فصلنامه مطالعات حقوق
Journal of Legal Studies
شماره بیست و هشتم. زمستان ۱۳۹۷، صص۲۰۷-۱۹۷ Vol 3. No 28. 2019, p 197-207
شماره شاپا (۲۵۳۸-۶۳۹۵) ISSN: (2538-6395)

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

اکرم سلاطینی اسلامیه
دانشجوی دکترای تخصصی فقه ومبانی حقوق
akramsalatini@yahoo.com

چکیده

از مهمترین اهداف خانواده، تقویت این نهاد مقدس وپاسداری ازقداست وحفظ بقای آن ونیز حمایت ازمادران وفرزندان است.

با توجه به این مهم، این مقاله، باهدف حمایت ازحقوق کودکان وآگاهی دادن سطح جامعه به خصوص والدین، نسبت به حقوق واحکام مربوط به حضانت وضرورت در پرداختن به شناخت نیازهای مادی و معنوی کودک در حضانت، تحت عنوان نقد وواکاوی پاره ای از مشکلات حضانت، به روش کتابخانه ای و توصیفی، درجهت تبیین مفهوم حضانت و حق قابل اسقاط در حضانت کودک، برای مادر و بررسی و نقد و واکاوی پاره ای از مشکلات پایان حضانت ومسئله شیردهی کودک در فقه انجام شده است که پس از تحقیق وبررسی 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 می‌شودکه هم حق و هم تکلیف والدین است که می بایست بطور تضامنی، نه تنها تا سن تمیز، بلکه تا زمان نیازووابستگی فرزند به والدین استمرار یابد.

واژه‌های کلیدی: حضانت، حق، کودک، ، ولایت قهری، والدین

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

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 زاویه‌های گوناگونی درخور بررسی است.

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

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

این مقاله، باهدف حمایت ازحقوق کودکان وآگاهی دادن سطح جامعه به خصوص والدین، نسبت به حقوق واحکام مربوط به حضانت و تأمل در مفهوم حقیقی و کاربردی حضانت و ضرورت در پرداختن به شناخت نیازهای مادی ومعنوی کودک درحضانت و به امید استفاده پژوهشگران در راهگشای حل این مشکل در عصر حاضرارائه 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 می‌گیرد؛ 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)، ج۳۷ ص۱۳۴)

ولی فقهای پیشین، دو نظریه متفاوت دارند:

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

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

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، ج۳۷، ص۱۳۴)

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. [1]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، تحریرالوسیله، 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 أحق است و اگردختر 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، مصوب۱۳۸۱، 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 ودر تمام موارد از واژه طفل استفاده شده است. در تبصره ۱ ماده ۴۹ ق مجازات اسلامی‌آمده منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد وباتوجه به تعریف بلوغ در تبصره۱ ماده ۱۲۱۰ ق، م دختری که نه سال تمام ندارد و پسری که پانزده سال تمام ندارد طفل محسوب می‌شود. (مشروط بر اینکه نشانه‌های بلوغ در او ظاهر نشده باشد.) پس حق حضانت ابوین بر دختر وپسر بالغ ساقط است. وباخروج از سن طفولیت موضوع حضانت ونگاهداری آنهابه عنوان طفل منتفی خواهد شد. (تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰) وافراد بالغ باهر یک از والدین که بخواهند می‌توانندزندگی کنند. از طرفی طفل از دو جهت باید حمایت شود الف- نگهداری وتربیت (حضانت) ب- حفظ واداره اموال، حمایت مالی وپرداخت نفقه (ولایت قهری) حال اگر کلمه طفل را منطبق باماده ۱۱۶۸ و ماده ۱۱۷۸ق، م مترادف با صغیر بکار ببریم (سن رشد قانونی، هجده سال تمام شمسی)متوجه می‌شویم از جهت مالی، به لحاظ تکلیف غیر قابل اسقاط ولایت قهری پدر، قانوناً حمایت می‌شود وجای هیچ گونه بحث و نگرانی نیست. اما به جهت تربیتی، بعداز انقضاءمدت حضانت مادر (هفت سالگی) تا پایان دوره

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

حضانت، یعنی سن بلوغ دختر (نه سالگی) و سن بلوغ پسر(پانزده سالگی) حد فاصل این دو، (در حضانت پدر) تااینکه کودکان، بخواهند بعد ازبلوغ خودشان تصمیم بگیرند، اینکه با کدامیک از والدین زندگی کنند به ترتیب فاصله (۲سال) 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. وبه لحاظ تربیتی زندگیش مختل خواهد شد. مخصوصاً دختر، اگر فرض را براین بگیریم که بخواهد بعد ازهفت سالگی به پدر سپرده شود و با فاصله دو سال تا سن بلوغ، مجدداً تصمیم بگیرد پیش مادر باز گردد.

واین بر خلاف مصلحت، عدالت، وجدان و منافع عمومی‌جامعه 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 می‌تواند مورد نقد وواکاوی قراربگیرد.

از اینرو پیشنهاد می‌شود، باوجود مشغله کاری بیشترپدر، ونیاز روحی وعاطفی کودک در حضانت ونیزاز طرفی، تناسب فطری روحیات مادر با فرزندش، چه دختر وچه پسر، قانون گذاران محترم، در ذیل ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، در تمدید پایان مدت حضانت برای مادر تجدید نظر نمایند وآن را تا سن تمیز، افزایش دهند.

۲- اهمیت حق حضانت مادر

فقهای امامیه درخصوص اینکه حضانت حق است یا تکلیف دارای سه نظر کاملاً متفاوت هستند. عده ای از فقهای امامیه اظهار نظر کرده حضانت حقی است غیرمالی که قابل معامله و دادوستد نیست و هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است. (یزدی محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج۱، ص۲۶۸)

و صاحب آن می‌تواند آن را اسقاط نماید و حضانت درزمره اموری که واجب کفایی می‌باشد قرار داده شده است. (ذوالمجدین، زین العابدین، شرح بر تبصره علامه، جلد دوم، ص ۳۸۴)

همچنین عده ای از فقها دراین خصوص اعتقاد دارند که هریک از والدین می‌توانند حق خود را نسبت به حضانت اسقاط وبه دیگری واگذار نمایند ویا برای مدت معین تا پایان دوره حضانت خود را ازانجام آن محروم کنند. وچنین استدلال می‌نمایند که درتوافق والدین دراین خصوص، هیچ حلالی حرام وهیچ حرامی‌حلال نشده است بنابراین این موضوع به هیچ عنوان خلاف شرع مقدس اسلام نمی‌باشد. (مغنیه، محمد جواد، فصول الشرعیه، علی مذهب الامامیه، ص ۸۸) شیخ حسن نجفی صاحب جواهر نیز، وجوب را پذیرفته‌اند وحق بودن حضانت در نظر ایشان امری مسلم و قطعی است. ایشان اعتقاد دارند حضانت حق است ونتیجه حق بودن آن، قبول امکان اسقاط آن می‌باشد. زیرا اصل، امکان اسقاط حق است و قبول مطالبه اجرت بر انجام آن (نجفی، شیخ محمد حسن (صاحب جواهر) جواهر الکلام، کتاب نکاح، ص۲۴۹)

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

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

گروه سوم از فقهای امامیه اعتقاد به تفکیک بین پدر ومادردارند 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 ودرخصوص پدر هم حق وهم 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 نمی توان 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 ازقابل 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 ومادر نسبت به کودک و حال آنکه نگهداری از کودک وظیفه ای است برعهده پدر ومادر تا به واسطه آن کودک با سلامت روحی وجسمی‌به 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 ص۳۳۸، به نقل از نظری توکلی، سعید، حضانت کودکان در فقه اسلامی، ص۱۶۷)

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 می آید که حق فرزند تضییع شود. (جمعی از مولفان، مجله فقه اهل بیت، (ع) ج۵۶ ص۱۳۱، ۱۴۳)

طرح غیر قابل اسقاط بودن حق حضانت پدر قطعاً به دلیل مسئولیت وتکلیف ولایت قهری وانفاق است از اینرو اگرمادر 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 دراین است که حضانت یک حق است و والدین مستحق آن می‌باشند وحق، قابل اسقاط وعدم اسقاط، توسط ذی حق می باشد نه غیر،

لذا توجه به واکاوی در خصوص حق مادر، این است که اسقاط این حق به جبر وتعیین مدت اجباری (هفت سال) نباشد و تا زمانی که مادر صلاحیت اخلاقی دارد وخود 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 وماهیتی اعتباری داشته ونیز از احکام وضعیه محسوب می‌گردد. لذا چنانچه حق مادر در

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

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 وآن را برای خود حفظ نماید. در حق، ادا کردن، قابل فرض است (یعنی من علیه الحق)وظیفه داردکه حق صاحب حق را ادا کند. اگرچه پدر نیز مستحق این حق می‌باشد، و فرزند نیز نیازمند دریافت محبت پدرانه، بااین حال می‌بایست اولویت درنیاز به نگهداری ومواظبت دائمی‌وبی وفقه کودک رابه لحاظ نیاز مبرم عاطفی کودک، برای مادر، مد نظر قرار داد و خلئ محبت پدر را در افزایش ملاقاتها بدون تعیین وقت وزمان، بدون مانعی، پیش بینی نمود. و در ایجاد ضرر و ضرار، منافع کودک در نظر گرفته شود. وپیشگیری از ضرار معنوی بر ضرر مادی ترجیح داده شود.

٤-تجدید نظردر ازدواج مجدد مادر:

اما شوهر کردن مادر یا ازدواج مجدد نباید از موارد سقوط حق حضانت شود. اگربرای زنی که قصد ازدواج مجدد دارد شرایط برای نگهداری فرزندش مهیا باشد و شوهرنیز اجازه و اذن به ادامه حضانت توسط همسرش دهد چرا باید فرزند را از او جدا نمود!؟

به نظرمی‌رسد، وجود این ماده قانونی به ضرر زنان مطلقه باشد. شانس ازدواج و تشکیل زندگی مجدد زناشویی بدین‌ترتیب 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، دراین ماده قانونی تجدید نظر شود.

از طرفی، سپردن حضانت کودک به مادر نباید موجب ایجاد بی‌مسؤولیتی 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 کمک های 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 پدربزرگ (و اجداد پدری اولاد) می‌باشد گرچه زمانی که حضانت فرزند به مادر سپرده شود، پدر یا پدربزرگ 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 اسلامی‌به سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌گردد، اما واقعیت در عمل نشانگر مظلومیت مادران وعدم انجام تعهد پدران در این راستا است. وپیگیری مادر از طریق قانون بسیارزمان بر وتوأم با عسر وحرج می‌باشد، و به نظرمی‌رسد باید در

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

سهولت حل این مشکل، اندیشه ای نمود. به نظر می رسد با توضیحات منطقی وتوجیهات عقلی جای نقد وواکاوی مستندخواهد بودکه 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 ومالی، طبق دلیل محکم وعقلی قدرت و توانایی جسمی بطور قهری با پدر است، منطقی به نظر می رسد که حضانت کودک نیز که بحث تیمار وپرستاری است وبا روحیات مادر سازگاری داردونیاز مبرم کودک است، باخواست ورضایت 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 حیطه ی 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 درعدم مخالفت قانون با ازدواج مجدد پدر ومخالفت با ازدواج مجدد مادر، صرفاًبه لحاظ بحث اداره وامور مالی کودک است که از وظایف قهری پدر می باشدو این بابررسی های بعمل آمده از نظرات مشهور فقها، بطور غالب وعام استنباط گشته، در حالی که آن طرف قضیه، توجه ای به این هدف نشده، که تمام همُ وغمُ مااحیای حق کودک با مسئولیت تضامنی والدین است، در حالی که در این شکل با عدم حضور پدر در منزل به جهت کسب وکار، کودک در منزل با نا مادری تنها می‌ماند که هرچند هم که شایسته وبا اخلاق باشد، حق رابطه عاطفی وانس والفت مادرانه را نمی تواند اداء کند، که نه تنها مادر درآن سوءدچار افسردگی می گردد که کودک نیز با روحیاتی متزلزل وآینده ای مبهم از عواطف، در آغوش جامعه، خود را سرخورده حس می‌کند واعتماد به نفس خود رااز دست می‌دهد که بنا بر نظر روانشناسان نیزوجود این گونه مشکلات پایه های اجتماعی، اخلاقی واقتصادی آینده یک کشور را متزلزل می‌کند.

امید است با توجه به مقتضیات خانواده وجامعه امروز، و هشدارهای روانشناسان به عملکرد های غیر قابل انکار عرف، با نگاهی عمیق تر، و تفکری وسیع تر در تصمیمات قانونی تجدید نظر شود.

۵- اولویت شیر مادر، نسبت به شیر دایه، در حضانت ورضاع تبرّعی

در ارتباط بین حضانت مادر ومباشرت در رضاع، آخرین سوالی که می‌باید در پایان این مبحث به آن پاسخ داده شود این است که آیا اولویت مادر در حفظ وحراست از کودک خود در خلال دو سال نخست زندگی اش، 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 کودکش را شیر دهد؟

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

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

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

پیروان این نظریه براین باورند که حضانت مادر مشروط به شیر دادن به کودک نیست. بنابراین اگرکودک پیش از دو سال از شیر گرفته شود، یا مادر ازعمل به وظیفه شیردادن به کودکش سر باز زند، اولویت او در نگهداری از کودکش 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، (التحفه السنیه، ص۲۹۵ به نقل از نظری توکلی، سعید، حضانت کودکان در فقه اسلامی، ص۱۸۶)

چه خود کودکش 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 واین موجب از بین رفتن حق مادر در همراهی با کودکش در خلال دوره دو ساله شیر خوارگی، نمی‌شود (ایضاح الفوائد۲۶۳/۳ به نقل از همو، ص ۱۸۶)

در اثبات به این نظریه، استناد به نظر مرحوم نجفی در جواهرالکلام، مبنی بر اصل عملی۴، که بعید نیست مراد اصل استصحاب باشدونیز نظر شهید در شرح المعه، مبنی برعدم تلازم میان رضاع وحضانت می‌شود.

از اینرو اگر شک کنیم که باترک شیردهی، حق حضانت مادر که پیش از این برایش ثابت بود، باقی است یا نه، اصل براین است که آن حق، همچنان باقی است. ودر عدم تلازم میان آنها (حضانت ورضاع) 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، ص۱۸۶، شرح المعه۴۵۷/۵، السرائر۶۵۲/۲ به نقل از همو، ص۱۸۶)

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: (۷سالگی و بعضی بطور مطلق) و لکن ثابت بودن اصل حق سرپرستی و نگهداری برای مادر یک امر مسلّم 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 کودکش نیز از بین رفته، پدر می‌تواند کودک را از مادرش جدا سازد. (شرایع الاسلام، ۵۶۶/۲ به نقل از نظری توکلی، سعید، حضانت کودکان در فقه اسلامی، ص۱۸۷)

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

عمده دلیلی که برای اثبات درستی این مطلب به آن استناد شده است، علاوه بر تلازم میان آنها، که از پیوستگی خاصی بر خوردارند وعادتاً نمی‌توان میان آن دو (حضانت ورضاع) جدایی انداخت، مسئله عسر وحرج، در شیر دهی کودک، برای دایه ویا پدر می‌باشد. عسر وحرجی که از نظر قرآن وروایات نافی تکلیف است. (شرح المعه، ۴۵۷/۵ جواهر الکلام، ۳۰۰/۳۱ نه ایه المرام۴۶۶/۱ به نقل از همو، ص۱۸۷)

لا زم به یاد آوری است مرحوم شهید ثانی معتقد است که عسر وحرج زمانی تحقق می‌یابد که نه دایه بتواند بچه را نزد مادرش شیر بدهد، ونه هنگام شیر خوردن، بچه را بتوان نزد دایه برد که در این صورت حق حضانت مادر ساقط می‌شود. (شرح المعه، ۵/ ۴۵۷ 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»، جداکردن 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. (مسالک الافهام، ۴۳۶/۸ به نقل از همو، ص۱۸۸)

باتوجه به نظرات فقها در خصوص اولویت شیر مادر بااجرت کمترویا اولویت شیر دایه در صورت تقاضای مادر در شیر دادن با اجرت بیشتر، و باتوجه به اهمیت تاثیرات روانی، اخلاقی شیر مادر وایجاد رابطه عاطفی مادر وکودک 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 ونیز انتقال حس عاطفی ومهرورزی مادردر سرشت کودک مطرح می‌باشد. و کودک حق استفاده ازشیر مادر خود در تاثیر پذیری ژن عاطفی واخلاقی از او رادارد.

باتوجه به مسئولیت پدر در پرداخت نفقه کودک، درپرداخت اجرت بیشتر به مادر، نه تنها کودک ازیک تغذیه سالم برخوردارمی‌شود، و از تاثیرات عاطفی در آغوش پرمهرمادر، بهره‌مند می‌شود، که احتمال ایجاد عسروحرج برای پدر نیز درآمد و شد دایه و کودک نیز با ایجاد

هزینه ای اضاف، قطعاً ازبین خواهد رفت، و مسئله جدایی فرزند از مادر نیزپیش 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 برمالی و مادی در این مورد به نفع تاثیرپذیری در خلق و خوی کودک مقدم داشت. (در واقع قبول ضررمادی، برضرار معنوی، به نفع کودک ومادر، نه صرفاً پدر)

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

نتیجه گیری:

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

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

۳- نگهداری اطفال هم حق وهم تکلیف ابوین است وتکلیف در پی حق به وجود می‌آید، وحق ابوین محدود به تکلیف آنان است وتا جایی احترام دارد که مخالف با وظایف نوعی پدران ومادران 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 نابسامانی‌های او پیش‌گیری شود. تا نیازی به مراجعه به محاکم دادگستری حاصل نشود. و بالاخره باید توجه داشته باشیم که علم روانشناسی علت اصلی ناسازگاری و ناراحتی‌های روحی را در عوامل مربوط به قبل از تولد و دوران کودکی بر شمرده است و گفته است که این ناسازگاری‌ها در هر سنی به شکل معین تجلّی می‌نماید و در صورت غفلت از درمان آنها، تا جایی فزونی می‌یابد 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 بی‌عاطفه و خشمگین‌اند به خاطر نیازی است که در کودکی به محبت داشته‌اند 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 وسالم 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.

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

فهرست منابع ومآخذ

الف: منابع فارسی:

۱- جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، (دعاوی خانوادگی) نشر: مدرسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی‌طبقالمذهب اهل بیت (ع)۱۴۱۶ ه‍ ق، قم- ایران، چاپ، اول

۲-نظری توکلی، سعید، حضانت کودکان در فقه اسلامی‌بنیاد پژوهش‌های اسلامی‌آستان 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، ۱۴۰۶ه ق، تهران، چاپ دوازدهم

ب: منابع عربی:

۱-قرآن کریم

۲-الجبعی العاملی، زین العابدین _مکی العاملی، محمدبن جمالالدین (شهید اول وثانی)، الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه، ج ۵ باب نکاح، انتشارات موسسه اللا علمی‌للمطبوعا ت بیروت.
۳۱۴۱۳

۳-ذوالمجدین، زین العابدین، شرح بر تبصره علامه، چاپ دوم، قم ۱۳۳۷.

۴-موسوی الخمینی، روح الله، تحریرالوسیله، (ترجمه) انتشارات، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم۱۴۲۵ ه ق، چاپ ۲۱

۵-مغنیه محمد جواد، فصول الشریعه علی مذهب الامامیه، چاپ دوم، بیروت ۱۹۶۱.

۶-نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، کتاب نکاح، المکتبة الاسلامیه تهران، ۱۳۱۲ ق چاپ بی نا.

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]

[Downloaded from jlawst.ir on 2026-11-19]