

حضانة اطفال از منظر اسلام و قانون مدنی

مجله علمی پژوهش در علوم انسانی و تحقیقات میان رشته ای (سال پنجم)
شماره ۱۸ / زمستان ۱۳۹۸ / ص ۵۰-۲۷

محمدعلی حقیقی^۱، مرتضی جعفرزاده^۲

^۱استاد یار گروه علوم سیاسی، واحد لامرد، دانشگاه آزاد اسلامی، لامرد، ایران

^۲دانشجوی دکترای علوم سیاسی، واحد لامرد، دانشگاه آزاد اسلامی، لامرد، ایران

نویسنده مسئول:

محمدعلی حقیقی

چکیده

این تحقیق به بررسی حضانة از منظر اسلام و قانون مدنی می پردازد. حضانة، نگهداری و تربیت طفل است؛ به گونه ای که صحت جسمانی و تربیت وی با توجه به نیازمندی های حال و آینده او، و وضع و موقعیت والدین طفل تأمین گردد. مسأله حضانة و اولویت هر یک از پدر و مادر برای نگهداری و سرپرستی طفل بیشتر زمانی مطرح می گردد که آنها از هم جدا می شوند و یا مرگ گریبان یکی از والدین را می گیرد؛ که در این صورت باید بررسی گردد که در روایات و قرآن یا فقه و حقوق مدنی، صلاحیت حضانة کودک با چه کسی می باشد که این بررسی یکی از اهمیت نوشتن این تحقیق می باشد.

روشی که در این تحقیق به کار گرفته شده است روشی توصیفی است و شیوه گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه ای می باشد، که به سؤالاتی از قبیل: ۱- مفهوم و ماهیت حضانة چیست؟ ۲- شرایط و موانع حضانة چیست؟ پاسخ می دهیم.

حضانة اختصاص به پرورش جسمی ندارد؛ از این رو در حقوق اسلام شخصی که حضانة طفل به او سپرده می شود باید دارای شرایط خاصی باشد. از همین رو برخی از فقهای امامیه گفته اند: «مادری که عهده دار حضانة است، نمی تواند طفل را از شهر به روستا ببرد، زیرا تعلیم و تربیت کودک در شهر بهتر از روستا تأمین می گردد».

از مجموع روایات و کلمات فقیهان راجع به حضانة این نکته مسلم است که فرزند تا رسیدن به سن بلوغ باید تحت حضانة قرار گیرند و به عهده گرفتن این حضانة برای والدین تکلیف و یک حق است و هرگاه صلاحیت یکی از والدین از بین برود خود به خود، این حق نسبت به فرد دیگر مستقر می شود. از این رو در صورت فوت یکی از ابویین حضانة طفل با آن که زنده است؛ خواهد بود هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد. بنابراین نباید با گرفتن فرزند و خارج کردنش از تحت حضانة او به وی ضرر وارد نمود، بلکه ظاهر نصوص وارده نیز همین است؛ زیرا در آن نصوص به احقیت مادر و در مورد پسر تا زمان از شیر گرفتن و دختر تا ۷ سالگی اشاره شده است و از آن پس، حق تقدم با پدر است. بنابراین اصل حق حضانة برای والدین ثابت و مسلم است و لیکن در هر دوره ای یکی بر دیگری مقدم است و احقیت زمانی معنی دارد که هر دو زنده باشند و در صورتی که یکی بمیرد حق فقط برای صاحب حق وجود دارد و فرض احقیت در این فرض معنی ندارد و ظاهر همین معنی موجب اتفاق نظر فقها، در این مسأله شده است.

بنابر این مهمترین بحث راجع به اولاد، مسأله حضانة است و قانون مدنی نیز، مواد ۱۱۷۹ - ۱۱۶۸ را به مبحث حضانة اطفال اختصاص داده است؛ علاوه بر آن قوانین دیگری نیز راجع به حضانة اطفال به تصویب رسیده است؛ مانند قانون مربوط به حق حضانة - مصوب ۱۳۶۵/۵/۲۲ - و قانون حق حضانة فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها - مصوب ۱۳۶۴/۵/۶. که در این تحقیق به اختصار مهمترین مباحث مربوط به حضانة را مورد بحث و بررسی قرار می دهیم.

کلید واژه ها: حضانة، اطفال، اسلام، فقه، حقوق

مقدمه

هنگامی که اساس خانواده به هم می ریزد و کانون جوشان مهر و محبت به جایگاهی برای گروکشی و انتقام گیری از یکدیگر تبدیل می گردد، یا زمانی که مرگ گریبان یکی از والدین را می گیرد، مهم ترین چالش پیش روی خانواده سرنوشت کودکان می باشد؛ کودکان را به چه کسی باید سپرد؟ شرایط سرپرست چیست؟ شکی نیست که قانون مدنی ایران به ویژه در بخش احوال شخصیه، از فقه امامیه الهام گرفته است و تردیدی وجود ندارد که علوم اهل بیت علیهم السلام با تلاش های پی گیر و مجدانه فقهای شیعه، همچون چراغی پر فروغ در میان نظام های حقوقی جهان نور افشانی می کند. از این رو در اثر روند زمان و پیدایش فن آوری و موضوعات جدید که سست شدن بنیان خانواده ها و سرانجام جدایی بین زن و مرد را به دنبال داشته است، مسائل سرپرستی کودکان اهمیت ویژه ای پیدا می کند.

۱- مفهوم حضانت و ماهیت آن

۱-۱- مفهوم شناسی

۱-۱-۱- مفهوم لغوی و اصطلاحی حضانت

واژه «حضانت» از ماده حَضَنَ یَحْضُنُ است. «حَضَنَ» در زبان عربی عبارت است از «حد فاصل زیر بغل تا تهیگاه» و به عبارت دیگر «سینه و دو بازو و آنچه ما بین سینه و بازوست». این معنا را می توان در واژه «آغوش» خلاصه کرد. (دهخدا، ۱۳۷۳، ش ۳۵۶) بر این اساس، «حضانت» که از نظر ساختاری می تواند مصدر یا اسم مصدر باشد، عبارت است از «زیر بال گرفتن مرغ، تخم و جوجه را». اگر بخواهیم این معنا را در مورد انسان نیز به کار ببریم، در این صورت می توان «حضانت» را چنین معنا کرد: «در کنار گرفتن کودک»، «پرورش دادن کودک»، «در بغل گرفتن کودک». (معرفت، سال ۷۴، ص ۱۲)

حضانت اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به والدین آنان عطا کرده بطوری که در این اقتدار حق و تکلیف به هم می آمیزد.

حقوق پدر و مادر وسیله اجرای تکالیف آنان است و می توان آن را به دو عنصر نگهداری و تربیت طفل تجزیه کرد. در عمل این دو عنصر بدشواری قابل تفکیک است؛ زیرا شیوه نگهداری کودکان در پرورش استعداد های آنان موثر است و زمینه آموزش را نیز فراهم می سازد. باوجود این آنچه بطور مستقیم ناظر به پذیرفتن کودکان و پرستاری و تامین نیازهای مادی و معنوی آنهاست، مانند تهیه غذا، مسکن، لباس و پرستاری در زمره کارهای مربوط به نگهداری آنهاست ولی هویتشان درشناسایی محیط و آموختن تجربه زندگی و عادات و رسوم آن و تامین وسیله تحصیل و مانند اینها در شمار تکالیف مربوط به تربیت کودکان است.

توصیف «حضانت» با عبارت های بالا، گرچه معنایی را که از آن مورد نظر است به خوبی در ذهن شنونده ایجاد می کند، ولی شاید بتوان با ملاحظه کاربردهای روزمره این واژه، آن را به «دایگی کردن» و «پرستاری» معنا کرد. بنابراین:

۱- محور اصلی در معنای لغوی حضانت، حفظ و حراست است؛ پس نمی توان نتیجه حضانت را محافظت از کسی دانست که مستقل در کارهایش نیست، چرا که در این صورت نتیجه حضانت در معنای آن اخذ شده است.

۲- در مفهوم حضانت، تربیت دخالتی ندارد، گرچه ممکن است لازمه یا نتیجه حضانت از یک فرد، تربیت او نیز باشد، به همین جهت، تعریف «حضانت» به «تربیت» درست نیست، حتی اگر مستند چنین ادعایی سخن برخی از اهل لغت باشد.

۳- حضانت به معنای لغوی خود، مفهومی است عام که شامل کودک و غیر کودک می شود، گرچه بارزترین نمونه آن صیانت و حفاظت از کودکان است؛ پس تعریف آن به «کفالت و سرپرستی کودک» از آن جهت که جامع نیست، درست به نظر نمی رسد. (توکلی، ص ۱۵۷-۱۵۸)

«به طور کلی حضانت در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است.»

اما از بررسی آنچه در متون فقهی آمده است، به دو نظریه می توان رسید:

نظریه اول، نداشتن حقیقت شرعی: گروهی از فقها معتقدند برای واژه «حضانة» حقیقت شرعی وجود نداشته، در متون فقهی نیز به همان معنای لغوی خود به کار رفته است.

پیروان این نظریه، به دو شکل این مطلب را بیان کرده اند:

مطابقت با معنای لغوی: بر این اساس، حضانة در معنای فقهی خود به همان مفهوم لغوی آن به کار می رود.

به عنوان مثال، در پاره ای از کتب فقهی، حضانة به انجام این گونه اعمال و خدمات معنا شده است: «محافظة از کودک»، «شستشو و نظافت بدن و لباس های کودک» و «خواباندن کودک».

البته واضح است که ذکر این موارد در تعریف حضانة، نه به این معناست که تحقق آن، تنها به انجام این کارهاست؛ بلکه این امور تنها بیان نمونه ای از وظایفی است که در تحقق حضانة معتبر است.

به همین جهت، برخی از فقها، پس از برشمردن این موارد، عباراتی نظیر «و أشباه ذلک» یا «الی آخر سائر ما یحتاج الیه» را نیز اضافه کرده اند.

تعمیم در معنای لغوی: برخی از فقها با تعمیم دادن معنای لغوی، معتقدند که حفاظت، حراست و تأمین نیازهای مادی - جسمانی کودک، تنها بخشی از حضانة او به حساب می آیند؛ چرا که علاوه بر این موارد، کودک نیازمند به تربیت نیز هست؛ پس تربیت کودک نیز جزئی از معنای آن به حساب می آید.

این نظریه را می توان در این عبارت خلاصه کرد: «نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است». نظریه دوم، داشتن حقیقت شرعی: بر خلاف آنچه گذشت، گروهی نیز با فاصله گرفتن از معنای لغوی، بر این عقیده اند که حضانة در اصطلاح فقهی، به معنای «ولایت و سلطنت» است. اما در توضیح اینکه این ولایت و سلطنت بر چه چیزی است، نظرات متفاوت، ولی نزدیک به هم داده شده است، چون: «ولایت و سلطنت بر تربیت کودک»، «ولایت تربیت، حفظ و رعایت»، «ولایت بر تربیت کودک و شستشوی لباس هایش».

وجه مشترک این سه تعریف در این است که حضانة را «ولایت بر تربیت» معرفی می کنند، ولی از برخی کلمات چنین بر می آید که «حضانة» ولایت بر تربیت نیست، بلکه حضانة ولایتی است که یکی از نتایج و فواید اعمال آن، تربیت است.

بنابراین، بر اثر حضانة، شخص بر کودک، ولایتی پیدا می کند که به واسطه آن، عهده دار تربیت و انجام آنچه مصلحت او به آن است می شود، که این مصالح عبارتند از نظافت و محافظت بدن، شستشوی لباس، خواباندن و مانند آن. (بهشتی. ص ۳۳۸)

به هر حال، اگر «حضانة» را نوعی ولایت بدانیم، کامل ترین تعریف در توصیف آن، این است که بگوییم حضانة «ولایت بر کودک به منظور تربیت و اداره زندگی او» است. (جعفری لنگرودی. پیشین ص ۱۷۳)

اما سؤال اساسی این است که منظور از «ولایت» چیست؟

از بررسی آنچه لغت دانان عرب در تعریف این واژه گفته اند چنین به دست می آید که ماده «ولی» به معنای «نزدیکی» است. قرابت و نزدیکی دو شیء یا دو کس، نمی تواند خالی از هر گونه تأثیر و تصرف در هم باشد، همچنان که بر عهده گرفتن زمام کار کسی جز با نزدیکی به او میسر نخواهد بود.

بنابراین، «ولی» به کسی اطلاق می شود که زمام کار کسی را بر عهده گرفته است. ولی یتیم کسی است که متولی انجام کارهای اوست و ولی دختر کسی است که اختیار ازدواج او در دستش قرار دارد. از اسامی خداوند نیز «ولی» است، چرا که او مالک همه اشیا بوده، زمام کارهای جهان و مردم به دست اوست. حاصل آنکه، «ولایت» را می توان به «سرپرستی یک کار» معنا کرد که حکایت از تدبیر، قدرت و انجام کار داشته، در مفهوم آن، تصرف کردن معتبر است.

مؤلف کتاب ولایت فقیه ضمن در برابر هم گذاشتن دو واژه «ولایت» و «عداوت»، در تعریف آن می نویسد: «ولایت عبارت است از تصدی امور دیگری در برابر عداوت که تجاوز بر دیگران است، بنابراین، تصرفی که به مصلحت دیگران باشد، ولایت است و تصرفی که به ضرر دیگری باشد، عداوت است.»

اینکه در ولایت می باید مصلحت مولی علیه مراعات شود، تردیدی نیست؛ اما اعتبار مراعات این مصلحت در معنای واژه «ولایت»، ادعایی است که دلیلی بر آن وجود ندارد.

دیدگاه ما: به نظر ما، حضانت در متون فقهی به معنایی جز همان معنای لغوی خود به کار نرفته است، یعنی «زیر پر و بال گرفتن»، «نگهداری»، گرچه قانون گذار می تواند برای برخی از موارد آن، احکامی خاص وضع کند.

حضانت به معنای لغوی و عرفی و مستفاد از ادله، ولایت پدر و مادر است بر حضانت کودک فی الجمله و حضانت خود، ولایت نیست بلکه ولایت ثابت بر حضانت است. پس با عدم قیام مادر، ولایت او ساقط نمی شود، بلکه برای پدر ثابت می شود و با عدم قیام پدر، ثابت می شود برای غیر آنها، نظیر ولایت بر صغیر. حال اگر فرض کنیم تعریف حضانت به «ولایت» درست باشد، باید توجه داشت که ولایت در همه موارد به یک معنا به کار نمی رود، چرا که در پاره ای از موارد این ولایت امری طبیعی - تکوینی بوده که نیازمند به جعل نیست، در مقابل مواردی هم وجود دارد که این ولایت می باید مستند به جعل قانونگذار باشد. (مدیرنیا، ۱۳۷۹، ص ۱۵-۱۷)

با توجه به توضیحات گذشته، نادرستی برخی از مطالب در ارتباط میان حضانت و ولایت، روشن می شود.

شهید ثانی مدعی است با رسیدن کودک به سن بلوغ، حضانت پدر و مادر ساقط می شود، زیرا حضانت، ولایت است و کسی بر انسان بالغ رشید، ولایت ندارد؛ ولی باید توجه داشت که سقوط حضانت در هنگام بلوغ، نه از این جهت است که حضانت ولایت است و کسی بر بالغ ولایت ندارد، بلکه به این خاطر است که در فرض بلوغ، موضوع حضانت منتفی است، پس اگر حضانت، ولایت هم نباشد، با رسیدن کودک به سن بلوغ، برای اعمال آن، موضوعی باقی نمی ماند.

ابن فهد حلی، نزاع زن و شوهر را بر سر حضانت کودک، شاهی بر این مطلب می داند که حضانت، ولایت شرعی است؛ سپس از آن چنین نتیجه می گیرد که غیر مسلمان (کافر) نمی تواند حضانت کودکی را که در راه پیدا کرده است، بر عهده بگیرد، چرا که غیر مسلمان بر مسلمان ولایت پیدا نمی کند. (نظری توکلی. پیشین، ص ۱۵۹-۱۶۱)

به نظر ما، نزاع پدر و مادر در به عهده گرفتن سرپرستی کودک هنگامی متصور است که یا آنها با طلاق از یکدیگر جدا شده باشند و یا محل سکونت مشترک نداشته باشند؛ زیرا در هر یک از این دو صورت، نزاع از آن جهت رخ می دهد که کودک یا باید نزد مادر خود زندگی کند یا نزد پدرش؛ چه حضانت را ولایت بدانیم یا ندانیم. افزون بر اینکه مقایسه حضانت یابنده کودک (ملتقط) با حضانت پدر و مادر نیز نادرست است، زیرا حضانت ملتقط امری است مجعول، ولی حضانت پدر و مادر امری است طبیعی - تکوینی که نیازمند به هیچ جعل شرعی نیست.

۲-۱-۱- مفهوم فقهی حضانت

از تعریف فقهاء در مورد حضانت می توان گفت که مفهوم فقهی آن از معنای لغوی دور نشده است. شهید ثانی در تعریف حضانت می گوید:

حضانت به فتح حا، سرپرستی بر طفل و دیوانه و انجام آنچه که به مصلحت وی است از قبیل نگهداری و گذاردن در رختخواب و برداشتن و شستن لباس او و مانند آن می باشد. (زین الدین بن علی العاملی (شهید ثانی. ۱۴۱۶ ق، ج ۸، ص ۴۲۱)

دکتر وهبه الزحیلی در تعریف حضانت می نویسد: حضانت، شرعاً تربیت فرزند به دست کسی است که حق حضانت از آن اوست. و یا به تربیت و نگهداری کسی مانند کودک خردسال و بزرگسال دیوانه ای که به خاطر درک ضعیف، به تنهایی نمی تواند امورش را اداره کند - حضانت گفته می شود - به این صورت که شئون آنها را رعایت کرده و تدبیر طعام و لباس و خواب و نظافت و شستشوی آنان و لباسشان و مانند آن را در سن معین عهده دار شود. (وهبه الزحیلی. ۱۴۱۸ ق، ج ۱۰، ص ۷۲۹۵)

۳-۱-۱- مفهوم حقوقی حضانت

قانون تعریفی از «حضانت» ارائه نداده است، حتی قانون مدنی که بیشترین مباحث حضانت را مطرح کرده است نیز از کنار آن گذاشته است. به عقیده برخی از حقوق دانان حضانت عبارت است از:

«اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است.» (کاتوزیان، ج ۲، ص ۱۳۹)

علاوه بر این که، تکلیفی بودن عمل آثار و نتایجی از قبیل عدم جواز امتناع، جواز اجبار بر عمل، عدم جواز انتقال و واگذاری را در پی دارد که فقها به این نتایج ملتزم نشده اند. (توکل، پیشین، ص ۱۶۲)

نیز کمیسیون استفتانات شورای عالی قضایی در پاسخ به سؤالی، به عدم امکان الزام مادر به حضانت رأی داده است که متن پاسخ به شرح ذیل است:

«چنانچه زوجه، حاضر به قبول حضانت به طور مجانی یا دو برابر اجرت المثل یا کمتر از آن باشد در این صورت مادر احق و اولی به حضانت است از هر کس دیگر حتی از جد پدری، گرچه ازدواج هم کرده باشد و اجرت حضانت و نفقه و کسوت طفل از مال پدر پرداخت خواهد شد و هرگاه در فرض فوق، زوجه نیز غیر مأمون باشد یا از قبول حضانت امتناع کند و یا بیشتر از دیگران اجرت بخواند در این صورت مادر را نمی شود الزام به حضانت نمود.» (روزنامه رسمی، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۴۳)

بر اساس این روایت: «المرأه احق بالولد الی ان يبلغ سبع سنين الا ان تشاء المرأة»^۱ (العالمی، ۱۳۶۷، ج ۱۵، ص ۱۹۲)

زن - مادر - تا هفت سال برای سرپرستی فرزند، - از دیگران - سزاوارترست جز آن که بخواند [به دیگری واگذارد].

تکلیف نبودن حضانت از ناحیه مادر مستند روایی نیز دارد. (میر داداشی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۳-۱۰۵)

اگر حضانت را مطلقاً حق بدانیم، در آن صورت والدین در اعمال آن مختار خواهند بود و تعهدی در قبال اطفال نخواهند داشت، البته برخی، حضانت را حقی نه برای والدین، بلکه برای صغیر قلمداد کرده اند.^۲ (حسن فرج، بیروت، ص ۳۶۸) که در واقع، همان تکلیف برای والدین خواهد بود.

اگر حضانت را مطلقاً حکم قانونگذار یا تکالیف ناشی از این حکم بدانیم، حضانت در زمره احکام یا قوانین امری قرار می گیرد و کسی که سرپرستی طفل بر او مقرر شده نمی تواند از این تکلیف، شانه خالی کند و یا اجرای آن را محدود سازد و یا به دیگری واگذارد.

بسیاری از حقوقدانان با توجه به ماده ۱۶۸ ق.م که می گوید: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است؛ حضانت را دو وجهی دانستند به این معنی که هم چهره ای از حق دارد و هم چهره ای از تکلیف. (امامی، چاپ اول، ص ۱۹۲)

حق است به دلیل اختیاراتی که به سرپرست طفل می دهد و حق تقدیمی را که برای او به وجود می آورد. از این رو ماده ۱۱۷۵ ق.م می گوید: «طفل را نمی توان از ابوبین و یا از پدر و یا از مادری که حضانت با اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی.»

تکلیف است به جهت این که هدف از ایجاد آن حفظ حقوق عمومی بویژه رعایت مصلحت کودک است. و در همین راستا ماده ۱۱۷۲ ق.م مقرر می دارد:

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

به عقیده برخی از حقوق دانان، سابقه تاریخی قانون مدنی و برخی از مواد آن (مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ و ۱۱۸۴ تا ۱۱۸۸) به خوبی مبین آن است که قانونگذار در تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان که مصالح اجتماعی قوانین را اداره می کند به شکلی دست به تدوین مواد زده است

که همه چیز رنگ «تکلیف» دارد و اگر بعضاً از «حق» صحبت می شود منظور توانایی است که قانون برای اجرای تکالیف خویش به پدر و مادر در برابر دیگران اعطا کرده است. به همین قیاس، آنچه در ماده ۱۱۶۸ ق.م.آ آمده است نباید ما را به این تصور وا دارد که قانونگذار پدر و مادر است، ولی چون اجرای هر تکلیف مستلزم داشتن اختیار است، پدر و مادر حق دارند تا آنچه را به عهده دارند انجام دهند و از سایرین بخواهند تا مانع اجرای وظیفه آنان نشوند و به لوازم آن گردن نهند. (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۲۸).

۴-۱-۱- حضانت در قرآن کریم

در قرآن کریم، گرچه ماده «حُضَن» و مشتقان آن به کار نرفته است، ولی بحث مراقبت از کودک و تأمین نیازمندی های او در دو مورد مطرح شده که در هر دوی آنها از ماده «کفل» استفاده شده است، یکی در مورد حضرت موسی علیه السلام و دیگری درباره حضرت مریم علیهم السلام.

قرآن کریم در دو سوره «طه» و «قصص» به بیان ماجرای حضرت موسی علیه السلام می پردازد. در این دو سوره، خداوند پس از بیان اینکه مادر موسی با الهام غیبی، موسی را به دریا انداخت و آسیه همسر فرعون او را از آب گرفت، یادآور می شود که موسی از خوردن شیر زنان دایه خودداری می کند و به توصیه خواهر وی، به خانواده اش برگردانده می شود؛

«إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ ۖ فَرَجَعْنَاكَ إِلَىٰ أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ» (طه، آیه ۴۰). آن هنگام که خواهر تو از آنجا گذر می کرد و می گفت: آیا می خواهید شما را به کسی راهنمایی کنم که از او نگهداری کند؟ بدین ترتیب تو را به مادرت برگردانیدیم تا دیده اش روشن شود و اندوهگین نباشد؛

«وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِن قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ» (قصص، آیه ۱۲).

و از پیش، شیر دایگان را بر او حرام کردیم، پس [خواهرش به ایشان] گفت آیا راهنمایی کنم شما را به خانواده ای که برای شما از او نگهداری کنند و خیرخواه او باشند؟

از ملاحظه این آیات دو مطلب به روشنی بدست می آید:

نخوردن شیر از دایگان: همچنان که جمله «وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِن قَبْلُ» دلالت دارد، به خواست الهی، موسی از پذیرش شیر هر زنی جز مادرش، خودداری می کند.

بازگرداندن حضرت موسی علیه السلام به خانواده خود: بر اساس دو جمله «هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ» و «هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ»، انگیزه بازگرداندن موسی علیه السلام به خانواده اش، بر عهده گرفتن کفالت اوست؛ منتهی این کفالت در جمله نخست به یک نفر اسناد داده می شود و در جمله دوم به یک مجموعه، یعنی خانواده موسی. (توکلی، پیشین، ص ۱۷۹)

بنابراین، می بایست در مفهوم کفالت، انجام کارهایی لحاظ شود که بخشی از آنها توسط دایه انجام پذیر باشد و بخشی دیگر توسط سایر افراد یا دست کم، بخشی از آن کارها را دیگران نیز بتوانند انجام دهند که به خوبی می توان این مطلب را از جمله «وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ» به دست آورد.

با ملاحظه همین جهت است که در متون تفسیری برای توضیح مفهوم کفالت، به انجام کارهایی از این دست اشاره رفته است:

- ۱- پرورش (تربیت) و شیر دادن، ۲- نگهداری (حضانت) و شیر دادن ۳- زیر پر و بال (در آغوش) گرفتن کودک با نگهداری (حفاظت)، شیر دادن و پرورش (تربیت)، ۴- متعهد شدن به شیر دادن به کودک و انجام کارهای او، ۵- کودک را پذیرفتن، او را به نیکی تربیت کردن متعهد به انجام کارهای او بودن، ۶- شیر دادن و او را زیر پر و بال گرفتن ۷- شیر دادن در برابر دستمزد
- در سوره مبارکه آل عمران بحث به کفالت گرفتن مریم توسط زکریا مطرح شده است.

خداوند پس از بیان چگونگی نذر همسر عمران و تولد مریم علیها السلام، ابتدا بر این مطلب تأکید می کند که زکریا علیه السلام متکفل اداره زندگی او شد:

«فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا»^۱ (آل عمران، آیه ۳۷).

خداوند او را به نیکی پذیرفت و نهال وجود او را به نیکی پروراند و زکریا نگهداری او را بر عهده گرفت؛

سپس یادآور می شود که تعیین او به عنوان کفیل، بر اساس قرعه صورت پذیرفته است:

«ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَ مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَتُكَلِّمُ مَرْيَمَ وَ مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ»^۲ (همان، آیه ۴۴).

این از خبرهای غیبی است که به تو وحی می کنیم و [گرنه] وقتی که آنان قلمهای خود را [برای قرعه کشی به آب] می افکندند تا کدامیک سرپرستی مریم را به عهده گیرد، نزد آنان نبود؛ و [نیز] وقتی با یکدیگر کشمکش می کردند نزدشان نبود.

به هر حال، در توضیح این دو آیه، بررسی چند مطلب ضروری است:

مفهوم کفالت: در هر دو آیه بحث کفالت زکریا علیه السلام از مریم علیها السلام مطرح است، ولی باید دید منظور از کفالت چیست؟

همچنان که پیشتر نیز گفتیم، مفسران در توضیح معنای کفالت زکریا علیه السلام از مریم علیها السلام احتمال هایی را کم و بیش نزدیک

به هم ذکر کرده اند. ۱- بر عهده گرفتن تأمین هزینه های زندگی یک انسان، ۳- زیر پر و بال قرار دادن ۴- تعهد به انجام کارهای انسان

دلیل اختلاف بنی اسرائیل: از آیه دوم چنین برمی آید که در به عهده گرفتن کفالت مریم، میان بزرگان بنی اسرائیل از یک سو و زکریا علیه

السلام از سوی دیگر، اختلاف به وجود می آید که قرآن با تعجب از آن یاد می کند. (نظری توکلی، پیشین، ص ۱۸۲).

در اینکه چرا این اختلاف به وجود آمده و چرا قرآن از آن با تعجب یاد می کند، دو احتمال مطرح شده است:

اول، تعجب از تمایل همه بر کفالت مریم علیها السلام: این تمایل ناشی از چند چیز می تواند باشد:

فضیلت مریم علیها السلام: برخی از مفسران بر این باورند که جایگاه و منزلت معنوی مریم علیها السلام و برخورداری وی از سجایای اخلاقی،

عاملی است در ترغیب زکریا علیه السلام و سایر بزرگان بنی اسرائیل بر کفالت او.

پیوند خویشاوندی و ملاحظات اجتماعی: گروهی از مفسران نیز معتقدند این اختلاف از آن جهت به وجود آمده است که زکریا خود را از

دیگران در این کار سزاوارتر می دانست زیرا همسر او، خاله مریم علیها السلام بود؛ و از سوی دیگر بزرگان بنی اسرائیل می گفتند: چون

عمران پیشوا و بزرگ ایشان بوده و مریم نیز دختر اوست، از این جهت نسبت به سایر افراد در کفالت او اولویت دارند و روابط خویشاوندی

نیز در این کار نقشی ندارد، چرا که اگر این روابط مؤثر بودند، می باید مریم به مادرش که نزدیک ترین فرد به اوست، سپرده می شد.

دوم، تعجب از عدم تمایل به کفالت مریم علیها السلام: برخی از مفسران این احتمال را مطرح کرده اند که تعجب قرآن از این جهت است

که هیچ کس حاضر نبود کفالت مریم را بر عهده بگیرد و همه از پذیرفتن این کار شانه خالی می کردند، زیرا در آن سال، قحطی شده بود

و کسی توان مالی چنین کاری را نداشت.

زمان اختلاف: در اینکه چه زمانی میان زکریا و بنی اسرائیل در کفالت مریم اختلاف پیدا شد، سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول، هنگام ولادت: مادر مریم پس از زایمان، او را در پارچه ای پیچیده و بنا به نذری که کرده بود، به مسجد (کنیسه) آورد و گفت:

این دختر من است، من خود به خاطر عوارض زایمان نمی توانم وارد مسجد شوم و از سویی نمی توانم او را با خود به خانه ببرم؛ بنابراین،

از اهل کنیسه خواست که کسی کفالت او را بر عهده بگیرد. (طبرسی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۸۲)

احتمال دوم، زمان یتیم شدن: بر اساس برخی از روایات، زکریا پس از آنکه مریم یتیم شد، یعنی پدر و مادر خود را از دست داد یا پدرش را

از دست داد یا پدرش را از دست داد یا مادرش را پس از مرگ پدر از دست داد، با قرعه کفالت او را بر عهده گرفت. (کاشانی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۳۳۶)

احتمال سوم، زمان بلوغ: برخی از مفسران این احتمال را مطرح کرده اند که هنگامی که مریم به سن بلوغ رسید و زکریا از تربیت او ناتوان شد، بحث اختلاف بنی اسرائیل با زکریا مطرح شد.

به هر حال، پس از آنکه زکریا یا با قرعه، عهده دار کفالت مریم می شود، برایش خانه ای ساخته و دایه ای می گیرد، گرچه برخی نیز این احتمال را مطرح کرده اند که نگهداری از کودک را تا رسیدن به سن بلوغ، به همسر خود و خاله او یعنی ام یحیی می سپارد، سپس برای او در مسجد محراب می سازد.^۱ (نظری توکلی، پیشین، ص ۱۵۲-۱۵۴)

۵-۱-۱- اشخاص صالح جهت حضانت

۱-۵-۱-۱- پدر و مادر

به موجب ماده ۱۶۸ قانون مدنی حضانت کودک حق و تکلیف والدین می باشد. از نظر فقهی نیز شکی نیست که حضانت حق انحصاری والدین می باشد، گرچه در تکلیف بودن آن از ناحیه مادر تشکیک شده است، با این حال، حق والدین مطلق نیست و در صورتی که دادگاه به این تشخیص برسد که ماندن طفل کنار خانواده، به سلامت و تربیت وی لطمه می زند و به مصلحتش نیست، می تواند در مورد حضانت او تصمیم گیری اتخاذ کند. در جهت تأمین همین هدف، قانون گذار در ماده ۱۱۷۳ ق. م. مقرر داشت:

«هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می تواند به تقاضای اقربای طفل یا تقاضای فیلم او یا به تقاضای مدعی العلوم هر تصمیم را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند».

در کلمات فقها نیز می توان نشانه هایی از مسأله یاد شده را به دست آورد، آن چه که از شرط بودن عدالت و یا شرط نبودن آن در سرپرست بحث می کنند. برخی از فقها عدالت را در سرپرست لازم دانسته اند؛ همچون شیخ طوسی، علامه حلی، صاحب حدائق.

بعضی نیز عدالت را معتبر نمی دانند و چنین استدلال می کنند که نگهداری کودک از مهربانی مادر سر چشمه می گیرد و ربطی به عدالت ندارد؛ مانند فخرالمحققین، صاحب جواهر، بالاخره شماری نیز فاسق نبودن را شرط دانسته اند، عده ای نیز عدالت را مانند شهید ثانی.

به عقیده برخی از نویسندگان، از مجموعه سخنان فوق روشن می شود که عدالت و عدم آن مستند به نص خاصی نیست بلکه فقها در پذیرش عدالت بیشتر به فلسفه حضانت نظر داشتند. (ابراهیمی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۴-۱۱۵) و همان گونه که از مفهوم حضانت استفاده شد دو عنصر در آن وجود دارد یکی نگهداری و دیگری تربیت. بنابراین چگونه می توان طفل معصوم را در اختیار پدر و مادری فاقد اخلاق پسندیده و بی قید قرار داد و از حق بودن حضانت برای والدین صحبت کرد؟

البته همان گونه برخی از حقوقدانان اشاره کردند، نباید گمان کرد که پدر و مادر مأموران دولت می باشند تا هرگاه دادگاه بخواهد بتواند کودک را از کانون خانواده جدا کند. (ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۶۱). به همین خاطر ماده ۱۱۷۵ ق. م. در بیان همین امر و جلوگیری از سوء استفاده دادگاه در مصلحت اندیشی برای کودک اعلام می کند: «طفل را نمی توان، از ابوی و یا از پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی».

۲-۱-۵-۱- جد پدری

شکی نیست که جد پدری نیز در کنار پدر بر طفل صغیر ولایت قهری دارد. در همین ارتباط ماده ۱۱۸۰ ق. م. می گوید: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می باشد...»

حال باید دید، آیا پدر بزرگی که به حکم قانون بر صغیر ولایت دارد حضانت او را نیز عهده دار است؟ البته معلوم است که این سوال در جایی است که پدر و مادر وفات یافته باشند یا به دلیلی همچون خیانت یا ناتوانی در اداره امور صغیر، حق حضانت آنها از بین رفته باشد. می دانیم در حالی که «حضانت» ناظر به نگهداری و تربیت طفل می باشد؛ «ولایت» مربوط به نظارت بر اموال و ازدواج است هر چند برخی از فقها از «حضانت» نیز به نوعی «ولایت» تعبیر کرده اند، (نجفی ، پیشین، ص ۲۸۳) لکن، اطلاق «ولایت» بر «حضانت» با «ولایت» اصطلاحی که بیان شد فرق دارد. گرچه بین حضانت و ولایت رابطه مستقیم وجود دارد، به این معنی که میزان توان مالی کودک و چگونگی مصرف آن در کیفیت حضانت، اثر مستقیم می گذارد، ولی با وجود این نمی توان «حضانت» را تا بیعی از «ولایت» دانست تا گفته شود «حضانت» جدّ نیز مانند «ولایت» او می تواند در عرض حضانت پدر و مادر مطرح شود. برخی از فقها معتقدند که پس از فوت پدر و مادر، حضانت با جد پدری است. (حلی. ج ۲، ص ۲۹۰) مهمترین استدلال بیانی است از صاحب جواهر می فرماید:

به جهت آنکه اصل حضانت از برای پدر است؛ چرا که فرزند متعلق به وی است و در صورت وجود مادر حق حضانت از پدر به مادر منتقل می شود به دلیل نص و اجماع. بنابراین اگر حضانت پدر و مادر هر دو منفی شود، حضانت به پدر پدر (جد) می رسد؛ چرا که وی (جد) نیز پدر می باشد و فرزند از آن وی نیز هست. پس همان طوری که در امور مالیه ولایت دارد در حضانت نیز ولایت دارد. (نجفی ، پیشین، ص ۱۹۵)

در مقابل برخی دیگر از فقها، این استدلال را نپذیرفتند و می گویند جد پدری نیز در باب حضانت از طفل در زمره سایر خویشان است. (کاتوزیان ، پیشین ، ص ۱۶۲) این عده در رد استدلال قائلین به حق حضانت برای جد پدری نیز مانند پدر حق حضانت دارد والا چگونه می توان گفت که فاقد حق معطی آن باشد؟

از سوی دیگر اطلاق ماده ۱۱۷۳ ق. م «هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم اویا به تقاضای رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند...» به این معنی است که با سقوط ولایت پدر و مادر، دادگاه در انتخاب کسی که عهده دار حضانت می شود آزاد است و جد پدری حق تقدمی در این باره ندارد.^۱ (همان ، ص ۱۶۳) و این دو ماه با یکدیگر متعارضند.

برخی از حقوقدانان در مقام جمع بین این دو ماده می گویند: به نظر می رسد که هر گاه پدر و مادر طفلی بمیرند، حضانت از طفل با ولی قهری او یعنی جد پدری است (م ۱۱۸۸ ق. م) و اگر بین زن و مرد جدایی بیفتد یا در موردی که تغییر در وضع حضانت طفل ضروری باشد، دادگاه باید مصلحت طفل را بر همه چیز مقدم بدارد و ناچار نیست که حق جد پدری را به حساب آورد (م ۱۱۷۳ ق. م) در واقع، ایشان سبب و مورد از بین رفتن حق حضانت را عاملی جهت توجیه اتخاذ مواضع دو گانه در دو ماده فوق الذکر می دانند. اما به نظر می رسد سبب زوال حق حضانت پدر و مادر نمی تواند وجه تمایز تلقی شود. این که پدر و مادر بمیرند یا آن که صلاحیت حضانت را از دست بدهند در این جهت فرق نمی کند، مهم از بین رفتن حق حضانت پدر و مادر است حال به هر دلیلی که باشد. (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۶۴)

نتیجه اینکه تا زمانی که کانون خانواده سیر طبیعی خود را طی می کند و فرزندان در کنار پدر و مادر خویش زندگی می کنند نگهداری و تربیت طفل حق و تکلیف مشترک آنان است و زن و شوهر مکلف به تشیید مبنای خانواده اند چنانکه والدین در حدود تأدیبه ، حق تنبیه کودک را دارند با این حال ممکن است در چگونگی مواظبت از کودک و تربیت او اختلاف سلیقه ایجاد شود، یا کانون گرم خانواده از هم پاشیده است در چگونگی مواظبت از کودک و تربیت او اختلاف سلیقه ایجاد شود، یا کانون گرم خانواده از هم پاشیده شود و بین زن و مرد

جدایی بیفتند، در این صورت تکلیف و حق مشترک حضانت کودک بر عهده کدام یک از والدین است؟ برای این منظور قانونگذار در ماده ۱۱۶۹ ق. م مقرر داشته است:

«برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضاء این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود.»

ممکن است پدر یا مادر فوت کرده باشند در این صورت حضانت طفل با آن که زنده است خواهد بود هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد. این حکم در موردی هم که پس از فوت پدر ولایت به جد پدری می رسد قابل اجراست، البته در متن ماده، واژه «قیم» مسامحه بکار رفته است؛ چرا که قیم را دادگاه تعیین می کند نه پدر و آنچه پدر تعیین می کند «وصی» است. بنابراین مراد از «قیم» در ماده فوق، «وصی» است.

از آن چه گذشت، به این نتایج می تواند دست یافت:

۱ - حضانت به معنای لغوی خود، مفهومی است عام که شامل کودک و غیر کودک می شود، گرچه بارزترین نمونه آن صیانت و حفاظت از کودکان است؛ پس تعریف آن به «کفالت و سرپرستی کودک» از آن جهت که جامع نیست، درست به نظر نمی رسد.

۲- حضانت در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است.

۳- حضانت در مفهوم لغوی و اصطلاحی خود تنها به کودک اختصاص نداشته، در برگیرنده هر کسی است که نیازمند به سرپرستی و پرستاری است، نظیر دیوانه و سفیه.

۵- در قرآن کریم، گرچه ماده «حُضَن» و مشتقان آن به کار نرفته است، ولی بحث مراقبت از کودک و تأمین نیازمندی های او در دو مورد مطرح شده که در هر دوی آنها از ماده «کفل» استفاده شده است، یکی در مورد حضرت موسی علیه السلام و دیگری درباره حضرت مریم علیهما السلام.

۶- اشخاصی که صلاحیت حضانت کودک را می توانند داشته باشند: پدر یا مادر یا جد پدری است.^۱ (توکلی، حضانت کودکان در فقه اسلامی، پیشین، ص ۲۳۱)

۱-۲- ماهیت حضانت

از نظر حقوقی، این پرسش مهم مطرح می شود که حضانت حق است یا تکلیف؟ البته حضانت با ملاحظه کودک حق است، به این معنا که کودک حق دارد سرپرست شایسته ای داشته باشد و در این مورد بحثی نیست. اما با ملاحظه والدین، حضانت حق آنان است یا تکلیف آنان. تفاوت این دو و ثمره عملی این بحث آن است که اگر حضانت حق والدین باشد، بدون این که آنان در این خصوص تکلیفی داشته باشند، در این صورت آنان می توانند این حق خود را اسقاط نمایند؛ افزون بر این، نمی توان والدین را برای سرپرستی کودکشان مجبور کرد. در حالی که اگر حضانت تکلیف والدین باشد، چنین نیست.

از نظر فقهی، مشهور فقها معتقدند، حضانت حق و تکلیف پدر کودک است. مادر، اگر چه حق دارد از فرزند خود نگهداری نماید، ولی تکلیفی در این خصوص متوجه او نیست. (نجفی، ج ۵، ص ۴۶۴) به همین دلیل، مادر می تواند بابت نگهداری فرزند از پدر فرزند اجرت مطالبه نماید. ولی قانون مدنی حضانت را حق و تکلیف پدر و مادر کودک دانسته است. در ماده ۱۱۶۸، آمده است: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبن است».

این ماده صراحت دارد در این که از این جهت تفاوتی میان پدر و مادر کودک نیست و بنابراین، پدر و مادر کودک در صورت خودداری از نگهداری کودک، از سوی دادگاه مجبور خواهند شد. این مطلب در ماده ۱۱۷۲ ق.م. با تفصیل بیان شده است. در این ماده می‌خوانیم: «هیچ‌یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است از نگاه‌داری او امتناع کند، در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی‌المعموم، نگاه‌داری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا موثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند». این موضع قانونگذار علاوه بر این که با نظر مشهور فقهی ناهماهنگ است، با ماده ۱۱۷۶ ق.م. نیز سازگاری ندارد. زیرا مطابق این ماده، «مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد». جمع به این مواد قدری دشوار است.

۲- شرایط حضانت

در اسلام و از نظر فقه و حقوق هر فردی نمی‌تواند حضانت فرد دیگر خصوصاً مسلمان دیگر را بر عهده بگیرد و باید شرایطی را دارا باشد تا صلاحیت حضانت فرد دیگر را پیدا کند. در زیر به این شرایط اشاره می‌گردد:

۲-۱- بلوغ و عقل

بلوغ و عقل از جمله شرایط عمومی هر تکلیف است، به همین جهت برخی از فقها به جای ذکر آنها، یادآور شده‌اند که شرط نخست برای جواز نگهداری کودک، رسیدن به تکلیف است.

بنابراین، تمام دلایلی که بلوغ و عقل را در سایر تکالیف معتبر می‌کند، شامل التقاط نیز می‌شوند.

افزون بر این، کسی می‌تواند اداره زندگی دیگری را بر عهده بگیرد که دست کم بتواند زندگی خود را اداره کند، طبیعی است کسی که صلاحیت اداره زندگی خود را ندارد، نخواهد توانست زمام زندگی دیگری را بر عهده بگیرد. (موسوی، ۱۳۴۲، ص ۱۲۱)

با این بیان، دیگر نیاز نداریم برای اعتبار این دو شرط، به این نکته اشاره کنیم که برداشتن کودک (التقاط) مستلزم ولایت بر کودک است و شخص نابالغ و دیوانه صلاحیت چنین کاری را ندارند؛ زیرا چندین بار بر این نکته تأکید کردیم که اساساً ولایت به معنایی که در فقه شیعه مطرح است، هیچ دلیلی بر اعتبار آن در مسأله حضانت نداریم چه رسد به بحث التقاط، بلکه یابنده تنها نگهداری کودک را بر عهده می‌گیرد و واضح است که کسی می‌تواند چنین کاری را انجام دهد که توان آن را در شرایط عادی داشته باشد.

بنابراین، حتی اگر در مسأله التقاط، ولایت را هم معتبر ندانیم، کودک و دیوانه صلاحیت ندارند که نگهداری از کودک بی سرپرستی را بر عهده بگیرند؛ پس این ادعا که اگر التقاط، ولایت نباشد، شخص عاقل غیر بالغ می‌تواند از یک کودک بی سرپرست حفظ و حراست کند، نادرست است زیرا یافتن کودک توسط کودکی دیگر یا فرد دیوانه یک مطلب است و سپردن زمام زندگی کودکی به کودک دیگر، مطلبی دیگر است.

به هر حال، عقل به وضوح در می‌یابد که تنها کسانی صلاحیت اداره زندگی کسی را دارند که در اداره زندگی خود، نیازمند به دیگری نباشند. (موسوی، پیشین، ص ۱۲۱-۱۲۲)

۲-۲- رشد

بدون شک جنون، مانع نگهداری و به عهده گرفتن اداره زندگی کودک است و شخص دیوانه نمی‌تواند با یافتن کودک در یکی از معابر عمومی، زمام زندگی او را بر عهده بگیرد؛ اما برای برخی از فقها این سؤال مطرح است که آیا فرد سبک مغز (سفیه) می‌تواند چنین کاری را انجام دهد یا مجاز به انجام این کار نیست چرا که افزون بر عقل، می‌باید دارای رشد نیز باشد؟ در متون روایی، هیچ دلیلی که به صراحت

رسیدن به رشد و کمال عقلی را شرط خروج از حضانت بدانند، وجود ندارد، ولی این مطلب بدین معنا نیست که شخص غیر رشید بجز تصرفات مالی، هر کار دیگری را می تواند انجام دهد، چرا که شرط بودن اموری نظیر رشد در احکام و مقررات دینی، امری شرعی و تأسیسی نبوده، بلکه امری است ارشادی و تأکیدی نسبت به آنچه بنا و روش عقلا بر آن است.

بنابراین، اگر در اعتبار عقلا، وجود رشد در امور دیگری غیر از تصرفات مالی نیز لازم باشد، گرچه دلایل شرعی نسبت به آن ساکت هم باشند، می توان به شرط بودن آن فتوا داد.

بررسی چگونگی رفتار خانواده هایی که خرد محور اصلی تصمیمات آنهاست، به خوبی نشان می دهد که نمی توان نوجوانان تازه به بلوغ رسیده ای را که از بهره عقلی کمی برخوردار هستند به حال خود رها کرد و اداره زندگی شان را به خود آنها واگذار کرد، بلکه می باید همچنان از آنها مراقبت و محافظت کرد، مراقبتی که برای اثبات مشروعیت بلکه ضرورت آن نیازی به رسیدن دلیلی خاص از سوی قانونگذار نبوده، نفس التزام عملی عقلا برای این منظور کافی است.

بنابراین، از جمله افرادی که نیازمند به حضانت هستند، افراد سبک مغز و کم خردی هستند که از سلامت و کمال عقلی لازم برای اداره زندگی خود برخوردار نیستند.

بدیهی است که افراد سبک مغز حتی اگر به بلوغ جنسی هم برسند همچنان باید زیر نظر و با حمایت سرپرست خود به زندگی ادامه دهند؛ بنابراین دیگر نخواهند توانست خود اداره زندگی فرد دیگری را بر عهده بگیرند.

گرچه با این توضیحات، دیگر نیازی به نقد و بررسی نظریات و دلایل موافقان و مخالفان صحت التقاط افراد سفیه نیست، ولی برای اطلاع خوانندگان محترم، تنها به واگویی آنها اکتفا می کنیم.

نظریه اول، عدم اعتبار رشد: برخی از فقها بر این باورند که رشد در یافتن کودک (التقاط) معتبر نبوده، شخص سفیه نیز می تواند با یافتن کودکی بی سرپرست، نگهداری از او را بر عهده بگیرد.

بررسی دلایل: برای اثبات این منظور، به چند مطلب استناد شده است:

عدم تلازم میان سفاهت و امین بودن: سبک مغزی باعث از بین رفتن امانت داری فرد نمی شود.

امکان نگهداری کودک: شخص سفیه تنها از انجام امور مالی ممنوع است و نگهداری از کودک، امری مالی نیست.

تفکیک میان اموال خود و اموال دیگران: اینکه سفیه نمی تواند از اموال خود حفاظت کند، دلیل بر این نیست که امین نباشد، زیرا ممکن است نسبت به اموال دیگران حافظ و نگهدار خوبی باشد.

تفکیک میان اموال و غیر اموال: سفیه تنها امین بر اموال نیست، اما سایر تصوفات او جایز است.

مانع نبودن ولایت پذیری: اینکه شخص سفیه خود با ولایت و سرپرستی کس دیگری زندگی می کند (مولی علیه)، نمی تواند به تنهایی مانعی از نگهداری و بر عهده گرفتن اداره زندگی کودکی بی سرپرست باشد.

تکلیف پذیری: پذیرش مسئولیت نگهداری کودک، از مصادیق همیاری بر کارهای خیر است که چون سایر اعمال عبادی از عهده فرد سفیه نیز برمی آید.

نظریه دوم، اعتبار رشد: در برابر دیدگاه نخست، هستند کسانی که معتقدند شخص سفیه نمی تواند با یافتن کودک، نگهداری و اداره زندگی او را بر عهده بگیرد، شرط چنین کاری تحقق رشد در فرد یابنده است. (موسوی، همان، ص ۱۲۵)

۳-۲- عدالت

از جمله شرایطی که در برخی از متون فقهی برای یابنده کودک بیان شده است، عدالت اوست.

واژه عدالت از نظر مفهومی در مقابل ظلم قرار می گیرد، ولی در متون فقهی این واژه معمولاً در برابر فسق گذاشته می شود.

در عرف فقها، عدالت به معنای متفاوتی به کار می رود، چون: کیفیتی قائم به نفس آدمی که او را وادار به انجام واجبات و ترک محرمات می کند.

کیفیتی نفسانی که شخص را وادار می سازد همیشه خویشتن داری (تقوی) داشته باشد. دوری جستن از گناهان کبیره و اصرار بر انجام گناهان صغیره، عدم اخلاص به کارهای واجب و انجام کارهای زشت، ملکه انجام واجبات و ترک محرمات، مجرد ترک گناهان (الطهاره، ص ۴۰۲).

به هر حال، اگر عدالت را به گناه نکردن معنا کنیم، در این صورت، عادل بودن برابر با گناهکار(فاسق) نبودن است؛ ولی اگر عدالت را به کیفیت نفسانی و ملکه اخلاقی معنا کنیم - آن گونه که در کلمات فقهای متأخر آمده است - فاسق نبودن را نمی توان برابر با عادل بودن دانست، زیرا میان آنها حالت سومی نیز وجود دارد.

از بررسی آنچه در متون فقهی پیرامون شرط عدالت مطرح شده است، به سه نظریه می توان دست یافت: نظریه اول، اعتبار عدالت: در میان فقها کسی را نیافتیم که به شرط بودن عدالت در یابنده کودک فتوا دهد، بلکه تنی چند، وجود عدالت را در یابنده کودک موافق با احتیاط دانسته اند.^۱ (حسینی، ۱۳۷۵، ج ۷، ص ۷۳)

نظریه دوم، عدم اعتبار عدالت: گروهی از فقها بر این باورند که عدالت در جواز نگهداری کودکان سر راهی معتبر نیست. بررسی دلایل: برای اثبات عدم اعتبار عدالت در نگهداری کودکان بی سرپرست به دلایل زیر استناد شده است: مغایرت نگهداری کودک با امانت: به عهده گرفتن نگهداری کودک (حضانت)، در حقیقت امانت داری نیست با این که در امانت گرفتن عدالت لازم است.

تلازم میان اسلام و امین بودن: پذیرش اسلام خود به خود، امانت داری را به دنبال دارد. بنابراین، بجز اسلام دیگر نیازی به احراز عادل بودن شخص نداریم.

نگهداری کودک توسط غیر مسلمان: اگر در پذیرش نگهداری کودک، عدالت شرط باشد، می باید شخص غیر مسلمان (کافر) نتواند از کودکی که محکوم به اسلام نیست نگهداری کند با اینکه قطعاً این کار جایز است.

اصل عملی: اگر در ضرورت وجود عدالت شک داشته باشیم و دلایل گذشته را برای عدم اعتبار آن کافی ندانیم، اصل (برائت شرعی) بر عدم اعتبار آن است.

اطلاق روایات: روایاتی که در مسأله التقاط به ما رسیده از جهت اعتبار عدالت اطلاق داشته، شامل هر دو فرض وجود عدالت و نبود آن می شود، افزون بر اینکه، اگر این اطلاقات ناظر به فرد غالب نیز باشد، عدالت معتبر نخواهد بود، چرا که وجود افراد عادل بسیار نادر بوده، غلبه با افراد غیر عادل است.

نبود اتفاق نظر میان فقها: عدالت اگر معتبر باشد، می بایست تنها مستند به اتفاق و اجماع فقهای شیعه باشد و حال آنکه چنین اجماعی وجود ندارد.

نظریه سوم، تفصیل: در برخی از متون فقهی درباره اعتبار عدالت در یابنده کودک، تفصیلی به این ترتیب نقل شده است که اگر کودک

دارای مال باشد، عدالت معتبر است، زیرا خیانت در اموال امری است رایج، اما در غیر این صورت، عدالت معتبر نیست. (توکلی،

پیشین، ص ۳۰۸-۳۱۲)

صرفنظر از نظریه سوم که مستند به هیچ دلیلی نیست، می توان میان دو نظریه دیگر جمع کرد، زیرا سپردن کودک به شخصی که دارای ملکه عدالت است گر چه مطابق با احتیاط است، ولی دلیلی بر لزوم آن وجود ندارد، بلکه دلایلی می توان اقامه کرد که بر اساس آن، نیازمند احراز چنین مرحله ای از تقوا نیستیم، زیرا گاه می توان به کسی اعتماد کرد که به رغم ترک پاره ای از امور شایسته، یقین داریم می تواند

با بذل محبت و دقت در امور کودک، از او محافظت کند که ممکن است فرد عادل از چنین توانایی برخوردار نباشد؛ ولی این بدان معنا نیست که می شود کودک را به شخص فاسق سپرد.

احراز صلاحیت اخلاقی یابنده کودک (ملتقط) از جمله اساسی ترین شرایط برای نگهداری زندگی و سلامت جسمی - روحی کودکانه است که پدر و مادر خود را از دست داده یا به دلایلی از پذیرش اداره زندگی آنها سر باز زده، ایشان را در یکی از محل های عمومی به حال خود رها کرده اند، حال چگونه ممکن است کودک را به کسی سپرد که همراهی اش با او، موجب آسیب های جدی جسمی یا اخلاقی وی می گردد؟

آیا عقل روا می دارد که نگهداری از کودک را به فردی بسپاریم که به علت فساد اخلاقی و نداشتن تعهدهای لازم دینی او را مورد انواع سوء استفاده قرار داده یا دست کم زمینه یادگیری گناه را در او فراهم می سازد؟ آیا می توان ادعا کرد که شارع مقدس به چنین واگذاری راضی است؟

وضعیت یابنده کودک از سه حالت خارج نیست: ۱- عادل است، به این معنا که دارای ملکه ترک گناه است یا اگر چنین نیست، دست کم شخص هرزه و آلوده ای هم نیست، ۲- فردی بزهکار و بی مبالات نسبت به فرامین دینی است، ۳- وضعیتی نامعلوم دارد یا به ظاهر قابل اعتماد می نماید.

در صورت اول، کودک به او سپرده می شود و در صورت دوم بدون تردید مجاز به نگهداری از کودک نیست، اما در فرض سوم چه باید کرد؟ در پاسخ به این سؤال دو نظریه میان فقها مطرح است: ۱- می شود کودک را به او سپرد، ۲- کودک به او سپرده می شود ولی حاکم اسلامی کسی را برای مراقبت نامحسوس از او تعیین می کند تا اطمینان لازم به او به وجود آید که در این صورت چون کسی است که عدالتش از ابتدا مشخص است.

به هر حال، فتوای مرحوم محقق که نمی توان کودک را از دست یابنده فاسق گرفت و سخن فاضل آبی مبنی بر اینکه شخص فاسق می تواند نگهداری از کودک را بر عهده بگیرد و کودک نیز نزد او باقی می ماند بدون اینکه نیاز به هیچ مراقب و ناظری باشد، جداً جای تأمل دارد.

می باید صلاحیت اخلاقی یابنده کودک احراز شود تا بتوان نگهداری از کودک بی سرپرستی را به او سپرد و به عبارت دیگر تا احراز نکنیم که سلامت جسمی و اخلاقی کودک با زندگی کردن با ملتقط تأمین می شود، نمی توان کودک را به او سپرد.

برای اثبات چنین ادعایی نیازی به دلیل خاص هم نداریم، چرا که سیره و روش عقلاء که بدون شک مورد تأیید شارع مقدس نیز بوده، بر این است که تربیت کودک را به هر انسانی واگذار نمی کنند.

چگونه می شود دینی که سپردن کودک را به دایه ای که از سلامت خانوادگی، اعتقادی یا عقلی برخوردار نیست، روا نمی داند و سپردن مال را به شخص بی مبالات ناپسند می داند، راضی می شود کودکی را به کسی بسپاریم که می دانیم صلاحیت اخلاقی لازم را ندارد یا دست کم نمی دانیم که چنین صلاحیتی را دارد یا نه؟

آیا این سخن امام باقر علیه السلام را نمی توان سرلوحه کار خود قرار داد که :

«من ائتمن غیر مؤمن، فلا حجه له علی الله عزوجل» (کلینی، الکافی، پیشین، ج ۵، ص ۲۹۹)

کسی که به فردی غیر امین اعتماد کند، حجتی برای او نزد خداوند نیست و آیا نمی بایست به پیام این سخن حضرت توجه کرد که پیوسته می فرمود:

«لم یخنک الامین و لكن ائتمنت الخائن» (همان)

شخص امین به تو خیانت نمی کند، اما تو به شخص خیانتکار اعتماد کرده ای؟

شاید با ملاحظه اهمیت مسأله کودکان بی سرپرست باشد که برخی از فقها با تفاوت گذاشتن میان «لقطه» و «لقیط»، ضمن تردید در لزوم سپردن مال به شخص غیر فاسق، درباره سپردن کودک به شخص غیر فاسق تأکید می ورزند، زیرا روش های حمایتی به منظور جلوگیری

از سوء استفاده افراد غیر قابل اعتماد در مورد اموال، در خصوص کودکان وجود ندارد، همچنین برخی از فقها برای حصول اطمینان بیشتر، حتی در موردی که یابنده کودک، فرد قابل اعتمادی است، لازم می دانند که شاهدهی بر کار وی گواه باشد.^۱ (مدیرنیا، پیشین، ص ۱۰۴-۱۰۷)

۴-۲- اسلام

برای فقهای ما این سؤال مطرح بوده است که آیا فرد غیر مسلمان می تواند کودک مسلمان را از سطح معابر برداشته، از او نگهداری کند؟ افزون بر این، آیا فرد غیر مسلمان می تواند اداره زندگی کودک غیر مسلمانی را بر عهده بگیرد؟ میان فقها در مسأله مسلمان بودن کسی که می خواهد از کودک بی سرپرستی نگهداری کند، سه نظریه مطرح است:

نظریه اول، شرط بودن اسلام: بر این اساس، چه کودک مسلمان باشد چه غیر مسلمان، می باید او که می خواهد اداره زندگی اش را بر عهده بگیرد، مسلمان باشد. بر این اساس، شخص غیر مسلمان به هیچ وجه نمی تواند سرپرستی کودک سر راهی را بر عهده بگیرد حتی اگر خود کودک غیر مسلمان باشد.

بررسی دلایل: دلایلی که برای اثبات این مطلب به آنها استناد شده، از این قرار است:

امر به معروف و نهی از منکر: امر به معروف و نهی از منکر از جمله واجبات، بلکه ضروریات دین مبین اسلام است؛ از این رو، سپردن کودک غیر مسلمان به فردی مسلمان، موجب ترغیب او به اسلام و بازداشت او از پیمودن راه غیر مسلمانی (کفر) است. چنین عملی از آنجا که مصداق امر به معروف و نهی از منکر است، عملی است واجب و ترک آن غیر جایز.

وجوب هدایت غیر مسلمان: واگذاری نگهداری کودک به شخص غیر مسلمان، زمینه گمراهی او را فراهم می سازد و از سویی هدایت غیر مسلمان شخص گمراه نیز امری است واجب؛ بنابراین، می باید حضانت کودک غیر مسلمان را به فردی مسلمان سپرد تا باعث هدایت او و جلوگیری از گمراهی اش باشد. وجوب همیاری بر خوبی ها: به مقتضای فرمان الهی :

«تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعَدْوَانِ» (مائده، آیه ۲)

یکدیگر را بر نیکی و پرهیزگاری یاری کنید و نه بر گناه و دشمنی؛ می باید یکدیگر را بر خوبی یاری کرد، همچنان که نبایست بر بدی این یاری باشد.

بر این اساس، سپردن کودک غیر مسلمان به فرد مسلمان، چون موجب ترغیب وی به اسلام می شود، یاری بر خیر و خوبی است؛ آن گونه که سپردن چنین کودکی به فرد غیر مسلمان می تواند نوعی همیاری بر گناه باشد، چرا که باعث تقویت پایه های کفر در او می شود. وجوب رهایی از هلاکت: از آنجا که هیچ هلاکتی مانند هلاکت اخروی نیست و چنین هلاکتی هم ناشی از اعتقادات باطل است، سپردن کودک غیر مسلمان به فرد مسلمان، می تواند موجب رهایی او از دوزخ و هلاکت اخروی وی باشد و تردیدی نیست که چنین کاری واجب است.

نقد: به نظر نمی رسد این دلایل بتواند اثبات کند که کودک غیر مسلمان را تنها باید به فرد مسلمان سپرد، چرا که هدایت غیر مسلمان، همیاری بر خوبی ها و رهایی از هلاکت، هیچ کدام واجب نیست؛ اگر چنین می بود می بایست هر مسلمانی به اندازه توانش سراغ غیر مسلمانان برود تا بتواند آنها را به اسلام دعوت کند.

نظریه دوم، شرط نبودن اسلام: در میان فقها هستند کسانی که با تردید در شرط بودن اسلام، معتقدند مسلمان بودن یابنده کودک در هیچ صورتی شرط نیست چه کودک مسلمان باشد و چه غیر مسلمان (کافر).

بررسی دلایل: برای اثبات چنین ادعایی به مطالبی استناد شده است:

اطلاق دلایل التقاط: دلایلی که برداشتن کودک را از سطح اماکن عمومی جایز می شمرد، اطلاق داشته، بدون توجه به نوع مذهب یا بنده کودک، این عمل را جایز می داند؛ بنابراین، ملقط چه مسلمان باشد و چه غیر مسلمان، می تواند از کودک بی سرپرست نگهداری کند. از میان فقها، ابن فهد حلی به نکته ای اشاره می کند که در جای خود قابل تأمل است وی مدعی است روایاتی که مفاد آنها اجازه (اذن) برداشتن کودک سر راهی (لقیط) است، عمومیت داشته شامل مسلمان و غیر مسلمان، هر دو می شود، به خصوص بنابر نظریه ای که غیر مسلمان را در فروع دینی مکلف به تکالیف دینی می داند.

نقد: تا آنجا که بررسی ما نشان می دهد، هیچ عموم یا اطلاقی که بتوان با استناد به آن جواز التقاط غیر مسلمان را اثبات کرد، وجود ندارد. (پیشین، ص ۱۰۸-۱۱۰)

تنها دلیل لفظی که در مسأله حضانت می شود به آن استناد کرد، دو آیه زیر می باشد:

«نَعَاوُنَا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى» (مائده، آیه ۲).

یکدیگر را بر نیکی و پرهیزگاری یاری کنید؛

«وَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِمْ فِعْلَ الْخَيْرَاتِ» (انبیاء، آیه ۷۳).

به ایشان سفارش کردیم که کارهای نیکو انجام دهند.

این دو آیه به هیچ وجه ناظر به مسأله التقاط نیست تا بتوان به عموم یا اطلاق آن تمسک کرد.

هدف از حضانت: دو هدف اساسی به جمع آوری کودکان سر راهی مشروعیت می بخشد:

اول، برطرف کردن نیازمندی های ضروری - طبیعی کودک است که سودش متوجه خود اوست؛ چنین هدفی با کاری که شخص غیر مسلمان انجام می دهد نیز قابل دسترسی است.

دوم، تأمین نیازهای تربیتی اوست که آن هم از عهده شخص غیر مسلمان برمی آید.

نقد: در اینکه شخص غیر مسلمان همطراز یک مسلمان و گاه بهتر از او می تواند نیازهای مادی و معنوی کودک بی سرپرستی را برآورده سازد، کمترین تردیدی وجود ندارد، چرا که افراد غیر مسلمان به خوبی از عهده این مسئولیت نسبت به فرزندان خویش برمی آیند، ولی تمام سخن در این مطلب است که آیا از نظر قانونگذار (شارع مقدس اسلام)، تأمین این نیازها از هر راه و به هر شکلی مطلوب است یا تحقق آنها از راهی خاص مورد نظر اوست؟

به نظر ما، از آنجا که سپردن نگهداری یک کودک به شخصی خاص، نوعی امانت است، می بایست تمام ضوابط معتبر در امانت را رعایت کرد.

از جمله اساسی ترین شرط امانت سپردن، احراز عدم خیانت امین است و معلوم است مفهوم خیانت بسته به موضوعی که در آن مطرح می شود، معنای خاص خود را پیدا می کند.

حال این سؤال مطرح است که آیا می شود کودک را به فرد غیر مسلمان سپرد و او با تأثیرگذاری بر روی اعتقادات کودک یا ایجاد اعتقادی مناسب با افکار خود، زمینه انحراف او را از اسلام فراهم نکند؟

اگر تنها برطرف کردن نیازهای مادی و تربیتی کودک مورد نظر باشد، آیا می توان کودک را به فردی تبهکار که به خوبی از عهده نگهداری او برمی آید سپرد؟ آیا شارع مقدس اسلام راضی است که کودک خود را به دست کسی بسپاریم که دشمن خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام است و در دل کودک بذر کینه و بغض را نسبت به امیر المؤمنین و فرزندان او علیهم السلام می کارد؟

به نظر می رسد، سپردن نگهداری کودک به یک فرد، تنها به منظور تأمین خوراک و پوشاک او نیست، بلکه تربیتی همه جانبه را می طلبد که از عهده هر کسی برنمی آید.

اصل عملی: چنانچه در جواز واگذاری نگهداری کودک به شخص غیر مسلمان تردید داشته باشیم، اصل عملی براءت دلالت بر جواز این کار می کند، چه کودک مسلمان باشد، چه غیر مسلمان. (دعائم الاسلام، ۱۹۹/۲، شماره ۷۳۰)

نظریه سوم، تفصیل: پیروان این نظریه دو ادعا دارند:

اول، غیر مسلمان نمی تواند از کودک مسلمان نگهداری کند: بر این اساس، اگر کودک محکوم به اسلام باشد، یابنده او که می خواهد از وی نگهداری کند، می بایست مسلمان باشد؛ بنابراین، شخص غیر مسلمان، نمی تواند حضانت او را بر عهده بگیرد.

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب، به چند دلیل استناد شده است:

نبود ولایت کافر بر مسلمان: اگر حضانت و نگهداری از کودک را ولایت بر او بدانیم، غیر مسلمان نمی تواند عهده دار این مسئولیت باشد، زیرا غیر مسلمان بر مسلمان به مقتضای آیه شریفه:

«وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء، آیه ۱۴۱).

خدا کافران را بر مؤمنان مسلط نکرده است، هیچ گونه ولایتی ندارد.

نقد: این استدلال نمی تواند درست باشد، زیرا همان طور که پیشتر توضیح دادیم، اولاً: منظور از «نفی سبیل» در این آیه، نفی «حجت» است نه نفی «تسلط»، چرا که اگر چنین می بود، نمی بایست کارگر مسلمان برای کارفرمای غیر مسلمان کار کند، بنابراین، علواسلام، مستلزم عدم ثبوت ولایت کافر بر مسلمان نیست.

ثانیاً، حضانت، ولایت نیست تا انجام آن از سوی غیر مسلمان، موجب ولایت کافر بر مسلمان شود، بلکه حضانت در اصطلاح فقهی به همان معنای لغوی خود به کار می رود، یعنی زیر پر و بال گرفتن و به عبارت دیگر، نگهداری از کسی را بر عهده گرفتن و این تنها اثبات کننده حقی است؛ اگر نگوییم وظیفه ای - کاری واجب - است که می باید ملتزم به انجام آن شود

تأثیرگذاری بر دین کودک: از جمله دلایلی که برای اثبات عدم جواز واگذاری کودک به شخص غیر مسلمان مطرح شده است، میزان تأثیری است که بر روی کودک داشته، باعث تلقین افکار الحادی به او شده، زمینه گرایش او را به غیر اسلام فراهم می سازد.

شاید با ملاحظه همین جهت باشد که برخی از فقها، سپردن کودک را به شخص غیر مسلمان، نوعی یاری بر کافر کردن مسلمان دانسته اند.

شاهد بر صحت این ادعا، روایاتی است که در مورد ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان وارد شده است.

در این روایات ضمن رد جواز چنین عملی، به این نکته اشاره شده است که زن از شوهر خود تأثیر می پذیرد.

روایت ابی بصیر:

«تزوجوا فی الشکاک و لا تزوجوهم، لان المرأة تاخذ من ادب زوجها و یقهرها علی دینه»^۱ (کلینی، پیشین، ج ۵ ص ۳۴۸)

از فرقه شکاک زن بگیرد ولی به ایشان زن ندهید، زیرا زن از ادب شوهر خود تأثیر می پذیرد و شوهرش او را بر پذیرش دین خود وادار می سازد.

روایت دعائم الاسلام:

«أنه سئل عن امرأة عارفة و ليس بالموضع أحد علی دینها، هل تزوج منهم؟ قال: لا تزوج إلاً من كان علی دینها و أمّا انتم، فلا بأس أن يتزوج الرجل منكم المستضعفه البلهاء و أمّا الناصبه ابنه الناصبه، فلا و لا کرامه، لأن المرأة تأخذ من أدب زوجها و یردّها إلی ما هو علیه، فتزوجوا إن شئتم فی الشکاک و لا تزوجوهم»

از ایشان درباره زن مؤمن و عالمی سوال شد که در محل سکونت او کسی هم آیین او نیست تا با او ازدواج کند، آیا می تواند با یکی از آنها (اهل سنت) ازدواج کند؟ فرمود: ازدواج نکند، مگر با هم کیش خود، اما شما می توانید از آنها زن بگیرید، البته نه زن ناصبی، زیرا زن از آداب همسر خود تأثیر می پذیرد و شوهرش او را به دین خود می خواند، از فرقه شکاک زن بگیرید ولی به آنها زن ندهید.

به نظر می رسد اگر ازدواج زن مسلمانی که علاوه بر بلوغ جسمی به بلوغ فکری و اعتقادی رسیده (عارفه مؤمنه) با مرد غیر مسلمان به دلیل تأثیرپذیری او از شوهرش جایز نباشد؛ می توان فتوا داد که سپردن کودک مسلمان به چنین فردی بدون تردید جایز نیست، چرا که کمی سن و شدت الگوپذیری او می تواند زمینه انحراف از دین مبین اسلام و پذیرش عقاید منحرف را فراهم سازد.

نکته قابل توجه اینکه در پاره ای از روایات به این مطلب اشاره شده است که مرد مسلمان با زن غیر مسلمان ازدواج نکند چرا که این عمل می تواند زمینه یهودی یا مسیحی شدن کودک حاصل از این ازدواج را فراهم سازد، همچنان که خویشاوندان مادری نیز می توانند در این کار مؤثر باشند. (پیشین، ص ۱۱۰-۱۱۴)

۵-۲- توانمندی های مالی

برای برخی از فقها این سؤال مطرح است که آیا برای بر عهده گرفتن نگهداری کودک، افزون بر سایر شرایط، می باید یابنده کودک توانایی مالی لازم برای چنین کاری را نیز داشته باشد یا نه؟

پاسخ دادن به این سؤال هنگامی میسر است که مشخص شود هزینه های زندگی کودک در خلال مدتی که اداره زندگی اش را ملقط بر عهده دارد از کجا تأمین می شود.

بدون شک پرداخت هزینه های زندگی کودک بر عهده یابنده او نیست، بلکه اگر کودک خود دارای مالی باشد از همان محل تأمین می شود و اگر خود دارای چنین مالی نباشد، دولت اسلامی (بیت المال) مسئول پرداخت آن است و در صورت نبود دولت یا عدم توانایی آن برای پرداخت چنین هزینه هایی، وظیفه تأمین آن بر عهده طبقه برخوردار یا تمامی افراد جامعه است؛ بنابراین، در تمامی این فرض ها، توانمندی یابنده کودک نمی تواند شرط باشد.

اما اگر فرض کنیم تأمین هزینه زندگی کودک به هیچ یکی از روش های بالا ممکن نباشد، یابنده کودک موظف است به تنهایی پرداخت آن بپذیرد. طبیعی است که در چنین شرایطی، برخورداری ملقط از توانایی مالی، شرطی اساسی برای پذیرش مسئولیت نگهداری از کودک بی سرپرست است.

به هر حال، روشن است که توانایی مالی یابنده کودک می تواند امتیازی برای او حساب شود، چرا که در این صورت رفاه و آسایش بیشتری را برای کودک فراهم می سازد که این خود می تواند در مسیر بالندگی او سهم بسزایی داشته باشد؛ پس بعید نیست مدعی شویم که، چنانچه هر دوی آنها افرادی قابل اعتماد باشند شخص ثروتمند بر غیر ثروتمند اولویت دارد. (فقه اسلامی، ص ۳۱۳-۳۱۵)

۶-۲- استقرار در یک مکان

از جمله شرایطی که در برخی از متون فقهی برای حضانت کودک بیان شده، استقرار در یک محل خاص است.

برای گروهی از فقها این سؤال مطرح است که اگر یابنده کودک بخواهد محل سکونت خود را عوض کرده یا به سفر برود، همچنان می تواند نگهداری از کودک را بر عهده داشته باشد و او را با خود به همراه ببرد یا اجازه چنین کاری را ندارد؟

از جستجو در منابع فقهی به دو نظریه دست می یابیم:

نظریه اول، جواز تغییر مکان: نظریه نخست آن است که تغییر مکان کودک امری است جایز، یعنی یابنده کودک می تواند کودک را از محلی که در آنجا او را یافته است با خود به جای دیگری ببرد و نمی توان به بهانه تغییر مکان، کودک را از او باز پس گرفت.

بررسی دلایل: طرفداران این نظریه برای اثبات آن به چند مطلب استناد کرده اند:

ولایت ملتقط: یابنده کودک (ملتقط)، ولی و سرپرست او به حساب می آید و هر کاری را که ولی کودک می تواند انجام دهد، او نیز قادر به انجام آن است و تردیدی نیست که پدر، مادر یا پدربزرگ کودک می توانند او را به همراه خود به سفر برده یا محل سکونتش را به جای دیگری منتقل کنند.

آسیب دیدن کودک ممانعت از همراه شدن کودک با کسی که نگهداری از او را بر عهده گرفته است، می تواند منجر به آسیب دیدن او شود. اصل عملی: چنانچه در جواز انتقال کودک به غیر از جایی که در آنجا یافت شده، تردید داشته باشیم، اصل عملی برائت دینی است بر جواز این کار و عدم جواز ممانعت ملتقط از به همراه بردن کودک با خود. (موسوی. ص ۱۳۳)

نظریه دوم، عدم جواز تغییر مکان: از برخی متون فقهی چنین برمی آید که نقل مکان کودک به هیچ وجه جایز نیست، حتی اگر یابنده کودک هم در ظاهر فردی امین و قابل اعتماد باشد و هم واقعاً نیز چنین باشد، زیرا با توجه به اینکه بستگان کودک معمولاً در جایی که گم شده است به دنبال او می گردند، دور شدن از محیطی که کودک در آنجا یافت شده، خود به خود شانس پیدا شدن بستگان احتمالی وی را به شدت کاهش می دهد.

طبیعی است که اگر جابجایی کودک در فرضی که یابنده او به تمام معنا فردی قابل اعتماد است (عادل ظاهری و باطنی) جایز نباشد، در سایر موارد نیز این کار جایز نخواهد بود؛ پس می توان چنین نتیجه گرفت که نقل مکان کودک در هیچ شرایطی جایز نیست. نظریه سوم، تفصیل: پیروان این نظریه، با توجه به ویژگی های اخلاقی یابنده کودک و همچنین نوع مکانی که کودک به آنجا منتقل می شود، رأی خود را مطرح کرده اند.

ملاحظه ویژگی های اخلاقی: از بررسی آنچه طرفداران این نظریه بیان کرده اند، با دو نظر مواجه می شویم: عدالت و فسق: مرحوم شهید اول معتقد است که اگر ملتقط عادل باشد، می تواند کودک را با خود به سفر ببرد و کسی نمی تواند کودک را از او جدا کند.

لازمه مقید ساختن جواز سفر به عادل بودن ملتقط، آن است که اگر عادل نباشد، نمی تواند چنین کاری انجام دهد.

نقد: تفصیل میان عدل و فسق، مستلزم آن است که شخص فاسق بتواند نگهداری کودک را بر عهده بگیرد و تنها حجاز به انتقال او نباشد و حال آنکه پیشتر توضیح دادیم، شرط اصلی واگذاری نگهداری کودک به یک شخص، سلامت اخلاقی اوست؛ پس شخص بزهکار نمی تواند چنین مسئولیتی را بر عهده بگیرد تا طرح چنین نظری ممکن باشد.

عدالت (امانت) ظاهری و یا باطنی: برخی از فقها با تفاوت گذاشتن میان عدالت (امانت) ظاهری و باطنی، بر این باورند که اگر یابنده هم در ظاهر و هم در واقع (باطن) عادل باشد، می تواند کودک را با خود به همراه ببرد، زیرا:

اولاً، بر اساس حدیث شریف نبوی :

«من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم، هو أحق به» (از عوالی اللثالی، ج ۳ ص ۴۸۰)

هر کس که پیشی بگیرد به چیزی که مسلمانی بر آن پیشی نگرفته، به آن سزاوارتر است.

هر گاه مسلمانی به انجام کاری بر دیگران پیشی بگیرد، بر دیگران نسبت به آن سزاوارتر است. شکی نیست که یابنده کودک با بر عهده گرفتن نگهداری کودک نسبت به سایر افراد اولویت پیدا کرده است، این اولویت همچنان باقی است حتی اگر بخواهد به سفر برود؛ پس نه می توان یابنده کودک را از سفر کردن بازداشت و نه می توان از به همراه رفتن کودک با او جلوگیری کرد.

ثانیاً، هیچ مانعی بر سر راه به همراه بردن کودک وجود ندارد.

ثالثاً، تفاوتی میان مکان دوم و مکان اول نیست.

اما اگر تنها نشانه های ظاهری ملتقط، بیانگر عدالت (امانتداری) وی باشد (عادل ظاهری)، نمی تواند کودک را به سفر ببرد زیرا احتمال سوء استفاده از او وجود دارد.

نقد: پیش از این در مورد اعتبار عدالت سخن گفتیم و توضیح دادیم که اگر منظور از عدالت، داشتن ملکه ترک گناه باشد، هیچ دلیلی بر اعتبار آن نداریم و تفاوت میان عادل ظاهری و باطنی مبتنی بر پذیرش چنین معنایی برای عدالت است

۲-۷- جنسیت

از جمله پرسش هایی که درباره یابنده کودک مطرح است تأثیر جنسیت اوست، آیا لازم است که یابنده حتماً مرد باشد یا یک زن نیز می تواند با پیدا کردن کودک بی سرپرست، نگهداری او را بر عهده بگیرد؟ علامه حلی مدعی است هر چند جنبه های عاطفی مرز زنان قوی تر است، ولی برتری جسمانی مردان و توان بالای آنها باعث می شود که کودک را برای نگهداری به مردان سپرد؛ محقق اردبیلی نیز مدعی است اگر کودک دختر باشد، بعید نیست بگوییم زن برای بر عهده گرفتن تربیت او نسبت به مرد اولویت دارد، زیرا زنان مهربان تر بوده، پیوستگی بیشتری با مسأله حضانت دارند.

دیدگاه ما: به نظر ما هیچ امتیازی برای جنسیت در نگهداری از کودک وجود ندارد و مهم میزان سود و مصلحتی است که به کودک برمی گردد. ادعای تناسب بیشتر حضانت با زنان نیز فاقد مبنا است، زیرا حضانت کودک تنها به رسیدگی او خلاصه نمی شود. (موسوی، ص ۱۴۴)

۲-۸- آزادی (حریت)

در بیشتر متون فقهی از جمله شرایط یابنده کودک، به آزاد بودن (برده نبودن) او اشاره شده است، به این معنا که برده - جز با شرایطی خاص - نمی تواند نگهداری و اداره زندگی کودک بی سرپرستی را بر عهده بگیرد. از آنجا که با از بین رفتن مسأله برده داری، بحث از جایگاه حقوقی و نوع روابط با بردگان دیگر بی فایده است، به بررسی نظرات مطرح شده در این خصوص نمی پردازیم.

اما اگر بتوانیم شرایط یکسانی را میان بردگان در گذشته با کسانی که امروزه به دلایلی در زندان به سر برده، در اردوگاه های کار زندگی می کرده یا در تبعید به زندگی خود ادامه می دهند، بباییم و عدم برخورداری از قدرت تصمیم گیری را ملاک آن حکم بدانیم، این سؤال قابل طرح است که آیا چنین افرادی در صورت دارا بودن سایر شرایط مجاز به نگهداری از کودکان بی سرپرست هستند یا نه؟ (کاتوزیان، پیشین، ج ۲، ص ۱۵۳)

نتیجه اینکه فردی که می خواهد حضانت فردی دیگر را بر عهده بگیرد باید دارای شرایطی از قبیل: عقل، رشد، اسلام، عدالت و توانمندی مالی و آزادی باشد.

۳- موانع حضانت

همانطور که قبلاً اشاره شد، حضانت کودک حق والدین است و به همین دلیل، نمی توان بدون دلیل آنها را از نگهداری فرزندشان محروم کرد. ماده ۱۱۷۵ ق.م. با اشاره به این مطلب می گوید:

«طفل را نمی توان از ابوی و یا از پدر و یا از مادری که حضانت با اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی».

قانون مدنی به «علت های قانونی» جدا کردن طفل از پدر یا مادر اشاره کرده است. این امور را تحت عنوان «موانع حضانت» مورد مطالعه قرار می دهیم.

۳-۱- جنون یا ابتلای به بیماری های روانی

ماده ۱۱۷۰ ق.م. جنون مادر را موجب سقوط حق وی در حضانت فرزند بر شمرده و بیان داشته است: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا به جنون شود...حق حضانت با پدر خواهد بود». در این ماده اگر چه به جنون پدر اشاره نشده است، ولی روشن است که

سپردن کودک به دیوانه (هر چند پدر کودک باشد) عاقلانه نیست. محرومیت پدر مجنون از حضانت کودک خود به اولویت یا از ملاک بند ۳ ماده ۱۱۷۵ ق.م. قانون مدنی قابل استنباط است. در این قسمت قانون، ابتلای هر یک از ابوین «به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی» از موانع حضانت به شمار آمده است.

۲-۳- موانع اخلاقی

آلودگی‌های اخلاقی والدین، هر گاه به درجه‌ای برسد که سلامتی کودک یا تربیت وی را در مخاطره قرار دهد، موجب سلب حق حضانت آنان خواهد شد. ماده ۱۱۷۳ ق.م. با اشاره به این مطلب در متنی طولانی آورده است:

«هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیّم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند».

قانون‌گذار در اصلاحیه سال ۱۳۷۶، موارد و مصادیق مهم عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی والدین را بر شمرده و متن زیر را به ماده ۱۱۷۳ الحاق کرده است:

«موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است: ۱. اعتیاد زیان آور به الکل، مواد مخدر و قمار، ۲. اشتها به فساد اخلاق و فحشا، ۳. ابتلا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی، ۴. سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشاء، تکدی‌گری و قاچاق، ۵. تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف». (مصادیق پنجگانه ذکر شده در اصلاحیه سال ۱۳۷۶)

به نظر می‌رسد که امور مذکور در این قانون حصری نیست و هر عامل دیگری که به تشخیص دادگاه سلامت جسم و روح و تربیت کودک را تهدید نماید، موجب سلب حق حضانت کودک خواهد بود.

نکته‌ای که در موارد مذکور در فوق باید مورد توجه قرار گیرد این است که تاثیر عوامل فوق موقتی است و پدر یا مادر تا زمانی که از نظر اخلاقی صلاحیت ندارد از حضانت فرزند خود محروم است و پس از رفع مانع مجدداً حق خواهد داشت از فرزند خود نگهداری نماید. به عبارت دیگر، امور زیر «مسقط» حق حضانت نیست، بلکه «مانع» آن است.

۳-۳- ازدواج مادر

قانون مدنی، ازدواج مادر به فردی غیر از پدر طفل را موجب سقوط حق حضانت وی بر شمرده و در ماده ۱۱۷۰ بیان داشته است: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است... به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود». این مطلب طبیعی و منطقی است؛ زیرا فرض این است که مسئولیت‌های جدید مادر در خانواده دیگر و تکلیف وی در تمکین از شوهر، ممکن است وی را از وظایف حضانت باز دارد. حکم قانون ناظر به فرضی است که پدر طفل زنده است و از این‌رو، در مواردی که طفل پدر ندارد، مادر نسبت به سایر اقارب کودک حق تقدم دارد، حتی اگر در علقه زوجیت دیگری باشد. زیرا پس از پدر، هیچ کانونی برای کودک مطمئن‌تر از مادر نیست. در ماده واحده «قانون حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها- مصوب ۱۳۶۴/۵/۶» راجع به این مطلب آمده است:

«حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده یا فوت شده باشند با مادران آنها خواهد بود و هزینه متعارف زندگی این فرزندان چنانچه از اموال خودشان باشد در اختیار ولی شرعی است و اگر از طریق بودجه دولت یا از بنیاد شهید پرداخت می‌شود در اختیار مادرانشان قرار می‌گیرد، مگر آن که دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر حکم به عدم صلاحیت بکند».

این قانون چهار تبصره دارد که در تبصره دوم آمده است: «ازدواج مادرانی که در ماده واحده ذکر شده است، مانع از حق حضانت آنها نمی‌گردد». بدین ترتیب، ازدواج مادر کودک، تنها با فرض زنده بودن پدر، جزء موانع است. به تعبیر دقیق‌تر، در فرضی که والدین کودک زنده هستند ولی مادر به دیگری شوهر کرده است، حضانت پدر مقدم بر حضانت مادر است.

۴- تربیت حضانت در فرض جدایی والدین

در مواردی که والدین کودک جدا از هم زندگی می کنند، اعم از این متارکه کرده یا به دلایلی زوجه مسکن جداگانه ای اختیار کرده باشد، ترتیب حضانت کودک چگونه است؟

در متن اولیه ماده ۱۱۶۹ ق.م. مادر در مورد فرزند پسر تا دو سالگی و برای فرزند دختر تا هفت سالگی بر پدر اولویت داشت و پس از این سن، حضانت با پدر بود. ماده ۱۱۶۹ در سال ۱۳۸۲ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام اصلاح شده و در متن جدید آمده است: «برای حضانت و نگهداری طفل که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می کنند، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره: بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه است». مطابق این اصلاحیه، پس از هفت سالگی نگهداری فرزند حق پدر کودک است. با وجود این، حق پدر در این مورد مطلق نیست و اگر مصلحت کودک ایجاب نماید، همچنان نزد مادر خواهد ماند. مصلحت کودک ممکن است مربوط مسایل تربیتی، آموزشی، یا سلامت جسمی وی باشد.

۵- هزینه نگهداری کودک

قانون مدنی نفقه کودک را در قسمت نفقه اقارب ذکر کرده و از این رو، تابع نفقه اقارب است. قانون نفقه کودک را در درجه نخست بر عهده پدر قرار داده و برای مادر در این مورد تکلیفی پیش بینی نکرده است. مطابق ماده ۱۱۹۹ ق.م. ۲، تکلیف اقارب کودک در خصوص نفقه وی به ترتیب زیر است:

۱. نفقه اولاد در درجه نخست بر عهده پدر است.

۲. اگر پدر کودک زنده نباشد، یا به دلیل فقر قادر به انفاق نباشد، نفقه کودک بر عهده «اجداد پدری» است.

۳. هر گاه کودک اجداد پدری نداشته باشد، یا اجداد پدری قادر به انفاق نباشند، در این صورت، نفقه کودک بر عهده مادر خواهد بود.

۴. هر گاه مادر زنده نبوده و یا قادر به انفاق نباشد، نفقه کودک (با رعایت درجه قرابت) به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است. در این مورد، اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید بحصه متساوی تادیه کنند.

قانون مدنی در مورد نفقه کودک و مصادیق آن تعریف خاصی ندارد و از این رو، باید در مورد قلمرو نفقه کودک به ماده ۱۲۰۴ ق.م. عمل شود. در این ماده آمده است:

«نفقه اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت بقدر رفع حاجب با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق».

همانطور که مشاهده می شود، تعریف فوق ناظر به نفقه اقارب است و کودک نیز «قریب» محسوب می شود و از این جهت منطبق بر حکم ماده ۱۲۰۴ خواهد بود. ولی ظاهراً قلمرو نفقه کودک وسیع تر از موارد مذکور در ماده ۱۲۰۴ است. بعضی حقوق دانان، هزینه ایجاد امنیت، نظارت و مواظبت دایم از سلامت جسم و روح کودک، و اموری مانند تزریق واکسن های پیش گیری از بیماری های خاص، فراهم آوردن وسایل تفریح و تحصیل کودک در حد شئون خانوادگی و اموری از این قبیل را نیز به عنوان نفقه بر عهده پدر دانسته اند. ۳ (کاتوزیان، ج ۲، ص ۱۴۶، شماره ۳۹۱). بنابراین، ماده ۱۲۰۴ ق.م. در مورد نفقه کودک جامع نمی باشد.

نتیجه گیری

حضانة به معنای لغوی خود، مفهومی است عام که شامل کودک و غیر کودک می شود، گرچه بارزترین نمونه آن صیانت و حفاظت از کودکان است؛ پس تعریف آن به «کفالت و سرپرستی کودک» از آن جهت که جامع نیست، درست به نظر نمی رسد. در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته باشند.

برخی از فقهای امامیه در تعریف آن چنین گفته اند: «حضانة عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و متعلقات آن از قبیل نگهداری کودک، گذاشتن آن در بستر، سرمه کشیدن، پاکیزه نگه داشتن، شستن جامه های او و مانند آن». فقها در تعریف حضانة از کلمه تربیت استفاده کرده اند که ناظر به دو جنبه روحی و جسمی، مادی و معنوی است؛ یعنی حضانة اختصاص به پرورش جسمی ندارد؛ از این رو در حقوق اسلام شخصی که حضانة طفل به او سپرده می شود باید آزاد، مسلمان و امین باشد.

از این رو مهمترین بحث درمورد اولاد مسأله حضانة می باشد که در دین مبین اسلام به آن اهمیت زیادی داده است و قانون نیز یک سری مقررات درمورد حضانة کودکان به تصویب رسانده است. قانون مدنی، مواد ۱۱۷۹ - ۱۱۶۸ را به مبحث حضانة اطفال اختصاص داده است. علاوه بر آن قوانین دیگری نیز راجع به حضانة اطفال به تصویب رسانیده است. مانند قانون مربوط به حق حضانة - مصوب ۱۳۶۵/۵/۲۲ - و قانون حق حضانة فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها - مصوب ۱۳۶۴/۵/۶. از این رو هرکسی نمی تواند حضانة اطفال را به عهده بگیرند و باید صلاحیت حضانة کودک را داشته باشند از جمله این افراد: پدر یا مادر یا جد پدری است. از این رو اگر فردی جنون داشته باشند یا کافر باشند و یا انحطاط اخلاقی داشته باشند و همچنین مادری که ازدواج مجدد کند صلاحیت حضانة اطفال را ندارند.

فهرست منابع

۱- قرآن کریم

- ۲- ابراهیمی، حائر، **حق حضانت و نگهداری کودک**، کاوشی نو در فقه، نشر سازمان تبلیغات اسلامی، بی جا، ۱۳۸۶.
- ۳- بهشتی، امجد، **اسلام و حقوق کودک**، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ چهارم.
- ۴- توفیق حسن فرج، **احکام الاحوال الشخصیه**، الدار الجامیه، بیروت، بی تا.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۷.
- ۶- الحر العاملی، **وسایل الشیعه**، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ج ۱۵، چاپ ششم، ۱۳۶۷.
- ۷- حسینی، سیدعلی: **ترجمه و شرح لمعه**، ج ۷، انتشارات دارالعلم، ۱۳۷۵.
- ۸- دهخدا، علی اکبر، **لغت نامه دهخدا**، ج ۸، چاپ اول، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ ش.
- ۹- زین الدین بن علی العاملی (شهید ثانی)، **مسالك الافهام**، ج ۸، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ ق.
- ۱۰- السيد احمد الخوانساری، **جامع المدارک**، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۴، چاپ دوم، قم، ۱۳۶۴.
- ۱۱- سید حسن امامی، **حقوق مدنی**، انتشارات طه، چاپ اول، بی جا، بی تا.
- ۱۲- سید مهدی میر داداشی، **بررسی فقهی - حقوقی حضانت**، مجله رواق اندیشه، ۱۳۸۱.
- ۱۳- طبرسی، فضل بن حسن، **مجمع البیان**، ج ۲، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۸ ق.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی (خانواده)**، ج ۲، چاپ چهارم، شرکت انتشار، بی جا، ص ۱۳۹.
- ۱۵- کاشانی، الصافی، **دارالکتب الاسلامیه**، ج ۱، قم، ۱۳۸۶.
- ۱۶- کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، ج ۵، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۱۱ ق.
- ۱۷- محقق حلی، **شرائع الاسلام**، اسماعیلیان، چاپ دوم، ج ۲، بی تا.
- ۱۸- مدیرنیا، جواد، **حضانت کودک**، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۹.
- ۱۹- معرفت، ماهنامه دادرسی، **بحث حضانت**، شماره ۴ شهریور و مهر، سال ۷۴.
- ۲۰- موسوی، احمد، **حضانت کودک**، مجله کانون هدایت، انجمن ملی حمایت کودکان، ۱۳۴۲.
- ۲۱- نجفی، محمد حسن، **جواهرالکلام**، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ هـ.
- ۲۲- نظری توکلی، سعید، **حضانت کودکان در فقه اسلامی**، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، بی تا.
- ۲۳- وهبه الزحیلی، **الفقه الاسلامی و ادلته**، ج ۱۰، چاپ چهارم، دمشق، دار الفکر، دمشق، ۱۴۱۸ ق.
- ۲۴- پاسخ و پرسش کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی، روزنامه رسمی، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۳.
- ۲۵- روزنامه رسمی کشور، ش ۱۷۱۴۱، ۱۳۸۲/۱۰/۱۰.