

مركز جهانی علوم اسلامی
جمهوری اسلامی ایران - قم - ۱۳۵۸

مدرسه عالی فقه و معارف اسلامی

مسئله حضانت در فقه اسلامی

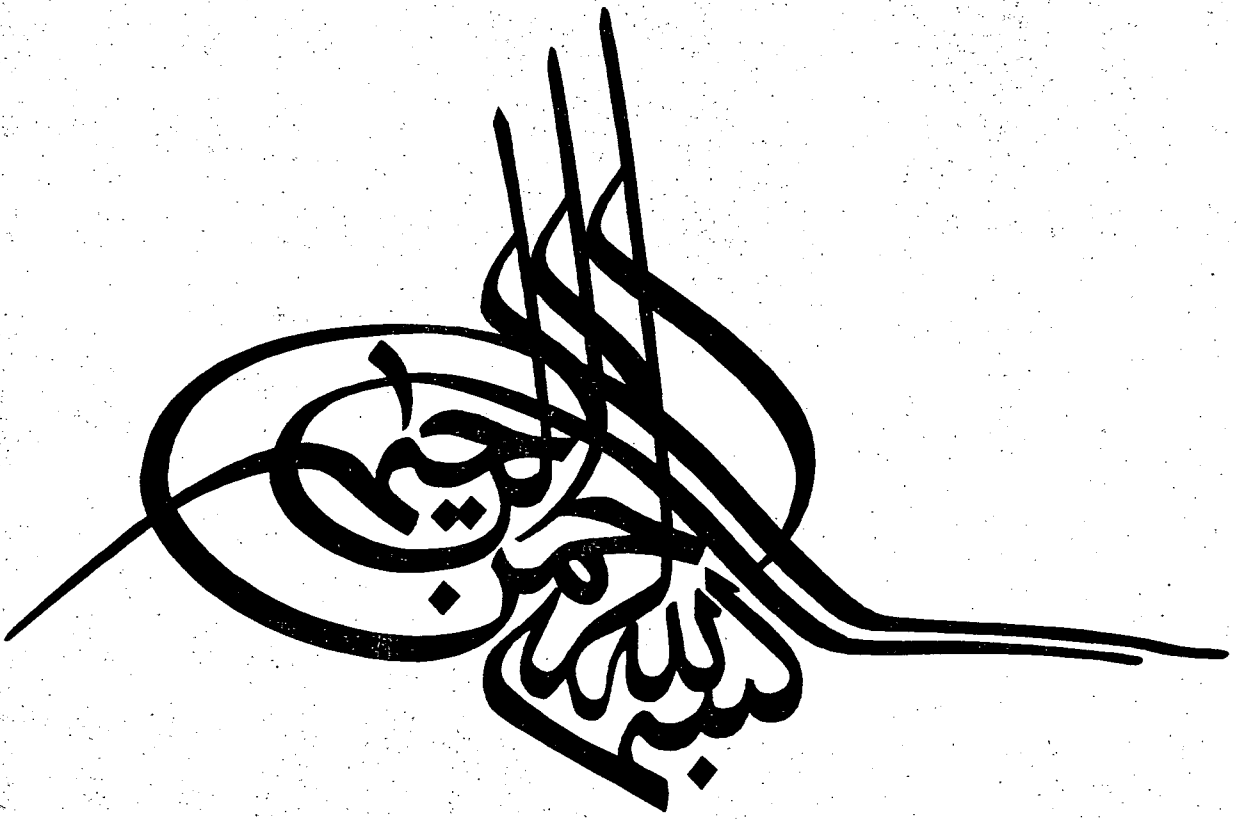
برای دریافت درجه کارشناسی ارشد
در رشته فقه و معارف اسلامی

نگارش: سید محمد صمیمی

استاد راهنما: حجة الاسلام و المسلمین سید کاظم مصطفوی
استاد مشاور: حجة الاسلام و المسلمین علی رحمانی سبزواری

تیر ۱۳۸۵

کتابخانه جامع مرکز جهانی علوم اسلامی
شماره ثبت: ۴۲۱
تاریخ ثبت:



— مسئولیت مطالب مندرج در این پایان نامه به عهده نویسنده می باشد.

— هر گونه استفاده از این پایان نامه با ذکر منبع بلاشکال است و نشر آن در داخل کشور منوط به اخذ مجوز از مرکز جهانی علوم اسلامی است.

تقدیر و تشکر:

از باب من «لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق» لازم می‌دانم مراتب سپاس خود را نسبت به مسئولین محترم مرکز جهانی علوم اسلامی بویژه بخش پایان نامه که در راستای رشد و بالندگی و ارتقاء سطح فکری و علمی طلاب، چنین بستری را فراهم نموده‌اند اعلام نمایم.

همچنین از زحمات بی‌شائبه و راهنمایی‌های عالمانه و دلسوزانه استاد محترم راهنما جناب حجة الاسلام و المسلمین حاج آقای مصطفوی و نیز از ارشادات و دقت نظر استاد محترم مشاور جناب حجة الاسلام و المسلمین حاج آقای رحمانی سبزواری تقدیر و تشکر می‌کنم.

تقدیم:

تقدیم به ساحت پاک و مقدس شیرزن کربلا

عقبه بنی ہاشم

حضرت زینب کبری سلام اللہ علیہا.

چکیده:

سرپرستی و مراقبت و نگهداری از کودکان و نوجوانان و تعلیم و تربیت آنان یکی از مهمترین مباحث فقهی و حقوقی است که در بخش حقوق خانواده مطرح می‌باشد.

طرفداران تساوی کامل حقوق زن و مرد (تفکر رائج در غرب) و سازمانهای بین‌المللی دفاع از حقوق زنان خواهان برخورداری یکسان زن و مرد از حق حضانت و گاه انحصاری کردن آن برای زنان هستند. در جوامع اسلامی نیز این موضوع به خاطر نگاه ارزشی که به خانواده، کودک و روابط متقابل او با والدین وجود دارد، نیز مورد توجه می‌باشد اما آنچه در این میان نقش بحث‌انگیزی ایفا کرده است و مجموعه چالشهای موجود را به خود اختصاص داده است، موضوع حضانت و ولایت بر کودک و سهم و نقش مادران در این میان است.

پژوهش حاضر که تحت عنوان «مسئله حضانت در فقه اسلامی» انجام شده است می‌کوشد تا با استفاده از آیات و روایات و آرای فقهای امامیه زوایای گوناگون مسئله حضانت را مورد بحث و بررسی قرار دهد و نشان دهد که حکم حضانتی که در اسلام جعل شده است نه بی‌توجهی به مادر بوده و نه امتیاز دادن به پدر است بلکه با توجه به جوانب مختلف نظام خانواده و با در نظر گرفتن مصالح و حقوق کودک سازمان یافته است.

فهرست مطالب

۱ مقدمه
۵ بخش اول: ماهیت حضانت
۵ تعریف حضانت
۸ بحث حق و حکم درباره حضانت
۸ تعریف حق
۹ اقسام حق
۱۰ تعریف حکم
۱۱ ویژگیهای حکم
۱۱ نسبت بین حکم و تکلیف
۱۱ تفاوت حق و حکم
۱۳ راه علاج مواردی که حق یا حکم بودن آن مشتبه است
۱۳ ثمره بحث
۱۴ دیدگاه فقها در مورد حق یا حکم بودن حضانت
۱۵ ادله حضانت و حکم آن
۱۹ حضانت و مقایسه آن با ارضاع
۲۱ حضانت و ولایت
۲۳ حضانت و قیمومت
۲۵ نظر فقهای عامه
 بخش دوم: شرایط حضانت کننده
۲۷ طرح مسئله
۲۸ الف - شرایط مشترک زن و مرد
۲۸ ۱- اسلام
۳۴ ۲- عاقل بودن

- ۳- آزاد بودن ۳۷
- ۴- داشتن صلاحیت اخلاقی ۳۸
- ۵- عدم ابتلا به بیماریهای خطرناک ۴۱
- ب - شرایط ویژه زن ۴۳
- ۱- مقیم بودن ۴۳
- ۲- ازدواج نکردن ۴۵
- برگشت حق حضانت یا عدم آن پس از طلاق ۴۷
- مباشرت در حضانت ۴۹
- نظر فقهای عامه ۴۹
- بخش سوم: امور حضانت
- فصل اول - متولیان حضانت ۵۴
- گفتار اول - حضانت پس از جدائی والدین ۵۴
- الف - حضانت در دوران شیر خوارگی ۵۴
- اولویت مادر در حضانت ۵۵
- اشتراک والدین در حضانت ۵۵
- ردّ نظریه ابن فهد ۵۸
- آیا با از بین رفتن حق ارضاع، حضانت هم ساقط می شود ۵۸
- قول اول: سقوط حضانت ۵۹
- قول دوم: بقاء حق حضانت ۶۱
- ب - حضانت بعد از دوران شیرخوارگی ۶۲
- نقد قول مشهور ۶۵
- بررسی روایات حضانت ۶۶
- فرع:
- ۱- خنثی مشکل ۶۹

- ۷۰ ۲- نحوه دیدار کودک با والدین
- ۷۱ گفتار دوم: حضانت پس از فقدان پدر یا مادر
- ۷۳ گفتار سوم: حضانت پس از فقدان والدین
- ۷۶ گفتار چهارم: حضانت کودکان بدون سرپرست

فصل دوم

- ۸۰ پایان دوره حضانت
- ۸۲ نظر فقهای عامه

بخش چهارم

مسئولیت‌های مربوط به حضانت

- ۸۵ فصل اول: وظایف حضانت کننده
- ۸۶ الف - مراقبت و نگهداری
- ۸۶ ۱- غسل دادن نوزاد
- ۸۷ ۲- گفتن اذان و اقامه در گوش نوزاد
- ۸۸ ۳- برداشتن کام
- ۸۹ ۴- نامگذاری
- ۹۰ ۵- تراشیدن موی سر
- ۹۱ ۶- صدقه دادن
- ۹۱ ۷- عقیقه کردن
- ۹۳ ۸- ختنه کردن
- ۹۵ نیازهای جسمی کودک
- ۹۵ ۱- تغذیه
- ۹۶ ۲- بهداشت
- ۹۷ ۳- بازی و سرگرمی
- ۹۸ ب - تربیت

۹۸	۱- تمرین دادن و واداشتن کودک به عبادات
۱۰۰	۲- آموزش قرآن
۱۰۰	۳- سلام کردن به کودکان
۱۰۱	۴- وفای به عهد
۱۰۱	۵- خواندن و نوشتن
۱۰۲	۶- دفع زمینه‌های انحراف
۱۰۳	۷- پرو بار نیاوردن
۱۰۳	۸- عفو و گذشت
۱۰۴	۹- تشویق نمودن
۱۰۵	۱۰- تنبیه نمودن کودک
۱۰۸	نظر فقهای عامه
	فصل دوم
	فروع احضانت
۱۱۱	۱- هزینه‌های دوران حضانت
۱۱۹	۲- اجرت حضانت
۱۲۰	نظر فقهای عامه
	۳- مسئولیت حضانت کننده در قبال خسارتی که کودک به دیگران وارد می‌کند
۱۲۱	
۱۲۲	نتیجه گیری و جمع بندی
۱۲۹	فهرست منابع

مقدمه:

مکتب انسان ساز اسلام که برای سعادت و به کمال رساندن انسانها، توسط پیامبر اکرم به جهانیان عرضه شده است، بر خلاف گفتار و پندار دشمنان کینه توز، آئینی است کامل و مترقی که برای سعادت فرد و جامعه دارای طرح و برنامه می باشد. یکی از دستورات متعالی و مترقی اسلام درباره نهاد مقدس خانواده است. در جامعه اسلامی هریک از والدین و فرزندان در قبال یکدیگر وظایف و تکالیفی دارند. همانگونه که فرزندان موظفند تا بوالدین خویش احترام گذاشته و مراعات حال آنان را بنمایند، والدین نیز در مقابل کودکان و سرنوشت و آینده آنان مسئول هستند. بدون تردید باید گفت: بسیاری از ناهنجاریهای فردی و اجتماعی، ناشی از عدم آگاهی کامل والدین از دستورات و برنامه های سازنده اسلام درباره کودکان و افراط و تفریط در امر مراقبت و نگهداری و تعلیم و تربیت آنها می باشد. در این تحقیق سعی بر این است تا به زوایای گوناگون مسئله حضانت از دیدگاه آیات و روایات پرداخته شود.

طرح تحقیق:

الف - تعریف مسئله و بیان سؤال اصلی:

وقتی بنیان خانواده ای از هم می پاشد و زوجین به دلیل ناسازگاری و اختلاف خانوادگی از یکدیگر جدا می شوند و نیز هنگامیکه یکی از والدین و یا هر دو آنها از دنیا می روند، در این حالت یکی از اساسی ترین پرسشهایی که به ذهن انسان خطور می کند، مربوط به کودکان این خانواده و سرنوشت و آینده آنان است و اینکه چه کسی مسئولیت مراقبت و نگهداری و تعلیم و تربیت آنها را به عهده خواهد گرفت. بنابراین سؤال اصلی در این زمینه این است که: دیدگاه فقهی اسلام پیرامون مسئله حضانت چیست و حدود و ضوابط آن چگونه مشخص می شود؟

ب - بیان سئوالهای فرعی

- ۱- معنی و مفهوم حضانت چیست؟
- ۲- حضانت حق است و یا حکم؟
- ۳- آیا حضانت همان ارضاع می باشد؟
- ۴- حضانت با ولایت و قیمومت چه تفاوتی دارد؟
- ۵- چه شرایطی در حضانت کننده معتبر است؟
- ۶- متولیان امر حضانت چه کسانی هستند؟
- ۷- پایان دوره حضانت چه زمانی است؟

۸- وظایف فقهی حضانت کننده، در قبال کودک چیست؟

۹- هزینه‌های دوران حضانت بعهده چه کسی است؟

۱۰- آیا حضانت کننده حق دریافت اجرت را دارد یا خیر؟

۱۱- آیا حضانت کننده حق تنبیه بدنی کودک را دارد یا خیر؟

۱۲- در قبال خسارتی که کودک به دیگران وارد می‌کند، آیا حضانت کننده مسئولیتی دارد یا

خیر؟

ج - سابقه و ضرورت تحقیق:

با مراجعه به کتب فقهی، روشن می‌شود که بحث حضانت از دیر باز مورد توجه بوده است و فقهای شیعه در هر عصری، کم و بیش در مورد حضانت و احکام آن بحث کرده‌اند. فقهای متقدم نظیر شیخ مفید (م. ۴۱۳ق) و سلار دیلمی (م. ۴۴۸ق) و ابوصلاح حلبی (م. ۴۴۷ق) در کتابهای فقهی خویش، برای افاده این مفهوم، واژه کفالت را به کار برده‌اند. ظاهراً نخستین بار شیخ طوسی واژه «حضانت» را برای بیان مفهوم سرپرستی و نگهداری از کودک مطرح نمود و پس از آن در کتب فقهی شیعه این عنوان رواج یافت. اما شیخ طوسی، واژه «حضانت» را صرفاً بکار برد، بدون اینکه تعریفی از آن ارائه بدهد. می‌توان گفت اولین فقیهی که برای حضانت تعریفی اصطلاحی ارائه داد، مرحوم علامه بود و فقهای بعد از علامه به تبع از ایشان، برای حضانت تعریف اصطلاحی ذکر نموده‌اند.

با اینکه بحث حضانت در کتب فقهی ما مطرح شده و فقهای عظام پیرامون آن سخن گفته‌اند، اما در زبان فارسی، به صورت مستدل و مبسوط کمتر مورد تحقیق و پژوهش واقع شده است. هرچند در سالهای اخیر مقالات خوبی در مجلات تخصصی نظیر: «فقه اهل بیت» و «کتاب نقد» و «پیام زن» توسط محققان به رشته تحریر درآمده است. اما از آنجا که موضوع مورد بحث از موارد مبتلابه و مورد نیاز جامعه بوده و تحقیقات موجود نیز جامع و کامل نمی‌باشند لذا به نظر می‌رسد، هنوز جا برای تحقیق بیشتر در این زمینه وجود دارد.

د - فرضیه تحقیق:

راهکاری را که اسلام درباره حضانت و سرپرستی از کودکان و نوجوانان و تعلیم و تربیت آنان ارائه کرده است مبتنی بر آیات و روایت و با در نظر گرفتن کلیه جوانب امر می‌باشد و به گونه ای است که نه تنها حقوق والدین به خصوص مادر، در آن مراعات شده بلکه به مصلحت کودک نیز می‌باشد.

ر - هدف تحقیق:

۱- این تحقیق به دنبال برجسته نمودن دیدگاه فقهی اسلام پیرامون حضانت و احکام کلی آن می‌باشد تا جایگاه حضانت از منظر فقه اسلامی روشن گردد و نیز معلوم شود که اسلام نه تنها شخصیت کودک را نادیده نگرفته بلکه با جعل مسئله حضانت نشان داده که به سرنوشت و آینده کودکان تا چه اندازه اهمیت قائل است.

۲- ارائه بحث مورد نظر به صورت منظم و دسته بندی شده به منظور استفاده طلاب محترم.

ز - جنبه جدید بودن و نوآوری تحقیق:

آثاری که درباره حضانت توسط محققین و پژوهشگران برشته تحریر درآمده است، عموماً به زبان عربی بوده و فهمیدن آن برای همگان دشوار می‌باشد. از طرف دیگر، تحقیقاتی هم که به زبان فارسی منتشر شده است جامع و کامل نمی‌باشند، مثلاً برخی فقط از دیدگاه حقوقی به قضیه پرداخته‌اند و برخی دیگر فاقد برهان و دلیل می‌باشند. در این تحقیق سعی شده، ضمن برطرف نمودن نواقص موجود، نظر فقهای عامه را در این زمینه بیان نماید و از این نظر در میان تحقیقات منتشر شده به زبان فارسی کار جدیدی محسوب می‌شود.

س - روش تحقیق:

روش تحقیق در این رساله، روش کتابخانه‌ای است که با استفاده از منابع تفسیری، روایی و فقهی و برخی از مجلات و ماهنامه‌ها که موضوع حضانت در آن مطرح گردیده است، مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

ش - قلمرو تحقیق:

مراقبت از کودکان و سرپرستی و تعلیم و تربیت آنان، از جمله مسائلی است که در تمام جوامع بشری مورد توجه بوده و محدود به زمان و مکان خاصی نمی‌باشد. لیکن به لحاظ موضوع باید گفت: در این پایان نامه فقط دیدگاه فقهی اسلام در مورد حضانت مد نظر بوده و پیرامون آن تحقیق و بررسی صورت گرفته است و سعی شده است در پایان هر فصلی حتی الامکان نظر برخی فقهای عامه نیز جهت اطلاع آورده شود.

بخش اول

ماهیت حضانت

تعریف حضانت در لغت:

حضانت (به فتح و کسر حاء) عبارت است از زیر بال و پر گرفتن و به سینه چسپانیدن و پروراندن که کنایه از حفظ و نگهداری می‌باشد. واژه حضانت از حَضَن گرفته شده است و حَضَن به معنی جنب و پهلو می‌باشد و نیز گفته شده است: «الحضن مادون الابطال الی الکشح»^۱ یعنی به زیر بغل تا برآمدگی لگن هم حَضَن می‌گویند. همچنین گفته‌اند: «الحضن الصّدر و العضدان و ما بینهما» معادل فارسی این واژه عبارت است از: آغوش، پهلو و بغل.

در حدیثی از امام صادق علیه السلام آمده است: «أربع تذهب ضیاعاً ... و سرّ یوضع عند من لاحضانه له»^۲. چهار چیز از بین می‌رود: ... و سخن مخفی و پنهانی که نزد کسی گذاشته شود که (قدرت حفظ) و نگهداری (آنرا) ندارد.

در زبان عربی (حاضن) و (حاضنه) به زن و مردی گفته می‌شود که امر سرپرستی و نگهداری و پرورش و تربیت کودک را بعهده دارند.

واژه حضانت و مشتقات آن، به طور کلی به این معنی و معانی دیگر در قرآن نیامده، اما در کلمات معصومین علیهم السلام به همین معنی به کار رفته است. امیرالمومنین (ع) می‌فرماید: «ومن رحمته أنه لما سلب الطفل قوّة النهوض و التغذی جعل تلك القوّة فی امّه و رقّتها علیه لتقوم بتربيته و حضانه»^۳. «خداوند متعال، چون نیروی حرکت و تغذیه را از کودک گرفت، آنرا در مادرش قرار داد و مادر را برای وی دلسوز و مهربان کرد تا به تربیت و نگهداری او همت گمارد».

و در دعای شریف عرفه نیز آمده است: «و عطفت علیّ قلوب الحواضن و کفلتنی الامهات الرواحم»^۴ «و دل‌های نگهدارندگان را بر من مهربان و مادر دلسوز را سرپرست من قرار دادی».

اهل سنت نیز در منابع روایی خود از پیامبر گرامی اسلام (ص) نقل کرده‌اند: «الام احق بحضانه ابنتها مالم تتزوج»^۵: مادر سزاوارتر به نگهداری دخترش می‌باشد، مادامیکه ازدواج نکرده است.

۱- ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۳، ص ۱۲۲.

۲- حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۳۱.

۳- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، ج ۹۲، ص ۲۴۸.

۴- قمی، شیخ عباس، مفاتیح الجنان، ص ۴۳۲.

۵- احسانی، ابن ابی جمهور، عوالم الشیعی، ج ۳، ص ۳۶۹.

قرآن کریم برای بیان مفهوم سرپرستی و حضانت، از مشتقات واژه (کفالت) بهره جسته است و در آیه‌ای که راجع به سرپرستی حضرت مریم است، خطاب به پیامبر گرامی اسلام می‌فرماید: «وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ»؛ و تو در آن هنگام که قلمهای خود را (برای قرعه کشی) به آب می‌افکندند تا کدامیک کفالت مریم را عهده دار شوند، حضور نداشتی. و در جای دیگر می‌فرماید: «وَأْتِيهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا»؛ و خداوند به طور شایسته‌ای (نهال وجود) او را رویاند و کفالت او را به زکریا سپرد.

همچنین در مورد سرپرستی و نگهداری حضرت موسی (ع) آمده است: «فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ آءِ». پس (خواهر موسی) گفت: آیا شما را به خانواده‌ای راهنمایی کنم که سرپرستی او را برای شما بپذیرند؟

«کفالت» مصدر (کفل، یکفل) است و در لغت بمعانی گوناگون همچون ضمانت، سرپرستی و تربیت یتیم را به عهده گرفتن، بکار رفته است. و کافل اغلب به معنای سرپرستی و نگهداری از انسان و کفیل به معنای ضامن و ضمانت کردن استعمال می‌شود.^۱

تعریف حضانت در اصطلاح:

فقهاء عظام در تعریف حضانت فرموده‌اند: «الحضانة ولاية و سلطنة علی تربية الطفل و ما يتعلق بها من مصلحة حفظه و جعله فی سریره و كحله و تنظيفه و غسل خرقة و ثيابه نحو ذلك» حضانت عبارت است از: سلطه و اقتدار بر کودک برای تربیت و مصالحی که مربوط به آن است، مانند حفظ و نگهداری از او، قرار دادنش در تخت و بلند کردنش از آن، سرمه کشیدن، نظافت کردن او، شستن کهنه و لباسش و مانند آن. همانگونه که ملاحظه می‌شود، از حضانت تعبیر به ولایت شده است. علامه در کتاب قواعد الاحکام، شهید ثانی در مسالک الافهام، سید علی طباطبائی در ریاض المسائل و دیگران نیز همین تعبیر را به کار برده‌اند.

صاحب جواهر در ماهیت این ولایت اشکال نموده و فرموده است: اگر مقصود این است که حضانت مثل سایر ولایات قابل اسقاط نیست و بر مادر واجب است که آنرا مراعات نموده و حتی حق گرفتن اجرت را نیز ندارد، باید گفت در لسان ادله نه تنها دلیلی که مقتضی این معنی باشد وجود ندارد بلکه

۱ - سوره آل عمران، آیه ۴۴.

۲ - سوره آل عمران آیه ۳۷.

۳ - سوره قصص، آیه ۱۲.

۴ - الطریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ج ۵، ص ۴۶۳.

قرائنی در ادله است که خلاف آنرا اقتضاء می‌کند. مثل تعبیر به اِحْقِیَّت و یا واگذار نمودن پذیرش مسئولیت حضانت را به خواست و رأی مادر.^۱

در پاسخ گفته شده هر جا از «حق» تعبیر به «ولایت» شده است، مقصود ولایت به معنی اعم می‌باشد که برگشت آن به تولیت و تفویض است^۲ در حالیکه مقصود از ولایت بمعنی اصطلاحی عبارت است از ولایت به معنی الاخص. برخی دیگر از فقهاء گفته‌اند؛ منافاتی بین ولایت بودن حضانت و عدم وجوب آن نیست و این نوع ولایت، بر فرض که واجب نبوده و قابل اسقاط باشد، یک نوع ولایت غیر لزومیه است.^۳

فقهای عامه نیز در تعبیر حضانت از تعابیری مشابه استفاده کرده‌اند:

۱- مالکیه: «الحضانة هی حفظ الولد، ای فی مبیته و ذهابه و ... والقیام بمصالحه»^۴

۲- حنفیه: حضان به معنی جنب و پهلو می‌باشد و حضانت عبارت است از حفظ و نگهداری کودک و قیام به مصالح آن از قبیل شستن لباس آن و ...^۵

۳- شافعیه: «الحضانة شرعاً حفظ من لا یستقل بأمر نفسه عما یؤذیه لعدم تمییزه کطفل و کبیر مجنون»^۶ یعنی حضانت در لسان شرع عبارت است از حفظ و نگهداری از کودک و دیوانه که مستقلاً نمی‌تواند امور خود را اداره کند و محافظت در برابر چیزی که موجب اذیت و آزار آنان می‌شود.

۴- حنابله: «الحضانة حفظ صغیر و مجنون و معتوه (و هو مختلّ العقل) عما یضرهم و تربیتهم بعمل مصالحهم»^۷ حضانت عبارت است از نگهداری از کودک و شخص مختل العقل و محافظت از آنان در برابر چیزهایی که به آنان ضرر می‌رساند و تربیت آنان و قیام نمودن به مصالح آنان مثل شستن سر و دست و ...» همانگونه که ملاحظه می‌شود، تعریف فقهی حضانت (هم از نظر فقهای امامیه و هم از منظر فقهای عامه) از تعریف لغوی و عرفی آن بیگانه نیست و به طور خلاصه می‌توان گفت؛ حضانت عبارت است از حق سرپرستی و نگهداری کودک که این نگهداری مفهوم وسیعی داشته باشد. برخی مربوط به بعد جسمانی است نظیر تغذیه، نگهداری در مکان مناسب، خوابانیدن در جای امن، تمییز کردن، حمام بردن و

۱- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۴-۲۸۳.

۲- آل بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، ج ۳، ص ۲۱۱.

۳- روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، ج ۲۲، ص ۳۰۲.

۴- ابن قدامه، عبدالله، المغنی و الشرح الکبیر، ج ۹، ص ۳۰۰.

۵- کاسانی، مسعود، بدائع الصنائع، ج ۴، ص ۵۹.

۶- شربینی، محمد، مغنی المحتاج، ج ۳، ص ۵۷۶.

۷- البهوتی، منصور بن یونس بن ادریس، کشف القناع، ج ۵، ص ۴۹۵.

شستشو در مواقع لازم، معالجه در مواقع بیماری، واکسینه کردن، منع از چیزهای مضر و خطرناک و برخی دیگر به بعد اخلاقی و عاطفی کودک مربوط می‌شود؛ نظیر تعیین نوع پوشش و لباس، رفتن به مسافرت و گردش، تعیین زمان و مکان تفریح، تعلیم آداب و احکام و تأمین امنیت روانی.

بنابراین حضانت از دیدگاه اسلام، مطلق نگهداری از کودک بهر گونه ممکن و یا فقط مواظبت کردن و پرورش دادن جسم طفل نیست. پاسخ به نیازهای صرفاً عاطفی خرد سال را نیز حضانت نمی‌گویند بلکه به مجموعه این امور حضانت می‌گویند و آن فرآیندی است که کودک طی آن در همه ابعاد مادی و معنوی به بالندگی می‌رسد.

بحث حق و حکم درباره حضانت:

حضانت طفل حق مسلم پدر و مادر اوست. اما آیا حضانت حقی همانند سایر حقوق است که به طور کلی قابل اسقاط می‌باشد و یا اینکه نوعی حکم و تکلیف است که به عهده والدین گذاشته شده است و آنها حق امتناع از نگهداری طفل را نداشته و در صورت امتناع، حاکم شخص ممتنع را الزام به انجام تکلیفش می‌نماید؟

برای تبیین این موضوع، مناسب است ابتدا پیرامون واژه «حق و حکم» و ویژگیها و تفاوت آن دو بحث و بررسی صورت گیرد.

تعریف حق

واژه حق در لغت به معنای ثبوت، ضد باطل و موجود ثابت آمده است.^۱ این واژه هر گاه به صورت مصدری به کار رود، به معنای «ثبوت» و اگر به شکل وصفی استعمال شود به معنی «ثابت» می‌باشد. در متون فقهی برای «حق» معانی مختلفی ارائه شده است:

بعضی از فقهاء آنرا مرتبه‌ای ضعیف از ملکیت و یک نوع ملکیت می‌دانند،^۲ برخی دیگر آنرا اختیار انجام فعل معنا کرده‌اند و سرانجام عده‌ای دیگر آنرا نوعی سلطنت می‌دانند.

به نظر می‌رسد تعریف حق به ملکیت یا مرتبه‌ای ضعیف از ملکیت، صحیح نباشد زیرا لازمه ملکیت سلطنت مطلق است، در حالیکه حق، سلطنت خاص است جهت تصرف خاص،^۳ علاوه بر آن ملکیت یک امر اعتباری بسیط است و دارای مراتب مختلف از لحاظ شدت و ضعف نیست تا بگوئیم حق

۱- الطریحی، فخر الدین، مجمع البحرین. ج ۵، ص ۱۴۸.

۲- یزدی، سید کاظم، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۵۵.

۳- اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه کتاب مکاسب، ج ۱، ص ۴۲.

مرتبه ضعیف آن است و اختلاف مملوک از جهت سعه و ضیق، موجب قوت و ضعف در ملکیت نمی‌شود.^۱ از میان تعاریف ارائه شده به نظر می‌رسد که تعریف آخر مناسبتر است. یعنی «حق» از سنخ سلطنت است نه ملکیت زیرا:

اولاً در حق، صاحب حق علاوه بر توانائی انجام و ترک آن، می‌تواند حق را از خود ساقط کند و به همین جهت گفته شده است: «لکل ذی حق ان یسقط حقه»^۲

ثانیاً متعلق حق، همیشه عملی از اعمال است در حالیکه متعلق ملک، علاوه بر عمل، شیء هم می‌تواند باشد. بنابراین در تعریف فقهی حق باید گفت؛ حق عبارت است از یک نوع سلطه و اقتداری که شخص بر شیء یا شخص دیگر دارد.

حق سلطنتی است که همواره قائم بدو طرف می‌باشد، یکطرف صاحب حق که از آن منتفع می‌شود (من له الحق) و دیگری که حق بر ذمه اوست و ادای آنرا بر عهده دارد (من علیه الحق). شیخ انصاری (ره) در مکاسب فرموده است؛ معقول نیست که هر دو طرف حق (من له الحق و من علیه الحق) قائم به شخص واحد باشد. مرحوم نائینی (ره) در مقام تبیین کلام شیخ می‌فرماید: مقصود این است که من له الحق و من علیه الحق نمی‌تواند شخص واحدی باشد نه اینکه حق دائماً قائم به دو شخص باشد که اگر اینگونه می‌بود، در مواردی مثل حق تحجیر تناقض لازم می‌آمد زیرا در حق تحجیر، شخصی که حق به گردن او باشد وجود ندارد.^۳

اقسام حق

حق به ما هو حق، به اعتبار اسقاط و یا عدم اسقاط و نقل و انتقال و یا عدم آن، به چند دسته تقسیم می‌شود:^۴

۱- حقوقی که نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال، مثل: حق ابوت و حق ولایت حاکم.

۲- حقوقی که قابل نقل و انتقال نیست و لی با اسقاط ساقط می‌شود. مثل حق غیبت و حق

شتم.

۳- حقوقی که هم قابل اسقاط است و هم قابل انتقال ولی قابل نقل نیست، مثل حق شفعه

۱ - روحانی، سید محمد صادق، منهاج الفقاهه، ج ۳، ص ۱۷.

۲ - طباطبائی حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، ص ۱۹.

۳ - نجفی خوانساری، موسی، منیه الطالب (تقریرات درس میرزای نائینی) ج ۱، ص ۱۰۹.

۴ - آل بحر العلوم، محمد، بلغة الفقیه، ج ۱، ص ۱۷.

۴- حقوقی که هم قابل اسقاط است و هم قابل نقل بلاعوض، لیکن قابل انتقال نیست، مثل

حق قسم بین زوجات

۵- حقوقی که هم قابل اسقاط است و هم قابل نقل و انتقال، مثل حق خیار و حق قصاص

۶- موارد مشکوک

لازم به ذکر است که مقصود از نقل، نقل ارادی و اختیاری است که توسط صاحب حق

صورت می‌گیرد و منظور از انتقال، انتقال قهری است که با فوت صاحب حق به ورثه منتقل می‌شود.

اشکالات وارد بر این تقسیم

مرحوم نائینی (ره) تقسیم حقوق به قابل اسقاط بودن و عدم آنرا پذیرفته و فرموده است؛ معقول نیست، چیزی را که قابل اسقاط نمی‌باشد، «حق» بنامیم. اگر حقی قابل اسقاط نباشد، چگونه می‌توان پذیرفت که صاحب حق بر آن سلطنت دارد و زمام آن به دست صاحب حق است در حالیکه ملاک شناخت حق و تمیز آن از حکم - همانگونه که شهید در قواعد به آن اشاره کرده است - عبارت از قابل اسقاط بودن آن است. بنابراین در مواردی مثل حق ولایت و ابوت باید گفت؛ اطلاق حق بر این گونه موارد مثل اطلاق حق است بر سایر احکام^۱.

مرحوم سید کاظم یزدی نیز فرموده‌اند؛ برخی از مواردی که جزء حقوق شمرده شده‌اند، مثل حق ابوت و حق ولایت، ممکن است جزء احکام باشد نه حقوق^۲.

جواب اشکال

در جواب این اشکال برخی از فقهاء فرموده‌اند؛ مقتضای سلطنت انسان بر یک شیء این است که امر آن بدست انسان می‌باشد، نه اینکه امر سلطنت آن بدست انسان است. به عبارت دیگر، انسان مسلط بر عین یا عمل است، نه مسلط بر مالک آن. به طور خلاصه می‌توان گفت، همانگونه که حکم امر بدست حاکم است، امر حق نیز به دست معتبر آن می‌باشد و تا هنگامیکه معتبر جعل نکرده است امر رفع و نقل آنرا بغیر، شخص حق اسقاط یا نقل آنرا ندارد^۳.

۱- نجفی خوانساری، موسی، منیه الطالب، ج ۱، ص ۱۰۹.

۲- یزدی سید کاظم، حاشیه مکاسب (کتاب البیع) ص ۵۵

۳- روحانی، سید محمد صادق، منهاج الفقاهه، ج ۳، ص ۱۸.