



## حضانت تا هفت سالگی مطلقاً با مادر است

نویسنده: معرفت، محمد هادی

حقوق :: دادرسی :: شهریور و مهرماه 1376 - شماره 4

از 11 تا 15

آدرس ثابت : <http://www.noormags.com/view/fa/articlepage/74309>

دانلود شده توسط : محمدامین رضانی

تاریخ دانلود : 1393/06/03 18:22:11

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

[www.noormags.com](http://www.noormags.com)

# حضانة

## تا هفت سالگی مطلقاً با مادر است

منظور از اجماع محصل، اتفاق آرائی است که صاحب جواهر خود به دست آورده است.

سپس به آیه فوق تمسک جسته و ذیل آن «لاتضار والدة بولدها» را مد نظر قرار داده است. آنگاه به روایات وارد شده در این زمینه می‌پردازد، از جمله: روایت «ابی الصباح کنانی»: «عن ابی عبدالله -علیه السلام- قال: اذا طلق الزوج المرأة وهی حلی، أنفق علیها حتی تضع حملها، و اذا وضعته أعطاهما أجرها و لا یضارها، إلا أن یجد من مؤرخین أجرها منها، فان هی رضیت بذلك الاجر، فهی أحق بابنها حتی تطفله»<sup>(۲)</sup> (یعنی هرگاه همسر خود را که آستن است طلاق دهد، باید نفقه (مصارف زندگی) او را بپردازد، تا موقع زایمان، و سپس بایستی مزد شیردادن او را پرداخت نماید. و اگر مزدی را که دیگران می‌پذیرند، پذیرفت، حق او مقدم خواهد بود...)

روایات متعددی در این زمینه وجود دارد، که مورد استناد فقها قرار گرفته است.<sup>(۳)</sup>

### حق حضانة

همانطور که گفته شد حق نگهداری و پرورش کودکان از مادر شروع می‌شود و تا دو سال ادامه دارد، از آن پس مورد اختلاف است: مشهور میان متأخرین آن است که دربارهٔ پسر، با پایان دو سالگی حق حضانة مادر همراه با حق رضاع پایان می‌یابد. و در بارهٔ دختر تا هفت سالگی ادامه دارد. ولی برخی از فقها متقدم، حق حضانة مادر را -مطلقاً چه در بارهٔ پسر و چه در بارهٔ دختر- تا موقعی که مادر پس از مرگ همسرش شوهر نکرده باشد همچنان مستبدانه می‌دانند.

و برخی نیز تنها دربارهٔ دختر، همچنان

مقدم خواهد بود، چون این مادر است که با دور شدن فرزند دلبندهش، رنج می‌برد و مورد آسیب روحی قرار می‌گیرد، مخصوصاً که پدر با جدائی از همسر و ازدواج مجدد، چندان عنایتی به فرزندان سابق خویش نخواهد داشت و این خود یک وجه اعتباری است که می‌تواند پشتوانهٔ اصل مذکور باشد.

اینک مختصری از حق رضاع سخن گفته، سپس به حق حضانة می‌پردازیم:

### حق رضاع

مادر می‌تواند تا مدت دو سال، فرزند خود را شیر دهد، و اگر اجرتی بیش از حد معمول تقاضا نکنند، حق او مقدم است و پدر نمی‌تواند -با این وصف- فرزند را از مادر جدا سازد.

در این باره در قرآن می‌خوانیم: «والوالدات یرضعن أولادهنّ حولین کاملین، لمن أراد أن یتّم الرضاعة، و علی المولود له رزقهنّ و کسوتهنّ بالمعروف. لا تکلف نفس الا وسعها، لاتضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده...» (بقره آیه ۲۳۳) یعنی مادران می‌توانند فرزندان خود را تا دو سال کامل شیر دهند... و بر پدر است که در حد معمول، نیاز خوراک و پوشاک مادر را برآورد...

صاحب جواهر -قدس سره- در این باره می‌گوید:

«بلا خلاف أجده فیه، بل الاجماع بقسمیه علیه، یعنی مخالفی در مسأله نیافتیم، بلکه هر دو قسم اجماع -منقول و محصل- در این باره در دست است».

اجماع منقول عبارت است از: اتفاق آراء فقها که به وسیله دیگر فقها نقل شده باشد، و

حضانة از ریشهٔ «حضن» به معنای دامن گرفته شده که کنایه از نگاهداری و پرورش فرزند خردسال در دامن مادر است. لذا این حق، ابتداءً از مادر شروع می‌شود و اختلاف در پایان این حق است. نظر مشهور متأخرین آن است که پایان آن در مورد پسر دو سالگی، و در مورد دختر هفت سالگی می‌باشد. ولی فقهای سلف، برخی بطور مطلق، چه در مورد دختر و چه در مورد پسر، اظهار داشته‌اند حضانة با مادر است مادامی که مادر پس از مرگ همسرش شوهر نکرده باشد و برخی نیز دربارهٔ پسر، هفت یا هشت سالگی، و دربارهٔ دختر را تا زمانی که مادر شوهر نکرده باشد را پایان حضانة را داشته‌اند.

اساساً، مادران در رابطه با کودکان خود، دو حق قانونی و شرعی دارند: حق رضاع (شیردادن)، و حق حضانة (پرورش کودک). و به موجب اطلاق آیه: «لاتضار والدة بولدها» (بقره: ۲۳۳) بایستی مادران، از هر گونه حقی که در بارهٔ فرزندان خود دارند، محروم شوند و مورد رنجش قرار گیرند.

این آیه، گرچه در ذیل حکم رضاع آمده، ولی به عنوان «کبرای استدلال» مطرح گردیده، و نمی‌توان آن را مخصوص مورد دانست، و خصوصیت مسود، موجب تخصیص در عموم لفظ نمی‌گردد. و گرنه «کبریوت» در استدلال نخواهد داشت. صاحب جواهر نیز این آیه را دربارهٔ حق حضانة مادر، در مدت رضاع، مورد استفاده قرار داده است.<sup>(۱)</sup> لذا این آیه به عنوان تأسیس اصل در مسأله تلقی می‌گردد، و در هر مورد که به جهت فقدان دلیل یا تعارض ادله، نوبت به شک برسد، علاوه بر استصحاب، حق مادر

**● مادران در رابطه با کودکان خود، دو حقی قانونی و شرعی دارند: حق رضاع (شیردادن)، و حق حضانت (پرورش کودک).**

قابل به ادامه حق حضانت هستند تا مادر شوهر نکرده است. ولی در باره پسر معتقدند تا هفت یا هشت سالگی ادامه دارد، مگر آنکه مادر پیش از آن شوهر کند. منشاء این اختلاف، روایات مختلفی است که ذیلاً بررسی می شود. اینک تفصیل این آراء:

ابوجعفر محمد بن علی بن الحسین صدوق (ت ۳۸۱) در کتاب "المقنع" - به نقل علامه و دیگران<sup>(۴)</sup> - می گوید: "حق حضانت، به طور مطلق چه در باره پسر و چه درباره دختر، از آن مادر است، تا موقعی که شوهر نکرده باشد." و به روایتی در این باره استدلال نموده، که در کتاب "من لایحضره الفقیه" آورده: «عن حفص بن غیاث او غیره، قال: سألت ابا عبد الله - علیه السلام - عن رجل طلق امراته و بسینهما ولد، اینهما أحق به؟ قال: المرأة ما لم تنزوجه.»<sup>(۵)</sup> درباره مردی که همسر خود را طلاق داده و فرزندی دارند، سؤال می کند: کدام یک برای حضانت و پرورش فرزند خود شایسته ترند؟ می فرماید: مادر، تا موقعی که شوهر نکرده باشد.

"ولد" به معنای مطلق فرزند است، چه دختر چه پسر باشد. و عبارت "أحق" ناظر به اولویت حقوقی است، نه ترجیح تکلیفی و استحباب.

شیخ الطائفه، محمد بن الحسن طوسی (ت ۴۶۰) در کتاب "مبسوط" (ج ۶، ص ۳۹) می گوید: کودک - چه پسر و چه دختر - تا به سن تمیز نرسیده، و آن سن هفت سالگی یا هشت سالگی است، در اختیار مادر می باشد، و مادر در حضانت و پرورش او آحق است. و پس از سن تمیز تا حد بلوغ، اگر پسر است، پدر آحق می باشد، و اگر دختر است، مادر آحق می باشد، تا زمانی شوهر نکرده است. و این طبق روایاتی است که اصحاب، (فقهای امامیه) روایت کرده اند.<sup>(۶)</sup>

در کتاب "خلاف" (ج ۲، ص ۲۳۵ م ۳۶)

کتاب النفقات نیز گوید: اگر زن از شوهر جدا شود، و از او فرزندی دارد، که به سن تمیز نرسیده،

بدون خلاف در اختیار مادر خواهد بود، و اگر به سن تمیز - که هفت یا هشت سالگی - است رسیده باشد، تا رسیدن به بلوغ، اگر پسر باشد در اختیار پدر است، و اگر دختر باشد در اختیار مادر، تا موقعی که شوهر نکرده باشد. سپس گوید: دلیل ما بر این مطلب اجماع فقهای امامیه و روایات آنان است.<sup>(۷)</sup>

ابن ادریس حلی (ت ۵۹۸) در کتاب "سرائر" (ج ۲، ص ۶۵۳) بر شیخ اعتراض کرده، با تندی می گوید: آنچه را که شیخ فرموده، برخی از آن، گفتار عامه است و شگفت آور است که در پایان گفتار خود آورده: دلیل ما اجماع فقها و روایات امامیه است. و این ادعا، خنده آور است، کدام اجماع و کدام روایات؟! روایات ما برخلاف آن است، و اجماع فقهای ما بر ضد آن می باشد؟!

علامه ابن المطهر حلی (ت ۷۲۶) در رد ابن ادریس و جسارت او نسبت به شیخ می گوید: این گفتار، از ابن ادریس، حاکی از جهل او است، زیرا نسبت به شیخ و دیگر فقها

**● مشهور میان متأخرین آن است که درباره پسر، با پایان دو سالگی حق حضانت مادر همراه با حق رضاع پایان می یابد. و درباره دختر تا هفت سالگی ادامه دارد.**

سلف جسارت نموده، و ناحق به شیخ نسبت گفتار ناروا داده، او از اجماع یا اختلاف فقها چه می داند! و چه اطلاعی از روایات دارد. شاید این مسأله در دوران شیخ اجماعی بوده، و فقها هم عصر او فتوی داده اند، و از اعتباری شایسته برخوردار بوده اند. شاهد بر آن فتوای صدوق و ابن جنید است که از فقهای صاحب اعتبار می باشند، و نیز روایتی که بدان اشاره شد.<sup>(۸)</sup>

سید محمد عاملی، صاحب مدارک، (ت ۱۰۰۹) در کتاب "نهاية المرام" (ج ۱، ص ۴۶۸) که در تسمیم کتاب "مجمع الفائده والبرهان" محقق اردبیلی تألیف نموده، در این

باره می گوید: علامه، ابن ادریس را سخت نکوهش کرده، و درست و به جا نکوهش نموده، شایسته بود که ابن ادریس، صرفاً اصل مسأله را مطرح می کرد و بر آن چیزی نمی افزود.

ابن جنید محمد بن احمد اسکافی (ت ۳۸۱) - که از بزرگان نامی فقهای امامیه، و هم عصر صدوق (ت ۳۸۱) و پیش از شیخ (ت ۴۶۰) بوده، می گوید: "حق حضانت مادر، نسبت به فرزند پسر، تا هفت سالگی ادامه دارد. و پس از آن، اگر رشد عقلی پیدا نکرده، همچنان در حضانت مادر باقی خواهد بود. ولی نسبت به دختر، تا مادر شوهر نکرده، حق حضانت او ادامه خواهد داشت."<sup>(۹)</sup>

قاضی ابن براج عبدالعزیز طرابلسی (ت ۴۸۱) - که از چهره های درخشان فقهای امامیه است - در کتاب "المهذب" (ج ۲ ص ۳۵۲) می گوید: "اگر زنی از شوهرش جدا گردید، و فرزندی از او دارد، که رشید و ممیز است، همچنان در حضانت مادر است. و اگر دارای رشد و تمیز گردید، اگر پسر است تا هفت سالگی، و اگر دختر است تا نه سالگی، در حضانت مادر است. و برخی تا سن بلوغ دختر گفته اند، مگر آنکه مادر شوهر کند، که با شوهر کردن، حق حضانت او نسبت به پسر و دختر، ساقط می گردد."<sup>(۱۰)</sup>

محقق، صاحب شرایع الاسلام، بیان می دارد که حق حضانت مادر، درباره فرزند پسر، تا دو سالگی (مدت رضاع) و درباره دختر تا هفت سالگی است.

و فقهای متأخر از همین نظریه پیروی کرده، و آن را مقتضای جمع میان روایات دانسته اند.

صاحب جواهر - در شرح فرموده محقق - می گوید: آشهر، بلکه مشهور (۱۱) میان فقهاء همین رأی است. و آن را مقتضای جمع میان روایات گرفته است. وی می گوید: در دو روایت "داود بن حصین" و "ابی الصباح کنانی"<sup>(۱۲)</sup> حق حضانت را تا دو سالگی از آن مادر و پس از آن برای پدر دانسته است.

و در دو روایت "ایوب بن نوح"<sup>(۱۳)</sup> تا هفت سال با مادر، و پس از آن با پدر می باشد.<sup>(۱۴)</sup>

گرچه در هر دو دسته از روایات، فرزند



زنانه، گفته‌اند. در مذهب مالکی، پسر تا رسیدن به خد بلوغ، و دختر تا موقعی که شوهر کند، آمده است. در مذهب شافعی، مدت معینی ندارد، بلکه تا موقعی است که قدرت تمیز پیدا کند، و خود اختیار کند، نزد پدر باشد یا مادر. و در مذهب حنبلی، تا هفت سال گفته‌اند. آنگاه پسر اختیار دارد، با پدر باشد یا با مادر. ولی دختر پس از هفت سال، تحت حضانت پدر قرار می‌گیرد. (۱۸)

### زوایات در زمینه حضانت

۱ - محمد بن یعقوب الكلینی، عن شیخه ابی علی الأشعری، (۱۹) عن الحسن بن علی (۲۰)، عن العباس بن عامر (۲۱)، عن داود بن الحصین (۲۲)، عن ابی عبدالله - علیه السلام - قال - فی قوله تعالی «والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین» مادام الولد فی الرضاع فهو بین الابوین بالسویة. فاذا فطم فالاب أحق به من الام... (۲۳) یعنی (فرزند در دوران رضاع سه گونه مساوی در اختیار پدر و مادر است. و پس از آن در اختیار پدر قرار می‌گیرد).

این روایت، در کلام صاحب جواهر با عنوان "خبر" یا شده، که حاکی از ضعف سند است. (۲۴) ولی علامه مجلسی آن را "موثقه" دانسته است. (۲۵) و شهید ثانی از آن با عنوان "موقوف" یاد کرده (۲۶) زیرا علامه حلی، داود بن حصین را واقفی دانسته و در عمل کردن به روایات او توقف نموده است. و صاحب مدارک نیز آن را صحیح شمرده و به حساب نیاروده است. (۲۷)

این روایت هیچ حقی را - در رابطه با حضانت - برای مادر قایل نشده، زیرا مساوی بودن مادر و پدر در دوران رضاع، ناظر به حق رضاع از جانب مادر، و حق سرپرستی و

به طور مطلق یاد شده، ولی مقتضای جمع بیان آنها، این است که روایات دسته اول را درباره پسر، و روایات دسته دوم را درباره دختر حمل و تفسیر نموده است. یعنی این توجیهی است که دو دسته روایات را از صورت تعارض بیرون می‌آورد.

و شاهد بر این جمع را - که تبرعی است (۱۵) - دو چیز دانسته: اولاً: اجماع منقول، که در کلام ابن زهره حلبی در کتاب "غنیة" آمده است. (ابن زهره، در این زمینه احکامی را بیان می‌دارد و در پایان می‌گوید: کل ذلک بدلیل اجماع الطائفة). (۱۶)

ثانیاً: دلیل اعتبار: زیرا پدر به پرورش پسر شایسته‌تر، و مادر به پرورش دختر شایسته‌تر می‌باشد.

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا این جمع، یک جمع اصولی و بر پایه‌های قواعد است، یا تبرعی محض؟ باید بررسی شود! پیش از هر چیز بایستی روایات بررسی گردد. امام راحل (قدس سره الشریف) در تحریر الوسیله (ج ۲، ص ۲۷۹، م ۱۷) روش صاحب جواهر را دنبال کرده می‌فرماید:

حق حضانت فرزند - چه دختر و چه پسر - تا دو سالگی با مادر است. و پس از دو سال اگر فرزند پسر است، پدر احق است، و اگر دختر است تا هفت سالگی با مادر، و پسر از آن با پدر است.

● حضرت استاد آقای خوئی (طاب ثراه) فرموده: اولی آن است که حضانت فرزند، چه پسر و چه دختر، تا مدت هفت سال، به مادر واگذار شود.

بیشتر فقهای معاصر بر همین رویه رفته‌اند، جز حضرت استاد آقای خوئی - طاب ثراه که فرموده: اولی آن است که حضانت فرزند، چه پسر و چه دختر، تا مدت هفت سال، به مادر واگذار شود. (۱۷)

مذاهب چهارگانه اهل سنت اتفاق نظر دارند، که حضانت فرزند - چه دختر و چه پسر - حق مادر است، و پس از وی مادر مادر... در طی مدت حضانت اختلاف دارند: در مذهب حنفیه، درباره پسر، هفت یا نه سال و در باره دختر، تا نه سال یا تا موقع قاعدگی

و جوب اتفاق از جانب پدر است. (۲۸) و پس از دوران رضاع، به گونه مطلق، حق حضانت و سرپرستی و پرورش فرزند را، چه دختر و چه پسر به پدر واگذار کرده است. لذا این روایت، در رابطه با حق حضانت مادر، سخنی نگفته، بلکه بر حسب ظاهر، منتفی دانسته است.

از این رو، روایتی که حق حضانت را تا دو سال، به مادر واگذار کرده باشد، در دست نداریم، تا موجب شود که آن را بر پسر یا غیره حمل کنیم. و لذا مرحوم "ابن فهد حلی" حق حضانت را در مدت دو سال، حق مشترک میان پدر و مادر دانسته، و بر آن دعوی اجماع نموده است. (۲۹)

صاحب جواهر، همین روایت "داود بن حصین" را مستند او دانسته است. (۳۰)

۲ - ابن بابویه محمد بن علی بن الحسین الصدوق، باسناده الصحیح الی عبدالله بن جعفر الحمیری (۳۱) عن ایوب بن نوح (۳۲) قال: کتب الیه - علیه السلام - بعض اصحابه: انه کانت لی امرأة ولی منها ولد، و خلیت سیبلیها. فکتب - علیه السلام: المرأة أحق بالولد الی ان ینبغ سبع سنین، الا ان تشاء المرأة. (۳۳) و هکذا روی محمد بن ادریس فی

## ● در هیچ یک از روایات، تفکیکی میان پسر و دختر نشده است، با وجود آنکه در مقام بیان بوده و هرگونه اطلاق در این زمینه، در حکم صراحت است.

مستطرفات السرائر بالاسناد الی ایوب نوح قال: کُتِبَ إِلَيْهِ السِّرُّ: جُعِلَتْ فِدَاكَ، رَجُلٌ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَلَدَتْ مِنْهُ ثُمَّ فَارَقَهَا، مَتَى يَجِبُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ وَرَدَةً؟ فَكُتِبَ: إِذَا صَارَ لَهُ سَبْعَ سَنِينَ، فَأَنْ أَخْذَهَا فَلَهُ، وَإِنْ تَرَكَهَا فَلَهُ. (۳۲)

این دو روایت از جهت سند، صحیح، و راوی اصل در هر دو یکی است، و مضمون آن تقریباً نیز یکی است: حضانت فرزند - چه دختر و چه پسر - تا هفت سالگی با مادر است. و لذا سید محمد عاملی صاحب مدارک، در این باره قاطعانه فرموده: «والذی یقتضیه الوقوف مع الروایة الصحیحة، أَنَّ الْأُمَّ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ الِیْ أَنْ یَبْلُغَ سَبْعَ سَنَیْنٍ مُطْلَقاً» (۳۵) می گوید: مقتضای عملکرد به روایت صحیح، آن است که حضانت را تا هفت سالگی فرزند، حق مادر بدانیم، چه پسر باشد چه دختر.

۳- صدوق از طریق سلیمان بن داود منقروی (۳۶) از حفص بن غسیات (۳۷) یسادیگری (۳۸) از امام جعفر بن محمد صادق (ع) روایت می کند، پرسیدم: مردی همسر خود را طلاق گفته، و فرزندی دارند، کدام یک أَحَقُّ به فرزند خویش می باشند؟ فرمود: مادر، تا شوهر نکرده است.

و به گفته علامه، همین روایت، مستند فتوای صدوق می باشد، که حق حضانت را مطلقاً با مادر دانسته تا شوهر نکرده است. (۳۹)

ثقة الاسلام کلینی، نیز این روایت بدین گونه نقل کرده: عن علی بن ابراهیم، عن علی بن محمد القاسانی (۴۰) عن القاسم بن محمد، عن المنقری عن ذکره، قال: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنِ الرَّجُلِ يَطْلُقُ امْرَأَتَهُ وَبَيْنَهُمَا وَلَدٌ، أَيُّهُمَا أَحَقُّ بِالْوَلَدِ؟ قَالَ: الْمَرْأَةُ أَحَقُّ

بِالْوَلَدِ - مَالِم تَتَزَوَّجُ. (۴۱)

و در مستدرک الوسائل (ج ۷۲۵ ص ۱۶۴، رقم ۵ و ۶ باب ۵۸، احکام الاولاد) از کتاب "در اللالی (ج ۱، ص ۴۵۷)" آورده: پیغمبر اکرم - صلی الله علیه و اله و سلم - فرموده: «الأم احق بحضانة ابنها مالم تتزوج». و نیز به زنی که شوهرش او را طلاق داده، و می خواسته فرزندش را از او جدا سازد فرموده: «انت احق به مالم تنکح».

### جمع بندی میان روایات

همانطور که گفته شد در کلام صاحب جواهر - قدس سره - عمده روایت دو سال و روایت هفت سال، مدنظر است، و روایت مورد استناد صدوق، به جهت ضعف سند و ارسال، از اعتبار ساقط است. لذا برای جمع میان روایت دو سال و روایت هفت سال، روایت نخست را بر فرزند پسر، و روایت دوم را بر دختر، حمل نموده، و شاهد این جمع را - که از صورت جمع تبرعی بیرون است - اجماع ادعا شده در کلام ابن زهره، و اعتبار

### ● مذاهب چهارگانه اهل سنت اتفاق نظر دارند، که حضانت فرزند - چه دختر و چه پسر - حق مادر است.

عقلی گرفته است. (۴۲)

ولی در اینجا باید به چند نکته توجه شود: اولاً - در هیچ یک از روایات، تفکیکی میان پسر و دختر نشده است، با وجود آنکه در مقام بیان بوده و هر گونه اطلاق در این زمینه، در حکم صراحت است، که موجب تقابل و تعارض صریح میان دو طرف می گردد. و تقریباً در هر یک از دو طرف حالت ایبای از تخصیص بوجود می آید، که با جمع تبرعی که یک گونه تخصیص در طرفین است، منافات دارد.

ثانیاً - روایات دو سال عموماً ناظر به مسأله رضاع است، و مسأله حضانت در آنها

مطرح نیست، به ویژه روایت "داود بن حصین" که حق زن و مرد را در مدت دو سال، نسبت به فرزند یکسان گرفته است. و این خلاف اجماع فقها است، لذا مورد عمل قرار نگرفته، بلکه مورد اعراض می باشد. لذا به همین جهت آن را به گونه ای تفسیر کرده اند که مقصود: شیر دادن از طرف زن، و انفاق از طرف مرد می باشد، چنانچه در کلام صاحب جواهر گذشت. (۴۳) بدین سبب این روایت، که از لحاظ محتوا، در مقابل روایت صحیح است، چندان در خور اعتماد نیست.

ثالثاً - اجماعی که در کلام ابن زهره، شاهد جمع گرفته شده، به دلیل گفته شیخ در دو کتاب گرانقدر خود (خلاف و مبسوط) تا سن هفت سالگی - در مورد دختر و پسر - حق حضانت الزامی با مادر است، و دعوی اجماع فقها و روایات نموده است جای تامل است. به علاوه فتوای فقهای همچون قاضی ابن براج و ابن جنید و صدوق، با دعوی اجماع ابن زهره کاملاً تناقض دارد، و نمی تواند شاهد جمع قرار گیرد.

و اما اعتبار عقلی یادشده، علاوه بر آنکه استحسان صرف است، شاید بتوان گفت اعتبار برخلاف آن باشد، و فرزند تازه از شیر گرفته شده، به مادر بیش از پدر نیاز دارد: دامن مهر مادر جای امن تری است برای پرورش کودک خردسال تا آنکه او را را پدر به دست بیگانه بسپارد و دو روایت منقول از پیغمبر اکرم - صلی الله علیه و اله و سلم نیز شاهد بر این اعتبار است. (۴۴)

صاحب حدائق - قدس سره - شیوه دیگری را ارائه داده، می گوید: اگر حضانت پس از طلاق مورد نزاع قرار گرفت، پدر احق است - جز در مدت دو سال رضاع - و اگر نزاعی رخ ندهد، در آن صورت مادر تا هفت سال احق است تا زمانی که شوهر نکرده است. شاهد بر این جمع را، روایات «دَعَا يَلْعَبُ سَبْعًا وَالزَّوْجَةُ تَسْتَك سَبْعًا» (۴۵) گرفته می گوید: پوشیده نیست، هفت سال اول، که دوران بازی و تربیت است، نزد مادر بودن شایسته تر می باشد، زیرا او است که حوصله به خرج می دهد، و در این مدت از وی مواظبت می کند. و در همین روایات آمده «م ضممه الیک و الزمه

## ● روایت دو سال، ناظر به امر نظارت و اتفاق است که همچنانکه تا

دو سالگی با پدر بوده، پس از دو سال نیز ادامه می یابد.

**نفسک**، یعنی پس از هفت سال، نزد خود نگاه دار و با او باش، که دلالت دارد بر اینکه پیش از این نزد مادر بوده است. (۴۶) بدین ترتیب میان روایات جمع نموده، و فرقی میان پسر و دختر نگذارده است.

### نتیجه سخن

روایات مربوطه، در هر حال، صراحت در اطلاق دارد و هرگونه فرق میان پسر و دختر، صرفاً جمع تبرعی است و فاقد شاهد جمع است. و همچنین فرق میان حالت نزاعی و وفاق وجود ندارد. لذا اساساً - طبق بیانی که عرضه شد - تعارضی در روایات وجود ندارد. و روایت دو سال، ناظر به امر نظارت و اتفاق است که همچنانکه تا دو سالگی با پدر بوده، پس از دو سال نیز ادامه می یابد. و اطلاق آیه «**لانتضارُ والدةٌ بولدها**» در این زمینه حاکم است. و با «**ولامولود له بولده**» در تضاد نیست. زیرا حق او همچنان محفوظ است. بنابراین روایت هفت سال که صحیح است و در رابطه با مسأله حضانت می باشد، موافق اطلاق آیه و مرجع، در مسأله است.

لذا بایستی گفته سید سند صاحب مدارک را در این باره تکرار نمود:

«والذی یقتضیه الوقوف مع الروایة الصحیحة، أن الام أحق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین مطلقاً، یعنی حق حضانت، چه دختر و چه پسر، تا هفت سال، با مادر است. و نیز عبارت فیض کاشانی «و روایة السبع اکثر و اشهر» که ذکر شد.

به علاوه فتاوی قدما نیز با آن هماهنگی موافقت دارد. مرسله صدوق و کلینی و دو حدیث نبوی - که سابقاً به آنها اشاره شد - نیز مؤید می باشند.

هذا والحمد لله رب العالمین.

### پی نوشت:

- ۱- جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۵.
  - ۲- وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۱، رقم ۲، باب ۸۱ احکام الأولاد.
  - ۳- جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۰-۲۸۱.
  - ۴- مختلف الشیعه، علامه، ج ۷، ص ۳۰۷، المذهب البارع، ابن فهد، ج ۳، ص ۴۲۶، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۱، الحدائق الناصرة، ج ۲۵، ص ۸۸.
  - ۵- من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۵، باب ۱۲۷، رقم ۲.
  - ۶ و ۷- رجوع شود به مختلف الشیعه، علامه حلی، ج ۱۷، ص ۳۰۶.
  - ۸- مختلف الشیعه، علامه، ج ۷، ص ۳۰۸.
  - ۹- مختلف الشیعه، علامه، ج ۷، ص ۳۰۶، رجوع شود به فتاوی ابن جنیده، ص ۲۶۳، نوشته اشتهاردی. در گفتار ابن برآج این نکته جلب توجه می کند، که سن بلوغ دختر را با پایان یافتن نه سالگی نمی داند. و در جای خود یادآور شده ایم، که بلوغ دختر و پسر، نسبت به احکام مختلف، متفاوت است. و خصوص سن مدخلیتی ندارد.
  - ۱۰- همان باورنی قبل.
  - ۱۱- «اشهر» در موردی بکار میرود که رأی مخالف نیز شهرت داشته باشد. ولی در مقابل «مشهور» فقدان شهرت فتوایی است که جنبه «ثدرت» دارد.
  - ۱۲- روایات یاد شده، خواهد آمد.
  - ۱۳- روایات یاد شده، خواهد آمد.
  - ۱۴- جواهرالکلام ج ۳۱، ص ۲۹۰-۲۹۱، و نیز رجوع شود به تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۷۹، کتاب النکاح، احکام الولاده، م: ۱۶.
  - ۱۵- جمع تبرعی، در موردی است که شاهد عرفی نداشته باشد، و این جمع از نظر اصولیون فاقد اعتبار است.
  - ۱۶- الجوامع الفقهیه، ص ۶۱۶.
  - ۱۷- منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۲۱، م ۹، فصل ۹، احکام الأولاد.
  - ۱۸- رجوع شود به: الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۵۹۶-۶۰۰.
  - ۱۹- هو: احمد بن ادریس القمی، ثقة فقیه فی اصحابنا کثیر الحدیث صحیح الروایة.
  - ۲۰- هو: الحسن بن علی بن عبدالله بن المنیره الجبلی، ثقة ثقة.
  - ۲۱- هو: العباس بن عامر بن زباح الثقفی القصبانی. شیخ صدوق ثقة.
  - ۲۲- قال الشیخ: انه واقفی، وثقه النجاشی. و توفیق العلاقة فی العمل بروایة لاجل الوقف.
- ۲۳- الکافی الشریف، ج ۶، ص ۴۵، رقم ۴. و التهذیب، ج ۸، ص ۱۰۴. و الاستبصار، ج ۳، ص ۳۲۰. و من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۴، رقم ۱۳۰۲. و الوسائل ج ۷، ص ۲۱، ص ۴۷۰، ب ۸۱، رقم ۱، احکام الأولاد.
  - ۲۴- جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۱ و ۲۸۶.
  - ۲۵- مرآة العقول، ج ۲۱، ص ۸۰.
  - ۲۶- قال: لیس فی الباب خبر صحیح بل هی بین ضعیف و مرسل و موقوف. که عبارت اخیر اشاره به روایت داود بن حصین است. مسالک، ج ۲، فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع ج ۲ ص ۳۷۲ گوید: الاقول مختلفة كالنصوص مع ضعفها.
  - ۲۷- نهاية المرام، ج ۱، ص ۴۶۸. فقط روایت «سبع» را صحیح شمرده و فیض می گوید: «و روایة السبع اکثر و اشهر» و آن روایت ایوب بن نوح است که یادآور شدیم.
  - ۲۸- صاحب جواهر، (ج ۳۱، ص ۲۸۶) تسویه را به همین گونه تفسیر کرده است.
  - ۲۹- می گوید: «وقع الاجماع علی اشتراک الحضانه بین الابوين مدة التحولین» المذهب البارع، ج ۳، ص ۴۲۶.
  - ۳۰- صاحب جواهر می گوید: و ربما كانت سالاته و الة علیه - بقره: ۲۳۳ - بل خیر داود بن الحصین ظاهر فیه (جواهر الکلام) ج ۳۱، ص ۲۸۶.
  - ۳۱- قمی ثقة. شیخ القمیین و وجههم.
  - ۳۲- ایوب بن نوح بن دراج النخعی. کوفی ثقة. و کان وکیلاً لابی الحسن و ابي محمد - علیهما السلام - و کان عظیم المنزلة عندها مأموراً بشدید الرع کثیر المباداة، ثقة فی روایاته.
  - ۳۳- وسائل ج ۲۱، ص ۴۷۲، رقم ۷ و ۶.
  - ۳۴- وسائل ج ۲۱، ص ۴۷۲، رقم ۷ و ۶.
  - ۳۵- نهاية المرام، ج ۱، ص ۴۶۸.
  - ۳۶- سند صدوق به سلیمان بن داود مقری، ضعیف است، زیرا در طریق به وی، قاسم بن محمد که ضعیف است واقع شده. ولی خود سلیمان بن داود مقری مورد توثیق نجاشی قرار گرفته است.
  - ۳۷- حفص بن غیاث از عامه است، ولی نسخه کتاب وی مورد اعتماد اصحاب می باشد.
  - ۳۸- این تردید، که روشن نیست طرف تردید کیست، روایت را از حجیت ساقط می سازد.
  - ۳۹- مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۷.
  - ۴۰- علی بن محمد بن شیرهاالقاسانی، مورد تضعیف قرار گرفته است.
  - ۴۱- کافی شریف، ج ۶، ص ۴۵، رقم ۳.
  - ۴۲- جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰-۲۹۱.
  - ۴۳- جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۶.
  - ۴۴- مستدرک الوسائل، ج ۲۵، ص ۱۶۴، رقم ۶ و ۵؛ و نیز: سنن بیهقی، ج ۸، ص ۴ و مسند احمد ج ۲، ص ۲۰۳. ابوداود، ج ۲، ص ۲۸۳، رقم ۲۲۷۶.
  - ۴۵- وسائل ج ۲۱، ص ۴۷۳، باب ۸۲.
  - ۴۶- الحدائق الناصرة ج ۷، ص ۲۵، ص ۸۹-۹۰.