

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## تقدیم به :

اساتید فرزانه و علماء عظام که با خدمات بی شائبه و تلاش های  
خستگی ناپذیر خود در جهت رشد و اعتلای فقه و قوانین اسلامی  
همت گمارده و روشنگر راه بشریت در طول تاریخ بوده اند.



دانشگاه آزاد اسلامی  
واحد سمنان  
واحد سمنان

شماره .....  
تاریخ .....  
پیوست ...

باسمه تعالی

### تعهد نامه اصالت رساله پایان نامه تحصیلی

اینجانب **فاطمه شاه حسینی** دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد نا پیوسته / دکتری تخصصی در رشته **الهیات و معارف اسلامی - فقه و مبانی حقوق** که در تاریخ ۱۳۹۰/۶/۱۷ از پایان نامه / رساله خود تحت عنوان: **آسیب شناسی فقهی قوانین حضانت**

با کسب نمره ..... و درجه ..... دفاع نموده ام: بدین وسیله متعهد می شود:

(۱) این پایان نامه / رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط ورودیه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج نموده ام.

(۲) این پایان نامه / رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و مؤسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

(۳) چنان چه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه یا رساله داشته باشم، از معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

(۴) چنان چه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچ گونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: **فاطمه شاه حسینی**

تاریخ و امضاء

home page: [www.Semnaniau.ac.ir](http://www.Semnaniau.ac.ir)

1 - سمنان، کیلومتر ۵ جاده دامغان، مجتمع دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان

تلفن: ۰۲۳۱-۳۳۵۴۰۴۰، فاکس: ۰۲۳۱-۳۳۵۴۰۴۶

E- mail: [info@semnaniau.ac.ir](mailto:info@semnaniau.ac.ir)

## چکیده :

کودکان به دلیل ناتوان بودن در تأمین نیازهای جسمی، روانی و مالی خود نیازمند حمایت جامعه می باشند. جامعه نیز بر اساس این اماره که والدین کودکان، مناسب ترین افراد برای نگهداری و پرورش آنها هستند، این وظیفه را متوجه والدین می نماید. این بحث که آیا حضانت تکلیف ابویین است یا یکی از آنها، در صورت جدایی، فوت یا عدم صلاحیت آنها، حضانت کودکان برعهده چه کسی است، ترتیب ملاقات با کودک چگونه است؟ و چه کسانی حق ملاقات با کودک را دارند؟ و اینکه به حاضنه (مادر) اجرتی در قبال حضانت تعلق می گیرد؟ موضوع بحث های زیادی قرار گرفته و قوانین ایران نیز تا حدی به این مهم توجه نموده است. اما وجود ابهام ها و گاه خلأهای قانونی موجب گردیده رویه قضایی در این خصوص با تشقت مواجه شود.

در این رساله سعی شده که با بررسی منابع فقهی و فتاوی فقهای عظام که مورد توجه تدوین کنندگان قانون مدنی ایران در بحث حضانت بوده، تمرکز منابع فوق را بر رعایت مصلحت کودک استنباط نموده تا اصلاحات و تغییرات در جهت انطباق بیشتر قوانین با موازین اسلامی صورت گیرد. و زمینه استفاده از معیارهای منطقی تر در هر دعوای حضانت با در نظر گرفتن همه عوامل مؤثر بر شرایط رشد و پیشرفت کودک فراهم شود.

**واژگان کلیدی:** حضانت، مصلحت، آسیب شناسی، ابویین، اقارب، قانون.

# فهرست

## صفحه

## عنوان

۱	چکیده
۲	مقدمه
۳	<b>فصل اول: کلیات</b>
۴	۱-۱ بیان مسأله
۵	۲-۱ پیشینه حضانت
۶	۳-۱ هدف تحقیق
۶	۴-۱ روش کار و تحقیق
۷	<b>فصل دوم: مفهوم و ماهیت حضانت</b>
۸	۱-۲ حضانت در لغت
۹	۲-۲ حضانت از دیدگاه قران و سنت
۱۰	۳-۲ مفهوم اصطلاحی حضانت
۱۰	۱-۳-۲ فقه امامیه
۱۲	۲-۳-۲ فقه شافعی
۱۳	۳-۳-۲ فقه حنبلی
۱۳	۴-۳-۲ فقه حنفی
۱۳	۵-۳-۲ فقه مالکی
۱۴	۴-۲ آسیب شناسی حضانت در حقوق موضوعه
۱۶	۵-۲ ماهیت حضانت
۱۶	۱-۵-۲ تعریف و تفاوت حکم و حق
۱۹	۲-۵-۲ اقوال فقها شیعه در ماهیت حضانت
۲۲	۳-۵-۲ اقوال فقها عامه
۲۳	۴-۵-۲ بررسی نظریات مطرح در متون فقهی

۲۳	۲-۵-۴-۱ نظریه اول: حق بودن حضانت
۲۳	۲-۵-۴-۲ نظریه دوم: حکم بودن حضانت
۲۸	۲-۶ بررسی آراء حقوقدانان
۳۰	۲-۷ آسیب شناسی ماده ۱۶۸ ا.ق.م
۳۱	<b>فصل سوم: قلمرو حضانت</b>
۳۳	۳-۱ حضانت پیش از دو سالگی
۳۳	۳-۱-۱ اقوال فقها شیعه و سنی
۳۵	۳-۱-۲ ادله
۳۶	۳-۱-۳ بررسی و جمع بندی روایات
۳۷	۳-۱-۴ حضانت مادر و مباشرت در رضاع
۴۰	۳-۱-۵ موارد استثنا
۴۱	۳-۱-۶ آسیب شناسی ماده ۱۷۶ ا.ق.م
۴۲	۳-۲ حضانت پس از دو سالگی
۴۲	۳-۲-۱ اقوال فقها شیعه
۴۵	۳-۲-۲ اقوال فقها عامه
۴۶	۳-۲-۳ بررسی ادله
۴۸	۳-۲-۴ جمع بندی ادله
۵۰	۳-۲-۵ اولویت مادر نسبت به حضانت تا هفت سال
۵۱	۳-۲-۶ آسیب شناسی ماده ۱۶۹ ا.ق.م
۵۱	۳-۲-۷ آسیب شناسی ماده ۱۲، ۱۳ ا.ق.ح.خ
۵۲	۳-۳ حضانت اطفال غیر طبیعی
۵۲	۳-۳-۱ حضانت خنثی
۵۳	۳-۳-۲ حضانت مجنون
۵۴	۳-۳-۳ حضانت سفیه
۵۵	۳-۳-۴ حضانت طفل نا مشروع
۵۷	۳-۳-۵ حضانت اطفال تلقیحی
۵۹	۳-۳-۶ حضانت اطفال بی سرپرست

۶۱	۷-۳-۳ حضانت اطفال غیر طبیعی در حقوق موضوعه
۶۲	۸-۳-۳ آسیب شناسی مواد قانونی
۶۴	<b>فصل چهارم: شرایط وموانع حضانت کننده</b>
۶۵	۱-۴ شرایط صاحبان حضانت
۶۶	۱-۴-۱ شرایط مشترک
۶۶	۱-۴-۱-۱ عقل
۶۸	۱-۴-۱-۲ اسلام
۷۲	۱-۴-۱-۳ صلاحیت اخلاقی
۷۳	۱-۴-۱-۴ حریت
۷۴	۱-۴-۱-۵ اقامت
۷۵	۱-۴-۲ شرط ویژه مادر
۷۵	۱-۴-۲-۱ عدم ازدواج
۷۷	۱-۴-۲-۲ ازدواج مادر در زمان حیات پدر کودک
۷۸	۱-۴-۲-۳ ازدواج مادر در زمان فوت پدر کودک
۸۰	۲-۴ آسیب شناسی ماده ۱۱۷۰ ق.م
۸۰	۲-۴-۱ کفر
۸۱	۲-۴-۲ جنون
۸۲	۳-۴ از بین رفتن شرایط لازم برای نگهداری
۸۲	۳-۴-۱ از بین رفتن شرایط پدر
۸۴	۳-۴-۲ از بین رفتن شرایط مادر
۸۶	۴-۴ بازگشت دوباره شرایط
۸۶	۴-۴-۱ بازگشت دوباره شرایط در پدر
۸۷	۴-۴-۲ بازگشت دوباره شرایط در مادر
۹۰	۵-۴ آسیب شناسی ماده ۱۱۷۰
۹۱	۶-۴ زنده بودن یکی از پدر ومادر
۹۱	۶-۴-۱ مرگ مادر و بررسی دلایل
۹۲	۶-۴-۲ مرگ پدر و بررسی دلایل

- ۹۴ ۷-۴ زنده نبودن هیچ یک از پدر و مادر
- ۹۴ ۱-۷-۴ اقوال فقها امامیه و بررسی دلایل
- ۹۴ ۱-۱-۷-۴ نظریه اول: انتقال به پدر بزرگ پدری
- ۹۶ ۲-۱-۷-۴ نظریه دوم: خویشاوندان کودک با رعایت مراتب ارث
- ۱۰۱ ۳-۱-۷-۴ نظریه سوم: خویشاوندان پدری
- ۱۰۲ ۴-۱-۷-۴ نظریه چهارم: خاله کودک
- ۱۰۳ ۲-۷-۴ حضانت کودک پس از مرگ پدر بزرگ
- ۱۰۵ ۳-۷-۴ اقوال فقها عامه
- ۱۰۶ ۴-۷-۴ آسیب شناسی ماده ۱۱۷۳، ۱۱۷۱ ق.م
- ۱۰۹ ۸-۴ مباشرت و استنابت در حضانت
- ۱۰۹ ۱-۸-۴ جواز مطلق و بررسی اقوال فقها
- ۱۱۱ ۲-۸-۴ جواز مشروط و بررسی اقوال فقها
- ۱۱۴ ۳-۸-۴ آسیب شناسی قانونی
- ۱۱۵ **فصل پنجم: آثار مادی و معنوی حضانت**
- ۱۱۶ ۱-۵ آثار مادی حضانت
- ۱۱۶ ۱-۱-۵ رضاع
- ۱۱۸ ۱-۱-۱-۵ اللبأ
- ۱۱۹ ۲-۱-۱-۵ دیدگاه حقوقی رضاع
- ۱۲۶ ۲-۱-۵ اجرت حضانت در فقه امامیه و عامه
- ۱۲۶ ۱-۲-۱-۵ فقه امامیه
- ۱۲۹ ۲-۲-۱-۵ فقه عامه
- ۱۳۰ ۳-۲-۱-۵ آسیب شناسی قانونی
- ۱۳۱ ۳-۱-۵ حق ملاقات طفل
- ۱۳۳ ۱-۳-۱-۵ مسئولیت مدنی سر پرست
- ۱۳۴ ۲-۳-۱-۵ آسیب شناسی ماده ۱۱۷۴ ق.م
- ۱۳۷ ۲-۵ آثار معنوی حضانت
- ۱۳۷ ۱-۲-۵ حق تربیت



۱۳۹	۵-۲-۱-۱-تعلیم و تربیت از دیدگاه اسلام
۱۴۱	۵-۲-۱-۲-تعلیم و تربیت در حقوق ایران
۱۴۲	۵-۲-۱-۳-آسیب شناسی ماده ۱۱۷۸ ق.م
۱۴۳	<b>فصل ششم : خاتمه حضانت</b>
۱۴۴	۶-۱-بلوغ
۱۴۴	۶-۱-۱-بلوغ جنسی
۱۴۴	۶-۱-۲-بلوغ سنی
۱۴۵	۶-۱-۲-۲-رشد
۱۴۶	۶-۳-حضانتِ بالغ رشید
۱۴۷	۶-۴-خاتمه حضانت در فقه و حقوق ایران
۱۴۷	۶-۴-۱-خاتمه حضانت در فقه
۱۵۰	۶-۴-۲-خاتمه حضانت در حقوق ایران
۱۵۳	۶-۵-آسیب شناسی ماده ۱۶۸ ق.م
۱۵۴	<b>نتیجه</b>
۱۵۶	<b>منابع</b>
۱۵۷	الف) منابع عربی
۱۶۰	ب) منابع فارسی
۱۶۲	چکیده انگلیسی

## مقدمه:

یکی از مهمترین مسائل و مباحث مربوط به حقوق خانواده، مسأله نگهداری و تربیت اطفال و اداره امور مالی و معنوی آنان است؛ آمادگی و قدرت یادگیری انسان در این سنین، توجه بیشتر به این مسأله را اقتضا می کند. موضوع روایت معروف "العِلْمُ فِي الصَّغَرِ كَالنَّقْشِ فِي الْحَجَرِ" در تمام اطفال حقیقتی است که امروزه از نقطه نظر تربیتی اثبات گردیده، زیرا طریقه ای که در تربیت اطفال به کار می بریم چه بد و چه خوب یک نوع زمینه انفعالی در ذهن او به وجود می آورد که در تمام افعال بعدی او عامل مؤثری خواهد بود. باید به اطفال، خواسته ها و مقتضیات حمایت نماید و نگذارد در اطفال عقده های روانی بوجود آید. متأسفانه قانون، همیشه حداقل ممکن را در رعایت حالات افراد رعایت می نماید و غالباً بلکه همیشه، ایده آل های حقوقی انسان را در قلمرو اخلاقی به جای می گذارد و در نتیجه نمی تواند کمال مطلوب را مد نظر قرار دهد. اسلام به موضوع اطفال توجه خاصی مبذول داشته و سعی نموده است با فرامین آسمانی خود عواطف انسانی ما را برانگیخته که برای این طبقه بی دفاع، موقعیتی شایسته به وجود بیاورد تا جایی که آیات متعددی درباره اطفال نازل گردیده است. مجموع این آیات ۵۶ آیه می باشد. لکن به کلمه حضانت در قرآن صریحاً اشاره نشده است ولی آیاتی که ارتباط مستقیم به حضانت طفل پیدا می کند چند نمونه از این آیات عبارت است از:

- ۱- شیر دادن به عنوان وظیفه مادران ( والوالدات یرضعن أولادهن.....) و مادران مطلقه از شوهر شیر دهند فرزندان خود را.
- ۲- وضعیت شیرخوارگی بعد از طلاق مادر ( فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن .....) پس اگر شیر دهند اولاد را بعد از انقطاع علاقه نکاح برای شما، ای پدران از روی تبرع فرزندان را به ایشان واگذارید و اگر بدون اجرت راضی نشوند به شیر دادن پس مزد ایشان بدهید.
- ۳- سپردن طفل به دایه (.... و ان اردتم ان تسترضئوا اولادکم فلا جناح علیکم اذا سلمتم ما آتیتم بالعروف.....)
- ۴- نهی از کشتن اطفال ( قد خسر الذین قتلوا اولادهم ) به درستی که زیان کرده اند آنان که بکشند اولاد خود را بنابراین از اختصاص آیات متعدد به اطفال بی سرپرست می توان استنباط نمود که اسلام تا چه حدی برای حمایت و حضانت شخصیت کودک، خصوصاً کودکان بی سرپرست اهمیت قائل است. در آیه ۱۷۷ از سوره بقره خداوند می فرماید (و اذ اخذنا میثاق بنی اسرائیل لاتعبدون الا اياه و بالوالدین احسانا و ذی القربی و الیتامی.....) همان طور که ملاحظه می شود بعد از عبادت پروردگار و نیکی به پدر و مادر در مرحله سوم توجه به کودکان بی سرپرست عنوان شده است.

# فصل اوّل

## کلیات

## ۱-۱ بیان مسأله

اهمیت و ضرورت آشنایی با حضانت و صاحبان آن و دیگر احکام مربوطه، از دیدگاه فقه اسلامی با توجه به نقش و کارکرد مهم آن‌ها در جامعه از یکسو و پیشرفت‌های حاصل شده در نظام قضایی کشور و ضرورت ایجاد تغییرات در نگرش‌ها در این زمینه با حفظ مقررات اسلامی از سوی دیگر، مشخص می‌شود که در جهت مرتفع شدن هرچه بهتر مشکلات و خلأهای موجود در قوانین حضانت کودکان راه‌حلی‌هایی ارائه شود. بر این اساس، اصلاح و بازنگری همواره امری لازم و اجتناب‌ناپذیر است. اما این اصلاح و بازنگری باید در جهت بهبود وضعیت گذشته، رفع نواقص و کاستی‌ها و در نهایت پیشرفت حقوق کشور باشد. علاوه بر این لزوم تطبیق قوانین و مقررات با اصول و موازین شرعی، ضرورت بازنگری در قوانین سابق را دو چندان کرده است.

اگر تمام امکانات و مایحتاج ضروری اطفال از قبیل، خوراک، پوشاک و مسکن و نیازهای آموزشی و..... با توجه به شرایط خاص هر کودک فراهم شود، آینده‌ای بس درخشان و سرشار از موفقیت در انتظار آنان بوده، زیرا اینان آینده‌سازان جامعه هستند و باید به آنها همیشه و در همه حال توجه نمود. و اگر به آنها بها داده نشود و نسبت به مسائل مربوط به نگهداری و تعلیم و تربیت آنها بی‌اعتنا بوده و مهمل‌رها شوند. برای جامعه نه تنها مفید نخواهد بود. بلکه به شکل سربار جامعه شده و امنیت اجتماعی را در معرض نابودی قرار خواهند داد.

تحقیق حاضر با بررسی احکام فقهی مربوط به حضانت با استفاده از آراء فقها در کتاب‌های قدیم و جدید و استفاده از آخرین مطالب ارائه شده در این زمینه از طریق استفتائات و مقالات اصلاح و بازنگری قوانین حضانت و طرح نواقص، اشکالات و خلأهای قوانین حضانت برآن است تا به ارائه‌ی راه‌حل و رفع مشکل بپردازد.

۱. حضانت حق است یا تکلیف؟
۲. موارد سقوط حق حضانت چیست؟
۳. موانع قانونی یا شرعی حضانت چیست؟
۴. آیا در صورت بر طرف شدن موانع، حضانت امکان دارد؟
۵. آیا مباشرت در حضانت ضرورت دارد یا استنابت جایز است؟
۶. آیا به جز حق نفقه حق اجرت حضانت را می‌تواند مطالبه نماید؟
۷. موارد اشتراک سقوط حق حضانت والدین چیست؟
۸. ترتیب حضانت در صورت فوت والدین یا عدم صلاحیت هر دو چیست؟

## ۲-۱ پیشینه حضانت

اگر چه لفظ حضانت در قرآن نیامده و در ذیل بعضی آیات به مناسبت موضوع مطالبی در قرآن ارائه می گردد که در بردارنده ی این حکم هست. به عنوان مثال آیه ی شریفه ی ۲۳۳ سوره بقره، آیه ی ۸ انفال. نه تا ده روایت نیز در زمینه حضانت وجود دارد. کتابهای فقها در بحث (نکاح) سرشار از مطالبی عمیق و دقیق در بحث حضانت است که با استناد به آن می توان موارد خلأ قانونی یا اجمال و ابهام قوانین را مرتفع ساخت. از جمله: جواهر الکلام محمد حسن نجفی، مبسوط شیخ طوسی، السرائر ابن ادریس، قواعد الکلام علامه حلی، الروضة البهیة شهید ثانی، القواعد و الفوائد شهید ثانی، مسالک الأفهام شهید ثانی، الخلاف شیخ طوسی، المهدب قاضی ابن البراج، ریاض المسائل الطباطبائی، مَنْ لا یحضره الفقیه شیخ صدوق، منهاج الصالحین الخویی، منهاج الصالحین سید علی سیستانی، حقوق خانواده محقق داماد، قانون مدنی منصور جهانگیر، مختصر حقوق خانواده سید حسین صفایی و اسدا... امامی، تحریر الوسیله روح ا... خمینی، حقوق مدنی (خانواده) ناصر کاتوزیان، نظام النکاح جعفر سبحانی

پایان نامه: "حضانت از دیدگاه قران و عترت" محمد حسین مظهری، "حضانت در حقوق کشورهای اسلامی (مصر، عربستان، پاکستان)" شکر... نصیری ایوانکی، "حضانت در حقوق ایران و مطالعه آن در حقوق اسلامی" پوران مهدی زاده علوی.

مقاله: "حضانت تا هفت سالگی مطلقاً با مادر است" محمد هادی معرفت، "حضانت از دیدگاه فقه امامیه و سایر مذاهب اسلامی" فاطمه میر شمسی، "حضانت از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی" فاطمه بستانکی.

که در این تحقیق به طور مبسوط به این مباحث پرداخته و تحقیق جامع در این زمینه صورت گرفته است.

### ۳-۱ هدف:

در این پایان نامه سعی شده است تا حد امکان عمده مسائل اساسی در خصوص حضانت و احکام و شرایط مربوط به صاحبان حضانت، حق و تکلیف بودن، موانع حق حضانت و ... مورد بحث قرار گیرد. دیدگاه فقهای شیعه که اساس کار تحقیق بوده در این باره به طور کلی بیان شده و از نظرات فقهای عظام امامیه و بررسی های حقوق مدنی که بر مبنای فقه اصیل و ناب شیعه تدوین شده نیز استفاده شده است و از منابع فقهی اهل سنت نیز برخی نظریات آنان یادآور شده است. و سعی شده است که از حاشیه پردازی کلام و به درازا کشیدن کلام با توجه به گستردگی موضوع اجتناب شود.

### ۴-۱ روش کار و تحقیق:

روش اصلی گردآوری مطالب کتابخانه ای و اسنادی می باشد که از منابع موجود در کتابخانه های آستان قدس رضوی، کتابخانه مرکزی دانشگاه تهران، کتابخانه دانشگاه سمنان، نرم افزار مکتب اهل بیت استفاده شده، هم چنین راهنمایی های به جا و هوشمندانه اساتید محترم راهنما و مشاور در پیشرفت کار این حقیر بسیار ارزشمند بوده است.

روشی که برای تدوین و ارائه مطالب به کار رفته روش تلفیقی می باشد. و با مختصر نگاهی به فقهای اهل سنت و بهره گیری از نظریات فقهای امامیه و حقوق مدنی سعی شده تا نتایج کاربردی و منصفانه ای به دست آید و ضمناً خلأها و مشکلات و تنگناهای موجود در قوانین مورد تأمل قرار گرفته و راه حل های خوب و اساسی در جهت بهبود این موضوع ارائه شود و با الهام از اندیشه های فقها و صاحب نظران تلاش شده تا مباحث با نگرش فقهی به رشته تحریر درآید.

# فصل دوم

## مفهوم و ماهیت حضانت

## ۲-۵ ماهیت حضانت

از جمله پیش نیازها برای بررسی جایگاه حقوقی حضانت کودکان، تحقیق پیرامون این مطلب است که نگهداری کودکان حق است یا حکم. این تحقیق از آن جا اهمیت می یابد که بر اساس برخی نظریات پیرامون تفاوت میان حق و حکم، می توان بر عهده گرفتن حضانت را از سوی مادر یا پدر امری اختیاری دانست که هر یک از آنها می توانند از انجام آن سرباز زنند.

## ۲-۵-۱ تعریف و تفاوت حکم و حق

حکم: در لغت عرب مفرد احکام، مصدر حَكَمَ، به معنای قضاوت و داوری، خطاب خداوند که با اقتضاء یا تخییر به افعال مکلفین تعلق می گیرد. حکم در لغت به معنای علم و تفقه، حکمت و قضا آمده است.<sup>۱</sup>

"اصولیون، حکم شرعی را به خطاب الله تعریف و معنی کرده اند و مراد از خطاب خدا، خود نصوص شرعی می باشد. ولی حکم از نظر فقها، اثر خطاب الله، و اثر نصوص شرعی است، یعنی آنچه این خطاب الهی، متضمن آن است، پس لا تقربوا الزنا؛ که یک خطاب شرعی است در نظر اصولیین قدیم خود آن خطاب، حکم الله است، ولی حکم نزد فقها متاخر اثر آن است که عبارت است از حرمت زنا.

خطاب های شرعی، در کتاب و سنت عین حکم نیستند، بلکه کاشف و حاکی از آن می باشند. و این تعریف اصولیین قدیم اشتباه است. زیرا خطاب کاشف از آن است و حکم، مدلول و معنی مخاطب است، به علاوه حکم شرعی، چنین نیست که همیشه به فعل مکلف تعلق گیرد، بلکه گاهی به خود مکلف تعلق می گیرد، یا به چیزهای دیگر، در رابطه با مکلف. زیرا هدف از قانونگذاری، وجعل احکام، تنظیم زندگی مادی و معنوی انسان هاست. و این هدف، همان گونه که به فعل مکلف وابسته می شود، از قبیل صلّ، حجّ و غیره، به خود مکلف نیز وابستگی پیدا می کند، یا به چیزهای دیگر که به زندگی مکلف رابطه دارد.

بعضی از اصولیین حکم را چنین تعریف کرده اند: *خِطَابُ الشَّارِعِ الْمُتَعَلِّقِ بِأَفْعَالِ الْمُكَلَّفِينَ* که این تعریف ایراداتی دارد. از جمله اینکه شامل پاره ای خطابات نسبت به افعال مکلفین می شود، که مسلماً حکم نیستند. مانند آیه ۹۶ سوره صافات « *وَ اللَّهُ خَلَقَكُمْ وَ مَا تَعْمَلُونَ* » حتی گاهی ممکن است اصلاً خطاب الله وجود نداشته باشد، و در عین حال حکم باشد، مثل فعل و تقریر رسول الله (ص).

ابن حاجب این تعریف را کامل تر بیان نموده: *خِطَابُ اللَّهِ بِأَفْعَالِ الْمُكَلَّفِينَ، بِالْإِقْتِضَاءِ، أَوْ التَّخْيِيرِ، أَوْ الْوَضْعِ، وَاشْكَالِي* که بر این تعریف وارد است مبنی بر اینکه احکام، صرفاً به افعال تعلق نمی گیرند بلکه به ذوات و چیزهای دیگر در رابطه با مکلفین نیز متعلق می شوند. البته حکم بر دو قسم است ۱. حکم تکلیفی ۲. حکم وضعی.

۱. حسینی، محمد، ۱۳۸۵، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، انتشارات سروش، تهران، چاپ دوم، ص ۱۸۸



نخستین دانشمندی که حکم را به خطابُ الله المتعلق بـأفعال المكلفین تعریف کرده است حجت الإسلام غزالی است.<sup>۱</sup>

حق: دکتر ابوالقاسم گرجی در مقاله حق و حکم می گوید: برای حق در لغت عرب معانی بسیاری ذکر شده است و شاید بتوان همه یا بیشتر آن معانی را به یک معنی باز گرداند و آن معنی به اعتبار وجه مصدری حق، ثبوت و به اعتبار وجه وصفی آن، ثابت است. از تعبیرات دانشمندان حقوق اسلامی برای حق، به دست می آید که حق، نوعی توانایی خاص است که برای کسی یا کسانی نسبت به شخص یا چیزی اعتبار شده و به اقتضای این توانایی، آن کس یا کسان می توانند در آن چیز یا شخص تصرف نموده یا بهره ای بر گیرند، مانند حق حضانت و حق الرهانه.<sup>۲</sup>

حق در اصطلاح، عبارت است از نوعی سلطه، و قدرت، یا نوع و مرتبه ضعیفی از ملکیت، که قانون آن را به فرد یا افرادی، می دهد، تا در پرتو آن، در موارد خاصی، به کار گیرند، و از مزایای آن بهره مند شوند. طبیعت حق آن است که علی القاعده، صاحب حق، بتواند آن را نقل و انتقال دهد، یا آن را ساقط کند، و یا آن را به ارث گذارد، ولی در حکم چنین چیزهایی وجود ندارد. در عین حال حقوقی هستند، که نمی شود آنها را نقل کرد، و نه قهراً منتقل می شوند، و نه قابل اسقاط هستند.<sup>۳</sup>

مرحوم سید کاظم یزدی، قابلیت اسقاط را از لوازم حق دانسته؛ بدین معنا که اگر صاحب حق، توانایی و تسلط بر عدم انجام کار را داشت، آن امر نسبت به او حق است، و اگر توانایی اسقاط را نداشت، یعنی قهراً موظف به انجام آن کار بود، آن حکم است.<sup>۴</sup>

بنابر این، ادعای اینکه حق ماهیتی است اعتباری، گاه عقلانی و گاه شرعی و همچنین حق مشترک معنوی است بین مصادیقش ادعایی نادرست است.<sup>۵</sup>

برخی از صاحب نظران تفاوتی میان حق و حکم قائل نشده و معتقدند بر این اساس قوانین و احکام دینی اموری هستند اعتباری که بر اساس نوع اثری که دارند گاه به آنها حق اطلاق میشود؛ بنابراین حق و حکم حقیقت واحدی دارند، زیرا قوام هر دو به اعتبار محض است.<sup>۶</sup> دلیل بر این اتحاد آن است که واژه حق در لغت به معنای ثبوت است؛ پس می توان آن را در باره هر چیزی ثابت در ظرف مناسب با خودش به کار برد.<sup>۷</sup>

۱. فیض، علیرضا، ۱۳۸۷، مبادی فقه و اصول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ نوزدهم، صص: ۱۱۴، ۱۱۳.

۲. میر شمسی، فاطمه، ۱۳۸۰ش، مبانی حقوق و تکالیف زن در ازدواج، اسلامیه، تهران، صص: ۱۳۰.

۳. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، صص: ۳۱۹.

۴. یزدی، محمد کاظم، ۱۴۲۳ق، حاشیه المکاسب، نشر دار المصطفی، قم، چاپ اول، ج ۱، صص: ۲۸۸.

۵. خمینی، روح الله، ۱۴۱۰ق، کتاب البیع، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ج ۱، صص: ۲۱.

۶. توحیدی، محمد علی، ۱۳۴۷ق، مصباح الفقاهه، انتشارات حیدری، نجف اشرف، ج ۲، صص: ۴۵.

۷. همان منبع، صص: ۴۷.

در مقابل عده ای حق و حکم را متفاوت دانسته و براین اساس تعریف های متفاوتی از حق ارائه داده اند، چون:

(۱) اعتبار سلطنت بر چیز یا شخصی در جهت خاص<sup>۱</sup> (۲) سلطنت ضعیف (۳) سلطنتی در مقابل ملک (۴) مرتبه ضعیفی از ملکیت<sup>۲</sup>. نظر مشهور بین فقها (قدس سرهم) این است که حق و حکم با هم تفاوت دارد.<sup>۳</sup>

بنابر این ، اگر بپذیریم که قابلیت انتقال و اسقاط دو ویژگی اساسی حق است، این بحث قابل طرح است که حضانت کودک و نگهداری او، حق است یا حکم.

---

۱. روحانی، سید محمد صادق، ۱۴۱۲، فقه الصادق، موسسه دارالکتب، قم، چاپ سوم، ج ۱۵، ص ۲۰۳.  
۲. خمینی، روح الله، کتاب البیع، ۱۴۱۰ ق ، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ج ۱، ص ۲۱ و ۲۵.  
۳. توحیدی، محمد علی، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۴۵. {المعروف بین الفقها أن الفرق بین الحق والحکم أن الحق نوع من السلطنه التی یکون بید ذی الحق، بخلاف الحکم فانه لایقبل شیء من ذلك}

## ۲-۵-۲ اقوال فقهای شیعه در ماهیت حضانت:

این سؤال که آیا حضانت حق است یا حکم، در ادبیات فقها و محققین در قالب ماهیت حضانت طرح میشود. باید توجه داشت که در فقه ارزیابی ماهیت حضانت، بیشتر تمرکز بر حق یا تکلیف بودن حضانت در ارتباط با والدین است و کمتر به حق کودک بر حضانت شدن توجه شده است. در عین حال، آن دسته از فقها که حضانت مادر را قابل اسقاط می دانند، بر غیر ممکن بودن اسقاط حق حضانت برای پدر به دلیل رعایت مصلحت کودک اشاره می نمایند که خود به طور تلویحی به معنای شناسایی حق حضانت برای کودک در فقه است.

در فقه امامیه، نسبت به ماهیت حضانت سه قول مطرح شده است.

قول اول این است که حضانت حق حاضن است<sup>۱</sup> و از این جهت آن را قابل اسقاط دانسته اند و در برخی احادیث و روایات هم این قول تایید شده است.<sup>۲</sup>

قول دوم بیانگر این است که حضانت هم حق و هم تکلیف والدین است، مطابق این نظر، حضانت، حق اسقاط یا انتقال آن را ندارد و نمی تواند در برابر آن اجرتی را مطالبه نماید.<sup>۳</sup>

قول سوم هم این است که در این خصوص بین پدر و مادر تفاوت وجود دارد، حضانت نسبت به مادر حق است و نسبت به پدر هم حق و هم تکلیف است.

اقوال فقها در باره تفاوت ماهیت حضانت بین پدر و مادر: صاحب جواهر گفته است که حضانت نسبت به مادر همانند شیردهی است که بر او واجب نیست و می تواند آن را اسقاط کرده یا برای آن اجرت مطالبه کند، و اگر پدر و مادر هر دو از انجام این کار خودداری کردند، پدر بر این کار اجبار می شود. و بر صاحب مسالک اشکال وارد میکند که در ادله ما چیزی ندیدیم که چنین اقتضایی داشته باشد. بلکه چیزهایی وجود دارد که خلاف آن را اقتضاء می کند، مانند این که حضانت مشروط به خواست مادر است. (روایت ایوب بن نوح) صاحب جواهر چنین استدلال کرده است که علما بر الزام حاضنه بر امر حضانت، اجماع ندارند و در شرع هم نصی بر آن نداریم بلکه ظاهر نصوص دلالت دارد بر این که حضانت مادر مانند رضاع است، بنابراین

۱. شیخ طوسی، المسبوط، ج ۶، ص ۳۸.

{فی أن الابوين أحق بالولد} إذا بانت إمره الرجل منه بطلاق أو الفسخ أو خلع أو غير ذلك وهناك ولد فتتازعاه لم يخل الولد من ثلاثه أحوال إما أن يكون طفلاً لا يميز أو بالغاً أو طفلاً يميز ويعقل، فإن كان طفلاً لا يميز ولا يعقل، فالأم أحق به من أبيه تربيته وتحضنه والنفقة على أبيه لما روی أن إمره قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، ووثدي له سقاء وحجري له وطاء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها النبي (ص): "أنت أحق به ما لم تنكحي"

۲. حر عاملی، وسایل الشیعه إلى تحصیل المسائل الشریعه، ج ۲۱، ص ۴۷۲، ح ۲۷۶۱۷ {محمد ابن ادریس فی (آخر السرائر) نقلاً من کتاب (مسائل الرجال) ومکاتباتهم مولانا أباً الحسن علی بن محمد (علیهما السلام) روایه الجوهری و الحصری، عن ایوب بن نوح قال: کتبت الیه مع بشر بن بشار: جعلت فداک، رجل تزوج امراه فولدت منه ثم فارقتها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فکتب: إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله، وإن تركه فله؛ ابن بابويه قمی، ۱۴۰۴ق، من لا یحضره الفقیه، تصحیح علی اکبر غفاری، انتشارات جامع مدرسین قم، ج ۳، ص ۴۳۵

۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، مسالک الافهام إلى تنقیح الشرایع الاسلام، ج ۸، ص ۴۲۱؛ الشهید الاول، محمد بن مکی، بی تا، القواعد و الفوائد، مکتبه المفید، قم، چاپ اول، ج ۱، ص ۳۹۵

حاضنه هر وقت که خواست می تواند این حق را اسقاط کند<sup>۱</sup> مشهور فقها معتقدند که از ناحیه مادر "حضانة" تکلیف نیست. بلکه صرفاً حق است<sup>۲</sup> صاحب ریاض عقیده دارد: "در این که حضانة برای اشخاص حضانة کننده حق است شبهه ای نیست. لکن نسبت به این که حضانة برای مادر واجب است یا حق اسقاط آن را دارد، بحث است. اصل، مقتضی حق بودن حضانة است همچنان که شهید اول در کتاب قواعد خود به آن تصریح کرده است، مبنی بر اینکه اگر مادر از حضانة امتناع نماید حضانة به پدر برمی گردد که اولی به آن است و اگر هر دو از آن امتناع نمایند ظاهر این است که پدر اجبار به آن می شود." سپس اضافه می کند که از بعضی اصحاب وجوب حضانة نقل شده است و این قول را قول خوبی ارزیابی می کند از این حیث که ترک حضانة مستلزم تزییع حقوق کودک است.<sup>۳</sup>

محمد جواد مغنیه در الفقه علی المذاهب الخمسه می گوید: هر گاه مادر با زوج قرار "طلاق خلع" گذاشت به این شرط که حق حضانة خود را بر طفل به زوج واگذارد یا زوج پس از آن که مدت حضانة مادر بر طفل تمام شد، حق حضانة را مجدداً به مادر واگذارد، چنین طلاق خلعی درست است {پس حق حضانة می تواند هدیه طلاق خلع قرار بگیرد} هیچ یک از طرفین حق عدول از این شرط را پس از انعقاد خلع ندارند مگر به رضایت طرفین و همچنین اگر صلح کردند بر این که زن از حق حضانة خود دست بردارد یا مرد حق حضانة خود را بر طفل ترک کند، چنین صلحی لازم و واجب الوفاء است.<sup>۴</sup>

از فقهای معاصر آیه الله خویی (ره) به این مسأله تصریح کرده و گفته است: حق حضانة که برای مادر است قابل اسقاط است اما حق حضانة که برای پدر وجد پدری است غیر قابل اسقاط است.<sup>۵</sup> آیت الله سیستانی معتقد است که هر یک از پدر و مادر می توانند از حق خود تنازل کنند، یعنی به نفع دیگری واگذار کنند. اما نمی توانند به نفع دیگری آن را اسقاط کنند.<sup>۶</sup>

---

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، مطبوعه الاسلامیه، طهران، ج ۳۱، ص ۲۸۳، تحقیق محمود قوچانی (مؤلف کتاب جواهر الکلام پس از نقل کلام بعضی از فقها می نویسد: ان كان المراد أنها ولاية كغيرها من الولايات التي لا تسقط بالإسقاط وأنه تجب على الأم مراعاة ذلك على وجه لا تستحق عليه الاجرة منهما، ليس في شيء من الأدلة ما يقتضي ذلك بل فيها ما يقتضي خلافه، كالتعليق على مشيئتها والتعبير بالاحقية، بل ظاهرها كون هذه الاحقية مثلها في الرضاع وحينئذ لا يكون ذلك واجبا عليها ولها اسقاطها والمطالبه باجرته. اللهم إلا أن يكون إجماعاً ولم نتحققه بل لم نعثر على تحرير لأصل المسألة في كلماتهم}

{روایت ایوب بن نوح: المرأه أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأه} حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۱۹۲، باب ۸۱، ح ۶

۲. حلی، جعفر بن الحسن، ۱۴۱۰ق، المختصر النافع، موسسه بعثت، قم، ج ۵، ص ۳۰۴؛ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۳؛ العالمی، زین الدین بن علی، ۱۳۷۶، الروضه البهیة، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ج ۲، ص ۱۴۱ (وَأَعْلَمُ أَنَّهُ لَا شِبْهَةَ فِي كَوْنِ الْحِضَانَةِ حَقًّا لِمَنْ ذَكَرَهُ، وَلَكِنْ هَلْ تَجِبُ عَلَيْهِ مَعَ ذَلِكَ أَمْ لَهُ إِسْقَاطُ حَقِّهَا مِنْهَا الْأَصْلُ يَقْتَضِي ذَلِكَ)

۳. طباطبایی، سید علی، ۱۴۰۴ق، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، موسسه آل بیت (ع)، قم، ج ۲، ص ۱۶۳

۴. مغنیه محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۳۸۳

۵. الخویی، السید ابو القاسم موسوی، ۱۴۱۰هـ، ق، منهاج الصالحین، مدینه العلم، قم-ایران، چاپ ۲۸، ج ۲، ص ۲۸۴

۶. السید السیستانی، سید علی، ۱۴۱۶، منهاج الصالحین، مکتب ایه الله العظمی سیستانی، قم، چاپ اول، ج ۳، ص ۱۲۲