

## بررسی امکان افزایش دوره تصدی حضانت توسط زنان

علی جعفری\*

**چکیده:** مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، حضانت پسر تا دو سال و دختر تا هفت سال با مادر است و پس از آن پدر عهده‌دار این امر می‌گردد. این دیدگاه با ضرورت‌ها و واقعیت‌های اجتماع هم‌خوانی ندارد و لذا مورد نقد بسیاری از روان‌شناسان قرار گرفت. اشکال آنان این بود که در نیازهای کودک سه ساله به مادر تفاوتی بین دختر و پسر نیست. این نقدها مجلس شورای اسلامی را بر آن داشت تا با اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، حضانت فرزندان (اعم از دختر و پسر) را تا هفت سالگی به مادر واگذار کند. شورای نگهبان این مصوبه را غیر شرعی دانست و نهایتاً مجمع تشخیص آن را تصویب کرد. مفهوم این روند این است که این مصوبه با قواعد اولیه فقه امامیه مغایرت دارد و مشروع نیست و نهایتاً بتوان آن را بر اساس قواعد ثانویه توجیه کرد. این نکته‌ای است که در ضمانت اجرای درونی قوانین تأثیر منفی دارد. در این مقاله با تبیین دیدگاه شهیدصدر درباره‌ی نقش مصلحت در تقنین و تطبیق آن با مسأله حضانت و بررسی آراء فقها درباره‌ی حضانت فرزندان طلاق، خصوصاً آراء فقیهان نامدار امامیه هم‌چون شیخ مفید و شیخ طوسی در باب حضانت (که قائل به حضانت مادر تا هفت سال، تا نه سال و حتی تا زمان بلوغ فرزند هستند) مشخص می‌شود که می‌توان گزینه‌های بهتری را که منطبق بر قواعد اولیه فقهی نیز می‌باشند (بدون نیاز به تصویب مجمع تشخیص مصلحت و تبعات فقهی و اجتماعی آن) مصوب نمود.

**واژه‌های کلیدی:** طلاق، حضانت، شهیدصدر، مصلحت، فقه امامیه.

### مقدمه

با افزایش طلاق در جامعه‌ی ما مشکلات و مسائل فراوان پیش‌روی خانواده‌ها و کودکان آن‌ها قرار می‌گیرد که یکی از مهم‌ترین آن‌ها مشکلات حقوقی در رابطه با حضانت اطفال است.

اگر مسائل باب حضانت به خوبی تحلیل و تبیین شود، کودکانی که با جدایی والدین خود به اندازه‌ی کافی دچار مشکلات روحی شده‌اند، ناگزیر به تحمل مشکل قوانین نامطلوب نیستند. هم‌زمان با کم توجهی حوزه‌های دینی به این حوزه در قیاس با حوزه‌هایی نظیر بیع، منتقدان کم‌انصاف توجه خود را معطوف احکام این باب کرده‌اند و گویی احکام خانواده را پاشنه‌ی آشیل فقه و بی‌دفاع یافته‌اند! این مسائل توجه بیش از پیش به این حوزه را می‌طلبد.

حضانت اطفال از ابعاد مختلف دارای اهمیت است. اهمیت آن از بعد حقوقی از آن‌جا ناشی می‌شود که هدف قواعد حقوق، اجرای نظم، عدالت و حمایت از حقوق مردم است و در این میان کودکان هم به دلیل عدم تکامل رشد جسمی و فکری قادر به دفاع از حقوق خویش نیستند و نیاز به حمایت بیشتری دارند. در این مقاله به بررسی و نقد ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی و اقوال فقها در خصوص حضانت می‌پردازیم و آن را با دیدگاه شهید صدر درباره‌ی نقش مصلحت در تقنین تطبیق می‌دهیم.

سؤال اصلی این تحقیق این است که آیا می‌توان راه‌کار فقهی بهتری را که منطبق بر قواعد اولیه فقهی نیز باشد، (بدون نیاز به تصویب مجمع تشخیص مصلحت و تبعات فقهی و اجتماعی آن) برای برون‌رفت از چالش حضانت فرزندان طلاق مصوب نمود؟

### متصدی حضانت فرزندان طلاق

اگر یکی از والدین کودک فوت کند، دیگری عهده‌دار حضانت می‌شود. حتی اگر پدر فوت کند و مادر پس از فوت پدر ازدواج کند، حضانت اطفالش با اوست. این نظر مورد اتفاق فقها است (نجفی، ۱۳۷۶: ۲۹۳-۳۱؛ طوسی، مبسوط، بی‌تا؛ ۶: ۴۰؛ خلاف، بی‌تا؛ ۳: ۸۵؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳-۴۲۶؛ شهید اول، ۱۴۱۱: ۴۵۹-۵؛ طباطبایی، ۱۴۰۴: ۲-۹۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۹۵-۲۵؛ سیوری، بی‌تا؛ ۳-۲۷۵؛ شهیدثانی، بی‌تا؛ ج ۱، ۸۵۲). این نظر مستند روایی دارد (حرعاملی، بی‌تا؛ ج ۱۵، ۱۷۸) اختلاف در موردی است که والدین در اثر طلاق از هم جدا شوند. اقوال فقهای امامیه در این خصوص به این ترتیب است:

۱- مطابق نظر مشهور فقهای امامیه نگه‌داری فرزند پسر در مدت رضاع (دو سالگی) و فرزند دختر، تا هفت سالگی به عهده‌ی مادر است و پس از آن نگه‌داری هر دو به عهده‌ی پدر است.

گروهی از فقها که این قول را نقل کرده یا پذیرفته‌اند، عبارتند از: ابن‌ادریس، ۱۴۱۱: ۲، ۶۵۳؛ محقق حلّی، ۱۴۱۸: ۱۹۴؛ علامه حلّی، ۱۴۱۶: ۲، ۵۷۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۸: ۳، ۲۶۴؛ شهید اول، ۱۴۱۱: ۵،

بررسی امکان افزایش دوره تصدی حضانت توسط زنان ۲۷

۴۵۸؛ قاضی ابن براج، ۱۴۱۰: ۱۸، ۲۰۴؛ فاضل هندی، ۱۴۲۴: ۱، ۱۰۱؛ محقق آبی، ۱۴۰۸: ۲، ۲۰۰؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱: ۲، ۳۷۱؛ صاحب ریاض (طباطبایی)، ۱۴۰۴: ۲، ۱۹۱؛ صاحب حدائق (بحرانی)، ۱۴۰۵: ۲۵، ۸۸؛ صاحب جواهر (نجفی)، ۱۳۷۶: ۳۱، ۲۹۰ و امام خمینی، ۱۳۷۹: ۲، ۲۷۹.

این قول مستند روایی صریح ندارد، بلکه مقتضای جمع بین روایات این باب است. روایاتی که می‌گویند: فرزند تا دو سال در اختیار مادر است و روایاتی که می‌گویند فرزند تا هفت سالگی در اختیار مادر است. دلیل دیگر اجماع منقول است (ابن زهره، بی‌تا: ۶۱۶) بیشتر فقهای معاصر نیز همین نظر را دارند.

۲- حضانت کودک در دوران رضاع، به عهده‌ی مادر است و پس از آن حضانت فرزند پسر به عهده‌ی پدر و فرزند دختر، تا ۹ سالگی، به عهده‌ی مادر است، بعضی به جای نه سالگی، قید بلوغ را آورده‌اند. شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۳۱؛ ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵: ۴۶۰؛ سلاربن عبدالعزیز به نقل از علامه حلّی، ۱۴۱۶: ۳، ۸۲، از طرفداران این نظریه به شمار می‌آیند.

۳- حضانت کودک (اعم از دختر و پسر) تا هفت سالگی مطلقاً با مادر است. مرحوم خوئی این مسئله را با این بیان مطرح می‌کند: مادر تا دو سالگی اگر بخواهد، حق نگهداری و سرپرستی کودک با اوست و بهتر این که تا هفت سالگی هم کودک در اختیار او باشد (خوئی، ۱۴۱۰: ۲، ۲۸۵). آیه الله معرفت هم چنین نظری داشتند (معرفت، ۱۳۷۶: ۱۱). مرحوم خوانساری نیز گرایش به این قول پیدا کرده است (۱۳۶۴: ۴، ۴۷۴).

۴- حضانت کودک تا سن تمییز (هفت یا هشت سالگی) با مادر است و پس از آن، حضانت پسر تا زمان بلوغ با پدر و حضانت دختر تا زمان ازدواجش با مادر است. شیخ طوسی می‌گوید: دلیل ما بر این مطلب اجماع فقهای امامیه و روایات آنان است. (طوسی، بی‌تا: ج ۳، ۸۲).

ابن‌ادریس حلّی بر شیخ طوسی اعتراض کرده و می‌گوید: آن چه را که شیخ فرموده، برخی از آن، گفتار عامّه است و شگفت‌آور است که در پایان گفتار خود آورده: «دلیل ما اجماع فقها و روایات امامیه است.» در حالی که روایات ما بر خلاف آن است و اجماع فقهای ما بر ضدّ آن می‌باشد! (ابن‌ادریس، ۱۴۱۱: ج ۲، ۶۵۳) علامه حلّی در رد ابن‌ادریس و توجیه نظر شیخ طوسی می‌گوید: «شاید این مسأله در دوران شیخ اجماعی بوده است. شاهد بر آن فتوای صدوق و ابن‌جنید اسکافی است که از فقهای صاحب اعتبار می‌باشند» (علامه حلّی، ۱۴۱۶: ج ۷، ۳۰۸).

ابن جنید محمد بن احمد اسکافی (از فقهای هم‌عصر صدوق و پیش از شیخ طوسی) می‌گوید: حق حضانت مادر، نسبت به فرزند پسر، تا هفت سالگی ادامه دارد و پس از آن، اگر رشد عقلی پیدا نکرده،

۲۸ زن در فرهنگ و هنر (پژوهش زنان)، دوره ۱، شماره ۴، تابستان ۱۳۸۹

همچنان در حضانت مادر باقی خواهد بود. ولی نسبت به دختر، تا مادر شوهر نکرده، حق حضانت او ادامه خواهد داشت (علامه حلی، ۱۴۱۶: ج ۷، ۳۰۶).

قاضی ابن براج عبدالعزیز طرابلسی می‌گوید: اگر زنی از شوهرش جدا گردید، پسر تا هفت سالگی و دختر تا نه سالگی، در حضانت مادر است. مگر آن‌که مادر شوهر کند، که با شوهر کردن حق حضانت او نسبت به پسر و دختر ساقط می‌گردد (طرابلسی، ۱۴۰۶: ج ۲، ۳۵۲).

۵- مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است، برای نگهداری و سرپرستی دختر و پسر شایستگی بیشتر دارد. به عبارت دیگر حضانت کودک مطلقاً با مادر است و قید «تا زمانی که ازدواج نکرده است» را باید به عنوان مانع قلمداد کرد که مورد اتفاق فقها است. این قول را فاضل مقداد (سیوری، بی‌تا: ج ۳، ۲۷۱) و علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۶: ج ۱، ۵۷۷) به شیخ صدوق در المقنع نسبت می‌دهند.

مذاهب چهارگانه‌ی اهل سنت اتفاق نظر دارند که حضانت فرزند (چه دختر و چه پسر) حق مادر است و پس از وی مادر و... آن‌ها در مدت حضانت اختلاف دارند. در مذهب حنفیه، درباره‌ی پسر، هفت یا نه سال و درباره‌ی دختر، تا نه سال یا تا موقع قاعدگی زنانه، گفته‌اند. در مذهب مالکی، پسر تا رسیدن به حد بلوغ و دختر تا موقعی که شوهر کند، آمده است. در مذهب شافعی، مدت معینی ندارد، بلکه تا موقعی است که قدرت تمیز پیدا کند و خود اختیار کند، نزد پدر باشد یا مادر و در مذهب حنبلی، تا هفت سال گفته‌اند. آنگاه پسر اختیار دارد، با پدر باشد یا با مادر، ولی دختر پس از هفت سال، تحت حضانت پدر قرار می‌گیرد (زحیلی، بی‌تا: ج ۴، ۵۹۶ به بعد).

اکنون به بررسی روایات این باب می‌پردازیم:

گروه نخست روایاتی هستند که بیانگر شایسته‌تر بودن پدر در تربیت فرزند هستند، چه دوران شیر خواری و چه پس از آن:

- روایت فضل‌ابی‌العباس: «قلت لابی عبد الله (ع): الرجل احق بولده ام المرأة؟ قال لا بل الرجل فان قالت المرأة لزوجها الذی طلقها انا ارضع ابنی بمثل ما تجد من یرضعه فهی احق به.» (جرعاملی، بی‌تا: ج ۱۵، ۱۸۱) از امام صادق (ع) پرسیده شده که آیا مرد نسبت به فرزند شایسته‌تر است یا زن؟ حضرت فرمودند: مرد سزاوارتر است. ولی اگر زن به مردی که او را طلاق داده بگوید: من بچه را به همان مردی که دیگری شیر می‌دهد، شیر می‌دهم، مادر سزاوارتر است.

بررسی امکان افزایش دوره تصدی حضانت توسط زنان ۲۹

- روایت فضیل بن یسار از امام صادق(ع): «ایما امرأه حره تزوجت عبداً فولدت منها اولاداً فیهی احق بولدها منه و هم احرار فاذا اعتق الرجل فیهو احق بولده منها لموضع الاب.» (حرعاملی، بی تا: ج ۱۵، ۱۹۰) اگر زن آزاده‌ای، با بنده‌ای ازدواج کند و صاحب فرزندی گردد؛ آن مادر نسبت به فرزندان سزاوارتر است و آن فرزندان، آزادند. اما اگر بنده، آزاد بشود، او نسبت به فرزند سزاوارتر است، به خاطر پدر بودنش.

گروه دوم روایاتی هستند که می‌گویند پدر بعد از زمان شیرخوارگی کودک، نسبت به فرزند سزاوارتر است. -روایت داود بن الحصین، از امام صادق(ع): «و الودات یرضعن اولادهن قال: مادام الولد فی الرضاع فیهو بین الابوین بالسویه فاذا فطم فالاب احق به من الام فاذا مات الاب فالام احق به من العصبه وان وجد الاب من یرضعه باربعه دراهم و قالت الام لا ارضعه الا بخرسه دراهم فان له ان ینزعه منها الا ان ذلک خیر له و ارفق به ان یترک مع امه.» (حرعاملی، بی تا: ج ۱۵، ۱۹۱-۱۹۰)

امام صادق(ع) در مورد آیه شریفه: «مادران بچه‌های خود را شیر می‌دهند» فرمود: فرزند در دوران شیرخوارگی، بین پدر و مادر، به گونه‌ی برابر قرار می‌گیرد و زمانی که از شیر گرفته شد، پدر شایسته‌تر و سزاوارتر از مادر است و اگر پدر فوت کرد، مادر فوت کرد، مادر از سایر بستگان سزاوارتر است. اگر پدر کسی را پیدا کند که بچه را به چهار درهم شیر بدهد و مادر به پنج درهم شیر بدهد، پدر می‌تواند بچه را از او بگیرد، لکن اگر بچه با مادر باشد، بهتر و شایسته‌تر است.

این روایت، در کلام صاحب‌جواهر با عنوان خبر ذکر شده که حاکی از ضعف سند است (نجفی، ۱۳۷۶: ج ۳۱، ۲۸۱)، علامه‌مجلسی آن را «موثقه» دانسته است (مجلسی، بی تا: ج ۲۱، ۸۰) و شهید ثانی از آن با عنوان «موقوف» یاد کرده زیرا علامه حلی، داودبن حصین را واقفی دانسته و در عمل کردن به روایات او توقّف نموده است (فیض کاشانی، ۱۴۰۱: ج ۲، ۳۷۲)<sup>۱</sup>، صاحب مدارک نیز آن را صحیح‌شمرده و به حساب نیابورده است (عاملی، بی تا: ج ۱، ۴۶۸)<sup>۲</sup>.

این روایت هیچ حقی را در رابطه با حضانت برای مادر قایل نشده، زیرا مساوی بودن مادر و پدر در دوران رضاع، ناظر به حق رضاع از جانب مادر و حق سرپرستی و وجوب انفاق از جانب پدر است (نجفی، ۱۳۷۶: ج ۳۱، ۲۸۶)<sup>۳</sup> و پس از دوران رضاع، به گونه مطلق، حق حضانت و سرپرستی و پرورش فرزند را،

۱. «الاقول مختلفه کالنصوص مع ضعفها».

۲. وی فقط روایت سبع را صحیح شمرده است.

۳. وی تسویه را به همین گونه تفسیر کرده است.

۳۰ زن در فرهنگ و هنر (پژوهش زنان)، دوره ۱، شماره ۴، تابستان ۱۳۸۹

چه دختر و چه پسر به پدر واگذار کرده است. لذا این روایت، در رابطه با حق حضانت مادر، سخنی نگفته، بلکه بر حسب ظاهر، آن را منتفی دانسته است.

از این رو، روایتی که حق حضانت را تا دو سال، به مادر واگذار کرده باشد، در دست نداریم، تا موجب شود که آن را بر پسر یا غیره حمل کنیم و لذا ابن فهد حلی حق حضانت را در مدت دو سال حق مشترک میان پدر و مادر دانسته و بر آن دعوی اجماع نموده است (طرابلسی، ۱۴۰۶: ج ۳، ۴۲۶)، مرحوم صاحب جواهر روایت داود بن حصین را مستند ابن فهد حلی دانسته است (نجفی، ۱۳۷۶: ج ۳۱، ۲۸۶).

روایت ابی الصباح الکنانی، از امام صادق (ع): «اذا طَلَّقَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَ هِيَ حَبْلِي نَفَقَ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَ اِذَا وَضَعَتْهُ اعطَاهَا اجْرَهَا وَ لَا يَضَارُهَا اِلَّا اَنْ يَجِدَ مِنْهُوَ اَرْخَصَ اجْرًا مِنْهَا فَانْ هِيَ رَضِيَتْ بِذَلِكَ الْاَجْرِ فَهِيَ اِحَقُّ بِاَنْبَنَها حَتَّى تَفْطَمَهُ.» (حرعاملی، بی تا: ج ۱۵، ۱۹۱).

امام صادق (ع) فرمود: اگر مردی زن حامله‌ی خود را طلاق بدهد، باید هزینه‌ی زندگی او را تا زمان زایمان بپردازد و پس از آن هم، مزد او را باید بپردازد و نباید به او ضرر بزند، مگر این که کسی پیدا شود که با مزد کمتر حاضر باشد [بچه را شیر بدهد] پس اگر مادر، به همان مزد، راضی شد؛ او سزاوارتر است، تا زمانی که بچه از شیر گرفته شود.

از این حدیث بر می‌آید که پس از دوران شیر خوارگی، پدر برای نگاه‌داری کودک، سزاوارتر است.

گروه سوم روایاتی هستند که بر سزاوارتر بودن مادر به طور مطلق دلالت دارند:

روایتی از طریق شیعه و سنی (با اختلاف اندک) در مورد قضاوت پیامبر (ص) درباره‌ی دختر حمزه سیدالشهدا، نقل شده است که پیامبر (ص) فرمود، دختر حمزه به جعفر سپرده شود. زیرا خاله‌ی دختر در خانه جعفر بود، حضرت فرمودند: «الخاله و والده» خاله به منزله مادر است (حرعاملی، بی تا: ۱۵، ۱۸۲؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ج ۳۸، ۳۲۸).

حدیث نبوی از طریق عامه: «من فرق بین والده و ولدها فرق الله بینة و بین احبته يوم القيامة.» (زحیلی، بی تا: ج ۷، ۷۲۰) کسی که بین فرزند و مادرش جدایی بیندازد، خداوند بین او و دوستانش، روز قیامت، جدایی می‌اندازد.

از حضرت علی (ع) در تفسیر کلمه «الرحمن» نقل شده است که فرمود: «ومن رحمته انه لما سلب الطفل قوه النهوض والتعدی جعل تلك القوه فی امه و رفقها علیه لتقوم تربيته و حصانته فان قسا قلب ام من الامهات لوجب تربيه هذا الطفل و حصانته علی سائر المومنین.» (مجلسی، ۱۴۰۳: ۹۲، ۲۴۸).

بررسی امکان افزایش دوره تصدی حضانت توسط زنان ۳۱

از نشانه‌های رحمت خداوند این است که چون قدرت حرکت و تغذیه را از کودک گرفته، آن نیرو را در مادر قرار داده و او را نسبت به فرزند مهربان کرده است تا به تربیت و نگهداری او بپردازد. پس اگر مادر، سنگ‌دل شد، تربیت و نگهداری کودک بر دیگر مؤمنان واجب است.

گروه چهارم روایاتی هستند که بر شایستگی و اولویت مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است، دلالت می‌کنند: -روایت مرسله منقری: «قال: سئل ابو عبد الله (ع) عن الرجل يطلق امرأته و بینهما ولد ایهما احق بالولد؟ قال (ع) المرأه احق بالولد ما لم تتزوج» (حرعاملی، بی‌تا: ۱۵، ۱۹۱؛ کلینی، ۱۴۰۷: ج ۶، ۴۵).

از امام صادق (ع) در مورد مردی که زنش را طلاق داده است و فرزندى دارند، پرسش شد که کدام یک نسبت به فرزند سزاوارتر است؟ حضرت فرمود: مادر؛ تا هنگامی که ازدواج نکرده است. ولد که در این روایت آمده به معنای مطلق فرزند است. به گفته‌ی علامه، همین روایت مستند فتوای صدوق است که حضانت را مطلقاً با مادر دانسته است تا زمانی که ازدواج نکرده است (علامه‌حلی، ۱۴۱۶: ج ۷، ۳۰۷). -حدیث نبوی از طریق عامه: «الام احق بحضانه ابنها ما لم تتزوج» (نجفی، ۱۳۷۶: ۳۱، ۲۸۹) مادر، تا زمانی که ازدواج نکرده، در تربیت و نگهداری کودک خویش سزاوارتر است.

-حدیث نبوی از طریق عامه: «ان امرأه جاءت الی رسول الله (ص) فقالت: یا رسول الله (ص) ان ابنی هذا کان بطنی له و عاء و ثدی له سقاء و حجری له حواء و ان اباه طلقنی واراد ان ینتزعہ منی فقال (ص): انت احق به مالم تنکحی.» (زحیلی، بی‌تا: ج ۷، ۷۲۰).

زنی به رسول‌الله (ص) عرض کرد: فرزندم که او را در شکم خود پرورش داده‌ام و از پستان خود شیر داده‌ام و در دامن خود پرورانده‌ام، پدرش که مرا طلاق داده می‌خواهد او را از من بگیرد. حضرت رسول (ص) فرمود: تو نسبت به فرزندت مادامی که ازدواج نکرده‌ای سزاوارتری.

دسته‌ی پنجم روایاتی هستند که می‌گویند: مادر تا هفت سالگی، از هر کس در تربیت کودک شایسته‌تر است: -روایت ایوب بن نوح: «قال کتب الیه علیه السلام بعض اصحابه، کانت لی امرأه ولی منها ولد و خلیت سبیلها، فکتب: المرأه احق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین الا ان تشاء المرأه.» (حرعاملی، بی‌تا: ۱۵، ۱۹۲).

راوی می‌گوید: شخصی از اصحاب به امام (ع) نوشت: من همسری داشته‌ام که صاحب فرزند از او هستم و او را طلاق داده‌ام. امام (ع) نوشتند: زن در نگهداری، به فرزند تا هفت سالگی سزاوارتر است، مگر این که خودش غیر از این بخواهد.

- ایوب بن نوح و بشر بن یشار به امام هادی (ع) می‌نویسد: «جعلت فداک رجل تزوج امرأه فولدت منه ثم فارقها متى یجب له ان یأخذ ولده؟ فکتب: اذا صار له سبع سنین فان اخذه فله وان ترکه فله.» (حرعاملی، بی‌تا: ۱۵، ۱۹۲) مردی یا زنی ازدواج کرد و صاحب فرزند شده است و سپس از او جدا شده، چه زمانی می‌تواند بچه را از او بگیرد. حضرت فرمود: زمانی که فرزند هفت ساله بشود، اگر بخواهد می‌تواند بگیرد.

### مطالعه روایات و اقوال درباره‌ی حضانت فرزندان طلاق

با مطالعه روایات و اقوال این باب به این نتایج می‌رسیم:

نکته‌ی اول این است که در خصوص حضانت کودک، در دو سال اول زندگی، هیچ اختلافی نیست و مطابق همه اقوال، حضانت در این مدت با مادر است. لذا باید اصل در نگاه‌داری و سرپرستی را با مادر بدانیم، به خلاف ولایت که اصل در ولایت با پدر است.

روایاتی هم که پیش از این بیان شد، مبنی بر سزاوارتر بودن پدر، به طور مطلق، اگر به نشانه‌ها و فرع‌های آن‌ها دقت شود، معلوم می‌گردد که بیش‌تر ناظر به جنبه مالی مسأله است، نه به مسئله‌ی حضانت. از این روی، هر گونه خارج شدن از اصل حق حضانت مادر باید به دلیل قطعی و ثابت باشد. پس تمسک فقهایمانند صاحب‌جوهر (نجفی، ۱۳۷۶: ۳۱، ۳۰۰) به این که اصل در مسأله، سزاوارتر بودن پدر است و نگاه‌داری مادر در دو سال آغازین زندگی کودک، خارج از اصل است، بدون دلیل خواهد بود.

نکته‌ی دوم این است که روایت مورد استناد صدوق (مرسله منقری) مبنی بر این که مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است برای حضانت شایسته‌تر است، به جهت ضعف سند و ارسال آن از اعتبار ساقط است. با این که این روایت از سوی اصحاب و صاحب‌جوهر (نجفی، ۱۳۷۶: ۳۱، ۲۸۹) پذیرفته شده و ادعای جبران ضعف شده با این حال از نظر مضمون نمی‌تواند در برابر روایات صحیح‌هی دلالت‌کننده بر هفت سال، قرار بگیرد. این که در این روایت بحث ازدواج مادر مطرح شده است، احتمالاً ناظر به شرایط و موانع حضانت باشد که یکی از موانع، ازدواج مادر است، نه این که کودک بعد از هفت سالگی هم تحت حضانت مادر باشد.

نکته‌ی سوم این که قولی که مشهور فقها پذیرفته‌اند، مستند روایی ندارد، یعنی ما روایتی نداریم مبنی بر این که حضانت پسر تا دو سال و دختر تا هفت سال، به عهده مادر باشد. در واقع، این یک جمع تبرعی است که فقها بین دو دسته از روایات انجام داده‌اند. مرحوم محمدجواد مغنیه هم این جمع را مورد انتقاد قرار داده و می‌نویسد: «این جمع بدون شاهد است و دلیلی از شرع و عرف ندارد و عمل مشهور

بررسی امکان افزایش دوره تصدی حضانت توسط زنان ۳۳

هم، تأثیری در جمع بین نصوص ندارد.» (مغنیه، ۱۴۲: ۵، ۳۱۳) گفتنی است با این که این روایات در مقام بیان بوده‌اند، تفصیلی بین پسر و دختر قائل نشده‌اند. روایات دو سال مربوط به رضاع است، نه حضانت. به عنوان مثال روایت داود بن حصین که حق زن و مرد را در مدت دو سال یکسان گرفته است، چنین تفسیر شده که مقصود شیر دادن از طرف زن و نفقه دادن از طرف مرد است، چنانچه در کلام مرحوم صاحب جواهر گذشت (نجفی، ۱۳۷۶: ۳۱، ۲۸۹). نهایتاً باید گفت از آنجا که محتوای این روایات در مقابل روایت صحیحیه است، قابل عمل نیستند. اجماعی هم که در مسأله ادعا شده، با توجه به تنوع اقوال فقهی نمی‌تواند مورد پذیرش قرار بگیرد و کاشف از قول معصوم (ع) نیست. فلسفه حضانت نیز که نگاه داشت مصالح کودک است، در مقابل نظر مشهور فقها است. زیرا کودکان برای رشد جسمی و روحی تا چند سال نیاز به گونه‌ای نگهداری و همراهی دارند که پسر و دختر بودن آنان تفاوت چندانی در مسئله ندارد.

با شرحی که داده شد، نه تنها قول مشهور از درجه اعتبار می‌افتد، بلکه هر قولی که به گونه‌ای تفصیل در نگهداری قبل از هفت سالگی را بیان کند، معتبر نخواهد بود.

از بررسی قول مشهور می‌توان نتیجه می‌گیریم که دو دسته روایات مستند این قول است: روایاتی که دلالت بر سزاوار بودن پدر و حضانت کودک پس از دو سال دارند و روایاتی که شایستگی پدر پس از هفت سال را بیان می‌کنند. این روایات مورد پذیرش فقیهان بوده و خدشه‌ای به آن وارد نشده است. لذا فقها در صدد جمع بین آن‌ها برآمده‌اند و بین دختر و پسر تفصیل داده‌اند. بنابراین، اگر بخواهیم بر مبنای روایات نظر بدهیم باید نظریه مطلوب را از بین این دو دسته روایات بجوییم.

همان طور که گفته شد، روایت دلالت کننده بر هفت سال، روایت ایوب بن نوح است که از نظر سند اشکالی ندارد و مورد پذیرش فقیهان هم هست. صاحب مدارک، این روایت را صحیح‌ترین روایت این باب می‌داند و می‌نویسد: «و العمل بها مستحبّه» (عاملی، بی تا: ج ۱، ۴۶۷) بنابراین، روایات هفت سال قابل خدشه سندی نیست و از نظر دلالت هم، به طور قطع، نمی‌توان خدشه کرد؛ زیرا وقتی روایت می‌گوید: مادر، تا هفت سال، سزاوارتر و شایسته‌تر است، بی‌گمان، ناظر به «حضانت» است و احتمال شایسته‌تر بودن از جهت‌های دیگر مثل ولایت نیست؛ زیرا به طور قطع، ولایت بر فرزند به عهده‌ی پدر و هزینه‌ی زندگی فرزند بر پدر واجب است؛ اما مهم‌ترین روایت دلالت کننده بر دو سال، روایت دادود بن الحصین و روایت ابی‌الصباح الکنانی است.

در مورد سند روایت داودبن‌الحصین، بعضی مانند صاحب مدارک (عاملی، بی‌تا: ج ۱، ۱۸۲) خدشه کرده‌اند. لکن بر فرض که این خدشه‌ها وارد هم نباشد و نقل اعلام و پذیرش فقها را دال بر درستی سند این حدیث بدانیم، باید در مورد دلالت آن وارد بحث شویم. با دقت در مضمون و صدر و ذیل روایت، نمی‌توان گفت که به طور قطع، منظور روایت از سزاوارتر بودن مسأله حضانت است؛ زیرا تمام مضمون در مورد شیر دادن وارد شده و صدر روایت هم مفهوم روشنی ندارد و می‌فرماید «کودک در دوران شیرخوارگی، به طور مساوی بین پدر و مادر است» و قطعاً موضوع این برابری، حضانت نمی‌تواند باشد. شاید بهترین وجه این است که بگوییم امور کودک در این زمان به عهده پدر و مادر است، شیر دادن به عهده مادر و نفقه به عهده پدر. ولی اگر گفته شود حضانت یا ولایت در این مدت، به گونه مساوی بین پدر و مادر است، به طور قطع خلاف اجماع است.

به‌ویژه با توجه به این که روایت در تفسیر آیه «والوالدات یرضعن اولادهن» وارد شده و تمام بحث در مورد رضاع و شیردادن است و نمی‌توان به سادگی مضمون آن را به مسأله حضانت سریان داد. دست کم باید گفت: از نظر دلالت ابهام دارد. در مورد روایت ابی‌الصباح الکنانی هم همین شبهه وجود دارد، چون آن روایت هم به بحث درباره‌ی رضاع و نفقه می‌پردازد. بنابراین با توجه به مضمون صریح روایات دلالت کننده بر هفت سال باید آن‌ها را مورد عمل قرار داد.

البته جای این پرسش نیز باقی می‌ماند که آیا هفت سال، موضوعیت دارد یا اماره‌ای برای حد تمیز در کودک است؟ بعید نیست که سن در این گونه موارد اماره باشد، چنانچه برخی فقها از جمله شیخ طوسی آن را مطرح کرده بودند. اما تعیین سن هفت سال از لحاظ عملی و قضایی مفیدتر است. نتیجه نهایی این بحث این است که به نظر می‌رسد مادر برای حضانت کودک (اعم از دختر و پسر) تا هفت سالگی شایسته‌تر است.

### ایراد در نحوه‌ی اصلاح م ۱۱۶۹ ق.م

م ۱۱۶۹ ق.م پیش از اصلاح، مادر را برای حضانت دختر تا ۷ سالگی و برای حضانت پسر تا ۲ سالگی شایسته‌تر می‌دانست و بعد از این مدت، حضانت را با پدر می‌دانست.

در سال ۱۳۸۲، مجلس شورای اسلامی طی مصوبه‌ای، حضانت کودک (اعم از دختر و پسر) را تا ۷ سالگی به مادر داد. شورای نگهبان این مصوبه را خلاف شرع دانست و به مجلس بازگرداند. با اصرار مجلس

بررسی امکان افزایش دوره تصدی حضانت توسط زنان ۳۵

بر مصوبه‌ی خود، این مصوبه به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شد و در آن‌جا به عنوان یک قانون خلاف شرع که مصلحت نظام وجود آن را اقتضاء می‌کند، تصویب شد. جالب آن‌که فقهای شورای نگهبان نیز در مجمع به مصوبه مجلس رأی دادند (به صراحت اصل ۱۱۲ قانون اساسی و با توجه به بند الف م ۲۸ آیین نامه داخلی مجمع مصوب ۱۳۷۶، در موارد اختلافی مجلس و شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت مسأله را با قطع نظر از اشکالات فقهی و صرفاً براساس مصلحت بررسی می‌کند).

در این‌جا این اشکال جدی مطرح می‌شود که چرا مصوبه‌ای که فتاوی معتبر و احادیث صحیح‌های را پشتوانه‌ی خود دارد، باید برچسب خلاف شرع بخورد و آن‌گاه تحت عنوان حکم مصلحتی به تصویب برسد! این در حالی است که در این مقاله مشخص شد سپردن حضانت تا ۷ سالگی به مادر اصح اقوال می‌باشد. جا دارد یک‌بار برای همیشه شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت این مسأله‌ی چالش برانگیز را حل کنند.

آیا فقهای شورای نگهبان موظفند صرفاً نظر فقهی خود را ملاک شرعی بودن مصوبات مجلس قرار دهند یا باید فتاوی فقهای دیگر را هم مد نظر داشته باشند و یا این‌که صرفاً نظر مشهور فقها مهم است. اگر ملاک، نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان باشد، مصوبه‌ای که مطابق نظر مشهور فقها باشد اما از قضا نظر ۴ تن از ۶ فقیه شورای نگهبان در آن مورد، خلاف مشهور باشد، به عنوان مصوبه‌ی خلاف شرع مطرح می‌شود! و آن‌گاه احتمالاً مصلحت در آن دیده می‌شود که بر مصوبه خلاف شرع مجلس صحه گذارده شود. نتیجه چنین روندی، تصویب و اجرایی شدن مقررات بسیاری است که نهاد ذی‌صلاح (شورای نگهبان) آن‌ها را مشروع نمی‌داند.

در این صورت آیا جای طرح این پرسش نیست که «چگونه است که اعمال بسیاری از مقررات شرعی با مصالح جامعه در تضاد است و لازم است گروهی احکام شرعی را غربال کنند!» حقیقت این است که شرع مشکل ندارد، بلکه تعریف ما از مصلحت و نحوه‌ی نظارت بر مصوبات مجلس اشکال دارد. به نظر می‌رسد طرح شهید آیه الله سیدمحمدباقر صدر در این خصوص راه‌گشا باشد. در این طرح چالش فقه و مصلحت از بین می‌رود. شهید صدر در طرح پیشنهادی خود برای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جعفری، ۱۳۸۷: ۸۹) که توسط سید محمود هاشمی شاهرودی (که رابط او و امام بود) به محضر امام خمینی (ره) تقدیم کرد (جعفری، ۱۳۸۴)، یکی از وظایف مجلس قانون‌گذاری را برگزیدن یکی از فتاوی معتبر فقهی، براساس مصالح مردم می‌داند (صدر، ۱۳۵۹: ۱۴).

بر این اساس، اگر مصوبه‌ی مجلس موافق یکی از فتاوای معتبر فقهی باشد، (اعم از فتوای مشهور فقها و غیر آن) مورد تأیید شورای نگهبان قرار می‌گیرد و اشکالی متوجه آن نیست. در خصوص مسئله حضانت فرزندان طلاق، با حاکم شدن دیدگاه شهیدصدر، شورای نگهبان مصوبه مجلس را که از میان فقهای قدیم و معاصر طرف‌دارانی دارد، غیرشرعی تلقی نمی‌کرد و کار به مجمع تشخیص مصلحت نمی‌کشید. فایده‌ی دیگر طرح شهیدصدر این است که از ائتلاف وقت و تحمیل هزینه بر بیت‌المال جلوگیری می‌کند. برای توضیح این نکته بار دیگر آن‌چه در خصوص اصلاح م ۱۱۶۹ ق. م گذشته است، را مرور می‌کنیم.

در آن پروسه، فقهای شورای نگهبان مصوبه‌ی مجلس را خلاف شرع اعلام کردند، این مصوبه به مجلس بازگشت و بار دیگر نمایندگان در خصوص آن بحث کردند و یک جلسه از وقت مجلس صرف این کار شد، با اصرار نمایندگان، این مصوبه به مجمع تشخیص مصلحت نظام رفت و بعد از رسیدن نوبت بررسی این مصوبه، یک جلسه‌ی مجمع نیز صرف بررسی این مصوبه مجلس شد و همان فقهای شورای نگهبان که آن‌را به مجلس باز گردانده بودند، این بار آن‌را به مصلحت جامعه دانستند و از باب حکم ثانویه به آن رأی دادند.

در طرح مرحوم صدر در جلسه شورای نگهبان بر این مصوبه صحنه گزارده می‌شد و جلسات دیگری از مجلس و مجمع تشخیص مصلحت نظام صرف این کار نمی‌شد.

### نتیجه‌گیری

نظر مشهور فقهای امامیه مبنی بر این‌که حضانت پسر تا دو سال و دختر تا هفت سال با مادر است و پس از آن با پدر است، قابل نقد است و مستند روایی ندارد. این نظر صرفاً بر اساس جمع بین روایات است که به نظر می‌رسد این جمع، جمع تبرعی و غیر موجه باشد. آن‌چه از روایات استخراج می‌شود، این است که حضانت فرزندان اعم از پسر و دختر تا هفت سالگی با مادر است.

مجلس شورای اسلامی با اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، حضانت فرزندان را تا هفت سالگی به مادر واگذار کرد. شورای نگهبان این مصوبه را غیرشرعی دانست. با توجه به بررسی‌هایی که در این مقاله شد، مشخص می‌شود مصوبه‌ی مجلس، ایراد شرعی نداشته است. به علاوه با استفاده از دیدگاه شهیدصدر درباره‌ی نقش مصلحت در تقنین (مجلس قانون‌گذاری یکی از فتاوای معتبر و نه لزوماً فتوای مشهور را بر اساس مصالح مردم مورد تصویب قرار دهد و چنین مصوبه‌ای باید مورد تأیید شورای نگهبان قرار

بررسی امکان افزایش دوره تصدی حضانت توسط زنان ۳۷

گیرد) و تطبیق آن با مسأله حضانت، مشخص می‌شود، که می‌توان تکلیف این مسأله را بدون نیاز به تصویب مجمع تشخیص مصلحت (و تحمل تبعات فقهی و اجتماعی آن) و به صورتی که منطبق بر قواعد اولیه فقهی باشد، حل نمود.

## منابع

- ابی(محقق)، زین‌الدین ابی‌علی (۱۴۰۸) کشف‌الرموز فی شرح المختصر المنافع؛ ج ۲، قم: مؤسسه النشرالاسلامی.
- ابن‌ادریس، حلی (۱۴۱۱) سرائر، ج ۲، قم: انتشارات اسلامی.
- ابن‌زهره (بی‌تا) غنیه النزوع، قم: منشورات مکتب آیة‌الله مرعشی نجفی.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵) الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۵، بیروت: دار الاضواء.
- جزیری، عبدالرحمن (۲۰۰۳م) الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- جعفری، علی (۱۳۸۴) صدر شهادت (زندگی و افکار شهیدصدر)، قم: مرکز پژوهش‌های اسلامی صدا و سیما.
- (۱۳۸۷) «تأثیر افکار شهیدصدر بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، معرفت، ش ۱۲۴.
- حراعلمی، محمدبن حسن (بی‌تا) وسائل الشیعه، ج ۱۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حلی(علامه)، جمال‌الدین ابی‌منصور حسن بن یوسف (۱۴۱۶) مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۲، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- حلی(محقق)، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر (۱۴۱۸ق) مختصر النافع، الطبعة السادسة، قم: مؤسسه المطبوعات الدینییه.
- حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵) الجامع الشرائع، قم: مؤسسه سیدالشهداء (ع).
- خوانساری، احمد (۱۳۶۴) جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۴، قم: مؤسسه سیدالشهداء.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق) منهج الصالحین، ج ۲، الطبعة الثامنة و العشرون، قم: مدینة العلم.
- زحیلی، وهبه (بی‌تا) الفقه الاسلامی و أدلته، ج ۷، (بی‌جا).
- سیوری، فاضل مقداد (بی‌تا) التنقیح الرائع المختصر الشرائع؛ ج ۳، قم: کتابخانه مرعشیه.
- شهید اول، محمدبن جمال‌الدین مکی‌عاملی (۱۴۱۱) اللمعه دمشقیه، قم: دارالفکر.
- شهید ثانی (بی‌تا) مسالک الافهام، ج ۱، قم: دارالهدی للطباعة و النشر.
- شهید ثانی، زین‌الدین جبعی‌عاملی (۱۳۷۵) الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، چاپ ۳، قم: اسماعیلیان.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۵۹) لمحہ فقیهیه تمهیدیہ عن مشروع دستور الجمهوریه الاسلامیه فی ایران، تهران: مؤسسه بعثت.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۴) ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، ج ۲، قم: موسسه آل‌البتیت.
- طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن البراج (۱۴۰۶) المهذب، ج ۳، الطبعة الاولى، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی(شیخ)، ابی‌جعفر محمدبن حسن (بی‌تا) المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۶، تهران: چاپ‌خانه‌ی حیدری.

۳۸ زن در فرهنگ و هنر (پژوهش زنان)، دوره‌ی ۱، شماره‌ی ۴، تابستان ۱۳۸۹

----- (بی‌تا) الخلاف، ج ۳، بیروت: دار التعارف.

- عاملی، سیدمحمد (بی‌تا) نهاییه المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام، ج ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- فاضل هندی، محمدبن‌الحسن (۱۴۲۴) کشف اللثام عن قواعد الأحكام ج ۱، الطبعة الاولى، قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
- فخرالمحققین، محمدبن‌حسن بن یوسف (۱۳۸۸ق) ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۳، (بی‌جا).
- فیض کاشانی، محسن (۱۴۰۱) مفاتیح الشرائع، ج ۲، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- کار، مهرانگیز (۱۳۷۸) ساختار حقوقی نظام خانواده در ایران، چاپ اول، تهران: روشنگران و مطالعات زنان.
- کلینی، ابوجعفر محمدبن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷) الکافی، ج ۶، الطبعة الرابعة، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۳) بحار الانوار، ج ۳۸، بیروت: مؤسسه الوفاء.
- مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق) سلسله البناهیة الفقهیه، ج ۱۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- معرفت، محمدهادی (۱۳۷۶) «کاوشی در حکم حضانت»، دادرسی، ش ۴.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱) فقه الامام الصادق (ع)، ج ۵، الطبعة الثانية، قم: مؤسسه انصاریان.
- مفید (شیخ)، محمدبن‌نعمان بغدادی (۱۴۱۳) المقنعه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۷۹) تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۷۶) جواهر الکلام، ج ۳۱، چاپ سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.