

فصلنامه مطالعات حقوق

Journal of Legal Studies

شماره بیست و هشتم. زمستان ۱۳۹۷، صص ۱۹۷-۲۰۷ Vol 3, No 28, 2019, p 197-207

ISSN: (2538-6395)

شماره شاپا (۲۵۳۸-۶۳۹۵)

نقد و واکاوی در پاره ای از مشکلات حضانت مادر برای کودک

اکرم سلاطینی اسلامی

دانشجوی دکترای تخصصی فقه و مبانی حقوق

akramsalatini@yahoo.com

چکیده

از مهمترین اهداف خانواده، تقویت این نهاد مقدس و پاسداری از قداست و حفظ بقای آن و نیز حمایت از مادران و فرزندان است.

با توجه به این مهم، این مقاله، باهدف حمایت از حقوق کودکان و آگاهی دادن سطح جامعه به خصوص والدین، نسبت به حقوق و احکام مربوط به حضانت و ضرورت در پرداختن به شناخت نیازهای مادی و معنوی کودک در حضانت، تحت عنوان نقد و واکاوی پاره ای از مشکلات حضانت، به روش کتابخانه ای و توصیفی، در جهت تبیین مفهوم حضانت و حق قابل اسقاط در حضانت کودک، برای مادر و بررسی و نقد و واکاوی پاره ای از مشکلات پایان حضانت و مسئله شیردهی کودک در فقه انجام شده است که پس از تحقیق و بررسی مشخص گردید، که سواء از مسئله ولایت قهری که اختصاص به پدر دارد، نگهداری طفل که برآوردن نیازهای جسمی و تربیتی کودک است، حضانت نامیده می شود که هم حق و هم تکلیف والدین است که می بایست بطور تضامنی، نه تنها تا سن تمیز، بلکه تا زمان نیاز و وابستگی فرزند به والدین استمرار یابد.

واژه های کلیدی: حضانت، حق، کودک، ولایت قهری، والدین

مقدمه:

«حضانت» یا نگهداری از کودکی که بین والدینش طلاق واقع شده، از موضوع های بحث برانگیز حقوقی و فقهی بوده است. از یک طرف، مصالح روحی و جسمی کودک مد نظر است و از طرفی، حقوق و تکالیف هر یک از والدین باید مورد توجه قرار گیرد. بی اعتنایی به هریک، باعث اختلالات مهم در روابط خانوادگی خواهد شد. این مسأله، از زاویه های گوناگونی درخور بررسی است.

البته فقیهان بزرگ، تلاشهای بسیار برای حل این مشکل کرده و آرای راهگشایی ارائه داده اند. اما باید اعتراف کرد که دشواریها همچنان خودنمایی می کنند و برای برداشتن آنها از سر راه، نیاز به تلاش گسترده، و تجدید نظر در دیدگاه های فقهی است، که این لازمه دانش پویا و زنده و جاودانه است. تکامل و بالندگی دیدگاه های فقهی، جز به تلاش همگانی و حرکت جدید، رخ نخواهد داد.

در این نگارش باعنوان نقد و واکاوی پاره ای از مشکلات حضانت و به روش کتابخانه ای و توصیفی، سعی شده است که بحث مفهوم و فلسفه حضانت در بیان مسئله اصلی، و حق و تکلیف، قابل اسقاط بودن یا نبودن حق حضانت و رابطه ولایت قهری باحضانت، حق شیردهی کودک توسط مادر، به عنوان سوالات تحقیق، مورد نقد و واکاوی قرار گیرد، که در فرض سوالات، نگهداری و تربیت کودک حضانت است و فلسفه آن نیز غبطه و مصلحت وی می باشد و حضانت در واقع، حق و تکلیفی است بر والدین نسبت به کودک خود، و حق والدین تا جایی احترام دارد که آنان به تکلیف خود در نگهداری و تربیت کودکشان، به خوبی و در حد توان عمل کنند.

این مقاله، باهدف حمایت از حقوق کودکان و آگاهی دادن سطح جامعه به خصوص والدین، نسبت به حقوق و احکام مربوط به حضانت و تأمل در مفهوم حقیقی و کاربردی حضانت و ضرورت در پرداختن به شناخت نیازهای مادی و معنوی کودک درحضانت و به امید استفاده پژوهشگران در راهگشای حل این مشکل در عصر حاضر ارائه می گردد.

بر عالمان و طالبان علوم اسلامی است که بر این امر همت گمارند و چراغی را برافروزند که در پرتو آن، راهیابی به حقیقت آسان گردد. امیدواریم که این نگارش نیز ما را به این هدف نزدیک کند.

۱- تأثیر افزایش پایان دوره حضانت:

بررسی نظرات فقهی دیدگاه قانون مدنی و اکثر فقیهان متأخر بر این است که پایان حضانت مادر بر کودک پسر، دو سالگی و بر کودک دختر، هفت سالگی است و پس از آن، حضانت به پدر تعلق می گیرد؛ با این قید که اگر مادر در زمانی که حضانت با وی است، با دیگری شوهر کند، حق حضانت او ساقط خواهد شد. (جمعی از مولفان، مجله فقه اهل بیت (ع)، ج ۳۷ ص ۱۳۴)

ولی فقه های پیشین، دو نظریه متفاوت دارند:

الف) گروهی پایان حضانت طفل پسر را هفت سالگی و طفل دختر را نه سالگی می دانند.

ب) گروه دیگر، حضانت مادر را تا رسیدن طفل به سن بلوغ دانسته‌اند و در این زمینه بین پسر و دختر، تفاوتی قائل نیستند. (همو، ج ۳۷، ص ۱۳۴)

در بررسی روایات، اگر چه فرزند در آنها به طور مطلق آمده است، ولی مقتضای جمع بین آن دو این است که روایات دسته اول را در باره پسر و روایات گروه دوم را خاص دختر بدانیم و بدین ترتیب، تعارض دو گروه روایت یاد شده از بین می رود. 'صاحب جواهر این نوع جمع کردن بین دو ادله متعارض را 'جمع تبرعی' نامیده و مؤید آن را نیز دو چیز دانسته است:

۱- اجماع منقول که در کلام ابن زهره حلبی بدان تصریح شده است.

۲. دلیل اعتبار؛ بدین ترتیب که پدر نسبت به پرورش پسر، از مادر شایسته تر است و مادر نیز نسبت به حضانت و تربیت دختر، از پدر صالح تر است.

امام خمینی در تحریر الوسیله نظریه صاحب جواهر را پذیرفته، می نویسد (موسوی الخمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ص ۸۹)

حق حضانت فرزند (چه دختر و چه پسر) تا دو سالگی با مادر است و پس از دو سال، اگر فرزند پسر بوده، پدر احق است و اگر دختر باشد، تا هفت سالگی، مادر، مقدم است و پس از آن با پدر خواهد بود. بیشتر فقیهان معاصر امامیه بر این نظرند و بدین دلیل است که قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۶۹ قبل از اصلاح، براساس قول مشهور نگاشته شده است

لازم به ذکر است در اصلاحیه ماده ۱۱۶۹ ق م، مصوب ۱۳۸۱، قانون، حق حضانت مادر را برای طفل، بدون در نظر گرفتن پسر یا دختر بودن، هفت سال، در نظر گرفته است.

باتوجه به ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران، حضانت خاص طفل است و در تمام موارد از واژه طفل استفاده شده است. در تبصره ۱ ماده ۴۹ ق مجازات اسلامی آمده منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد و باتوجه به تعریف بلوغ در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ ق، م دختری که نه سال تمام ندارد و پسری که پانزده سال تمام ندارد طفل محسوب می شود. (مشروط بر اینکه نشانه‌های بلوغ در او ظاهر نشده باشد). پس حق حضانت ابوبن بر دختر و پسر بالغ ساقط است. و باخروج از سن طفولیت موضوع حضانت و نگاهداری آنها به عنوان طفل منتفی خواهد شد. (تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰) و افراد بالغ باهر یک از والدین که بخواهند می توانند زندگی کنند. از طرفی طفل از دو جهت باید حمایت شود الف- نگهداری و تربیت (حضانت) ب- حفظ و اداره اموال، حمایت مالی و پرداخت نفقه (ولایت قهری) حال اگر کلمه طفل را منطبق باماده ۱۱۶۸ و ماده ۱۱۷۸ ق، م مترادف با صغیر بکار ببریم (سن رشد قانونی، هجده سال تمام شمسی) متوجه می شویم از جهت مالی، به لحاظ تکلیف غیر قابل اسقاط ولایت قهری پدر، قانوناً حمایت می شود و جای هیچ گونه بحث و نگرانی نیست. اما به جهت تربیتی، بعد از انقضای مدت حضانت مادر (هفت سالگی) تا پایان دوره

حضانت، یعنی سن بلوغ دختر (نه سالگی) و سن بلوغ پسر (پانزده سالگی) حد فاصل این دو، (در حضانت پدر) تا اینکه کودک، بخواهند بعد از بلوغ خودشان تصمیم بگیرند، اینکه با کدامیک از والدین زندگی کنند به ترتیب فاصله (۲ سال) و (شش سال) از پایان حضانت مادر تا سن بلوغ کودک خواهد بود که به احتمال قوی، کودک به لحاظ روحی، روانی، دچار مشکل خواهد شد. و به لحاظ تربیتی زندگیش مختل خواهد شد. مخصوصاً دختر، اگر فرض را بر این بگیریم که بخواهد بعد از هفت سالگی به پدر سپرده شود و با فاصله دو سال تا سن بلوغ، مجدداً تصمیم بگیرد پیش مادر باز گردد.

و این بر خلاف مصلحت، عدالت، وجدان و منافع عمومی جامعه است و در حالی است که نیاز دختر به حضانت و تربیت به لحاظ عاطفی و وجوب تکلیفی، به حالت پیوسته و یکنواخت، بیشتر است، لذا این می تواند مورد نقد و واکاوی قرار بگیرد.

از اینرو پیشنهاد می شود، با وجود مشغله کاری بیشتر پدر، و نیاز روحی و عاطفی کودک در حضانت و نیز از طرفی، تناسب فطری روحیات مادر با فرزندش، چه دختر و چه پسر، قانون گذاران محترم، در ذیل ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، در تمدید پایان مدت حضانت برای مادر تجدید نظر نمایند و آن را تا سن تمیز، افزایش دهند.

۲- اهمیت حق حضانت مادر

فقه‌های امامیه در خصوص اینکه حضانت حق است یا تکلیف دارای سه نظر کاملاً متفاوت هستند. عده ای از فقه‌های امامیه اظهار نظر کرده حضانت حقی است غیر مالی که قابل معامله و دادوستد نیست و هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است. (یزدی محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۱، ص ۲۶۸) و صاحب آن می تواند آن را اسقاط نماید و حضانت در زمره اموری که واجب کفایی می باشد قرار داده شده است. (ذوالمجدین، زین العابدین، شرح بر تبصره علامه، جلد دوم، ص ۳۸۴)

همچنین عده ای از فقها در این خصوص اعتقاد دارند که هریک از والدین می توانند حق خود را نسبت به حضانت اسقاط و به دیگری واگذار نمایند و یا برای مدت معین تا پایان دوره حضانت خود را ازانجام آن محروم کنند. و چنین استدلال می نمایند که در توافق والدین در این خصوص، هیچ حلالی حرام و هیچ حرامی حلال نشده است بنابراین این موضوع به هیچ عنوان خلاف شرع مقدس اسلام نمی باشد. (مغنیه، محمد جواد، فصول الشرعیه، علی مذهب الامامیه، ص ۸۸) شیخ حسن نجفی صاحب جواهر نیز، وجوب را پذیرفته اند و حق بودن حضانت در نظر ایشان امری مسلم و قطعی است. ایشان اعتقاد دارند حضانت حق است و نتیجه حق بودن آن، قبول امکان اسقاط آن می باشد. زیرا اصل، امکان اسقاط حق است و قبول مطالبه اجرت بر انجام آن (نجفی، شیخ محمد حسن (صاحب جواهر) جواهر الکلام، کتاب نکاح، ص ۲۴۹)

گروه دوم از فقهای امامیه معتقدند حضانت حکم و واجب عینی می‌باشد. بنابراین بعنوان ولایت، غیر قابل اسقاط است. (الجبعی العاملی، زین العابدین، مکی العاملی، محمدبن جمال الدین (شهید اول و ثانی) الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، جلد پنجم-باب نکاح-ص ۴۵۹-۴۶۰)

گروه سوم از فقهای امامیه اعتقاد به تفکیک بین پدر و مادر دارند بدین مفهوم که اگر مادر از نگاهداری طفل امتناع کرد حضانت به پدر واگذار می‌شود و اگر هر دو از انجام این امر خودداری نمودند، پدر به آن مجبور می‌گردد. بنابراین حضانت نسبت به مادر حق و درخصوص پدر هم حق و هم تکلیف است. (یزدی، ابولقاسم ابن محمد، ترجمه فارسی شرایع الاسلام، جلد دوم، ص ۷۱۳)

۳- قابل اسقاط بودن یا نبودن حق حضانت

حضانت از روی تسامح، تعبیر به حق شده، و در واقع تکلیفی است که از طرف قانونگذار به پدر و مادر تحمیل شده و در نتیجه قابل اسقاط و واگذاری نیست و نمی‌توان به موجب قرارداد منتقل کرد و با شرط ضمن عقد لازم، آن را ساقط یا منتقل نمود، بلکه تکلیفی است که قانونگذار به جهت حفظ مصلحت طفل و جامعه بر عهده والدین او گذاشته و جز در مواردی مانند انحرافات اخلاقی و ثبوت عدم لیاقت آنها که قانونگذار معین کرده، این حق از آنها قابل سلب نیست. به نظر می‌رسد، طرح پرسش از قابل اسقاط بودن یا غیر قابل اسقاط بودن حق حضانت از آنجا ناشی می‌شود که عده ای گمان کرده اند: حضانت کودک حقی است یک سویه، آن هم برای پدر و مادر نسبت به کودک و حال آنکه نگاهداری از کودک وظیفه ای است بر عهده پدر و مادر تا به واسطه آن کودک با سلامت روحی و جسمی به بالندگی برسد. بنابراین والدین مجاز نیستند شانه از زیر این بار مسئولیت خالی کنند. مگر اینکه دلیل خاصی بر جواز اسقاط، دلالت کند (فقه السنه، ج ۲۰ ص ۳۳۸، به نقل از نظری توکلی، سعید، حضانت کودکان در فقه اسلامی، ص ۱۶۷)

از بعضی اصحاب آمده است که اجبار پدر واجب می‌باشد. این نگاه به مسأله بهتر است. زیرا اگر به غیر از این حکم شود، لازم می‌آید که حق فرزند تزییع شود. (جمعی از مولفان، مجله فقه اهل بیت، (ع) ج ۵۶ ص ۱۳۱، ۱۴۳)

طرح غیر قابل اسقاط بودن حق حضانت پدر قطعاً به دلیل مسئولیت و تکلیف ولایت قهری و انفاق است از اینرو اگر مادر از حضانت کودک خود سر باز زند. پدر وظیفه دارد حضانت کودک خود را قانوناً به عهده بگیرد. یعنی حق مادر در حضانت قابل اسقاط می‌باشد، نقد مسئله در این است که حضانت یک حق است و والدین مستحق آن می‌باشند و حق، قابل اسقاط و عدم اسقاط، توسط ذی حق می‌باشد نه غیر،

لذا توجه به واکاوی در خصوص حق مادر، این است که اسقاط این حق به جبر و تعیین مدت اجباری (هفت سال) نباشد و تا زمانی که مادر صلاحیت اخلاقی دارد و خود تمایل به اسقاط حق خود ندارد و کودک نیز به لحاظ تربیتی نیاز به او دارد حق حضانت از مادر سلب نشود. و از آنجا که این حق از حقوق الناس می‌باشد و ماهیتی اعتباری داشته و نیز از احکام وضعیه محسوب می‌گردد. لذا چنانچه حق مادر در

حضانت را، حق الناس فرض نمایم. در دفاع از حق الناس، این مادر است که اگر خواست می‌تواند از حق خود بگذرد و آن را بر خود ساقط کند و یا از حق خود دفاع کرده و آن را برای خود حفظ نماید. در حق، ادا کردن، قابل فرض است (یعنی من علیه الحق) وظیفه دارد که حق صاحب حق را ادا کند. اگرچه پدر نیز مستحق این حق می‌باشد، و فرزند نیز نیازمند دریافت محبت پدرانه، باین حال می‌بایست اولویت در نیاز به نگهداری و مواظبت دائمی و بی‌وقفه کودک را به لحاظ نیاز مبرم عاطفی کودک، برای مادر، مد نظر قرار داد و خلئی محبت پدر را در افزایش ملاقاتها بدون تعیین وقت و زمان، بدون مانعی، پیش بینی نمود. و در ایجاد ضرر و ضرار، منافع کودک در نظر گرفته شود. و پیشگیری از ضرار معنوی بر ضرر مادی ترجیح داده شود.

۴- تجدید نظر در ازدواج مجدد مادر:

اما شوهر کردن مادر یا ازدواج مجدد نباید از موارد سقوط حق حضانت شود. اگر برای زنی که قصد ازدواج مجدد دارد شرایط برای نگهداری فرزندش مهیا باشد و شوهر نیز اجازه و اذن به ادامه حضانت توسط همسرش دهد چرا باید فرزند را از او جدا نمود؟! به نظر می‌رسد، وجود این ماده قانونی به ضرر زنان مطلقه باشد. شانس ازدواج و تشکیل زندگی مجدد زناشویی بدین ترتیب از زن گرفته می‌شود. اکثر زنانی که تاکنون به هر طریقی و هر قیمتی پس از سالیان طولانی توانسته‌اند حضانت فرزند را از دادگاه بگیرند از ترس اینکه مجبور به جدایی از فرزند نشوند حتی به ازدواج مجدد نمی‌اندیشند چون می‌دانند ازدواج مجدد به معنای تحویل فرزند به پدر می‌باشد. از سوی دیگر گرفتن شانس ازدواج مجدد از زن مطلقه و اعمال محدودیت‌هایی در این مورد آن هم به این شدت و حدت می‌تواند از موجبات بروز مشکلات اخلاقی در جامعه و خانواده‌ها گردد. لذا پیشنهاد می‌شود، در این ماده قانونی تجدید نظر شود.

از طرفی، سپردن حضانت کودک به مادر نباید موجب ایجاد بی‌مسئولیتی در پدر گردد. زن مطلقه‌ای که پس از طلاق با دنیایی از مشکلات اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، عاطفی و روانی درگیر است و به سختی می‌تواند خود را اداره کند، حضانت یک یا چند بچه قد و نیم‌قد را نیز به خاطر دل خویش و مصلحت کودکانش پذیرفته است، می‌بایست توأم با کمک‌های مالی پدر باشد.

با توجه به ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی که در صورت حیات پدر، نفقه اولاد به عهده پدر است و در نبود پدر یا عدم استطاعت مالی پدر به عهده پدر بزرگ (و اجداد پدری اولاد) می‌باشد گرچه زمانی که حضانت فرزند به مادر سپرده شود، پدر یا پدر بزرگ باید نفقه فرزند را طبق رأی دادگاه پرداخت نماید و اگر پدر از تأدیه نفقه اولاد خود امتناع نماید، به موجب ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی به سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌گردد، اما واقعیت در عمل نشانگر مظلومیت مادران و عدم انجام تعهد پدران در این راستا است. و پیشگیری مادر از طریق قانون بسیار زمان بر و توأم با عسر و حرج می‌باشد، و به نظر می‌رسد باید در

سهولت حل این مشکل، اندیشه‌ای نمود. به نظر می‌رسد با توضیحات منطقی و توجیهات عقلی جای نقد و واکاوی مستند خواهد بود که حق والدین نسبت به فرزند و بالعکس حق فرزند نسبت به درک والدین می‌بایست با در نظر گرفتن مسئولیت تضامنی والدین به نسبت مساوی اعمال شود تا ظلمی متوجه هیچ یک از طرفین نشود، بدین نحو که همان طور که مسئولیت ولایت در امور قانونی و مالی، طبق دلیل محکم و عقلی قدرت و توانایی جسمی بطور قهری با پدر است، منطقی به نظر می‌رسد که حضانت کودک نیز که بحث تیمار و پرستاری است و با روحیات مادر سازگاری دارد نیاز مبرم کودک است، باخواست و رضایت مادر به وی واگذار شود، بدون درج شرط عدم ازدواج برای مادر، که اینطوری والدین در هر موقعیت و شرایطی نه تنها مکلف به انجام وظایف خود نسبت به فرزند در حیطه‌ی مسئولیت خود خواهند بود که عملاً از فرزند دل‌بند خود جدا هم نخواهند شد، مگر اینکه عدم صلاحیت ایشان قانوناً محرز شود. به نظر می‌رسد در عدم مخالفت قانون با ازدواج مجدد پدر و مخالفت با ازدواج مجدد مادر، صرفاً به لحاظ بحث اداره و امور مالی کودک است که از وظایف قهری پدر می‌باشد و این بابررسی‌های بعمل آمده از نظرات مشهور فقها، بطور غالب و عام استنباط گشته، در حالی که آن طرف قضیه، توجه‌ای به این هدف نشده، که تمام هم و غم ما احیای حق کودک با مسئولیت تضامنی والدین است، در حالی که در این شکل با عدم حضور پدر در منزل به جهت کسب و کار، کودک در منزل با نا مادری تنها می‌ماند که هرچند هم که شایسته و با اخلاق باشد، حق رابطه عاطفی و انس و الفت مادرانه را نمی‌تواند اداء کند، که نه تنها مادر در آن سوءدچار افسردگی می‌گردد که کودک نیز با روحیاتی متزلزل و آینده‌ای مبهم از عواطف، در آغوش جامعه، خود را سرخورده حس می‌کند و اعتماد به نفس خود را از دست می‌دهد که بنا بر نظر روانشناسان نیز وجود این گونه مشکلات پایه‌های اجتماعی، اخلاقی و اقتصادی آینده یک کشور را متزلزل می‌کند. امید است با توجه به مقتضیات خانواده و جامعه امروز، و هشدارهای روانشناسان به عملکردهای غیر قابل انکار عرف، با نگاهی عمیق‌تر، و تفکری وسیع‌تر در تصمیمات قانونی تجدید نظر شود.

۵- اولویت شیر مادر، نسبت به شیر دایه، در حضانت و رضاع تبرعی

در ارتباط بین حضانت مادر و مباشرت در رضاع، آخرین سوالی که می‌باید در پایان این مبحث به آن پاسخ داده شود این است که آیا اولویت مادر در حفظ و حراست از کودک خود در خلال دو سال نخست زندگی‌اش، مشروط به این است که مادر در این مدت، شیر دهی کودک را نیز به عهده داشته باشد که در غیر این صورت، اولویتی در نگهداری کودک خود نخواهد داشت یا اینکه لازم نیست در این مدت، خود کودک را شیر دهد؟

در پاسخ به این سوال دو احتمال و نظریه با دلایلی برای اثبات هر یک وجود داد.

احتمال اول: از بین نرفتن حق مادر در نگهداری کودک (حضانت)

پیروان این نظریه براین باورند که حضانت مادر مشروط به شیر دادن به کودک نیست. بنابراین اگر کودک پیش از دو سال از شیر گرفته شود، یا مادر از عمل به وظیفه شیردادن به کودک سر باز زند، اولویت او در نگهداری از کودک همچنان باقی است. به عبارت دیگر، همچنان که مادر در شیر دادن به کودک خود، اولویت دارد در حضانت از او نیز همین اولویت را خواهد داشت، (التحفة السنیة، ص ۲۹۵ به نقل از نظری توکلی، سعید، حضانت کودکان در فقه اسلامی، ص ۱۸۶)

چه خود کودک را شیر دهد یا دیگری این وظیفه را بر عهده بگیرد. (جواهرالکلام، ۲۸۵/۳۱ به نقل از همو، ص ۱۸۳) بنابراین سپردن کودک به دایه امری است موقتی، تنها به منظور شیر خوردن کودک و این موجب از بین رفتن حق مادر در همراهی با کودک در خلال دوره دو ساله شیر خوارگی، نمی شود (ایضاح الفوائد ۲۶۳/۳ به نقل از همو، ص ۱۸۶)

در اثبات به این نظریه، استناد به نظر مرحوم نجفی در جواهرالکلام، مبنی بر اصل عملی ۴، که بعید نیست مراد اصل استصحاب باشد و نیز نظر شهید در شرح المعه، مبنی بر عدم تلازم میان رضاع و حضانت می شود. از اینرو اگر شک کنیم که با ترک شیردهی، حق حضانت مادر که پیش از این برایش ثابت بود، باقی است یا نه، اصل بر این است که آن حق، همچنان باقی است. و در عدم تلازم میان آنها (حضانت و رضاع) به جهت اینکه این دو، دوحق جداگانه برای مادر هستند، سقوط یکی، سقوط دیگری را به دنبال ندارد. (جواهر الکلام، ۲۹۰/۳۱ به نقل از همو، ص ۱۸۶، شرح المعه ۴۵۷/۵، السرائر ۶۵۲/۲ به نقل از همو، ص ۱۸۶)

آنچه مهم است، زیر نظر گرفتن تربیت کودک و نگهداری اوست و این حق، به عنوان یک اصل، برای مادر مطرح است و تا دلیل قطعی بر از بین رفتن آن نباشد، دلیلی برای برداشته شدن آن از عهده مادر، وجود ندارد. البته در مورد رضاع، چون مسأله دستمزد مطرح است و دستمزد بر عهده پدر، در بعضی موارد که مادر بیش تر از دیگران مزد درخواست می کند، پدر حق دارد فرزند را برای شیردادن به غیرمادر بسپارد. و این حرف، ناظر به حق سرپرستی نیست؛ به ویژه با توجه به این که روایات صحیح بسیاری وجود دارد که حق سرپرستی را به مادر می دهند، گرچه مفاد آنها گوناگون است: (۷ سالگی و بعضی بطور مطلق) و لکن ثابت بودن اصل حق سرپرستی و نگهداری برای مادر یک امر مسلم است. بنابراین، نظر صاحب جواهر که اصل را سزاوارتر بودن پدر می داند، مخدوش است، زیرا حق سرپرستی و تیمارداشت، چنانکه خواهد آمد، به جهت نگهداشت مصالح کودک است و ربطی به سایر حقوق، مثل حق ولایت پدر و جدّ ندارد از این روی، همان گونه که پدر و جدّ، حق ولایت دارند، مادر هم حق سرپرستی، نگهداری و تیمار داشت دارد و از بین رفتن این حق، دلیل قطعی و روشن می خواهد.

احتمال دوم: از بین رفتن حق مادر در نگهداری کودک (حضانت)

گروهی از عالمان دینی بر این باورند که با خود داری مادر از شیر دادن کودک خود، حق او در نگهداری کودک نیز از بین رفته، پدر می تواند کودک را از مادرش جدا سازد. (شرایع الاسلام، ۵۶۶/۲ به نقل از نظری توکلی، سعید، حضانت کودکان در فقه اسلامی، ص ۱۸۷)

عمده دلیلی که برای اثبات درستی این مطلب به آن استناد شده است، علاوه بر تلازم میان آنها، که از پیوستگی خاصی بر خوردارند و عادتاً نمی‌توان میان آن دو (حضانت و رضاع) جدایی انداخت، مسئله عسر و حرج، در شیر دهی کودک، برای دایه و یا پدر می‌باشد. عسر و حرجی که از نظر قرآن و روایات نافیه تکلیف است. (شرح المعه، ۴۵۷/۵ جواهر الکلام، ۳۰/۳۱ نه‌ایه المرام/۱ ۴۶۶ به نقل از همو، ص ۱۸۷)

لازم به یاد آوری است مرحوم شهید ثانی معتقد است که عسر و حرج زمانی تحقق می‌یابد که نه دایه بتواند بچه را نزد مادرش شیر بدهد، و نه هنگام شیر خوردن، بچه را بتوان نزد دایه برد که در این صورت حق حضانت مادر ساقط می‌شود. (شرح المعه، ۴۵۷/۵ به نقل از همو، ص ۱۸۷)

از طرف دیگر در روایت، داود بن حصین، از واژه نزع استفاده شده است که ظهور در جدایی کودک از مادرش دارد. نقد بر استدلال به این روایت از دو جهت اشکال شده است:

یکی ضعف سندی، دیگر اینکه منظور از «نزع»، جدا کردن کودک از مادر در زمان شیر خوردن است، نه جدا کردن او به طور مطلق که در غیر از زمان شیر خوردن نیز صدق کند. (مسالك الافهام، ۴۳۶/۸ به نقل از همو، ص ۱۸۸)

باتوجه به نظرات فقها در خصوص اولویت شیر مادر با اجرت کمتر و یا اولویت شیر دایه در صورت تقاضای مادر در شیر دادن با اجرت بیشتر، و باتوجه به اهمیت تاثیرات روانی، اخلاقی شیر مادر و ایجاد رابطه عاطفی مادر و کودک که استمرار در دوران نه ماهه بارداری نیز دارد، این مطلب به خوبی روشن می‌شود که اهمیت بحث حضانت در دوره پیش از دوسالگی صرفاً، تنها بحث تغذیه نیست. بلکه بحث تربیتی و نیز انتقال حس عاطفی و مهرورزی مادر در سرشت کودک مطرح می‌باشد. و کودک حق استفاده از شیر مادر خود در تأثیر پذیری ژن عاطفی و اخلاقی از او را دارد.

باتوجه به مسئولیت پدر در پرداخت نفقه کودک، در پرداخت اجرت بیشتر به مادر، نه تنها کودک از یک تغذیه سالم برخوردار می‌شود، و از تاثیرات عاطفی در آغوش پر مهر مادر، بهره‌مند می‌شود، که احتمال ایجاد عسر و حرج برای پدر نیز در آمد و شد دایه و کودک نیز با ایجاد هزینه‌ای اضافی، قطعاً از بین خواهد رفت، و مسئله جدایی فرزند از مادر نیز پیش نخواهد آمد. لذا پیشنهاد می‌شود در خصوص اولویت شیر مادر با اجرت بیشتر و تغذیه با شیر زن دیگری که هیچ رابطه حس مادری با کودک را ندارد و صرفاً به خاطر اجرت (کمتر) می‌باشد، اهم فی الاعم نموده و جنبه تربیتی را بر مالی و مادی در این مورد به نفع تأثیر پذیری در خلق و خوی کودک مقدم داشت. (در واقع قبول ضررمادی، بر ضرر معنوی، به نفع کودک و مادر، نه صرفاً پدر)

نتیجه گیری:

۱- روایات صحیح مورد نظر، در هر حال، در مورد حضانت، در اطلاق صراحت دارد و شامل کودک دختر و پسر می شود. حکم به تفاوت سن حضانت طفل دختر یا پسر، به استناد جمع بین روایات، صرفاً جمعی تبرعی است و مؤیدی نیز بر درستی این جمع موجود نیست.

۲- در مباحث ولایت قهری و تربیت در حضانت، با توجه به اطلاق روایات یاد شده بین حالت وجود اختلاف یا عدم اختلاف بین والدین تفاوتی نیست، و بین این دو هیچ گونه تنافی وجود ندارد. بلکه به شکلی کاملاً معقول و منطقی قابلیت جمع دارند، و نسبت به زمان افتراق وجدایی پدر و مادر امر مقدوری است.

۳- نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است و تکلیف در پی حق به وجود می آید، و حق ابوین محدود به تکلیف آنان است و تا جایی احترام دارد که مخالف با وظایف نوعی پدران و مادران نباشد. این همه درباره حضانت و نگهداری طفل سخن گفته شد، اما باید گفت با کمال تأسف، حقوق نتوانسته آن گونه که باید در حفظ و نگهداری، تعلیم و تربیت و آماده ساختن طفل برای زندگی اجتماعی به کمال مطلوب برسد.

به هر حال در مورد کودک و مقررات حضانت او باید ترتیبی اتخاذ شود که از اختلاف و نابسامانی های او پیش گیری شود. تا نیازی به مراجعه به محاکم دادگستری حاصل نشود. و بالاخره باید توجه داشته باشیم که علم روانشناسی علت اصلی ناسازگاری و ناراحتی های روحی را در عوامل مربوط به قبل از تولد و دوران کودکی بر شمرده است و گفته است که این ناسازگاری ها در هر سنی به شکل معین تجلی می نماید و در صورت غفلت از درمان آنها، تا جایی فزونی می یابد که کودک را به صورت فردی شرور و بی باک بار می آورد که در اجتماع، موجبات زحمت و ناراحتی خود و دیگران را فراهم می سازد. و باز باید بدانیم که کودک تا زمانی که به او توجه نشده، ناراحت، نامطمئن و مضطرب است و بسیاری از جوانان بالغی که بی عاطفه و خشمگین اند به خاطر نیازی است که در کودکی به محبت داشته اند و این نیاز از آنها دریغ گردیده و در نتیجه صفات مزبور را در آنها به وجود آورده است.

با این ترتیب ملاحظه می شود که برای حمایت کودک و آماده ساختن او برای یک زندگی صحیح و سالم وجود جمعاً ۱۶ ماده در حقوق مدنی ایران از نظر کمی و کیفی تا چه اندازه کم و ناقص است و با ایده آل حقوق او تا چه حد فاصله دارد.

فهرست منابع و مآخذ

الف: منابع فارسی:

- ۱- جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، (دعای خانوادگی) نشر: مدرسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی طبق المذهب اهل بیت (ع) ۱۴۱۶ هـ ق، قم- ایران، چاپ، اول
- ۲- نظری توکلی، سعید، حضانت کودکان در فقه اسلامی بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، (سمت) تهران ۱۳۸۵، چاپ اول
- ۳- یزدی، ابوالقاسم، ترجمه فارسی شرایع الاسلام از محقق حلی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ پنجم، ۱۳۶۸
- ۴- یزدی (محقق داماد)، سید مصطفی، قواعد فقه، نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ هـ ق، تهران، چاپ دوازدهم

ب: منابع عربی:

- ۱- قرآن کریم
- ۲- الجبجعی العاملی، زین العابدین _مکی العاملی، محمد بن جمال‌الدین (شهید اول و ثانی)، الروضة البهیة فی شرح المعه الدمشقیة، ج ۵ باب نکاح، انتشارات موسسه اللا علمی للمطبوعات بیروت. ۳۱۴۱۳
- ۳- ذوالمجدین، زین العابدین، شرح بر تبصره علامه، چاپ دوم، قم ۱۳۳۷.
- ۴- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، (ترجمه) انتشارات، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم ۱۴۲۵ هـ ق، چاپ ۲۱
- ۵- مغنیه محمد جواد، فصول الشریعه علی مذهب الامامیه، چاپ دوم، بیروت ۱۹۶۱.
- ۶- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، کتاب نکاح، المکتبه الاسلامیه تهران، ۱۳۱۲ ق چاپ بی نا.

