام ولی دمه» (ر.ک: فضل آبی، ۱۴۱۰: ۶۷۲/۲؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۴: ۳۶۷/۵) و «السلطان ولی من لا ولی له» (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۵: ۱۴۳/۱۶) به کارمی‌برده‌اند. در گستره عرفان، بن و پایه اساسی معنویت است و لذا هرگونه طی طریق ربانی، بدون ولایت به رسمیت شناخته نمی‌شود. هرچند ولایت خداوند، در سرشت خود به خداوند بازخوانی شده‌است؛ ولی بر پایه آیه‌های قرآن، مانند «فَاللّٰهُ هُوَ الْوَلِيُّ» (سوره شوری: ۹) و یا «فَاطِرُ السَّمٰوٰتِ وَالْاَرْضِ اِنَّتَ وِلٰی فِی الدُّنْيَا وَالْاٰخِرَةِ» (یوسف: ۱۰۱)، محدود و بسنده به خداوند تعالی است. این در حالی است که به پیروی از این نوع ولایت، پیامبر(ص) و امامان معصوم نیز، از این‌گونه ولایت بهره‌مندبودند. ولایت یادشده، در مبحث عرفان اسلامی، به سه بخش ولایت تکوینی، ولایت بر تشریح و ولایت تشریحی، قابل تفکیک است (ر.ک: مطهری، ۱۳۸۷: ۲۹۷/۳). از گونه‌های ولایت تشریحی که هدف و آرمان آن، نوعی سرپرستی در محدوده قانون‌های خداوندی است، یکی ولایت بر افراد صغیر و محجور است و دیگری ولایت و سرپرستی گروه یا انجمن خردمندان، سرپرستی کودکان محجور و صغیر، از مهمترین مسائل اجتماع امروزی است که در زمان اجرای آن، گاه بحث‌انگیز و مسئله‌آفرین است. از آنجاکه نگهداری و حضانت از کودک، از هنگام زایش، در زیر سرپرستی و ولای ابوینی (در معنی عام) یادشده‌است (ر.ک: عالی‌پناه، ۱۳۹۷: ۵۴). با عنایت به مشترکات مابین عرفان اسلامی (در محدوده آیات و روایات نقل شده) و حقوق و فقه اسلامی و نیز، با مدنظرداشتن این نکته که بسیاری از آیات و روایات نقل شده در کتب عرفانی و به‌ویژه فقهی، در باب اولویت ولایت ابوینی، در دوره رضاع و تا پایان هفت سالگی، منشأ و خاستگاه قوانین مدون هستند و گاه کشمکش‌های فراوانی را می‌توان درباب این حق تقدم مشاهده کرد، مهمترین دغدغه پژوهش پیش رو، پاسخ به پرسش‌های زیر بوده‌است:

بر مبنای آیه‌های و روایت‌های گزارش شده، کدام یک از ابوین کودک در طلیعه حیات کودک، در مسئله نظریه، بر دیگری رجحان و اولویت دارد.

نظربه اینکه فرآیند شیرخوارگی و دوره پس از آن تا سال هفتم کودک، از دوره‌های حیاتی کودک به‌شمار می‌آید و باتوجه به روایت‌ها و آیه‌های گزارش شده، کدام یک از نگرش‌ها و عقیده گزارش شده، درست است؟

پیشینه تحقیق

مبحث ولایت را تاکنون، پژوهشگران، از دیدگاه‌های مختلف تحقیق کرده‌اند. از جمله این پژوهش‌ها، مقاله ولی و ولایت در عرفان، اثر فاطمه معین‌الدینی (نشریه نثرپژوهی، ش ۱۹، پیاپی ۱۲، ۱۳۸۵) است که نویسنده، پس از واژه‌شناسی ولایت، به توصیف و تحلیل صفات و شرایط ولی، عدد اولیاء و مراتب آنان پرداخته است. در باب ولایت ابوین نیز، تاکنون آثار مختلفی به‌رشته تحریر درآمده است. از میان مقالات منتشر شده، می‌توان به مقاله نهاد ولایت بر کودک و خلأها و چالش‌های آن در فقه و حقوق، اثر فائزه عظیم‌زاده اردبیلی (دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده، دوره ۲۱، ش ۶۵، ۱۳۹۵) اشاره کرد که نویسنده، در پژوهش خود، پس از ارائه تعاریفی از ولایت، حضانت و مصلحت، به توصیف مراتب و صفات سمت ولایت قهری پرداخته است. مقاله دیگر را می‌توان، قلمروی ولایت قهری در امور صغار، اثر محمد مهدی مقدادی (فصلنامه فقه و حقوق خانواده، ش ۳۱، ۱۳۸۲) نام برد که نویسنده پس از تعریف ولایت قهری و اقسام ولایت پدر بر فرزند را مورد بررسی قرار داده است؛ اما در این میان، اثری که در آن، بر پایه آیات و روایات موجود در کتب عرفانی و فقهی، به بررسی موردی، مبحث ولایت ابوین، به‌ویژه در اولویت ایشان در حضانت فرزند، پرداخته باشد، دیده نشد.

ضرورت و اهمیت تحقیق

امروزه همزمانی حضانت و ولایت، در عمل، چالش‌هایی را در نگهداری و مواظبت از فرزندان ایجاد کرده است. معنای حضانت، در جوامع امروزی، تحول یافته است و صرفاً به معنای نگهداری از فرزند نیست؛ بلکه وظیفه تربیت و رشد استعداد های طفل، با عنایت به توسعه علوم و پیشرفت جوامع، گسترش یافته است؛ اما افزایش این مسئولیت، با افزایش اختیارات حضانت‌کننده، همراه نبوده است. این مسئله، زمانی که حیات زناشویی، به طلاق انجامیده باشد، از اهمیتی دو چندان برخوردار است و این پرسش مدام به ذهن می‌رسد که کدام یک از ابوین، بر حضانت فرزند، اولویت دارند؟ از آنجاکه غالب مباحث مرتبط با حضانت و ولایت فرزند، برخاسته از آیات و روایات متعدد از پیشوایان دین و کتب عرفانی هستند و در فقه شیعی و مذاهب اربعه نیز، دارای سابقه‌اند؛ لذا با عنایت به اینکه حضانت فرزند، به‌ویژه در دوران رضاع و مابعد آن تا هفت سالگی که فرزند به نگهداری بیشتری نیاز دارد و

پایه‌های تربیت اجتماعی و اخلاقی، بر شالوده‌های همین دوران استوارند، از اهمیت زیادی برخوردار است؛ لذا ضروری است که با نگاهی باریک‌تر، آیات و روایات موجود، بررسی شود و با واکاوی اختلاف آراء راویان و ردّ یا قبول آن‌ها، به نتایج روشن‌تری دست‌یافت.

بحث

مسئله ولایت در گستره عرفان اسلامی، بنیاد و ریشه شکل‌گیری (هستی‌پذیری) معنویت است و درکل، دین‌گرایی و سلوک ربانی، به غیر از ولایت، بی‌معنا است. از لحاظ ریشه لغوی، کلمه ولایت، از ریشه ولی است که قرارگرفتن چیزی در جوار چیز دیگر است؛ البته به گونه‌ای که مجاللی میان آن‌ها واقع نشود. از دیدگاه راغب اصفهانی، این لغت جهت بیان نزدیکی مکانی یا روحانی و همچنین دوستی و یاری نیز، به‌کارمی‌رود (ر.ک: راغب اصفهانی، ۱۴۱۶: ۵۲). به همین شیوه یادشده، لغت ولایت، نخست برای بازگرفتن نزدیکی اشیاء محسوس و به‌تدریج برای بیان قرابت روحانی و معنوی به-کارگرفته‌شد؛ البته بایسته معنای اخیر، آن است که ولی نسبت به هر آن چیزی که به آن رهنمون‌شده است، قرابت دارد و از امتیازی برخوردار است (ر.ک: ابن اثیر، ۱۴۱۵: ۵/۳۲۷) و این طریق، به وی اجازه دخل و تصرفاتی می‌دهد که دیگران هم بدون اجازه وی، امکان آن دخالت‌ها را ندارند (ر.ک: طباطبایی، ۱۳۷۴: ۶/۱۱). ولایت بر پایه هرآنچه که سرپرستی می‌شود، گونه‌ها و مراتبی دارد که در زیر به‌طور خلاصه بیان‌شده‌اند:

ولایت تکوینی: این نوع از ولایت به این معناست که ولی و سرپرست همگی مخلوقات (چه اشیاء، چه اشخاص)، ذات پاک الهی است. اساس و بنیان این ولایت، وابستگی علت و معلولی است که بیان‌می‌دارد که هر علتی در جهان، سرپرست معلول خود است. ولایت یادشده، بستری جهت واگذاری ولایت تشریحی است؛ زیرا که ولایت تشریحی، سزاوارتر از هر شخصی نیست. (ر.ک: همتی، ۱۳۶۳: ۸۳).

ولایت بر تشریح: همان سرپرستی بر قانونگذاری است؛ به عبارتی دیگر، شخص وظیفه نظارت و سرپرستی وضع قانون را بر عهده داشته باشد (ر.ک: مطهری، ۱۳۸۷: ۳/۲۹۶). این ولایت در جایگاه فرمانبرداری و فرمانبری، قابل‌گسترش است. ولایت یادشده، محدود به ذات خداوند است: «ان‌الحکم الا الله» (یوسف: ۶۷).

ولایت تشریحی نوع سوم، به سرپرستی‌ای گفته‌می‌شود که نه شبیه گونه اول (تکوینی) و شبیه گونه دوم (ولایت بر تشریح) است. این نوع ولایت، ولایتی است بر زمینه و بستر قانون‌های وضع‌نشده الهی که خود بر دو بخش جدا، قابل‌تفکیک است: الف. ولایت و سرپرستی بر کودکان محجور. ب. ولایت و سرپرستی بر گروه خردمندان.

هرچند ولایت از اسم‌های خداوند متعالی است؛ ولی به این شیوه نیست که دیگران را نصیب و بهره‌ای از آن نباشد و بنابراین پیامبر(ص) و امامان معصوم(ع) نیز، از این نوع ولایت، برخوردارند و در نتیجه این رویه تبعی، ولایت امامان معصومین(ع) نیز، تبعی و قابل پیروی خواهد بود. یکی از گونه‌های ولایت تشریحی، ولایت و سرپرستی پدر و مادر بر کودکان کوچک و محجور است که پس از بررسی مسئله ولایت در علم حقوق، بدان پرداخته شده است.

گستره ولایت در علم حقوق

در نگرش علم حقوق (همتراز عرفان اسلامی)، لغت ولایت و ریشه لغوی ولی گرفته شده است که معنای نزدیک به شیء یا شخص رای دارد (ر.ک: ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۵/۱). کاتوزیان در اثر خود بر این باور است که ولایت، نوعی اقتدار است که از طرف قانونگذار به فرد ولی، جهت انجام کارهای ولی- علیه واگذاری کند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۴۴/۱). با توجه به اینکه مسئله ولایت، یکی از مفاهیم مشترک آیین عرفان اسلامی، حقوق و فقه است، همگونی و ناهمگونی‌هایی میان این دو دیدگاه دیده می‌شود که در زیر خلاصه شده است.

تشابهات و تمایزات مبحث ولایت در عرفان اسلامی و حقوق	
(تشابهات)	(تمایزات)
هر دو دارای معنایی عام و خاص هستند. ولی، در هر دو، در معنای عام، نماینده شخص یا اشخاصی از جامعه هستند.	ولایت در عرفان اسلامی، به معنای خاص، مقام فئای فی الله است (ر.ک: نسفی، ۱۳۶۸: ۴۵)؛ اما در حقوق، به معنای ولایت پدر و پدر بزرگ است (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۴).
در هر دو، به معنای تسلط پیدا کردن و تصرف کردن است. هر چند در نوع تسلط بر مولی- علیه، متفاوت از یکدیگرند.	در عرفان، ولایت، هسته‌ای فکری برای ارتباط با خداوند است؛ اما در حقوق به معنای عهده‌دار و نماینده کاری به شمار می‌رود (ر.ک: ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۰۶/۱۵).
معنای نصرت و اماره، از هر دو مستفاد می‌شود.	ولایت در عرفان، جنبه لدی‌اللهی پیامبران است؛ اما در حقوق از احکام تبعیدی نیست؛ بلکه از احکام عقلایی است.
در هر دو، قرب و نزدیکی صورت گرفته، مجوز نوعی خاص از تصرف و تدبیر است.	در عرفان، ولایت بیشتر جنبه باطنی دارد؛ اما در حقوق، جنبه ظاهری، مادی و حتی مالی دارد.
در هر دو، ولی نقش هادی و راهنما را دارد.	در عرفان، ولی، واسطه فیض عالم است (ر.ک: همان: ۳۴)؛ اما در حقوق به این معنا نیست.
	در عرفان، حق تعالی بر تمامی انسان‌ها، ولایت دارد (کثرت مولی- علیه)؛ اما در حقوق، ولی، بر تعداد اندکی، ولایت دارد (قلت مولی- علیه).
	در عرفان، ولایت، گاه یک موهبت الهی و گاه در پی ریاضت‌های فراوان به دست می‌آید؛ اما در حقوق، به حکم قانون، ولایت شخصی به دیگری داده می‌شود.

یکی نوع از ولایت، ولایت ابوینی است. این ولایت به انباشته‌ای از حقوق و باید نبایدها به قصد فراهم آوردن صلاح‌دید کودک است که از سوی قانون، جهت پشتیبانی و فراهم کردن بستر رشد کودک، به پدر و مادر واگذار شده است و تا وقت رسیدن به بلوغ و دفع حجر ادامه دارد. در حقوق ایران، سرپرستی و ولایت پدر در خانه بیش از مادر است (حتی در مسئله ازدواج کودکان صغیر، یا حتی در درستی ازدواج دوشیزه و ...)، به پیروی و اقتضاء از فقه شیعی و بنابر ماده‌های قانونی ۱۱۸ و ۱۱۸۱ ق.م. ولایت قهری و شیوه پدر و جد پدری است. نقدی که بر این نظریه وارد است، آن است که هرچند ولایت داشتن پدر خانواده، امری خداداده و منطقی است؛ اما به فطری بودن و منطقی بودن ولایت جد پدری، نمی‌توان اعتماد کرد؛ زیرا ولایت داشتن پدر بزرگ، ویژه جامعه‌های پدرسالار بوده و امروز پدر و مادر می‌پسندند که سرپرستی فرزندانشان را خودشان برعهده بگیرند. همچنین ولایت پدری اگر قابل دفاع دانسته می‌شود؛ ولایت پدر بزرگ قابل دفاع نیست؛ زیرا ولایت وی هنگامی پنداشته می‌شود که سرپرستی پدر از بین رفته باشد و در چنین وضعیتی، ولایت پدر بزرگ با ولایت سرپرستی مادر طفل ناسازگار با یکدیگر قرار می‌گیرد که نه تنها سودمند نیست؛ بلکه برای کودک نیز، ضرر دارد (ر.ک: عظیم‌زاده اردبیلی و افقه، ۱۳۹۵: ۱۱). درکل، بنیاد و ریشه ولایت پدر بر ولایت پدر بزرگ، مبتنی بر دو نظریه بود: الف. عدم وجود تباهی و فساد (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۵: ۱۶/۱۶۶). ب. در اولویت قراردادن صلاح‌دید کودک (ر.ک: طوسی، ۱۴۰۷: ۲/۲۰۱؛ حلی، ۱۴۱۷: ۱۴/۲۴۴؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۵/۲۶۱؛ خامنه‌ای، ۱۱۲۱: ۲۳۸؛ خمینی، ۱۳۷۶: ۲/۲۶۵). اولویت یادشده بر پایه آیه ۱۵۲ سوره انعام است: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ». در این آیه از نزدیکی به مال یتیم منع نشده است؛ مگر در دخل و تصرفاتی که خیر باشد. حال اگر از زاویه حضانت به این نظریه نگاه شود، ولایت همزمان هم حق به‌شمار می‌رود و هم تکلیف و آن هم تنها بر پدر و مادر. می‌توان بر آن بود که با در نظر گرفتن آراء فقهی و حقوقی (در باب ولایت فرزند)، بیشتر تکلیف بودن آن برای پدر خانواده و جد پدری، مورد نظر قانونگذار و فقیهان بوده است (ر.ک: عظیم‌زاده اردبیلی و افقه، ۱۳۹۵: ۱۹)؛ اما با توجه به تمدن روبه‌رشد و نیز، توسعه‌یافت فرهنگی و حضور زنان و مادران در محیط اجتماعی، ایجاب می‌کند که مادر کودک نیز دارای ولایت باشد.

حضانت از دید آیات و روایات

از دیدگاه علم لغت، حضانت از ریشه حَضِنَ است. در وصف این لغت آمده است که «الحضن: مادون الابط الی الکشح ... کما تحتضن المرأه وکلدها فتَحْمِلُهُ فِی أَحَدِ شَقِيهَا... وَالْحَضَانَةُ مَصْدَرُ الْحَاضِنَةِ وَالْحَاضِنِ وَ هُمَا اللَّذَانِ يَرِيَانِ الصَّبِيَّ»؛ «حَضِنَ، محدوده بین زیر بغل و بالای لگن را گویند، آن‌گونه که زن، فرزندش را در آغوش می‌گیرد و حضانت، مصدر است و حاضنه و حاضن، کسی است که طفل را تربیت می‌کند» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۲/۱۲۲). شهید ثانی نیز، در کتاب خود آورده است:

«الحضانه، ولایه علی الطفل و المجنون فائده تربیته و ما يتعلق بها، من مصلحه من حفظه و جعله فی سریره و رفعة و كحله و ذهنه و تنظیفه و غسل خرقه و ثوبه و نحو ذلك»؛ «حضانت، نوعی ولایت است که در سایه آن، تربیت فرزند، بر آن واگذار شده است و احکام ولایت نیز، بر آن جاری است» (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۵۸۱/۱). دیرینه حضانت، به واسطه ابوهریره به پیامبر اسلام (ص)، بازخوانده به حدیثی است که عده‌ای از فقهیان امامیه، آن را گزارش کرده‌اند: «عن ابی هریره عن النبی (ص)، انه قال: الام احق بحضانه ابنتها مالم تتزوج» (ر.ک: طوسی، ۱۴۱۷: ۱۳۳). در قرآن کریم، در بیان مفاد و محتوای حضانت، لغت کفالت، نام برده شده است: «وما كنت لذيهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم» و در جای دیگر نیز، فرموده است: «وانبئها نبأاً حسناً وكفلها زكرياً» (همان: ۳۷). فقهای متقدم نیز، در باب حضانت، از واژه کفالت، در کتاب فقهی خود استفاده نموده‌اند (ر.ک: مفید، بی تا: ۵۳۱؛ سلار، ۱۴۱۴: ۴۴۸)؛ در دین مبین اسلام، حضانت تنها و یگانه به معنای نگهداری و مواظبت از جسم کودک نیست؛ بلکه احتیاج‌های عاطفی طفل، پرورش و تربیت وی را نیز شامل می‌گردد. حضانت از نگرش فقهیان، در مفهوم‌ها و معناهای دیگری را دربرمی‌گیرد:

شمار زیادی از فقهیان، مفهوم حضانت را گونه‌ای از سلطه و ولایت یاد کرده‌اند (ر.ک: بحرانی، ۱۴۰۹: ۱۲۴۵/۲۵).

بعضی از فقهیان حضانت را به معنای پشتیبانی کردن و جانب‌داری کردن از کودک است و آن را امری طبیعی دانسته‌اند که پروردگار آن را در وجود مادرش، به امانت گذاشته است (ر.ک: سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۲۷۶).

عده‌ای دیگر بر این باورند که حضانت، گونه‌ای حق پرورش کودک است (ر.ک: آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۸: ۳۲).

و بالاخره عده‌ای آن را وصف نکرده‌اند؛ و لیکن از جانب پدر، آن را ولایت خوانند و از جانب مادرش، حق پنداشته‌اند (ر.ک: خوئی، ۱۴۱۰: ۲۸۶).

لذا در ادامه در باب ولایت و حضانت، به بررسی اولویت ابوینی در حضانت و ولایت فرزند، در دو دوره الف) از تولد تا دو سالگی. ب) از دو سالگی تا هفت سالگی، از دید آیات و روایات نقل شده، پرداخته شده است.

از زمان میلاد تا رسیدن به سال دوم

پس از ولادت، کودک از یک سو به شفقت مادر نیاز دارد و هم از دیگر سو، به همدلی پدرانه، نیازمند است. خداوند در کتاب آسمانی قرآن، در اشاره به این سستی و نزاری می‌فرماید: «اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ»؛ «پروردگار همان کسی است که شما را خلق کرد؛ درحالی که شما نذار و ضعیف بودید» (روم: ۵۴). به نیکی آشکار است که نزدیک‌ترین حامیان این کودک نوپا، والدین او هستند. این

مهم بدین معناست که آن هنگام که بدون وجود هیچ‌گونه مشکلی، پدر و مادر طفل، در جوار کودک هستند، قضیه اولویت و رجحان یکی از دو طرف، خالی از معناست؛ اما مسئله برتری یک طرف بر دیگری، هنگامی مطرح می‌شود که ساختار خانواده، دچار تزلزل شده باشد و زن و شوهر، هرکدام جدای از دیگری، خواهان زندگی باشند (دور بودن فیزیکی از یکدیگر). عمده آیه‌ها و روایت‌هایی که در باب حضانت کودک موجود است، به منظور زن‌هایی است که از همسر خود جدا شده‌اند. با عنایت به اینکه در این باب، نظریه‌های غیر همسانی وجود دارد؛ بنابراین در ادامه گمانه‌ها و گرایندهای (حالات) موجود، مورد پژوهش قرار گرفته‌اند.

برگزیدگی مادر

به نیکی هویدا است که طفل که تازه چشم‌به‌جهان گشوده، افزون به هر شخص دیگری، به مادر خود وابسته و نیازمند است. از این روزست که خداوند در آیه ۲۳۳ سوره بقره می‌فرماید: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ؛ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَ؛ «و مادران فرزندان خود را دو سال کامل، شیر دهند، برای برای دوران شیرخوارگی را تکمیل کند» (بقره ۲۳۳). روایت‌های فراوانی نیز در باب این مسئله نقل شده است؛ مثلاً از امام صادق (ع) نقل شده است که «نفق زن آبستنی که متارکه کرده است، تا زمان زایمانش، بر ذمه کودک است. بعد از به دنیا آمدن کودک، سزاوار است که فرزند خود را نگاه دارد»؛ اما این مسئله در حالی صحیح و درست است که فرزند مورد نظر خود را با اجرت و دسترنجی که با دستمزد دیگران سنخیت داشته باشد (ر.ک: نجاشی، ۱۴۰۸: ۲۳۰). خوانساری نیز، در پذیرش و موافقت با این مسئله بر این باور است که با در نظر گرفتن نگرش اصحاب رأی، در دوره زمانی شیرخواری فرزند، سرپرستی مادر از هر فرد دیگری شایسته‌تر است (ر.ک: خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۷۲۷)؛ بنابراین می‌توان بر آن بود که با توجه به بستگی شدیدی که از طرف فرزند و مادر به یکدیگر وجود دارد و با در نظر گرفتن نیاز فرزند به استفاده از شیر مادرش و همچنین سفارش‌های اکید قرآن کریم، می‌بایست بر آن بود که امتیاز حضانت، از مادر شروع می‌شود و تا سال دوم عمر فرزند نیز، پیوسته است. صاحب جواهر، به سازگاری و هم نظری (اجماع) کامل فقها که اشاره کرده است که تا دو سال اول عمر فرزند، امتیاز حضانت برای مادر برتری و رجحان دارد (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۳۱/۲۸۴) و صاحب ریاض نیز، همین فراخاست اجماع را پذیرفته است (ر.ک: طباطبایی، ۱۳۷۴: ۷/۲۴۰). از میان مهمترین سندهای نقل شده و به دست رسیده، به موارد زیر بسنده شده است:

فقیهان خنیده‌نام و پرآوازه (به غیر از ابن‌فهد حلی)، بر این باورند که در زمان شیرخوارگی طفل، مادر نسبت به پدر، برای فرزند شایسته‌تر است. فقیهانی به نام چون شیخ مفید در مقنعه (بی تا: ۵۳۱)، ابن‌براج در المهدب (۱۴۰۶: ۲/۲۶۲)، شیخ طوسی در نهاییه (۱۴۰۷: ۵۰۳)، عاملی در نهاییه - المرام (۱۴۱۷: ۱/۴۶۶)، صاحب حدائق (بحرانی، ۱۴۰۹: ۲۵ / ۷۵) و بالأخره صاحب جواهر (نجفی،

۱۴۱۸: ۳۱ / ۲۸۵)، همگی ضمن اشاره به این مسئله آن را پذیرفته‌اند. شهید ثانی نیز، با اشاره به عدم-تفاوت در پسر یا دختر بودن فرزند، مادر را سزاوارتر دانسته‌است: «لَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْأُمَّ أَحَقُّ بِالْوَالِدِ مُطْلَقًا مَدَّةَ الرَّضَاعِ»؛ «مادر در دوران شیرخوارگی، نسبت به حضانت فرزند سزاوارتر است، چه پسر باشد و چه دختر» (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۸ / ۴۲۷).

سند دیگر آیه «لَا تَضَارُّ وَالِدَهَا بَوْلِدَهَا وَلَا مَوْلُودُهُ بَوْلِدَهُ» (بقره: ۲۳۳) است که هر چند از آیه یادشده، زیان‌نرساندن به فرزند پنداشته می‌شود؛ اما نه تنها به شیو سنجشی هیچ‌گونه دلالتی بر رجحان مادر طفل، نسبت به امر حضانت، به‌ویژه در مدت زمان شیرخوارگی ندارد؛ اما به شیوه دلالت تفسیری (التزامی)، می‌توان به آن استناد کرد. به این طریق که چون خودداری مادر فرزند از نگهداری و حضانت، سبب زیان‌رسیدن به مادر می‌شود و آیه فوق نیز همین مورد را نکوهش کرده‌است؛ بنابراین به شیوه ضمنی، حضانت مادر، سزاوارتر است.

از سندهای دیگر، روایت حلی از حضرت امام صادق (ع)، است: «الْحَبْلِيُّ الْمُطَلَّقَةُ يَنْفِقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَهِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا حَتَّى تُرَضِعَهُ بِمَا تَقْبَلُهُ إِمْرَأَةٌ أُخْرَى، أَنَّ اللَّهَ يَقُولُ لَا تَضَارُّ وَالِدَهُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ بِوَلَدِهِ»؛ «زن بارداری که طلاق داده‌شده، باید نفقه‌اش تا زمان وضع حمل پرداخت شود» (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۱۹۲/۱۵) همچنین پس از زایمان، مادر به نگهداری فرزند، سزاوارتر است؛ اما به این شرط که اجرتی که درباب سرپرستی و نگهداری اخذ می‌کند، همسان با دیگر افرادی باشد که این وظیفه را انجام می‌دهند. به این دلیل که همگی افرادی که این روایت‌ها را نقل کرده‌اند، افرادی باورپذیر هستند؛ لذا پذیرش آن نیز، مستندتر و علمی‌تر است. حتی شیخ صدوق، بر این باور است که روایت خود را از سند علی بن حمزه و وی از امام صادق (ع) نقل کرده است.

ایوب بن نوح روایت صحیحی در اثر خود آورده است: «الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ سَبْعَ سِنِينَ أَلَا إِنَّ تَشَاءَ الْمَرْأَةَ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۰: ۳ / ۲۷۵). در این روایت می‌گوید: یکی از یاران امام‌هادی (ع)، جریده-ای نوشت و از وی پرسش کرده بود که: «من از همسرم دارای بچه‌ای هستم و الان نیز از او جداشده-ام. امام‌هادی (ع) نیز، در پاسخ نوشته بودند که زن آن مرد، تا سن هفت‌سالگی، جهت نگهداری و مواظبت طفل مناسب‌تر است؛ غیر از این که زن آن مرد، خود از حشش بگذرد» (ر.ک: همان).

سند دیگر، آیه «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ»، است که شیردادن بچه را سزاوار مادر طفل می‌داند و رضاع همان نوساندن شیر فرزند از راه مکیدن پستان است؛ نه این که فقط شیر مادر به فرزند داده‌باشند؛ چرا که فعل يرضعن، از ریشه «رضع»، مکیدن و خوردن شیر از سینه و پستان مادر است (ر.ک: زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۱ / ۱۶۶) که امر موردنظر نیز، بدون اینکه فرزند در دامان مادر قرار بگیرد، امکان‌پذیر نیست.

در سنجش با حقوق ایران، باید گفت که بزرگان این رشته، همچون کاتوزیان، صفایی، امامی و دیگران، همگی بر این باورند که طی مدت شیرخوارگی، به مدت دو سال یا به‌اندازه همان دوره

شیرخوارگی (رضاع)، مادر نسبت به امر نگهداری و حضانت فرزند، سزاواری بیشتری دارد. آنان حتی این مسئله را در صورت پسر بودن فرزند، پذیرفتند؛ البته به شرطی که مادر فرزند یادشده، مسلمان، عاقل و یا پدر و مادر هر دو در کافری وی به سربرند (ر.ک: کاتوزیان، همان، صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۴۲۰).

همسان بودن نقش هر دوی والدین

در این باره، یکی از مهمترین سخن‌ها، انتساب آیه: «لَا تُضَارُّهُ وَآلِدِهِ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ» (بقره: ۲۳۳). در این آیه چنانچه مشاهده می‌شود، فعل مضار، تنها به یکی از والدین اشاره ندارد؛ بلکه به هر دو آن‌ها اشاره دارد و این بدان معناست که چنانچه امر حضانت کودک، تنها به یکی از والدین اختصاص می‌یافت، نسبت به دیگری ضرر به شمار می‌آید. سند دیگر، روایتی هست که از داوود بن حصین نقل شده است. وی به نقل از امام صادق (ع)، ذکر می‌کند که امام درباره آیه «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ»، «و مادران فرزندان خود را شیردهند» (همان)، فرمودند که «مَادَامَ الْوَالِدِ الرَّضَاعَ فَهُوَ بَيْنَ الْاَبْوَيْنِ بِالسَّوِيَةِ»؛ «زمانی که فرزند در دوران شیرخوارگی است، مابین پدر و مادر یکسان است» (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۱۲: ۱۹۰/۱۵). یکی از این افراد به نامی که در این باب به اجماع ارزش قائل شده‌اند، ابن فهد حلی است که گفته «وَقَعَ الْاِجْمَاعُ عَلَيَّ اشْتِرَاكِ الْحِضَانَةِ بَيْنَ الْاَبْوَيْنِ قَدَّهِ الْحَوْلَيْنِ» (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۴۲۶/۳). قابل درنگ است که به غیر از دلیل هم‌رایی (اجماع)، ایشان هیچ دلیل دیگری را جهت یقین پیدا کردن در باب این مسئله یاد نکرده‌اند. هر چند از رویه و نمای آیه و یا در نگاه نخست به روایت داوود بن حصین، امکان دریافت از مسئله وجود دارد؛ اما پنداشته می‌شود که در این مسئله، پناه بردن و روی آوردن به این آیه، شایسته و خوب نیست؛ چراکه برای دو قول متفاوت، یک آیه نمی‌تواند دلیل و سند باشد. دوم آن‌که ویژه دانستن نگهداری و سرپرستی به مادر طفل، چه زبانی می‌تواند برای پدر به بار آورد. با توجه به این نکته‌های یادشده در باب وجود ادعای اجماع و یا ادعای عدم خلاف که بوسیله پژوهندگانی چون شهید ثانی، صاحب ریاض و صاحب جواهر... گفته شده‌اند، بدیهی است که همگی مهوری بر پذیرش برتری مادر نسبت به نگهداری و حضانت فرزند در دو سال اول یعنی دوران شیرخوارگی دارد و از این رو، دیگر مجاللی برای اجماع یادشده به وسیله ابن فهد حلی باقی نمی‌ماند و در نتیجه اجماعی که فرخواست ایشان بوده است، سست می‌نماید. دلیل هم آن است که اغلب فقها، بر سزاواری مادر در حضانت اجماع دارند؛ اما روایتی که از حصین گزارش شده، چند جای درنگ دارد.

الف). روایت حصین، ضعیف و سست به چشم می‌آید؛ چراکه پیرو دین واقعی بوده است و لذا روایتی که از وی گزارش شده است، به قوت و قدرت روایت‌هایی که دلالت بر ارجحیت مادر دارند، نیست و توان برابری با آن‌ها چه از باب سندی و چه از باب عددی را ندارد (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۴۳۵/۸؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۱/۴۶۵). ب). ابتدا و انتهای روایتی که از حصین ذکر شده است، ناسازگار است. در طلعه روایت آمده که والدین در حضانت فرزند خود، اشتراک دارند و اما از انتهای آن، چنین فهم-

می‌شود که اگر پدر و مادر در باب میزان اجرت فی مابین در زمان شیرخوارگی، هم‌داستان نباشند، این امکان وجود دارد که پدر توان بازپس گرفتن فرزند خود را داشته‌باشد. (ج). در روایات یادشده، به‌نیکی مشخص نیست که منظور از لفظ بالسویه، چیست؟ عده‌ای بر این باورند که ممکن است هدف آن بوده- باشد که شیردادن به طفل، وظیفه مادر است و پدر باید اجرت آن را بپردازد. از این روست که هر دو، در سرپرستی فرزند خود سازگاری دارند و سهمیم‌هستند (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۲۸۵/۳۱). (د). نکته دیگری که جای درنگ دارد آن است که روایت‌هایی که از سزاواری و حقیقت مادر به حضانت طفل خود، حکایت دارند، شبیه به روایتی که از صحیحہ ابن ایوب ذکر شد و از حیث سند، درست است؛ ولیکن، در مقام برابری با این نوع بازگفت‌ها و نیز در جایگاه کشمکش با آن‌ها این امکان وجود دارد که روایت‌هایی که ولایت بر حقانیت پدر را (مثل روایت‌های داوود رقی) به دوران بین دوسالگی و شیرخوارگی فرزند نسبت داد. (ذ). همچنین این احتمال نیز وجود دارد که وظیفه مادر، شیردادن و وظیفه پدر اجرت‌دادن باشد.

سزامندی پدر

اگر زمان جدایی پدر و مادر از یکدیگر را با زمان زندگی عادی مقایسه کنیم، می‌توان به این نتیجه رسید که جدایی پدر و مادر از یکدیگر، می‌تواند آسیب‌های غیرقابل جبرانی را در پی داشته‌باشد. از این روست که اگر پدر و مادر در شرایط جدایی، نمی‌توانند به‌طور کامل و شبیه شرایط عادی که در کنار هم زندگی می‌کردند، باشند، می‌بایست راهکاری را برگزینند تا به زمان زندگی عادی نزدیک‌تر باشد (ر.ک: طاهری‌نیا، ۱۳۸۳: ۶۵). این امری بديهی است که فرزندی که به‌تازگی چشم به جهان گشوده‌است، به دلیل نیازمندی به مادر، به وی سپرده‌شود؛ اما دلایلی نیز وجود دارد که به‌سبب وجود آن‌ها، امکان سقوط حضانت مادر نیز، وجود دارد. ادله‌های موردنظر عبارتند از:

الف) اخذ حق‌العملی افزون‌تر

چنانکه مادر طفل راضی باشد که به‌صورت رایگان (تبرعی) یا در مقابل دریافت حق‌العمل اندک، طفل را شیر بنوشاند، از هر دایه‌ای در جهان برتری دارد و بر پدر است که حق‌العمل وی را بپردازد. در قرآن کریم در این باره آمده‌است: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»؛ «اگر فرزند شما را شیردهند، اجرتشان را بپردازید» (طلاق: ۶)؛ اما این برتری تا زمانی مهم‌تر است که حق‌العمل افزون‌تری طلب- نشده‌باشد و در غیر این صورت، برتری یادشده، باطل می‌شود و پدر فرزند، این فرصت و امکان را فراهم می‌آورد که برای رضاع طفل خود، دایه بگیرد. در قرآن کریم، دلیل این امر آن آمده‌است که: «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِهَا وَلَا مَوْلُودُ لَهُ بَوْلِهَا» (بقره: ۲۳۳)؛ بنابراین به این دلیل که مجبور ساختن پدر به قبول اجرتی افزون‌تر، زیان بزرگی برای وی به‌شمار می‌رود، به فرمان این آیه، زیان موردنظر، منهی عنه است.

آیه دیگری نیز، تناسب به همین موضوع دارد: «وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَاسْتَزِجُوا لَهُ أُخْرَى» که در آن سفارش شده است که توافق را بر پایه ستیزه‌گری و جدال نمایند (طلاق: ۶) و خود، دلالت بر موضوع مورد نظر دارد. در این صورت می‌بایست زنی را به‌عنوان دایه گزینش کرد. روایتی هم که داوود بن حصین، یاد کرده است، مبنی بر هبوط امتیاز شیردادن است: «وَأَنَّ وَجَدَ الْإِبْنَ مِنْ يَرْضَعُهُ بَارِعَهُ دَرَاهِمَ وَقَالَتْ الْإِمَامُ لَا أَرْضَعُهُ أَلَا بِخُمُسِهِ دَرَاهِمَ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهَا أَلَا أَنْ ذَلِكَ خَيْرٌ لَهُ وَأَرْفُقُ بِهِ أَنْ يَتَرَكَ مَعَ أُمَّهِ» (حر عاملی، ۱۴۱۲: ۱۹۱/۱۵).

ب) نکول مادر

در باب اینکه اگر مادر از وظیفه شیردادن به فرزند خودداری و نکول کند، فقیهان زیادی چون صاحب حدائق، صاحب ریاض و صاحب جواهر بر آن اند که وظیفه یا حق حضانت مادر از بین می‌رود. محقق صاحب شرایع آورده است: «إِذَا طَلَبْتُ الْإِمَامَ لِلرَّضَاعِ أَجْرَهُ زَائِدَةً عَنْ غَيْرِهَا، فَلَهُ تَسْلِيمَةُ الْإِلْحَانِ فِي سُقُوطِ حَضَانَةِ الْإِمَامِ تَرَدُّدًا وَالسَّقُوطِ أَشْبَهَ» (ر.ک: حلی، ۱۳۷۴: ۳۴۶/۲)؛ بنابراین اگر زن در ازای امر حضانت نگهداری فرزند، حق‌العمل بالایی نسبت به دیگر زنان نخواهد، در امتیاز حضانت وی، شک و تردید موجود است و احتمال سقوط آن بسیار است. دلیل این موضوع را می‌توان آن دانست که از یک سو حضانت و نگهداری طفل به‌طور مرسوم و از دیدگاه عرف جامعه، پیرو و تابع شیردادن به طفل نیست و آمیزش این دو در جامعه به‌گونه‌ای است که جداسازی آن دو سبب شدت و سختی می‌شود و از طرف دیگر این دو حق یادشده، جدا از هم می‌باشند. صاحب جواهر نیز، بر این باور است که نزول امتیاز حضانت به بنیاد و نهادهای مذهب نزدیک‌تر است؛ چراکه شرافتمندی پدر نسبت به سرپرستی فرزندش به‌مثابه یک نهاد و آغاز روشن و بدیهی است (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۳۱/۲۹۹)؛ بنابراین اگر اصل برتری حضانت مادر نسبت به فرزند رعایت نشود، به‌ناچار باید به اولویت بعدی که همان سرپرستی پدر است، بازگشت. دلیل‌هایی که نظریه بالا را قبول کردند، عبارتند از:

در روایتی که داوود بن حصین از سوی امام (ع) گزارش کرده است، عبارت: «لَهُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهَا» روایت و گواهی جهت دور کردن فرزند از مادرش است و حضانت را از اعتبار می‌اندازد و عبارت «أَلَا أَنْ ذَلِكَ خَيْرٌ لَهُ وَأَرْفُقُ بِهِ أَنْ يَتَرَكَ مَعَ أُمَّهِ» که در انتهای آن آمده است، نزول اعتبار آن را قوت می‌بخشد. چون زنی که شیردادن را پذیرفته، پیوسته و همواره باید به محلی که فرزند آنجاست، آمدوشد کند و در این شرایط سبب خلق آشوب و گرفتاری می‌شود، بنابراین بازداشته شده است.

با پیش چشم آوردن پایه‌ها و آغازهای مذهب نزول اعتبار حضانت و خردمندانه‌تر دیده می‌شود. اما باز هم با نکول مادر از پذیرش شیردهی به فرزند، به‌دلیل پاره‌ای از موردها نمی‌توان رای به نزول حضانت داد و لذا نکته‌های یادشده، جای درنگ دارند. نخست آن که شهید ثانی، بر این اندیشه است که گرفتاری (عسر و حرجی) که خرده‌گیران به آن اشاره داشته‌اند، اندازه‌ای که نزول اعتبار

حضانت مادر را در پی داشته‌باشد، نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۵۷/۵). از سوی دیگر، در جامعه کنونی باتوجه‌به رشد و فزونی وسایل ارتباطی و عبور و مرور، جهت آمدوشد مادران، نه‌تنها مانعی وجود ندارد؛ بلکه هم‌اکنون به‌جای استفاده از شیر مادر شیر خشک مورد استفاده قرار می‌گیرد. دوم آن‌که شهید ثانی (ره)، روایت یادشده را ضعیف می‌داند و همچنین سخن امام علی را که فرموده‌اند: (فاذا فطم) و اشاره به از شیر گرفتن فرزند دارد، مربوط به پس از آن می‌شود. سوم آن‌که در جایگاه سنجش با همه روایت‌های صحیحی که بر سزامندی و سزاواری مادر اشاره داشته‌اند، در مقام خلاف و مقابله آن‌ها با روایت‌های نقل شده، در باب پدر، امکان وابستگی روایت‌های گروه دوم بعد از زمان شیرخوارگی فرزند بسیار است. چهارمین نکته آن‌که بر پایه سخنان امام خمینی، با آن که حضانت فرزند و شیرخوارگی با یکدیگر پیوستگی و پیوند دارند؛ ولیکن باید دانست که نه‌تنها رهنمون و دلیلی بر پیرو بودن مسئله حضانت از شیرخوارگی وجود نداشته‌است؛ بلکه این دو حق به‌طور کامل، خودپا و ناوابسته به یکدیگر هستند (ر.ک: خمینی، ۱۳۷۶: ۲/۴۴۸). از میان فقیهان پیشین، ابن ادریس در کتاب سرائر (۱۴۱۰: ۲۳۳/۱)؛ فاضل ندی در کشف‌الثام (۱۴۰۵: ۲/۶۲۲). علامه حلی در تحریر و ارشاد الاذهان (۱۴۱۰: ۳۱۴)، از میان فقیهان امروزی، امام خمینی در تحریر الوسیله (۱۳۷۶: ۱۲۲) و سبزواری در مهذب- الاحکام (۱۴۱۳: ۲/۳۲۲)، بر آن است که بستگی یا پیوستگی ای مابین حضانت و دوره شیردهی طفل نیست. شهید ثانی نیز باورد دارد: «والاقوی بقاء حضانه لها لعدم ملازهما»؛ «پذیرفته‌ترین رأی آن است که حق حضانت همچنان برای مادر ماندگار است؛ چراکه ارتباط، پیوند میان حضانت و شیردهی فرزند نیست» (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۵۴۶/۵). از جمله موردهایی که می‌توان از آن به‌عنوان دلیل برای ماندگاری حق حضانت مادر نام برد، عبارتند از:

ایستایی یکی از حق‌ها منوط به ایستایی حق دیگر نیست (ر.ک: طباطبایی، ۱۳۷۴: ۱۲/۱۵۶). هرچند با چشم‌پوشی از حق شیردهی در ماندگاری آن تردیدی شود؛ اما با روادانستن اصل استصحاب، حکم به تداوم حضانت مادر تا تمام‌شدن دو سال فرزند دارد.

همبازی والدین

در این شرایط، طفل امکان استفاده از دو پایه خانواده را دارد. تنها نایکسانی بین این گونه کودکان با کودکانی که در خانواده‌های عادی در جوار مادر و پدر به‌سر می‌برند، فقط در شرح اجتماع است. از این روست که چنین کیفیتی شبیه‌ترین مورد به مواظبت از کودکان در شیوه مرسوم و عادی است (ر.ک: طاهری‌نیا، ۱۳۸۳: ۶۸)؛ لذا تنها ناهمسانی با گونه رایج، بی‌بهره‌گی از اجتماع است؛ ولی از سرپرستی هر دو تن بهره‌می‌برد. فایده دیگر این شیوه، داشتن صوابدید کودک است. در این وضعیت، به‌دلیل آنکه گذراندن زندگی در جوار هر دو ممکن نیست، دوره حضانت به دو بخش قسمت می‌شود. هریک از والدین بخشی از آن را به‌عهده می‌گیرند.

پس از تمام شدن دو سال

درباره این مسئله که پس از اتمام دو سال کودک، حق تقدم با پدر است یا مادر، اجماعی مابین فقیهان مشاهده نمی شود و نظریات مختلف دیده می شود. یکی از دلیل های این گوناگونی می تواند ناهمسازی روایت های بین آنها باشد. این روایت ها در ادامه خلاصه شده اند.

سزاندی مادر تا سال دوم پسر و تا سال نهم دختر

مادر نسبت به پسر، تا دو ساله شدن فرزند و دختر تا به نه ساله شدن وی، از جمله فقیهانی که این نظریه را پذیرفتند، شیخ مفید در المقنعه (المفید، بی تا: ۵۳۰) است: «وَإِذَا فَصَلَ الصَّبِيَّ مِنَ الرَّضَاعِ، كَانَ الْآبُ أَحَقُّ بِكَفَالَتِهِ مِنَ الْأُمِّ وَالْأُمُّ أَحَقُّ بِكَفَالَتِهِ الْبِنْتِ حَتَّى تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ، أَلَا إِنَّ تَنْزُوجَ» و سَلَّارٌ در کتاب المراسم (سلار، ۱۴۱۴: ۱۶۵): «فَإِذَا فَصَلَ، فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى؛ فَالذَّكَرُ: الْآبُ أَحَقُّ بِكَفَالَتِهِ مِنَ الْأُمِّ وَالْأُنْثَى: الْأُمُّ أَحَقُّ بِكَفَالَتِهَا حَتَّى تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ، مَالِكٌ تَنْزُوجَ أَوْ تَنْزُوجَ بَغَيْرِ ابْنَيْهَا، فَحَنِيفٌ يَكُونُ الْآبُ أَحَقُّ بِهَا». صاحب جواهر در باب رأی شیخ مفید آورده است: «اینکه شیخ مفید به چه دلیلی این نظر را مطرح کرده است، بر ما معلوم نیست» (نجفی، ۱۴۱۸: ۲۹۰/۳۱). طباطبایی نیز، بر این باور است که در کتاب های فقهی پیشین، درباره پذیرش و قبول این نظریه، گفتار و نوشتاری نیامده است؛ لکن هیچ یک از آنها شایستگی برای پایش و تأیید حکم سنی و شرعی را ندارد» (ر.ک: طباطبایی، ۱۳۷۴: ۱۶۳/۲). هرچند بحرانی در حدائق آورده است که در این باره هیچ حدیثی یاد نشده است و می پندارد که روایتی در اختیار آنان بوده است؛ اما به ما نرسیده است (ر.ک: بحرانی، ۱۴۰۹: ۸۸/۲۵). وی همچنین این امکان را هم می دهد که دو تا سبع و تسمع، سهواً به جای یکدیگر به کار رفته است. می توان دلیل های زیر را در راستای پذیرش سخن شیخ مفید خلاصه کرد.

نجفی بر آن است که باتوجه به این نکته که فرزند دختر برخلاف پدر (که زمان بیشتری از وقت خود را در محیط بیرون از خانه به سر می برد)، کمتر در جامعه آشکار می شود؛ از این رو تا رسیدن به سال نهم از عمر خویش، تحت سرپرستی و نگهداری کسی باشد (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۲۹/۳۱).

نظریه ای که جهت تربیت و مواظبت دختر، مادرش و برای فرزند پسر، پدرش بیشتر مناسب هستند و عمل به روایت هایی که انتهای حضانت و نگهداری را هفت سالگی بر شمرده اند، به نگهداری پسر و سزاواری حضانت و نگهداری مادر بر دختر تا رسیدن وی به بلوغ، پذیرش این مهم را قطعی تر کرده و در نتیجه حضانت مادر به کودک دختر تا رسیدن به نه سالگی پیوستگی دارد. از میان دیدگاه و شرح های بالا، گزینه اول به این دلیل که زمان محدود و بسنده به دوره بلوغ کودک دختر نمی شود، منطقی به نظر نمی آید. در باب نگرش دوم نیز، باید گفت که نگهداری و حضانت مادر بر کودک پسر پسندیده - بودن حضانت مادر بر کودک دختر تا بلوغ وی خالی از هرگونه پشتوانه ای است. این نگرش که پدر

خانواده جهت حضانت پسر و مادر خانواده، برای نگهداری دختر نیکوتر هستند، قابل قبول و منطقی به نظر نمی‌رسد.

تا هنگام ازدواج نکردن دوباره مادر

در مختلف الشیعۀ علامه حلی، این نظریه را به ابن بابویه (شیخ صدوق) باز خوانده است. شیخ صدوق ضمن پذیرش این نظریه، روایتی را از امام صادق (ع) گزارش کرده که: «رَوَى حَفْصُ بْنُ غِيَاثٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَبَيْنَهُمَا وَلَدٌ، أَيُّهَا أَحَقُّ بِهِ؟ قَالَ الْمَرْأَةُ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ»؛ «حفص بن غیاث نقل کرده است که از امام صادق (ع)، پرسیدم که مردی، زن خود را طلاق داده است و صاحب فرزندی است. کدام یک نسبت به او اولویت و احقیّت دارند؟ حضرت فرمودند: زن، مادامی که ازدواج نکرده است، محقّتر است» (ر.ک: حرّعاملی، ۱۴۱۲: ۸۱). این روایت از نظر سندی سست و ضعیف به نظر می‌رسد (ر.ک: علی محمدی و خاکساری، ۱۳۹۵: ۱۳۷). سند صحیح دیگر روایتی است که عبدالله عمر بن عاص، گواه بر این نظریه دانسته است. وی در این باره آورده است: «ان إمراة الی الرسول (ص) فقالت: یا رسول الله إن ابنی هذا کان بطنی له وعاء و ثدی له سقاء و حجری له حواء، و أن أباه طلقنی و أراد أن ینتزعہ منی، فقال لها النبی صلی الله علیه و آله: أنت أحق به ما لم تنکحی!» «زنی به رسول الله (ص)، عرض کرد که فرزندم که او را در شکم خود پرورش دادم و از پستان خود شیر دادم و در دامن خود، او را پرورش دادم، پدرش که مرا طلاق داده، می‌خواهد او را از من بگیرد. حضرت (ع) فرمود: تو نسبت به طفلت، تا زمانی که مزدوج نشده‌ای، سزاوارتر هستی» (زحیلی، ۱۴۰۹: ۷/۷۲۰)؛ اما روایت یاد شده نیز، ضعیف است چرا که از روایات عامی به شمار می‌آید (ر.ک: علی محمدی و خاکساری، ۱۳۹۵: ۱۳۷). از دیگر گواه‌های این مسئله، حدیثی نبوی است که نجفی در اثر خود بدان اشاره کرده است: «الام احق بحضانه ابنها ما لم تتزوج»؛ «مادر تا هنگامی که دوباره ازدواج نکرده است، سزاوارتر برای تربیت و نگهداری کودک خود است. روایت دیگری نیز، فراخاست و ادعای یادشده را قوی تر می‌کند، روایتی است که شیخ طوسی در تهذیب الاحکام، بعد از یادکردن نام راویان این حدیث بیان کرده است. وی از طرف منتقدی آورده است که «عن منقري قال به سأل ابو عبدالله (ع) عن الرجل يطلق امراته و بينهما ولد، تنزوج احق بالولد به قال الأمراة احق بالولده ما لم تنزوج»؛ «منقري روایت کرده است که از امام صادق (ع)، پرسیده شد که اگر مردی، زنش را طلاق داده و فرزندی دارند، کدامیک نسبت به او شایسته تر است؟ حضرت علی (ع) فرمود: زن تا زمانی که ازدواج نکرده است» (ر.ک: طوسی، ۱۹۸۴: ۸/۱۰۵)؛ اما این روایت نیز، از نگرش مفهومی، پشتیبان نظریه فوق به چشم نمی‌رسند؛ زیرا نگهداری و مواظبت از کودک، منوط به ازدواج نکردن دوباره گردیده است و به این معناست که تا هنگام بلوغ کودک و ازدواج نکردن مادر، نگهداری بر دوش او است. از دیدگاه حقوق ایران اگر مادر کودک، ازدواج کند، امتیاز حضانت و نگهداری وی از بین می‌رود (ماده ۱۷۰ ق.م)؛ اما این درحالی است که چنانچه شوهر

دوم از وی جدا شود، مادر این حق را می‌یابد تا دوباره حضانت را برعهده بگیرد. همچنین اگر کودک در حال رشد به بلوغ برسد، نگهداری از او رفع می‌شود و بی‌شک نگهداری، حق افراد یادشده است (ماده ۱۶۸ق.م).

سرپرستی مادر تا سال هفتم پسر و تا زمان مجردی دختر

از میان فقیهانی که بر این نظریه بودند، ابن‌براج (۱۴۰۶: ۳۵۱/۲) و شیخ طوسی (۱۴۱۷: ۱۳۰/۵) نام‌برده هستند. از برهان‌های اینان در این مسئله، روایت عبدالله بن عمر است که وی آن را از ابوهریره به نقل از رسول خدا (ص) آورده است: «ان النبی (ص)، قال: الام احق بحضانه ابنها ما لم تتزوج»؛ «مانا مادر، نسبت به فرزند خود تا زمانی که ازدواج ننموده است، سزاوارتر است». نویسنده خلاف اعتقاد دارد که دور از ذهن نیست، اگر پشتوانه و مستند این نظریه، حاصل جمع مابین روایت‌های یادشده گرفته شود؛ زیرا که روایت‌هایی که همانند مرسله منقری، حفص بن غیاث، عبدالله بن عمر و ابوهریره که گواه بر اولویت مادر نسبت به نگهداری دختر تا زمان مجردی می‌باشند از یک طرف، روایت‌های دیگری همانند روایت ایوب بن نوح که گواه بر شرافتمندی مادر تا سال هفتم‌اند از سوی دیگر، قرینه و نشانه‌ای بر پابستگی و محدود کردن اطلاق ایوب بر کودک پسر (ر.ک: الطوسی، ۱۴۱۷: ۱۳۰/۵) هستند؛ اما در برابر این نظر، بعضی از پژوهندگان و منتقدان واکنشی تند و شدید داشتند. از آن جمله ابن‌ادریس است که با آشفتگی حاصل از شنیدن این نظریه با به‌کارگیری جملاتی از جمله «هذا مما یضحک به الشکلی» آن را نقد کردند و با بازخواندن آن روایت‌ها به فقیهان اهل سنت چنین می‌نویسند: کدام یک از فقیهان با شیخ موافق است؟ کدامین سخن و نوشته بر این نظریه مبتنی است و آن را نپذیرفته است؟ این در حالی است که خبرهای رسیده و سندهای موجود خلاف این نظریه‌اند و همراهی فقیهان برضد آن است (ر.ک: ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۵۲۹/۳)؛ بنابراین ابن‌ادریس با نپذیرفتن نظر شیخ طوسی، بر این باور است که بخش‌هایی از نوشتاری که شیخ در اثر خود (الخلاف) ارائه کرده است، از سخنان فقیهان عامی است و باور دارد که سخن درست، اجماع تمامی فقیهان می‌داند و می‌اندیشد که پدر در تمامی وضعیت‌ها نسبت به فرزند خود حق سرپرستی و نگهداری دارد و تنها مسئله‌ای که شامل این نظر می‌شود، برپایه همراهی فقیهان نگهداری و حضانت فرزند پسر تا دو سالگی‌اش و حضانت فرزند تا هفت سالگی‌اش است. به این دلیل که است که پشتوانه و مستند این سخن (نظر)، اجماع اخباری است، شیخ طوسی آن را بیان کرده است؛ اما چون سخن روشن و حکم صریحی درباره گفتار یادشده وجود ندارد، سخن ایشان سست و پوچ به چشم می‌آید و از آنجاکه اغلب فقیهان رأی مخالف آن داشتند، در نتیجه هم از دید عدد و هم اعتبار یا رأی برابری با همراهی و اجماع شهور را ندارند.

نگهداری تا سال دوم پسر و تا سال هفتم دختر

صاحب جواهر بر این باور است که این نظریه مابین فقیهان فرقه امامیه رواج داشته است (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۲۸۸/۳۱) در حالی که قانون مدنی حقوق ایران نیز، تا ۱۳۸۲ پیرو این فرقه بود. نظریه فوق را می‌توان از دو دیدگاه نگریست که یکی حضانت فرزند دختر تا رسیدن به سن هفت سالگی، بوسیله مادر که اغلب فقیهان، هم بر این اندیشه‌اند؛ اما دوگانگی خلق شده، درباره نگهداری و مواظبت از فرزند پسر بعد از دو سال تمام هست؛ البته شمار بسیار زیادی از فقیهان شیعه مذهب، به ناهمگونی نگهداری از فرزند دختر و پسر اشاره داشته‌اند (ر.ک: طوسی، ۱۴۰۷: ۵۰۳؛ حر عاملی، ۱۳۸۹: ۲/۲۸۹، نجفی، ۱۴۱۸: ۳۱/۲۹۰؛ خمینی، ۱۳۷۶: ۲/۳۱۱). یکی از بنام‌ترین فقیهان که سزامندی مادر در نگهداری فرزند (چه پسر چه دختر) باورد داشته است، شیخ طوسی است (طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۱۹۷). شیخ صدوق در اثر خود عبارتی آورده است که اشاره تا سقف دو سالگی نشده است؛ اما غیرمستقیم و کنایی، می‌توان به ارجحیت و برتری مادر در حضانت فرزند رسیدن به دو سالگی و بازگیری طفل از شیر پی- برد:

«و لیس لَهَا تَأْخِذَ رَضَاعِهِ فَوْقَ حَوْلِينَ كَامِلِينَ ، فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضَى مِنْهَا وَ تَشَاوُرٍ قَبْلَ ذَلِكَ كَانَ حَسَنًا وَ الْفِصَالُ هُوَ الْفِطَامُ»؛ مادر حق ندارد، برای شیردادن بعد از دو سال، چیزی بگیرد، پس اگر خواستند بعد از توافق با یکدیگر، طفل را از شیر خوردن بازگیرند، کار خوبی بوده و منظور از فصال، گرفتن کودک از شیر (فطام) است (شیخ صدوق، ۱۴۱۰: ۴۳۵/۳).

از سویی دیگر، عبدالله بن جعفر به گزارش از ایوب بن نوح آورده است که امام علی (ع)، امتیاز و حق حضانت را تا رسیدن به هفت سال تمام وابسته و دامنگیر دانسته است:

«کُتِبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِهِ ، كَانَتْ لِي إِمْرَأَةٌ وَلِيَ مِنْهَا وَلَدٌ وَ خَلِيَّتٌ سَبِيلَهَا؛ کتب (ع): الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ إِنْ بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ ، أَلَا إِنَّ تَشَاءَ الْمَرْأَةَ»؛ عبدالله بن جعفر از ایوب بن نوح روایت کرده است که یکی از اصحاب امام صادق (ع)، به ایشان نامه‌ای نوشت، که من زنی دارم که از او جدا شده‌ام و حال آن‌که از او فرزندی دارم، حضرت علی (ع) نوشتند: زن تا هفت سالگی بر فرزند احق هست، مگر اینکه خود زن بخواهد از حق خود بگذرد (ر.ک: کلینی، ۱۴۱۳: ۴۱/۵).

اگر به دو روایت آورده شده توجه شود، پی خواهیم برد که میان این دو روایت، ناسازگاری و خلاف و دورویی مفهومی دیده می‌شود که همین مسئله سرچشمه دیدگاه‌های گوناگون شده است؛ یعنی از یک طرف، حضانت و سرپرستی مادر از کودک چه دختر باشد و چه پسر، پایان می‌یابد و از طرف دیگر، حضانت مادر تا رسیدن سن کودک به هفت سالگی ادامه می‌یابد؛ چنانکه در جهت رفع ناسازگاری و خلاف، مابین اخبار و عمل اجماعی رخ دهد و در پایان یکی از نظریه‌ها بر نظریه دیگر برتری داده شود. نتیجه این جمع‌بندی به صورت زیر است:

اتفاق نظر یادشده، گونه‌ای مُدرکی است و دست‌کم ممکن است که مدرکی باشد؛ چراکه اطمینانی بر این احتمال وجود ندارد.

دوم آن‌که هم‌رأیی و اجماع مورد نظر این روایت‌ها، جمعی دلالتی و پسندیده نیست؛ چراکه این اتفاق رأی‌ها که از دید فقه، جمع تبرعی گفته می‌شوند، به بهان اینکه دلیل و قرینه‌ای ندارند، از ارزش و بهایی برخوردار نیستند.

آخرین دلیل که بسیار مهم است و سبب برتری یکی بر دیگری می‌شود، آن است که اعتبار عقل، در این مورد پسندیده است. دلیل هم آن است که به‌طور طبیعی مابین زن و مرد و دختر و پسر، ناهمسانی‌های عاطفی وجود دارد.

هرچند عده‌ای از افراد همچون شیخ عبدالکریم حائری، بر این باور هستند که جمع، هیچگونه شاهی از اخبار ندارد و از سوی دیگر، ارزش‌ها و معیار عقل، در جمع اخبار، بهایی ندارد (به نقل از طاهری‌نیا، ۱۳۸۳: ۸۳)؛ لیکن گروهی از نقل‌ها، در راستای برطرف کردن این مانع، در جمع بندی یادشده، به زمان این دوگانگی و ناسازی توجه زیادی کرده‌اند. از نگرش محقق بحرانی باید مابین وقت کشمکش پدر و مادر و زمان آشتی آن دو، بر سر نگهداری کودک، یکسانی قائل شد. بحرانی بر این باور است که جمع آراء فقیهان مبتنی بر این مسئله است که چنانچه کشمکش در باب نگهداری کودک، پس از جدائی والدین از یکدیگر باشد، به‌غیر از دو سال نخستین، پدر برای نگهداری سزاوارتر و شایسته‌تر است (ر.ک: بحرانی، ۱۴۰۹: ۳۷۱/۲۵). شهید ثانی در شرح این مسئله می‌گوید که آن عده که پس از تمام شدن دوره شیرخوارگی، سخن به تفصیل اختیار نموده‌اند (در باب حضانت)، نظرشان اتفاق و جمع مابین رأی‌ها و نظرهای گوناگون بوده است و همچنین روایت‌هایی که پس از دو سال نخستین، فرد را سزاوار نگهداری پدر دانسته‌اند. آن‌ها نگهداری و حضانت را، به پسر بازخوانده‌اند و برعکس روایت‌هایی که سزایمندی مادر را تا سن نهم بیان کرده‌اند، نگهداری را به دختر بازخوانده‌اند و به این ترتیب، بر مبنای غبطه و صلاح‌دید فی مابین، حکم کرده‌اند (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۶؛ ۸/۴۲۲). از دیگر افرادی که این نظریه را پذیرفته‌اند، ابن زهره است که باور به اتفاق رأی فقیهان شیعه مذهب، به تفصیل در مسئله حضانت دارد (ر.ک: ابن زهره، بی تا: ۲/۱۶۱) این در حالی است که نوشته و گفتار یادشده به ابن‌ادریس نیز، بازخوانده شده است (ر.ک: نظری توکلی، ۱۳۹۱: ۱۹۸). از دیدگاه حقوق ایران نیز، بنابر ماده ۱۱۶۹ق.م، مادر تا دو سال نخستین فرزند، اولویت داشت و پس از تمام شدن این دوره زمانی، حضانت با پدر کودک بود (البته به‌غیر از کودکان دختر تا سال هفتم عمرشان) که به مادر سپری می‌شد؛ ولی این ماده‌هقانون اصلاح گردید که در بخش بعدی، به آن پرداخته شده است.

سرپرستی مادر تا سال هفتم فرزند

فقیهانی چون محقق خوانساری (ر.ک: خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۷۳/۴۱)، مقدس اردبیلی (۱۴۲۱: ۱۲۲) و علامه سبزواری (۱۴۱۳: ۲۹۳۲)، بر این نظریه باور دارند. از فقیهان امروزی نیز، می‌توان به آیت‌الله خوئی (ع) اشاره کرد (ر.ک: خوئی، ۱۴۱۰: ۲۸۴/۲). دلیل این گروه، یکی گفتار علامه حلی بوده است که آن را به شیخ طوسی در کتاب خلاف و مسبوط باز خوانده است (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۸: ۲۹۴/۴۱). همچنین دلیل‌هایی که در این باب وجود دارد، همان نقل مرحوم فیض در کتاب الوافی (بخش الوادات) است که چون هفت سال نخستین زندگی فرزند، مهمترین رکن زندگی و زمان تربیت وی به- شمار می‌رود و از سوی دیگر، به دلیل پیوستگی‌های روحی مادر با کودک خویش، وظیفه از عهده مادر بهتر برمی‌آید، این دوره زمانی به مادر سپرده شده است و از آنجا که پس از طی کردن دوره تربیت، دوره ادب فرامی‌رسد، سرپرستی به پدر واگذار می‌گردد (ر.ک: فیض کاشانی، ۱۳۶۵: ۲۶/۳). ادله دیگری که وجود دارد، روایت احمد بن ادریس، به نقل از ایوب بن نوح (در مستطرفات)، از کتاب مسائل الرجال و مکاتبهم است که شامل پرسش‌های مردم عادی به امام هادی (ع) و جواب آن‌ها بوده است. در این کتاب آورده شده است: «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرِ الْحَمِيدِيِّ عَنِ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ قَالَ: كَتَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِهِ، أَنَّهُ كَانَتْ لِي أَمْرَأَةٌ وَلِي مِنْهَا وَلَدٌ وَحَلَيْتُ سَبِيلَهَا فَكَتَبَ: الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ أَلَيْسَ أَنْ يَبْلُغَ سَبْعَ سِنِينَ أَلَا أَنْ تَشَاءَ الْمَرْئَةَ» (شیخ صدوق، ۱۴۱۰: ۲۷۵/۳). در شرح این عبارت‌ها باید گفت که ایوب بن نوح گزارش می‌دهد که یکی از یاران امام هادی (ع)، در نامه‌ای به ایشان نوشت: من از همسر، کودکی دارم و الان از او جدا شده‌ام. امام در پاسخ نامه نوشت: «زن تا هفت سالگی به نگهداری کودک سزاوارتر است، غیر از آنکه خود او بخواهد که از حق و امتیازش بگذرد» (ر.ک: علی محمدی و خاکساری، ۱۳۹۵: ۱۳۶). با توجه به اینکه صاحبان این روایت همگی از بزرگان و فقیهان معتبری هستند؛ لذا روایت یادشده نیز، درست است. در همین باب، عاملی، صاحب مدارک، روایت گزارش شده را درست‌ترین روایت نقل شده دانسته و آورده است که «والعمل بها، متجه» (ر.ک: عاملی، ۱۴۱۷: ۱/۴۶۶)؛ در نتیجه می‌توان بر این باور بود که روایت‌های موجود در باب هفت سال، خطاپذیر نیست؛ زیرا که زمانی که گفته می‌شود که مادر تا سال هفتم فرزند شایسته‌تر است، بی‌شک، هدف از آن حضانت است و احتمال شایسته‌بودن از جهات دیگر، مثل ولایت نیست. این نظریه، همان اصلاحیه ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی است که ساختار اصلاح‌نیافته آن در بخش قبل یاد شد؛ اما این نظریه، آن ماده را اصلاح کرد؛ یعنی به زبانی روشن‌تر، اگر قبل از این ماده اصلاحی، مادر تا دوسالگی فرزند پسر و تا سال هفتم فرزند دختر، سرپرستی و حضانت را برعهده داشت، با اصلاح این ماده قانون، حضانت فرزند چه دختر و چه پسر، تا سال هفتم به مادر داده شد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲/۳۹۸).

نتیجه گیری

در باب حضانت فرزند، بعد از دو سالگینیز، اقوال گوناگونی وجود داشت که عده‌ای معتقد بودند که قولی که حضانت فرزند پسر را تا دوسالگی و فرزند دختر را تا نه‌سالگی (و بعد از آن با پدر) به مادر می‌داد، به دلیل عدم برخورداری روایات نقل شده از صلاحیت لازم برای اثبات حکم شرعی، مورد استماع قرار نمی‌گرفتند. گروهی دیگر، حضانت را تا زمان ازدواج مجدد مادر، در باب فرزند (چه دختر و چه پسر)، روا می‌دانستند که این نظر نیز، متناسب با آراء فقهای شیعی نبود. از سوی دیگر، مستندات گروهی که اولویت مادر در حضانت فرزند پسر را تا هفت‌سالگی و دختر را تا زمانی که ازدواج نکرده‌است؛ داده بود، از دید فقهایی چون ابن‌ادریس، به دلالتی چون عدم موافقت فقها در این باب، اجماع و اخباری بودن قول مورد نظر و عدم اشاره نصی به طور آشکارا به آن، سست به نظر می‌رسید. دسته‌ای دیگر که مادر را تا دوسالگی در باب حضانت پسر و تا هفت‌سالگی در باب دختر، شایسته‌تر می‌دانستند و بعد از آن را به پدر روا می‌دانستند، به دلیل صحیح بودن اعتبار عقلی قول مورد نظر فی-نفسه، درباره تفاوت‌های پسر و دختر از لحاظ عاطفی و نیز با مد نظر قراردادن زمان اختلاف والدین، درست و منطقی به نظر می‌رسد و این امر باعث شده‌بود که تا ۱۳۸۲ نیز، قانون مدنی، از این امر پیروی کند؛ اما مدرکی یا حداقلی محتمل بودن اجماع مورد نظر و نیز تبرعی به شمار آمدن آن، نقطه ضعفی بر آن بود؛ اما عده‌ای دیگر که معتقد به اولویت حضانت مادر در هفت‌سالگی دختر و پسر بودند، بنابر اجماع غالب فقها و حتی فقهای معاصر و همچنین، از آنجاکه رجال سند، همه از بزرگان و فقهای معتبر بوده و از نظر سندی نیز درست بوده‌است؛ قول فوق، صحیح‌ترین نظر دانسته شده‌است. همچنین با عنایت به اینکه تا ۱۳۸۲ در قانون مدنی، به تبعیت از فقه امامیه، اولویت مادر با تا سن دوسالگی پسر و تا سن هفت‌سالگی دختر روا می‌دانست و در سال‌های بعد از آن، رأی بر اولویت مادر تا سن هفت‌سالگی برای پسر و دختر (هر دو) قرار گرفت، خود، بهترین دلیل، در بیان نسبی بودن و متغیر بودن مصلحت در طی ادوار گوناگون است.

منابع و مأخذ

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۸). *تحریرالمجله*. قم: مطبوعات مکتبه النجاشی طهران.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن احمد (۱۴۱۰). *السرائر*. جلد دوم. قم: جامعه مدرسین.
۳. ابن اثیر، علی بن محمد (۱۴۱۵). *الکامل فی التاریخ*، تحقیق عبدالله قاضی، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۴. ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶). *المهذب*. قم: موسسه النشر الاسلامیه.
۵. ابن زهره حلی، سید ابوالکرم (بی تا). *الجوامع الفقهیه* (غنیه).
۶. ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷). *المهذب البارع*. قم: موسسه نشر اسلامی.
۷. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. چ سوم. بیروت: دار صادر.
۸. امامی، سید حسن (۱۳۳۱)، *حقوق مدنی*. تهران: اسلامی.
۹. حر عاملی، شیخ محمد حسن (۱۴۱۲). *وسائل الشیعه*. طبعه الاولی. قم: موسسه آل البيت.
۱۰. _____ (۱۳۸۹). *بدايه الهدایه فی الواجبات و المحرمات المنصوصه*. قم: نورمطاف.
۱۱. حلی، جعفر بن محمد (۱۳۷۴). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. ج ۲. قم: موسسه معارف.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر (۱۴۱۷). *خلاصه الاقوال*. جواد قیومی. قم: موسسه نشر اسلامی.
۱۳. خامنه‌ای، سید علی (۱۱۲۱). *اجوبه الاستفتائات*. قم: دفتر معظم له.
۱۴. خمینی، روح الله (۱۳۷۶). *تحریر الوسیله*. ج ۲. قم: جامعه مدرسین.
۱۵. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵). *جامع المدارک فی شرح مختصر المنافع*. قم: موسسه اسماعیلیان.
۱۶. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰). *منهاج الصالحین*. الطبعه الثالث و العشرون. قم: مدینه العلم.
۱۷. راغب اصفهانی؛ حسین بن محمد (۱۴۱۶). *المفردات فی غریب القرآن*. قم: موسسه آل البيت.
۱۸. زبیدی، سید محمد مرتضی (۱۴۱۴). *تاج العروس*. بیروت: دارالفکر.
۱۹. زحیلی، شوهبه (۱۴۰۹). *الفقه الاسلامی و ادلته*. دمشق: دارالفکر.
۲۰. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳). *مهذب الاحکام*. ج ۴. قم: موسسه المنار.
۲۱. سبزواری، ملا محمد باقر (۱۴۲۳). *کفایه الفقه* (کفایه الاحکام). قم: موسسه نشر اسلامی.
۲۲. سلار دیلمی، ابی العلی حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۱۴). *المراسم*. قم: کتاب النکاح.

۲۳. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰). *الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه*. قم: کتابفروشی داوری.
۲۴. _____ (۱۴۱۶). *مسالك الافهام*. قم: چاپ سنگی.
۲۵. شیخ صدوق، ابوجعفر (۱۴۱۰). *من لا یحضر الفقیه*. بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
۲۶. طاهری‌نیا، احمد (۱۳۸۳). «پژوهشی در حقوق کودک». نشریه فقه. س یازدهم. ش ۴۱، صص ۱۳۶-۶۱.
۲۷. طباطبایی، علی بن محمد علی (۱۳۷۴). *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*. قم: دارالهادی.
۲۸. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن (۱۴۱۷). *الخلاف*. تحقیق سیدعلی خراسانی، جواد تهرانی. قم: نشر اسلامی.
۲۹. _____ (۱۹۸۴). *تهذیب الاحکام*. تهران: دارالکتب اسلامی.
۳۰. _____ (۱۴۰۷). *النهایه فی مجرد الفقه*. بیروت: دارالکتب عربی.
۳۱. عالی‌پناه، علیرضا، شاهمرادی زواره، مهرانگیز (۱۳۹۷). «مطالعه تطبیقی حقوق غیرمالی ناشی از اقتدار (ولایت) ابوبن در حقوق ایران و فرانسه». *فصلنامه خانواده‌پژوهی*. س ۱۴، ش ۵۴. صص ۲۷۶-۲۵۳.
۳۲. عاملی، سیدمحمد (۱۴۱۷). *نهایه المرام*. قم: اسلامی.
۳۳. عظیم‌زاده‌اردبیلی، فائزه؛ افقه (۱۳۹۵). «نهاد ولایت بر کودک و خلأها و چالش‌های آن در فقه و حقوق». *فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*. س ۲۱، ش ۶۵، صص ۲۹-۵.
۳۴. فاضل‌هندی، محمد بن حسن (۱۴۰۵). *کشف اللثام*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۳۵. فضل‌آبی، زین‌الدین علی بن الحسن ابی طالب (۱۴۱۰). *کشف الرموز*. ج اول. قم: جامعه مدرسین.
۳۶. فیض کاشانی، محمد بن مرتضی (۱۳۶۵). *الوافی*. اصفهان: مکتبه امیرالمومنین.
۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). *نظریه عمومی تعهدات*. تهران: یلدا.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۳). *فروع الکافی*. تحقیق علامه‌الشیخ محمد جواد الفقیه. بیروت: دارالفکر.
۳۹. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن محمد بن حسن (۱۴۱۵). *شرایع الاسلام*. بیروت: موسسه معارف الاسلامی.
۴۰. مطهری، مرتضی (۱۳۸۷). *مجموعه آثار*، ج ۲، تهران: صدرا.
۴۱. مفید، نعمان (بی تا). *المقنعه (مطبوع فی ضمن الجامع الفقهیه)*. الطبعة الحجریه.

۴۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۲۱). *زبدہ البیان فی براهین احکام القرآن*. قم: مومنین.
۴۳. نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۸). *رجال النجاشی*. بیروت: دارالفکر.
۴۴. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۱۸). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*. ج ۳۱. بیروت: دارالحیاء.
۴۵. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵). *مستند الشیعه*. قم: آل بیت.
۴۶. نسفی، عزیزالدین بن محمد (۱۳۶۸). *الأنسان الكامل*. ترجمه ضیاءالدین دهشیری. تهران: طهوری
۴۷. نظری توکلی، سعید (۱۳۹۱). *حضانت کودکان در فقه اسلامی*. تهران: سمت.
۴۸. همتی، همایون (۱۳۶۳). *ولایت تکوینی*. چاپ اول. تهران: امیرکبیر.

A Survey on Parent's Province in Islamic Relations, Jurisprudence and Law(Case Study: Priority in Custody)

majid reza kamali baniani

Phd Student, Law Dept., Islamic Azad University, Najafabad Branch, Najafabad, Iran

Dawood Nassiran

Assistant professor and Faculty Member, Law Dept., Islamic Azad University,

Najafabad Branch, Najafabad, Iran

Seyed Mohammad Hadi Mahdavi

Assistant professor and Faculty Member, Law Dept., Islamic Azad University,

Najafabad Branch, Najafabad, Iran

Abstract

Parent's Province is one of the types of anatomical provinces that is important not only in Islamic mysticism, but also in legal and jurisprudential terms. The main legal and jurisprudential issue, stemming from numerous verses and traditions, are from the leaders of the religion and have a track record in mystical books, Shi'a jurisprudence and related religions. One of the most important periods in the life of any child is the age of consent, and up to the age of seven, upon which the foundations of his or her social and moral education are formed. In the present study, the verses and criticisms of traditions related to this period have been examined. The results of this study show that due to the expediency of the child, interest and emotional bond between the mother and also because of the duty of custody, the priority of the mother over custody of the child, it is necessary to do so. Also, given the verses and consensus of the narrations quoted, the authenticity of the documents and other reasons, up to the age of seven, the mother's preference for custody of the child was preferred. It is noteworthy that the present research has been done in a descriptive-analytical method.

Keywords:

Right to Priority, Custody, Parent's Province, Verses and Narratives.

Corresponding Author: Dawoodnassiran1192@yahoo.com