

## حق و منسب بودن حضانت و آثار حقوقی آن<sup>۱</sup>

کبری پورعبدالله<sup>۲</sup>

### چکیده

حضانت از موضوعات اصلی در فقه خانواده است و به دلیل رویکرد آن به مصالح فرزندان به عنوان نسل آینده از اهمیت بسیاری برخوردار است. مسأله پژوهشی مقاله حاضر این است که حضانت اقتضا دارد هم حق باشد و هم تکلیف. در حالی که حق ماهیتی غیر از تکلیف دارد. در این پژوهش، با توجه به ادله حضانت ثابت شده است که حضانت از مقوله حق به معنی «منسب» است، نه حق به معنی سلطه بر مال؛ از قبیل امتیاز و شایستگی والدین برای رسیدگی به امور فرزند است. با توجه به صلاحیت‌های انحصاری والدین، شارع هم حق حضانت را به ایشان سپرده و هم اجازه افعال را به ایشان نداده است و این‌ها نتیجه منسب بودن حضانت (حقی که قابل اسقاط و واگذاری نیست) می‌باشد. در این تحقیق، آثار متفاوت این معنا در مشروعیت عقود مرتبط با حضانت، مسؤلیت پدر برای هزینه‌های حضانت و امکان افزایش مدت حضانت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### واژگان کلیدی

حضانت، حق، تکلیف، منسب، ولایت، خانواده

### مقدمه

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۱/۸/۳۰؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۲/۲/۱۴

۲- استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق 7 پردیس خاوران poorabdollah\_k@yahoo.com

حضانت دارای ضرورت حیاتی برای کودک است و هر نوع اهمال از سوی والدین آثار جبران‌ناپذیر به همراه خواهد داشت. بررسی اولیه، حق بودن حضانت را نشان می‌دهد ولی مقررات مربوط، جایز نبودن اسقاط و واگذاری آن و در نتیجه تکلیف بودن را ثابت می‌کند. بنابر آنچه از بیان معاصران برداشت می‌شود، ماهیت مرکب از الزام و اختیار، نوعی منسب است. منسب حقی است که مبتنی بر صلاحیت و شایستگی دارنده آن به وی تعلق می‌گیرد؛ به طوری که انتقال آن به دیگری فاقد مصلحت است و در واقع والدین ملزم به مراقبت از فرزند می‌باشند. در واقع «نیازهای جسمی و روحی فرزندان» مانند سایر دارایی‌های والدین نیست که حق خود بدانند نسبت به آن هر تدبیری بنمایند و یا اصلاً از آن صرف‌نظر کنند. هر چند از طرفی در صورت امتناع والدین و مؤثر نبودن الزام حاکم، قوانینی برای سپردن امور کودک به دیگران وجود دارد که در این صورت حضانت ماهیت حق به معنی اختیار هم می‌یابد. منسب دانستن حضانت در مسائل متعددی از حضانت تأثیرگذار است که در این تحقیق مورد بررسی قرار می‌گیرد.

حضانت به معنی نگهداری طفل، از وظایف والدین در نهاد خانواده است. ضرورت انجام امور مربوط به طفل برای حفظ و رشد او به سهولت از طریق درک قطعی عقل و نیز دلالت آیات و روایات امکان دارد. در صورتی که کودک در کانون گرم خانواده و حضور مشترک والدین رشد کند، مراقبت از او به راحتی انجام می‌گیرد و مسأله حقوقی خاصی پیش نمی‌آید. اما در صورت جدایی زوجین (به دلیل طلاق و غیره) اشکالاتی از شرایط والدین برای استحقاق حضانت تا امتناع آن‌ها برای به عهده گرفتن امور طفل و غیره پیش خواهد آمد. بسیاری از مشکلات مربوط به حضانت، ناشی از ابهام در حق بودن یا تکلیف بودن حضانت است.

در این نوشتار بدون پرداختن به تفصیل مباحث حق و تکلیف، ضابطه تشخیص هر یک ارائه می‌گردد و سپس اطلاق یکی از آن‌ها برای حضانت انجام می‌شود. به دنبال آن سه اثر مهم حقوقی حق یا تکلیف بودن حضانت مورد بررسی قرار می‌گیرد و سعی می‌شود پاسخ مناسب برای این سه مسأله حقوقی ارائه گردد.

## معناشناسی حق و تکلیف

برای تبیین ماهیت حضانت، لازم است معنای حق و تکلیف روشن شود. از این رو، در این قسمت به معانی لغوی و اصطلاحی حق و تکلیف و تفاوت آن دو اشاره‌ای خواهیم داشت.

### ۱- حق در لغت

حق در لغت در معانی مختلفی به کار می‌رود. اما در همه آن‌ها معنای «ثبوت» نهفته است در مفردات راغب چهار معنی برای آن شمرده شده است: ایجادکننده چیزی بر اساس حکمت؛ کارهایی که بر اساس حکمت انجام می‌شود؛ عقیده مطابق حقیقت و یا مطابق (به فتح باء) یک عقیده درست؛ فعل یا قولی که به مقدار نیاز و مطابق زمان انجام می‌گیرد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲هـ ص ۲۴۶-۲۴۸).

به طور کلی می‌توان گفت «حق» مشترک لفظی است که برای وصول به یکی از معانی آن باید از قرینه استفاده کرد.

## ۲- حق در اصطلاح

در فقه شیعه تعاریف متعددی از «حق» ارائه شده است. این تعاریف یا تعریف به اثر است، مانند تعریفی که حق را نوعی سلطنت به حساب می‌آورد (تبریزی، ۱۴۱۶هـ ج ۲، ص ۱۲) و یا مانند تعریف مرحوم اصفهانی، تعریف به مصداق است (اصفهانی کمپانی، ۱۴۱۸هـ ج ۱، ص ۱۷). اما در واقع ارائه تعریف صحیحی به جنس و فصل برای حق که امری اعتباری است، غیرممکن است و باید از مقومات و لازم ذات آن کمک گرفت. مقومات حق عبارتند از: ۱- سلطنت، ۲- اعتبار. لوازم حق نیز عبارتند از: اضافه و اختصاص. در نتیجه تحقق هر یک از این مقوله‌ها ما را به عنوان «حق» راهنمایی خواهد کرد.

## ۳- حکم از نظر لغت

معنای اصلی حکم، «منع کردن» است. این معنا از کتب لغت بسیاری به دست می‌آید. راغب در مفردات می‌گوید: معنای حکم، منع کردن است؛ منعی که برای اصلاح باشد و لجام اسب را به همین خاطر حکمه می‌گویند (چون با آن اسب را از رفتن به بی‌راهه باز می‌دارند) (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲هـ ص ۲۴۸).

## ۴- حکم از نظر اصطلاح

این کلمه با مشتقات خود حدود ۲۱۰ بار در قرآن و در معانی متعدد به کار رفته است که از آن جمله است: قضاوت (مائده، ۴۲)، نبوت (مریم، ۱۲)، شریعت (آل عمران، ۷۹)، فرمان (یوسف، ۴۰) و

قرآن (رعد، ۳۷). در این موارد معنای لغوی به طور محسوس کمتر لحاظ شده است؛ اگر چه می‌شود در بعضی از آن‌ها به معنای لغوی حکم، یعنی «منع» پی ببریم.

فقها معانی مختلفی برای حکم ارائه نموده‌اند. ولی به طور کلی می‌توان گفت حکم خطابی است شرعی که به طور اقتضایی یا تخییری به افعال انسان تعلق می‌گیرد (مکی عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۹). هر چند حکم شرعی، غیر از حکم تکلیفی، شامل حکم وضعی هم می‌شود (مقدادی حلی، ۱۴۰۳ هـ ص ۹).

پس می‌توان دو نتیجه گرفت: اول آن‌که اصطلاح حکم شامل حکم تکلیفی، سببیت، شرطیت، مانعیت، صحت و افساد، ملکیت و زوجیت است. دوم آن‌که در معنای اصطلاحی نیز اثر «منع» به چشم می‌خورد؛ زیرا در واقع شارع اختیار مطلق را منع فرموده و در موارد لازم مکلف را به موضوعی امر کرده است.

#### ۵- حق و منسب

دیدگاه متفاوت دیگری، بعضی حقوق را «منسب» نامیده، تعاریف خود را چنین بیان کرده است: حق نوعی سلطه بر فعل است (که در مقابلش ملک، سلطه بر مال یا منفعت است) هر چند حق معنای وسیع‌تری غیر از سلطه هم دارد و آن، حق به معنی وظیفه و مسؤلیت است، مثل حق همسایه که مربوط به حق همسایگان در مقابل یکدیگر می‌باشد. در مقابل حق، حکم است که به معنی الزام یا ترخیص نسبت به شیء است. قسم چهارم (پس از حق و حکم و ملک) منسب است. منسب ولایتی است که خداوند نسبت به شخص خاص یا جامعه واگذار کرده است و قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست. تمام حقوق قابل اسقاط است و اگر چیزی قابل اسقاط نباشد، حکم است. حال اگر چیزی بین حق و حکم بودن مشکوک باشد، آن را حکم می‌دانیم (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ هـ ج ۶، ص ۱۴۲-۱۴۳).

در نتیجه منسب، حقی است که قابل اسقاط نیست. حق است؛ زیرا در ماهیت خود اختیاراتی برای صاحب خود می‌آورد، ولی حق نیست؛ زیرا قابل اسقاط نیست. حضانت از کودک منسب و موقعیتی است که خداوند شایسته والدین دانسته است و ایشان شرعاً و قانوناً مجاز نیستند در رسیدگی به امور طفل اهمال کنند. حضانت به همین دلیل که قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست، به حکم بودن نیز نزدیک است.

#### ۶- فرق حق و حکم

فقها در این جا چند نظریه دارند:

بعضی گفته‌اند: حق را می‌شود ساقط کرد، ولی حکم قابل اسقاط نیست (بحرالعلوم، ۱۴۰۳هـ ج ۱، ص ۳۵). بعضی هم مخالف این تفکیک می‌باشند (غروی نایینی، ۱۳۷۳هـ ج ۱، ص ۴۲؛ همان، ج ۲، ص ۲۸؛ فشارکی، ۱۴۱۳هـ ص ۴۴۶؛ همدانی، ۱۴۲۰هـ ص ۴۵۲). برخی اصلاً معتقدند حق و حکم ماهیت متحد دارند (موسوی خویی، بی تا، ج ۲، ص ۴۸؛ مامقانی، ۱۳۵۰هـ ص ۳؛ بحرانی، ۱۴۲۹هـ ج ۱، ص ۳۴۲). اما به هر حال برای تفکیک «حق» و «حکم»، قدر متیقن از مفهوم حق و حکم می‌تواند مبنا قرار بگیرد. مطابق آنچه گفته شد، حق عبارت از «سلطه» و حکم عبارت از «منع مولوی در خطاب به مکلف» است. یعنی «حق» ماهیت اراده و اختیار مکلف را دارد و حکم ماهیت الزام و سلب اختیار را. در نتیجه حق و حکم در مقابل هم هستند؛ حق می‌تواند برخلاف حکم، قابلیت اسقاط و قابلیت نقل و قابلیت انتقال قهری را برای مستحق به همراه بیاورد. هر چند در مواردی این قابلیت به ویژه قابلیت اسقاط به دلیل عارض شدن موانعی از بین می‌رود. مانند وقتی که رضاع طفل موکول به مادر شود و مادر هم اگر بخواهد حق رضاع را ساقط کند، طفل ضرر خواهد کرد. در نتیجه وجوب حفظ نفس محترمه باعث می‌شود مادر نتواند حق رضاع را ساقط کند. تأثیر «لاضرر» در حکم جواز اسقاط حق، تخصیصی است و ماهیت حق را تغییر نمی‌دهد. همان‌طور که «لاضرر» در حکم اولی شرعی (مانند وجوب روزه) اثر می‌گذارد و الزام را سلب می‌کند، ولی این سلب الزام، ماهیت حکم را تغییر نمی‌دهد.

## ماهیت حضانت

حضانت در لغت از «حضن» به معنی زیر بغل تا حدود ناف و به معنی رایج «به بغل زدن» و «بغل گرفتن» است (ابن منظور، ۱۴۱۴هـ ج ۱۳، ص ۱۲۲؛ ابن فارس، ۱۴۰۴هـ ج ۲، ص ۱۷۳)؛ همچنین به معنی ولایت بر طفل و مجنون به منظور تربیت است (طریحی، ۱۴۱۶هـ ج ۶، ص ۲۳۷).

## ۱- حضانت در اصطلاح

مطالعه منابع فقهی نشان می‌دهد تا قبل از قرن هفتم تعریفی برای حضانت نیامده است (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹هـ ج ۱، ص ۳۰۳). در قرن هفتم مرحوم علامه حلی حضانت را به «ولایت و سلطنت بر تربیت طفل» تعریف کرد (حلی، ۱۴۱۳هـ ج ۲، ص ۱۰۱). سپس شهید ثانی در مسالک و صاحب ریاض نیز همین معنا را برای حضانت آوردند (عاملی، ۱۴۱۳هـ ج ۱، ص ۴۲۱؛ طباطبایی

حائری، ۱۴۱۸هـ ج ۱۲، ص ۱۵۳). اما صاحب جواهر این تعریف را نپذیرفته و معتقد است، مطابق این تعریف حضانت غیرقابل اسقاط است، در حالی که در ادله مربوط به حضانت تعبیر به احقیت (مادر حق بیش‌تری در مقایسه با پدر برای نگهداری از طفل دارد) و مشیت و اراده (اگر مادر از حق خود صرف‌نظر کند و نخواهد از کودکش نگهداری کند، نوبت به پدر می‌رسد و اگر پدر هم امتناع کند، نوبت به حاکم می‌رسد و...) وجود دارد (در نتیجه نمی‌توان حضانت را ولایت دانست). ایشان حضانت را همان حفظ و نگهداری می‌داند و در توضیح آن نیاز کودک و موارد رفع نیاز او را در روایات بیان می‌دارد (نجفی، ۱۴۰۴هـ ج ۳۱، ص ۲۸۴).

در این تحقیق به قدر متیقن از تعریف حضانت یعنی «حفظ و مراقبت طفل» اکتفا کرده، تعیین جنس تعریف را به نتایج حاصل از ادامه بحث واگذار می‌کنیم.

## ۲- حق یا حکم بودن حضانت

در بحث از تفاوت حق با حکم معلوم شد که «حکم» از اساس الزام برخوردار است و «حق» ماهیت اختیار دارد، باید ماهیت حضانت را در ادله بررسی کنیم تا الزامی یا اختیاری بودن آن در نظر شارع به تحقیق ثابت شود.

### الف - حضانت در قرآن

لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ (بقره، ۲۳۳). پدر و مادر نباید به سبب فرزندشان آسیب ببینند.

مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر آیه به توضیح کلمه «مولودله» پرداخته می‌فرماید: «به علت این‌که فرزند برای پدر متولد می‌شود و در بیش‌تر احکام زندگیش ملحق به اوست، ناگزیر مصالح زندگی و لوازم تربیت و از آن جمله خوراک و پوشاک و نفقه مادری که او را شیر می‌دهد، به عهده پدرست». سپس این توهّم را که مادران هیچ نسبتی با فرزند خود ندارند، دفع نموده، نشان می‌دهد که خداوند در صدر آیه «والوالدات یرضعن اولادهن» و در ذیل آیه «لاتضار والده بولدها»، اولاد را به مادران نسبت می‌دهد، پس کودک همان‌طور که فرزند پدر است، فرزند مادر نیز هست و معتقد است: «حق مطلب در مسأله فرزند این است که نظام تکوین، فرزند را ملحق به پدر و مادر و هر دو می‌کند، برای این‌که هستی فرزند مستند به هر دوی آن‌هاست...» (طباطبایی، ۱۴۱۷هـ ج ۲، ص ۲۳۹-۲۴۰).

تا این‌جا ایشان ضرورت حضانت را مسلم می‌داند، ولی از جهت حق یا حکم بودن حضانت؛ به جمله «مَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ» در صدر آیه استناد می‌کند و معتقد است: حضانت (کودکی را در دامن پروردن) و شیر دادن حق مادر طلاق داده شده، و موکول به اختیار اوست؛ اگر خواست می‌تواند کودکش را شیر دهد و در دامن بپرورد، و اگر نخواهد می‌تواند از این کار امتناع بورزد. همچنین رساندن مدت دو سال به آخر، حق اوست، اگر خواست می‌تواند دو سال کامل شیر دهد، و اگر نخواهد می‌تواند مقداری از دو سال را شیر داده، از تکمیل آن خودداری کند. اما شوهر چنین اختیاری ندارد (که از ابتدا اگر خواست بچه را از همسر مطلقه‌اش بگیرد و اگر نخواهد نگیرد)، البته در صورتی که همسرش موافق باشد، می‌تواند یکی از دو طرف را اختیار کند، همچنان که جمله «فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا...» این معنا را می‌رساند (طباطبایی، ۱۴۱۷هـ ج ۲، ص ۲۳۹-۲۴۰). در نتیجه علامه طباطبایی حضانت را حق مادر می‌داند، اما این‌که برای پدر چگونه است می‌فرماید فرزند قانوناً ملحق به پدر است پس مسؤلیت حفظ و نگهداری هم به عهده پدر است و مثلاً اجرت رضاع طفل و مخارج گوناگون نگهداری از طفل از اموال پدر برداشته می‌شود. اما این مقدار ثابت نمی‌کند که موضوع حضانت طفل از تکالیف پدر است؛ زیرا فرق است بین این‌که پدر حضانت طفل را (به مباشرت یا غیرمباشرت) به عهده بگیرد یا مخارج حضانت طفل به عهده‌اش باشد.

پس، از کلام علامه در تفسیر آیه، ضرورت حضانت بدون آن‌که تکلیف والدین باشد به دست می‌آید. معنای ضرورت حضانت به بداهت از سیاق آیه نیز فهمیده می‌شود؛ زیرا رضاع طفل و نهی والدین از اضرار به طفل و به یک‌دیگر در رضاع و نگهداری از طفل و وظایف مالی پدر در این امور همه دلالت بر مفروض و مسلم بودن ضرورت مراقبت از طفل دارند. هر چند برخی از معاصران معتقدند آیه فقط نهی از اضرار نموده و دلالتی بر وجوب حضانت ندارد (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹هـ ج ۱، ص ۲۰۸)، در حالی که وجوب حضانت را باید قدر متیقن دلالت آیه دانست؛ زیرا وقتی خداوند نهی از ضرر رساندن زوجین به هم نموده تا هر یک مانع حضانت دیگری از طفل نشود معلوم می‌شود، اشتغال هر یک به حضانت طفل مورد اهتمام شارع بوده است. به عبارتی می‌توان گفت: دلالت مطابقی آیه نهی از ضرر والدین به هم و ضرر والدین به طفل است (که مانع حضانت طرف مقابل نشوند و در زمان مراقبت هم باعث ضرر طفل نشوند) و دلالت التزامی آیه ضرورت تأمین منافع طفل است که تا هنگام بلوغ، موضوع حضانت است.

آیه ۶ سوره طلاق می‌فرماید: «اگر زنان مطلقه باردار بودند نفقه‌شان را بدهید تا وقتی زایمان کنند. پس آن گاه اگر نوزاد را شیر دادند، باید اجرتشان را بدهید و برای رضاع و اجرت آن به خوبی با هم مشورت کنید»<sup>۱</sup>.

در تفسیر نمونه در مورد معنای «واتمرو» در آیه مذکور این‌گونه بیان شده است: «جمله «واتمرو» از ماده «ایتمار» گاه به معنی «پذیرا شدن دستور» و گاه به معنی «مشاوره» می‌آید، و در این‌جا معنی دوم مناسب‌تر است و تعبیر «بمعروف» تعبیر جامعی است که هر گونه مشاوره‌ای را که خیر و صلاح در آن باشد شامل می‌گردد» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۲۴، ص ۲۴۸) و در نتیجه آیه را چنین تفسیر می‌کند: «مبادا اختلافات دو همسر ضربه بر منافع کودکان وارد سازد. از نظر جسمی و ظاهری گرفتار خسران شوند، و یا از نظر عاطفی از محبت و شفقت لازم محروم بمانند، پدر و مادر موظفند خدا را در نظر گیرند، و منافع نوزاد بی‌دفاع را فدای اختلافات و اغراض خویش نکنند» (همان‌جا).

مرحوم علامه نیز می‌فرماید: «در آیه مورد بحث که ائتمار به صیغه امر آمده و فرموده «ائتمار بکنی»، خطابش به زن و مرد است، می‌فرماید: درباره فرزند خود مشورت کنید تا به نحوی پسندیده و عادی به توافق برسید، به طوری که هیچ یک از شما و فرزندتان متضرر نشوید، نه مرد با دادن اجرت زیادتر از حد معمول متضرر شود، و نه زن با کمتر گرفتن، و نه فرزند با کمتر از دو سال شیر خوردن متضرر گردد، و همچنین ضررهای دیگری که ممکن است پیش آید، به هیچ یک از شما متوجه نشود» (طباطبایی، ۱۴۱۷ هـ.ج، ص ۱۹، ص ۳۱۷).

آنچه می‌توان دلالت سیاقی و تنبیهی آیه و به طور کلی دلالت التزامی آیه دانست، لزوم حضانت طفل توسط والدین است؛ زیرا ترک حضانت مصداق صریح ضرر و منع محبت و شفقت به طفل ناتوان است.

## ب - حضانت در روایات

تتبع در روایات نشان می‌دهد، هیچ یک دلالت مطابقی در وجوب حضانت ندارند، بلکه بحث از تعیین حضانت برای یکی از والدین پس از طلاق دارند و در واقع ظهور در اثبات اصل استحقاق

---

<sup>۱</sup> - وَ إِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ فَأَتَّفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَ أَتَمَّرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ (طلاق، ۶).



آن دارند. این معنای ظهوری در روایات باب ۷۳ و ۸۱ از روایات احکام اولاد وسائل الشیعه به چشم می‌خورد. از جمله آن‌ها عبارتند از:

در خبر منقروی از امام صادق 7 سؤال شد، مردی همسرش را طلاق داده است و آن دو فرزندی هم دارند. کدامشان برای نگهداری کودک سزاوارتر است؟ ایشان فرمود: زن تا وقتی ازدواج نکرده سزاوارتر است (حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۱، ص ۴۷۱، باب ۸۱ از ابواب احکام اولاد، ح ۴).

در صحیحه حلبی از امام صادق 7 نقل شده است، زن بارداری که طلاق داده می‌شود، باید خرجی بگیرد تا وقتی وضع حمل کند. سپس اگر به قدر هر مرضعه‌ای پول بگیرد، از دیگران احق برای نگهداری از فرزندش است (همان، ص ۴۷۲، ح ۵).

این معنای ظهوری در اصل استحقاق والدین و احقیت مادر در ایام رضاع طفل، فرع بر لزوم حضانت از طفل است. پس باز به دلالت التزامی از سیاق روایات فهمیده می‌شود که حضانت کودک واجب است.

### ج - حضانت از نظر عقل

حکم قطعی عقل این است که کودک ضرورتاً نیازمند مراقبت و نگهداری شدن است. کودک نیازمندی است که خود نمی‌تواند از عهده رفع نیازهای خود برآید و بدون کمک دیگری جان و مال او در خطر واقع می‌شود. از سوی دیگر وجود ظرفیت‌های بالای رأفت و شفقت در والدین آن‌ها را بیش از هر کس متوجه نیازهای کودکشان می‌کند. در نتیجه به طور طبیعی رابطه‌ای دو سویه شکل می‌گیرد و استحقاق کودک برای مراقبت شدن، وظیفه والدین را در این جهت شکل می‌دهد. بداهت عقلی لزوم حفظ و صیانت، در مواردی از عبارات فقها به چشم می‌خورد. از جمله در عروة بحث شده است که در رضاع مباشرت شرط نیست و مرحوم محقق سبزواری ضمن بدیهی دانستن این موضوع در شرح آن فرموده است: رضاع و حضانت دو مقوله جداگانه‌اند و همان طور که طفل نیازمند تغذیه است، نیازمند حفظ و صیانت هم هست (یعنی مادر می‌تواند حضانت را به عهده بگیرد، ولی رضاع را به دیگری بسپرد؛ چون تمام نیاز طفل که شیر خوردن و تغذیه نیست و امور دیگر وی برای مراقبت و ... به عهده حاضن خواهد بود) (سبزواری، ۱۴۱۳ هـ ج ۲۵، ص ۲۷۷).

از آنجا که حسن صیانت از کودک درک ضروری و قطعی عقل است، می‌توان به واسطه قانون ملازمه، رأی به ضرورت شرعی صیانت از طفل نیز داد و قائل شد که حضانت شرعاً نیز واجب است.

## د- حضانت در اجماع فقها

بعضی از عبارات فقها وجود اتفاق نظر در لزوم حضانت را می‌رساند. به عنوان مثال مرحوم فاضل هندی در ابتدای بحث حضانت می‌فرماید: اشکالی در امر حضانت (ضرورت و ارتباط آن به هر دو نفر از والدین) تا قبل از طلاق زوجین نیست (و اشکالات مربوط به تعیین حاضن بعد از طلاق است) (فاضل هندی، ۱۴۱۶هـ ج ۷، ص ۵۴۹). مرحوم صاحب جواهر نیز ضمن اشاره به کلام ایشان، همین بیان را دارند و لزوم حضانت، مفروض گفتار ایشان و حتی آرا دیگران در بخش‌های مختلف مباحث می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴هـ ج ۳۱، ص ۲۸۴). مرحوم محقق سبزواری در بررسی ادله وجوب حضانت پس از کتاب و سنت، در بحث از دلیل اجماع می‌فرماید: ظاهر عبارات فقها اجمالاً وجود اتفاق نظر را می‌رساند هر چند تعابیرشان متفاوت است (سبزواری، ۱۴۱۳هـ ج ۲۵، ص ۲۷۶). با این احوال به دو دلیل نمی‌توان ادعای وجود اجماع در وجوب حضانت نمود. اول آن‌که تصریح به وجوب در بیان همه فقها وجود ندارد؛ دوم آن‌که اصلاً بعضی فقها به موضوع حضانت نپرداخته‌اند تا بتوان به رأی ایشان در این باره پی برد. در نتیجه فقط می‌توان وجود تسالم و اتفاق نظر فی‌الجمله در آرا موجود راجع به اصل وجوب حضانت را قبول کرد. به خصوص آن‌که در آرا موجود، هیچ نظر مخالفی درباره وجوب حضانت وجود ندارد.

تا این‌جا می‌توان به طور کلی رأی به وجوب حضانت داد و مستند آن را نیز کتاب و سنت و عقل قطعی دانست.

حال با توجه به این‌که از سویی «حکم» ماهیت الزام دارد و «حضانت» نیز الزام دارد؛ آیا می‌توان حضانت را از قبیل حکم دانست؟ اگر چنین است، چرا در بعض ادله حضانت، تعبیر به «احقیقت» وجود دارد؟ یا چرا در فتاوا و آرا فقها گفته می‌شود وقتی مادر از قبول حضانت امتناع کند، پدر موظف می‌شود و اگر پدر هم امتناع کند به عهده حاکم است و در نبود حاکم به عهده عدول مؤمنان است؟ آیا این معانی به «حق» بودن حضانت دلالت نمی‌کند؟ اما از سوی دیگر حق بودن در حضانت با الزام و ضرورت آن توافق ندارد. شاید به همین دلیل، قانون، حضانت را هم حق و هم تکلیف دانسته است. اما نمی‌توان این

معنا را پذیرفت؛ زیرا حق و حکم، ماهیت متفاوت و آثار جداگانه دارند.

در این نوشتار پاسخی نهایی بر اساس روایات و در دو ملاحظه جداگانه (ملاحظه والدین و ملاحظه کودک) داده می‌شود.

۱- ظهور روایات درباره حضانت والدین، حق بودن را می‌رساند؛ زیرا برای حضانت مادر احقیقت و مشیت آورده شده و برای حضانت پدر با شرایطی احقیقت ذکر شده است.<sup>۱</sup> حتی در بعضی از آن‌ها اسقاط حق حضانت (از آثار حق بودن) نیز مطرح می‌باشد.<sup>۲</sup>

یکی از فروع بحث حضانت در اقوال و فتاوا، موضوع امتناع والدین از قبول حضانت کودکان است. شهید اول معتقد است که در صورت امتناع والدین حاکم باید پدر را به قبول حضانت مجبور کند (عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۹۶). محقق سبزواری در شرح بر عروۃ می‌فرماید: اگر مادر از قبول حضانت امتناع کند، پدر اولی از دیگران خواهد بود و اگر هر دو امتناع کنند، حاکم شرع، پدر را به شرط داشتن مصلحت، به قبول حضانت مجبور خواهد کرد؛ زیرا در این صورت حضانت از امور حسبه است و حاکم نیز ولایت بر امور حسبه دارد. ایشان حکم جواز اسقاط حضانت از سوی والدین را از صاحب عروۃ نقل می‌کند و سپس دلیل آن را چنین می‌آورد: هر صاحب حقی امکان اسقاط حق خود را دارد، مگر در مواردی خلاف آن ثابت شود (سبزواری، ۱۴۱۳ هـ ج ۲۵، ص ۲۸۲).<sup>۳</sup> صاحب ریاض نیز در حالی که معتقد است بدون شک حضانت حق است، می‌فرماید: وقتی والدین از قبول حضانت امتناع کنند، پدر به دلیل وجوب کفایی نجات مضطر اجبار به حضانت کودک می‌شود؛ زیرا ترک حضانت در این صورت مستلزم تضییع کودک خواهد شد. ایشان در تبیین ماهیت «حق» برای حضانت می‌گوید: در روایات فقط اصل استحقاق حضانت برای والدین ذکر شده است و این اختصاص و استحقاق باعث وجوب نمی‌گردد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ هـ ج ۱۲، ص ۱۶۲). در جامع‌المدارک هم همین مطالب آورده شده و شاهد آن را ولایت بر اموال صغیر ذکر کرده است که در صورت فقدان پدر و جد پدری، نوبت به حاکم و الا عدول

---

۱- ح ۲ از باب ۸۱ (خبر ابی الصباح) :: فان هی رضیت بذلک الاجر فهی احق بانها، ح ۶ از باب ۸۱ (صحیح ایوب ابن نوح) :: لمرأه احق بالولد الی ان يبلغ سبع سنین الا ان تشاء المرأه، ح ۱ از باب ۷۳ (صحیح فضیل بن یسار) :: فاذا اعتق الرجل فهو احق بولد منها لموضع الاب (حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۱، ص ۴۵۹ و ص ۴۷۳).

۲- ح ۶ از باب ۸۱ که در پاورقی پیشین آمد و تعبیر به مشیت زوجه دارد، می‌فرماید تا ۷ سالگی مادر احق به حضانت طفل است مگر آن‌که زوجه نپذیرد. در مورد پدر نیز ح ۷ از همین باب به نقل از ایوب بن نوح :: اذا صار له سبع سنین فان اخذه فله و ان ترکه فله که باز اشاره ترک حق حضانت پدر در سن ۷ سالگی طفل دارد (همان، ص ۴۷۳).

۳- لازم به ذکر است در صفحه گذشته از اصل وجوب حضانت بحث شد و اینک گفته می‌شود حتی در فرض حق دانستن حضانت، حاکم می‌تواند بنا بر ضرورت و وجوب حضانت، پدر را به قبول حضانت مجبور کند؛ زیرا در این صورت حضانت از امور حسبه است.

مؤمنان می‌رسد (خوانساری، ۱۴۰۵هـ ج ۴، ص ۴۷۳). موضوع امتناع، خود ظهور در حق بودن حضانت دارد و عجیب آن است که قائلان به حکم بودن حضانت از امتناع والدین نیز سخن گفته و به بیان فوق بر آن استدلال هم نموده‌اند (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹هـ ج ۱، ص ۳۱۷).

۲- روایات درباره عنوان حضانت از اولاد، دلالت مطابقی ندارند، اما تمام روایات ج ۲۱ از *وسائل الشیعه* از روایات احکام اولاد و یا رساله حقوق امام سجاد در «حق ولد» دلالت التزامی آشکار بر وجوب حفظ و صیانت و پرداخت مخارج کودک دارند و دلالت‌های التزامی نیز از ظواهر هستند و حجیت دارند. تأکید بر حقوق اولاد و اهتمام به آن‌ها از فرموده نبوی به نقل از زیدبن علی (در حدیث ۷ از باب ۱۶) به دست می‌آید که: همانند عقوق والدین عقوق فرزندان نیز وجود دارد (حرعاملی، ۱۴۰۹هـ ج ۲، ص ۴۸۰).

در نتیجه حضانت از طفل در روایات ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است و آنچه برای والدین حق و اختیار است، برای کودک ضرورت و الزام است. الزامی که عقل بدیهی و قطعی نیز به آن قضاوت می‌کند و نزد همگان مبرهن است.

از این‌جاست که به ماهیت «ولایت» در حضانت پی می‌بریم. ولایت در هر دو قسم عام (ولایت حاکم) و خاص (ولایت پدر و جد) شامل تکالیف و وظایفی است که شارع بر عهده ولی برای تأمین منافع مولی‌علیه گذاشته است. این تکالیف را اغلب حق نامیده و مثلاً تعبیر به حق‌الابوه و حق‌الولایه می‌کنند؛ اما برخی به دلیل غیرقابل اسقاط و نقل و انتقال بودن آن را حق نمی‌دانند و همان‌طور که گفته شد، این موارد را «منسب» می‌دانند. منسب، حق به معنی وظیفه و مسؤولیت است، نه حق به معنی سلطه (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴هـ ج ۶، ص ۱۴۲). در واقع منسب امتیاز و شایستگی است که شارع آن را در بحث حضانت در استحقاق والدین دانسته است. حال ایشان می‌توانند از این موقعیت استفاده کنند و به دنبال تصدی آن، به انجام وظایف و اموری که به حفظ و رشد کودک می‌انجامد، مشغول شوند. پس حضانت منسب و ولایتی است که دارای اساس «حق» و امتیاز است. در حالی که ولایت در عبارات فقها، حکم دانسته شده است؛ به عنوان مثال، مرحوم نایینی می‌فرماید: «ولایت بر اموال صغیر و مجنون حکم شرعی است که قابل سقوط نیست (غروی نایینی، ۱۴۲۱هـ ص ۴۹۳) و یا علامه حلی قوامیت را ولایت دانسته است که ضرورتاً زوج موظف به تکالیف خود می‌شود (حلی، ۱۴۱۵هـ ص ۲۱۷). مرحوم خویی نیز حضانت و ابوت و ولایت را غیرقابل اسقاط و حکم می‌داند، هر چند اساساً فرقی بین حق و حکم قائل نیست (موسوی خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۶). قاعدتاً با ملاحظه ماهیت تکلیفی ولایت نمی‌توان آن را حق به معنی سلطه دانست. اگر حکم را الزام یا ترخیص درباره «شیء» بدانیم و منسب را ولایتی الهی بدانیم که خداوند به «شخص یا جامعه» واگذار نموده است،

در نتیجه باید ولایت با تمام افرادش را (حکومت، قضاوت، ابوت) منسب بدانیم و در یک جمع‌بندی کلی بگوییم: حق نوعی سلطه بر فعل است، در مقابلش ملک سلطه بر مال یا منفعت است و حکم هم الزام یا ترخیص درباره شیء است و منسب ولایتی است که خداوند به شخص خاص یا جامعه واگذار کرده است.

در بررسی حضانت والدین ثابت کردیم، حضانت حق است و در بررسی حضانت شدن کودک به تکلیفی و ضروری بودن آن رسیدیم. برای حل این تهافت، لازم است به نکته‌ای بدیع اشاره شود و آن این‌که: حضانت کودک خود امری ضروری و الزامی شرعی است که الزامش را از عمومات لاضرر و دلالت التزامی ادله لفظی به دست می‌آورد و این‌جاست که جنس تعریف حضانت را باید «ولایت» بدانیم. اما این‌که چه کسی باید عهده‌دار این تکلیف ضروری شود، در خطاب شارع نیامده است و والدین فقط استحقاق عهده‌داری معرفی شده‌اند. حال اگر هر یک از صاحبان حق، قبول حق کرد و حق را از خود اسقاط نمود، مسؤولیت و منسب ولایت حضانت طفل را به عهده گرفته است و مصداق «من به الکفایه» خواهد شد؛ در واقع حضانت واجب کفایی می‌شود که ادله حضانت، مخاطبان این واجب کفایی را تعیین می‌کند. به اقتضای این واجب کفایی است که اگر والدین امتناع کنند، حاکم یا عدول مؤمنان موظف می‌شوند. اگر هم هر یک از والدین این حق را قبول کردند، به منزله ولایتی است که بر کودک خود یافته‌اند و به مقتضای این ولایت و منسب باید به وظایف خود عمل نمایند. مرحوم سید خوانساری به همین معنا اشاره کرده، می‌فرماید: حضانت فی‌الجمله ولایت والدین است و نفس ولایت آن‌ها نیست (خوانساری، ۱۴۰۵ هـ ج ۴، ص ۴۷۳). ایشان اضافه می‌کند: وقتی مادر از حضانت طفل امتناع کند، ولایت برای پدر ثابت می‌شود و وقتی پدر هم امتناع کند، برای غیر آن دو ثابت می‌شود (همان‌جا).

نتیجه آن‌که حضانت در ذات خود ولایت و منسب و وظیفه‌ای شرعی است که قبول آن در استحقاق والدین است. در صورتی که هر یک از والدین از حق حضانت خود استفاده کنند، در واقع وظایفی را قبول نموده است. این وظایف یعنی تأمین خوراک و پوشاک و مسکن و مطلق حفظ و نگهداری، ضرورت حتمی زندگی و سلامت کودک است، ولی ولایت و وظیفه خصوصی هر یک از والدین نیست (مرحوم سید فرمودند نفس ولایت آن‌ها نیست)، بلکه وظیفه‌ای است که می‌تواند به والدین برسد هر چند به حاکم نیز می‌رسد (مرحوم سید فرمودند فی‌الجمله ولایت آن‌ها است).

حضانت حق والدین است؛ یعنی سلطه بر انجام امور مربوط به حفظ کودک است و منسب و ولایتی بر کودک است که نیازهای ضروری او را برطرف می‌کند. پس نه مانند چیزی است که در

قانون آمده که حضانت را حق و تکلیف می‌داند (ماده ۱۱۶۸ ق.م.) و نه مانند چیزی است که در تحلیل معاصران آمده و آن را تکلیف و حکم می‌دانند (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹هـ ج ۱، ص ۳۱۶)؛ بلکه مطابق آنچه در تفصیل فوق گفته شد، باید حضانت را حق و منسب بدانیم. منسب، وظیفه و ولایتی است که والدین استحقاق قبول آن را دارند، ضمن آن‌که این منسب مربوط به اموری می‌شود که انجام آن‌ها برای کودک ضرورت اجتناب‌ناپذیر دارد. توجه به نیاز کودک برای حفظ و صیانت با توجه به مکلف نبودن والدین در برابر آن، حضانت را در وهله اجرا دچار مشکل می‌کند و حل آن در مصادیق خارجی نیازمند مداخله و رسیدگی حاکم است. مرحوم فاضل در فتوایی فرموده است: «صرف حق حضانت قابل الزام و اجبار نیست و حق را فقط می‌توان به کسی که اراده آن را دارد، اعطا کرد. اما از دیدگاه حق طفل در رعایت و حفظ و تربیت، به عهده پدر است. اگر مستحق، حضانت را نپذیرد، حاکم می‌تواند پدر را برای قبول حضانت «رعایه لحق الولد» اجبار نماید» (موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵هـ ص ۳۹۷). البته همان‌طور که قبلاً اشاره شد و رأی بعضی فقها نیز مطابق آن است، اجبار پدر در این‌جا موضوعیت ندارد و به ملاک تأمین مصلحت طفل، هر کسی می‌تواند به دستور حاکم موظف به حضانت شود (سبزواری، ۱۴۱۳هـ ج ۲۵، ص ۲۸۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸هـ ج ۱۲، ص ۱۶۲). قبول معنای حق و منسب برای حضانت اثر مستقیمی بر ماده ۱۱۶۸ ق.م. (نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است) می‌گذارد و نگاهداری را حق و منسب والدین می‌داند و موجب تقویت ملاک در ماده ۱۱۷۲ ق.م. (هیچ یک از ابویین حق ندارد، در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌هاست از نگاهداری او امتناع کنند) می‌گردد.

### آثار حقوقی «حق» یا «تکلیف» یا «حق و منسب» بودن حضانت

با توجه به اختلاف حق و تکلیف در ماهیت خود، رأی به هر یک برای حضانت، آثار حقوقی متفاوتی را به همراه می‌آورد که به اهم آن‌ها اشاره می‌گردد:

#### ۱- قابلیت قراردادی کردن حضانت

اگر حضانت را حق بدانیم، انتقال آن به دیگری یا اسقاط یا آن را موضوع یک عقد مالی قرار دادن صحیح خواهد بود و اگر تکلیف بدانیم، این تصرفات صحیح نخواهد بود. مثلاً پدر یا مادر نمی‌تواند از حضانت کودک صرف نظر کند یا آن را به دیگری واگذار کند. همچنان که ممکن است مادری پس از رسیدن طفل به سن خروج از اولویت حضانت (که این سن در ماده ۱۱۶۹ ق.م. ۲

سال برای پسر و ۷ سال برای دختر دانسته شده و در اصلاحیه مصوب سال ۱۳۸۲ مجمع تشخیص مصلحت برای دختر و پسر هر دو ۷ سال تعیین شده است) به قصد تداوم حضانت خویش، اقدام به بذل مهریه یا نفقه معوقه نماید و پدر در جریان یک قرارداد خصوصی در قبال آن، حق حضانت خویش را به مادر تفویض نماید. جواز این مصالحه موکول به حق بودن حضانت است. یا این که اگر والدین، فرزند خود را به بیگانه‌ای بسپارند و در قراردادی شرط کنند که اگر تقاضای ملاقات با طفل را کنند یا بخواهند در تربیت او دخالتی کنند، باید مبلغی را به عنوان وجه التزام بپردازند، آیا این وجه التزام در صورت تخلف پدر و مادر قابل مطالبه است؟ پاسخ به این قبیل موارد دو ملاحظه جداگانه دارد. اگر حضانت را به تنهایی ملاحظه کنیم و آن را حق بدانیم، هر اسقاط و انتقال و معامله‌ای صحیح خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ هـ ج ۲۱، ص ۲۸۴) و اگر تکلیف بدانیم، صحیح نخواهد بود (موسوی خوئی، بی تا، ج ۲، ص ۴۶). ولی وقتی حضانت را حمایت از کودکان دانسته، آن را موضوع نظم عمومی قرار دهیم، در این ملاحظه نمی‌توان به والدین اجازه تصرفات شخصی در این موقعیت قانونی داد و قبول کرد که با سهل‌انگاری‌ها یا منفعت‌طلبی‌ها، نظام کلی حمایت از کودکان به خطر بیفتد و به دنبال آن نظم عمومی مختل شود. با توجه به آنچه گفته شد، حضانت، حق و منسب است؛ یعنی قبول این حق برای هر داوطلبی جایز نیست و در نتیجه هر انتقال یا اسقاط یا عقد جدیدی مشروط به استحقاق و وجود زمینه مناسب است که باید توسط مرجع ذیصلاح احراز گردد. از این جا معلوم می‌شود که حضانت دائرمدار تأمین مصلحت طفل است که این مصلحت به طور طبیعی و فطری توسط والدین او تأمین می‌گردد و شارع نیز به همین دلیل ایشان را شایسته عهده‌داری این حق می‌داند و معرفی می‌کند. حال اگر این مصلحت در قراردادی که والدین منعقد می‌کنند، تأمین می‌شود، این منسب به طرف جدید منتقل می‌شود و با وجود مصلحت، محذور نظم عمومی هم مرتفع می‌شود.

## ۲- هزینه‌های حضانت

مسائل مالی که در جریان حضانت کودک پیش می‌آید، از دو جهت است: «اجرت مادر برای حضانت از کودک» و «هزینه‌های نگهداری از کودک». از طرفی در بحث اجرت مادر اختلاف نظر هست و برخی فقها قائلند به این که مادر حق دریافت اجرت را ندارد. به این دلیل که مادر خود حضانت را اختیار کرده و از طرف پدر موظف نشده است تا لازم شود پدر اجرت بدهد و اصلاً حضانت را برای پدر انجام نداده که از او اجرت مطالبه

کند. ضمن آنکه نه تنها روایتی برای الزام به اجرت نداریم، بلکه عادت و سیره نیز بر پرداخت اجرت در حضانت جاری نیست (جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ ج ۱، ص ۴۲۱؛ مغنیه، ۱۴۲۱هـ ج ۵، ص ۳۰۴).

در مقابل، بعضی دیگر از فقها مانند صاحب جواهر معتقدند که اگر حضانت از افراد ولایت و تکلیف بود، اجرت در برابر واجبات محسوب می‌شد و جایز نبود؛ ولی با توجه به «حق بودن» حضانت، اجرت مانع شرعی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴هـ ج ۳۱، ص ۲۸۳؛ حکیم، ۱۴۱۰هـ ج ۲، ص ۳۰۳). بعضی هم با استناد به عموم ادله حرمت عمل حتی در تکلیفی بودن حضانت نیز اجرت را جایز دانسته‌اند و می‌گویند مگر آنکه مانع عقلی یا شرعی برای خصوص اجرت در حضانت موجود باشد و یا روایت جداگانه‌ای برای منع اجرت در این‌جا داشته باشیم، در حالی که هر دو مورد هم منتفی‌اند (گلبایگانی، ۱۴۱۳هـ ج ۱، ص ۱۰۱؛ یزدی، ۱۴۲۱هـ ج ۱، ص ۲۴؛ انصاری شیرازی، ۱۴۲۹هـ ج ۱، ص ۳۷۴). در نتیجه اگر حضانت حق باشد، مسلماً اجرت جایز است و اگر تکلیف باشد، به دلیل احترام عمل مسلمان و فقدان منع شرعی برای پرداخت حق العمل، باز اجرت جایز است.

پس از ملاحظه این آرا به نظر می‌رسد نزاع بر سر اجرت در حضانت به حق یا تکلیف بودن آن بازگشت ندارد؛ زیرا از نظر موافقان، اگر حضانت را حق بدانیم مانند رضاع، به آن اجرت تعلق می‌گیرد و اگر تکلیف بدانیم به دلیل «حرمت عمل» به آن اجرت تعلق می‌گیرد. از نظر مخالفان هم، اگر حضانت را حق بدانیم، مادر اجیر کسی محسوب نمی‌شود تا مطالبه اجرت کند و اگر تکلیف بدانیم، به دلیل «حرمت اخذ اجرت در برابر واجبات» اجرت مشروعیت نمی‌یابد.

اما در واقع هر یک از دو گروه، برای تقویت رأی خود به ادله موضوعات دیگر (مانند حرمت عمل و یا اجرت در برابر واجبات) استناد جسته و باعث تفصیل کلام شده‌اند. در حالی که اگر موضوع اجرت در حضانت را به تنهایی ملاحظه کنیم و حکم آن را از ادله موضوعات دیگر دنبال نکنیم، پاسخ از طریق حق یا حکم دانستن آن به دست خواهد آمد. حال همان‌طور که گفته شد، اگر مادر بر عهده گرفتن این منسب ضروری را اراده کند (حق و منسب بودن حضانت)، می‌تواند در ازای آن عوض و اجرت دریافت کند، همان‌طور که در رضاع با قبول رضاع و انجام آن می‌تواند اجرت دریافت کند. ولی اگر مادر صرفاً موظف به نگهداری از کودک باشد و حضانت چیزی جز تکلیف شرعی نباشد، نمی‌تواند مطالبه اجرت نماید، همان‌طور که مکلف در سایر تکالیف شرعی از طرف ذی‌نفع اجرتی نمی‌گیرد (مثلاً آیا مکلف به نجات غریق پس از نجات از نجات یافته اجرت می‌گیرد؟). در این‌جا فرقی بین توصلی و تعبدی بودن تکلیف نیست.



معلوم می‌شود نزاع بر سر استحقاق اجرت در حضانت ناشی از نزاع بر سر حق یا تکلیف بودن است. در این تحقیق، مطابق نتایج حاصل می‌توان رأی به مشروعیت اجرت داد؛ زیرا حضانت منسبی دانسته شد که در استحقاق والدین است نه تکلیفی که به عهده ایشان است. سوی دیگر مسائل مالی حضانت، هزینه‌های نگهداری از کودک است. وقتی مادر به نگهداری از کودک مشغول است، به جز کارهایی که برای مراقبت از او انجام می‌دهد، مخارجی مانند پوشاک، مسکن، درمان و غیره پیش می‌آید. آیا پرداخت آن‌ها به دلیل آن که مادر حضانت را پذیرفته با مادر است؟ یا وقتی تحت شرایطی حضانت به جد پدری واگذار می‌شود، آیا می‌تواند هزینه‌های مورد نیاز را از اموال کودک برداشت کند؟

آنچه مسلم است، این است که حضانت از جهت مالی امری جدا از نهاد «نفقة اقارب» نیست. در بحث از نفقه اقارب بر اساس اجماع و ظهور ادله، نفقه فرزند به عهده پدر است. در صورت فوت پدر، نفقه بر عهده جد پدری است و در صورت فوت جد پدری، مادر موظف می‌شود. البته همه این موارد در صورتی است که فرزند خود مالی نداشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴هـ ج ۳، ص ۳۶۶ و ۳۸۵). پس در پاسخ به سؤال اول باید گفت، پدر موظف است هزینه‌های مذکور را بپردازد و در سؤال دوم چون جد پدری، ولی قهری و به منزله پدر است، نمی‌تواند هزینه حضانت را از دیگری مطالبه کند. حال اگر مادر در جریان حضانت از کودک، پرداخت هزینه‌هایی را به مصلحت کودک دانسته و پرداخت کند، اما پدر آن موارد را غیرضروری بداند و از بازپرداخت آن به مادر امتناع کند، چه باید کرد؟ مبنای طرح این اشکال، میزان در پرداخت نفقه است؛ زیرا به تصریح بسیاری از فقها، ملاک در مقدار نفقه «رفع نیازهای ضروری» کودک است (بحرانی، ۱۴۰۵هـ ج ۲۵، ص ۱۳۶؛ اصفهانی، ۱۴۱۶هـ ج ۷، ص ۵۹۹) و عرف و عادت را در این جهت، ضابطه تعیین ضروری برای خوراک و پوشاک و مسکن می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴هـ ج ۳۱، ص ۳۷۶؛ حلی، ۱۴۱۰هـ ج ۲، ص ۶۵۵؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ ج ۱، ص ۴۷۱). حال اگر پرداخت‌های مادر مطابق عرف و عادت نباشد، پدر مسئولیتی برای جبران آن‌ها به عنوان نفقه نخواهد داشت، ولی از سوی دیگر مادر نیز در پرداخت این هزینه متبرع نیست و با وجود پدر معسر، وظیفه نفقه کودک را ندارد.

برای پاسخ به این اشکال، راهی به جز تعیین حق یا تکلیف بودن حضانت وجود ندارد؛ زیرا اگر مادر مکلف به حضانت کودک باشد، در غیر مقدار نفقه واجب، عمل به مقتضای تکلیف نموده است و پرداخت آنچه را که به مصلحت طفل دانسته، باید از وظایف مادر دانست. اما اگر حضانت را اختیاری برگزیده و در واقع حق حضانت را به عهده گرفته است، در غیر اصل حضانت (نگهداری مادی و فیزیکی) مسئولیتی ندارد و نباید هزینه‌های مالی بر وی تحمیل شود. بنا بر

رأی این تحقیق نیز حضانت منسب دانسته شد که مادر بنا بر استحقاق خود آن را پذیرفته است و لازم نیست بیش از آنچه را که به اقتضای موضوع (حضانت) است، عهده‌دار شود. اما این‌که چه کسی باید این هزینه‌ها را جبران کند، از ظهور حدیث ۷ از باب ۸۱ احکام اولاد فهمیده می‌شود پدر مسؤولیت دارد؛ زیرا در خبر ایوب بن نوح آمده است، امام ۷ فرمود: چه پدر حضانت کودک را بپذیرد و چه نپذیرد، کودک متعلق به او است (حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۱، ص ۴۷۲). در واقع کودک متعلق به پدر است و ولایت امور مالی و غیرمالی کودک با اوست. در نتیجه هزینه‌های کودک، به عهده پدر است.

### ۳- مدت حضانت

مطابق بیان روایات و آرا فقها، حضانت کودک با بلوغ وی پایان می‌یابد (نجفی، ۱۴۰۴ هـ ج ۳۱، ص ۳۰۱؛ حلی، ۱۴۱۰ هـ ج ۲، ص ۶۵۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۱۳)؛ هر چند برخی معتقدند ترک حضانت دختر تا قبل از دواج دختر مکروه است (طوسی، ۱۳۸۷ هـ ج ۶، ص ۳۹). مهم‌ترین دلیل برای این حکم، استناد به ظاهر روایاتی است که بلوغ را پایان ولایت‌پذیری فرزندان می‌داند. به عنوان مثال، پیامبر ۶ در وصیت به حضرت علی ۷ فرمود: یا علی بعد از احتلام «یتم» وجود ندارد (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۱، ص ۴۵). «یتم» به معنی صغیر بودن و نیازمند به سرپرست است (فراهیدی، ۱۴۱۰ هـ ج ۱، ص ۱۴۰). بنابراین بعد از بلوغ، والدین مسؤولیت حضانت کودک را ندارند و یا فرزندان موظف به همراهی والدین نیستند. درک دیدگاه شرع در این زمینه به واسطه فهم سایر ارشادهای شارع ممکن خواهد بود؛ زیرا فرزندان پسر در ۷ سال دوم زندگی، هم به عبادت تمرین کرده‌اند و هم با حرفه‌ها و مهارت‌های ضروری آشنا شده‌اند و در سن بلوغ ورزیدگی دینی و شغلی یافته‌اند. فرزندان دختر نیز در سن بلوغ ازدواج می‌کنند و خود خانواده جدیدی تشکیل می‌دهند. به طوری که اگر هم تا آن زمان ازدواج نکرده باشند، در نظر برخی مانند شیخ طوسی بهتر است حضانتشان ادامه یابد. اما در شرایط کنونی که کودکان در سن بلوغ همچنان به مراقبت مالی و دینی والدین نیازمندند، سلب مسؤولیت از والدین و اختیار دادن به فرزندان، آثار نامطلوبی خواهد داشت. از طرفی هم، خطاب شرعی حضانت برای قبل از بلوغ است و نمی‌توان افزایش مدت حضانت را مشروعیت داد. حل این اشکال در گرو حق یا تکلیف دانستن حضانت است؛ زیرا اگر حضانت تکلیف شرعی باشد، نمی‌توان فراتر از حدود موضوع آن یعنی «صغیر» را مجرای حکم دانست، ولی اگر حضانت حق باشد، اختیار و اراده والدین مورد خطاب شرعی است. یعنی شارع والدین را شایسته مراقبت از فرزند خود دانسته و آن‌ها را احق از دیگران برای امور طفل معرفی نموده

است. حال اگر والدین اراده موافق داشته باشند، حضانت را اختیار می‌کنند تا وقتی که کودک بالغ شود. در این جا می‌توان گفت به همان ملاک نفی ضرر از کودک، والدین می‌توانند امور فرزند بالغ خود را همچنان در دست داشته باشند و تمام مقتضیات حضانت ادامه بیابد، مگر آن‌که والدین خود از حضانت امتناع کنند که این معنا از همان سنین آغازین حیات کودک نیز ممکن است رخ دهد. بنا بر مبنای پژوهش حاضر، حضانت حقی است که مشروط به صلاحیت و امکانات متعدد است (حق و منسب است). اگر والدین نیاز فرزند را برای هر نوع رسیدگی احراز کنند و در خود امکان پاسخ‌گویی به این نیاز را ببینند، مسلماً حضانت بدون قید زمانی ادامه می‌یابد و در نتیجه بلوغ فرزند قید حضانت نخواهد بود.

## یافته‌های پژوهش

با توجه به مطالب مطرح شده در مقاله نتایج زیر به دست می‌آید:

- ۱- ضرورت اجتناب‌ناپذیر مراقبت از کودک توسط والدین از سویی و جواز امتناع والدین از به عهده گرفتن امور فرزند از سوی دیگر، به حضانت ماهیت هم حق و هم تکلیف می‌دهد و از این جهت حضانت حق به معنی منسب خواهد بود .
- ۲- منسب امتیاز و شایستگی در صاحب منسب است و چون در بحث حضانت فقط والدین صلاحیت نگهداری از کودک را دارند، شارع حق حضانت را به ایشان می‌سپرد. حال اگر والدین از قبول آن امتناع کنند، حاکم پدر را اجبار می‌کند؛ زیرا حضانت در استحقاق و شایستگی ولی طفل است. اگر باز هم پدر نپذیرد، از باب حسب حاکم امور کودک را به عهده می‌گیرد.
- ۳- کلیه عقود جایز شرعی نسبت به حق حضانت با صلاحدید صاحب منسب در حضانت (والدین) جایز است. مگر آن‌که این انتقالات خلاف مصلحت کودک باشد. چرا که تشخیص صلاحیت حضانت در والدین هم به ملاک تامین مصلحت کودک بوده است .
- ۴- استحقاق مادر برای دریافت اجرت حضانت با مانع تکلیف دانستن حضانت روبرو بوده است؛ اما با منسب دانستن حضانت، حق و اختیار داشتن نیز در آن راه می‌یابد. در نتیجه مادر موظف نبوده و از موقعیت و منسب مادری استفاده کرده است و خدمات وی مستحق اجرت است.
- ۵- در صورت جدایی والدین و عهده‌داری مادر، هزینه‌های حضانت که از قبیل نفقه نیستند، به عهده پدر است؛ زیرا مادر ولایت ندارد و مکلف به حضانت نمی‌باشد و صرفاً به دلیل صلاحیت‌هایش دارای منسب حضانت شده است .
- ۶- افزایش مدت حضانت نیز نظر به اصل آن‌که از استحقاق‌ها و شایستگی‌های والدین است، در استحقاق و صلاحدید خود آن‌هاست. در نتیجه می‌توانند مسؤولیت‌های مالی و غیرمالی استمرار حضانت را همچنان به عهده داشته باشند. مگر آن‌که دوام حضانت توسط والدین خلاف مصلحت فرزند باشد.

## منابع و مأخذ

- ✓ قرآن کریم
- ✓ ابن فارس، ابوالحسین احمد بن زکریا، معجم مقاییس اللغه، قم، انتشارات دفتر تبلیغات، ۱۴۰۴هـ چاپ اول
- ✓ اصفهانی کمپانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم، انوارالهدی، ۱۴۱۸هـ چاپ اول
- ✓ اصفهانی، فاضل هندی، محمدبن حسن، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶هـ چاپ اول
- ✓ انصاری شیرازی، قدرت الله، موسوعه احکام الاطفال و اولادها، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار 7، ۱۴۲۹هـ چاپ اول
- ✓ بحرانی، محمدسند، سندالعروه الوثقی - کتاب نکاح، قم، مکتبه فدک، ۱۴۲۹هـ چاپ اول
- ✓ بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵هـ چاپ اول
- ✓ تبریزی، جواد بن علی، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶هـ چاپ سوم
- ✓ جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ✓ حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹هـ چاپ اول
- ✓ حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰هـ چاپ دوم
- ✓ حلی، حسن بن یوسف مطهر (علامه)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ✓ حلی، حسین، بحوث فقهیه، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۵هـ چاپ چهارم
- ✓ خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵هـ چاپ دوم

- ✓ راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ قرآن، لبنان - سوریه*، دارالعلم دارالشامیه، ۱۴۱۲هـ چاپ اول
- ✓ سبزواری، سید عبد الاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳هـ چاپ چهارم
- ✓ طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸هـ چاپ اول
- ✓ طباطبایی، سید محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷هـ چاپ پنجم
- ✓ طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرين*، تهران، انتشارات مرتضوی، ۱۴۱۶هـ چاپ سوم
- ✓ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷هـ چاپ سوم
- ✓ غروی نایینی، محمدحسین غروی، *الرسائل الفقهیه*، قم، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا 7، ۱۴۲۱هـ چاپ اول
- ✓ فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، قم، نشر هجرت، ۱۴۱۰هـ چاپ دوم
- ✓ فشارکی، سید محمدبن قاسم طباطبایی، *الرسائل الفشارکیه*، قم، انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ✓ گلپایگانی، سیدمحمدرضا موسوی، *کتاب القضاء*، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ✓ مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، *نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰هـ چاپ اول
- ✓ مغنیه، محمد جواد، *فقه الامام الصادق علیه السلام*، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱هـ چاپ دوم
- ✓ مقدادی حلی، عبدالله سیوری، *نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه*، قم، انتشارات آیت الله مرعشی، ۱۴۰۳هـ چاپ اول
- ✓ مکارم شیرازی، ناصر، *تفسیر نمونه*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴، چاپ اول
- ✓ ——— *کتاب نکاح*، قم، مدرسه امیرالمؤمنین 7، ۱۴۲۴هـ چاپ اول
- ✓ مکی عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، *القواعد و الفوائد*، قم، مفید، بی تا، چاپ اول

- ✓ موحدی لنکرانی، محمد فاضل، *جامع المسائل*، قم، انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۵هـ چاپ اول
- ✓ موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دارالعلم، بی تا، چاپ اول
- ✓ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، بی جا، بی نا، بی تا
- ✓ نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴هـ چاپ هفتم
- ✓ یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، *حاشیه المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱هـ چاپ دوم

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.