



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir



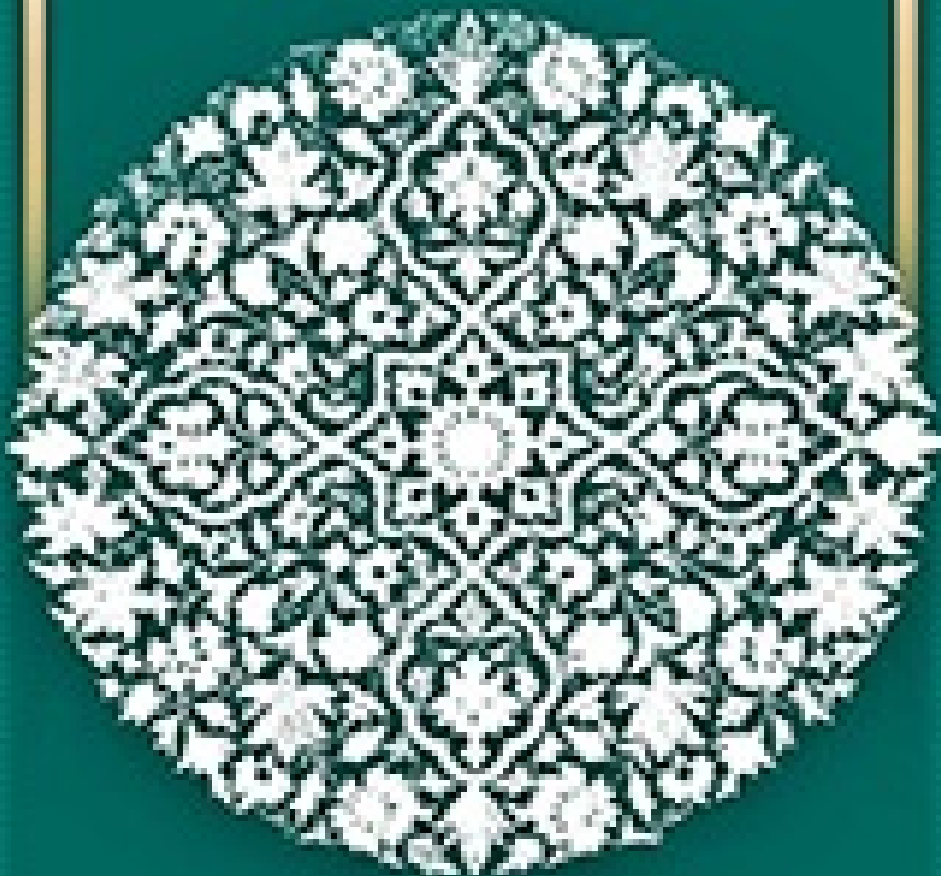
کونسل اسلامیاتی تحقیقات و مطالعات
National Council of Islamic Research and Studies

حضانت کودکان

در فقہ اسلامی



کونسل اسلامیاتی تحقیقات و مطالعات
National Council of Islamic Research and Studies



سعید نظری توکلی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حضانت کودکان در فقه اسلامی

نویسنده:

سعید نظری توکلی

ناشر چاپی:

بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۱۵	حضانة کودکان در فقه اسلامی
۱۵	مشخصات کتاب
۱۵	اشاره
۲۱	فهرست اجمالی
۲۵	پیش درآمد
۴۱	بخش اول: بررسی مسایل حقوقی شیردهی کودکان (رضاع)
۴۱	اشاره
۴۳	فصل اول: جایگاه شیر مادر در متون دینی
۴۳	پیشگفتار
۴۴	مواد سازنده شیر مادر
۴۶	ارزش شیر مادر در متون دینی
۴۸	شیر نخستین (آغوز)
۵۱	روش شیر دادن به کودکان
۵۲	فصل دوم: زمان شیردهی مادر
۵۲	پیشگفتار
۵۵	مدت شیردهی
۵۵	اشاره
۵۶	شیردهی پس از دو سالگی اثر حقوقی ندارد
۵۹	فصل سوم: وظایف مادر در دوره شیردهی
۵۹	پیشگفتار
۶۲	بررسی فقهی جمله «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتَزِعَهُ»
۶۲	اشاره
۶۲	«لوالدات»

۶۶	«یرضعن»
۷۵	«حولین کاملین»
۸۱	«لمن أراد أن یتّم الرضاعه»
۹۴	فصل چهارم: وظایف پدر در دوره شیردهی
۹۴	اشاره
۹۴	بررسی فقهی جمله «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»
۹۴	اشاره
۹۴	«علی المولود له»
۹۹	«رزقهن و کسوتهن»
۱۰۴	«بالمعروف»
۱۰۶	بررسی فقهی جمله «لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا»
۱۰۷	بررسی فقهی جمله «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»
۱۰۷	اشاره
۱۱۱	برقراری رابطه استیجاری میان زن و شوهر
۱۲۰	اختیار و اولویت مادر در شیر دادن به کودک خود
۱۲۲	چگونگی دخالت مادر در شیردهی به کودک خود
۱۲۴	پرداخت هزینه های شیردهی
۱۳۰	گرفتن دستمزد برای شیر دادن به کودک دیگران
۱۳۲	نسبت میان شیردهی و نگهداری کودک
۱۳۳	بررسی فقهی جمله «وَأْتَمِرُوا بِبَنَاتِكُمُ بِالْمَعْرُوفِ»
۱۳۵	بررسی فقهی جمله «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ»
۱۳۹	بررسی فقهی جمله «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا»
۱۴۰	فصل پنجم: وظایف متقابل پدر و مادر در دوره شیردهی
۱۴۰	بررسی فقهی جمله «لَا تَضَارَّ وَالِدَةٌ وَبُؤْبَاهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ»
۱۴۰	اشاره
۱۴۰	معنا شناسی

- فصل ششم: وظایف جانشینان پدر در دوره شیردهی ۱۵۰
- بررسی فقهی جمله «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ» ۱۵۰
- اشاره ۱۵۰
- «علی الوارث» ۱۵۰
- «مثل ذلك» ۱۵۶
- فصل هفتم: چگونگی از شیر گرفتن کودک ۱۶۸
- بررسی فقهی جمله «فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا» ۱۶۸
- اشاره ۱۶۸
- «فإن أرادا» ۱۶۸
- «فصلاً» ۱۶۹
- «عن تراض منهما و تشاور» ۱۷۱
- نسبت میان رضاع و فصال در قرآن ۱۷۶
- نسبت میان رضاع و فصال در روایات ۱۷۷
- فصل هشتم: سپردن کودک به دایه ۱۸۲
- پیشگفتار ۱۸۲
- بررسی فقهی جمله «وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ» ۱۸۴
- اشاره ۱۸۴
- «وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم» ۱۸۴
- «إذا سلمتم ما آتیتم» ۱۸۷
- «بالمعروف» ۱۹۰
- بررسی فقهی جمله «وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فِصَالًا لَهَا أُخْرَى» ۱۹۴
- بخش دوم: بررسی مسایل حقوقی نگهداری کودکان (حضانت) ۱۹۸
- اشاره ۱۹۸
- پیشگفتار: نگهداری کودکان در قرآن کریم ۲۰۰
- اشاره ۲۰۰
- کاربردهای قرآنی ۲۰۰

۲۰۰ اشاره
۲۰۱ کفالت خانواده حضرت موسی علیه السلام از او
۲۰۲ کفالت حضرت زکریا علیه السلام از مریم علیهما السلام
۲۰۸ فصل اول: مباحث مقدماتی
۲۰۸ اشاره
۲۰۸ تعریف حضانت
۲۰۸ اشاره
۲۰۸ تعریف لغوی
۲۰۹ تعریف اصطلاحی
۲۱۶ حق یا حکم بودن حضانت
۲۱۶ اشاره
۲۱۶ تعریف حق و حکم
۲۱۹ نظریات مطرح در متون فقهی
۲۲۶ اصل در حضانت
۲۲۹ فصل دوم: مراحل نگهداری کودکان
۲۲۹ اشاره
۲۲۹ مرحله اول، حضانت کودک پیش از دو سالگی
۲۲۹ اشاره
۲۳۰ مضمون روایات
۲۳۵ بررسی و جمع بندی روایات
۲۴۰ ارتباط میان حضانت مادر و مباشرت در رضاع
۲۴۶ مرحله دوم، حضانت کودک پس از دو سالگی
۲۴۶ اشاره
۲۴۶ فرض اول: زنده بودن پدر و مادر
۲۶۷ فرض دوم: زنده بودن یکی از پدر و مادر
۳۰۰ فرض سوم: زنده نبودن هیچ یک از پدر و مادر

۳۲۶	فصل سوم: شرایط نگهداری کودکان
۳۲۶	اشاره
۳۲۶	شرایط نگهداری کودک
۳۲۶	اشاره
۳۲۶	اسلام
۳۳۲	عقل
۳۳۵	آزادگی
۳۳۸	فارغ بودن از حقوق زوجیت
۳۵۰	امانتداری
۳۵۹	اقامت مادر
۳۶۱	عدم تغییر محل سکونت پدر
۳۶۲	سلامت از بیماری های مزمن و مسری
۳۶۹	از بین رفتن شرایط لازم برای نگهداری کودک
۳۶۹	اشاره
۳۶۹	از بین رفتن شرایط مادر
۳۷۱	از بین رفتن شرایط پدر
۳۷۵	بازگشت دوباره شرایط
۳۷۵	اشاره
۳۷۶	بازگشت دوباره شرایط در پدر
۳۷۶	بازگشت دوباره شرایط در مادر
۳۷۷	فصل چهارم: روابط پدر و مادر در دوره نگهداری کودک
۳۷۷	اشاره
۳۷۸	رابطه کودک با مادر
۳۷۸	اشاره
۳۷۸	اصول روابط کودک و مادر
۳۸۲	رابطه کودک با پدر

۳۸۳	فصل پنجم: نگهداری از سایر افراد
۳۸۳	اشاره
۳۸۳	حضانت دیوانگان
۳۸۴	حضانت سفیهان
۳۸۴	اشاره
۳۸۵	اعتبار رشد در امور مالی
۳۸۶	اعتبار رشد در خروج از حضانت
۳۸۸	حضانت افراد بالغ رشید
۳۹۴	فصل ششم: کودکان در نظام برده داری
۳۹۴	اشاره
۳۹۵	جدایی کودک از مادر
۳۹۵	نظرات مطرح در متون فقهی
۴۰۴	جدایی کودک از سایر بستگان
۴۰۸	شرایط جدایی کودک از مادر
۴۱۶	جدایی فرد بالغ از مادر و سایر بستگان
۴۱۸	بخش سوم: بررسی مسایل حقوقی کودکان سر راهی (لقیط)
۴۱۸	اشاره
۴۲۰	فصل اول: مباحث مقدماتی
۴۲۰	پیشگفتار
۴۲۲	تعریف واژه ها
۴۲۲	اشاره
۴۲۳	«صبی»
۴۲۶	«ضایع»
۴۲۶	«کافل»
۴۲۸	ضرورت نگهداری کودکان بی سرپرست
۴۲۸	اشاره

۴۲۸	نظریات موجود در متون فقهی
۴۳۹	کسب اجازه
۴۳۹	گرفتن شاهد
۴۴۵	فصل دوم: شرایط نگهداری از کودکان سرراهی
۴۴۵	اشاره
۴۴۵	بلوغ و عقل
۴۴۶	رشد
۴۵۲	عدالت
۴۶۰	اسلام
۴۷۱	توانمندی های مالی
۴۷۲	استقرار در یک مکان
۴۷۷	جنسیت
۴۷۸	آزادگی (حریت)
۴۸۱	فصل سوم: مسایل حقوقی کودکان سرراهی
۴۸۱	اشاره
۴۸۱	اموال همراه کودکان سرراهی
۴۸۱	اشاره
۴۸۱	انواع اموال کودک
۴۸۵	تأمین هزینه زندگی کودکان سرراهی
۴۸۵	اشاره
۴۸۵	مرحله اول، تأمین هزینه های کودک از اموال شخصی خود
۴۹۳	مرحله دوم، تأمین هزینه های کودک از سایر منابع
۵۰۷	اختلاف در هزینه نگهداری کودکان سرراهی
۵۰۷	اشاره
۵۰۸	اول، اختلاف در اصل هزینه
۵۰۸	دوم، اختلاف در میزان هزینه

۵۱۱	فصل چهارم: مسایل کیفی کودکان سرراهی
۵۱۱	اشاره
۵۱۱	جنایت بر کودکان
۵۱۱	اشاره
۵۱۲	اول، جنایت عمدی منجر به مرگ
۵۱۳	دوم، جنایت خطایی منجر به مرگ
۵۱۴	سوم، جنایت عمدی منجر به قصاص بر بدن
۵۱۶	چهارم، جنایت خطایی یا عمدی غیر منجر به قصاص بر بدن
۵۱۷	جرایم کودکان سرراهی
۵۱۷	اشاره
۵۱۷	اول، جرایم خطایی
۵۱۸	دوم، جرایم عمدی
۵۱۹	سوم، شبه عمد
۵۲۰	فصل پنجم: اختلاف درباره کودکان سرراهی
۵۲۰	اشاره
۵۲۰	معیارهای حل اختلاف
۵۲۰	اشاره
۵۲۱	معیار اول، بررسی دلایل (بینه)
۵۲۳	معیار دوم، بررسی ویژگی های افراد
۵۲۵	معیار سوم، بررسی وضعیت کودک
۵۳۱	فصل ششم: رابطه خویشاوندی با کودکان سرراهی
۵۳۱	اشاره
۵۳۱	ادعای رابطه نسبی با کودک
۵۳۱	اشاره
۵۳۱	ادعای وجود رابطه پدری با کودک
۵۴۰	ادعای وجود رابطه مادری با کودک

۵۴۳	ادعای وجود رابطه پدری و مادری با کودک
۵۴۳	انکار رابطه نسبی از سوی کودک
۵۴۶	فصل هفتم: خویشاوندی مجازی
۵۴۶	اشاره
۵۴۶	راههای ایجاد خویشاوندی مجازی
۵۴۶	اشاره
۵۴۶	اول، ولاء عتق
۵۴۶	دوم، ولاء ضمان جریره؛
۵۴۶	سوم، ولاء امام
۵۴۷	خویشاوندی مجازی برای کودکان سرراهی
۵۴۷	نظرات مطرح در متون فقهی
۵۵۲	فصل هشتم: دین و آیین کودکان سرراهی
۵۵۲	پیشگفتار
۵۵۳	پذیرش اسلام از سوی کودک همراهی
۵۶۰	روش تعیین دین کودک
۵۶۰	اشاره
۵۶۱	روش اول، تبعیت
۵۶۴	روش دوم، اسارت
۵۶۴	روش سوم، محل پیدا شدن کودک
۵۶۹	بخش چهارم: نقد و بررسی اسناد روایات
۵۶۹	اشاره
۵۷۱	بررسی روایات بخش اول
۶۱۴	بررسی روایات بخش دوم
۶۴۹	بررسی روایات بخش سوم
۶۷۱	فهرست ها
۶۷۱	اشاره

۶۷۳ ----- فهرست منابع

۷۰۸ ----- فهرست تفصیلی مطالب

۷۵۰ ----- درباره مرکز

سرشناسه: نظری توکلی، سعید، ۱۳۴۸-

عنوان و نام پدیدآور: حضانت کودکان در فقه اسلامی / سعید نظری توکلی

مشخصات نشر: تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی؛ مشهد: بنیاد پژوهشهای اسلامی، ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری: بیست و یک، ۵۳۴ ص.

فروست: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی؛ ۱۰۴۴. حوزه الهیات (فقه و مبانی حقوق اسلامی)؛ شماره ۲.

شابک: ۳۸۰۰۰ ریال: ۳-۰۹۸-۵۳۰-۹۶۴

وضعیت فهرست نویسی: فایا

یادداشت: پشت جلد به انگلیسی: Said Nazari Tawakkuli. Child Custody in the Islamic Law.

یادداشت: کتابنامه: ص. ۵۲۵ - ۵۳۴؛ همچنین به صورت زیرنویس.

موضوع: کودکان -- سرپرستی -- جنبه های مذهبی -- اسلام

شناسه افزوده: بنیاد پژوهشهای اسلامی

شناسه افزوده: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت).

رده بندی کنگره: BP۱۸۹/۹/ن۶-ح۶ ۱۳۸۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۶

شماره کتابشناسی ملی: م ۸۵-۱۱۵۷۰

ص: ۱

حضانت کودکان

در فقه اسلامی

سعید نظری توکلی

ص: ۳

این اثر را به رسم سپاس و ارج نهادن به مقام شامخ معلّمی، به روح پر فتوح استاد گرانمایه خود، فقیه توانا، اُصولی خبیر، رجالی برجسته و محدّث بلند مرتبه، حضرت آیه الله سید محمّد علی موحد ابطحی قدس سره تقدیم می دارم.

پیش درآمد

بخش اول: بررسی مسایل حقوقی شیردهی کودکان (رضاع)

فصل اول: جایگاه شیر مادر در متون دینی ... ۲۹

فصل دوم: زمان شیردهی مادر ... ۳۷

فصل سوم: وظایف مادر در دوره شیردهی ... ۴۴

فصل چهارم: وظایف پدر در دوره شیردهی ... ۷۸

فصل پنجم: وظایف متقابل پدر و مادر در دوره شیردهی ... ۱۱۷

فصل ششم: وظایف جانشینان پدر در دوره شیردهی ... ۱۲۶

فصل هفتم: چگونگی از شیر گرفتن کودک ... ۱۴۳

فصل هشتم: سپردن کودک به دایه ... ۱۵۵

بخش دوم: بررسی مسایل حقوقی نگهداری کودکان (حضانت)

پیشگفتار: نگهداری کودکان در قرآن کریم ... ۱۷۱

فصل اول: مباحث مقدماتی ... ۱۷۷

فصل دوم: مراحل نگهداری کودکان ... ۱۹۶

فصل سوم: شرایط نگهداری کودکان ... ۲۸۴

فصل چهارم: روابط پدر و مادر در دوره نگهداری کودکان ... ۳۲۹

فصل پنجم: نگهداری از سایر افراد ... ۳۳۳

فصل ششم: کودکان در نظام برده داری ... ۳۴۳

بخش سوم: بررسی مسایل حقوقی کودکان سرراهی (لقیط)

فصل اول: مباحث مقدماتی ... ۳۶۷

فصل دوم: شرایط نگهداری از کودکان سرراهی ... ۳۹۱

فصل سوم: مسایل حقوقی کودکان سرراهی ... ۴۲۴

فصل چهارم: مسایل کیفری کودکان سرراهی ... ۴۵۲

فصل پنجم: اختلاف درباره نگهداری کودکان سرراهی ... ۴۶۱

فصل ششم: رابطه خویشاوندی با کودکان سرراهی ... ۴۷۰

فصل هفتم: خویشاوندی مجازی ... ۴۸۲

فصل هشتم: دین و آیین کودکان سرراهی ... ۴۸۷

بخش چهارم: نقد و بررسی اسناد روایات

روایات بخش اول ... ۵۰۵

روایات بخش دوم ... ۵۳۳

روایات بخش سوم ... ۵۵۳

فهرست ها

فهرست منابع ... ۵۶۷

فهرست تفصیلی مطالب ... ۵۸۰

خداوند را سپاسگزارم که بر من منت نهاد و لباس فاخر بندگی را بر قامت پوشاند، هرچند که هیچ گاه نتوانسته و نخواهم توانست حق این نعمت را به جا آورم «الهی ما عبدناک حق عبادتک» و سپس او را شکرگزارم که از اوان کودکی، طعم خوش دانش جویی را از دریای بی کران علم خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام به من چشاند.

همچنین از همه فقهای پیشین تشکر و برای ایشان طلب آموزش دارم، کسانی که با همتی بالا و تلاشی طاقت فرسا، عمر خود را در نشر علوم و بسط معارف الهی گذاردند و با کمترین امکانات، گنجینه هایی بزرگ از دانش را فراهم ساختند که هرچه در آن سیر می کنیم به احاطه آنان به مسائل گوناگون علوم، واقف و از دامنه فهم و درکشان شگفت زده می شویم.

از تمامی اساتید خود که در خلال سال های گذشته، افتخار شاگردی شان را داشته ام سپاسگزارم، کسانی که بی منت و مزد، هرآنچه را که داشتند، پیش رویم قرار دادند و من نیز به اندازه گنجایش خود از آن بهره جستم.

بر خود لازم می دانم برای درگذشتگان از ایشان، طلب آموزش و رضوان الهی و برای آنان که هنوز در این سرای فانی عهده دار نشر علوم اهل البیت علیهم السلام هستند، سلامت و توفیق را خواستار باشم.

سرانجام از مدیر عامل محترم بنیاد پژوهشهای اسلامی و همکاران ایشان که در نشر این اثر تلاش فراوان نموده اند، سپاسگزارم. و بویژه از دوست عزیز و فرهیخته خود

جناب آقای ضیائی که عهده دار ویرایش ادبی آن و همچنین از فاضل ارجمند حجه الاسلام حاجی آبادی که با نکته سنجی و دقت تحسین برانگیز خود، ویرایش علمی آن را به انجام رسانده اند، کمال امتنان و تشکر را دارم.

ص: ۱۰

الحمد لله رب العالمين، مُنزل الوحي على المرسلين، والصيلاه والسلام على خير خلقه خاتم النبيين وآله الطيبين الطاهرين، لاسيما مولانا ومقتدانا الحجة بن الحسن العسكري عجل الله تعالى فرجه الشريف.

حمد و سپاس خدایی را سزااست که اساس آفرینش را بر زوجیت نهاد «وَالَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا» (۱) تا عبرتی باشد «وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ» (۲).

آدمی نیز چون سایر موجودات از این قانون مستثنا نبوده، از حقیقتی یکسان، زن و مرد وجود داده شدند «خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا» (۳) تا زمینه آسایش و آرامش یکدیگر را فراهم ساخته «خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا» (۴)، خداوند بزرگ به لطف خود، مهربانی و رحمت را میان آنها قرار دهد، «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» (۵).

زن و مرد همپای با هم، زندگی را از بهشت آغاز کردند «يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ» (۶) و به واسطه داشتن دشمن مشترک، خداوند هر دو را از پیروی شیطان پرهیز داد تا از آنجا بیرون رانده نشوند «فَقُلْنَا يَا آدَمُ إِنَّ هَذَا عَدُوٌّ لَكَ وَلِزَوْجِكَ فَلَا يُخْرِجَنَّكَمَا مِنَ الْجَنَّةِ

ص: ۱۱

۱- زخرف ۴۳ / ۱۲.

۲- ذاریات ۵۱ / ۴۹.

۳- نساء ۴ / ۱.

۴- اعراف ۷ / ۱۸۹.

۵- روم ۳۰ / ۲۱.

۶- بقره ۲ / ۳۵.

اما این زن و مرد کم تجربه، مفتون سخنان آن دشمن مشترک قرار گرفته، با گوش سپردن به سخنان او، از آن سرزمین زیبا بیرون رانده شدند «فَأَزَلَّهُمَا الشَّيْطَانُ عَنْهَا

فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ» (۲).

رانده شدن از بهشت، به معنای پایان دشمنی با این زن و مرد نیست، زیرا هستند کسانی که با هدف قرار دادن محبت میان آنها، تلاش دارند تا ایشان را از یکدیگر جدا سازند «فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ» (۳)؛ اما به رغم همه آن تلاش ها، زن و مرد راه درست را یافته، با حفظ و حراست از پیوند ازلی میان خود، زمینه به بار نشستن آن را فراهم ساختند، و از اینجا بود که فرزند به عنوان نتیجه این پیوند خجسته و روزی پاک الهی پا به عرصه هستی گذاشت «وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ» (۴).

زن و مرد با گذر از دنیا، همچنان که روز نخستین با یکدیگر و از بهشت زندگی را آغاز کردند، همپای هم دوباره به بهشت بر می گردند «هُمْ وَأَزْوَاجُهُمْ فِي ظِلَالٍ عَلَى الْأَرَائِكِ مُتَكِنُونَ» (۵)؛ اما نه به تنهایی بلکه با فرزندانشان، تا نتیجه تلاش خود را در دوره کوتاه زندگی دنیوی ببینند «جَنَّاتٌ عِدْنٍ يُدْخَلُونَهَا وَمَنْ صَلَحَ مِنْ آبَائِهِمْ وَأَزْوَاجِهِمْ وَذُرِّيَّاتِهِمْ» (۶).

پس چه زیباست زندگی و چه با شکوه است پیوندی که آغازش از بهشت و انجامش نیز بهشت است و صد تأسف برای زنان و مردانی که به جای بازگشت به آن بهشت برین، انجام زندگی شان دوزخ درد و رنج و محنت است «احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ» (۷).

ص: ۱۲

۱- طه ۲۰ / ۱۱۷.

۲- بقره ۲ / ۳۶.

۳- بقره ۲ / ۱۰۲.

۴- نحل ۱۶ / ۷۲.

۵- یس ۳۶ / ۵۶.

۶- رعد ۱۳ / ۲۳.

۷- صافات ۳۷ / ۲۲.

اما بعد؛ در میان واحدهای اجتماعی، خانواده کوچک ترین و در عین حال مهم ترین واحدی است که با ایجاد پیوند زناشویی میان دو جنس مخالف زن و مرد به وجود می آید.

گرچه ازدواج، کارکردهای متفاوتی دارد ولی در میان آنها، تولید مثل که با انگیزه بقای نسل انجام می شود از جایگاه ممتازی برخوردار است.

لازمه تحقق چنین کارکردی، شکل گیری سه رکن پدر، مادر و فرزند در کنار هم است که نوع روابط، چگونگی تعامل و وظایف متقابل هریک نسبت به دیگری از دیرباز در نظامهای حقوقی جوامع متمدن، بلکه در جوامع غیر متمدن نیز مطرح بوده و هم اکنون نیز با جدیت تمام دنبال می شود.

نظام حقوقی اسلام نیز چون سایر نظامهای حقوقی از این مطلب مستثنا نبوده، نظر به جامعیتی که دین مبین اسلام دارد، این مسأله را از جوانب گوناگون مورد بررسی قرار داده است.

صرف نظر از آیات فراوانی که محور بحث آنها مسایل زناشویی (ازدواج) و جدایی زن و مرد از یکدیگر (طلاق) است، قرآن کریم در چهار آیه بحث بارداری، شیردهی و مسایل وابسته به آن را مورد بحث و گفتگو قرار داده است.

در جوامع روایی نیز احادیث زیادی از خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام به ما رسیده که عهده دار بیان حقوق کودکان است.

فقههای بزرگ شیعه هم به مناسبت های گوناگون مسایل مربوط به کودکان و مادران را مطرح کرده اند، اما بابتی مستقل برای این منظور نگشوده اند.

محققان می توانند نظرات فقهی مربوط به شیر دادن، نگهداری و سرپرستی کودکان را در بخش های زیر مطالعه و بررسی کنند:

۱- کتاب نکاح در دو بحث رضاع و اولیای عقد ۲- کتاب طلاق در بحث عده زن باردار

۳- کتاب لقطه در بحث لقطه انسان ۴- کتاب حدود در بحث اجرای حد بر زن باردار و شیرده و بحث اجرای حد ارتداد بر فرد نابالغ ۴- کتاب مکاسب در بحث اجرت بر

واجبات ۵- کتاب عتق در بحث جدایی در آزادی کودک و مادر ۶- کتاب بیع در بحث جدایی میان کودک و مادر در فروش ۷- کتاب طهارت در بحث تبعیت.

به هر حال، برای اطلاع خوانندگان محترم از چگونگی تحقیق انجام شده درباره مسایل حقوقی کودکان در فقه اسلامی، بیان توضیحات زیر را لازم می دانم:

روش تحقیق

از آنجا که مایل بودم اطلاعات کامل و جامعی از مباحث حقوقی کودکان پیش روی خوانندگان محترم قرار داده شود، با حوصله ای زیاد به درازای یک سال تمام، این مراحل را یکی پس از دیگری پشت سر گذاشتم:

بررسی متون فقهی: برای این منظور یکایک متون فقهی شیعه از قرن اول هجری تا زمان حاضر در ابوابی که مباحث کودکان به طور ضمنی یا مستقل مورد بحث قرار گرفته بود، بررسی و مطالب آنها به ترتیب موضوعی فیش برداری و طبقه بندی گردید.

چون محور اصلی مباحث این کتاب، جایگاه حقوق کودکان در فقه اسلامی با گرایش فقه شیعه است، از بررسی تفصیلی آرای فقهای سایر مذاهب اسلامی خودداری شد؛ اما به واسطه اینکه به جامعیت تحقیق آسیبی وارد نشود، به گونه ای گذرا و گزینشی نظرات فقهای اهل سنت از متون فقهی اصلی هر یک از مذاهب و گاه از متون دوره های متأخر، استخراج و در لابه لای مباحث مورد نقد و بررسی قرار گرفت.

بررسی متون تفسیری: از مجموع آیات قرآنی، در چهار آیه به طور مستقل، برداری،

شیردهی و مسایل مربوط به آن مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است (۱).

برای فهم درست معنای این آیات و در نتیجه به دست آوردن احکام فقهی متناسب از آنها، می باید از نظرات مفسران و آنچه پیرامون آنها در متون تفسیری آمده است مطلع شویم.

ص: ۱۴

از این رو، تمامی متون تفسیری شیعه صرف نظر از زبان تألیف آنها - فارسی یا عربی - و منابع مهم تفسیری اهل سنت بدون توجه به نگرش مذهبی آنها مورد مطالعه و بررسی قرار گرفت.

پُر واضح است که احتمالات موجود در کتاب های تفسیری از چندان تنوع و کثرتی برخوردار هستند که نمی توان به همه آنها اعتماد کرد، به خصوص که بیشتر این احتمالات، بدون داشتن مبنای تاریخی یا روایی محصل، اندیشه طراحان آنهاست؛ بنابراین، تنها نقل احتمالات مطرح شده را کافی ندانسته، به نقد و ارزیابی آنها نیز اقدام و از میان احتمالات موجود، یکی از آنها بر اساس دلایل و مستنداتی که در متن کتاب توضیح آن آمده است، برگزیده شده است.

بررسی متون روایی: برای ارزیابی فقهی یک مسأله، ضروری ترین کار یافتن روایات

متناسب با آن و بررسی اعتبار سندی و معنای آنهاست.

برای این منظور، تمامی روایاتی که در جوامع روایی از خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام پیرامون مسائل مورد بحث در این کتاب وجود دارد، به تناسب موضوع جمع آوری و با توجه به میزان اعتبار و حجیت آنها مورد استفاده قرار گرفته است.

روش تدوین

برای تدوین مطالب این کتاب، به ترتیب از روش های زیر استفاده شده است:

بیان آرای فقها: در گام نخست، ابتدا مطالب بر اساس آرای موجود در کتب فقهی و

توضیحات فقهای پیشین، طرح و بسته به اهمیت آنها، در پاصفحه منابع و مآخذ آنها بیان شده است.

گزینش و انتخاب: پس از طرح مسأله، چنانچه در نظر با آنچه فقهای بزرگ - پیش از

این - مطرح کرده اند موافق بودم، بدون اشاره به نظر خود، مطلب با ارجاع به کتب فقهی،

بیان شده است.

اما اگر با مطلبی موافق نبودم، نظر خود را با عنوان «نقد و بررسی» بیان کردم، ولی باز

اگر در میان فقها کسی را می یافتیم که چنین نظری را به گونه ای بیان کرده، در پا صفحه، به آن اشاره شده است.

البته توجه به این مطلب ضروری است که در انتخاب یک نظر فقهی، مشهور بودن یا نبودن آن در میان فقها ملاک نبوده است، به همین جهت گاه نظری انتخاب شده که در متون فقهی چندان طرفداری ندارد.

به عنوان مثال، به نظر ما شیر دادن برای مادر در خلال بیست و یک ماه نخست زندگی کودک امری است واجب، با اینکه مشهور بر استحباب یا فضیلت آن فتوا داده اند^(۱)؛ همچنین به نظر نگارنده، مادامی که پیوند زناشویی میان زن و شوهر پابرجا است، زن نمی تواند برای شیر دادن به کودک خود از شوهرش تقاضای دستمزد کند، چرا که گرفتن اجرت تنها به جایی اختصاص دارد که پدر از مادر با طلاق از یکدیگر جدا شده اند، با اینکه مشهور میان فقها جواز این کار است.

ترجمه متون عربی: از آنجا که بیشتر مستندات فقهی، آیات قرآنی و احادیث خاندان

عصمت و طهارت علیهم السلام است، برای اطلاع خوانندگان محترم از معنای آنها، پس از ذکر متن عربی، ترجمه آن نیز آورده شده است.

اما توجه به این مطلب ضروری است که ترجمه های مذکور، برگردان فارسی آن متون بنا به نظر و انتخاب نگارنده است و به همین جهت در ترجمه آیات قرآنی نیز به یک ترجمه خاص توجه نشده است.

البته در هنگام برگردان اصطلاحات فقهی تلاش شده است که مترادف عربی آن در داخل پرانتز آورده شود.

نقد و بررسی رجالی: بدون تردید استناد به روایات، بدون بررسی میزان اعتبار آنها

ممکن نیست، از این رو در آخر کتاب، تک تک این روایات مورد ارزیابی رجالی و نقد و بررسی سندی قرار گرفته است.

ص: ۱۶

۱- در فصل سوم به تفصیل درباره این نظریه و دلایل مخالفان و موافقان آن توضیح داده شده است؛ برای اطلاع بیشتر، ر.ک: ص ۶۱-۷۰.

می باید به این نکته نیز توجه داشت که مبنای این بررسی ها تنها توثیق یا تضعیف مشایخ رجالی نبوده است، بلکه نگارنده بر اساس مبانی خود در علم رجال، صحت و اعتبار این روایات را ارزیابی کرده است.

اما از آنجا که تحقیقات رجالی، هماهنگی چندانی با فصول این کتاب نداشت، تمامی روایات به کار رفته در این پژوهش، شماره گذاری و در بخش چهارم به تفصیل درباره میزان اعتبار سندی آنها گفتگو شده است.

مقایسه با قانون مدنی: برای اطلاع خوانندگان محترم، سعی شده است در هر بحثی، به ماده یا مواد قانون حقوق مدنی نیز اشاره شود.

محتوا

بنا به توضیحاتی که داده شد، اطلاعات به دست آمده، از نظر محتوایی طبقه بندی و در قالب چهار بخش تدوین گردیده است:

بررسی مسایل حقوقی شیردهی کودکان (رضاع): در بخش نخست در خلال هشت فصل، این مطالب مورد بررسی قرار گرفت: جایگاه شیر مادر در متون دینی، زمان شیردهی مادر، وظایف مادر در دوره شیردهی، وظایف پدر در دوره شیردهی، وظایف متقابل پدر و مادر در دوره شیردهی، وظایف جانشینان پدر در دوره شیردهی، چگونگی گرفتن کودک از شیر، چگونگی گرفتن دایه برای کودک.

بررسی مسایل حقوقی نگهداری کودکان (حضانت): بخش دوم با یک پیشگفتار درباره جایگاه نگهداری کودکان در قرآن کریم آغاز شده و سپس در ضمن شش فصل این مطالب مورد بحث قرار گرفته است: مباحث مقدماتی، مراحل نگهداری کودکان، شرایط نگهداری کودکان، روابط پدر و مادر در دوره نگهداری کودکان، نگهداری از سایر افراد، نگهداری کودکان در نظام برده داری.

بررسی مسایل حقوقی کودکان سرراهی (لقیط): بخش سوم نیز در برگیرنده این مطالب است: مباحث مقدماتی، شرایط نگهداری از کودکان سرراهی، مسایل حقوقی

کودکان سرراهی، مسایل کیفی کودکان سرراهی، اختلاف در یافتن و نگهداری کودکان سرراهی، ادعای داشتن رابطه نسبی با کودک بی سرپرست، خویشاوندی مجازی، دین و آئین کودکان سرراهی.

نقد و بررسی اسناد روایات: در این بخش روایات به کار رفته در کتاب ابتدا بر اساس

سه بخش پیشین، طبقه بندی و سپس به ترتیب شماره گذاری انجام شده، از نظر سندی مورد ارزیابی قرار گرفته است.

نتایج

از آنجا که تحقیقات انجام شده در بحث کودکان از اهمیت فراوانی برخوردار است، برای اطلاع خوانندگان محترم از نتایج به دست آمده در این پژوهش، چکیده مطالب هر فصل، در قالب موادی به این ترتیب بیان می شود:

شیردهی و شیرخوارگی (رضاع)

ماده ۱- شیر مادر، بهترین شیر برای کودک است.

ماده ۲- مجموع دوره بارداری و شیردهی کودک باید ۳۰ ماه طول بکشد.

ماده ۳- مادر موظف است کودک خود را ۲۱ ماه شیر دهد؛ اما بهتر آن است که این مدت تا ۲۴ ماه کامل ادامه یابد.

ماده ۴- مادر در شرایط عادی وظیفه ای برای شیر دادن کودک پس از ۲۱ ماه ندارد.

ماده ۵- شیر دادن به کودک پس از ۲۱ ماهگی، باعث ایجاد محرمیت نمی شود.

ماده ۶- شیر دادن عملی است واجب، ولی نمی توان مادر را مجبور به آن کرد.

ماده ۷- پس از جدایی زن و شوهر، اگر مرد از همسر سابق خود بخواهد که کودکش را تا ۲۴ ماه کامل شیر دهد، مادر موظف به تکمیل دوره شیردهی است.

ماده ۸- زن پس از جدایی از شوهرش، نمی تواند از شیر دادن به کودک خود سر باز زند، ولی می تواند در برابر آن دستمزد بگیرد.

ماده ۹- مادر از زمان شروع به شیردهی و به میزان آن می تواند درخواست دستمزد کند.

ماده ۱۰- منظور از دستمزد، تأمین خوراک و پوشاک مادر در دوره شیردهی است.

ماده ۱۱- پرداخت هزینه شیردهی کودک بر عهده پدر اوست.

ماده ۱۲- تأمین خوراک و پوشاک زن در زمان شیردهی، متناسب با توان مالی مرد است.

ماده ۱۳- تعیین میزان دستمزد با توافق زن و شوهر است.

ماده ۱۴- پدر در شرایط عادی موظف به تأمین هزینه شیردهی کودک پس از ۲۱ ماه نیست.

ماده ۱۵- مرد می تواند در زمان برقراری زناشویی به همسر خود در مقابل شیر دادن به فرزندش دستمزد دهد، ولی نمی توان او را ملزم به این کار کرد.

ماده ۱۶- شیر دادن به کودک (رضاع) غیر از نگهداری (حضانت) اوست، و گرفتن دستمزد برای شیر دادن، شامل نگهداری از او نمی شود.

ماده ۱۷- در دوره ای که مادر موظف به شیر دادن به کودک خود است، مجاز نیست به جای شیر دادن، از غذاهای کمکی یا شیر حیوانی استفاده کند.

ماده ۱۸- عنوان «شیر دادن به فرزند»، هنگامی تحقق می یابد که مادر از پستان خود به کودکش شیر دهد.

ماده ۱۹- اگر زنی حاضر باشد در مقابل مزدی کمتر از آنچه مادر می طلبد، به کودک شیر دهد و مادر حاضر به آن میزان دستمزد نشود (تعاسر)، پدر می تواند کودک را از مادر گرفته به آن زن بسپارد.

ماده ۲۰- زن می تواند بدون اجازه شوهر خود برای کودکان دیگران دایگی کند، مشروط به اینکه مانع حقوق شوهرش نباشد.

ماده ۲۱- زن و شوهر پس از جدایی نباید با طعمه قرار دادن کودک به یکدیگر آسیب بزنند.

ماده ۲۲- وارثان پدر پس از مرگ وی همان وظیفه ای را نسبت به کودک و مادر او دارند که اگر پدر کودک زنده می بود، عهده دار انجام آن بود.

ماده ۲۳- پدر برای تکمیل دوره شیر دهی همچنان که می تواند از مادر بخواهد کودک را

شیر دهد، می تواند دایه بگیرد.

ماده ۲۴- تصمیم گیری درباره از شیر گرفتن کودک بر عهده پدر و مادر است.

ماده ۲۵- مادر با خودداری از شیر دادن به کودک خود، حقی در نگهداری از او در خلال دو سال اول زندگی اش از بین خواهد رفت.

نگهداری از کودک (حضانت)

ماده ۲۶- منظور از حضانت، نگهداری از کودک است و تعیین مواردی که نگهداری محسوب می شود موکول به فهم عرفی است.

ماده ۲۷- حضانت پدر و مادر از کودک خود، حقی طبیعی - تکوینی است که به محض تحقق رابطه فرزندى به وجود می آید.

ماده ۲۸- حق پدر و مادر در نگهداری از فرزند خود، حقی است غیر قابل انتقال به دیگری و غیر قابل اسقاط.

ماده ۲۹- همچنان که پدر و مادر حق دارند از کودک خود نگهداری کنند، کودک نیز حق دارد که در دامن پدر و مادرش بزرگ شود.

ماده ۳۰- نگهداری از کودک وظیفه ذاتی پدر است که در مدت زمانی محدود به مادر منتقل می شود.

ماده ۳۱- اولویت مادر در شیر دادن و نگهداری از کودک خود در دو سال اول زندگی اش مشروط به این است که برای این کار دستمزد نگیرد یا دستمزد بیشتری از آنچه دیگران می گیرند، نخواهد.

ماده ۳۲- زن پس از جدایی از شوهرش حق دارد، از کودک خود چه پسر باشد و چه دختر، تا هفت سالگی نگهداری کند.

ماده ۳۳- مادر تنها برای شیر دادن به کودک خود می تواند دستمزد بگیرد، ولی برای نگهداری از او نمی تواند دستمزد بگیرد.

ماده ۳۴- در صورت مرگ مادر در زمانی که حضانت کودک بر عهده اوست، این وظیفه به پدر کودک منتقل می شود.

ماده ۳۵- هرگاه پدر در زمانی که حضانت کودک بر عهده اوست از دنیا برود، این وظیفه به جانشین وی یعنی پدر بزرگ پدری یا وصی او منتقل می شود.

ماده ۳۶- سرپرستی کودک غیر از نگهداری اوست، این وظیفه به ترتیب بر عهده پدر، پدر بزرگ پدری، وصی هر یک از آنها و حاکم اسلامی است.

ماده ۳۷- نگهداری از کودک پس از مرگ پدر و مادرش بر عهده پدر بزرگ پدری او، وصی خاص آنها و سپس حاکم اسلامی است.

ماده ۳۸- مادر غیر مسلمان حق دارد از کودک خود نگهداری کند.

ماده ۳۹- جنون فراگیر مادر مانع نگهداری کودک توسط اوست.

ماده ۴۰- جنون ادواری مادر در صورتی که قادر به انجام وظایف خود در نگهداری از کودک بوده و دفعات بروز حالت جنون در او، بسیار بسیار کم و از نظر زمانی نیز طولانی نباشد، مانع حضانت او نیست.

ماده ۴۱- ازدواج مادر در خلال هفت سال نخست زندگی کودک، باعث از بین رفتن حق او در نگهداری کودک می شود، چه با شوهر دوم خود نزدیکی بکند یا نکند؛ چه ازدواج مادر در زمان حیات شوهر سابقش باشد یا پس از مرگ وی و چه شوهر دوم راضی به نگهداری کودک باشد یا نباشد.

ماده ۴۷- جدایی مادر از شوهر دوم خود، باعث بازگشت حق حضانت او نمی شود.

ماده ۴۸- مادر برای نگهداری از کودک خود، باید امین باشد.

ماده ۴۹- منظور از امین بودن در ماده قبل، عدم خیانت و کوتاهی در مسایل مربوط به زندگی کودک است.

ماده ۵۰- احراز صلاحیت اخلاقی مادر، شرط نگهداری از کودک خود است.

ماده ۵۱- تغییر محل اقامت کودک اگر تأثیر منفی بر روند زندگی، سلامت جسمی - روحی، آموزش و ادب او نداشته باشد، جایز است.

ماده ۵۲- چنانچه مادر مبتلا به بیماری مسری شود، تا هنگامی که سلامت خود را به دست نیاورده است، نمی تواند حضانت کودک را بر عهده بگیرد.

ماده ۵۳- چنانچه مادر مبتلا به بیماری مزمنی باشد که مانع از نگهداری کودک - هرچند با کمک دیگری نباشد - حضانت مادر باقی است، ولی در جایی که مادر به هیچ وجه امکان نگهداری کودک را نداشته باشد، حضانت او ساقط می شود.

ماده ۵۴- شرایط حضانت، مشترک میان پدر و مادر است بجز ازدواج.

ماده ۵۵- از بین رفتن شرایط حضانت در دوره شیرخوارگی، موجب زوال حق حضانت مادر، و انتقال کودک به پدر است.

ماده ۵۶- غیر از بردگی، در صورتی که پدر شرایط حضانت را از دست دهد، نگهداری از کودک به پدر بزرگ پدری و سپس وصی آنها منتقل می شود.

ماده ۵۷- اگر پدر شرایط لازم برای نگهداری کودک خود را دوباره به دست آورد، حضانت کودک به او سپرده می شود.

ماده ۵۸- اگر مادر شرایط لازم برای نگهداری کودک خود را دوباره به دست آورد، حضانت کودک در خلال هفت سال نخست زندگی او به وی منتقل می شود بجز در مسأله ازدواج.

ماده ۵۹- پدر در دوره ای که کودک با او زندگی می کند، نباید مانع دیدار مادر با کودک شده و اگر کودک بیمار شود نباید از پرستاری مادر جلوگیری کند و نیز اگر مادر بیمار شود، نباید از پرستاری کودک از او جلوگیری کند و چنانچه هریک از کودک یا مادر از دنیا بروند، نباید مانع از شرکت در مراسم سوگواری او شود.

ماده ۶۰- از جمله افراد نیازمند به حضانت، افراد سبک مغز (سفیه) اند.

ماده ۶۱- با رسیدن به بلوغ، شخص از حضانت خارج می شود و می تواند برای زندگی خود تصمیم گیری کند، بدون آنکه میان پسر و دختر (باکره و غیر باکره) در این حکم تفاوتی وجود داشته باشد.

نگهداری کودکان سرراهی

ماده ۶۲- منظور از کودکان سرراهی، پسران یا دخترانی هستند که دست کم در زمان پیدا شدن، سرپرست مشخصی ندارند، شیرخوار باشند یا غیر شیرخوار، مشروط به اینکه

نزدیک به سن بلوغ نباشند.

ماده ۶۳- برداشتن و نگهداری از کودکان سرراهی، عملی است مستحب که با احتمال به خطر افتادن جان آنها واجب خواهد بود، و جویی که بسته به شرایط کودک می تواند عینی یا کفایی باشد.

ماده ۶۴- برای برداشتن کودک سرراهی نیاز به کسب اجازه از هیچ مقامی نیست، گرچه برای نگهداری از او باید شرایط خاصی وجود داشته باشد.

ماده ۶۵- گرفتن شاهد برای یافتن کودک لازم نیست، گرچه بهتر است انجام شود.

ماده ۶۶- کسی که کودکی را می یابد و می خواهد از او نگهداری کند، باید دارای شرایط خاصی باشد.

ماده ۶۷- یابنده کودک تنها نگهداری از او را بر عهده می گیرد و هیچ گونه ولایتی بر او ندارد.

ماده ۶۸- افراد نابالغ، دیوانه یا سفیه که خود نیازمند به حضانت هستند نمی توانند نگهداری از کودک بی سرپرست را بر عهده بگیرند، گرچه می توانند کودکی را از اماکن عمومی برداشته و به مراکز مربوطه تحویل دهند.

ماده ۶۹- یافتن کودک سرراهی، هیچ حقی برای یابنده او ایجاد نمی کند.

ماده ۷۰- تصمیم گیری برای واگذاری نگهداری کودک سرراهی به یک فرد، بر عهده سازمان خاصی است که با بررسی صلاحیت های لازم برای این کار، صورت می پذیرد.

ماده ۷۱- برای نگهداری از کودکان بی سرپرست، عدالت به معنای اصطلاحی (ملکه ترک گناه) لازم نیست، اما احراز صلاحیت های اخلاقی فرد لازم است.

ماده ۷۲- اسلام شرط نگهداری از کودک است، چه کودک مسلمان باشد و چه غیر مسلمان، بلکه اعتبار ایمان نیز خالی از صحت نیست.

ماده ۷۳- افراد غیر مسلمان و مسلمان با عقاید فاسد، نمی توانند از کودک مسلمان

نگهداری کنند.

ماده ۷۴- نگهداری از کودک سرراهی غیر مسلمان (پیدا شده در شهرهای غیر مسلمان نشین) به فرد مسلمان سپرده می شود.

ماده ۷۵- توانمندی مالی، شرط نگهداری از کودک بی سرپرست نیست، گرچه میان چند نفر با شرایط مساوی، داشتن ثروت امتیاز است.

ماده ۷۶- تأمین هزینه زندگی کودک بی سرپرست، بر عهده کسی که از او نگهداری می کند، نیست.

ماده ۷۷- نقل مکان کودک بی سرپرست، تابع مصلحت جسمی و روحی کودک است.

ماده ۷۸- بهتر است کودک بی سرپرست از شهر به روستا و از روستا به صحرا برده نشود.

ماده ۷۹- زن یا مرد بودن، تأثیری در جواز نگهداری از کودک سرراهی ندارد.

ماده ۸۰- اموال مورد استفاده یا همراه کودک، متعلق به خود اوست.

ماده ۸۱- اشیایی که پیرامون کودک سرراهی قرار دارند، متعلق به او نیست، مگر اینکه دلایل معتبری بر مالکیت او وجود داشته باشد یا در جایی قرار گرفته باشند که اختصاص به کودک دارد.

ماده ۸۲- کسی که از کودک سرراهی نگهداری می کند، می تواند از اموال کودک برای تأمین هزینه های زندگی او استفاده کند، بدون اینکه نیازی به کسب اجازه از حاکم اسلامی باشد.

ماده ۸۳- برای دقت در مصرف درست اموال کودک، وجود ناظر ضروری است.

ماده ۸۴- یابنده کودک، اگر تنها به انگیزه حفظ جان وی او را از سطح خیابان بردارد، تأمین هزینه زندگی کودک بر عهده دولت اسلامی است.

ماده ۸۵- یابنده کودک، اگر با انگیزه نگهداری کودک و با مسئولیت نامحدود، او را از سطح معابر عمومی جمع آوری کند، تأمین هزینه های کودک سرراهی بر عهده اوست.

ماده ۸۶- یابنده کودک، اگر با انگیزه نگهداری کودک و با مسئولیت محدود، او را از سطح معابر عمومی جمع آوری کند، تأمین هزینه های کودک منوط به نوع تعهد اوست، یعنی نگهداری رایگان یا نگهداری به شرط بازپس گیری هزینه ها از کودک پس از بلوغ.

ماده ۸۷- در صورتی که یابنده کودک عهده دار تأمین هزینه های زندگی او شود به شرط آنکه بعدا آن هزینه ها را پس بگیرد و پس از رسیدن کودک به بلوغ، در مقدار هزینه ها با

او اختلاف پیدا کند، اگر ناظر، ادعای او را تأیید می کند، ادعایش پذیرفته می شود، چه از اموال کودک هزینه کند یا از اموال خود؛ در غیر این صورت باید برای اثبات ادعای خود در مقدار هزینه ها مدرک ارائه کند.

ماده ۸۸- در جنایت عمدی و خطایی بر کودکان سرراهی، اعم از آنکه منجر به مرگ یا جرح شود، تصمیمگیری درباره قصاص، عفو یا اخذ دیه بر عهده امام معصوم علیه السلام (دولت اسلامی) است.

ماده ۸۹- در جرایم کودکان سرراهی اعم از خطایی یا عمدی، امام معصوم علیه السلام (دولت اسلامی) عاقله او به حساب آمده، تأمین خسارت می کند.

ماده ۹۰- اثبات رابطه پدری یا مادری با کودک سرراهی (بی سرپرست) تنها با ادعا ممکن نیست، بلکه برای اثبات آن می بایست به سوابق سجلی آنها مراجعه کرد.

ماده ۹۱- چنانچه نتوان با سوابق سجلی رابطه خویشاوندی با کودک سرراهی را اثبات کرد، می باید از روش های علمی - پزشکی بهره جست.

ماده ۹۲- قبول یا انکار رابطه خویشاوندی با یک نفر توسط کودک پس از بلوغ، به تنهایی اثری ندارد.

ماده ۹۳- دین ادعا کننده رابطه خویشاوندی با کودک سرراهی، هیچ اثری در قبول یا رد ادعای او ندارد.

ماده ۹۴- یابنده کودک سرراهی یا کسی که از او نگهداری می کند، هیچ ولاء قهری بر او

ندارد، گرچه بهتر است که فرد بی سرپرست ولاء خود را برای او قرار دهد.

ماده ۹۵- اسلام و ایمان کودک نابالغ صحیح است.

ماده ۹۶- حکم ارتداد برای کودکان پیش از بلوغ جاری نمی شود.

ماده ۹۷- تبعیت ظاهری از پدر یا مادر، باعث اجرای حکم ارتداد بر کودک پس از بلوغ نمی شود.

ماده ۹۸- ملاک دین ظاهری کودکان سرراهی در سرزمین های اسلامی و غیر اسلامی، امکان انتساب کودک به فرد مسلمان است.

سعید نظری توکلی

مشهد مقدس - ۱۰/۷/۱۳۸۳

ص: ۲۶

بخش اول: بررسی مسایل حقوقی شیردهی کودکان (رضاع)

اشاره

فصل اول: جایگاه شیر مادر در متون دینی

فصل دوم: زمان شیردهی مادر

فصل سوم: وظایف مادر در دوره شیردهی

فصل چهارم: وظایف پدر در دوره شیردهی

فصل پنجم: وظایف متقابل پدر و مادر در دوره شیردهی

فصل ششم: وظایف جانشینان پدر در دوره شیردهی

فصل هفتم: چگونگی از شیر گرفتن کودک

فصل هشتم: سپردن کودک به دایه

ص: ۲۷

نیاز انسان به مواد غذایی از هنگامی آغاز می شود که سلول تخم در رحم مادر تشکیل می گردد، نیازی که هرچه زمان رو به جلو می رود میزان آن بیشتر می شود.

بر اساس آخرین دستاوردهای علمی، هیچ غذایی برای کودک بهتر از شیر مادر وجود ندارد، شیر مادر بهترین و کامل ترین غذای طبیعی است که تمام نیازهای او را برطرف می کند.

شیر مادر مایعی است «حیاتی» که با داشتن خاصیت «تغییرپذیری» مناسب، می تواند نیازهای کودک را در شرایط مختلف به نحو مطلوب فراهم می کند(۱).

حیاتی بودن شیر مادر از آن جهت است که این مایع دارای عوامل زنده ای چون گلبول سفید و مواد لازم برای حفاظت و مصون کردن نوزاد در برابر عوامل بیماری زا است.

تغییر پذیری آن نیز به این خاطر است که متناسب با نیازهای کودک تغییر حالت می یابد. در روزهای نخست که نوزاد به استراحت بیشتر نیاز دارد، به صورت فشرده و

ص: ۲۹

۱- لازم به یادآوری است تعریف های دیگری نیز از شیر وجود دارد، نظیر: مایعی که از غده پستان حیوانات پستاندار ترشح می شود و به مصرف نوزاد آنها می رسد؛ مایعی است سفید رنگ، کمی شیرین و دارای بوی مخصوص که از پستان حیوان خارج می شود؛ سرمی است دارای چربی، مواد آلی، دیاستازها، گلبول سفید.

غلظ (آغوز) ترشح می شود تا افزون بر اینکه احتیاجات غذایی و مصونیتی وی را برآورده می سازد، متناسب با حجم معده او نیز باشد.

مواد سازنده شیر مادر

شیر مادر از نظر ترکیبات شش گانه مواد غذایی، متناسب با نیازهای نوزاد ساخته و ترشح می شود.

این ترکیبات عبارت اند از:

۱- مواد پروتئینی: همان گونه که می دانیم در شیر پستانداران دو نوع پروتئین مهم

وجود دارد: کازئین که لخته های درشت داشته، بسیار دیر هضم و متناسب با دستگاه هضمی حیوانات است؛ پروتئین های با لخته یا دلمه های ریز و به سادگی قابل هضم که نسبت آنها در شیر مادر ۸۰ به ۲۰ است.

بنابراین، پروتئین های موجود در شیر مادر، بهترین کیفیت هضم و جذب را برای نوزاد داشته و به نحو مطلوبی زمینه رشد وی را فراهم می سازند.

۲- مواد چربی: چربی های موجود در شیر مادر بیشتر از نوع چربی های لازم برای ساختمان مغز بوده و به نحو مطلوبی نیازهای انرژی زایی نوزاد را تأمین می کنند.

به علاوه، چون شیر مادر به طور طبیعی از کلسترول بیشتری برخوردار است، سازمان سوخت و ساز کلسترول بدن را به نحو مناسب تری راه اندازی می کند و در نتیجه، کودکانی که بیش از یک سال از شیر مادر تغذیه کرده اند، در میان سالی از خطر افزایش چربی، کلسترول، فشار خون و عوارض قلبی - عروقی ناشی از آن مصون بوده یا کمتر از سایر افراد در معرض این مشکلات قرار خواهند گرفت (۱).

۳- مواد قندی (هیدروکربن ها): ترکیب شیر مادر از نظر مقدار و نوع مواد قندی،

متفاوت با سایر شیرها است.

ص: ۳۰

۱- البته باید به این نکته نیز توجه داشت که چون چربی های شیر مادر بیشتر در پایان هر وعده شیر دهی ترشح می شوند، بهتر است که مادر در هر وعده شیر دهی، تمام شیر هر پستان خود را به کودک بخوراند.

قند شیر مادر از نوع لاکتوز است. این ماده، جذب کلسیم را در داخل روده نوزاد افزایش داده و رشد استخوانی وی را می‌افزاید.

افزون بر این، لاکتوز موجود در شیر مادر، یبوست شیرخوار را کم کرده، اجابت مزاج او را راحت تر و نرم تر می‌کند.

همچنین بر اثر تعامل میان این ماده قندی با سایر مواد، میکروب های مفید روده رشد و تکثیر بیشتری یافته و با ترشح ماده اسیدی، محیط روده را برای رشد میکروب های بیماری زا، نامناسب و از بروز بیماری های گوارشی جلوگیری می‌کند.

۴- آب: مقدار آب موجود در شیر مادر به نحوی است که آن را به شکل مایعی با غلظت مناسب درآورده، شیر خوار را از مصرف آب اضافی بی‌نیاز می‌کند.

به همین جهت، در خلال ۵ ماه اول زندگی که تغذیه نوزاد تنها با شیر مادر صورت می‌گیرد، نیازی به آب اضافی نخواهد داشت.

میزان آب شیر مادر چنان است که اگر کودک به هر دلیلی دچار اسهال شود، از پیامد کم شدن آب بدن که عارضه مهم بیماری اسهال است، در امان خواهد بود.

۵- ویتامین ها: شیر مادر حاوی انواع مختلف ویتامین های محلول در آب و چربی است (۱) و چون این شیر به شکل تازه و بدون برخورد با حرارت مصرف می‌شود، بیشترین میزان ممکن را داراست، چرا که بسیاری از این ویتامینها در حرارت بالاتر از ۶۰

درجه سانتیگراد خراب و بی‌خاصیت می‌شوند.

۶- املاح و مواد معدنی: مواد معدنی موجود در شیر مادر از نظر کمیت متناسب با

وضعیت سیستم ادراری و کلیه های شیر خواران است.

املاحی چون کلسیم، فسفر، سدیم و پتاسیم به میزانی در شیر مادر وجود دارد که ضمن تأمین رشد استخوان ها، سیستم عصبی سایر بافت ها و رفع نیازمندی های طبیعی

ص: ۳۱

۱- لازم به یادآوری است تمام ویتامین ها بجز ویتامین K در شیر انسان یافت می‌شوند، اما مقدار آنها متغیر است و تغذیه تکمیلی مادر، ترشح بیشتر آن ها را افزایش می‌دهد؛ ر.ک: بارداری و زایمان ویلیامز، ۱/۴۱۱.

بدن کودک، به عمل دفعی کلیه های وی آسیب نمی رسانند.

مواد معدنی موجود در شیر مادر از نظر کیفیت نیز چنان است که با جذب بهتر، نیازهای ساختمانی بدن را بر طرف می سازد. به هر حال، تحقیقات نشان می دهند که تغذیه با شیر انسان میزان بروز یا شدت اسهال، عفونت دستگاه تنفسی تحتانی و عفونت دستگاه ادراری را کاهش می دهد.

افزون بر این، شیر دارای اثر محافظتی در مقابل سندرم مرگ ناگهانی نوزاد، دیابت شیرین وابسته به انسولین، بیماری های آلرژیک و دیگر بیماری های مزمن گوارشی است (۱).

ارزش شیر مادر در متون دینی

از بررسی آنچه در متون دینی درباره شیر مادر آمده است، می توان به این نتیجه بسیار مهم دست یافت که شیر مادر بهترین و کامل ترین منبع غذایی برای کودک است که هیچ چیز حتی سایر شیرهای طبیعی - حیوانی نیز نمی تواند جایگزین آن شود.

اهمیت غذایی شیر مادر، افزون بر اینکه در متون فقهی مورد توجه فقها بوده (۲)، در منابع روایی نیز مطرح و روایات فراوانی در اهمیت و تأکید استفاده از آن، در قالب جملاتی کوتاه از امامان معصوم علیهم السلام به ما رسیده است.

پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله شیر مادر را چنین توصیف می کنند: «لیس للصبی لبنٌ خیرٌ من لبنِ أمّه» (۳)، برای کودک، شیری بهتر از شیر مادر نیست.

همچنین امام امیر المؤمنین علیه السلام درباره آن می فرماید: «ما من لبن یرضع به الصبی أعظم برکه

ص: ۳۲

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: بارداری و زایمان ویلیامز، ۱/۴۱۳؛ درسنامه جامع مامایی، ص ۳۰۴-۳۰۵؛ تغذیه مادر و کودک، ص ۳۸-۴۷.

۲- المهدب، ۲/۲۶۱؛ السرائر، ۲/۶۴۸؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ کشف الرموز، ۲/۲۰۰؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱؛ النهایه، ص ۵۰۳؛ السرائر، ۲/۶۴۸؛ المهدب البارع، ۳/۴۲۴؛ نهایه المرام، ۱/۴۶۰؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۵؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۷۱؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۰؛ جامع المدارک، ۴/۴۶۸.

۳- عیون اخبار الرضا علیه السلام، ۱/۳۸، شماره ۶۹.

عليه من لبن أمه» (۱)، هیچ شیری برای کودک با برکت تر از شیر مادرش نیست (۲).

بنابر این، اگر نگوییم شیر دادن به کودک، وظیفه ای است واجب بر مادر - آن گونه که پس از این توضیح خواهیم داد - دست کم، کاری است مستحب (۳) که هماهنگی بیشتر آن با بدن کودک دلیلی است بر آن (۴).

به همین جهت، توجیه مرحوم نجفی نسبت به استحباب شیر دادن مادر به کودک خود، نمی تواند درست باشد.

وی در این باره می نویسد: «استحباب شیر خوردن از مادر تنها از جهت مادر بودن در برابر بیگانگان است، و گرنه برخی عوامل باعث برتری شیر غیر مادر می شود، مثل شرافت و پاکی شیر او در برابر ناپاکی مادر به واسطه مسیحی، یهودی یا زردستی بودن؛ با عفت یا پاک نبودن او. بنابر این، با فرض تساوی مادر با سایر زنان در تمامی جهات،

مادر بودن عامل ترجیح است» (۵).

زیرا، استحباب یا برتر بودن شیر مادر به واسطه هماهنگی فیزیکی - شیمیایی ترکیبات آن با بدن کودک است؛ به همین دلیل معلوم نیست که شیر سایر زنان بتواند به طور کامل جایگزین شیر مادر شود.

بنابر این، از نظر طبیعی شیر مادر با هیچ منبع غذایی دیگر قابل مقایسه نبوده و شیر سایر زنان حتی بر فرض داشتن امتیازات معنوی بیشتر، نمی تواند نقش شیر مادر را به طور کامل ایفا کند.

ص: ۳۳

۱- الکافی، ۶/۴۰، شماره ۱؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۸، شماره ۳۶۵؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۷۵، شماره ۴۶۶۳.

۲- همان گونه که ملاحظه می شود، در این دو حدیث از دو واژه «صبی» و «لبن» استفاده شده است. واژه «صبی» به معنای پسر بچه است، ولی به نظر می رسد معصوم علیه السلام آن را مترادف با «ولد» به معنای کودک که دربرگیرنده پسر و دختر است به کار برده است. همچنین واژه «لبن» در متون لغوی تنها بر شیر چهارپایان یعنی گاو و گوسفند و شتر اطلاق شده است. برای اطلاع بیشتر، ر.ک: مسالک الأفهام، ۸/۴۲۰؛ تهذیب اللغه، ۱۵/۳۶۲؛ الصحاح، ۶/۲۱۹۲.

۳- شرایع الاسلام، ۲/۵۶۶؛ ارشاد الاذهان، ۲/۴۰؛ اللغه الدمشقیه، ص ۱۷۶.

۴- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۰.

۵- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۳.

کلستروم، مایعی غلیظ و به رنگ زرد لیمویی است که در آغاز از پستان ها ترشح می شود.

این مایع که به آن آغوز گفته می شود، از روز دوم بعد از زایمان از نوک پستان ها نمایان

و به مدت پنج روز ترشح آن ادامه می یابد و در طول چهار هفته بعدی به تدریج به شیر کامل (۱) تبدیل می شود.

کلستروم در مقایسه با شیر کامل، حاوی مواد معدنی و پروتئین بیشتری است که قسمت بیشتر آن از گلوبین و به مقادیر کمتر، از قند و چربی تشکیل می شود (۲).

اهمیت و ارزش غذایی - بهداشتی خوراندن کلستروم به نوزادان باعث شده است که این مسأله در متون فقهی مطرح شود و بسیاری از فقها مادر را ملزم به دادن آن به کودک

خود کنند، حتی اگر در برابر گرفتن دستمزد از پدر، یا برداشت از اموال کودک باشد (۳).

طرفداران این نظریه معتقدند کودک بدون خوردن شیر آغوز نمی تواند به زندگی خود ادامه دهد (۴).

نظیر این استدلال، در مورد جدا سازی کودک از مادر خود قبل از خوردن شیر آغوز، با فروش یکی از آنها در فرضی که مادر برده باشد نیز وجود دارد (۵).

در مقابل عده ای با به نقد کشیدن این ادعا و نادرست دانستن آن (۶)، معتقدند که اولاً: بچه بدون خوردن شیر آغوز هم می تواند زنده باشد (۷)، زیرا ممکن است پس از ولادت از شیر زنی غیر از مادر خود استفاده کند (۸)؛ ثانیاً: در بسیاری از زنان شیر آغوز وجود ندارد (۹)؛ ثالثاً: چه بسا خوردن شیر آغوز به خاطر بیماری مادر، ممکن نباشد (۱۰).

ص: ۳۴

۱-۱ Mature milk

۲- بارداری و زایمان ویلیامز، ۱/۴۱۰؛ همچنین، ر.ک: اولین دانشگاه و آخرین پیامبر، ۸۳-۶/۸۲.

۳- اللعه دمشقیه، ص ۱۷۶؛ شرح اللعه، ۵/۴۵۲.

۴- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱؛ ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۲.

۵- شرح اللعه، ۳/۳۱۹.

۶- کفایه الاحکام، ص ۱۹۳؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۷۳.

۷- مجمع الفائده، ۸/۲۶۰.

۸- الحدائق الناضره، ۱۹/۴۲۴.

۹- مجمع الفائده، ۸/۲۶۰.

توجه به این نکات باعث شده است که برخی از فقهای بزرگ شیعه ادعا کنند که زندگی کودک در بیشتر و نه همه موارد، وابسته به خوردن شیر آغوز است (۱)، افزون بر اینکه خوردن این شیر می تواند باعث قدرت گرفتن و مستحکم شدن بدن کودک شود (۲).

صرف نظر از دلایل طرفداران و منتقدان نظریه وجوب دادن شیر آغوز به کودک از سوی مادر، خوراندن این شیر به کودک تا بدان جا اهمیت دارد که گروهی از فقهای شیعه فتوا داده اند که اگر زنی به علت ارتکاب جنایت یا عمل مجرمانه دیگری مستحق کیفر قصاص یا سنگسار باشد، اجرای این حکم به تأخیر انداخته می شود تا به کودک خود، شیر آغوز را بدهد (۳). با این استدلال که قوام بدن کودک به خوردن آن است (۴)، کودک غالباً

بدون آن نمی تواند زنده بماند (۵) و به عبارت دیگر به خاطر مراعات حق کودک (۶) و از بین رفتن خطر از او (۷).

بلکه بنا به نظر عده ای می توان تا پایان دوره دو ساله شیردهی، حکم قصاص را به تأخیر انداخت، اگر برای کودک دایه ای پیدا نشود که بعد از خوردن شیر آغوز از مادرش،

او را شیر دهد (۸)؛ حتی این تأخیر مستحب است، چرا که ممکن است کودک شیری غیر از شیر مادرش را قبول نکند (۹).

شاهد بر این ادعا، روایاتی است که محدثان شیعه و سنی از نحوه برخورد پیامبر

اکرم صلی الله علیه و آله و امیر المؤمنین علیه السلام در این خصوص نقل کرده اند (۱۰).

ص: ۳۵

۱- شرح اللمعه، ۵/۴۵۴؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۱۳؛ مجمع الفوائد، ۸/۲۶۰.

۲- کشف اللثام، ۲/۱۰۵.

۳- قواعد الاحکام، ۳/۶۲۸؛ ایضاح الفوائد، ۴/۶۲۹.

۴- المبسوط، ۵/۲۲۴.

۵- جامع المقاصد، ۴/۱۵۸؛ ریاض المسائل، ۱/۵۶۵.

۶- شرح اللمعه، ۱۰/۱۰۰.

۷- مسالک الأفهام، ۱۵/۲۵۲.

۸- قواعد الاحکام، ۳/۶۲۸؛ ایضاح الفوائد، ۴/۶۲۹؛ مسالک الأفهام، ۱۴/۳۷۶.

۹- المبسوط، ۵/۲۲۴.

۱۰- الکافی، ۷/۱۸۵، شماره ۱؛ من لا یحضره الفقیه، ۴/۳۲، شماره ۵۰۱۸؛ تهذیب الاحکام، ۱۰/۹، شماره ۲۳؛ سنن دارمی،

۲/۱۷۹؛ مسند احمد، ۵/۳۴۸؛ صحیح مسلم، ۳/۱۳۲۳، شماره ۲۳؛ سنن ابی داود، ۴/۱۵۲، شماره ۴۴۴۲.

لازم به یادآوری است، در متون فقهی زمان خاصی برای وجوب دادن آغوز به کودک تعیین نشده است، گرچه برخی آن را به سه روز محدود کرده اند.

نکته ای که در پایان این بخش توجه به آن ضروری است، تعیین زمان خوردن شیر آغوز است. مرحوم شهید ثانی معتقد است که در کتاب های فقهی برای وجوب این عمل زمانی تعیین نشده است، گرچه بعضی آن را به سه روز محدود کرده اند (۱).

روش شیر دادن به کودکان

بنا به توصیه بزرگان دینی، مستحب است که مادر کودک را از هر دو پستان خود شیر دهد.

پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله در این باره می فرماید: «جعل الله تعالى رزقه في ثديي أمه في أحديهما شرابه و في الآخر طعامه» (۲)، خدای تعالی روزی کودک را در دو پستان مادرش قرار داده است، در یکی آب و در دیگری غذای اوست.

امام صادق علیه السلام نیز به زنی که دو کودک خود را همزمان شیر می داد، فرمود: «لا ترضعیه

من ثدی واحد و ارضعیه من کلیهما یكون أحدهما طعاما و الآخر شرابا» (۳)، او را از یک پستان شیر مده، بلکه

از هر دو پستان او را شیر بده، زیرا یکی از آنها غذا و دیگری آب است.

ص: ۳۶

۱- ر.ک: شرح اللمعه، ۵/۴۵۲.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۴/۴۱۳-۴۱۴، شماره ۵۹۰۱.

۳- الکافی، ۶/۴۰، شماره ۲؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۷۵، شماره ۴۶۶۴؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۸، شماره ۳۶۶.

قرآن کریم در خلال چند آیه، مسأله نیکی و احسان به پدر و مادر را مطرح کرده است (۱)، اما در این میان، در دو آیه به مشکلات مادر در دوره بارداری و همچنین مدت زمان بارداری و شیردهی نیز اشاره دارد.

در سوره مبارکه احقاف مجموع دوره بارداری و شیردهی را سی ماه دانسته، می فرماید: «وَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» (۲)، به انسان سفارش کردیم که به پدر و مادر خود نیکی کند. مادرش با رنج و سختی او را باردار و سپس زایمان کرد. بارداری و از شیر گرفتنش سی ماه است.

طبیعی است که اگر دوره بارداری بین شش تا نه ماه در نوسان باشد - آن گونه که برخی از روایات نیز بر آن دلالت دارد (۳) - می باید برای رسیدن به عدد سی، دوره

ص: ۳۷

۱- برای اطلاع بیشتر ر.ک: بقره ۲ / ۸۳؛ نساء (۴) / ۳۶؛ انعام (۶) / ۱۵۱؛ اسراء (۱۷) / ۲۳؛ عنکبوت (۲۹) / ۸.

۲- احقاف ۴۶ / ۱۵.

۳- محمد بن یحیی رفته عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین صلوات الله و سلامه علیه: لاتلد المرأه لأقل من سته اشهر؛ الکافی، ۵/۵۶۳، شماره ۳۲. عن علی بن محمد عن صالح بن ابی حماد عن یونس بن عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن سیابه عن عمّن حدثه عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن غایه الحمل بالولد فی بطن أمه کم هو؟ فإنّ الناس یقولون: ربّما بقی فی بطنها سنین، فقال: کذبوا، أقصى حد الحمل تسعه اشهر، لا یزید لحظه و لو زاد ساعه لقتل أمه قبل ان یرج، الکافی، ۶/۵۲، شماره ۳؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۱۵، شماره ۳۹۶.

شیردهی میان بیست و یک تا بیست و چهار ماه در تغییر باشد، یعنی مجموع حداقل زمان بارداری (۶ ماه) با حد اکثر زمان شیردهی (۲۴ ماه) و حد اکثر زمان بارداری (۹ ماه)

با حد اقل زمان شیردهی (۲۱ ماه)^(۱).

پُر واضح است که چون بر اساس یافته های علمی و آموزه های دینی، در مورد انتهای دوره بارداری از میان چهار گزینه شش تا نه ماهگی، تنها سه گزینه آن یعنی ۶، ۷ و ۹ ماهگی امکان پذیر است^(۲)، می باید زمان شیردهی بین ۲۱، ۲۳، ۲۴ ماه در تغییر باشد.

متغیر بودن دوره شیردهی را بین ۲۱ تا ۲۴ ماه - که البته بیش از یک سال است - می توان از آیه چهاردهم سوره لقمان نیز به دست آورد، چرا که خداوند در این آیه با عبارت «فی عامین» بر این مطلب اشاره دارد که از شیر گرفتن کودک در خلال دو سال انجام می شود، «وَصَيَّنَّا الْإِنْسَانَ بِالِإِدْتِيهِ حَمَلْتِيهِ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَ لِيُؤْتِيكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ»^(۳)، و سفارش کردیم به انسان درباره پدر و مادرش. مادرش با ضعفی روز افزون او را باردار بود و از شیر گرفتنش در دو سال پایان پذیرفت؛ [آری به او سفارش کریم] که نسبت به من و پدر و مادرت شکر گزار باش و بازگشت همه به سوی من است.

ص: ۳۸

۱- این روش در محاسبه را می توان از مخالفت امیر المؤمنین با حکم عمر بن الخطاب و عثمان به دست آورد؛ محمد بن محمد المفید قال: روت العامه و الخاصه عن يونس عن الحسن أنّ عمر أتى بإمرأه قد ولدت لسته أشهر، فهمم برجمها، فقال له امير المؤمنين عليه السلام: ان خاصمتك بكتاب الله خصمتك، ان الله تعالى يقول: «و حملة و فصاله ثلاثون شهرا» و يقول: «و الواليدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعه»، فإذا تمت المرأه الرضاعه سنتين و كان حملة و فصاله ثلاثون شهرا، كان الحمل منها سته أشهر، فخلا عمر سبيل المرأه؛ ر.ك: الارشاد، ۱/۲۰۶؛ دعائم الاسلام، ۱/۸۶؛ وسائل الشيعه، ۱۵/۱۱۷؛ مناقب آل ابی طالب، ۲/۱۹۲؛ السنن الكبرى، ۷/۴۴۲؛ الصنعاني، المصنف، ۷/۳۵۰، شماره ۱۳۴۴۴ و ۳۵۲، شماره ۱۳۴۴۹؛ نظم درر السمطين، ص ۱۳۱.

۲- الكافي، ۶/۵۲، شماره ۲: عدّه من اصحابنا عن احمد بن ابی عبد الله عن ابيه عن وهب عن ابی عبد الله عليه السلام قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: يعيش الولد لسته أشهر و لسبعه أشهر و لتسعه أشهر و لايعيش لثمانيه أشهر؛ همچنين ر.ك: تهذيب الاحكام، ۸/۱۱۵، شماره ۳۹۸.

۳- لقمان ۳۱ / ۱۴.

لازم به یادآوری است: گرچه مشهور میان فقهای شیعه نوسان دوره بارداری بین شش تا نه ماه است، ولی نظرات دیگری در بیشترین زمان بارداری از برخی فقهای شیعه جدا شود و همچنین اهل سنت - همچون ابوحنیفه، شافعی، مالک، زهری، ثوری - نقل شده است، به عنوان مثال مرحوم سید مرتضی از فقهای شیعه، مدت بارداری را تا یک سال دانسته است(۱)؛ همچنان که از میان فقهای اهل سنت، شافعی به چهار سال(۲)، زهری به هفت سال(۳)، مالک به چهار، پنج و هفت سال(۴) و ثوری و ابوحنیفه نیز به دو سال(۵) معتقد بوده اند(۶).

همچنین، بر اساس روایتی که از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده است، این آیه در مورد حضرت ابا عبد الله الحسین علیه السلام نازل شده(۷)، نمی توان از آن حکمی عام به دست آورد(۸).

خصیصی این مطلب را چنین توضیح می دهد: «این آیه تنها در حق مولایمان حسین علیه السلام نازل شده و در مورد سایر افراد نیست، زیرا زمان بارداری زنان نه ماه و دوره شیردهی

برای کسی که بخواهد آن را تمام کند، دو سال کامل است. بنابراین، مجموع آن سی و سه ماه می شود و اگر زنی هفت ماهه زایمان کند مجموع آن با شیردهی، سی و یک ماه می شود و هیچ گاه نوزادی در شش ماهگی متولد نمی شود تا مجموع آن با زمان شیردهی، سی ماه شود»(۹).

ص: ۳۹

- ۱- الانتصار، ص ۱۵۴.
- ۲- مغنی المحتاج، ۳/۳۹۰.
- ۳- ابن قدامه، المغنی، ۹/۱۱۷.
- ۴- تفسیر قرطبی، ۹/۲۸۷.
- ۵- بدائع الصنائع، ۳/۲۱۱.
- ۶- برای اطلاع بیشتر ر.ک: رسائل مرتضی، ۱/۱۹۳ و ۲۴۵؛ الخلاف، ۵/۸۸؛ المبسوط، ۵/۲۹۱؛ السرائر، ۲/۷۴۸ و ۶۴۸؛ جامع الخلاف و الوفاق، ص ۵۰۷؛ مختلف الشیعه، ۷/۳۱۶؛ المهدب، ۲/۳۴۱.
- ۷- دلائل الإمامه، ص ۱۷۹: «النبی صلی الله علیه و آله: إِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ هَتَّأ نَبِيَّهٖ بِحَمْلِ الْحُسَيْنِ وَوَلَادَتِهِ وَعَزَّاهُ بِقَتْلِهِ وَ مَصِيبَتِهِ، فَعَرَفَ ذَلِكَ فَاطِمَةُ عَلَيْهَا السَّلَامُ، فَكَرِهَتْ حَمْلَهُ وَ وِلَادَتَهُ، حُزْنَا عَلَيْهِ لِمَصِيبَتِهِ؛ فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: «حَمَلْتَهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَ وَضَعْتَهُ كُرْهًا وَ حَمَلَهُ وَ فَصَالَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا».
- ۸- الحدائق الناضرة، ۲۵/۸۰.
- ۹- الهدایه الکبری، ص ۲۰۲.

از آنچه گذشت به دو نتیجه می توان دست یافت که روایات خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام نیز آن را تأیید می کنند:

مدت شیردهی نباید کمتر از بیست و یک ماه باشد

در دو حدیثی که به سند صحیح از امام صادق علیه السلام نقل شده است، ایشان با به کار بردن دو واژه «فرض» و «جور»، بر کمینه زمان شیردهی تصریح می کنند؛ بنابر این، حکم به وجوب شیر دادن مادر در خلال این مدت، می تواند صحیح باشد.

روایت عبد الوهاب بن الصباح^۱*: «الفرض فی الرضاع احد و عشرون شهرا، فما نقص عن أحد و عشرين شهرا فقد نقص المرضع و إن أراد أن يتم الرضاعه فحولین کاملین»^(۱)، زمان واجب در شیر دادن بیست و یک ماه است، اگر از بیست و یک ماه کمتر باشد، مادر کوتاهی کرده است، اگر بخواهد که شیر دادن را تمام کند، پس دو سال کامل است؛

روایت سماعه^۲*: «الرضاع واحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور علی الصبی»^(۲)، شیردهی بیست و یک ماه است، اگر کمتر از این باشد، ستمی است بر کودک.

بنابر این، آنچه از قول قتاده و ربیع - دو تن از مفسران قرآن کریم - نقل شده است، مبنی بر آنکه حد اقل زمان شیردهی مشخص نبوده، بستگی به نیاز کودک و تأثیر آن در سلامت وی دارد؛ بی اساس است^(۳).

محدث بحرانی در توضیح این مطلب می نویسد: «این دو روایت ظهور در این مطلب دارند که کمتر از بیست و یک ماه شیر دادن، حرام است، چرا که در یک روایت حکم شده است به اینکه بیست و یک ماه شیر دادن واجب است و در یک روایت به اینکه

ص: ۴۰

۱- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶، شماره ۳۵۸.

۲- الکافی، ۶/۴۰، شماره ۳؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶، شماره ۳۵۷؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۳۰۵، شماره ۱۴۶۳.

۳- مجمع البیان، ۲/۱۱۳: قال قتاده و الربیع: «فرض الله علی الوالدات أن یرضعن اولادهنّ حولین ثمّ أنزل الرخصه بعد ذلك فقال لمن أراد أن یتم الرضاعه، یعنی أن هذا منتهی الرضاع و لیس فیما دون ذلك حد محدود و إنّما هو علی مقدار صلاح الصبی و ما یعیش به».

کمتر از این مقدار ظلم و ستمی است بر کودک» (۱).

از آنچه گذشت به خوبی روشن می شود که مادر می تواند در شیر دادن خود به کودکش به بیست و یک ماه بسنده کند (۲) - همچنان که مقتضای اصل نیز چنین است (۳)، چرا که اگر شک در وجوب شیر دادن مادر به کودک خود در بیش از بیست و یک ماه داشته باشیم، اصل عدم وجوب است - گرچه جایز نیست کودک خود را کمتر از این مدت شیر دهد (۴).

شیردهی پس از دو سالگی اثر حقوقی ندارد

از بررسی روایاتی که از خاندان عصمت علیهم السلام به ما رسیده است، به این نتیجه می توان رسید که شیر دادن پس از دو سال، دو اثر را در پی نخواهد داشت:

نبود تعهد در تأمین هزینه ها: پدر تعهدی در پرداخت هزینه های شیر خوردن کودک

پس از این مدت ندارد (۵).

روایت اشعری^{۳*}: «سألته عن الصبی هل یرضع أكثر من سنتین؟ فقال: عامین، فقلت: فإن زاد علی سنتین هل علی أبویه من ذلك شیء؟ قال: لا» (۶)، از ایشان پرسیدم آیا کودک بیش از دو سال شیر داده می شود؟ فرمود: دو سال، پرسیدم: اگر بیش از دو سال باشد، آیا چیزی بر عهده پدر و مادر اوست؟ فرمود: نه؛

روایت حلبی^{۴*}: «لیس للمرأة أن تأخذ فی رضاع ولدها أكثر من حولین کاملین، إن أَرَادَا الفصال قبل ذلك عن تراض منهما فهو حسن» (۷)، زن نمی تواند برای شیر دادن بیش از دو سال، چیزی بطلبد. اگر هر دو

ص: ۴۱

۱- الحدائق الناضرة، ۲۵/۷۹.

۲- المذهب البارع، ۳/۴۲۴.

۳- نهاییه المرام، ۱/۴۶۲.

۴- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱؛ تذکره الفقهاء، ۲/۶۲۷؛ شرح اللمعه، ۵/۴۵۶؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۵؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۰؛ جواهر الکلام، ۱۳/۲۷۷.

۵- المقنعه، ص ۵۳۰؛ النهاییه، ص ۵۰۳؛ المذهب، ۲/۲۶۳؛ السرائر، ۲/۶۴۸؛ شرائع الاسلام، ۲/۵۶۶؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ کشف الرموز، ۲/۲۰۰؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۳.

۶- الکافی، ۶/۴۱، شماره ۸؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۷، شماره ۳۶۳.

۷- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۵.

بخواهند با رضایت هم، کودک را پیش از این مدت از شیر بگیرند، کار خوبی است.

گرچه پدر وظیفه ای در پرداخت دستمزد به مادر برای شیر دادن به کودک پس از دو سال ندارد؛ اما اگر به دلیلی خاص چون بیماری، کودک نیازمند به تغذیه از شیر مادر پس

از دو سال داشته باشد، پدر موظف است دستمزد مادر را تأمین کند، چرا که این به منزله

هزینه های ضروری کودک است که پدر عهده دار تأمین آن است (۱).

عدم ایجاد محرمیت: شیر خوردن پس از گذشت دو سال باعث ایجاد رابطه محرمیت نمی شود.

چند روایت در برگیرنده این مطلب است که شیر دادن کودک (رضاع) پس از آنکه از شیر گرفته شد (فطام)، اثر شرعی محرم شدن را به دنبال ندارد.

روایت حلبی ۵: «لا رضاع بعد فطام» (۲)، رضاع بعد از گرفتن کودک از شیر حاصل نمی شود.

به عبارت دیگر، اگر شیر خوردن کودک قبل از دو سال باشد، اثر محرم شدن را به دنبال دارد:

روایت فضل بن عبد الملک ۶: «الرضاع قبل الحولین قبل أن یفطم» (۳)، رضاع قبل از دو سال و قبل از این است که کودک از شیر گرفته شود؛

روایت دعائم الاسلام ۷: «ما كان في الحولين فهو رضاع و لا رضاع بعد الفطام، قال الله عزوجل «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ» (۴)، رضاع وقتی حاصل می شود که در بین دو سال باشد و بعد از گرفتن از شیر، رضاع به وجود نمی آید، خداوند

عزوجل فرمود: مادران شیر می دهند فرزندان خود را دو سال کامل، برای کسی که بخواهد شیردهی را تمام کند.

امام صادق علیه السلام ارتباط میان «فطام» و دو سال را چنین توضیح داده اند:

ص: ۴۲

۱- نهاییه المرام، ۱/۴۶۴؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۲- الکافی، ۵/۴۴۳، شماره ۱؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۶۷، شماره ۴۶۶۶.

۳- الکافی، ۵/۴۴۳، شماره ۲.

۴- دعائم الاسلام، ۲/۲۴۱، شماره ۹۰۳؛ مستدرک الوسائل، ۱۴/۳۶۸، شماره ۱۶۹۷۸.

روایت حماد بن عثمان^{۸*}: «لا رضاع بعد فطام، قال: قلت: جعلت فداک و ما الفطام؟ قال: الحولان اللذان قال الله عزوجل» (۱)، رضاع پس از فطام تحقق نمی یابد، گفت: پرسیدم فطام چیست؟ فرمود: همان دو سالی که خداوند عزوجل فرموده است.

ص: ۴۳

۱- الکافی، ۵/۴۴۳، شمار ۳؛ تفسیر برهان، ۱/۴۸۳، شماره ۱۲۴۷.

در دو آیه ای که توضیح آن گذشت، تنها به بیان این نکته بسنده شده است که مجموع دوره بارداری و شیردهی، سی ماه و شیردهی در خلال دو سال انجام می شود، بدون آنکه توضیحی درباره چگونگی آن داده شود.

اما قرآن کریم به عنوان مهم و اصلی ترین منبع قانون گذاری اسلامی، مسأله شیر دادن کودک شیرخوار را ضمن دو آیه دیگر - البته در خلال بیان وضعیت زنانی که از شوهر خود جدا شده اند - به تفصیل مورد بررسی قرار داده است، آیه ۲۳۳ از سوره بقره و آیه ۶ سوره طلاق.

سکوت قرآن از بیان احکام شیر دادن کودک و چگونگی ارتباط میان سه رکن اصلی خانواده یعنی پدر، مادر و کودک، در زمانی که رابطه زناشویی میان والدین برقرار است،

این نکته را به ذهن می رساند که روشن بودن حکم این مسأله دلیل بر عدم طرح آن بوده است.

گویی نحوه تعامل والدین نسبت به فرزند خود، چه در دوره شیرخوارگی و چه پس از آن، چندان واضح است که نیازی به بیان آن نبوده، تنها در فرض جدایی و هنگامی که پیوند زوجیت به هر دلیلی میان آنها گسسته می شود، ضرورت طرح خود را به شکلی جدی رخ می نمایاند.

قرآن از آیه دویست و بیست و هفت به بعد سوره مبارکه بقره، مسأله طلاق را مورد بررسی قرار داده است. در این آیات جواز طلاق، عدّه طلاق، تقدّم شوهران در رجوع به همسران سابق خود، دفعات طلاق، نحوه برخورد با زنان مطلقه در خلال مدت عدّه و پس از آن توضیح داده شده است.

به طور طبیعی، جای این پرسش باقی است که اگر مردی همسر خود را در حالی که کودک شیر خوار دارد طلاق دهد یا از همسرش هنگامی که باردار است جدا شود، چه وظیفه ای نسبت به همسر و کودک خود دارد؟ در این فرض، مادر کودک چه باید بکند؟

خداوند در مقام پاسخ به سؤال اول برآمده، درباره زنانی که با داشتن فرزند شیرخوار از شوهر خود جدا شده اند می فرماید: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَأَلْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ» (۱)، مادران باید فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند، [این حکم] برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند. کسی که کودک برای او زاییده شده (پدر)، باید در این مدت خوراک و پوشاک آنان را به شایستگی بدهد، هیچ کس جز به اندازه توانایی اش، وظیفه ندارد. به زن به واسطه فرزندش ضرر رسانده نمی شود و به مرد به واسطه فرزندش، ضرر رسانده نمی شود و بر وارث است نظیر این.

اگر پدر و مادر از روی رضایت و مشورت بخواهند کودک را از شیر بگیرند، مانعی ندارد. و اگر بخواهید برای کودک دایه ای بگیرید مانعی ندارد، اگر اجرت معین و متعارف دایه را بپردازد.

تقوای خدا پیشه کنید و بدانید که خدا به آنچه انجام می دهید بیناست.

این آیه در برگرفته بیان چند مطلب است که به ترتیب عبارت اند از: دو سال کامل شیر دادن فرزندان؛ تأمین هزینه های مادران مطلقه در دوره شیردهی؛ تناسب تکالیف با

ص: ۴۵

توانایی های انسان؛ ممنوعیت آسیب زدن پدر به مادر، مادر به پدر و آن دو به کودک؛ جانشینی وارثان پدر در تأمین هزینه های مادر؛ جواز از شیر گرفتن کودک با مشورت و رضایت پدر و مادر؛ جواز سپردن کودک به دایه با در نظر گرفتن حقوق مالی او؛ لزوم رعایت تقوای الهی؛ احاطه و اشراف خداوند بر اعمال انسان ها.

همچنین درباره زنانی که در زمان حاملگی از شوهر خود جدا شده اند، می فرماید: «أَسْرِيكُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَ لَا تَضَارُّوهُنَّ لِتَضَعْنَ عَلَيْهِنَّ وَ إِن كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمِيلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَ أَتَمَّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَ إِن تَعَايَرْتُمْ فَسَدِّتْ رُضِعَ لَهُ أُخْرَى * لِيُنْفِقُوا ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» (۱)، همانجا که خود سکونت دارید، به اندازه توان خویش، آنان را جای دهید و به آنها آسیب نرسانید تا عرصه را بر آنان تنگ کنید و اگر باردار هستند، خرجشان را بدهید تا زایمان کنند و اگر برای شما بچه شیر می دهند،

مزدشان را به ایشان بدهید و به شایستگی میان خود به مشورت پردازید و اگر با هم به توافق

نرسیدید، زن دیگری شیر دادن بچه را بر عهده می گیرد. آنان که توانگرند باید به اندازه توان خود، انفاق کنند و آنها که تنگدست اند، از آنچه که خدا به آنها داده، انفاق کنند. خداوند هیچ کس را جز به اندازه توانایی اش تکلیف نمی کند، خداوند به زودی بعد از سختی، آسانی قرار می دهد.

این آیه در ضمن نه جمله، احکام مربوط به مسکن زنان مطلقه و چگونگی رفتار شوهران سابقشان با ایشان، تأمین هزینه های زندگی زن باردار پس از جدایی از شوهر خود تا زمان زایمان، پرداخت مزد به مادران در دوره شیردهی، میزان آن و چگونگی روابط آنها با یکدیگر را، مورد بررسی قرار داده است.

از آنجا که مباحث مربوط به مسکن زنان پس از جدایی از همسرانشان در دوره عده و همچنین مسائل مالی آنها در این دوره، خارج از چهارچوب اصلی این کتاب است، از بررسی تفصیلی آنها خودداری کرده، تنها به بیان این مطلب بسنده می کنیم که از نظر

ص: ۴۶

قرآن، مرد موظف است پس از جدایی همسرش، در دوره ای که عده خود را می گذرانند، مسکن او را تأمین کند؛ همچنین اگر باردار است، تا زمان زایمان، هزینه های زندگی وی را پرداخت نماید.

اما آنچه موضوع اصلی بحث ما قرار می گیرد، جملات چهارم به بعد این آیه است که در آن مسأله مزد شیر دادن مادر در دوره پس از جدایی و نحوه روابط زن و مرد مورد بررسی قرار گرفته است.

گرچه قرآن کریم مسایلی مربوط به شیر دادن کودکان و وظایف پدر و مادر در دوره پس از جدایی از یکدیگر را، بسته به اینکه این جدایی پس از تولد یا پیش از آن باشد به

طور مستقل مورد بحث قرار داده است، ولی از آنجا که از نظر محتوایی میان مطالب این دو موضوع، مشابهت های زیادی وجود دارد، ما این مطالب را بر اساس محتوای آن ها طرح و جملات آن دو آیه را با توجه به موضوع بحث، مورد بررسی قرار داده ایم.

بررسی فقهی جمله «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرِيَّ الرِّضَاعَةَ»

اشاره

از آنجا که بررسی احکام فقهی حاصل از این جمله، مبتنی بر فهم درست از معنای واژه های به کار رفته در آن است؛ مباحث حقوقی این بخش را در خلال ارزیابی معانی الفاظ آن پی می گیریم.

«الوالدات»

معناشناسی: در این جمله، به جای واژه «أُمَّهَاتُ»، کلمه «الوالدات» به کار رفته است. این دو واژه گرچه در زبان فارسی به «مادر» ترجمه شده اند، ولی بدون شک معنای آنها در زبان تازی یکی نیست.

در توضیح تفاوت میان این دو واژه احتمالاتی از این قبیل مطرح است:

۱- کلمه «الوالدات» از نظر معنایی اخص از «أُمَّهَاتُ» است، همچنان که «والد» اخص از

«آباء» به معنای پدران و «ولد» اخص از «ابن» به معنای فرزند است (۱)، چرا که «أم» به مادران با واسطه و مادر بزرگها نیز اطلاق می شود، ولی «والده» چنین نیست (۲).

۲- این کلمه مشعر به عنایت زیاد و حکمتی است که در فعل «یرضع» وجود دارد، یعنی «والدات» چون زاینده فرزندان خود می باشند به عاطفه طبیعی و غریزی، آنها را شیر می دهند (۳).

۳- در زبان عربی کلمه «ولید» به کودکی اطلاق می شود که تازه متولد شده باشد (۴)، بنابر این، بعید نیست که به این لحاظ، واژه «والدات» به جای «أمهات» به کار رفته باشد؛

چرا که موضوع مورد بحث در این آیه بیان وظیفه مادرانی است که قبل از جدایی از شوهرانشان، زایمان کرده، مشغول شیر دادن کودکان خود هستند. بدون شک این معنا با کلمه «أمهات» به شنونده رسانده نمی شود. بنابر این، منظور مادرانی است که تازه زایمان کرده اند.

این معنا هنگامی بهتر فهمیده می شود که مضمون آن با آیه ششم سوره مبارکه طلاق مقایسه شود، زیرا موضوع بحث در جمله «وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»، و اگر باردار هستند، خرجشان را بدهید تا زایمان کنند و اگر برای شما بچه شیر می دهند، مزدشان را به ایشان بدهید؛ مادرانی است که بعد از جدا شدن از شوهر خود زایمان کرده اند.

احکام حقوقی: مهم و اساسی ترین پرسشی که درباره این بخش از آیه مطرح است، این است که آیا خداوند با بیان این جملات در مقام بیان راه کاری کلی درباره مادران

شیرده است، یا آنکه این حکم تنها مربوط به زنانی است که از شوهران خود جدا شده، دارای کودک شیر خوار هستند؟

نظریه اول، اختصاص به مادران طلاق گرفته: گروهی از مفسران چون مجاهد،

ص: ۴۸

۱- المیزان، ۲/۲۵۱.

۲- پرتوی از قرآن، ۲/۱۵۶.

۳- مواهب الرحمن، ۴/۵۸؛ پرتوی از قرآن، ۲/۱۵۶.

۴- المفردات فی غریب القرآن، ص ۵۳۲؛ مجمع البحرین، ۳/۱۶۴.

سعید بن جبیر، ضحاک و سدی بر این عقیده اند که منظور از «والدات» در این آیه، تنها مادرانی است که از شوهر خود جدا شده (مطلقات) (۱)، قبل یا بعد از طلاق، زایمان کرده اند (۲) یا شوهر آنها از دنیا رفته است (۳)؛ بنابراین، آیه تنها در مقام بیان وظیفه مادرانی است که در عین نداشتن سرپرست، به کودک خود شیر می دهند.

مهم ترین دلیل بر این ادعا، قرار گرفتن این آیه در میان آیاتی است که موضوع بحث در آنها زنان مطلقه است؛ چرا که خداوند با این جملات در صدد بیان راه حلی برای از بین بردن اختلاف میان پدر و مادر در مورد زمان دوره شیر دهی است (۴).

بر این استدلال خورده گرفته شده که پشت سر هم آمدن احکام کودکان پس از احکام طلاق به هیچ وجهی دلالت بر اختصاص مضمون آن نمی کند؛ بنابراین، حکم به اختصاص، حکمی است بدون دلیل (۵).

نظریه دوم، فراگیری همه مادران: در مقابل دیدگاه نخست، بیشتر مفسران، بلکه فقها

بر این باورند که واژه «الوالدات» در مفهوم لغوی خود، بر تمامی زنانی اطلاق می شود که

دارای فرزند هستند و شوهر دار بودن یا شوهر دار نبودن آنها در این واژه هیچ دخالتی ندارد (۶).

به عبارت دیگر، شیر دادن به مادر استناد داده شده است از آن جهت که مادر است، نه از آن جهت که شوهر دارد یا از شوهر خود جدا شده است (۷)؛ افزون بر اینکه حکم شیر دادن به کودک تا دو سال تنها مربوط به زنان مطلقه نیست (۸) و شاید با ملاحظه همین جهت است که به مادر اجازه داده شده در مقابل شیر دادن به فرزندش، مزد بگیرد چه از

ص: ۴۹

۱- السنن الکبری، ۷/۴۷۸؛ زاد المسیر، ۱/۲۴۰؛ الدر المنثور، ۱/۲۸۷؛ فتح الباری، ۹/۴۱۷؛ تفسیر روان جاوید، ۱/۲۹۲.

۲- جامع البیان، ۲/۶۶۴؛ تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۰.

۳- صنعانی، المصنف، ۷/۵۷، شماره ۱۲۱۷۳.

۴- تفسیر ثعالبی، ۱/۴۶۶.

۵- الجدید، ۱/۲۸۶؛ الوجیز، ۱/۱۹۱.

۶- الجدید، ۱/۲۸۶؛ کتر الدقائق، ۲/۳۵۲؛ الجوهر الثمین، ۱/۲۳۵؛ زبده البیان، ص ۵۵۷.

۷- الکاشف، ۱/۳۵۵.

۸- منهج الصادقین، ۲/۲۹.

همسر خود جدا شده باشد و چه جدا نشده باشد (۱).

با توجه به آنچه گذشت می توان چنین نتیجه گرفت که مقصود آیه، از میان برداشتن اختلاف میان زن و شوهر در مدت شیر دادن فرزند است. یعنی در صورت اختلاف نظر میان آنها، حق ادامه شیر دادن تا دو سال باقی است (۲).

نظریه سوم، اختصاص به مادران شوهر دار: بر خلاف دو نظریه سابق، قرطبی معتقد است که این آیه هیچ گونه ارتباطی به زنان مطلقه نداشته، بلکه تنها درباره مادرانی است که پیمان زناشویی آنها گسسته نشده است.

وی با عنایت به مفاد جمله «عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»، بر این ادعای خود چنین استدلال می کند: زنانی مستحق دریافت نفقه و پوشاک هستند که از شوهر خود جدا نشده اند چه به کودک خود شیر بدهند یا ندهند، چرا که خوراک و پوشاک در برابر تمکین زن است. حال چون با اشتغال مادر به شیر دادن، ممکن است در وظیفه تمکین او خللی به وجود آید، احتمال پیدایش این توهم هست که نفقه او ساقط می شود؛ برای از میان برداشتن این توهم، خداوند پدر کودک را ملزم می کند تا هزینه های مادر را تأمین کند (۳).

دیدگاه ما: به نظر ما، گرچه «والدات» در معنای لغوی خود، مفهومی عام دارد که دربرگیرنده تمامی مادران است، چه دارای همسر باشند و چه از شوهران خود جدا شده باشند و گرچه قرار گرفتن این آیه در میان آیات طلاق، دلیلی بر اختصاص مضمون آن به زنان از شوهر جدا شده، نیست؛ ولی با این وجود، نمی توان از این آیه حکمی کلی به

دست آورد؛ چرا که می بایست علاوه بر وجود ارتباط منطقی میان این آیه و آیات قبل و بعد، جملات خود آن نیز از یک به هم پیوستگی معنایی برخوردار باشند.

در این آیه جملاتی وجود دارد که بدون شک مربوط به زنان مطلقه است و نمی توانند در برگیرنده همه زنان باشند؛ به عنوان نمونه به اتفاق همه مفسران، جمله «عَلَى الْمَوْلُودِ

ص: ۵۰

۱- زاد المسیر، ۱/۲۴۰.

۲- تفسیر عاملی، ۱/۴۵۸.

۳- تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۰.

لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ» تنها اختصاص به زنانی دارد که از شوهران خود جدا شده اند، زیرا وجوب پرداخت نفقه و تأمین هزینه های زن در فرض باقی بودن زوجیت، به واسطه برقراری پیمان زناشویی است و نه در مقابل شیر دهی، به عبارت دیگر تأمین هزینه های زن بر عهده شوهر است، چه شیردهی باشد چه نباشد.

از سوی دیگر، مرجع ضمیر «هُنَّ» در کلمات «رِزْقُهُنَّ» و «كِسْوَتُهُنَّ»، کلمه «الوالدات» است؛ تطابق میان ضمیر و مرجع آن بر این نکته دلالت می کند که همان زنانی که خوراک و پوشاک آنها در دوره شیردهی بر عهده مرد است، می باید فرزندان خود را شیر دهند.

به عبارت دیگر، اگر این آیه شامل تمامی مادران شود، می باید برای مادرانی که از شوهر خود جدا نشده و فرزندشان را شیر می دهند، دو نفقه باشد، یکی هزینه هایی که به واسطه زناشویی تأمین آنها بر عهده مرد است، چه شیر دهی مطرح باشد و چه نباشد، دوم هزینه هایی که به حکم آیه و به واسطه شیردهی تأمین آنها از سوی همسرانشان واجب است و حال آنکه زنان در حالی که پیوند زناشویی آنها باقی است، تنها مستحق دریافت یک نفقه هستند^(۱)؛ پس واژه «الوالدات» فقط در برگیرنده زنانی است که به هر دلیلی فاقد همسر هستند.

«پرِضَعِن»

معنا شناسی: ماده «رَضَع» به معنای مکیدن شیر از پستان است (مَصَّ الثَدِي لِشَرِبِ اللَّبَنِ مِنْهُ)^(۲).

این معنا، یادآور این نکته است که در دوره دو ساله شیردهی، بر مادر لازم است که به شکل مستقیم، عهده دار شیر دادن فرزند خود شود. بنابر این، اگر مادر نخواهد یا نتواند

خود به کودکش شیر داده و خواسته باشد این کار را با شیرهای حیوانی یا صنعتی انجام دهد؛ به وظیفه خود عمل نکرده است و بر پدر هم لازم نیست کودک را در این دوره در اختیار مادر گذارد.

ص: ۵۱

۱- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۸۸.

۲- التبیان، ۲/۲۵۵؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳.

توضیح مطلب: شکی نیست که شیر خوردن کودک تا پیش از دو سالگی با شرایطی، باعث ایجاد محرمیت می شود.

بنا به نظر مشهور فقهای شیعه - اگر نگوئیم همه (۱) - به شرطی این محرمیت ایجاد می شود که کودک به طور مستقیم از پستان زنی شیر بمکد؛ بنابر این، با چکاندن شیر در حلق (وجور (۲)) یا بینی کودک (سعوط (۳))، این محرمیت تحقق نمی یابد (۴).

برای اثبات این مطلب به دو دلیل استناد شده است:

اول، فهم عرفی - لغوی: پیروان این نظریه بر این باورند که دو عنوان شیر دادن

(ارضاع) و شیر خوردن (ارتضاع) در فهم عرفی، تنها هنگامی به کار می روند که به طور مستقیم کودک از پستان زنی شیر بمکد (۵) و به همین خاطر اگر کودکی از شیر حیوانات تغذیه کند این دو عنوان به کار نرفته (۶)، به جای آن از واژه آشامیدن (سقی) استفاده می شود.

نظیر کاربرد «سقی» به جای «ارضاع» را می توان در حدیثی که متضمن بیان حکم آشامیدن از شیر دوشیده شده از یک زن است، مشاهده کرد (۷):

روایت حلبی: «جاء رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين، إن امرأتی حلبت من لبنها فی مكوک فأسقته جاريتی فقال: أوجع امرأتک و عليك بجاريتک» (۸)، مردی نزد امیر المؤمنین علیه السلام آمد، به ایشان عرض کرد: همسر من مقداری از شیر خود را دوشیده به کنیزم خورانده است. امام علیه السلام می فرماید: بر همسرت سخت گیر و با کنیز خود ارتباط داشته باش.

با توجه به همین فهم عرفی است که تقریباً همه فقها بر این جنید که چون فقهای سنی، معتقد است با «وجور» نیز محرمیت تحقق می یابد، خورده گرفته اند که «وجور»

ص: ۵۲

۱- بلغه الفقیه، ۳/۱۷۲.

۲- المبسوط، ۵/۲۹۵؛ تذکره الفقهاء، ۲/۶۱۷.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۶۱۷.

۴- مختلف الشیعه، ۷/۱۵؛ جواهر الکلام، ۲۹/۲۹۴؛ تذکره الفقهاء، ۲/۶۱۷؛ جامع المقاصد، ۲۱/۲۱۰.

۵- مختلف الشیعه، ۷/۱۶؛ ریاض المسائل، ۱/۱۴۱؛ جامع المدارک، ۴/۱۸۴؛ کفایه الاحکام، ص ۱۵۹.

۶- مسالک الأفهام، ۷/۲۳۰؛ الحدائق الناضره، ۳۲/۳۵۹.

۷- مستند الشیعه، ۱۶/۲۵۷.

۸- الکافی، ۵/۴۴۵، شماره ۵.

غیر از «رضاع» است (۱).

مؤید این مطلب، حدیثی است که مرحوم صدوق از امام صادق علیه السلام نقل کرده است،

زیرا در این حدیث امام علیه السلام «وجور» را نظیر شیر دادن می داند و نه عین آن (۲):

روایت صدوق: «وجور الصبی اللبن بمنزله الرضاع» (۳)، چکاندن شیر در حلق کودک نظیر شیر خوردن

او از پستان مادر است.

مضمون روایات: در متون روایی شیعی، احادیثی به این مضمون نقل شده است:

روایت زراره ۹*: «لا یحرم الرضاع إلا ما ارتضع من ثدی واحد حولین کاملین» (۴)، محرمیت از راه شیر خوردن، ایجاد نمی شود مگر اینکه در خلال دو سال کامل از یک پستان شیر بخورد؛

روایت علاء بن رزین ۱۰*: «لا یحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدی واحد سنه» (۵)، محرمیت از راه شیر خوردن، ایجاد نمی شود مگر اینکه در خلال یک سال از یک پستان شیر بخورد.

در این دو روایت بر این مطلب تصریح شده است که عمل «رضاع» تنها زمانی تحقق می یابد که شیر خوردن از پستان زن صورت بگیرد و نه غیر آن.

بنابر این، به خوبی روشن می شود که عمل به مضمون خبر جعفریات صرف نظر از مباحث سندی آن، به خاطر موافقت با نظر عامه، صحیح نخواهد بود:

روایت جعفریات ۱۱*: «إذا أوجر الصبی أو أسعط باللبن فهو رضاع» (۶)، هنگامی که در حلق یا بینی کودک شیر چکانده شود، رضاع حاصل می شود.

به هر حال، گرچه ایجاد محرمیت با شیر خوردن و شرایط تحقق آن از موضوع بحث ما خارج است، ولی این نکته را مشخص می سازد که از نظر فقهای شیعه شیر خوردن (رضاع) عملی است که با مکیدن شیر از پستان زن حاصل می شود.

ص: ۵۳

۱- مختلف الشیعه، ۷/۱۶؛ نهایی المرام، ۱/۱۱۱؛ تذکره الفقهاء، ۲/۶۱۷.

۲- جامع المدارک، ۴/۱۸۵؛ مستند الشیعه، ۱۶/۲۵۷.

۳- من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۷۹، شماره ۴۶۸۳.

۴- تهذیب الاحکام، ۷/۳۱۷، شماره ۱۳۱۰.

٥- تهذيب الاحكام، ٧/٣١٨، شماره ١٣١٥؛ من لا يحضره الفقيه، ٣/٤٧٧، شماره ٤٦٧٣؛ عوالي اللآلى، ٣/٣٢٤، شماره ١٨٩.

٦- ر.ك: دعائم الاسلام، ٢/٢٤٢، شماره ٩١٠.

احکام حقوقی: کلمه «یرضعن» فعل مضارع است. این فعل، دلالت بر اخبار می کند، یعنی خبر از واقع شدن کاری یا پدیدار شدن صفت و حالتی در زمان حال یا آینده می دهد.

تردیدی نیست که فعل «یرضعن» در این آیه نمی تواند به معنای خبری به کار رفته باشد^(۱)، یعنی «مادران فرزندان خود را شیر می دهند دو سال کامل»، زیرا هستند مادرانی که چنین نمی کنند؛ پس چنین خبری، خبر همیشه راست نخواهد بود^(۲)؛ و از آنجا که دروغ در کلام الهی روا نیست، می باید منظور از این واژه و در نتیجه، جمله «والوالدات یرضعن اولادهن»، معنای دیگری باشد.

در منابع تفسیری و فقهی، سه نظریه متفاوت در معنای این جمله مطرح شده است:

نظریه اول، وجوب شیر دادن: همان گونه که می دانیم جمله خبری، افزون بر کاربرد

خبری خود، می تواند به معنای انشاء و طلب نیز به کار رود که در این حالت به معنای الزام

و امر مؤکد است^(۳)، زیرا حکایت از این واقعیت دارد که گوینده وقوع کاری را محقق دانسته، از آن خبر داده است.

گروهی از مفسران بر این باورند که واژه «یرضعن» در آن جمله به معنای انشاء و طلب وقوع عمل (امر) به کار رفته^(۴)، معنای آن این خواهد شد: «مادران باید فرزندان خود را دو سال کامل شیر دهند».

در میان آیات قرآنی و احادیث معصومین علیهم السلام موارد فراوانی وجود دارد که جمله های خبری - اسمی یا فعلی - به معنای امر به کار رفته اند.

به عنوان مثال، در آیه کریمه «وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ»^(۵)، زنان طلاق

داده شده باید مدت سه پاکی انتظار کشند؛ واژه «یتربصن» به معنای وجوب درنگ و تحمل عده طلاق آمده است، همچنان که معنای جمله خبری اسمی «عَلَى الْوَارِثِ مِثْلَ ذَلِكَ»

ص: ۵۴

۱- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۸۸.

۲- التبیان، ۲/۲۵۵.

۳- نحاس، معانی القرآن، ۱/۲۱۴.

۴- فتح الباری، ۹/۴۱۶؛ زاد المسیر، ۱/۲۴۰.

۵- بقره ۲ / ۲۲۸.

که پس از این به تفصیل درباره آن سخن خواهیم گفت، این خواهد بود که بر وارث پدر، واجب است انجام هر کاری که بر پدر واجب بود(۱).

در میان روایات نیز می توان به چنین جملاتی دست پیدا کرد(۲)، چون سخن پیامبر

اکرم صلی الله علیه و آله: «الصلاه مثنی مثنی»(۳) و «القنوت تشهد فی کل رکعتین فی التطوع و الفریضه»(۴).

نظریه دوم، استحباب شیر دادن: گرچه مفسران بر این مطلب اتفاق نظر دارند که «یرضعن» خبری است به معنای امر(۵)، ولی برخی از آنها بر این باورند که نمی توان از آن، استفاده وجوب کرد، زیرا جمله خبری اگر در مقام انشاء باشد و قرینه ای بر خلاف آن نباشد، دلالت بر وجوب می کند و در مورد بحث، قرینه بر خلاف وجود دارد(۶).

وجود چنین قرینه هایی، باعث شده است که از ظاهر این جمله در وجوب، صرف نظر شده، حمل بر استحباب شود(۷)؛ استحبابی که می تواند ناشی از سازگاری بیشتر شیر مادر با مزاج کودک باشد، چرا که کودک از همین شیر که در رحم به صورت خون بود، تغذیه می کرد(۸).

حال باید دید این قرائن چه چیزهایی هستند که به واسطه آنها از ظاهر این جمله در وجوب دست کشیده می شود؟

ص: ۵۵

- ۱- مجمع البیان، ۱/۳۳۳.
- ۲- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: الغدیر، ۳/۸۳.
- ۳- علل الشرائع، ۲/۳۲۳.
- ۴- من لا یحضره الفقیه، ۱/۳۱۶، شماره ۹۳۴.
- ۵- لازم به یادآوری است در میان مفسران، هستند کسانی که معتقدند این جمله به همان شکل خبری خود به کار رفته و مستلزم دروغ نیز نیست. مرحوم شبّر در این باره می نویسد: «و ممکن است که دارای معنای خبری باشد و مقصود از آن بیان این مطلب باشد که مادران سزاوارتر هستند از دیگر زنان به شیر دادن بچه خود و پدر نمی باید فرزند را از مادر گرفته به زن دیگری بسپارد اگر توقعش بیش از دیگران نباشد»؛ الجوهر الثمین، ۱/۲۳۵. قرطبی نیز معنای این جمله را، خبر از مشروعیت می داند. ابن حجر این مطلب را چنین توضیح می دهد: زیرا شیر دادن برای برخی از مادران، واجب و برای گروهی، واجب نیست؛ پس شیر دادن تا دو سال عمومیت ندارد؛ تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۱؛ فتح الباری، ۹/۴۱۷.
- ۶- مواهب الرحمن، ۴/۵۸.
- ۷- الجدید، ۱/۲۸۶.
- ۸- شرح اللمعه، ۵/۴۵۶.

مؤلف تفسیر اطیب البیان ضمن تقسیم این قرینه ها به داخلی و خارجی، در توضیح این مطلب می نویسد: «ظاهر این جمله وجوب ارضاع مادر است، لکن مشهور و معروف بین علما است که ارضاع طفل بر مادر واجب نیست، بلکه خلافی در این مسأله نمی باشد و این جمله اگرچه به لسان خبر می باشد ولی در مقام امر است و دلالت بر وجوب آن آکد از امر است، لکن به واسطه قرائن داخلی و خارجی از ظاهر آن صرف نظر شده و بر استحباب حمل شده است.

اما قرائن داخلی جملائی است که بعد از این ذکر شده مانند جمله: «لمن أراد أن یتیم

الرضاعه»، «علی المولود له رزقهن و کسوتهن»، «لاتضار والده بولدها»، «علی الوارث مثل ذلک» و «ان اردتم أن تسترضعوا(۱)» و قرائن خارجی اخباری است که در این مورد رسیده مانند خبر سلیمان بن داود در عدم اجبار مادر آزاد (حره) بر شیر دادن(۲).

گرچه او هیچ گونه توضیحی در چگونگی دلالت این قرینه ها بر عدم وجوب شیر دادن بر مادر نمی دهد، ولی به نظر می رسد اگر فاعل در جمله «لمن أراد أن یتیم الرضاعه»

مادر باشد، در این صورت، دلالت بر عدم وجوب شیر دادن بر مادر دارد، چرا که اگر شیر دادن بر مادر واجب می بود، دیگر معنا نداشت که عمل شیر دادن معلق بر خواست و اراده او شود(۳).

همچنین، اگر شیر دادن بر مادر واجب می بود، نمی توانست در برابر آن درخواست مزد و اجرت کند و مرد نیز موظف به پرداخت آن نبود و حال آنکه بر اساس جمله «فَإِنَّ أَرْضَ مَنْ لَكُمْ فَأَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» از آیه ششم سوره مبارکه طلاق، مادر در برابر شیر دادن به کودک خود مستحق اجرت است(۴).

از این میان، مهم ترین قرینه ای که بیشتر مفسران با اعتماد بر آن به صراحت، ظهور آیه

ص: ۵۶

۱- ملا-فتح الله کاشانی درباره دلالت این جمله بر عدم وجوب می نویسد: «توهم نشود که بر مادران ارضاع واجب است و جایز نیست استرضاع غیر ایشان مطلقا»؛ منهج الصادقین، ۲/۲۹.

۲- اطیب البیان، ۲/۴۶۹.

۳- مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ مقتنیات الدرر، ۲/۷۶.

۴- زاد المسیر، ۱/۲۴۰.

را در وجوب نپذیرفته اند، جمله «وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسْتَزُضِعْ لَهُ أُخْرَى» در ادامه همان آیه از

سوره مبارکه طلاق است (۱).

خداوند در این آیه می فرماید: اگر دچار تنگدستی شدید و نتوانستید اجرت شیر دادن مادر را بپردازید، جایز است زن دیگری که اجرت کمتری می خواهد، کودک را شیر دهد. بنابر این، بر مادر شیر دادن واجب نیست، بلکه تنها مادر برای شیر دادن کودک خود بر زنان دیگر حق تقدم دارد (۲).

به هر حال، اگر بپذیریم که شیر دادن به کودک، کاری مستحب است، می باید مستحب بودن آن با توجه به تعریف فقهی آن مدنظر باشد، یعنی نوعی حکم شرعی تکلیفی که مکلف را به انجام کاری تشویق و ترغیب می کند، بی آنکه در انجام آن الزامی

وجود داشته باشد (۳) و حال آنکه برخی از مفسران با عدول از آن، مستحب بودن آن را به گونه ای دیگر معنا کرده اند، نظیر: «مادران سزاوارتر از دیگران به شیر دادن فرزندان خود هستند» (۴)؛ «شیر دادن حق مادران است و نمی شود ایشان را از آن بازداشت» (۵)، زیرا شکی نیست که نمی توان مادر را وادار به شیر دادن به فرزندش کرد، اگر خود نخواهد و پدر کودک نیز زنده باشد (۶).

به نظر می رسد چنین برداشتهایی از استحباب، خروج از اصطلاح بوده، هیچ پشتوانه ای برای صحت آن وجود ندارد.

به هر حال، طرفداران نظریه استحباب، بر این باورند که طلب مطلق که از جمله «یرضعن» به دست می آید گرچه به حسب ظاهر، حاکی از مبالغه و منصرف به وجوب است (۷) ولی به خاطر جمع میان همه دلایل موجود در مورد بحث، حمل بر

ص: ۵۷

۱- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۸۸؛ فتح الباری، ۹/۴۱۶؛ جامع البیان، ۲/۶۶۴؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ مقتنیات الدرر، ۲/۷۶؛ الکاشف، ۱/۳۶۵.

۲- تفسیر آسان، ۲/۷۵.

۳- مبادی فقه و اصول، ص ۱۱۱.

۴- مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ مقتنیات الدرر، ۲/۷۶؛ الکاشف، ۱/۳۶۵.

۵- الجدید، ۱/۲۸۶.

۶- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۹۴.

۷- زبده البیان، ص ۵۵۶.

استحباب می شود(۱).

نظریه سوم، اولویت مادر در شیر دادن: در برابر دو احتمال گذشته، احتمال سومی نیز در متون تفسیری مطرح شده است و آن اینکه معنای جمله «والوالدات یرضعن اولادهن» عبارت است از سزاوار بودن مادران در شیر دادن به فرزندان خود(۲).

به عبارت دیگر، شیر دادن در مدت دو سال، حق مادر است که می باید از سوی پدر مراعات شود، کودک را از او نگیرد و برای شیر دادن به زن دیگری نسیپارد(۳).

فاضل هندی در توضیح این مطلب می نویسد: «جمله خبری همچنان که به طور مجازی در وجوب به کار می رود، در مطلق طلب نیز به کار می رود و هیچ دلیلی برای حمل آن بر وجوب وجود ندارد؛ بنابر این، حمل بر طلب می شود به خصوص که مقید شده است به اراده تمام کردن که خود می تواند قرینه ای باشد بر اینکه مادر اولویت دارد

در شیر دادن به کودک خود بر سایر زنان(۴).

جصاص نیز ضمن پذیرش این مطلب، تأکید می کند که این حق مادر از بین نخواهد رفت مگر در فرض «تعاسر»، یعنی زمانی که مادر مزد بیشتری از آنچه دیگران می گیرند، بطلد(۵).

موارد استثناء: صرف نظر از معنای اول، دو معنای دیگر بر این مطلب توافق دارند که شیر دادن بر مادر واجب نیست؛ اما پیروان این نظریه تصریح می کنند که واجب نبودن این

عمل بر مادر، حکمی کلی برای همه مادران و در همه شرایط نیست، زیرا در این موارد، بر مادر واجب است به کودک خود شیر دهد: ۱- کودک پستان غیر مادرش را قبول نکند

۲- کودک تنها با شیر مادرش زنده بوده، شیر غیر مادر با بدن او سازگار نباشد ۳- کسی غیر از مادر پیدا نشود که کودک را شیر دهد(۶) ۴- با عنایت به جمله «فان ارضعن لکم

ص: ۵۸

۱- نهاییه المرام، ۱/۴۶۰؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۰؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۷۳.

۲- فتح الباری، ۹/۴۱۶.

۳- زبده البیان، ص ۵۵۶-۵۵۷.

۴- کشف اللثام، ۲/۱۰۵.

۵- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۹۰.

۶- الصافی، ۱/۲۳۹؛ الجدید، ۱/۲۸۶؛ الجوهر الثمین، ۱/۲۳۵.

فاتوهن اجورهن»، کودک فاقد پدر بوده، خود نیز سرمایه ای برای پرداخت دستمزد مادر نداشته باشد و شخص دیگری هم حاضر به تأمین آن نباشد(۱).

بنابر این، می توان چنین نتیجه گرفت که جمله «الوالدات یرضعن» جمله ای است خبری، اما به معنای امر که در پاره ای از موارد دلالت بر وجوب و در پاره ای از موارد

دلالت بر استحباب شیر دادن مادر به کودک خود دارد(۲).

البته توجه به این نکته نیز ضروری است که وجوب شیر دادن در چنین مواردی، نه به واسطه دلالت جمله «یرضعن» بر وجوب، بلکه به خاطر وجوب حفظ جان انسان (نفس محترمه) است، چه تنها مادر بتواند کودک را شیر دهد و یا تنها زن دیگری از عهده آن برآید(۳)؛ پس نمی توان این موارد را استثنایی برای حکم عدم وجوب دانست.

دیدگاه ما: به نظر ما، با توجه به توضیحاتی که پس از این خواهد آمد، حق انتخاب تکمیل دوره شیردهی به معنای عدم وجوب شیر دادن در بیست و یک ماه نخست زندگی کودک نیست؛ افزون بر اینکه گرفتن دستمزد برای شیر دادن، تنها در زنان مطلقه مجاز است. روایت سلیمان نیز ناظر به عدم استیلائی شوهر بر زن خود است، بر خلاف آنچه در مسأله بردگان وجود دارد.

بنابر این، جمله «الوالدات یرضعن اولادهن» به خوبی بر وجوب شیر دادن دلالت داشته، هیچ قرینه معتبری هم بر خلاف آن وجود ندارد.

«حولین کاملین»

معناشناسی: واژه «حولین» مثنای «حول» به معنای دو سال است. وجود این کلمه به تنهایی این مطلب را به شنونده منتقل می کند که مادران می باید دو سال کودک خود را

شیر دهند. اما از آنجا که در این آیه، واژه «حولین» موصوف به صفت «کاملین» نیز شده است، می باید دید وجود این صفت، بیانگر چه نکته ای است؟

دو احتمال در کلمات مفسران برای توضیح این مطلب یافت می شود:

ص: ۵۹

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۱۲؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۷۲؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۰.

۲- تفسیر ثعالبی، ۱/۴۶۶؛ فتح القدیر، ۱/۲۴۵.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۷۲.

احتمال اول، دو سال تمام: خداوند با به دنبال آوردن صفت «کاملین»، بر این نکته

تأکید می‌ورزد که این دو سال، نباید به طور تقریبی محاسبه و با دید تسامح به آن نگریسته شود، بلکه باید دقت شود که مادر، دو سال کامل (بیست و چهار ماه) به فرزند خود شیر دهد(۱) و از آنجا که کمال یک چیز در جایی است که غرض و هدف از آن تحقق می‌یابد، می‌توان چنین نتیجه گرفت که آمدن صفت «کاملین» پس از «حولین» به این خاطر است که نشان دهد نهایت زمانی که شیر خوردن برای کودک مصلحت داشته، سودمند است، دو سال است و با سپری شدن این مدت، دیگر شیر خوردن کودک از مادر خود فایده‌ای برای او نخواهد داشت(۲).

در تفسیر منهج الصادقین این مطلب چنین توضیح داده شده است: «و آن وجهی که بر من ظاهر شده است آن است که حول در شرع گاه هست که مستعمل است در یازده ماه و روزی از ماه دوازدهم، همچنان که در زکات، و گاه هست که استعمال آن در دوازده ماه تمام است همچنان که در ذین مؤخّل به حول؛ پس حق تعالی ازاله احتمال اول فرموده بقوله: حولین کاملین»(۳).

احتمال دوم، دو سال شمسی: در میان مفسران، ملا فتح الله کاشانی با اشاره به تفاوت میان سال شمسی و قمری، این احتمال را نیز مطرح می‌کند که ممکن است مراد از دو سال کامل، دو سال شمسی باشد.

وی این احتمال را چنین توضیح می‌دهد: «گویند که ذکر کاملین جهت آن است که حول بر دو قسم است: تام و ناقص؛ تام شمسی است و ناقص قمری به جهت نقصان بعضی از ماههای این و آن. این وجه اولی است، زیرا که تأسیس، معدول عنه نمی‌شود به تأکید الا با تعدّر آن و اینجا متعدّر نیست»(۴).

احکام حقوقی: از آنجا که مجموع فاصله زمانی حد اقل دوره بارداری (۶ ماه) با حد

ص: ۶۰

۱- جامع البیان، ۲/۶۶۵؛ التبیان، ۲/۲۵۵؛ زبده البیان، ص ۵۵۷.

۲- المفردات فی غریب القرآن، ص ۴۴۱.

۳- منهج الصادقین، ۲/۲۹.

۴- منهج الصادقین، ۲/۲۹.

اکثر دوره شیردهی (۲۴ ماه) و همچنین حد اکثر دوره بارداری (۹ ماه) با حد اقل دوره شیردهی (۲۱ ماه)، سی ماه است؛ این سؤال برای فقها مطرح می شود که آیا حکم دو سال کامل شیر دادن، تنها به مادرانی اختصاص دارد که کودک خود را شش ماهه به دنیا آورده اند یا در برگیرنده تمامی مادران است، چه آنان که حد اقل حمل را داشته و چه آنها که حد اکثر بارداری را داشته اند؟

نظریه اول، اختصاص به برخی از کودکان: پیروان این نظریه در اینکه مراد چه گروه از کودکان است، دو احتمال را مطرح کرده اند:

کودکانی که شش ماهه متولد شده اند: ابن عباس معتقد است که حکم شیر دادن دو سال کامل برای مادران، تنها به کودکانی اختصاص دارد که شش ماهه متولد شده اند (۱)؛ چرا که بر اساس آیه کریمه «وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» (۲)، به انسان سفارش کردیم که به پدر و مادر خود نیکی کند. مادرش با رنج و سختی او را باردار و سپس زایمان کرد. بارداری و از شیر گرفتنش سی ماه است؛ مجموع مدت بارداری و شیردهی سی ماه است؛ بنابراین، اگر مدت شیردهی بیست و چهار ماه فرض شود، می باید دوره بارداری شش ماه باشد. حال اگر دوره بارداری بیشتر از این مدت باشد، خود به خود مدت زمان شیردهی از بیست و چهار ماه کمتر خواهد شد؛ پس نمی توان دو سال کامل شیر دادن را حکمی کلی برای همه کودکان دانست.

این نظریه از آنجا که در برگیرنده تمامی آیات وارد در بحث بارداری و شیردهی است، مورد توجه برخی از مفسران و فقها نیز قرار گرفته است (۳).

کودکانی که پدر و مادرشان با هم اختلاف دارند: از ثوری نقل شده است که این آیه تنها در مورد کودکانی صادق است که پدر و مادر آنها با هم اختلاف دارند (۴).

خداوند با این جمله در صدد بیان این مطلب است که هرگاه پدر و مادری در مورد زمان شیرخوارگی فرزند خود اختلاف پیدا کنند، برای از شیر گرفتن کودک می باید

ص: ۶۱

۱- التبیان، ۲/۲۵۶؛ جامع البیان، ۲/۶۶۶.

۲- احقاف ۴۶ / ۱۵.

۳- منهج الصادقین، ۲/۲۹؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۱۷.

۴- التبیان، ۲/۲۵۶؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳.

بیست و چهار ماه از تولد او گذاشته باشد(۱).

نظریه دوم، فراگیری نسبت به همه کودکان: در مقابل دیدگاه ابن عباس، گروهی از مفسران بر این باورند که حکم بیست و چهار ماه شیر دادن که موضوع جمله نخست آیه ۲۳۳ از سوره مبارکه بقره است، در باره تمامی کودکان - صرف نظر از مدت بارداری و زمان تولدشان - جاری است. بنابر این، بیست و چهار ماه، مدت زمان قابل قبول برای شیر خوردن هر کودکی است که متولد می شود.

آن گروه از مفسران که به این رأی اعتقاد دارند، با نقد نظریه نخست به اثبات مدعای خود می پردازند. برای این منظور به چند نکته می توان توجه کرد:

۱- واژه «الوالدات» صیغه جمع مؤنث سالم و برخوردار از «الف و لام» است. جمع محلا به الف و لام دلالت بر عمومیت می کند، بدون آنکه خداوند متعال با آوردن مخصصی، مضمون آن را به گروهی خاص از مادران اختصاص دهد(۲).

۲- اینکه خداوند از یک سو مجموع دوره بارداری و شیردهی را سی ماه دانسته و از سوی دیگر مدت زمان لازم برای شیردهی را بیست و چهار ماه تعیین می کند، حکمی است که با ملاحظه غالب افراد صادر شده است(۳).

ابن جریر طبری در توضیح این مطلب می نویسد: «افرادی که در نُه ماهگی متولد می شوند به مراتب بیشتر از کسانی هستند که پس از دو یا چهار سال ماندن در رَحِمِ مادر

متولد می شوند، همچنان که تعداد این افراد بیشتر از کسانی است که در شش یا هفت ماهگی متولد می شوند»(۴).

۳- مضمون آیه پانزدهم سوره احقاف، این نیست که مدت بارداری و شیردهی از سی ماه تجاوز نمی کند، بلکه حاکی از این مطلب است که در میان انسانها کسانی هستند که مجموع مدت زمانی که در رَحِمِ مادر خود به سر برده و زمانی که شیرخوارگی آنها به

ص: ۶۲

۱- فتح الباری، ۹/۴۱۶؛ جامع البیان، ۲/۶۶۵.

۲- جامع البیان، ۲/۶۷۰.

۳- فتح الباری، ۹/۴۱۶.

۴- جامع البیان، ۲/۶۷۱.

درازا کشیده است، سی ماه می باشد(۱).

بهترین شاهد بر این مدعا ادامه آیه پانزدهم سوره مبارکه احقاف است، زیرا خداوند پس از بیان این مطلب که مجموع دوره بارداری و شیرخوارگی سی ماه است، می فرماید «حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ»، تا اینکه به کمال قدرت و چهل سالگی برسد، می گوید: پروردگارا مرا توفیق ده تا شکر نعمتی را که به من و پدر و مادرم دادی بجا آورم و کار شایسته ای انجام دهم که از آن خشنود باشی و فرزندان مرا صالح گردان. من به سوی تو باز می گردم و من از مسلمانانم.

معلوم است هرکس که به سن چهل سالگی می رسد چنین خواسته هایی را از خداوند نمی طلبد، بلکه چه بسیار هستند کسانی که با بیرون رفتن از مسیر حق و بندگی، نه تنها به فکر شکرگزاری از خداوند و آرزوی انجام کار پسندیده نیستند که در لجن زار گناهان غوطه ورنند. بنابر این، این آیه کریمه در هیچ یک از دو بخش آغازین و پایانی خود در صدد بیان حکمی کلی که در برگیرنده همه انسانها باشد، نیست(۲).

دو نظریه نخست، صرف نظر از تفاوتی که در بیان مطلب دارند، در یک نکته اشتراک دارند، یعنی جمله «حولین کاملین» بیانگر مدت زمان شیردهی است.

طبری با توجه به دو نکته، معتقد است که «دو سال» نمی تواند زمانی برای فصال و گرفتن کودک از شیر باشد:

۱- در جمله «فان ارادا فصالاً» واژه «فصال» به صورت نکره آورده شده است. این مطلب حکایت از این دارد که «حولین کاملین» زمانی برای پایان دوره شیردهی و فصال

نیست، چرا که در غیر این صورت، می باید کلمه «فصال» معرفه و به صورت «الفصال» می آمد.

۲- در همان جمله، «فصال» منوط به خواست و اراده پدر و مادر شده است و معلوم

ص: ۶۳

۱- جامع البیان، ۲/۶۷۱.

۲- جامع البیان، ۲/۲-۶۷۱.

است که اگر عملی محدود به یک زمان خاصی باشد، دیگر مشروط کردن آن به اراده، رضایت و مشورت درست نخواهد بود(۱).

نظریه سوم، تقدیری برای تحریم ناشی از شیردهی: شکی نیست که از جمله احکام فقهی، پیدایش محرمیت بر اثر شیر خوردن از زنی غیر از مادر خود است. میان فقیهان این مطلب مورد گفتگو است که تا چه زمانی کودک می باید از غیر از مادر خود شیر بخورد تا رابطه محرمیت بین او و فرزندان و همسرش به وجود آید؟

در پاسخ به این سؤال چند احتمال مطرح شده است:

۱- محرمیت زمانی اتفاق می افتد که کودک پیش از رسیدن به سن دو سالگی از غیر از مادر خود شیر بخورد؛ بنابراین، چنانچه کودکی پس از سن دو سالگی از زنی شیر بخورد، این رضاع عامل پیدایش محرمیت نخواهد شد.

۲- گروهی از فقهای سنی به پیروی از ابن عباس معتقدند که تفاوتی میان شیر خوردن پیش و پس از دو سال نیست(۲).

۳- از عایشه مطلبی عجیب نقل شده است که شاید هیچ فقیهی به آن ملتزم نباشد و آن اینکه شیر خوردن از زن بیگانه حتی در دوره بزرگ سالی نیز باعث پیدایش محرمیت می شود(۳).

حال با توجه به آنچه گذشت، برخی از مفسران احتمال داده اند که حکم به اینکه «مادران باید فرزند خود را دو سال کامل شیر دهند» تنها برای بیان این مطلب است که ایجاد رابطه محرمیت از راه رضاع، تنها در صورتی است که شیر خوردن کودک در ظرف دو سال انجام شود(۴).

جصاص در تأیید نظر ابن عباس در امکان ایجاد محرمیت پس از دو سال و نقد نظریه سوم می نویسد: در جملات بعدی این آیه، خداوند فصال و از شیر گرفتن کودک را منوط به رضایت و مشورت پدر و مادر کرده است. و چون جمله «فان ارادا فصلاً» که متضمن

ص: ۶۴

۱- جامع البیان، ۱/۵۰۰.

۲- ابن قدامه، المغنی، ۹/۲۰۲.

۳- ابن قدامه، المغنی، ۹/۲۰۲؛ جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۹۶.

۴- فتح الباری، ۹/۴۱۷.

این معناست با کلمه «فاء» آغاز می شود و این کلمه در زبان عربی به معنای به دنبال آمدن و تعقیب است، می باید فصال و جدایی از شیر مادر پس از دو سال باشد؛ بنابر این، بیان

دو سال در جمله نخست آیه نمی تواند بیانگر زمان پایان رسیدن محرمیت ناشی از شیر خوردن و رضاع باشد، یعنی می شود که پس از گذشت دو سال هم، رضاع انجام شده، محرمیت تحقق پذیرد؛ همچنان که می توان این مطلب را از جمله «و ان تسترضعوا» هم که ظاهر در استرضاع پس از دو سال است به دست آورد(۱).

نظریه چهارم، تقدیری برای لزوم تأمین نفقه بر پدر: از جمله احتمالاتی که در معنای عبارت «حولین کاملین» وجود دارد، این است که خداوند در مقام بیان این مطلب است که نفقه و تأمین هزینه های مادر در دوره شیردهی تنها تا دو سال بر عهده پدر است

و پس از گذشت این زمان دیگر هیچ وظیفه ای بر عهده او نیست(۲).

«لَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَمَّ الرِّضَاعَةَ»

معناشناسی: بر اساس این جمله، حکم به شیر دادن مادران به مدت دو سال کامل، برای کسی است که بخواهد دوره شیردهی را تمام کند؛ طبیعی است که اگر نخواهد این دوره را به پایان برساند، دیگر لازم نیست مادر دو سال کامل به کودک شیر دهد.

حال این سؤال مطرح می شود که چه کسی اگر بخواهد شیردهی را تمام کند، مادر کودک را دو سال شیر می دهد؟

در پاسخ به این سؤال، سه احتمال مطرح است:

احتمال اول، مادر: نخستین احتمال آن است که این جمله متوجه به مادران است، یعنی مادران فرزند خود را دو سال کامل شیر می دهند اگر بخواهند دوره شیردهی را تمام کنند(۳).

بنابر این، اگر مادری نخواهد فرزند خود را تا این مدت شیر دهد، می تواند در کمتر از دو سال، شیردهی را متوقف کند، همچنان که می تواند کودک خود را بیش از دو سال نیز

ص: ۶۵

۱- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۹۵-۴۹۹.

۲- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۹۶.

۳- جامع البیان، ۲/۶۷۱؛ الجدید، ۱/۲۸۶.

شیر دهد(۱)؛ پس شیر دادن دو سال امری واجب بر مادر نبوده، اکتفا به کمتر از آن هم برای او جایز است(۲).

بر این اساس، جمله «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ»(۳) را می توان چنین معنا کرد: «مادرهایی که بخواهند رضاع را تمام کنند، بایستی طفل خود را دو سال تمام شیر دهند»(۴)، «مادران می توانند دو سال نوزاد خود را شیر دهند اگر بخواهند دوره شیرخوارگی فرزندان خود را رعایت کنند»(۵).

احتمال دوم، پدر: احتمال دارد که این جمله متوجه پدران باشد، یعنی مادر باید فرزند خود را دو سال کامل شیر دهد، اگر پدر بخواهد شیردهی تمام شود.

این احتمال از آن جهت قابل طرح است که تأمین شیر کودک بر عهده پدر است و او موظف به پرداخت هزینه های فرزند خود است؛ از این رو، چنانچه پدر هزینه های لازم جهت شیر خوردن کودک را تا دو سال تأمین کند، بر مادر لازم است شیردهی خود را به پایان برساند(۶).

این مطلب روشن تر می شود، هنگامی که ملاحظه شود که خداوند، تصمیمگیری راجع به گرفتن دایه برای کودک را نیز بر عهده پدر گذاشته است؛ «وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ»؛ «وَإِنْ تَعَاسَىٰ رُؤُتُمْ فَسْتَرْضِعْ لَهُ الْآخَرَىٰ».

احتمال سوم، وضعیت جسمی کودک: احتمال دارد منظور از «کسی که اراده کند تمام شدن شیردهی را» وضعیت جسمانی کودک باشد، یعنی اگر حال عمومی و قوای جسمانی کودک اقتضا کند که تا دو سال کامل شیر بخورد، باید مادر دوره شیردهی را به پایان برساند(۷).

ص: ۶۶

۱- صنعانی، المصنف، ۷/۵۷، شماره ۱۲۱۷۳.

۲- فتح القدير، ۱/۲۴۵؛ تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۱.

۳- بقره ۲ / ۲۳۳.

۴- مخزن العرفان، ۲/۳۳۴.

۵- انوار درخشان، ۲/۳۳۹.

۶- الجديد، ۱/۲۸۶.

۷- المنیر، ۱/۳۰۸.

به عبارت دیگر، مدت دو سال تنها برای رعایت مصلحت کودک است، پس اگر مصلحت او در کاهش مدت شیردهی مادر باشد، مانعی از آن نیست؛ البته تشخیص این مطلب بر عهده پدر و مادر است (۱).

محقق اردبیلی، ضمن نسبت این احتمال به علامه طبرسی، آن را محل تأمل می‌داند، گرچه هیچ توضیحی درباره آن نمی‌دهد (۲).

احکام حقوقی: دقت در کلمات و چگونگی قرار گرفتن آنها در جمله «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ» ما را به نکته ای متوجه می‌سازد که بیشتر مفسران و به تبع آنها فقها از آن غفلت کرده‌اند.

به نظر ما مضمون این آیه در ارتباط با دو آیه «حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ» (۳)، «وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» (۴) قابل فهم است؛ چرا که پیشتر توضیح دادیم که اگر مجموع بارداری و شیردهی، سی ماه است و اگر زمان بارداری بین شش تا نه ماه در تغییر است، می‌باید دوره شیردهی بین بیست و یک تا بیست و چهار ماه در نوسان باشد.

بنابر این، با توجه به مضمون دو روایت ابن صباح و سماعه، حد اقل زمان شیردهی و مقدار واجب آن، بیست و یک ماه خواهد بود که کمتر از آن ستمی بر کودک است.

حال جای این سؤال است که اگر مادری با وجود جدایی از شوهرش، به وظیفه خود در بیست و یک ماه شیر دادن به فرزندش عمل کرد، می‌توان او را وادار به تکمیل مدت شیردهی تا بیست و چهار ماه کرد؟

قرآن در آیه ۲۳۳ سوره مبارکه بقره که محل بحث ما است، در مقام پاسخ به این

سؤال برآمده، می‌فرماید: آری بر مادر واجب است تکمیل دوره شیردهی اگر پدر فرزند و شوهر سابقش از او چنین کاری را بخواهد؛ چرا که «لمن اراد» جار و مجرور و متعلق است به فعل «یرضعن»، یعنی «یرضع لمن اراد اتمام الرضاعه».

ص: ۶۷

۱- مواهب الرحمن، ۴/۵۸.

۲- زبده البیان، ص ۵۵۸.

۳- لقمان ۳۱ / ۱۴.

۴- احقاف ۴۶ / ۱۵.

بنابر این، معنای جمله نخست آیه این است که مادران دو سال کامل فرزند خود را - در زمان جدایی از شوهرانشان - شیر دهند، اگر شوهران سابق آنها از ایشان چنین کاری را بخواهند؛ پس وجوب در این آیه وجوبی است مقید و نه مطلق.

مرحوم شهید ثانی در این باره می نویسد: جمله «والوالدات یرضعن اولادهن»، گرچه جمله ای است خبری، اما معنای آن امر است جز اینکه امری است مقید به کسی که می خواهد دوره شیردهی را تا دو سال تمام کند، پس اگر آن را حمل بر وجوب کنیم، امری مطلق نخواهد بود» (۱).

پذیرش چنین معنایی برای جمله «والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین»، دو حکم فقهی را به دنبال دارد:

حکم اول، وجوب شیردهی و استحباب تکمیل: شیر دادن عملی است واجب و نه مستحب، چرا که معنا ندارد شیر دادن، کاری مستحب برای مادر باشد ولی بر پدر تأمین هزینه های این کار مستحب، واجب باشد.

پس اگر کاری مستحب باشد، تکمیل دوره شیردهی است نه اصل آن، یعنی فاصله میان بیست و یک تا بیست و چهار ماه، زمانی است که شیر دادن کودک برای مادر مستحب است؛ اما پیش از بیست و یک ماه، شیر دادن کودک وظیفه ای است که انجام آن از سوی مادر واجب است، همچنان که دو روایت عبد الوهاب بن الصباح و سماعه بن مهران بر آن دلالت داشتند.

چنین استنباطی از جمع میان آیات و روایات، مورد تأیید بسیاری از فقهای گذشته و معاصر، چون مفید، شیخ طوسی، قاضی ابن براج، ابن ادريس حلی، محقق حلی، فاضل آبی، علامه حلی، محمد بن الحسن حلی (ابن علامه)، شهید ثانی، سید محمد عاملی، فاضل هندی، محقق بحرانی، سید علی طباطبایی و محمد حسن نجفی؛ قرار گرفته است.

ص: ۶۸

«زمانی جایز است کودک از شیر گرفته شود که شیر خوردن او به بیست و یک ماه برسد. اگر کودک قبل از این مدت از این شیر گرفته شود، به او ظلم شده است. نهایت شیر دادن، دو سال کامل است، همچنان که خداوند فرمود: لمن اراد ان يتم الرضاعه» (۱).

«اگر کودکی متولد شود، مستحب (سنت) است که او را دو سال کامل شیر دهد، نه کمتر و نه بیشتر از آن. مانعی ندارد که از دو سال، سه ماه کمتر شیر دهد ولی کمتر از این مدت (بیست و یک ماه) شیر دادن، جایز نیست زیرا ستمی است بر کودک؛ همچنین می تواند بیش از دو سال کودک را شیر دهد، به شرط اینکه بیشتر از دو ماه نباشد» (۲).

«بر اساس سنت، شایسته است که کودک دو سال کامل شیر داده شود. کمتر و بیشتر از این مدت نیز جایز است. اما بیشتر از این دو سال، پس نباید بیشتر از دو ماه باشد و اما کمتر از دو سال، پس نباید بیشتر از سه ماه باشد، چرا که کم کردن شیردهی بیشتر از سه

ماه، ستمی است بر کودک و کراهت دارد که سه ماه از دو سال کمتر شیر داده شود» (۳).

«اگر کودکی متولد شود، سنت است که دو سال کامل شیر داده شود، نه بیشتر و نه کمتر. مانعی ندارد که سه ماه کمتر از دو سال کودک شیر داده شود، اما کمتر از این جایز نیست زیرا ستمی است بر کودک. موافق با این مطلب است این نکته که کمترین زمان بارداری شش ماه است و بیشترین آن نه ماه، همچنان که خداوند فرموده است: و فصله ثلاثون شهرا» (۴).

«نهایت شیردهی دو سال است و جایز است اکتفا به بیست و یک ماه و جایز نیست کمتر از این، چرا که ستم است» (۵).

«مدت شیردهی دو سال است و جایز است اکتفا کردن به بیست و یک ماه و نه کمتر و اضافه کردن یک یا دو ماه و نه بیشتر» (۶).

«از سنت است اینکه کودک دو سال کامل شیر داده شود، اگر سه ماه کمتر از این باشد

ص: ۶۹

۱- المقنعه، ص ۵۳۱.

۲- النهایه، ص ۵۰۳.

۳- المهدب، ۲/۲۶۱.

۴- السرائر، ۲/۶۴۸.

۵- شرائع الإسلام، ۲/۵۶۶.

۶- المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ كشف الرموز، ۲/۲۰۰.

مانعی ندارد ولی اگر کمتر از این باشد، ستمی است بر کودک که جایز نیست»(۱).

«حد شیردهی دو سال است و کمینه آن بیست و یک ماه»(۲).

«نهایت شیردهی، دو سال است و جایز نیست کمتر از بیست و یک ماه»(۳).

«نهایت شیردهی دو سال است و جایز است اکتفا کردن به بیست و یک ماه و کمتر از این ستم است»(۴).

علامه طبرسی نیز در تفسیر می نویسد: «این جمله بیانگر دو مطلب است، یکی مستحب و دیگری واجب. مستحب این است که شیردهی را تمام دو سال قرار دهد و واجب این است که مادر مستحق اجرت است به مدت دو سال و پس از آن، استحقاق اجرت ندارد»(۵).

راوندی ضمن اشاره به همین مطلب، آن را چنین تکمیل می کند: «مستحب است که دو سال کامل شیر دهد، زیرا شیر دادن کمتر از این مدت، باعث ضرر دیدن کودک شیرخوار می شود»(۶).

بر این استنباط چند اشکال شده است:

اشکال نخست: چون شیر دادن بر مادر واجب نیست، پس مانعی ندارد که مادر کودک خود را کمتر از بیست و یک ماه شیر دهد.

اشکال دوم: اگر بخواهیم به این روایات عمل کنیم، باید بگوییم که هر ستمی بر کودک حرام است، با اینکه چنین نیست.

اشکال سوم: شیر ندادن به کودک، ستمی بر او نیست، چرا که در زمان ما غذاهای جایگزینی برای شیر مادر وجود دارد که سودمندتر از شیر مادر است(۷).

پاسخ: چنین اشکالاتی چندان بی اساس است که پاسخ گویی به آنها دشوار نیست،

ص: ۷۰

۱- تحریر الاحکام، ۲/۴۳.

۲- تبصره المتعلمین، ص ۱۸۷.

۳- ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۳.

۴- مسالک الأفهام، ۸/۴۱۶.

۵- مجمع البیان، ۲/۱۱۳؛ همچنین، ر.ک: التبیان، ۲/۲۵۵.

۶- فقه القرآن، ۲/۱۲۰.

۷- فقه الصادق، ۲۲/۲۸۹ - ۲۹۹.

زیرا همچنان که گذشت، جمله «یرضعن حولین» دلالت بر وجوب دارد و جمله «فان ارادا فصالاً» قرینه ای بر عدم وجوب نیست؛ همچنان که حکم به حرمت ایراد ستم بر کودک، حکمی نیست که از بیان آن واهمه ای داشته باشیم، اگر کاری از نظر عرف یا عقل، ضرر به حساب آید.

اما اینکه غذاهای جایگزین از شیر مادر سودمندتر هستند، ادعایی فاقد هر گونه پشتوانه علمی است. امروزه متخصصان تغذیه و کودکان بر این مطلب تأکید می‌ورزند که هیچ ماده غذایی نمی‌تواند جایگزین شیر مادر شود و به همین دلیل در کشورهای پیشرفته، به رغم تولید فراوان غذاهای مکمل، برنامه‌هایی برای تشویق مادران به استفاده

نکردن از آنها و شیر دادن به کودک خود وجود دارد. برای این منظور مراجعه به توصیه‌های سازمان بهداشت جهانی، بسیار مفید خواهد بود.

مرحوم طباطبایی در این باره می‌نویسد: «مناقشه برخی از بزرگان در این مسأله و جایز شمردن کاهش بدون دلیل مدت شیردهی از بیست و یک ماه به واسطه تمسک به اصل و ظاهر جمله (فان ارادا فصالاً)؛ بی اساس است»^(۱).

به هر حال، عمل به مفاد دو روایت عبد الوهاب بن الصباح و سماعه بن مهران که عمل فقها نیز پشتیبان آن است، موافق با احتیاط است^(۲).

حکم دوم، عدم جواز اجبار مادر بر شیر دادن به کودک خود: حال این سؤال مطرح می‌شود که در صورت واجب بودن شیر دادن بر مادر، اگر او از انجام آن سر باز زند، آیا می‌توان وی را وادار به انجام آن کرد؟

برخی از فقهای سنی چون مالک و ابو ثور با پذیرش وجوب شیر دادن بر مادر به واسطه معنای انشایی جمله «والوالدات یرضعن» و قبول وجود ملازمه میان وجوب یک کار و جواز اجبار بر انجام آن، مدعی اند که پدر می‌تواند همسر خود را مجبور به شیر دادن کند (همه مادران یا تنها مادرانی که از جایگاه اجتماعی بالایی برخوردار نیستند)^(۳).

ص: ۷۱

۱- ریاض المسائل، ۲/۱۶۱.

۲- کفایه الاحکام، ص ۱۹۳.

۳- بدایه المجتهد ۲/۵۶؛ ابن قدامه، المغنی ۹/۳۱۳.

در مقابل، ابو حنیفه و شافعی از میان اهل سنت و بیشتر فقهای شیعه - اگر نگوییم همه - معتقدند که نمی توان مادر را مجبور به شیر دادن به کودک خود کرد(۱).

گرچه شیخ طوسی مدعی اجماع فقها و وجود روایاتی است که بر عدم جواز اجبار مادر دلالت دارند(۲)، ولی همان گونه که می دانیم، اجماع در کلمات وی در بیشتر موارد به معنای اصطلاحی خود به کار نمی رود و در جوامع روایی شیعه نیز بیش از یک روایت در این باره وجود ندارد.

بررسی دلایل: به هر حال، برای اثبات عدم جواز اجبار مادر به شیر دادن به کودک خود، به دلایلی استناد شده است:

۱- روایت منقروی ۱۲*: «لاتجبر الحزّه علی رضاع الولد و تجبر أم الولد»(۳)؛ زن آزاد بر شیردادن فرزند خود مجبور نمی شود ولی ام ولد (نوعی کنیز) بر این کار مجبور می شود.

۲- آیه «لاتضارّ والده بولدها»: مجبور کردن مادر به شیر دادن کودک خود، از مصادیق

اضرار به او بوده که به حکم آیه شریفه «لاتضار والده بولدها»، ارتکاب آن حرام است(۴).

نقد: از این استدلال چنین پاسخ داده شده است که اگر شیردهی بر مادر واجب باشد، در این صورت وادار کردن مادر به انجام آن، باعث آسیب رساندن به او نمی شود(۵).

۳- آیه «فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن»: بر اساس جمله شرطی «فإن أرضعن لكم

فاتوهن أجورهن»، پدر می باید دستمزد مادر را پردازد، اگر مادر به کودک خود شیر دهد. نفس این شرط حکایت از این مطلب دارد که حق انتخاب شیردهی با مادر است،

ص: ۷۲

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: المهدب، ۲/۲۶۱؛ السرائر، ۲/۶۴۸؛ شرائع الاسلام، ۲/۵۶۶، المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ کشف الرموز، ۲/۲۰۰؛ جامع الخلاف و الوفاق، ص ۵۱۰؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱؛ ارشاد الاذهان، ۲/۴۰؛ تحریر الاحکام، ۱/۲۴۸؛ الخلاف، ۵/۱۲۹-۱۳۰؛ جواهر العقود، ۲/۱۷۴؛ فتح الباری، ۹/۴۱۷؛ النهایه، ص ۵۰۳؛ غنیه النزوع، ص ۳۸۷؛ المهدب البارع، ۳/۴۲۴؛ بدائع الصنائع، ۴/۴۰؛ المجموع فی شرح المهدب، ۱۸/۳۱۲.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۰.

۳- الکافی، ۶/۴۰، شماره ۴؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۷، شماره ۳۶۲؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۱۳۹، شماره ۳۵۱۰.

۴- ریاض المسائل، ۲/۱۶۰.

۵- فقه الصادق، ۲۲/۲۹۶.

پس نمی توان او را مجبور به انجام آن کرد.

نقد: این استدلال نیز ناتمام است، چرا که موضوع این آیه زنانی است که از شوهر خود جدا شده اند و حال آنکه موضوع بحث ما اجبار مادر به شیر دادن به کودک خود است (۱).

۴- اصل براءت: برخی مدعی اند که با تمسک به اصل براءت (۲)، می توان اثبات کرد که شیر دادن بر مادر واجب نبوده، عمل شیردهی، دارای استحباب (۳) یا مطلق رجحان است که شامل وجوب و استحباب می شود (۴).

نقد: تمسک به اصل براءت نمی تواند نافی جواز اجبار باشد، بلکه تنها می تواند وجوب شیر دادن را از مادر بردارد، مگر معتقد به وجود ملازمه میان وجوب عمل و جواز اجبار شویم (۵)؛ افزون بر اینکه تمسک به اصل عملی، زمانی جایز است که دلیل لفظی در میان نباشد.

۵- تفاوت نوع هزینه ها: شیخ طوسی و ابن ادریس حلی معتقدند که نمی توان مادر را مجبور به شیر دادن کرد، زیرا تأمین هزینه های شیردهی بر عهده خود کودک است، یعنی از محل دارایی های او پرداخت می شود و حال آنکه تأمین هزینه زندگی کودک بر عهده پدر است (۶)؛ بنابراین، چون پدر پولی بابت شیردهی نمی پردازد، نمی تواند مادر را وادار به شیردهی کند.

نقد: این استدلال نیز درست نیست، زیرا با توجه به ظاهر جملات «و علی المولود له رزقهن و کسوتهن» و «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن»، پرداخت دستمزد شیردهی مادر بر عهده پدر است.

نتیجه

به نظر ما، حکم به وجوب شیر دادن، منافاتی با عدم جواز اجبار مادر بر شیر دادن

ص: ۷۳

۱- فقه الصادق، ۲۲/۲۹۶.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۶۲۷.

۳- الخلاف، ۵/۱۳۰.

۴- منهج الصادقین، ۲/۲۹.

۵- نهاییه المرام، ۱/۴۶۱.

۶- المبسوط، ۳/۲۳۹؛ السرائر، ۲/۴۷۱.

ندارد - گرچه برخی به واسطه تصور وجود چنین ملازمه ای دست از دلالت ظاهر جمله «والوالدات یرضعن» بر وجوب برداشته، معتقدند چون اجبار مادر جایز نیست، پس شیر دادن بر مادر واجب نبوده (۱)، بلکه کاری مستحب است (۲) - زیرا:

۱- نسبت میان دو جمله «لاتجبر الحره علی رضاع الولد» و «والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین»، اطلاق و تقیید است، چرا که «حره» شامل هر مادری می شود، چه از شوهر خود جدا شده باشد، چه شوهرش از دنیا رفته باشد و چه دارای شوهر باشد، ولی واژه «الوالدات» بنا به توضیحی که پیش از این داده شد، تنها شامل مادرانی است که از شوهر خود جدا شده اند.

حال اگر وجوب ارضاع را مترادف یا مستلزم جواز اجبار بدانیم، خواهیم گفت اجبار مادر جایز نیست مگر در زنی که از شوهر خود جدا شده و شوهر سابقش از او خواسته که فرزندش را شیر دهد.

۲- اگر بنا به نظر مشهور، بگوییم واژه «والدات» شامل همه مادران می شود، در این صورت مفاد آیه کریمه، وجوب ارضاع بر همه مادران و مفاد روایت سلیمان، عدم اجبار بر ارضاع همه مادران است؛ در این صورت، هر یک از آنها اثبات کننده چیزی است که دیگری نافی آن نیست، یعنی می توان به مضمون هر دو عمل کرد.

توضیح آنکه، هیچ ملازمه ای میان وجوب یک عمل و جواز اجبار بر آن نیست، تا عدم جواز اجبار دلیل بر عدم وجوب باشد، زیرا در تمامی واجبات الهی، گرچه عملی بر مکلف واجب است ولی اجبار او بر انجام آن جایز نیست. به عنوان مثال، امر به معروف واجب است ولی نمی شود کسی را مجبور به انجام آن کرد یا روزه ماه رمضان بر مرد و زن

مسلمان با شرایطی، واجب است ولی نمی شود آنها را مجبور به گرفتن روزه کرد، چرا که متعلق تکلیف، فعل مکلف با وصف اختیاری بودن آن است.

بنابر این، عدم اجبار با توجه به کاربرد کلمه «حره» به جای واژه هایی که معنای آنها

ص: ۷۴

۱- جواهر الکلام، ۱۳/۲۷۲؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۰.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۰.

«مادر» است، نظیر «ام» و «والده» و به قرینه مقابله با «ام ولد»، ناظر به این جهت است که در مسأله بردگان، مالک استیلائی کامل بر آنها دارد ولی این تسلط در جایی که رابطه زوجیت میان زن و مرد برقرار است وجود ندارد و شوهر، مالک همسر و تمامی منافع او نیست تا بتواند او را وادار به انجام کاری بکند.

بنابر این، اگر منظور قانونگذار از ماده ۱۱۷۶: «مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد، مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد»^(۱)؛ عدم وجوب

شیر دادن بر مادر باشد، درست نخواهد بود.

از آنچه گذشت به خوبی روشن می شود:

۱- این ادعا که قرآن در مقام بیان حد کمال شیردهی است و نه حد واجب آن و به همین جهت، هیچ نظری به اثبات حق برای پدر، مادر یا کودک ندارد، چرا که حکم شیر دادن تا دو سال معلق بر اراده شده و تعلیق بر اراده با وجوب منافات دارد^(۲)؛ کاملاً بی

اساس است، زیرا تعلیق بر اراده مادر با وجوب ناسازگار است و به همین جهت بسیاری از مفسران مجبور به دست برداشتن از ظاهر جمله خبری در انشاء شده، آن را حمل بر استحباب کرده و معنی استحباب را هم تقدّم مادر بر دیگران دانسته اند و حال آنکه در آیه، حکم به وجوب شیردهی تا دو سال معلق بر اراده پدر شده است و این تعلیق با وجوب کاملاً سازگار است.

۲- سخن مرحوم علامه طباطبایی در توضیح این جمله از آیه نیز قابل اعتماد نیست، ایشان می نویسند: «این جمله دلالت می کند بر اینکه حضانت و شیردهی حق مادری است که از همسر خود جدا شده، امر آن موکول به اختیار او و تمام کردن مدت شیردهی از حقوق اوست؛ اگر بخواهد شیردهی را کامل می کند و اگر نخواهد، نمی کند. اما شوهر، هیچ حقی در این مورد ندارد، مگر اینکه همسرش با او موافق بوده، با رضایت هر دو باشد»^(۳)؛ چرا که اولاً: موضوع بحث در آیه، شیردهی است نه حضانت، ثانیاً: موضوع

ص: ۷۵

۱- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۳.

۲- اطبیب البیان، ۲/۴۶۹؛ تفسیر روان جاوید، ۱/۲۹۲.

۳- المیزان، ۲/۲۵۱.

بحث تنها تکمیل دوره شیردهی است، ثالثاً: از کجا ادعا می شود که پدر در این مورد هیچ حقی ندارد و حال آنکه بدون شک خطاب «و ان تعاسرتم» و «و ان اردتم ان تسترضعوا» متوجه پدر است.

تفاوت نگذاشتن میان شیر دادن (ارضاع) با نگهداری کودک (حضانت) که در کلام مرحوم علامه طباطبایی وجود دارد، در کلمات برخی دیگر از مفسران معاصر نیز دیده می شود. این امر باعث شده است که این آیه را که موضوع بحث آن شیر دادن است به بحث حضانت مرتبط کرده، مباحثی را طرح کنند که نه تفسیر آیه است و نه حتی تأویل آن (۱).

۳- ادعای فیض کاشانی نیز که شیر دادن حق مادران است، کسی نمی تواند مانع ایشان شود اگر خود بخواهند (۲)؛ خالی از صحت است زیرا سخن در این آیه از حق مادر در شیر دادن نیست، بلکه سخن از حق پدر است در خواست تکمیل دوره شیر دهی.

۴- سخن مرحوم سبزواری مبنی بر اینکه «از آیه استفاده می شود که شیر دادن از حقوق مادر است و پدر نمی تواند بدون موافقت او تصمیمگیری کند. خداوند مخاطب کلام خود را در ادامه آیه به جای زنان، مردان قرارداد تا نشان دهد که حضانت و شیردهی جز با موافقت و تأیید پدر به انجام نمی رسد» (۳)؛ صحیح به نظر نمی رسد، زیرا - گرچه درباره حق بودن حضانت بعد از این سخن خواهیم گفت - اگر شیردهی حق مادر باشد، دیگر نیازی به موافقت پدر نیست و اگر موافقت پدر نیز شرط است، پس حقی

است مشترک؛ افزوده بر این، به چه دلیلی توجه خطاب از زنان به مردان برای بیان این واقعیت نیست که در فرض جدایی، چون پدر می بایست هزینه های مادر را در مدت شیر

ص: ۷۶

۱- تفسیر انوار درخشان، ۲/۲۳۹: «آیه شریفه بیان آن است که مادران می توانند فرزندان خود را به مدت دو سال که دوره شیر خوارگی است در آغوش خود پرورش داده و از آنان نگهداری کنند و این حق مادران به نام حق حضانت خوانده می شود و حقی است که بر حسب فطرت و نظر به علاقه و محبت مادری به وجود می آید و البته مادر می تواند شیر دادن بچه را به دیگری نیز واگذارد. ارضاع به معنی شیر دادن بچه نوزاد است و حولین بیان مدت حق حضانت و پرستاری است».

۲- الصافی، ۱/۲۳۹.

۳- مواهب الرحمن، ۴/۵۸.

دادن تأمین کند؛ اگر پدر حاضر به پرداخت هزینه های لازم برای تکمیل دوره شیردهی شد، بر مادر به پایان رساندن دو سال لازم باشد؟

ص: ۷۷

اشاره

مهم ترین مطلبی که در این فصل مورد بررسی قرار می گیرد، تأمین هزینه زندگی مادر در دوره شیردهی است.

قرآن کریم این مطلب را در دو آیه ۲۳۳ بقره و ۶ سوره طلاق مورد بررسی قرار داده است. نکته مهمی که در ابتدا جلب نظر می کند، تعبیر به رزق و کسوه در سوره بقره برای

مزد شیردهی زن در طلاق پس از تولد کودک و تعبیر به اجرت در سوره مبارکه طلاق، برای شیردهی در طلاق قبل از تولد کودک است.

بررسی فقهی جمله «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»

اشاره

پس از آنکه در جمله نخست آیه، خداوند وظیفه مادران مطلقه را در باره تکمیل دوره شیردهی بیان فرمود، نوبت به بیان وظیفه متقابل شوهران آنهاست. در این جمله خداوند مقرر می دارد که در مقابل کاری که مادران انجام می دهند، پدران موظف اند خوراک و پوشاک آنها را در خلال این مدت تأمین کنند.

«عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ»

معنا شناسی: شکی نیست که مراد از عبارت «مولود له»، یعنی برای او زاییده شد، پدر است، اما این سؤال به ذهن می رسد که چرا خداوند، به جای کلمه «أب» که به صراحت معنای پدر را می رساند، از این عبارت استفاده کرده است؟

مفسران در توجیه کاربرد عبارت «مولود له»، احتمالات گوناگونی را مطرح کرده اند که مهم ترین آنها از این قرار است:

احتمال اول، تعلق کودک به پدر: به کار رفتن این عبارت و نسبت دادن فرزند به پدر، برای نشان دادن این واقعیت است که فرزند به پدر خود تعلق دارد(۱).

«فرزند از آن پدر است و از آن جهت فرزند را به پدر نسبت داده است و برای این زوج نفرموده است که بر غیر زوج هم مانند شوهری که زن خود را طلاق داده است، اطلاق شود»(۲).

مؤلف تفسیر مواهب الرحمن مدعی است که چون فرزند بخشی از پدر است، کفالت او بر عهده پدر است که از جمله آنها تأمین هزینه های مادر اوست(۳).

به هر تقدیر، در اینکه مراد از تعلق فرزند به پدر چیست، دو احتمال مطرح است:

تعلق تکوینی: مراد از تعلق فرزند به پدر، تعلق تکوینی اوست به گونه ای که نقش فیزیکی مادر در ایجاد فرزند نادیده گرفته می شود و مادر تنها به سان ظرفی است که کودک در رحم او پا به عرصه هستی می گذارد(۴).

در دیوان منسوب به حضرت امیر المؤمنین علیه السلام شعری به این مضمون وجود دارد:

النَّاسُ مِنْ جِهَةِ التَّمَثَالِ أَكْفَاءُ

أَبُوهُمْ آدَمُ وَالْأُمُّ حَوَاءُ

وَإِنَّمَا أُمَّهَاتُ النَّاسِ أَوْعِيَةٌ

مَسْتَوْدَعَاتٌ وَاللَّاحِسَابُ آبَاءُ(۵)

مادران تنها ظرف هایی هستند. امانت نگاه دار و شرف و بزرگی از پدران است

همچنین از مأمون عباسی در تأیید این مطلب، شعری به این مضمون نقل شده است:

فَإِنَّمَا أُمَّهَاتُ النَّاسِ أَوْعِيَةٌ

مَسْتَوْدَعَاتٌ وَاللَّابَاءُ أَبْنَاءُ(۶)

همانا مادران ظرف هایی هستند. امانت نگاهدار و فرزندان از آن پدران اند

- ١- الصافي، ١/٢٣٩؛ الجديد، ١/٢٨٦؛ مسالك الأفهام، ٨/٤١٤.
- ٢- تفسير خسروي، ١/٣٠٥.
- ٣- مواهب الرحمن، ٤/٥٨.
- ٤- فتح القدير، ١/٢٤٥؛ تفسير اثني عشرى، ١/٤١٥.
- ٥- ديوان امام على عليه السلام، ص ٢٢.
- ٦- تفسير عاملي، ١/٤٥٨.

تعلق تکوینی فرزند به پدر، مطلبی است که در میان غیر مسلمانان نیز طرفدارانی دارد.

منتسکیو در این باره می نویسد: «به طوری که عقل حکم می کند، کودکی که بر اثر ازدواج به وجود آمده، وابسته به پدر است؛ لیکن اگر ازدواجی صورت نگرفته باشد، وابسته به مادر می شود»^(۱).

نقد: این احتمال درست نیست، زیرا علوم تجربی و آموزه های دینی آن را تأیید نمی کند.

برای دست یابی به جایگاه پدر و مادر در ایجاد فرزند، می باید در حوزه علوم تجربی به دنبال نقش اسپرم و تخمک در تولید فرزند گشت؛ اما برای یافتن نظر دین در این خصوص، علاوه بر روایاتی که در توضیح نقش مادر در ایجاد فرزند وجود دارد، نفس آیه مورد بحث نیز کافی است، چرا که خداوند با بیان کلماتی چون «اولادهن» و «بولدها»

فرزند را به مادر نیز نسبت می دهد^(۲).

از عجیب ترین سخنانی که در توجیه انتساب فرزند به پدر از نگاه دین گفته شده، استدلال به قرآن کریم است.

مؤلف تفسیر انوار درخشان در این باره می نویسد: «فرزند به پدر نسبت داده شده و چنان که آیه شریفه می فرماید: «أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ»، باید فرزندان را به پدران آنها نسبت داد. چون اولاد از پدر و مادر مشترکا پدید آمده، این است که در ادوار

زندگی، تربیت آنها به عهده هر دو می باشد؛ منتهی در مرحله شیرخوارگی نظر به عطف و محبت مادری و از آنجا که فرزند باید غذای خود را از شیر مادر تأمین کند، تربیت وی به مادر واگذار و برای مادر حق حضانت در نظر گرفته شده است»^(۳).

اثبات نادرستی مطالب بالا چندان دشوار نیست، چرا که آیه «أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ

أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ»^(۴)، آنان را به نام پدرانشان بخوانید، این نزد خدا درست تر است؛ در باره فرزند

ص: ۸۰

۱- روح القوانین، ص ۶۳۰.

۲- برای اطلاع بیشتر ر.ک: المیزان، ۲/۲۵۱.

۳- انوار درخشان، ۲/۲۳۹.

۴- احزاب ۳۳ / ۵.

خوانندگان است، یعنی فرزندخواندگان خود را به نام پدران واقعی شان بخوانید و نه به نام خود؛ اما این مطلب چه ارتباطی با بحث تعلق تکوینی فرزند به پدر دارد؟ به علاوه، اگر

توضیحات وی درست باشد، پس باید خداوند فرزند را به مادر خود نسبت می داد و حال آنکه به پدرش منتسب کرده است.

تعلق تشریحی: مراد از تعلق فرزند به پدر، وابستگی تشریحی اوست، به این معنا که چون فرزند در بسیاری از احکام و مقررات حقوقی ملحق به پدر خود است، به او نسبت داده شده است (۱).

نقد: درستی این احتمال می بایست در جای خود مورد بررسی قرار گیرد، زیرا باید دید که آیا چنین ملازمه ای میان تمامی احکام پدر و فرزند یا بخشی از آنها وجود دارد یا نه؟

به هر حال، از دقت در صدر و ذیل آیه و تأمل در محتوایی که آیه در صدد انتقال آن به مخاطبان خود است، می توان به این نتیجه رسید که ادعای «تعلق فرزند به پدر»، جدا نادرست است.

احتمال دوم، توجه به جنبه های عاطفی: به کار بردن این تعبیر به منظور تحریک عاطفی پدر است، یعنی پدر چون فرزند برای او متولد شده است، می باید بر فرزند خود دلسوزی کرده، با او به شفقت و مهربانی رفتار کند (۲).

احتمال سوم، انگیزه از ایجاد فرزند: تعبیر به «مولود له» به خاطر اشاره به معنایی است که باعث می شود هزینه های شیر دادن فرزند بر عهده پدر باشد، یعنی چون فرزند برای او زاییده شده، می باید عهده دار امر شیر فرزند خود باشد، و هزینه های مادری که

او را شیر می دهد تأمین کند (۳).

احتمال چهارم، قراردادهای اجتماعی: این تعبیر ناظر به برخی قراردادهای اجتماعی است، یعنی گرچه فرزند از نظر تکوینی ملحق به پدر و مادر خود است و

ص: ۸۱

۱- اطیب البیان، ۲/۴۶۹.

۲- تقریب القرآن، ۲/۸۶.

۳- تفسیر شبر، ۱/۳۷؛ الوجیز، ۱/۱۹۱؛ کنز الدقائق، ۲/۳۵۲؛ المیزان، ۲/۲۵۱.

وجودش مستند به هر دوی آنهاست، ولی در هر جامعه ای فرزند را به یکی از آنها ملحق می کنند، گاه به مادر و گاه به پدر که در این آیه احتمال دوم مطرح شده است (۱).

احتمال پنجم، قدرت جسمانی: فرزند به پدر خود نسبت داده شده است، چرا که پدر به جهت مرد بودن در بیشتر موارد قادر به حفظ و مصونیت او از خطر مرگ است (۲).

«رزقهن و کسوتهن»

معناشناسی: خداوند بر مردی که از همسر خود جدا شده است، در دوره شیر دهی، تأمین دو چیز را واجب کرده، رزق و کسوه.

رزق: «رزق» در زبان عربی به هر چیزی گفته می شود که سود بردن از آن ممکن باشد و کسی نمی تواند از آن جلوگیری کند (۳) و به طور خلاصه: «الرزق: ما ینتفع به» (۴).

ابو هلال عسکری در توضیح تفاوت میان «رزق» و دو واژه «حظ» و «غذاء»، آن را چنین توصیف می کند: «رزق: عطایی است پیوسته» (۵)، «رزق: اسم است برای هر آنچه دارنده آن، مالک سود بردن از آن است، پس کسی مجاز نیست با او به ستیز برخیزد چرا که حلال است» (۶).

کسوه: «کسوه» را لغت دانان عرب به «لباس» معنا کرده اند (۷). زبیدی آن را مترادف با «ثوب» دانسته در تعریف آن می نویسد: «الكسوه: الثوب الذي يلبس» (۸).

گرچه بسیاری از مفسران «رزق» و «کسوه» را به خوراک (غذای کافی) (۹) و پوشاک معنا کرده اند، ولی با توجه به سخنان اهل لغت، بعید نیست که «رزق» تنها به خوراک و غذا منحصر نشده، سایر آنچه شخص بدان نیاز دارد را نیز در برگیرد (۱۰). اگر این تعمیم را در

ص: ۸۲

۱- المیزان، ۲/۲۵۱؛ مواهب الرحمن، ۴/۵۸.

۲- المنیر، ۱/۳۰۸.

۳- مجمع البحرین، ۱/۸۷ و ۱۳۱.

۴- الصحاح، ۴/۱۴۸۱؛ لسان العرب، ۱۰/۱۱۵.

۵- الفروق اللغویه، ص ۲۵۴، شماره ۹۹۹.

۶- الفروق اللغویه، ص ۲۵۴، شماره ۱۰۰۰.

۷- العین، ۵/۳۹۱؛ لسان العرب، ۱۵/۲۲۳؛ مجمع البحرین، ۴/۴۴.

۸- تاج العروس، ۱۰/۳۱۵.

٩- تفسير قرطبي، ٣/١٦٣؛ تفسير ثعالبي، ١/٤٦٧.

١٠- من وحى القرآن، ٤/١٨٤: «و لعل التركيز على الرزق و الكسوه من جهه ما يمثلان من حاجه طبيعيه للوالده فيما تحتاجه مما تصرف فيه الاجره التي تستحقها لا لخصوصيه فيها بالذات».

معنای «رزق» و «کسوه» نپذیریم، دست کم اختصاص آن به «اجره المثل»^(۱)، قطعاً بدون دلیل است.

احکام حقوقی: در اینکه «رزق» و «کسوه» چه زنانی بر صاحب کودک (مرد) واجب است، آرای گوناگونی وجود دارد:

نظریه اول، هزینه های مادران مطلقه شیرده: از آنجا که شروع آیه با بحث پیرامون مادران شیردهی است که از شوهران خود جدا شده اند، بنابراین، منظور از عبارت «رزقهن و کسوتهن»، تأمین هزینه های همان هاست^(۲).

به عبارت دیگر، همچنان که پیش از این نیز گذشت، تأمین هزینه های زنانی که پیوند زناشویی آنها پابرجاست بر عهده شوهران آنهاست چه فرزند خود را شیر بدهند یا ندهند^(۳).

نظریه دوم، هزینه های همسران: در میان مفسران هستند کسانی که معتقدند این بخش از آیه در مقام بیان لزوم تأمین خوراک و پوشاک زنان توسط شوهرانشان است که در برگیرنده تمامی مادران است، اعم از اینکه شوهر داشته یا طلاق گرفته باشند^(۴).

ساده ترین دلیلی که برای درستی احتمال اول و نادرستی احتمال دوم می توان بیان کرد، این است که تأمین هزینه های زندگی همسر با بستن پیوند زناشویی بر شوهر واجب می شود و هیچ ارتباطی هم با شیردهی او ندارد، با اینکه در این آیه، نفقه در برابر شیردهی قرار گرفته است؛ بنابراین، نمی شود منظور از آن هزینه های زندگی همسران باشد^(۵).

مؤلف تفسیر الکاشف چون از یک سو آیه را به عنوان قانونی عام که در برگیرنده همه

ص: ۸۳

۱- الوجیز، ۱/۱۹۱؛ تفسیر شبر، ۱/۳۷؛ الجوهر الثمین، ۱/۲۳۵.

۲- مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ الجدید، ۱/۲۸۶.

۳- فتح القدير، ۱/۲۴۵.

۴- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۸۹؛ الجدید، ۱/۲۸۶.

۵- علامه طبرسی در این باره می نویسد: «و لم یرد به نفقه الزوجات لانه قابلها بالارضاع و نفقه الزوجه لا تجب بسبب الارضاع و انما تجب بسبب الزوجیه»، برای اطلاع بیشتر ر.ک: مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ تقریب القرآن، ۲/۸۶؛ الجدید، ۱/۲۸۶.

زنان است پذیرفته و از سوی دیگر عبارت «رزقهن و کسوتهن» را منحصر در زنان مطلقه می داند؛ اشکالی را با این توضیح، مطرح می کند: «لفظ والدات عام است و شامل سه گروه می شود، همسران، مطلقات رجعی و مطلقات بائن؛ بنابر این، این سه گروه می باید

فرزندان خود را دو سال کامل شیر دهند و از سوی دیگر این لفظ خاص است چون تنها شامل زنان مطلقه بائن می شود که می توانند برای شیر دادن مزد بگیرند و حق نفقه ندارند ولی همسران و مطلقات رجعی حق گرفتن نفقه را دارند؛ پس والدات عام است نسبت به شیر دادن و خاص است نسبت به نفقه».

او خود از این اشکال چنین جواب می دهد: «مانعی ندارد که یک لفظ از یک جهت عام و از جهت دیگر خاص باشد، اگر دلیلی بر این مطلب دلالت کند. در محل بحث احادیث و اجماع بر این مطلب دلالت دارند که مطلقه بائن نفقه نداشته، فقط حق گرفتن اجرت بر شیر دادن دارد، اما چون نسبت به شیر دادن دلیلی بر تخصیص نداریم، عمل به عموم می شود» (۱).

به نظر ما اشکال و جواب هر دو مخدوش است، زیرا:

اولاً، کلمه «والدات» با ملاحظه صدر و ذیل آیه و همچنین آیات قبل و بعد آن، عمومیتی نداشته و تنها شامل زنان مطلقه می شود و نه همسران.

ثانیا، مطلقه رجعی در دوره عدّه، حق گرفتن نفقه و هزینه های زندگی خود را دارد به واسطه زوجیت و نسبت به بعد از این زمان تا انتهای دوره شیر دهی، به واسطه شیر دادن؛ بنابر این، هزینه های زندگی مطلقه رجعی تا پایان دوره شیر دهی به هر صورت بر

عهده پدر کودک است.

ثالثاً، وجود دلیل خاص، مشکل به کار رفتن لفظ در بیشتر از یک معنا را حل نمی کند.

نظریه سوم، هزینه های کودکان: در میان مفسران، قرطبی در تفسیر خود احتمال دیگری را مطرح می کند که بر اساس آن، موضوع بحث در آیه کریمه ارتباط مستقیمی با

ص: ۸۴

مادران پیدا نمی کند.

او مدعی است که جمله «و علی المولود له رزقهن و کسوتهن» دلیلی است بر وجوب تأمین هزینه های کودک توسط پدرش به واسطه ناتوانی و ضعف جسمانی که دارد، اما خداوند این مطلب را به مادر نسبت داده است، چرا که غذای کودک در دوره شیرخوارگی توسط مادر به او منتقل می شود(۱).

به عبارت دیگر، این جمله دلالت بر این مطلب دارد که هزینه های زندگی کودکان بر عهده پدران آنهاست زیرا علت وجوب تأمین هزینه های مادر، بارداری اوست و چون تأمین هزینه های زندگی جنین تنها با تأمین هزینه های مادر است، به همین خاطر خداوند

پرداخت نفقه مادر را واجب کرده است(۲).

نسبت میان اجرت با خوراک و پوشاک: نکته مهمی که در پایان این بخش، بیان آن ضروری است، نسبت میان این جمله از آیه با جمله «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن» از آیه ششم سوره مبارکه طلاق است.

همان گونه که پیش از این نیز گفته شد، موضوع آیه ۲۳۳ بقره، زنی است که پس از زایمان، از شوهر خود طلاق گرفته و به کودک خود شیر می دهد؛ اما موضوع آیه ۶ سوره طلاق، زنی است که در دوره حاملگی از شوهر خود جدا شده و پس از زایمان به کودک خود شیر می دهد.

قرآن در مورد اول بر مرد واجب می کند که در برابر شیر دادن زن به کودک، خوراک و پوشاک او را تأمین کند؛ ولی در مورد دوم، بر مرد تکلیف می کند که اجرت وی را بپردازد.

به نظر ما، عبارت «رزقهن و کسوتهن» به منزله توضیحی است برای واژه «اجورهن» در سوره مبارکه طلاق، یعنی منظور از پرداخت مزد به مادری که در زمان جدایی از شوهر، فرزند خود را شیر می دهد، تأمین خوراک و پوشاک یا تأمین نیازمندیهای

ص: ۸۵

۱- تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۳.

۲- ایضاح الفوائد، ۳/۲۸۲.

همچنان که می توان گفت، دستمزدی که پدر به مادر بابت شیردهی می دهد باید به اندازه ای باشد که دست کم خوراک و پوشاک او را تأمین کند (۲).

با ملاحظه این جهت است که برخی مدعی اند کمتر نبودن اجرت از میزان لازم برای تأمین خوراک و پوشاک، از مکارم اخلاق است (۳).

اشکال نشود که تعیین میزان دستمزد مادر امری است وابسته به توافق پدر و مادر که الزاما وابسته به تأمین خوراک و پوشاک او نیست؛ زیرا بر اساس توضیحی که گذشت سخن از وظیفه پدر در برابر شیردهی مادر است، گرچه هر توافق دیگری بر خلاف آن نیز می تواند صحیح باشد.

البته تغییر لحن قرآن از «خوراک و پوشاک» به «دستمزد» شاید به این جهت باشد که اگر طلاق پیش از زایمان انجام شده باشد، با زایمان عده زن تمام شده، هیچ ارتباطی بین

زن و مرد نیست؛ اما با انجام طلاق پس از زایمان، تا تمام شده عده، همچنان رابطه زوجیت میان زن و مرد به شکل متزلزل باقی است و پیش از این توضیح دادیم که در هنگام وجود رابطه زوجیت، زن نمی تواند برای شیر دادن به فرزند خود دستمزد بگیرد، بلکه بر شوهر واجب است چون گذشته خوراک و پوشاک او را تأمین کند.

«بالمعروف»

معناشناسی: صرف نظر از آنچه اهل لغت در معنای «معروف» گفته اند، در اینکه مقصود از خوراک و پوشاک معروف چیست، احتمالات گوناگون اما نزدیک به هم مطرح شده است: به قدر یسار و طاقت (۴)؛ بر سبیل اقتصاد و میانه بی اسراف و تقییر (۵)؛ به طریق

ص: ۸۶

۱- شاید به همین خاطر باشد که برخی از مفسران مدعی اند که این جمله از آیه دلالت می کند بر جواز اجیر کردن دایه در مقابل غذا و لباس؛ برای اطلاع بیشتر ر.ک: جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۸۹.

۲- احسن الحدیث، ۱/۴۳۵.

۳- تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۰.

۴- روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶.

۵- تفسیر گازر، ۱/۲۹۵.

اقتصاد و اعتدال(۱)؛ به طریق نیکو که مناسب حال زن باشد(۲)؛ به وجه پسندیده(۳)؛ به گونه ای که مراعات شأن و شخصیت اجتماعی زن شود(۴)؛ آنچه عرفاً حق زن شناخته می شود (اجره المثل)(۵)؛ در حد متعارف(۶)؛ آنچه که در شریعت متعارف است، بدون آنکه کوتاهی یا زیاده روی شود(۷)؛ آنچه که در یک شهر، عادتِ مانند آن زن باشد، به شرط اینکه اسراف یا بخل در میان نباشد(۸)؛ متناسب با وضعیت مالی مرد باشد، زیرا تکلیف شخص به بیشتر یا کمتر از توانش روا نیست(۹)؛ غذا به اندازه کافی بوده و به خوبی آن را بدهد(۱۰)؛ متناسب با وضعیت و جایگاه زن و مرد باشد(۱۱)؛ در هزینه های و پوشاک کوتاهی نکند(۱۲)؛ آنچه در نظر عرف و دین متناسب با فردی چون مادر است(۱۳).

همچنان که ملاحظه می شود، نظرات مفسران را درباره «معروف» در سه محور می توان خلاصه کرد: ۱- تناسب با موقعیت اجتماعی مادر ۲- تناسب با توان مالی پدر ۳- تناسب از نظر کمیّت و مقدار.

احکام حقوقی: در اینکه از نظر حقوقی مراد از معروف چیست، دو نظریه میان فقها مطرح است:

نظریه اول، وضعیت اجتماعی مادر: بر اساس این احتمال، پدر موظف است هزینه های زندگی مادر را در دوران شیردهی، متناسب با جایگاه و موقعیت او، تأمین کند.

نظریه دوم، وضعیت مالی پدر: پیروان این نظریه معتقدند که ملاک در تعیین معروف، قدرت و توان مالی پدر کودک است، زیرا قرآن از یک سو، بر این مطلب تأکید

ص: ۸۷

- ۱- منهج الصادقین، ۲/۲۹.
- ۲- تفسیر شریف لاهیجی، ۱/۲۲۳.
- ۳- حجه التفاسیر، ۱/۱۸۱.
- ۴- تفسیر آسان، ۲/۷۵.
- ۵- منهج الصادقین، ۲/۲۹.
- ۶- پرتوی از قرآن، ۲/۱۵۶.
- ۷- تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۳.
- ۸- تفسیر ابن کثیر، ۱/۲۹۱.
- ۹- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۸۹؛ زاد المسیر، ۱/۲۴۱.
- ۱۰- تفسیر ثعالبی، ۱/۴۶۷.
- ۱۱- جامع البیان، ۲/۶۷۲.
- ۱۲- نحاس، معانی القرآن، ۱/۲۱۷.
- ۱۳- زبده البیان، ص ۵۵۷.

می‌ورزد که خداوند تکلیفی بر عهده انسان نمی‌گذارد مگر آنکه متناسب با توان او باشد، «لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا» (۱)، «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» (۲) و از سوی دیگر تصریح می‌کند که هر کس به اندازه توان مالی خود، اجرت شیردهی همسرش را پس از جدایی بپردازد، «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَ أَتَمَّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ... لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» (۳).

بنابر این، باید بپذیریم که منظور از متعارف بودن هزینه خوراک و پوشاک مادر در دوره شیردهی، تناسب آن با وضعیت و توان مالی پدر کودک است و ارتباطی با وضعیت اجتماعی زن ندارد (۴).

بررسی فقهی جمله «لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا»

این جمله به منزله علت برای جمله پیشین است، یعنی بر پدر لازم است در حدی متعارف و نه بیش از آن، خوراک و پوشاک مادر فرزند خود را در دوره شیردهی تهیه و تأمین کند؛ زیرا هیچ انسانی مکلف به انجام کاری نمی‌شود، مگر به اندازه طاقت و توانش. بنابر این، مادر نمی‌تواند در برابر شیر دادن خود، چیزی بیش از توانایی مالی پدر طلب کند.

مؤلف تفسیر مقتنیات الدرر در برداشتی مغایر با آنچه گذشت در توضیح این جمله از آیه می‌نویسد: «گویا پرسیده می‌شود چرا تأمین هزینه زندگی مادران در دوره شیردهی به

عهده خود آنها نیست؟ قرآن پاسخ می‌دهد: ایشان به واسطه ضعف قوای جسمانی قادر به کسب درآمد نیستند، پس اگر تأمین هزینه زندگی بر خود ایشان واجب باشد، لازم

ص: ۸۸

۱- بقره ۲ / ۲۳۳.

۲- بقره ۲ / ۲۸۶.

۳- طلاق ۶۵، آیه ۶.

۴- علامه طبرسی این مطلب را چنین توضیح می‌دهد: «بالمعروف یعنی علی قدر اليسار، لانه علم احوال الناس فی الغنی و الفقر و جعل حق الحضانه للام و النفقه علی الاب علی قدر اليسار»، مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ همچنین، ر.ک: الجدید، ۲/۲۸۶.

می آید تکلیف کردن به شخص ناتوان»(۱).

اما روشن است که این مطالب فاقد صحت اند، زیرا:

اولاً، ناتوانی زنان در اداره زندگی خود، اصلی مسلم فرض شده و حال آنکه چنین نیست.

ثانیا، بر فرض که چنین باشد، باید تأمین هزینه های زندگی ایشان پس از دوره شیردهی نیز بر عهده شخص دیگری باشد و حال آنکه چنین نیست.

ثالثاً، بر اساس آیه کریمه، تکلیف به شیر دادن باید متناسب با توان مادر باشد، زیرا آنچه مادران به آن تکلیف شده اند شیر دادن است و نسبت به تأمین هزینه های زندگی، تکلیفی ندارند تا صحیح باشد بگوییم این تکلیف باید متناسب با توان آنها باشد.

نکته حایز اهمیت اینکه جمله «لَا تَكْلَفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» گرچه در بحث شیر دادن به کار رفته است، ولی بدون شک مفاد آن قانونی است عام که در تمام مواردی که بر عهده شخصی تکلیفی نهاده می شود، کاربرد دارد.

بررسی فقهی جمله «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»

اشاره

این جمله از آیه ششم سوره مبارکه طلاق با کلمه «فا» آغاز شده، از نظر معنایی، با جمله پیش از آن پیوستگی دارد. موضوع جمله پیش از این، تعهد پدر به تأمین هزینه های زنانی است که هنگام جدایی، باردار هستند؛ پای بندی به این تعهد تا زمانی است که آنها

زایمان نکرده اند. حال اگر چنین زنانی حاضر شوند که پس از زایمان عهده دار شیر دادن

به کودک خود شوند، پدر موظف است مزد و اجرت شیردهی را به ایشان پرداخت کند، چرا که با جدایی، زن در مقام فردی بیگانه نسبت به همسر سابق خود قرار می گیرد(۲).

بنابر این، جمله مزبور تنها بر این مطلب دلالت دارد که زن پس از جدایی از همسرش، می تواند در برابر شیر دادن به کودک خود، درخواست دستمزد کند(۳).

ص: ۸۹

۱- مقتنیات الدرر، ۲/۷۶.

۲- المبسوط، ۳/۲۳۹.

٣- المبسوط، ٣/٢٣٩؛ المهذب، ٢/٣٥١؛ ايضاح الفوائد، ٣/٢٨٢؛ كشف اللثام، ٢/١٠٥؛ الحدائق الناضرة، ٢٥/٧١.

با این بیان، تفاوت معنایی این جمله از آیه ششم سوره طلاق با مضمون آیه ۲۳۳ سوره مبارکه بقره که پیش از این بحث آن گذشت، روشن می شود. در سوره مبارکه بقره، سخن از زنانی بود که با داشتن فرزند شیرخوار از شوهر خود جدا می شوند ولی در این آیه، بحث از زنانی است که پیش از زایمان از شوهر خود جدا شده اند. طبیعی است که اگر جدایی پیش از زایمان صورت پذیرفته باشد، با زایمان، زن از عده طلاق خارج شده، هیچ گونه ارتباطی میان او و شوهر سابقش در حوزه دین قابل تعریف نیست، ولی اگر پس از زایمان این جدایی انجام بگیرد، در این صورت بخشی از زمان شیردهی در دوره عده طلاق زن قرار می گیرد.

بنابر این، نمی توان مدعی شد که منظور از جمله «ارضعن»، شیر دادن زنان مطلقه - «بائن» یا «رجعی» - است به کودکان خود در زمان عده و پس از آن، نظیر آنچه پیش از طلاق انجام می داده اند (۱)؛ چرا که موضوع این آیه زنان بارداری است که پیش از زایمان از شوهر خود جدا شده اند و چون با زایمان عده آنها به پایان می رسد، پس امکان ندارد شیر دادن آنها در زمان عده باشد.

همچنان که اختصاص این آیه به زنانی که به طلاق بائن از شوهر خود جدا شده اند (۲)

نیز بی دلیل است، زیرا موضوع این آیه شیر دادن پس از زایمان، یعنی پس از تمام شدن عده است و با سپری شدن عده، دیگر تفاوتی میان نوع طلاق نمی کند و در هر صورت، زن نسبت به همسر سابق خود، فرد بیگانه ای است که می خواهد در برابر کاری که انجام می دهد مزد بگیرد.

نکته حایز اهمیت اینکه قرآن هنگامی تعبیر «اجرت» را در مقابل شیر دادن مادر به کار می برد که تمامی پیوندهای زناشویی گسسته شده، هیچ فرقی میان او با سایر زنان

وجود نداشته باشد؛ ولی زمانی که زن در عده بوده و هنوز برخی از آثار زوجیت باقی است، سخنی از اجرت به میان نمی آورد، بلکه تنها به تأمین خوراک و پوشاک که مادر

ص: ۹۰

۱- البصائر، ۴۷/۲۷۵.

۲- البصائر، ۴۷/۲۷۵.

عرف فقهی از آن به «نفقه» یاد می‌کنیم، بسنده می‌کند؛ چیزی که اگر جدایی هم تحقق نمی‌پذیرفت، مرد به عنوان شوهر متعهد به تأمین آن بود.

شاید از این تفاوت در تعبیر، بتوان چنین استفاده کرد که ساحت ازدواج مقدس تر از آن است که در تنظیم روابط اقتصادی میان زن و مرد، از واژه‌های «مزد» و «اجرت» که خود به خود نشانگر نوعی رابطه مزدوری و اجیری، کارگری و کارفرمایی است، کمک گرفت.

محقق طوسی در بیان این مطلب می‌نویسد: «منظور زنان مطلقه است و نه زنان شوهردار، زیرا همسر به شرط شیر دادن استحقاق دریافت اجرت ندارد، افزون بر اینکه خداوند از دستمزد مادر تعبیر به اجرت کرده است و حال آنکه از نفقه (هزینه‌های زندگی) به اجرت یاد نمی‌شود»^(۱).

بنابر این، استفاده جواز برقراری رابطه استیجاری بین زن و شوهر در خصوص شیر دادن کودک از این جمله، کاملاً بی‌اساس است^(۲)، زیرا موضوع آیه زنی است که در دوره بارداری از شوهر خود جدا شده، پس از زایمان و پایان یافتن عده طلاق، حاضر به شیر دادن کودک خود شده است و معلوم است که با تمام شدن عده، دیگر رابطه زوجیتی باقی نمی‌ماند تا بتوان از آن چنین حکمی را اثبات کرد؛ پس اگر برقراری رابطه استیجاری

بین زن و شوهر صحیح هم باشد، ارتباطی با این آیه ندارد.

به هر حال، زن هنگامی می‌تواند در برابر شیر دادن به کودک خود، تقاضای دستمزد کند که از شوهر خود جدا شده باشد و امکان بازگشت نیز وجود نداشته باشد^(۳)، اما اگر پیمان زناشویی هنوز باقی باشد^(۴) یا از شوهرش جدا شده ولی امکان بازگشت داشته باشد، حق گرفتن دستمزد را نخواهد داشت^(۵). بلکه در این دو فرض به حکم آیه شریفه «وعلی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف»، پدر عهده دار تأمین خوراک و پوشاک او

ص: ۹۱

۱- المبسوط، ۶/۳۰.

۲- تفسیر قرطبی، ۱۸/۱۶۸.

۳- السرائر، ۲/۶۴۹.

۴- شرایع الاسلام، ۲/۵۶۶.

۵- السرائر، ۲/۶۴۹.

در خلال دوره شیردهی است.

برقراری رابطه استیجاری میان زن و شوهر

به هر حال، در اینکه بین زن و شوهر رابطه استیجاری در مورد شیر دادن کودک برقرار می شود یا نه، دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول، عدم انعقاد قرارداد اجاره: این احتمال از دو جهت قابل بررسی است:

بررسی دلایل: برای اثبات این احتمال که موافقان آن برخی از فقهای عامه چون شافعی و احمد بن حنبل و نیز شیخ طوسی از فقهای شیعه می باشند^(۱)، به چند مطلب استناد شده است:

۱- مالکیت منافع زن: شیردار شدن زن مشروط به بارداری از شوهر خود است و چون شوهر مالک منافع ناشی از تحقق رابطه زناشویی (وطی) با همسر خود است، پس زن نمی تواند در برابر شیری که به کودک خود می دهد از شوهرش تقاضای دستمزد کند^(۲).

به عبارت دیگر، اگر مرد با همسر خود نزدیکی نمی کرد و زمینه بارداری او را فراهم نمی نمود، بدن زن هیچ گاه نمی توانست شیر تولید کند؛ بنابر این، شیر دار شدن محصول عمل مرد است و معقول نیست مرد در برابر چیزی که خود - به طور مستقیم یا غیر مستقیم - عامل ایجاد آن است، پول بپردازد.

شهید ثانی این مطلب را چنین توضیح می دهد: «زن بر منافی قرارداد می بندد که قادر به وفای به آن نیست، چرا که همسرش مالک بهره وری از آن است»^(۳).

نقد: علامه حلی این دلیل را نادرست می داند، زیرا اینکه مرد با ازدواج کردن مُجاز به انواع بهره وریهای جنسی از همسر خود است، دلیل نمی شود که چنین حقی را نسبت به شیردهی همسر خود هم داشته باشد (تملک وجوه استمتاع مقتضی تملک استرضاع نیست)^(۴).

ص: ۹۲

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۸؛ المبسوط، ۳/۲۳۹؛ روضه الطالبین، ص ۸۸۲؛ ابن قدامه، المغنی، ۶/۸۵.

۲- مختلف الشیعه، ۷/۳۰۵؛ السرائر، ۲/۶۴۹.

۳- مسالک الأفهام، ۸/۴۱۳.

۴- مختلف الشیعه، ۷/۳۰۴-۳۰۵؛ تحریر الاحکام، ۱/۲۴۷ و ۲/۴۳.

با توضیحی که ما از این دلیل دادیم به خوبی روشن می شود که ایراد مرحوم علامه وارد نیست، زیرا سخن از ملازمه میان بهره وری جنسی و شیردهی (استمتاع و استرضاع) نیست تا با انکار این ملازمه، بتوان جواز مزد گرفتن را اثبات کرد، بلکه سخن

از این است که شیر دار شدن مادر معلول نزدیکی و بارور کردن او از سوی پدر است.

۲- فقدان دلیل: زن پس از ازدواج، تنها در مقابل زندگی با شوهر خود و تمکین در برابر بهره وری جنسی او، استحقاق دریافت مزد داشته، دلیلی برای جواز دریافت چیز دیگری از شوهرش به عنوان شیردهی وجود ندارد(۱).

نقد: علامه حلّی این دلیل را هم نادرست می داند، زیرا استحقاق منفعت از جهتی، مانع از استحقاق منفعت از جهت دیگر نمی شود؛ به همین دلیل می توان زنی را برای شیر دادن اجیر کرد، سپس او را به همسری خود در آورد(۲).

به نظر ما این اشکال مرحوم علامه هم چون اشکال قبلی، وارد نیست؛ زیرا گرچه استحقاق منفعت از یک جهت، مانع از استحقاق منفعت از جهت دیگر نیست، ولی سخن در جایی است که یکی از دو جهت معلول جهت دیگر است نه جدای از آن. به همین جهت، نقض به استیجار پیش از ازدواج نیز صحیح نیست؛ زیرا شیر دار شدن زن در این فرض معلول عمل شوهر آینده اش نیست؛ همچنان که زن می تواند در برابر شیر دادن به فرزند شوهرش که از زن دیگری است، دستمزد بگیرد(۳).

۳- تفاوت رفتار زن نسبت به همسر خود و سایر افراد: ممکن است انجام کاری با غیر شوهر جایز باشد ولی انجام همان کار با شوهر جایز نباشد، نظیر جواز ازدواج با کنیز خود و عدم جواز ازدواج با کنیز زن(۴).

نقد: واضح است که این دلیل اثبات کننده عدم جواز گرفتن مزد در برابر شیر دادن نیست، بلکه تنها امکان آن را گوشزد می کند.

ناگفته پیداست که نقض مرحوم علامه به جواز گرفتن دستمزد در برابر پختن غذا یا

ص: ۹۳

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۸؛ المبسوط، ۳/۲۳۹.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۸.

۳- المهدب، ۱/۴۸۲.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۸.

نظافت خانه (۱)، نیز درست نیست؛ چرا که سخن در گرفتن دستمزد برای کاری است که ناشی از عمل زناشویی است نه کاری که لازمه آن نیست.

۴- ناسازگاری با مقتضای عقد: گرفتن دستمزد در برابر شیر دادن، بر خلاف مقتضای عقد ازدواج است، زیرا شیر دادن از شئون معاشرت و تشکیل خانواده است.

قاضی ابن براج معتقد است این نظریه گرچه مخالف با نظر بیشتر فقها است، ولی چون اطاعت از شوهر واجب است و دلیلی هم بر جواز گرفتن دستمزد نداریم، شوهر می تواند از همسر خود بخواهد که کودکش را شیر دهد و بی آنکه به او آسیبی بزند، وی را وادار به انجام وظیفه خود کند (۲).

بررسی اشکالات: در بررسی متون فقهی با دو اشکال اساسی بر جواز ایجاد رابطه استیجاری میان زن و شوهر در مسأله شیردهی مواجه می شویم:

اول، واجب بودن شیردهی بر مادر: اگر بپذیریم که شیر دادن کودک توسط مادر، عملی است واجب، نمی تواند متعلق قرارداد اجاره قرار گیرد، چرا که گرفتن اجرت بر کار واجب، جایز نیست.

این اشکال حاصل جمع میان دو مقدمه است: ۱- شیر دادن بر مادر واجب است ۲- گرفتن دستمزد در برابر انجام کار واجب، جایز نیست؛ بنابراین، مادر نمی تواند به

خاطر شیر دادن به کودک خود، دستمزد بگیرد.

پیش از این درباره اثبات مقدمه نخست به تفصیل سخن گفتیم و توضیح دادیم که سه دلیل بر وجوب شیر دادن کودک بر مادر دلالت دارد:

الف - مفاد آیه کریمه «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ» (۳)، مادران باید فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند برای کسی که [از آنها]

می خواهد دو سال را تمام کند؛

ب - روایت عبد الوهاب بن الصباح ۱۳*: «الفرض فی الرضاع احد و عشرون شهرا، فما نقص عن

ص: ۹۴

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۸.

۲- المذهب، ۲/۲۶۲.

۳- بقره ۲ / ۲۳۳.

احد و عشرين شهرا، فقد نقص المرضع و إن أراد أن يتم الرضاعة، فحولين كاملين»^(۱)، زمان واجب در شیر دادن بیست و یک ماه است، اگر از بیست و یک ماه کمتر باشد، مادر کوتاهی کرده است، اگر

بخواهد که شیر دادن را تمام کند، پس دو سال کامل است؛

ج - روایت سماعه ۱۴* : «الرضاع واحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور علی الصبی»^(۲)، شیردهی

بیست و یک ماه است، اگر کمتر از این باشد، ستمی است بر کودک.

اما مقدمه دوم، نفی و اثبات دلایل و اشکالات موافقان و مخالفان آن، در مکاسب محرمة کتاب فقه مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است.

عمده دلیل مخالفان گرفتن اجرت در برابر انجام واجبات، تنافی میان قصد قربت لازم در کارهای عبادی و گرفتن دستمزد در برابر آن است^(۳).

اگر این اشکال را بپذیریم، همان گونه که محدث بحرانی توضیح داده است، مقتضای وجوب شیردهی، عدم جواز گرفتن دستمزد است، مگر اینکه دلیلی خاص بر جایز بودن آن دلالت کند و معلوم است که این دلیل نمی تواند جمله «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن» باشد، چرا که مورد آن زنان مطلقه است و شیر دادن پس از جدایی بر زن واجب نیست^(۴).

البته توجه به این نکته نیز ضروری است که در میان فقها هستند کسانی که معتقدند صفت وجوب با گرفتن دستمزد قابل جمع است و می توان بر انجام کار واجب، مزد گرفت^(۵).

بنابر این، اگر بگوییم در تمامی واجبات یا دست کم در واجبات کفایی و توصیلی، گرفتن دستمزد جایز است^(۶)، در این صورت مادر می تواند در برابر شیر دادن به کودک

ص: ۹۵

۱- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶، شماره ۳۵۸؛ وسائل الشیعه، ۱۵/۱۷۷.

۲- الکافی، ۶/۴۰، شماره ۳؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶، شماره ۳۵۷؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۳۰۵، شماره ۱۴۶۳.

۳- مکاسب، ص ۶۰-۶۱.

۴- الحدائق الناضره، ۲۵/۷۳.

۵- شرح اللمعه، ۵/۴۵۲-۴۵۳؛ فقه الصادق، ۲۲/۲۹۳.

۶- لازم به یادآوری است که در بحث گرفتن اجرت در برابر انجام واجبات، میان فقهای شیعه نظرات گوناگونی مطرح است، نظیر: ۱- عدم جواز گرفتن دستمزد در همه واجبات ۲- جواز گرفتن دستمزد در همه واجبات ۳- تفصیل میان واجبات تبعدی و توصیلی ۴- تفصیل میان واجب کفایی توصیلی و سایر واجبات ۵- تفصیل میان واجب کفایی و واجب عینی ۶- تفصیل میان

واجب عینی تعیینی و کفایّی تعبدی از یک سو و کفایّی توّصّیّی و تخیری از سوی دیگر. برای اطلاع بیشتر ر.ک: مصباح
الفقاهه، ۱/۴۵۹.

خود، در حالی که پیمان زناشویی برقرار است، از شوهرش دستمزد بگیرد، چرا که شیر دادن واجبی است کفایی، اگر بگوییم شیر غیر از مادر می تواند جانشین شیر مادر شود^(۱).

و از سویی توصلی است زیرا در انجام آن نیازی به قصد قربت نیست.

دوم، متعلق اجاره عین خارجی است نه منفعت: دومین اشکالی که بر گرفتن دستمزد در برابر شیر دادن به کودک مطرح است، ناسازگاری «شیر دادن» به عنوان عملی خارجی با موضوع قرارداد اجاره است.

همان گونه که می دانیم، در قرار داد اجاره، منفعتی در برابر عوضی، مبادله می شود. این مطلب در مورد بحث ما تحقق پیدا نمی کند، زیرا شیر مادر عینی است خارجی و نه یک منفعت، پس گرفتن دستمزد در برابر شیر دادن، نمی تواند در قالب اجاره انجام پذیرد.

نقد: عالمان دینی از این اشکال چنین پاسخ داده اند که گرفتن دستمزد در برابر شیر دادن (ارضاع) است و نه خود «شیر»^(۲) و معلوم است که «شیر دادن» منفعتی است عقلایی که در برابر آن پول پرداخت می شود، همچنان که قرآن می فرماید «فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن»^(۳)؛ گرچه به واسطه این کار، پدر به عنوان موجر استحقاق دریافت «شیر مادر» را دارد^(۴).

به عبارت دیگر، هر زنی مالک شیر خود است که می تواند در برابر دادن آن به کودک، از پدر یا از خود کودک - اگر مالی داشته باشد - مزد بگیرد^(۵).

ص: ۹۶

۱- جامع المدارك، ۴/۴۶۹.

۲- شرح اللمعه، ۵/۴۵۳؛ نهایه المرام، ۱/۴۶۱.

۳- مستمسک العروه الوثقی، ۲۱/۱۲۸.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۵؛ شرح اللمعه، ۵/۴۵۲-۴۵۳.

۵- فقه الصادق، ۲۲/۲۹۳.

احتمال دوم، انعقاد قرارداد اجاره: این احتمال بیشتر مورد تأیید فقهای شیعه بوده (۱).

و ابن ادریس مدعی است که مطابق با اصول مذهب است (۲).

بررسی دلایل: برای اثبات درستی این احتمال به مطالب زیر استناد شده است:

۱- اطلاق آیات قرآنی: بر اساس دو جمله «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (۳) و «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (۴)، هرگاه مادر فرزند خود را شیر دهد، پدر باید دستمزد او را بپردازد؛ اطلاق این دو جمله در برگیرنده همه مادرانی است

که کودک خود را شیر می دهند، چه از شوهر خود جدا شده باشند و چه پیمان زناشویی آنها همچنان باقی باشد (۵)، گرچه نمی توان هیچ یک از آنها را مجبور به شیر دادن کرد (۶).

نقد: استناد به اطلاق این دو جمله صحیح نیست، چرا که پیش از این توضیح دادیم، این دو جمله با توجه به جملات قبل و بعد از آنها، مربوط به زنانی است که از شوهر خود

جدا شده اند و مادرانی را که ازدواج آنها همچنان باقی است، شامل نمی شود (۷)؛ همچنان که روایات وارد شده در تفسیر این آیات نیز این مطلب را تأیید می کند (۸).

افزون بر این، مضمون این دو جمله این است که اگر مادر کودک را شیر داد، پدر باید مزد او را بدهد، اما شیر دادن کودک توسط مادر مشروط به رضایت پدر است؛ پس اگر پدر راضی به این کار نباشد، مادر نمی تواند کودک را شیر دهد تا مستحق دریافت دستمزد باشد.

۲- ملازمه میان قرارداد با همسر خود و سایر افراد: هر عقد و معامله ای که با غیر از همسر جایز باشد، با همسر نیز جایز است؛ بنابراین، چون می توان زن دیگری را برای شیر دادن اجیر کرد، می توان همسر خود را هم با تعیین دستمزد، برای این کار اجیر کرد و

ص: ۹۷

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۸؛ تحریر الاحکام، ۱/۲۴۷.

۲- السرائر، ۲/۴۷۲.

۳- بقره ۲، آیه ی ۲۳۳.

۴- طلاق ۶۵ / ۶.

۵- الخلاف، ۳/۴۸۵؛ المبسوط، ۳/۲۳۸؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۸؛ مختلف الشیعه، ۶/۱۶۰-۱۶۱.

۶- مختلف الشیعه، ۷/۳۰۴؛ ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۲.

٧- كشف اللثامط.ج، ٧/٥٤٦؛ مسالك الأفهام، ٨/٤١٣.

٨- كفايه الاحكام، ص ١٩٣.

از سوی دیگر همچنان که زن می تواند از غیر از شوهر خود برای شیر دادن به کودکش، دستمزد بگیرد، می تواند از شوهر خود نیز درخواست دستمزد کند(۱).

نقد: این دلیل نیز وافی به اثبات مقصود نیست، چرا که عین مدعاست. کسانی که معتقدند زن نمی تواند از شوهر خود دستمزد بگیرد، بر این مطلب پافشاری دارند که هر معامله ای را نمی توان با همسر خود داشت، گرچه می توان آن را با غیر همسر انجام داد.

۳- عدم استحقاق سایر منافع همسر: از آنجا که مرد تنها حق بهره وری جنسی از همسر خود را داشته(۲) و مستحق منافع زن در دو مورد شیر دادن و نگهداری کودک نیست، چرا که نمی تواند او را وادار به انجام آنها بکند(۳)؛ زن می تواند در برابر آنها درخواست دستمزد کند.

نقد: این دلیل نیز چون دلایل پیش از این، نمی تواند جواز رابطه استیجاری میان زن و

شوهر را در مورد رضاع اثبات کند، زیرا تمام سخن در این است که آیا مرد به واسطه ازدواج مستحق منافع شیردهی همسر خود هست یا نه؟

نقد و بررسی: به نظر ما هیچ یک از دلایل گذشته نمی تواند اثبات یا نفی کننده جواز برقراری رابطه استیجاری میان زن و شوهر باشد؛ بنابراین، با نبود دلیل لفظی، می باید

سراغ اصول عملی برویم.

اگر موضوع شک ما، جواز اجیر کردن مادر به منظور شیر دادن به کودک خود باشد؛ اصل جواز دلالت می کند بر جایز بودن چنین معامله ای که از یک سو، پدر دستمزد می پردازد و مادر از سوی دیگر، کودک خود را شیر می دهد(۴)؛ همچنان که اصل صحت در معاملات، دلالت بر صحت و لزوم ترتیب اثر دادن هریک از طرفین به مفاد چنین معامله ای دارد.

ص: ۹۸

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۸.

۲- الحدائق الناضرة، ۱۲/۶۰۵.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۸.

۴- مختلف الشیعه، ۶/۱۶۰؛ لنا الاصل الجواز؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۰؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۱۳؛ الحدائق الناضرة، ۲۵/۷۴.

از سوی دیگر، اگر شك داشته باشیم که در صورت درخواست یک جانبه دستمزد از سوی مادر، پرداخت آن از سوی پدر، واجب است یا نه؟ اصل عدم وجوب و برائت ذمه او، حاکی از عدم تعهد پدر به پرداخت دستمزد است.

بنابر این، دو مطلب را نباید با هم اشتباه گرفت، یکی رضایت پدر و مادر برای پرداخت و دریافت دستمزد در زمانی که پیمان زناشویی میان آنها پابرجا است، دیگری وجوب پرداخت دستمزد از سوی پدر، هنگامی که مادر شیر دادن خود را مشروط به دریافت آن می کند.

جمع میان این دو اصل چنین اقتضا می کند که بگوییم اگر پدر راضی به چنین قراردادی باشد، معامله صحیح بوده، طرفین موظف به انجام تعهدات خود هستند، ولی نمی توان پدر را ملزم به پرداخت دستمزد کرد.

اختیار و اولویت مادر در شیر دادن به کودک خود

نکته دیگری که توجه به آن ضروری است، اختیار مادر در شیر دادن کودک خود است (۱). در اینجا، بر خلاف آیه «وَالْوَالِدَاتُ

يُرْضِعْنَ عَنْ أَوْلَادِهِنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ» (۲)، سخن از تکمیل دوره شیردهی نیست، بلکه بحث از اصل شیر دادن است.

مادری که تمام پیوندهای زناشویی درباره او گسسته است، دیگر هیچ تعهد حقوقی - و نه عاطفی - به فرزند خود که محصول ازدواج با مردی است که از او جدا شده ندارد؛ به

همین جهت است که قرآن در این آیه به جای استفاده از جمله خبری «يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ»

که دلالتش بر وجوب عمل بیش از جمله انشایی است - چرا که متکلم انجام کاری را چنان مسلم دانسته که از وقوعش خبر می دهد - از جمله شرطی استفاده می کند تا عمق اختیار زن را در امر شیردهی پس از جدایی و تمام شدن عده، نشان دهد.

نقد: به نظر ما نمی توان از مفهوم جمله شرطی «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»

چنین استفاده کرد که مادر می تواند کودک خود را شیر ندهد تا با مضمون جمله

ص: ۹۹

۱- البصائر، ۴۷/۳۲۳.

۲- بقره ۲ / ۲۳۳.

يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ» در تعارض باشد؛ زیرا جمله نخست تنها بر این مطلب دلالت دارد که گرفتن دستمزد منوط به شیر دادن است، اما آیا بر مادر لازم است کودک خود را شیر دهد یا نه، مطلب دیگری است که هیچ ارتباطی با مفاد آیه پیدا نمی‌کند.

بدیهی است که عمل شیر دادن می‌تواند بر مادر واجب باشد، و از سوی دیگر در برابر انجام آن اجرت نیز بگیرد؛ البته واضح است که می‌شود مادر با وجود تکلیفی که دارد، از روی عمد و اختیار، به وظیفه خود عمل نکرده، کودکش را شیر ندهد یا به واسطه عذری که دارد، قادر به انجام آن نباشد که در هر دو صورت مستحق دستمزد نخواهد بود.

بنابر این، جمله نخست، اگر مفهومی هم داشته باشد، تنها بر این مطلب دارد که با شیر ندادن، استحقاق اجرت از بین می‌رود، ولی هیچ دلالتی بر این مطلب ندارد که شیر دادن بر مادر واجب نیست.

حال، بر فرض که این جمله بر اختیار مادر در شیر دادن به کودک خود، دلالت داشته باشد، آیا می‌توان از آن به دست آورد که مادر در شیر دادن به کودک خود، نسبت به سایر

زنان اولویت دارد و به تعبیر دیگر «احق» است؟

نظریه اول، دلالت بر تقدّم مادر بر سایر زنان: گروهی از مفسران، بر این باورند که جمله «فان ارضعن لكم فأتوهن اجورهن» حکایت از این مطلب دارد که مادر نسبت به شیر دادن، حق تقدّم دارد به گونه‌ای که نمی‌توان دیگران را بر او مقدّم داشت، مگر اینکه

او در گرفتن مزد، زیاده روی کند و افزون از آنچه دیگران برای انجام آن می‌گیرند، بطلبد(۱).

نظریه دوم، عدم دلالت بر تقدّم مادر بر سایر زنان: به نظر می‌رسد، این جمله ناظر به اولویت و تقدّم مادر نسبت به دیگران نیست و در مقام بیان این مطلب است که عمل

ص: ۱۰۰

مادر مجانی نبوده، پدرِ کودک تصور نکند که چون این زن، پیش از این همسر او بوده و از سویی مادر کودک نیز هست، می باید بدون مزد و اجرت فرزند خود را شیر دهد. به عبارت دیگر، این جمله در مقام دفع توهم مجانی بودن عمل مادر است (۱).

البته توجه به این مطلب نیز ضروری است که تقدّم مادر بر سایر افراد در شیر دادن کودک خود، امری است طبیعی - تکوینی که نیاز به دلیل خاص ندارد؛ گرچه نسبت به جنبه مالی آن، رعایت مصلحت پدر نیز الزامی است و شاید جمله «وان تعاسرتم فسترضع له احرى» ناظر به همین مطلب باشد.

مؤید این مطلب حدیثی است که از امیرالمؤمنین علیه السلام در این باره نقل شده است:

روایت دعائم الاسلام: «إنّه قال فی الذی یطلق امرأته و هی ترضع: أنّها أولى برضاع ولدها إن أحبّت ذلك و تأخذ الذی تعطى المرضعه» (۲)، در مورد زنی که شوهرش او را طلاق داده و فرزند خود را شیر می داد، فرمود: او سزاوارتر است به شیر دادن کودکش، اگر تمایل به آن داشته، همان مزدی را بگیرد که به دایه داده می شود.

از آنچه گذشت به خوبی به دست می آید که استفاده اولویت مادر در حضانت کودک خود از این جمله - آن گونه که برخی ادعا کرده اند (۳)، کاملاً نادرست است، چرا که موضوع آیه کریمه، شیر دادن است و هیچ ملازمه ای میان آن و حضانت وجود ندارد.

چگونگی دخالت مادر در شیردهی به کودک خود

هرگاه مادر مجاز باشد برای شیر دادن به کودک خود، با اجیر شدن از پدر، دستمزد بگیرد؛ دو مسأله قابل بررسی است:

استفاده از غذاهای کمکی یا شیر حیوانی به جای شیر دادن: بدون شک مادر حق چنین کاری را ندارد، زیرا مادر موظف است که کودک خود را شیر دهد و در مقابل آن دستمزد هم بگیرد.

ص: ۱۰۱

۱- جامع البیان، ۲۸/۱۸۸.

۲- دعائم الاسلام، ۲/۲۵۶، شماره ۹۷۶؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۵۹.

۳- جصاص، احکام القرآن، ۳/۶۱۹.

پُر واضح است که عدم جواز این کار، هیچ ارتباطی با کیفیت قرارداد مادر و پدر ندارد تا گفته شود چون مادر به قرارداد خود عمل نکرده است، این کار جایز نیست^(۱) که اگر موضوع قرارداد، تغذیه کودک به هر شکل باشد، این کار بتواند جایز باشد.

امکان واگذاری وظیفه شیر دادن به زنِ دیگر: در میان فقها سه نظریه در این باره وجود دارد:

نظریه اول، جواز: مادر در برابر پولی که از پدر دریافت می کند، می تواند خود کودک را شیر دهد یا این وظیفه را به عهده زن دیگری بگذارد^(۲).

نظریه دوم، عدم جواز: مادر مجاز نیست، وظیفه شیر دادن کودک را به دیگری واگذار کند، چرا که شیر هر زنی دارای خاصیتی است که شیر دیگری فاقد آن است؛ افزون بر اینکه بنا بر فهم عرفی از قرارداد میان زن و شوهر، انجام مستقیم خود مادر مطلوب است.

نظریه سوم، بررسی چگونگی قرارداد: برخی بر این باورند که اظهار نظر در این باره منوط به چگونگی تنظیم قرارداد بین پدر و مادر است.

اگر پدر تصریح کند که منظور او شیر دادن به کودک است چه خود مادر عهده دار انجام آن باشد و چه دیگری، در این صورت واگذاری شیر دادن به زن دیگر، جایز است.

اگر تصریح کند که خواسته او شیر دادن مادر به کودک است، مادر نمی تواند از انجام آن سر باز زده، از زن دیگری بخواهد که عهده دار چنین کاری شود^(۳).

اما اگر پدر با مطلق گذاشتن قرارداد به هیچ یک از این دو مطلب تصریح نکند، برخی معتقدند که مادر اجیر مطلق خواهد بود که می باید منفعتی را ایجاد کند، چه خود و چه

توسط دیگری؛ در مقابل هستند کسانی که این اطلاق را منصرف به این می دانند که خود مادر باید آن را انجام دهد^(۴)؛ عده ای نیز بر این باورند که می باید برای درک این اطلاق به

ص: ۱۰۲

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۹.

۲- ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۲؛ اللمعه دمشقیه، ص ۱۷۶؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۳.

۳- المهذب، ۱/۴۸۱.

۴- نهاییه المرام، ۱/۴۶۲؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۷۴.

فهم عرفی مراجعه کرد و اگر درک یکسانی نداشت، مادر یا دیگری می تواند خود آن را انجام دهد(۱).

به نظر ما، متبادر از اطلاق قرارداد، انجام شیردهی توسط خود مادر است و استفاده از دیگران در انجام این مهم، منوط به اجازه از پدر است.

پرداخت هزینه های شیردهی

پیش از این گذشت که چون جمله «فان ارضعن لکم فأتوهن اجورهن» با کلمه «فا» آغاز شده است، می باید از نظر معنایی، با جمله پیش از خود، پیوستگی داشته باشد. موضوع آن جمله، تعهد پدر به تأمین هزینه های زنانی است که هنگام جدایی، باردار هستند، پس معنای این جمله این خواهد شد که اگر چنین زنانی حاضر شوند که پس از زایمان کودک خود را شیر دهند، پدر موظف است مزد و اجرت شیردهی را به ایشان پرداخت کند.

مسئول پرداخت دستمزد مادر: میان فقها در اینکه چه کسی مسئول تأمین دستمزد مادر است اختلاف نظر است:

اول، پدر کودک: گروهی از فقیهان بر این باورند، دستمزد مادر بر عهده پدر است(۲) و اگر پدر مرده باشد آن گاه از مال خود کودک پرداخت می شود(۳).

برای اثبات صحت این احتمال، افزون بر اینکه موافق با ظاهر آیه کریمه است، می توان به دو روایت نیز استناد کرد:

روایت ابن ابی یعفور ۱۵*: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی رجل توفی و ترک صبیا، فقال: «أجر رضاع الصبی ممّا یورث من أبیّه و أمه من حظه»(۴)؛ امیر المؤمنین علیه السلام

درباره مردی که از دنیا رفته و از

خود کودکی به جا گذاشته بود، حکم کرد: مزد شیر دادن کودک از سهمی است که از پدر و مادرش به ارث

ص: ۱۰۳

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۱۵.

۲- المهدب، ۲/۲۶۲؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ جامع الخلاف و الوفاق، ص ۵۱۰.

۳- النهایه، ص ۵۰۳؛ غنیه النزوع، ص ۳۸۷؛ جامع المدارک، ۲۲/۲۹۳.

۴- تهذیب الاحکام، ۹/۲۴۴، شماره ۹۴۷.

روایت ابن ابی عمیر ۱۶*: قضی علی علیه السلام فی صبی مولود مات أبوه: «إِنَّ رضاعه من حظه ممّا ورث من أبیه» (۱)، امیر المؤمنین علیه السلام درباره کودکی که پدرش از دنیا رفته بود، حکم کرد: مزد شیر دادن کودک از سهمی است که از پدرش به ارث می برد.

زیرا در این دو روایت بر این نکته تأکید شده است که دستمزد شیردهی کودک از مال خود او تأمین می شود، اگر پدر زنده نباشد (۲).

دوم، خود کودک: بنا بر اصل کلی «تأمین هزینه های زندگی شخصِ دارا بر عهده خود اوست همچنان که تأمین هزینه های زندگی شخص نادار بر عهده پدر اوست» (۳)، عده ای معتقدند پرداخت دستمزد مادر بر عهده خود کودک است، اگر مالی داشته باشد و در غیر این صورت بر عهده پدر اوست (۴)؛ بنابر این، اینکه بگوییم پرداخت دستمزد در زمان حیات پدر بر عهده پدر است و با مرگ او بر عهده خود کودک، نمی تواند به شکل مطلق درست باشد (۵).

به نظر ما این احتمال، مخالف ظاهر قرآن کریم است، چرا که بر اساس دو جمله «و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف» و «فان ارضعن لکم فأتوهن اجورهن»، پرداخت این هزینه ها بر عهده پدر کودک است.

به هر حال، چه بگوییم تأمین این هزینه ها بر عهده پدر است یا خود کودک، می باید زمان پرداخت دستمزد و میزان آن نیز مشخص شود.

زمان پرداخت دستمزد مادر: از جمله مسایل مهم درباره شیردهی کودکان، تعیین زمان پرداخت دستمزد است. مادر از چه زمانی می تواند درخواست اجرت کند، زمانی که توافق بر سر میزان مزد صورت گرفته است (زمان بستن قرارداد) یا زمانی که شیر دادن

ص: ۱۰۴

۱- تهذیب الاحکام، ۹/۲۴۴، شماره ۹۴۶.

۲- جواهر الکلام، ۳۱/۲۷۴.

۳- السرائر، ۲/۴۷۱.

۴- شرایع الاسلام، ۲/۵۶۶؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱؛ ارشاد الاذهان، ۲/۴۰؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۷۴.

۵- الحدائق الناضرة، ۲۵/۵-۷۴.

کودک را به انجام رسانده است (پایان دوره شیر دهی)؟

جصاص معتقد است زمانی مادر استحقاق دریافت دستمزد خود را دارد که از شیردهی فارغ شده باشد، چرا که وجوب پرداخت دستمزد مشروط به رضاع شده است (۱)؛ ولی به نظر ما، اقدام مادر به انجام وظیفه خود در شیر دادن کودک، برای دریافت

دستمزد کافی است، زیرا شیردهی عملی است که در خلال دو سال انجام می شود، پس با شروع شیر دادن، مادر به میزان زمان شیر دادن، مستحق دریافت مزد خود است و لازم نیست عمل شیر دادن در طی دو سال پایان پذیرد تا بتواند اجرت کار خود را از پدر بگیرد (۲).

محقق طوسی ضمن ادعای اجماع بر لزوم پرداخت دستمزد با شروع شیردهی، برای اثبات آن به جمله «فان ارضعن لکم فأتوهن اجورهن» استناد می کند، چرا که معنای این جمله شرطی عبارت است از: «فإن بذلن لکم الرضاع فأتوهن اجورهن» (۳).

میزان دستمزد مادر: بر اساس جمله مذکور، پدر موظف به پرداخت اجرت است، اما نسبت به تعیین میزان آن ساکت است. برخی بر این باورند که منظور از اجرت در این جمله، اجره المثل است (۴)، یعنی پدر می باید با ملاحظه زنان مشابه، نسبت به تعیین نرخ دستمزد مادر اقدام کند.

این چنین برداشتی از اجرت، باعث شده که از آن چنین نتیجه گرفته شود که اگر مادر به اجرت المثل راضی باشد، پدر نمی تواند کودک را برای شیر خوردن به زن دیگری بسپارد، هرچند دستمزد آن زن کمتر از دستمزد مادر باشد (۵) و در مقابل، اگر مادر بیشتر از اجرت المثل بطلبد و دیگری کمتر، مادر اولویت بر پدر نخواهد داشت (۶).

گروهی از فقهای سنی با استناد به اطلاق جمله «فان ارضعن لکم فأتوهن اجورهن»

ص: ۱۰۵

۱- جصاص، احکام القرآن، ۳/۶۱۹.

۲- مسالك الأفهام، ۸/۴۱۹.

۳- الخلاف، ۳/۴۸۹؛ غنیه النزوع، ص ۲۸۶.

۴- البصائر، ۴۷/۲۷۵.

۵- جصاص، احکام القرآن، ۳/۶۱۹؛ زاد المسیر، ۸/۴۵.

۶- المبسوط، ۳/۲۳۹؛ السرائر، ۲/۴۷۲.

و توجه به این نکته که شیر مادر سازگارتر به بدن کودک است، از جمله طرفداران این نظریه اند(۱).

عدم اعتبار اجرت المثل: به نظر ما، تعیین میزان دستمزد، امری است توافقی که بستگی به رضایت طرفین دارد و اختصاص آن به اجرت المثل نیازمند دلیل است. البته رجوع به اجرت المثل در موارد اختلاف در میزان دستمزد، امری است عقلایی، ولی در مورد تعیین میزان دستمزد شیر دادن، چون توانمندی پدر ملاک است می توان کودک را به دایه ای سپرد که کمتر از اجرت المثل درخواست می کند.

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب به چند دلیل می توان استناد کرد:

۱- اطلاق جمله «وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى»: بر اساس این جمله، هرگاه مادر با گرفتن مزد بیشتر، پدر را در تنگنا قرار دهد، پدر می تواند برای کودک خود دایه بگیرد،

اعم از اینکه دستمزد درخواستی مادر کمتر، بیشتر و یا برابر با اجره المثل باشد(۲) و استناد به اطلاق جمله «فان ارضعن لكم فأتوهن اجورهن» برای اثبات تقدم مادر در فرض درخواست اجره المثل، نادرست است، چرا که اطلاق این جمله به تعاسر مقید شده است، یعنی اگر مادر راضی به شیر دادن شد، دستمزد او را پردازید، مگر اینکه «تعاسر» تحقق یابد(۳).

۲- روایت داود بن حصین ۱۷*: «وإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم و قالت الأم: لا ارضعه إلا بخمسة دراهم، فإن له أن ينزعه منها»(۴)؛ اگر پدر پیدا کند کسی را که حاضر شود کودک را در برابر چهار درهم شیر دهد و مادر بگوید او را به پنج درهم شیر می دهم، پدر حق دارد کودک را از مادر بگیرد.

۳- روایت کنانی ۱۸*: «إذا طلق الرجل امراته و هي حبلی أنفق عليها حتى تضع حملها، و إذا وضعت أعطاهما أجرها و لا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص أجرا منها، فإن هي رضيت بذلك الأجر، فهي أحق بابنها

ص: ۱۰۶

۱- الوجيز، ۲/۱۱۶، المجموع فی شرح المهذب، ۱۸/۳۱۳؛ همچنين ر.ك: كشف اللثام، ۲/۱۰۵؛ ك فایه الاحكام، ص ۱۹۳.

۲- نهاییه المرام، ۱/۴۶۴؛ ك فایه الاحكام، ص ۱۹۳.

۳- كشف اللثام ط.ج، ۷/۵۴۷.

۴- الكافي، ۶/۴۵، شماره ۴؛ تفسير العياشي، ۱/۱۲۰، شماره ۳۸۰.

حتی تفضمه»(۱)؛ اگر مردی همسر خود را در حالی که باردار است، طلاق دهد، باید تا زمانی که زایمان

می کند، هزینه های او را بپردازد. پس از زایمان، دستمزد او را داده، بر او سخت نمی گیرد، مگر اینکه کسی پیدا شود که از او کمتر بگیرد، در این صورت اگر مادر راضی به همان باشد، مقدم است نسبت به فرزندش تا از شیر گرفته شود.

۴- روایت ابی العباس*۱۹: «فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها: أنا أَرْضِعُ ابْنِي بِمِثْلِ مَا تَجِدُ مِنْ يَرْضَعِهِ، فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ»(۲)؛ اگر زنی به شوهرش که او را طلاق داده بگوید: من فرزندت را شیر می دهم به مقداری که کس دیگر او را شیر می دهد، مادر اولویت دارد به شیر دادن فرزندش(۳).

۵- روایت حلبی*۲۰: «الْحُبْلَى الْمُطَلَّقه يَنْفِقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضِعَ حَمْلَهَا وَ هِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا إِنْ تَرْضَعُهُ بِمَا تَقْبَلُهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى، إِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ يَقُولُ: لَا تَضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَه بَوْلِدَهُ»(۴)، زن بارداری که طلاق داده شده است، هزینه هایش پرداخت می شود تا زایمان کند و او سزاوارتر است به فرزند خود اگر شیر دهد او را در برابر چیزی که زن دیگر آن را می پذیرد. خداوند عزوجل می فرماید: به واسطه فرزند به مادر و پدر آسیبی وارد نمی شود.

با دقت در این دلایل، دو نکته قابل استفاده است:

نکته اول: موضوع آیه کریمه و همچنین روایات وارد شده در مسأله، زنی است که از شوهر خود قبل یا بعد از زایمان، طلاق گرفته است(۵)؛ بنابراین این، سرایت حکم جواز گرفتن دستمزد به مادرانی که از همسر خود جدا نشده اند، فاقد دلیل است.

شاید با ملاحظه همین مطلب باشد که از مرحوم شیخ طوسی نقل شده که اگر زنی از شوهر خود جدا نشده باشد، نمی تواند برای شیر دادن کودک خود، دستمزد بگیرد(۶).

نکته دوم: در این روایات، بر دو مطلب به طور صریح یا ضمنی تأکید شده است، جواز

ص: ۱۰۷

۱- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۲.

۲- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱.

۳- برای اطلاع بیشتر از چگونگی استدلال به این روایت، ر.ک: نهایه المرام، ۱/۴۶۴؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۳.

۴- الکافی، ۶/۱۰۳، شماره ۳.

۵- کفایه الاحکام، ص ۱۹۳؛ کشف اللثام ط.ج، ۷/۵۴۶.

۶- ر.ک: کفایه الاحکام، ص ۱۹۳.

گرفتن کودک از مادر در صورت درخواست مزد بیشتر(۱) و اولویت مادر در شیر دادن کودک خود به شرط آنکه درخواست دستمزد بیشتر نکند(۲).

بنابر این، گرفتن کودک از مادر و سپردن او به دایه در جایی که مادر دستمزد بیشتری می‌طلبد، کاری است جایز(۳)، چه آنچه را مادر می‌طلبد به اندازه اجرت المثل باشد، یا کمتر و یا بیشتر از آن(۴) و چه زن در گرو پیمان زناشویی با شوهر خود باشد - اگر دریافت اجرت را در این حالت جایز بدانیم - و چه از شوهر خود جدا شده باشد؛ پس اختصاص این حکم به موردی که زن در گروه پیمان زناشویی با شوهر خود است - آن گونه که فاضل هندی ادعا دارد(۵) - جدا نادرست است.

به هر حال، نه تعریف اجرت به اجرت المثل و نه حکم به عدم جواز گرفتن کودک از مادر در صورت قبول اجرت المثل، قابل پذیرش نبوده، مادر زمانی در شیر دادن به کودک خود بر سایر زنان مقدم است که به اندازه آنها دستمزد گرفته(۶)، بیشتر از آن درخواست نکند(۷).

طبیعی است اگر معیار در تقدّم مادر نسبت به سایر زنان، پایین یا برابر بودن مقدار دستمزد مورد درخواست او از آنچه دیگران می‌طلبند، باشد؛ در این صورت، اگر مادر و دایه، هر دو حاضر باشند بدون دریافت دستمزد، کودک را شیر دهند، مادر اولویت خواهد داشت ولی اگر دایه حاضر باشد بدون دستمزد کودک را شیر دهد و مادر حاضر به این کار نباشد، پدر می‌تواند کودک خود را برای شیر خوردن به دایه بسپارد، چه

ص: ۱۰۸

-
- ۱- المقنعه، ص ۵۳۰؛ النهایه، ص ۵۰۳؛ المهدب، ۲/۲۶۲؛ السرائر، ۲/۶۵۰؛ جواهر الکلام، ۱۳/۲۸۱.
 - ۲- کفایه الاحکام، ص ۱۹۳؛ المقنعه، ص ۵۳۰؛ احکام النساء، ص ۵۰؛ حلبی، الکافی، ص ۳۱۶؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ کشف الرموز، ۲/۲۰۰؛ ارشاد الاذهان، ۲/۴۰؛ نهایه المرام، ۱/۴۶۴.
 - ۳- اللمعه الدمشقیه، ص ۱۷۶.
 - ۴- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱.
 - ۵- کشف اللثام، ۲/۱۰۵.
 - ۶- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱؛ ارشاد الاذهان، ۲/۴۰؛ اللمعه الدمشقیه، ص ۱۷۶.
 - ۷- جامع الخلاف و الوفاق، ص ۵۱۰.

دستمزد درخواستی مادر به اندازه اجرت المثل باشد یا کمتر و یا بیشتر از آن(۱)؛ چرا که درخواست دستمزد از سوی مادر با فرض وجود دایه ای که بدون دستمزد، کودک را شیر می دهد از نمونه های «تعاسر» است(۲).

البته در میان اهل سنت این نظر نیز وجود دارد که اگر دایه حاضر باشد کودک را مجانی شیر دهد و مادر هم دریافت اجرت المثل را درخواست کند، نمی توان کودک را از مادر گرفته به دایه سپرد، به این شرط که پرداخت اجرت المثل در حق پدر از مصادیق «تعاسر» نباشد(۳)؛ زیرا بر اساس جمله «فان ارضعن لکم فأتوهن اجورهن»، پرداخت اجرت بر پدر واجب است چه دیگری راضی باشد بدون دستمزد این کار را انجام دهد چه راضی به آن نباشد(۴).

فاضل هندی این نظر را صحیح نمی داند، زیرا گرفتن دستمزد مشروط است به شیر دادن و مادر زمانی می تواند کودک خود را شیر دهد که پدر راضی باشد؛ بنابراین، تنها

پذیرش دریافت اجرت المثل، حقی را برای مادر ایجاد نمی کند(۵).

به عبارت دیگر، در اینکه اگر مادر شیر دهد می باید به او دستمزد پرداخت کرد بحثی

نیست، ولی سخن در این است که آیا در این صورت، سپردن کودک به مادر به منظور شیر دادن، واجب است یا نه؟(۶)

گرفتن دستمزد برای شیر دادن به کودک دیگران

تا کنون سخن از این بود که آیا زن می تواند از شوهر خود بابت شیر دادن فرزندش، درخواست دستمزد کند یا نه؛ اما اکنون جای این سؤال است که دایگی کردن زنی برای بچه دیگران، مشروط به اجازه گرفتن از شوهرش هست یا نه؟

نظریه اول، لزوم اجازه شوهر: گروهی از فقها بر این باورند که زن تنها با اجازه

ص: ۱۰۹

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۵؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۶؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۰.

۳- کشف اللثام، ۲/۱۰۵.

۴- الوجیز، ۲/۱۱۶؛ المجموع فی شرح المذهب، ۱۸/۳۱۳؛ همچنین ر.ک: الخلاف، ۵/۱۳۰.

۵- کشف اللثام، ۲/۱۰۵.

۶- الخلاف، ۵/۱۳۰-۱۳۱.

شوهرش می تواند دایگی کرده، کودک دیگران را شیر دهد(۱)، زیرا با پیمان زناشویی، منافع زن به همسرش تعلق می گیرد، پس نمی تواند آن را در اختیار دیگری قرار دهد تا به

واسطه آن به حقوق شوهرش خلل و آسیبی وارد آید(۲)؛ بنابر این، یا عقد صحیح نیست، یا اگر صحیح باشد، شوهر حق فسخ آن را دارد، به این شرط که مانع حقوق او باشد(۳).

نظریه دوم، عدم لزوم اجازه شوهر: در برابر، عده ای نیز معتقدند که دایگی کردن زن نیازی به اجازه شوهرش ندارد، چرا که شیر مال شوهر نیست، پس هم می تواند از شوهر خود و هم از غیر شوهرش مزد بگیرد؛ البته نباید دایگی کردن مادر، حق بهره وری جنسی شوهرش را از بین ببرد(۴).

به نظر می رسد، زن می تواند بدون اجازه و حتی با مخالفت شوهرش، دایگی کند به شرط اینکه کار او باعث از بین رفتن حقوق همسرش نشود(۵).

بررسی دلایل: برای اثبات این نظریه به دو مطلب استناد شده است:

۱- مالکیت منافع: زن موجودی آزاد و مالک منافع خود است که شوهر تعلقی به آنها ندارد، پس می تواند آنها را در اختیار هر کس که بخواهد، قرار دهد، چه در برابر آن چیزی دریافت کند یا نکند (شافعی)(۶).

۲- عدم وجود حق برای شوهر: محل ارضاع غیر از محل نکاح است، زیرا مرد حقی در شیر و خدمت زن خود ندارد(۷).

بنابر این، ادعای اینکه شوهر می تواند همسر خود را از شیر دادن منع کند، زیرا با اشتغال به شیر دادن، بهره وری که حق اوست آسیب می بیند(۸)، نمی تواند به عنوان قضیه ای کلی، همیشه درست باشد، زیرا ممکن است دایگی کردن زن، باعث اختلال در حقوق شوهرش نشود.

ص: ۱۱۰

۱- المبسوط، ۳/۲۳۹؛ تحریر الاحکام، ۱/۲۴۷.

۲- السرائر، ۲/۴۷۱.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۹.

۴- مستمسک العروه الوثقی، ۱۲/۱۳۰.

۵- شرایع الاسلام، ۲/۴۲۰؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۹.

۶- روضه الطالین، ۶/۴۹۵.

۷- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۹.

۸- المبسوط، ۳/۲۳۹؛ السرائر، ۲/۴۷۲.

آخرین مطلبی که در بحث «دستمزد شیردهی» مطرح است، ارتباط میان شیردهی و نگهداری کودک (رضاع و حضانت) است.

برای بسیاری از فقیهان و مفسران این سؤال مطرح است که اگر مادر برای شیر دادن به کودک خود از پدر یا جانشینان او (علی الوارث مثل ذلک)، دستمزد بگیرد، آیا غیر از

شیر دادن، وظایف دیگری چون شستشوی لباس و یا حمام کردن کودک خود را نیز بر عهده دارد یا نه؟

نظریه اول، اجاره بر رضاع شامل حضانت نمی شود و بالعکس: برخی از فقیهان بر این باورند که حضانت غیر از شیردهی است، زیرا آنها دو منفعت متغایر و غیر متلازم

هستند، پس اجاره بر یکی، مستلزم اجاره بر دیگری نیست (۱)؛ مگر اینکه در قرارداد شیردهی، شرط حضانت هم بکند (۲)، چرا که اگر مادر دستمزد بیشتری از آنچه دیگران می گیرند، درخواست کند، پدر می تواند کودک را برای شیر خوردن از مادر گرفته به زن دیگری بسپارد ولی حق حضانت مادر از بین نمی رود (۳).

بنابر این، گرفتن دستمزد برای شیردهی، شامل حضانت نمی شود، همچنان که گرفتن دستمزد برای پرستاری از کودک، در برگیرنده شیر دادن به او نمی شود (۴)؛ پس می شود زن را برای شیر دادن و حضانت اجیر کرد (۵)، همچنان که می شود تنها برای یکی از آنها به کار گرفت (۶).

نظریه دوم، اجاره بر رضاع شامل حضانت می شود و بالعکس: گروهی از عالمان

دینی با پذیرش ملازمه میان شیردهی و حضانت، معتقدند که هرگاه مادر برای شیر دادن به کودک خود از پدر دستمزد بگیرد، ملزم به انجام خدماتی چون شستشوی لباس، حمام

ص: ۱۱۱

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۵ و ۳۱۱؛ ایضاح الفوائد، ۲/۲۷۳؛ جامع المقاصد، ۷/۲۴۶.

۲- المبسوط، ۳/۲۳۸.

۳- السرائر، ۲/۶۵۲.

۴- جامع المقاصد، ۷/۱۲۹.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۵؛ تحریر الاحکام، ۱/۲۴۷.

۶- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۵.

کردن کودک خود نیز هست؛ همچنان که اگر برای انجام این کارها از پدر دستمزد بگیرد، می باید کودک خود را شیر هم بدهد؛ چرا که در شرایط عادی، یک زن عهده دار هر دو کار است (۱).

نظریه سوم، اجاره بر رضاع شامل حضانت می شود و نه عکس: در میان فقها هستند

کسانی که رابطه میان شیردهی و انجام کارهای کودک را رابطه ای یکسویه می دانند که در

آن شیردهی مستلزم حضانت است ولی حضانت مستلزم شیردهی نیست (۲).

اینکه شیردهی مستلزم حضانت است به این جهت است که در شرایط عادی و متعارف، زنی که کودکی را شیر می دهد، خدمات دیگری را نیز به او ارائه می دهد (۳)؛

افزون بر اینکه متعلق اجاره می باید منفعت باشد نه عین خارجی، پس اگر شیردهی، حضانت را به دنبال نداشته باشد، شیر به تنهایی نمی تواند مورد اجاره قرار بگیرد، پس

باید حضانت نیز جزء اجاره باشد تا عین و منفعت هر دو متعلق اجاره باشند (۴).

اما اینکه حضانت مستلزم شیردهی نیست، گرچه در متون فقهی برای اثبات آن توضیحی وجود ندارد، اما شاید به این خاطر باشد که پرستاری کردن از کودک عملی است که همیشه شیر دادن را به دنبال ندارد.

به نظر ما، شیر دادن به کودک و نگهداری از او، دو عمل مستقلی هستند که هیچ ملازمه ای میان آنها وجود ندارد، گرچه به طور عادی، شیر دادن به کودک، نگهداری از او

را به دنبال دارد.

بررسی فقهی جمله «وَأَمْرُوا بِنَفْسِكُمْ بِمَعْرُوفٍ»

بر اساس جمله پیش از این، پدر ملزم است تا به مادر بابت شیر دادن کودک

دستمزد بپردازد. طبیعی است وقتی سخن از پرداخت و دریافت دستمزد باشد، نوعی رابطه خاص مبتنی بر منافع شخصی، میان پرداخت کننده از یک سو و دریافت کننده از سوی

ص: ۱۱۲

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۳۱۲.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۵.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۵.

دیگر شکل می گیرد؛ پرداخت کننده در صدد کاهش دستمزد و دریافت کننده در اندیشه افزایش آن می باشد.

این جمله از آیه کریمه در مقام توصیه اخلاقی به پدر و مادر در تنظیم روابط مالی میان خود پس از جدایی از یکدیگر می باشد که البته می تواند راه کاری فراگیر برای همه پدر و

مادرها باشد.

در اینکه معنای این جمله چیست، میان مفسران احتمالات گوناگونی مطرح است (۱) که به برخی از آنها اشاره می شود:

- زن شیر دادن خود را مشروط به دستمزدی که می خواهد، نکند؛ مرد نیز به میزانی کمتر از استحقاق زن به او نپردازد (۲).

- با یکدیگر به شایستگی رفتار کنید (۳).

- هر یک از شما نسبت به هم به وظیفه ای که شایسته اوست، عمل کند. شایسته است که مادر بدون مزد، کودک خود را شیر دهد و پدر نیز هر چه می تواند دستمزد بیشتری برای شیر دادن مادر در نظر بگیرد (۴).

- در میان خود به شایستگی رفتار کنید بی آنکه به یکدیگر آسیبی وارد سازید (۵).

- نه پدر و نه مادر به واسطه کودک، به یکدیگر آسیب زنند (۶).

- پدر و مادر در مورد شیر دادن به کودک با یکدیگر مشورت کنند تا نه پدر با دادن دستمزد بیشتر متضرر شود و نه مادر با گرفتن دستمزد کمتر و نه کودک با شیر خوردن کمتر از زمان مقرر (۷).

بررسی فقهی جمله «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ»

این جمله توضیحی است برای معنای جمله پیش از خود، یعنی اگر به پدر این اجازه

ص: ۱۱۳

۱- جامع البیان، ۲۸/۱۸۹؛ تفسیر قرطبی، ۱۸/۱۶۹.

۲- جصاص، احکام القرآن، ۳/۶۱۹؛ زاد المسیر، ۸/۴۵.

۳- جامع البیان، ۲۸/۱۸۹، شماره ۲۶۶۱۵.

۴- تفسیر قرطبی، ۱۸/۱۶۹.

۵- تفسیر ابن کثیر، ۴/۴۰۹.

۶- تفسیر قرطبی، ۱۸/۱۶۹.

۷- البصائر، ۴۷/۳۲۳.

داده می شود که در صورت درخواست دستمزد بیشتر از سوی مادر، برای کودک خود

دایه بگیرد، به این خاطر است که هر کس به اندازه توانایی خود می باید هزینه کند، ثروتمند به میزان ثروتش و تنگدست به هر اندازه که توانایی دارد^(۱) و طبیعی است هزینه ای که شخص ثروتمند برای شیر دادن کودک خود می تواند پردازد، به مراتب بیش از چیزی است که شخص تهیدست توان پرداخت آن را دارد^(۲).

بر صحت این مطلب می توان از این حدیث نیز شاهد گرفت:

روایت نبوی صلی الله علیه و آله: «إِنَّ الْمُؤْمِنَ أَخَذَ مِنَ اللَّهِ أَدْبًا حَسَنًا إِذَا وَسَّعَ عَلَيْهِ، وَسَّعَ عَلَى نَفْسِهِ وَإِذَا أَمْسَكَ عَلَيْهِ أَمْسَكَ»^(۳)، خداوند از مؤمن مراعات ادبی نیکو را انتظار دارد که اگر بر او گشایشی فراهم آمد، بر خود توسعه دهد و اگر بر او سخت گرفته شد، بر خود تنگ گیرد.

معیار تعیین دستمزد مادر

نکته ای که توجه مفسران را به خود جلب کرده این است که آیا معیار تعیین دستمزد مادر، تنها وضعیت مالی پدر است یا موقعیت اجتماعی او نیز می باید مراعات شود؟

اول، توان مالی پدر: احتمال نخست این است که عامل تعیین میزان دستمزد شیر دادنِ مادر تنها قدرت مالی پدر است و جایگاه اجتماعی مادر و اینکه آنچه پدر پرداخت می کند، تأمین کننده نیازهای مادر نیز هست یا نه، تأثیری در آن ندارد؛ زیرا خطاب «لینفق»

ذو سعه من سعه» متوجه پدر است و برای تعیین میزان نیازمندیِ مادر ملاک و معیار خاصی وجود ندارد که این خود می تواند باعث افزایش تنش میان پدر و مادر و بالا گرفتن

خصوصیت آنها شود^(۴).

دوم، توان مالی پدر و نیاز مادر: قرطبی بر این باور است که دو عامل توانمندی مالی پدر و نیاز مادر، تعیین کننده میزان دستمزدی است که باید پرداخته شود؛ زیرا این جمله

تنها به این مطلب اشاره دارد که میان میزان پرداختی شخص ثروتمند و تهیدست فرق است، اما نشانه ای بر عدم دخالت موقعیت زن در این حکم، وجود ندارد با اینکه

ص: ۱۱۴

۱- جامع البیان، ۲۸/۱۹۰.

۲- جصاص، احکام القرآن، ۳/۶۱۹.

٣- الدر المنثور، ٦/٢٣٧.

٤- تفسير قرطبي، ١٨/١٧٠.

خداوند در جمله «و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف» رعایت معروف را معتبر دانسته و معلوم است که برابری همه زنان با تفاوتی که میان آنها در فقر و ثروت

وجود دارد، کاری «معروف» نیست (۱).

شاهد بر این ادعا، سخنی است که از پیامبر گرامی اسلام خطاب به «هند» نقل شده است:

روایت نبوی صلی الله علیه و آله: «لا-حرج علیک أن تأخذی من مال ابی سفیان فتنفیه علیک و علی ولدک بالمعروف» (۲)؛ باکی نیست که از مال ابو سفیان برداری و برای خود و فرزندت به معروف هزینه کنی.

دیدگاه ما: به نظر ما، همچنان که ظاهر آیه بر آن دلالت دارد، میزان در پرداخت دستمزد، توانمندی مالی پدر است و او باید به اندازه برخورداری از ثروت به نحوی شایسته دستمزد شیردهی مادر را پس از جدایی پردازد و موقعیت اجتماعی و وضعیت مالی مادر در این حکم تأثیری ندارد؛ چرا که این آیه در مقام از بین بردن نزاع مادر و پدر در میزان دستمزد است، حال اگر شرایط اقتصادی مادر را در این مسأله، شرط بدانیم و پدر نتواند متناسب با آن، هزینه مادر را پردازد، وجود چنین شرطی چه اثری خواهد داشت؟

به عبارت دیگر تکلیف به پرداخت دستمزد، می باید متناسب با توان مالی پرداخت کننده آن باشد و به همین جهت است که هم در سوره مبارکه بقره و هم در این آیه، پس از

بیان وظیفه پدر در پرداخت دستمزد، بی درنگ بحث تناسب تکلیف با قدرت مکلف مطرح می شود؛ «لا- تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» (۳)، «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا اتَّيَّهَا» (۴).

بنابر این، بعید نیست که ادعا کنیم این جمله به پدرانی که از نعمت ثروت برخوردارند توصیه می کند که در مورد دستمزد مادر با خست عمل نکرده، نسبت به همسران خود که عهده دار شیر دادن کودکانشان هستند با گشاده دستی رفتار کنند (۵).

ص: ۱۱۵

۱- تفسیر قرطبی، ۱۷۰/۱۸-۱۷۱.

۲- صحیح ابن حبان، ۱۰/۷۲.

۳- بقره ۲ / ۲۳۳.

۴- طلاق ۶۵ / ۶.

۵- زاد المسیر، ۸/۴۵.

این جمله علتی است برای آنچه در جمله قبلی بر آن تأکید شد، یعنی حکم به توازن میان درآمد پدر و پرداخت دستمزد از سوی او به این دلیل است که خداوند کسی را جز به آنچه به او از ثروت داده است، تکلیف نمی کند (۱).

بنابر این، شخص تهیدست را به اندازه فرد برخوردار، متعهد به چیزی نمی کند (۲)؛

شخص را وادار به پرداخت چیزی که ندارد نمی کند (۳)؛ انسان را مکلف به چیزی نمی کند که طاقت انجام آن را ندارد (۴)؛ و مکلف نمی کند انسان را مگر به آنچه بر او واجب کرده است (۵).

خاطر نشان می کنم که جصاص با توجه به این جمله، مطلبی را یاد آور می شود که قابل تأمل است. او مدعی است اگر کسی قادر به پرداخت نفقه نباشد، خداوند او را مکلف به پرداخت آن در این حال نمی کند و اگر مکلف به انفاق نباشد جدایی بین او و همسرش در این حال به این بهانه که قادر به پرداخت نفقه او نیست جایز نخواهد بود (۶).

خداوند پس از بیان این مطلب به نکته ای روانی اشاره کرده، می فرماید: «سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا».

خداوند آنان را که از نعمت ثروت بهره مند نیستند به آینده ای بهتر نوید می دهد که بعد از هر سختی، آسایشی است و پس از هر تنگی، گشایشی و بعد از هر ناداری، بی نیازی است (۷).

ص: ۱۱۶

۱- زاد المسیر، ۸/۴۵.

۲- جامع البیان، ۲۸/۱۹۰، شماره ۲۶۶۲۵؛ تفسیر قرطبی، ۱۸/۱۷۲.

۳- جامع البیان، ۲۸/۱۹۱، شماره ۲۶۶۲۸.

۴- جامع البیان، ۲۸/۱۹۱، شماره ۲۶۶۲۸؛ جصاص، احکام القرآن، ۳/۶۱۹.

۵- جامع البیان، ۲۸/۱۹۱، شماره ۲۶۶۲۶.

۶- جصاص، احکام القرآن، ۳/۶۱۹.

۷- جامع البیان، ۲۸/۱۹۱.

فصل پنجم: وظایف متقابل پدر و مادر در دوره شیردهی

بررسی فقهی جمله «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ»

اشاره

پس از آنکه مشخص شد مادر می باید دوره شیردهی را در صورت خواست پدر به پایان برساند و پدر نیز در مقابل، عهده دار تأمین هزینه های زندگی او در خلال این مدت

است؛ باید معلوم شود که جدایی پدر و مادر نباید وسیله ای برای آسیب زدن آنها به یکدیگر یا فرزندشان شود.

معنا شناسی

این قسمت از آیه که مرکب از دو بخش عاطف و معطوف است، به دو جمله مستقل تقسیم می شود، یعنی «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا» و «لَا تُضَارُّ مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ» و از آنجا که فعل

«تضار» به دو شکل معلوم (لَا تُضَارُّ) و مجهول (لَا تُضَارُّ) قرائت شده که در صورت اول

دو کلمه «والده» و «مولود له» فاعل و در صورت دوم نایب فاعل آن خواهند بود و در معنای آن دو احتمال قابل تصوّر است:

احتمال اول، آسیب زدن والدین به کودک: بر این اساس، خداوند در مقام باز داشتن

پدر و مادر از آسیب زدن به کودک خود برآمده، می فرماید: مادر نباید به فرزند خود آسیب بزند، پدر نیز نباید به فرزند خود آسیب بزند.

نقد: طبری با عنایت به مفهوم «ضرار» این احتمال را در معنی آیه صحیح نمی داند. او معتقد است آنچه که قرآن ما را از انجام آن باز داشته است، «ضرار» است و نه «ضرر» و

معلوم است که «ضرار» عملی است دو طرفه و قایم به دو شخص و چون کودک شیرخوار نمی تواند در مقام آسیب زدن به دیگران قرار گیرد، ممکن نیست یکی از دو طرف عمل «ضرار» باشد؛ چه اینکه اگر منظور خداوند از این جمله، این معنا بود، می باید آن را چنین بیان می کرد «لا تضر والده بولدها» (۱).

این اشکال وارد نیست، زیرا - همان گونه که محقق طوسی توضیح داده است - فعل «یضار» می تواند قایم به یک نفر نیز باشد و از باب مفاعله بودن آن، تنها به جهت مبالغه

در معنای آن است، چرا که بازتاب آسیب زدن به کودک، گریبان پدر و مادر را خواهد فشرد؛ پس گویا عملی است دو طرفه (۲).

به هر حال، اگر این احتمال را در معنای آیه بپذیریم، باید آن را به دو صورت ترجمه کنیم:

مادر به فرزند خود ضرر نزند (۳): مفسران در اینکه مادر چگونه می تواند به فرزند خود آسیب وارد کند، احتمالاً-تی را برشمرده اند، چون: شیر ندادن (۴) که می تواند از روی خشم بر پدر باشد (۵)، کوتاهی در نگهداری کودک و عدم کوشش در برآوردن نیازهای کودک نظیر نظافت، تغذیه و لباس (۶).

پدر به فرزند خود ضرر نزند (۷): آسیب زدن پدر به کودک نیز می تواند به شکل‌های

گوناگون انجام شود، نظیر: کوتاهی یا تأخیر در پرداخت هزینه زندگی او، جدا کردن بی دلیل کودک از مادر (۸) و سپردن او به شخصی دیگر (۹).

احتمال دوم، آسیب زدن والدین به یکدیگر: تجربه نشان داده است در بسیاری از موارد که میان زن و شوهر نزاع و اختلاف به وجود می آید، هریک از آنها با وسیله قرار

ص: ۱۱۸

۱- جامع البیان، ۲/۶۷۷، شماره ۳۹۳۸.

۲- التبیان، ۲/۲۵۷.

۳- جامع البیان، ۲/۶۷۵، شماره ۳۹۳۲.

۴- السنن الکبری، ۷/۴۷۸؛ صنعانی، المصنف، ۷/۵۹، شماره ۱۲۱۷۸؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳.

۵- مقتنیات الدرر، ۲/۷۶.

۶- الجدید، ۱/۲۸۶؛ الوجیز، ۱/۱۹۱.

۷- جامع البیان، ۲/۶۷۵، شماره ۳۹۳۲.

۸- الجدید، ۱/۲۸۶؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳.

۹- تقریب القرآن، ۲/۸۶.

دادن کودکِ خود، سعی در گزند زدن به یکدیگر دارند؛ در این میان کسی که بیش از همه از این ستیز آسیب می بیند کودک است (۱).

اگر این احتمال را در معنای آیه بپذیریم، قرآن در مقام بیان این مطلب است که پدر و مادر نباید با طعمه قرار دادن کودکِ خود، سعی در گزند رساندن به یکدیگر داشته باشند؛ به واسطه کودک به مادر آسیب وارد نمی شود؛ همچنان که به واسطه کودک به پدر نیز آسیب وارد نمی شود (۲).

به مادر به واسطه فرزندش، ضرر زده نمی شود: آسیب زدن به مادر توسط پدر با انجام چنین کارهایی تحقق می پذیرد: با تحریک عاطفی مادر، او را بدون پرداخت هزینه زندگی، وادار به شیر دادن کودکِ خود کند (۳)؛ مادر را از نگهداری و دیدن کودکِ خود محروم کند (۴)؛ به قصد انتقامجویی از مادر، کودکش را از او گرفته به دیگری بسپارد و حال آنکه مادر آمادگی دارد کودکِ خود را شیر دهد (۵)، باز داشتن مادر از شیر دادن

کودک (۶)؛ طبیعی است که با این کار، اولین کسی که آسیب می بیند کودک است (۷).

جصاص از این جمله چنین استفاده کرده است که مادر سزاوارتر است به نگهداری فرزند خردسالش و اگرچه بی نیاز از شیر هم باشد، زیرا در نیاز کودک به مادر چه قبل از

شیردهی و چه بعد از آن تفاوتی نیست (۸).

لازم به یادآوری است، احتمال دیگری نیز در کتب تفسیری مطرح شده که منظور از کلمه «والده» دایه کودک است؛ بنابراین، معنای جمله «لاتضار والده بولدها» این خواهد

شد که آسیب زدن به دایه جایز نخواهد بود (۹).

به پدر به واسطه فرزندش، ضرر زده نمی شود: از آنجا که معمولاً مادر نمی تواند به

ص: ۱۱۹

۱- الکاشف، ۱/۳۶۵.

۲- جامع البیان، ۲/۶۷۴-۶۷۵، شماره ۳۹۳۲-۳۹۳۷.

۳- تقریب القرآن، ۲/۸۶.

۴- المیزان، ۲/۲۵۱.

۵- الصنعانی، المصنف، ۷/۵۸، شماره ۱۲۱۷۷-۱۲۱۷۸؛ جامع البیان، ۲/۶۷۵، شماره ۳۹۳۳ و ۳۹۳۰؛ التبیان، ۲/۲۵۵؛ مقتنیات الدرر، ۲/۷۶؛ تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۷؛ تقریب القرآن، ۲/۸۶؛ مقتنیات الدرر، ۲/۷۶.

۶- السنن الکبری، ۷/۴۷۸.

٧- مجمع البيان، ١/٣٣٣.

٨- جصاص، احكام القرآن، ١/٤٩٠.

٩- جامع البيان، ٢/٦٧٦، شماره ٣٩٣٨

طور مستقیم پدر را مورد اذیت و آزار قرار دهد، با طعمه قرار دادن کودک به این هدف دست می یابد(۱). آسیب زدن به پدر، توسط مادر به یکی از این روش ها انجام می گیرد: با تحریک عاطفی پدر، او را وادار به پرداخت هزینه های بیشتری در برابر شیر دادن خود کند(۲)؛ مانع شود که پدر، کودک خود را ببیند(۳)؛ از شیر دادن کودک خودداری کرده، کودک را نزد پدر رها کند(۴).

مؤید این احتمال که پدر و مادر نباید با سوء استفاده از رابطه ای که با فرزند خود دارند، یکدیگر را مورد اذیت و آزار قرار دهند، روایتی است که از امیر المؤمنین علیه السلام نقل

شده است:

روایت دعائم الاسلام: «عنه علیه السلام انه قال فی قول الله عزوجل «لا تُضَارَّ وَالِدَهُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ»، قال علیه السلام: ... و المضاره فی الولد من الوالده أن لا ترضعه و هی قویه علی رضاعه، مضاره لأبیه فی ذلك؛ و علی الأب أيضا أن لا يضار الوالده اذا أرادت أن ترضع ولدها، فیسترضعه من غیرها»(۵)، امیر المؤمنین علیه السلام درباره این سخن الهی «به زن به واسطه فرزندش ضرر رسانده نمی شود و به مرد به واسطه فرزندش، ضرر رسانده نمی شود و بر وارث است نظیر آن»، فرمود: ... ضرر زدن به کودک از جانب مادر به این است که او را شیر ندهد در حالی توان شیر دادن او را دارد به این انگیزه که به پدر آسیب وارد سازد و بر پدر است که به مادر آسیب نزنند به اینکه اگر مادر می خواهد کودک خود را شیر دهد، او را به زن دیگری بسپارد.

سؤالی که اینک مطرح می شود این است که کدامیک از این احتمالات در معنای آیه قابل پذیرش است؟

علامه طبرسی معتقد است از آنجا که میان این احتمالات تنافی وجود ندارد، می توان

ص: ۱۲۰

۱- المنیر، ۱/۳۰۸.

۲- تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۷؛ تقریب القرآن، ۲/۸۶.

۳- المیزان، ۲/۲۵۱.

۴- الصنعانی، المصنف، ۷/۹-۵۸، شماره ۱۲۱۷۷-۱۲۱۷۶ و ۱۲۱۸۰؛ مقتنیات الدرر، ۲/۷۶؛ جامع البیان، ۲/۶۷۵، شماره ۳۳؛ تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۷؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ التبیان، ۲/۲۵۵.

۵- دعائم الاسلام، ۲/۲۵۶، شماره ۹۷۵؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۲۲۱، شماره ۱۸۰۷۵.

آیه را بر همه آنها حمل کرد(۱)؛ محقق طوسی نیز در این باره می نویسد: «و الاولی حمل الآیه علی عموم ذلک»(۲).

به عبارت دیگر، چه کلمه (تضار) فعل معلوم باشد و چه فعل مجهول، حرف «با» که بر سر کلمه «بولده» و «بولدها» در آمده، سببی باشد یا زاید؛ چه این ضرر متوجه نوزاد باشد و چه متوجه مادر نوزاد و چه متوجه پدر او، در هر صورت چون حرف «لا» ناهیه است، تمامی ضررهایی که تصور شود، حرام خواهد بود(۳).

دیدگاه ما: به نظر ما، عبارت «لاتضار والده بولدها و لا مولود له بولده» به تنهایی و

خارج از سیاق آیه می تواند به عنوان قانونی عام، بسته به اینکه فعل آن به صیغه معلوم باشد یا مجهول، آسیب زدن به کودک یا به همسر را تحریم کند؛ همچنان که در چند روایت، امام صادق علیه السلام خودداری یکی از زن و شوهر را از نزدیکی، در دوره بارداری از مصادیق مضاره دانسته اند.

روایت کنانی ۲۱*: «عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن قول الله عزوجل «لَاتُضَارَّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ»، فقال: كانت المراضع ممّا يدفع إحدیهنّ الرجل إذا أراد الجماع، تقول: لا ادعک إننی أخاف عن احبل فاقتل ولدی هذا الذی ارضعه و کان الرجل تدعوه المرأه، فيقول: اخاف أن اجامعک فاقتل ولدی، فیدعها و لا یجامعها فنهی الله عزوجلّ عن ذلک أن یضارّ الرجل المرأه و المرأه الرجل»(۴)؛ از امام صادق علیه السلام درباره معنای این سخن الهی «به زن به واسطه فرزندش ضرر رسانده نمی شود و به مرد به واسطه فرزندش، ضرر رسانده نمی شود»، پرسیدم، فرمود: زنی شیرده، هنگامی که همسرش مایل به نزدیکی با او بود، می گفت: به تو اجازه نمی دهم، چرا که بیم دارم از اینکه باردار شده، فرزند شیر خوارم از بین رود؛ همچنین هنگامی که زنی از شوهر خود درخواست نزدیکی می کرد، مرد به بهانه اینکه ممکن است فرزندم به خاطر بارداری مجدد، از بین برود، با او همبستر نمی شد؛ خداوند نهی کرد ایشان را از اینکه مرد به زن و زن به مرد آسیب زنند(۵).

ص: ۱۲۱

۱- مجمع البیان، ۱/۳۳۳.

۲- التبیان، ۲/۲۵۵.

۳- تفسیر آسان، ۲/۷۵.

۴- الکافی، ۶/۴۱، شماره ۶.

۵- شیخ الرئیس در این باره می نویسد: «و لاتجامع البتّه، فإنّ ذلک یحرّک منها دم الطمث فیفسد رائحه اللبن و یقل مقداره؛ بل ربّما حبلت و کان من ذلک ضرر عظیم علی الوالدین جمیعاً»؛ کتاب قانون، ۱/۱۵۳؛ همچنین ر.ک: زبده البیان، ص ۵۵۸.

ولی در آیه کریمه، با توجه به جملات قبل و بعد از آن، این عبارت حاکی از تحریم ضرر زدن متقابل زن و مرد به یکدیگر پس از جدایی و در دوره شیردهی است، یعنی تکالیف زن و مرد در این دوره - شیر دادن زن و تأمین هزینه های زندگی از سوی پدر - نباید تبدیل به عاملی برای انتقامجویی از یکدیگر شود، انتقامجویی که به علت قطع پیوند زناشویی، تنها از راه حلقه واسطه میان آنها یعنی فرزند تحقق می پذیرد.

شاهد بر این مدعا، دو روایت است:

روایت حلبی ۲۲*: «الْحُبْلَى الْمَطْلُوقَةُ يَنْفِقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَ هِيَ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا إِنْ تَرْضَعُهُ بِمَا تَقْبَلُهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى، إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ «لَا تَضَارُّ وَالِئِدَةَ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكُمْ»، قَالَ: كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَنَا تَرْفَعُ يَدَهَا إِلَى زَوْجِهَا إِذَا أَرَادَ مَجَامِعَتَهَا فَتَقُولُ: لَا - أَدْعُكَ لِأَنِّي أَخَافُ أَنْ أَحْمَلَ عَلَى وَلَدِي وَ يَقُولُ الرَّجُلُ: لَا أَجَامِعُكَ إِنِّي أَخَافُ أَنْ تَعْلُقَنِي، فَاقْتُلْ وَلَدِي، فَهِيَ اللَّهُ أَنْ تَضَارَّ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ وَ أَنْ يَضَارَّ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ»^(۱)، زن بارداری که طلاق داده شده است، هزینه هایش پرداخت می شود تا زایمان کند و او سزاوارتر است به فرزند خود اگر شیر دهد او را در برابر چیزی که زن دیگر آن را می پذیرد. خداوند عزوجل می فرماید: به واسطه فرزند به مادر و پدر آسیبی وارد نمی شود و بر وارث است نظیر آن؛ فرمود: زنی از خانواده ما، هنگامی که شوهرش می خواست با او نزدیکی کند، با دست جلوی او را گرفته و گفت: به تو اجازه چنین کاری نمی دهم، زیرا می ترسم با داشتن کودک شیر خوار دوباره باردار شوم؛ مرد هم می گوید با تو نزدیکی نمی کنم، چون ممکن است با این کار فرزندم را بکشم؛ پس خدای تعالی نهی کرده است که زن به مرد یا مرد به زن آسیب بزند.

در این روایت، امام علیه السلام ابتدا این مسأله را طرح می کنند که هزینه های زندگی زنی که در زمان بارداری از شوهر خود جدا می شود تا زمان زایمان بر عهده شوهر سابق اوست، سپس این نکته را یادآور می شوند که اگر مادر راضی شود کودک شیرخوار خود را شیر دهد بدون آنکه مزد بیشتری از آنچه دیگران می گیرند، بخواهد، نسبت به شیر دادن

ص: ۱۲۲

کودک خود بر سایر زنان اولویت دارد.

امام علیه السلام بعد از بیان اولویت مادر، به جمله «لا تضار والدها و لا مولود له بولده» استناد می کنند؛ به این معنا که پدر مجاز نیست در این فرض به قصد ستیزه جویی با مادر،

کودک را از او جدا کند(۱).

با تمام شدن مطلب اصلی یعنی شیر دادن مادر به کودک خود، حضرت صادق علیه السلام نمونه ای از آسیب زدن متقابل زن و شوهر را به یکدیگر بیان می کنند، یعنی مسأله ترک همبستری به بهانه آسیب دیدن کودک شیر خوار.

و این خود شاهدهی است بر صحت آنچه پیش از این توضیح داده شد که مسأله خودداری از انجام عمل زناشویی، نه منظور این جمله از آیه به خصوص است - آن گونه که برخی ادعا کرده اند(۲) - بلکه تنها بیان یک نمونه از مواردی است که مضمون جمله مزبور می تواند بر آن صدق کند؛ چرا که بحث از نزدیکی و چگونگی رفتار زن و مرد با یکدیگر در مورد آن، وقتی قابل بررسی است که پیوند زناشویی باقی باشد، نه هنگامی که آنها از یکدیگر جدا شده باشند که موضوع مورد گفتگوی این آیات است.

روایت ابی بصیر ۲۳* : «الجبلی المطلقه ینفق علیها حتی تضع حملها و هی أحق بولدها إن ترضعه بما تقبله امرأه أخرى، یقول الله عزوجل: «لا تضارَّ والِدَهُ بَوْلِدِهَا وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ وَ عَلَی الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِکَ»، لا یضار بالصبی و لا یضار بأمه فی رضاعه و لیس لها أن تأخذ فی رضاعه فوق حولین کاملین،

ص: ۱۲۳

۱- این مطلب را می توان از حدیثی که کلینی به سند خود از امام صادق علیه السلام نقل کرده است به دست آورد: محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن محمد بن اسماعیل عن محمد بن الفضیل عن أبی الصباح الكنانی عن أبی عبد الله علیه السلام قال: اذا طلق الرجل المرأة و هی حبلی، أنفق علیها حتی تضع حملها، فإذا وضعت أعطاهما أجرها و لا یضارها إلا أن یوجد من هو أرخص منها، فإن هی رضیت بذلك الأجر، فهی أحق یابنها حتی تفضمه؛ الکافی، ۶/۱۰۳، شماره ۲؛ محقق طوسی نیز این حدیث را از کلینی و با همان سند نقل می کند، جز اینکه به جای «محمد بن اسماعیل»، «احمد بن محمد بن اسماعیل» آورده است؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶، شماره ۳۶۰.

۲- مستدرک سفینه البحار، ۶/۴۵۵: «المراد بالاضرار الممنوع فی هذه الایه، امتناع کل من الزوجین من الجماع للولد مخافه الضرر بالمولود».

فإذا أرادوا الفصال قبل ذلك عن تراض منهما، كان حسنا و الفصال هو الفطام»^(۱)؛ به زن بارداری که از شوهر خود جدا شده، نفقه پرداخت می شود تا زایمان کند. او سزاوارتر است به فرزند خود، اگر شیر دهد او را در مقابل آنچه که زن دیگری می گیرد؛ خداوند می گوید: «به مادر به واسطه فرزندش آسیب زده نمی شود؛ به پدر

نیز به خاطر فرزند، آسیب زده نمی شود و بر وارث هم نظیر آن است»، به کودک آسیب زده نمی شود و به مادر در مورد شیردهی او، آسیب زده نمی شود. مادر هم حق ندارد برای شیر دادن بعد از دو سال کامل، چیزی بگیرد؛ پس اگر خواستند با رضایت یکدیگر، کودک را قبل از دو سال از شیر بگیرند، کار خوبی است و منظور از «فصال» از شیر گرفتن است.

در این روایت نیز موضوع آن زن بارداری است که از شوهر خود جدا شده است. امام علیه السلام بر این مطلب تأکید می کنند که هزینه های او در دوره بارداری به عهده شوهر است و پس از این زایمان نیز اگر مادر بیشتر از آنچه دیگران به عنوان مزد درخواست می کنند، نخواهد نسبت به شیر دادن فرزند خود بر سایر زنان اولویت دارد.

پس از این، امام علیه السلام با استناد به آیه مزبور، قانونی کلی درباره چگونگی رابطه مرد با همسر و فرزندش از یک سو، «لایضار بالصبی و لایضار بأمه فی رضاعه» و زن با شوهر سابقش از سوی دیگر «و لیس لها أن تأخذ فی رضاعه فوق حولین کاملین»، بیان می کنند، بدون آنکه از موضوع همبستگی سخنی به میان آید.

بنابر این، فعل «لاتضار» قطعاً به شکل مجهول به کار رفته و ناظر به تحریم آسیب زدن زن و شوهر سابق، به یکدیگر از راه کودک خود است و نه آسیب زدن مستقیم والدین به فرزند خود؛ گرچه این مطلب در جای خود مطلبی است درست.

از آنچه گذشت چنین به دست می آید: ۱- اصل تفاوت معنای عبارت با معلوم یا مجهول بودن آن امری است مسلم، ولی ما به جهت مناسبت با جملات پیشین، مجهول بودن آن را برگزیدیم؛ بنابر این، ادعای عدم تفاوت معنای جمله با معلوم یا مجهول بودن

آن و اینکه معنای آن در هر دو صورت تحریم ضرر زدن هریک از زن و مرد است به

ص: ۱۲۴

دیگری در مورد فرزندشان(۱)؛ چندان درست به نظر نمی رسد ۲- معنایی که بیان شد، موافق است با ظاهر آیه و متناسب است با جملات قبلی آن؛ پس این ادعا که این معنا

خلاف ظاهر است به رغم اینکه روایاتی بر آن دلالت دارد(۲)؛ ادعایی است بی وجه.

ص: ۱۲۵

۱- مواهب الرحمن، ۴/۵۸.

۲- الجدید، ۱/۲۸۶.

بررسی فقهی جمله «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ»

اشاره

این جمله بر این مطلب دلالت دارد که اگر پدرِ کودک بمیرد، بر وارث لازم است که هزینه های مادر و فرزند را تأمین نموده و ضرر و زیان را ترک کنند(۱).

در اینکه منظور خداوند از این جمله چیست، سخنان زیادی گفته شده تا آنجا که برخی آن را مجمل دانسته اند(۲).

دو سؤال اساسی پیرامون این جمله مطرح است: ۱- «علی الوارث» مقصود از وارث چه کسی است که در صورت نبودن پدر، می بایست متکفل امور کودک شود؟ ۲- «مثل ذلك» چه چیز بر عهده وارث است؟

«علی الوارث»

برای یافتن پاسخ سؤال اول، به سراغ تفاسیر می رویم. مفسران چند احتمال را در این باره مطرح کرده اند، احتمالاتی که برای برخی از آنها می توان تأییداتی از روایات نیز یافت، برخی نیز تنها دیدگاههایی هستند بدون هیچ پشتوانه دینی.

احتمال اول، وارث پدر: منظور از این احتمال که شایع ترین احتمال در معنای «وارث» بوده و مفسرانی چون حسن، نخعی، احمد و اسحاق، آن را مطرح کرده اند، این

ص: ۱۲۶

۱- انوار العرفان، ۴/۲۱۴.

۲- بیان السعاده، ۱/۲۰۵.

است که همان وظیفه ای که پدر در تأمین و پرداخت هزینه های دوره شیردهی مادر دارد، پس از مرگ او بر عهده وارثانش می باشد؛ بنابر این، وارثان پدر - اعم از زنان و مردان - جانشینان او هستند در دوره شیردهی (۱).

به تعبیر دیگر، از آنجا که عبارت «مولود له» در جملات پیشین، به «پدر» معنا شد و جمله «و علی الوارث مثل ذلک» نیز عطف بر ما قبل خود بوده، منظور از وارث، وارث «مولود له» باشد (۲) که به اختصار از آن به «وارث پدر» یاد می کنیم.

شایان ذکر است که تأمین هزینه های دوره شیردهی کودک توسط وارثان پدر، در برخی از تفاسیر مشروط شده است به زمانی که خود کودک مالی برای این منظور نداشته باشد (۳)؛ همچنان که برخی تأمین آن را تنها بر عهده وارثان مرد و نه زن او دانسته اند (۴).

نقد: ابن حجر این احتمال را درست نمی داند، زیرا بدون شک پدر عهده دار تأمین غذای کودک خود است، چه در دوره شیرخوارگی و چه پس از آن؛ حال اگر وارثان پدر، جانشین او در این مسأله باشند، می باید با فوت پدر در دوره بارداری، آنها عهده دار تأمین هزینه های مادر باشند، حال اینکه چنین نیست (۵).

احتمال دوم، پدر کودک: از کلبی نقل شده که مراد از «وارث» در این جمله، پدر کودک است (۶)؛ چرا که در چند جا خداوند تأمین نفقه را بر عهده پدر گذاشته است و

همچنان که پدر در زمان کودکی متعهد به تأمین هزینه های کودک خود است، در دوره شیرخوارگی نیز چنین وظیفه ای را بر عهده دارد (۷).

البته در برخی از تفاسیر این توضیح نیز آمده است که اگر پدر نتواند هزینه های مادر

ص: ۱۲۷

۱- جامع البیان، ۲/۶۷۸؛ تفسیر شریف لاهیجی، ۱/۲۲۳؛ حجه التفاسیر، ۱/۱۸۱؛ تفسیر خسروی، ۱/۳۰۵؛ اطیب البیان، ۲/۴۶۹؛ المعین، ۱/۱۱۵؛ تفسیر شبر، ۱/۳۷؛ فتح الباری، ۹/۴۲۴.

۲- الصافی، ۱/۲۳۹؛ الجوهر الثمین، ۱/۲۳۵.

۳- فتح الباری، ۹/۴۲۴.

۴- ابن ابی شیبہ، المصنف، ۴/۱۶۷، شماره ۲۲۸.

۵- فتح الباری، ۹/۴۲۴؛ همچنین ر.ک: زبده البیان، ص ۵۵۹.

۶- ابن ابی شی ۷، المصنف، ۴/۱۶۷، شماره ۸؛ نهج البیان، ۱/۳۰۶.

۷- نحاس، معانی القرآن، ۱/۲۱۹.

را تأمین کند، خویشاوندان (عصبه) او عهده دار پرداخت آن خواهند بود و اگر آنها نیز ناتوان از این کار باشند، مادر مجبور می شود بدون گرفتن مزد، کودک خود را شیر دهد(۱).

احتمال سوم، یکی از پدر و مادر: برخی احتمال داده اند که مقصود از «وارث» یکی

از والدین کودک است، زیرا تأمین هزینه های کودک در دوره شیرخوارگی بر عهده یکی از پدر و مادر اوست، هرکدام که زنده باشند(۲).

بنابر این، اگر پدر بمیرد، مادر متعهد است به انجام آنچه پدر در زمان زنده بودن به آن متعهد بود(۳)؛ همچنان که اگر مادر بمیرد، انجام این وظیفه بر عهده پدر کودک است.

احتمال چهارم، وارث هر یک از پدر و مادر: از جمله احتمالاتی که در معنای «وارث» داده شده، این است که هرگاه یکی از پدر یا مادر بمیرد، مسئولیت نگهداری کودک به ورثه او منتقل می شود؛ حال این وارث نباید به طرف دیگر آسیبی وارد کند.

بنابر این، اگر مادر از دنیا برود، وارثان او نباید به خاطر کودک، به پدر آسیبی بزنند؛

همچنین اگر ابتدا پدر بمیرد، وارثان او می بایست عهده دار تأمین هزینه های زندگی مادر شوند تا به زندگی کودک لطمه ای وارد نشود(۴).

احتمال پنجم، وارث کودک(۵): اگر فرض کنیم، کودک بمیرد، در این صورت وارثانی

خواهد داشت؛ کسانی که می توانند وارث کودک باشند، موظف اند پس از مرگ پدر او، هزینه های مادرش را در دوره شیردهی تأمین کرده(۶)، کودک را از مادرش جدا نکنند(۷).

شاهد بر این احتمال، روایتی است که از امیر المؤمنین علیه السلام نقل شده است:

روایت دعائم الاسلام: «فی قول الله عزوجل «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَ»

ص: ۱۲۸

۱- ابن ابی شیبیه، المصنف، ۴/۱۶۷، شماره ۸.

۲- جامع البیان، ۲/۶۸۱؛ روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶؛ تفسیر گازر، ۱/۲۹۵؛ منهج الصادقین، ۲/۲۹.

۳- الوجیز، ۱/۱۹۱.

۴- مواهب الرحمن، ۴/۵۸.

- ۵- محقق طوسی این احتمال را از مفسرانی چون: حسن، قتاده و سدی نقل کرده، آن را قوی ترین احتمال می داند؛ برای اطلاع بیشتر ر.ک: التبیان، ۲/۲۵۸؛ الصنعانی، المصنف، ۷/۵۹، شماره ۱۲۱۷۹.
- ۶- الصنعانی، المصنف، ۷/۶۰، شماره ۱۲۱۸۴؛ روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶.
- ۷- الصنعانی، المصنف، ۷/۵۹، شماره ۱۲۱۷۸.

عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ»، قال عليه السلام: على وارث الصبي العذی يرثه، إذا مات أبوه، ما على أبيه من نفقته و رضاعه»(۱)، امیر المؤمنین علیه السلام درباره این سخن الهی «به مادر به واسطه فرزندش آسیب زده نمی شود، به پدر نیز به خاطر فرزند، آسیب زده نمی شود و بر وارث هم نظیر آن است»، فرمود: بر وارث کودک که از او ارث می برد، اگر پدرش بمیرد، همان چیزی است که بر عهده پدرش بود، یعنی تأمین هزینه های او و دستمزد شیردادنش.

علامه طبرسی این احتمال را قوی تر از احتمال اول می داند، ولی در پایان بحث تصریح می کند احتمال اینکه مراد یکی از پدر یا مادر باشد صحیح است، چرا که تنها والدین بر نفقه شیردهی مجبور می شوند(۲).

لازم به یادآوری است برخی از مفسران پرداخت هزینه های شیردهی مادر را از سوی وارثان آینده او، هنگامی لازم می دانند که خود کودک مالی نداشته باشد(۳).

حال این سؤال مطرح می شود که وارثان کودک چه کسانی هستند؟ در پاسخ به این سؤال چند احتمال در میان مفسران مطرح است: ۱- وارثان مرد، مثل پدر بزرگ، برادر، عمو و پسر عمو ۲- خویشاوندان محرم کودک از میان وارثان(۴) ۳- وارثان مرد و زن به

اندازه سهم ایشان از ارث(۵).

اشکال: برخی از مفسران، این احتمال را در معنای «وارث» صحیح نمی دانند؛ چرا که حق حضانت با پدر و مادر کودک و حق ولایت با پدر یا جد پدری اوست؛ بنابراین، برای هر وارثی نه حق حضانت وجود دارد و نه حق ولایت(۶).

پاسخ: به نظر نمی رسد که این اشکال کمترین ارتباطی با موضوع مورد گفتگو داشته

ص: ۱۲۹

۱- دعائم الاسلام، ۲/۲۵۶، شماره ۹۷۵؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۲۲۱، شماره ۱۸۰۷۵.

۲- مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ مقتنیات الدرر، ۲/۷۶.

۳- الصنعانی، المصنف، ۷/۶۰، شماره ۱۲۱۸۳؛ نحاس، معانی القرآن، ۱/۲۱۶.

۴- نحاس این احتمال را از آن جهت که منشأ قرآنی ندارد و اسماعیل قاضی نیز از آن جهت که هیچ پشتوانه ای از کتاب، سنت و قیاس ندارد، آن را نادرست دانسته اند؛ برای اطلاع بیشتر ر.ک: معانی القرآن، ۱/۲۲۰؛ فتح الباری، ۹/۴۲۴.

۵- برای اطلاع بیشتر از نظریات موجود در مسأله، ر.ک: روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶؛ التبیان، ۲/۲۵۵؛ جامع البیان، ۲/۶۸۰.

۶- اطیب البیان، ۲/۴۶۹.

باشد؛ چرا که سخن آیه در تأمین هزینه های زندگی مادر در دوره شیردهی کودک خود پس از مرگ پدر است. پرداخت هزینه های مادر نه ربطی به حضانت از کودک دارد و نه به ولایت بر او.

به هر حال، اگر بخواهیم منظور از وارث را وارث کودک بدانیم، باید به این نکته توجه

داشته باشیم که اطلاق عنوان وارث بر وارثان کودک پیش از مرگ وی، اطلاقی است مجازی به اعتبار آینده (ما یؤول الیه) (۱).

احتمال ششم، خود کودک: از جمله احتمالاتی که در معنای واژه «الوارث» قابل تصور می باشد، این است که بگوییم منظور از آن، خود کودک است؛ چرا که کودک از جمله وارثان پدر خود است، پس اگر پدر بمیرد، از مالی که از او به کودک ارث می رسد، هزینه های دوره شیردهی پرداخت می شود.

بنابراین، هزینه های مادر در این دوره، از مال خود کودک تأمین خواهد شد (۲) که

مسئولیت انجام آن، بر عهده وصی کودک یا حاکم شرع است (۳).

ناگفته نماند که احتمال دیگری از ضحاک نقل شده است که اگر کودک مالی برای پرداخت هزینه های مزبور نداشته باشد، خویشان پدری او (عصبه) عهده دار تأمین آن هستند (۴).

لازم به یادآوری است ابن جوزی معتقد است میان این احتمال که مراد از وارث، کودک است یا وارث کودک منافاتی نیست، چرا که پرداخت نفقه هنگامی بر وارث واجب است که مورث به علت اعسار، قادر به تأمین آن نباشد (۵).

احتمال هفتم، قیم: در تفسیر عاملی این مطلب چنین توضیح داده شده است: «بر

ص: ۱۳۰

۱- فتح القدير، ۱/۲۴۶؛ زبده البيان، ص ۵۵۷.

۲- جامع البيان، ۲/۶۸۰؛ ابن الجوزي، نواسخ القرآن، ص ۹۰؛ روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶؛ تفسير گازر، ۱/۲۹۵؛ منهج الصادقين، ۲/۲۹.

۳- تفسير شريف لاهيجي، ۱/۲۲۳.

۴- زاد المسير، ۱/۲۴۲؛ ابن ابی شيبه، المصنف، ۴/۱۶۶، شماره ۶.

۵- ابن الجوزي، نواسخ القرآن، ص ۹۰؛ زاد المسير، ۱/۲۴۲.

قیم همان است در کارِ طفل که بر پدر و مادر، وارث نام برد به جای قیم از بهر آنکه ورثه و اهل بیت قیمی کنند یا قیمی فرا کنند یا از سلطان قیم خواهند ... اگر چنان است که پدر طفل بمرده است، این قیم با مادر طفل ستیزه و بد رأیی نکند و دایه گیرد، بر طفل ستم

نکند و شفقت از وی دریغ ندارد»(۱).

بعید نیست منظور از «قیم» در این عبارت، همان چیزی باشد که برخی از مفسران از آن تعبیر به «ولی» کرده اند(۲).

«مثل ذلک»

دومین پرسشی که پیرامون این بخش از آیه مطرح می شود این است که خداوند با بیان این جمله، انجام چه کاری را پس از فوت پدر، بر عهده وارث می گذارد؟

مفسران سه احتمال را در این باره مطرح کرده اند:

احتمال اول، پرداخت هزینه های زندگی مادر (نفقه)(۳): از آنجا که جمله «علی الوارث مثل ذلک» عطف است بر جمله «علی المولود له رزقهن و کسوتهن» و جمله میان آنها، جمله معترضه است(۴)؛ پس همان گونه که تأمین خوراک و پوشاک مادر (رزقهن و کسوتهن) در دوره شیردهی بر عهده پدر است، پس از مرگ وی، این وظیفه به وارث منتقل می شود. بنابراین، وارث متعهد به تأمین و پرداخت هزینه های زندگی مادر در این دوره است.

احتمال دوم، آسیب نزدن (ترک مضاره)(۵): این احتمال که از ابن عباس، شعبی، ضحاک و مجاهد نقل شده است هنگامی تصور دارد که جمله «علی الوارث مثل ذلک»

ص: ۱۳۱

۱- تفسیر عاملی، ۱/۴۵۸.

۲- السنن الکبری، ۷/۴۷۸؛ جامع البیان، ۲/۶۷۸، شماره ۳۹۴۶.

۳- ابن ابی شیبیه، المصنف، ۴/۱۶۶، شماره ۴-۲؛ جامع البیان، ۲/۶۸۱. شماره ۳۹۵۶ و ۳۹۵۸؛ التبیان، ۲/۲۵۵؛ نحاس، معانی القرآن، ۱/۲۱۸.

۴- کنز الدقائق، ۲/۳۵۲.

۵- ابن ابی شیبیه، المصنف، ۴/۱۶۶، شماره ۵ و ۱۶۷، شماره ۱۰؛ نحاس، معانی القرآن، ۱/۲۱۶؛ التبیان، ۲/۲۵۵؛ فتح الباری، ۹/۴۲۴؛ السنن الکبری، ۷/۴۷۸؛ جامع البیان، ۲/۶۸۴؛ ابن الجوزی، نواسخ القرآن، ص ۹۰.

را با توجه به مفرد بودن اسم اشاره «ذلک»، به نزدیک ترین جمله قبل از آن، یعنی «لائضار والدة بولدها و لا مولود له بولده» عطف بدانیم (۱).

در این صورت همان گونه که آسیب زدن پدر و مادر به یکدیگر به واسطه کودک یا آسیب زدن هریک از آنها به کودک ممنوع و حرام است؛ آسیب زدن هریک از وارث و مادر به یکدیگر به واسطه کودک یا آسیب زدن هریک از آنها به کودک نیز حرام خواهد بود و ارتباطی نیز با مسأله خوراک و پوشاک نخواهد داشت (۲).

«آسیب زدن به مادر» عنوانی است عام که وارث را از وارث کردن هر گونه آسیبی به مادر، باز می دارد.

در برخی از تفاسیر، عمومیت این عنوان مورد پذیرش قرار گرفته، چنین توضیح داده شده است: آسیب زدن به این است که اگر مالی از کودک در دست وارث است، از او دریغ نکنند، از رفتن کودک نزد مادر خود جلوگیری نکنند، اگر کودک مالی ندارد، از تأمین هزینه های او سر باز نزنند (۳).

البته هستند مفسرانی که معتقدند، منظور خداوند از این جمله، آسیب زدن وارث به مادر در مورد نفقه است.

مفسر برجسته علی بن ابراهیم قمی، در شرح جمله «علی الوارث مثل ذلک»

می نویسد: «به زنی که شوهرش از دنیا رفته و از او کودکی به جا مانده، آسیبی وارد نمی شود، پس جایز نیست بر وارث اینکه بر مادر کودک در مورد نفقه آسیبی وارد آورده، بر او سخت بگیرند» (۴).

از میان مفسران، جصاص معتقد است که بازگشت عبارت «مثل ذلک» به مسأله نهی از آسیب زدن، منافاتی با الزام وارث به پرداخت نفقه و هزینه های زندگی مادر ندارد، چرا

که اگر وارث متعهد به پرداخت نفقه نباشد، فایده ای در ذکر آن به خصوص نیست

ص: ۱۳۲

۱- فتح الباری، ۹/۴۲۴.

۲- تفسیر الثعالبی، ۱/۴۷۰.

۳- الجوهر الثمین، ۱/۲۳۵.

۴- تفسیر القمی، ۱/۷۶.

همان گونه که سایر افراد مجاز به آسیب زدن به مادر نیستند، وارث نیز چنین است (۱).

احتمال سوم، تأمین هزینه های مادر و آسیب نزدن به او: اگر جمله «علی الوارث

مثل ذلک» را عطف بر مجموع دو جمله پیش از آن بدانیم، حکم به دست آمده از آنها، در حق وارث نیز صادق خواهد بود (۲).

مؤید این احتمال، روایتی است که قاضی نعمان از قول امیر المؤمنین علیه السلام نقل می کند:

روایت دعائم الاسلام: «فی قول الله عزوجل «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَ

عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكِ»، قال علیه السلام: علی وارث الصبی الذی یرثه، إذا مات أبوه، ما علی أیه من نفقته و رضاعه ... و علی الوارث مثل ذلک من ترک المضاره فی الولد مثل الذی علی الوالدین فی ذلک و غیره من النفقه» (۳)، امیر المؤمنین علیه السلام درباره این سخن الهی «به مادر به واسطه فرزندش آسیب زده نمی شود، به پدر نیز به خاطر فرزند، آسیب زده نمی شود و بر وارث هم نظیر آن است»، فرمود: بر وارث کودک که از او وارث می برد - اگر پدرش بمیرد - همان چیزی است که بر پدر اوست از نفقه و شیردهی ... و بر وارث است مانند آن، یعنی آسیب نزدن به کودک، نظیر آنچه بر پدر و مادر است در این مورد و در غیر آن چون نفقه.

نقد: قرطبی بر این احتمال اشکال می گیرد که اگر منظور از جمله مزبور این باشد که وارث هم چون پدر، در سه مورد ارضاع، انفاق و عدم ضرر، مسؤول و متعهد است، می باید به جای کلمه «ذلک» که اسم اشاره نزدیک و مفرد است، از واژه «هؤلاء» که اسم اشاره جمع است، استفاده می شد و حال آنکه چنین نشده است؛ بنابر این، پدر کودک و وارث پدر، تنها در حکم حرمت آسیب زدن با یکدیگر اشتراک دارند (۴).

شوکانی این اشکال را وارد نمی داند، چرا که اسم اشاره «ذلک» همچنان که می تواند به یک شیء اشاره داشته باشد، می تواند به چند چیز نیز برگردد (۵).

احتمال چهارم، نسخ شدن معنای آیه: از عجیب ترین مطالبی که در برخی از متون

ص: ۱۳۳

۱- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۹۲.

۲- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۹۲؛ زاد المسیر، ۱/۲۴۲؛ التبیان، ۲/۲۵۵؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳.

۳- دعائم الاسلام، ۲/۲۵۶، شماره ۹۷۵؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۲۲۱، شماره ۱۸۰۷۵.

۴- تفسیر قرطبی، ۳/۱۷۰.

۵- فتح القدر، ۱/۲۴۶.

تفسیری اهل سنت از قول مالک بن انس، پیرامون معنای این جمله از آیه، نقل شده است، احتمال نسخ در آن می باشد.

بررسی دلایل: در اینکه چه چیزی باعث نسخ معنای این جمله شده است، دو احتمال وجود دارد:

۱- اجماع امت: قرطبی در تفسیر خود از مالک بن انس نقل می کند که این جمله ابتدا

حکایت از این مطلب داشته است که تأمین خوراک و پوشاک مادر در دوره شیردهی بر عهده وارث است، ولی به اجماع امت اسلامی این معنا نسخ شده، تنها دلالت بر این مطلب پیدا کرده که وارث نیز مانند پدر، نباید به مادر در این دوره ضرر و آسیبی وارد

سازد(۱).

۲- آیات مربوط به زنان شوهر مرده: از نحاس نقل شده که می توان ناسخ را احکام وارد در مسأله زنان شوهر مرده دانست؛ زیرا خداوند ابتدا تأمین هزینه های یک سال و هزینه مسکن زنی که شوهرش را از دست داده است، از دارایی شوهرش واجب کرده، سپس آن را نسخ کرده، اجرای آن را از عهده وارث پدر نیز برمی دارد(۲).

ابن عربی که احتمال نسخ را امری ناروا می داند، در صدد توجیه سخن مالک برآمده، مدعی است اصطلاح نسخ در عرف فقها و مفسران قرون اولیه به معنای تخصیص به کار می رفته است(۳).

احتمال پنجم، گرفتن دایه: از مجاهد نقل شده است که منظور از «مثل ذلک» این است که همان گونه که پدر موظف به گرفتن دایه برای کودک خود است، وارث نیز می باید برای کودک در صورت نیاز دایه بگیرد(۴).

دیدگاه ما: به نظر ما، منظور از وارث، به خصوص با ملاحظه الف و لام تعریفی که بر ابتدای آن درآمده، وارث پدر است. البته پُر واضح است که وارث پدر بعد از فوت، وارث

ص: ۱۳۴

۱- تفسیر قرطبی، ۳/۱۷۰.

۲- ابن الجوزی، نواسخ القرآن، ص ۹۰؛ تفسیر قرطبی، ۳/۱۶۹.

۳- ابن العربی، احکام القرآن، ۱/۲۰۵.

۴- ابن ابی شیبہ، المصنف، ۴/۱۶۶، شماره ۱.

بالبقوه کودک نیز هست (۱).

وارث پدر، پس از مرگ وی، عهده دار انجام همان چیزی است که پیش از این بر

عهده پدر گذاشته شده بود (۲) و از آنجا که این جمله عطف بر دو جمله قبل از خود است، شامل دو بحث تأمین هزینه های مادر (رزق و کسوه) و آسیب زدن به او می شود.

بنابر این، وارثان پدر، همان گونه که می باید خوراک و پوشاک مادر را به گونه ای متعارف و متناسب با توان خود (معروف - وُسع) فراهم کنند؛ همچنین موظف اند به مادر از راه کودک یا به خود کودک آسیبی وارد نسازند.

اینکه وارثان پدر نباید کودک یا مادر او را مورد اذیت و آزار قرار دهند، مطلبی است

که کسی در صحت آن تردیدی ندارد؛ ولی اینکه تأمین هزینه های دوره شیردهی مادر بر عهده آنها باشد، از دو جهت مورد انتقاد قرار گرفته است:

۱- با توجه به اینکه کودک و مادرش، خود از جمله وارثان پدر هستند، حال اگر وارث پدر عهده دار تأمین هزینه های مادر باشد، می باید بر کودک و مادرش همچون باقی ورثه،

واجب باشد تأمین هزینه خودشان و این درست نیست؛ زیرا معنا ندارد که بگوییم بر مادر واجب است انفاق بر خودش از مال خودش یا بر کودک واجب است انفاق بر خودش از مال خودش.

به عبارت دیگر، چگونه بر مادر واجب باشد پرداخت هزینه های فرزندش در دوره شیردهی از آن جهت که از جمله ورثه است، با اینکه خداوند در صدر آیه هزینه های مادر را در این دوره بر عهده کس دیگری گذاشته است (۳).

۲- تأمین هزینه های زندگی مادر پس از جدایی یا مرگ همسرش، بر عهده خود اوست، همچنان که تأمین هزینه های کودک نیز تنها بر عهده پدر و مادر اوست و تأمین هیچ یک از آنها به سایر افرادی که از پدر ارث می برند، ارتباطی ندارد (۴).

نکته ای که دقت در آن می تواند بسیاری از ابهامات موجود در معنای این بخش از آیه

ص: ۱۳۵

۱- پرتوی از قرآن، ۲/۱۵۶.

۲- تفسیر آسان، ۲/۷۵.

۳- فتح الباری، ۹/۴۲۴.

۴- الکاشف، ۱/۳۵۶.

را برطرف کند، این است که آیه کریمه در مقام بیان انتقال وظایف پدر به ورثه اوست، ولی نسبت به محل تأمین و پرداخت آن هزینه ها ساکت است (۱).

بنابر این، لازم نیست وارثان پدر، از مال خود، هزینه های دوره شیردهی کودک را تأمین کنند، بلکه ایشان هزینه های مزبور را یا از اموال پدر (مال مشترک بین همه ورثه)

تأمین می کنند (۲)، اگر بگوییم این هزینه ها جزء دیون او به حساب می آیند و یا از اموال خود کودک (۳)؛ گرچه برخی با جمع این دو احتمال مدعی شده اند که هزینه های شیردهی کودک از مال خود او تأمین می شود، اگر سهم او از ارث پدری کافی برای این منظور باشد

و در غیر این صورت از مال پدر پرداخت خواهد شد (۴).

همچنین لازم نیست برای حل این مشکل مدعی شویم که مراد از وارث پدر، تنها خود کودک است (۵) یا بگوییم مادر داخل در وارثان پدر نبوده، منظور از وارث پدر، پدر بزرگ، مادر بزرگ، برادران و خواهران کودک، همچنین سایر همسران پدر (۶) است که هر یک از آنها به اندازه سهم خود از ارث، هزینه های کودک را می پردازند (۷).

سرانجام اینکه لازم نیست اختصاص دهیم حکم «علی الوارث مثل ذلک» را به جایی که به کودک از طریق ارث مالی منتقل نشود که در صورت انتقال، قیم او هزینه های زندگی اش را از مال خودش پرداخت می کند (۸).

آنچه را که ما از معنای جمله «و علی الوارث مثل ذلک» توضیح دادیم، از روایاتی که

ص: ۱۳۶

۱- من وحی القرآن، ۴/۱۸۴: «لکننا نستوحی من جو الآیه أنّها فی مجال الحدیث عن مسؤولیه الوارث باعتبار أنّ مال الطفل لیه للتأکید علی ضروره استمرار الانفاق علیه بالانفاق علی أمه باعتبار أنّ الارضاع من شؤونه التي لا بدّ من مواجهتها بما تحتاجه من النفقه و لیست فی مجال الحدیث عن مسؤولیته الذاتیه فیما یملکه من مال شخصی و لعلّ صفة الوارث تعطی الایحاء بالعلاقه المالیه التي تمتد إلی الطفل».

۲- ابن ابی شیبّه، المصنف، ۷/۱۶۶، شماره ۷؛ تفسیر اثنی عشری، ۱/۴۱۵؛ کشف الحقایق، ۱/۱۶۷.

۳- الصنعانی، المصنف، ۷/۶۰، شماره ۱۲۱۸۶؛ احسن الحدیث، ۱/۴۳۵؛ تقریب القرآن، ۲/۸۶؛ بیان السعاده، ۱/۲۰۵.

۴- ابن ابی شیبّه، المصنف، ۴/۱۶۵، شماره ۴.

۵- الوجیز، ۱/۱۹۱؛ کنز الدقائق، ۲/۳۵۲.

۶- اطیب البیان، ۲/۴۶۹.

۷- مخزن العرفان، ۲/۳۳۴.

۸- المنیر، ۱/۳۰۸.

از خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام در توضیح آن به ما رسیده است نیز به دست می آید.

بررسی محتوایی روایات: این روایات از نظر محتوایی، به دو گروه قابل تقسیم اند:

گروه اول، نفقه: در این روایات، بر این مطلب تأکید شده است که موضوع بحث در آیه، نفقه است؛ بنابراین، هر آنچه بر پدر در مسأله نفقه و هزینه های مادر در دوره شیردهی واجب بود، پس از مرگ وی، بر عهده وارث است.

روایت عیاشی ۲۴*: «سألته عن قوله «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ»، قال: «هو في النفقة، على الوارث مثل ما على الوالد» (۱)، از ایشان درباره این سخن الهی «بر وارث است نظیر آن» پرسیدم، فرمود: در مورد نفقه است، بر وارث است هر آنچه بر پدر بود.

روایت دعائم الاسلام ۲۵*: «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ»، قال: «هو في النفقة» (۲)، از ایشان درباره این سخن الهی «بر وارث است نظیر آن» پرسیدم، فرمود: در مورد نفقه است.

حال باید دید که مراد معصوم علیه السلام از این جمله چیست؟ دو احتمال در معنای آن قابل

تصور است:

احتمال اول، پرداخت هزینه مادر از اموال شخصی خود: همان گونه که پدر موظف بود از مال خود، هزینه های مادر را پس از جدایی و در دوره شیردهی پرداخت کند، وارثان پدر نیز پس از مرگ وی متعهد به پرداخت هزینه های مادر در دوره شیردهی

هستند.

طبیعی است که بنا بر صحت این معنا، هریک از ورثه می باید به اندازه سهم خود از ارثی که از اموال متوفی به آنها رسیده است، عهده دار تأمین هزینه های مزبور شوند و در صورتی که متوفی از خود چیزی به ارث نگذاشته باشد، آنها که می توانستند وارث او باشند، از اموال شخصی خود به اندازه سهم الارث مقرر در بحث ارث، آن را پرداخت نمایند.

بعید نیست نظر جبائی در اینکه هزینه های شیردهی به عهده ورثه به ترتیب تقدّم

ص: ۱۳۷

۱- تفسیر العیاشی، ۱/۱۲۰، شماره ۳۸۳.

۲- دعائم الاسلام، ۲/۲۹۰، شماره ۱۱۰۹.

آنهاست (۱)، ناظر به همین معنا باشد.

البته توجه به این نکته نیز ضروری است که مضمون این روایات موافق است با آنچه عامه به آن فتوا داده اند. به عنوان مثال، نقل است که عمر بن خطاب، سه نفر از وارثان

کودک را وادار کرد تا هزینه شیردهی کودک را بپردازند (۲). بنابر این، عمل به این روایات از جهت موافقت با عامه محل تأمل است.

احتمال دوم، اداره زندگی مادر: همان گونه که پدر سرپرستی امور مالی مادر را در

دوره شیردهی بر عهده دارد، پس از مرگ وی، این وظیفه به ورثه او منتقل می شود. پُر واضح است که اداره مالی زندگی مادر در این دوره، الزاما به این معنا نیست که ایشان هزینه های زندگی مادر را از اموال خود پرداخت کنند. نظیر این مطلب را در مورد وصی یا قیم پدر نسبت به زندگی فرزندان صغیر متوفی می توان یافت و شاید با ملاحظه همین

معناست که برخی از مفسران، کلمه «وارث» را به قیم یا ولی معنا کردند.

مؤلف تفسیر المنیر در این باره می نویسد: «اگر پدر کودک بمیرد، کسی که جانشین اوست در به دوش کشیدن وظایفش نسبت به کودک و اداره زندگی اش نظیر مزد شیر

دادن، وارث است» (۳).

به نظر ما، معنای دوم صحیح تر به نظر می رسد، چرا که تفاوتی میان کودک، مادر و سایر ورثه پدر وجود ندارد، پس دلیلی ندارد که بر عهده تعدادی از ورثه چیزی را بگذاریم که گروه دیگر - مادر و کودک - از آن مستثنا هستند.

مؤید این مطلب، احادیثی است که پرداخت هزینه های دوره شیردهی مادر را از محل اموال کودک می داند. امام صادق علیه السلام در باره یکی از قضاوت های امیر المؤمنین علیه السلام، چنین می فرمایند:

روایت محمد بن ابی عمیر ۲۶*: قضی علی علیه السلام فی صبی مولود مات أبوه: «إِنَّ رِضَاعَهُ مِنْ حَظِّهِ مِمَّا وَرِثَ مِنْ أَبِيهِ» (۴)؛ امیر المؤمنین علیه السلام درباره کودک متولد شده ای که پدرش مرده است، حکم کرد:

ص: ۱۳۸

۱- التبیان، ۲/۲۵۸.

۲- جامع البیان، ۲/۶۸۰.

۳- المنیر، ۱/۳۱۰.

۴- تهذیب الاحکام، ۹/۲۴۴، شماره ۹۴۶.

شیر دادنش از سهمی است که از پدر خود به ارث برده است.

روایت ابن ابی یعفر ۲۷* : قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی رجل توفی و ترک صبیا و استرضع له: «إِنَّ أَجْرَ رِضَاعِ الصَّبِيِّ مِمَّا يَرِثُ مِنْ أَبِيهِ وَ أُمِّهِ مِنْ حِظِّهِ» (۱)؛ امیر المؤمنین علیه السلام درباره مردی که از دنیا رفته و از خود کودکی بر جا گذاشته که برایش دایه گرفته است، حکم کرد: مزد شیر دادن کودک از چیزی است که از پدر و مادر خود ارث می برد، از سهم خودش.

گروه دوم، آسیب نزدن (لا- تضار): در پاره ای از روایات، نظیر بودن وارث و پدر در جمله «علی الوارث مثل ذلک»، با توجه به جمله پیش از آن، یعنی «لا تضار والده بولدها و

لا مولود له بولده»، معنا شده است.

این احادیث که همگی از امام صادق علیه السلام نقل شده است، از نظر مضمون نسبت به معنای جمله مزبور، بسیار شبیه به هم هستند.

روایت اول حلبی ۲۸* : «سألته عن ... قوله «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ»: فَإِنَّهُ نَهَى أَنْ يُضَارَّ بِالصَّبِيِّ أَوْ يُضَارَّ أُمُّهُ فِي رِضَاعِهِ وَ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ فِي رِضَاعِهِ فَوْقَ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ، فَإِنْ أَرَادَا فَصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ قَبْلَ ذَلِكَ كَانِ حَسَنًا وَ الْفِصَالُ هُوَ الْفِطَامُ» (۲)؛ از امام صادق علیه السلام درباره این سخن خداوند پرسیدم ... «و علی الوارث مثل ذلک»: پس خداوند نهی کرده است از اینکه به کودک آسیب زده شود یا به مادر در مورد شیردهی او آسیب زده شود. مادر هم حق ندارد برای شیر دادن بعد از دو سال کامل، چیزی بگیرد؛ پس اگر خواستند بعد از مشورت و با رضایت یکدیگر، کودک را قبل از دو سال از شیر بگیرند، کار خوبی است و منظور از «فصال» گرفتن کودک از شیر است.

روایت دوم حلبی ۲۹* : «الحلبی المطلقه ینفق علیها حتی تضع حملها و هی أحق بولدها إن ترضعه بما تقبله امرأه أخرى، إنَّ اللَّهَ یقول: «لا- تضارَّ والِدُهُ بِوَلَدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَ عَلَی الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ» ... وَ أَمَّا قَوْلُهُ «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ»: فَإِنَّهُ نَهَى أَنْ يُضَارَّ بِالصَّبِيِّ أَوْ يُضَارَّ أُمُّهُ فِي رِضَاعِهِ وَ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ فِي رِضَاعِهِ فَوْقَ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ، فَإِنْ أَرَادَا فَصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا قَبْلَ ذَلِكَ كَانِ حَسَنًا وَ الْفِصَالُ هُوَ الْفِطَامُ» (۳)؛ به زن بارداری که از شوهر جدا شده است، نفقه پرداخت می شود تا زایمان کند. او

ص: ۱۳۹

۱- تهذیب الاحکام، ۹/۲۴۴، شماره ۹۴۷.

۲- الکافی، ۶/۴۱، شماره ۶.

۳- تهذیب الاحکام، ۶/۱۰۳، شماره ۳.

سزاوارتر است به فرزند خود، اگر شیر دهد او را در مقابل آنچه که زن دیگری می گیرد؛ خداوند می گوید: به مادر به واسطه فرزندش آسیب زده نمی شود، به پدر نیز به خاطر فرزند، آسیب زده نمی شود و بر وارث هم نظیر آن است ... و اما این سخن خداوند: بر وارث است نظیر آن، پس خداوند نهی کرده است از اینکه به کودک آسیب زده شود یا به مادر در مورد شیردهی او آسیب زده شود. مادر هم حق ندارد برای شیر دادن بعد از دو سال کامل، چیزی بگیرد؛ پس اگر خواستند با رضایت یکدیگر، کودک را قبل از دو سال از شیر بگیرند، کار خوبی است و منظور از «فصال» گرفتن کودک از شیر است.

روایت ابی بصیر ۳۰*: «الحبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها و هي أحق بولدها إن ترضعه بما تقبله امرأه أخرى، يقول الله عزوجل: «لأئصار والدته بولدها ولا مولود له بولده و على الوارث

مثل ذلك»، لایضار بالصبی و لایضار بأمه فی رضاعه و لیس لها أن تأخذ فی رضاعه فوق حولین کاملین، فإذا أراد الفصال قبل ذلك عن تراض منهما، کان حسنا و الفصال هو الفطام»(۱)؛ به زن بارداری که از شوهر جدا شده است، نفقه پرداخت می شود تا زایمان کند. او سزاوارتر است به فرزند خود، اگر شیر دهد او را در مقابل آنچه که زن دیگری می گیرد؛ خداوند می گوید: به مادر به واسطه فرزندش آسیب زده نمی شود، به پدر نیز به خاطر فرزند، آسیب زده نمی شود و بر وارث هم نظیر آن است. به کودک آسیب زده نمی شود و به مادر در مورد شیردهی او، آسیب زده نمی شود. مادر هم حق ندارد برای شیر دادن بعد از دو سال کامل، چیزی بگیرد؛ پس اگر خواستند با رضایت یکدیگر، کودک را قبل از دو سال از شیر بگیرند، کار خوبی است و منظور از «فصال» از شیر گرفتن است.

روایت دعائم الاسلام ۳۱*: فی قول الله عزوجل «و على الوارث مثل ذلك»، قال: «نهى الله عزوجل أن يضار بالصبي أو يضار بأمه في رضاعه و لیس لها أن تأخذ فی رضاعه فوق حولین کاملین، فإن أراد فصلاً عن تراض منهما كما قال الله عزوجل، کان ذلك إلیهما. و الفصال الفطام. و لا ینبغی للوارث أن يضار المرأه، فیقول: لا ادع ولدها یأتیها»(۲).

ص: ۱۴۰

۱- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۱۰، شماره ۴۷۸۸.

۲- دعائم الاسلام، ۲/۲۹۰، شماره ۱۱۰۹.

خواستند که کودک را از شیر بگیرند، می توانند. سزاوار نیست برای وارث اینکه به مادر ضرر زده، بگوید: اجازه نمی دهم که فرزندش نزد او (مادر) برود.

روایت عیاشی^{۳۲}: «عن قول الله «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ»، قال: «لا ینبغی الوارث أن یضار المرأه، فبقول: لا ادع ولدها یأتیها و یضار ولدها، إن کان لهم عنده شیء و لا ینبغی له أن یقتز علیه»^(۱)؛ از امام صادق علیه السلام در مورد این سخن الهی «و علی الوارث مثل ذلك»، پرسیده شد، فرمود: شایسته نیست که

وارث به مادر ضرر زده، بگوید: اجازه نمی دهم که فرزندش نزد او رود و به فرزندش ضرر وارد نکنند، اگر چیزی از اموال ایشان (ورثه) نزد کودک باشد. و سزاوار نیست که بر کودک خست و رزنند.

دقت در این گروه از روایات، به خوبی روشن می سازد که مقصود کلام الهی، ممانعت از اذیت و آزار کودک و مادرش از سوی وارثان پدر است. این سختگیری ها می تواند به شکل های گوناگون و در امور مادی و معنوی، نمایان شود، مثل: گرفتن فرزند از مادر، ندادن به هنگام سهم کودک از ارث و ...؛ با ملاحظه این مطلب که مادر، پیش از مرگ پدر،

از او جدا شده است که این خود می تواند زمینه چالش های فراوانی را میان خانواده و وارثان پدر، یعنی پدر بزرگ، مادر بزرگ، برادران و خواهران از یک سو و همسر سابق پدر از سوی دیگر فراهم سازد.

این مطالب، به خصوص از دو روایت اخیر که برای موضوع آسیب زدن وارثان پدر به کودک و مادرش، مصادیقی را بیان کرده اند، به خوبی استنباط می شود.

مفسر بزرگ، علی بن ابراهیم قمی با اشاره به همین مطلب می نویسد: «قوله: الوالدات ... بالمعروف: یعنی اگر مردی بمیرد و از خود کودک شیرخواری را به جا گذارد، سزاوار نیست که ورثه به نفقه کودک آسیبی بزنند، بلکه شایسته است با سخاوتمندی بر آن بیفزایند»^(۲).

همچنین جصاص در بیان چگونگی آسیب رساندن مادر به پدر، آن را به دو نوع ضرر در نفقه و ضرر در غیر نفقه، تقسیم کرده، درباره آن چنین توضیح می دهد: «نهی کرده

ص: ۱۴۱

۱- تفسیر العیاشی، ۱/۱۲۰، شماره ۳۸۴.

۲- تفسیر القمی، ۱/۷۶.

است مرد را از اینکه به زن خود آسیب زند و زن را از اینکه به فرزندش ضرر بزند. آسیب
زدن از جانب زن گاهی در نفقه است و گاهی در غیر آن. اما در نفقه به این است که بر مرد
سخت گرفته، بیش از توانش از او بخواهد و در غیر نفقه به این است که بازدارد او را از
اینکه فرزندش را ببیند، کودک را از او پنهان سازد و به شهر دیگری ببرد، نگذارد کودک
نزد پدرش برود؛ این گونه کارها ضرر زدن زن است به مرد به واسطه کودک»[\(۱\)](#).

ص: ۱۴۲

۱- جصاص، احکام القرآن، ۱/۴۹۲.

بررسی فقهی جمله «فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا»

اشاره

محور اصلی سخن قرآن در جملات گذشته، بیان وظایف متقابل پدر و مادر پس از جدایی از هم نسبت به تغذیه مستقیم کودک با شیر مادر در دوره بیست و چهار ماهه بعد از تولد وی بود.

اکنون، وقت آن رسیده است که بدانیم قرآن چه راهکاری را برای از شیر گرفتن کودک تعیین می کند. خداوند در این باره می فرماید: اگر آن دو با رضایت و مشورت با هم، تصمیم بگیرند که کودک خود را از شیر بگیرند، باکی بر ایشان نیست.

«فَإِنْ أَرَادَا»

در اینکه منظور از آن دو نفری که تصمیمگیری درباره از شیر گرفتن کودک بر عهده آنهاست، چه کسانی هستند، سه احتمال قابل تصور است:

احتمال اول، پدر و مادر: از آنجا که در جملات پیشین، سخن از وظیفه مادر در شیر

دادن کودک و تعهد پدر در تأمین هزینه های او در این مدت بود؛ طبیعی است که مخاطب این جمله نیز همان ها باشد. بنابر این، پدر و مادر هستند که می توانند تصمیم بگیرند تا چه زمانی باید کودک شیر بخورد(۱).

ص: ۱۴۳

۱- تفسیر ابن کثیر، ۱/۲۹۱؛ تفسیر ثعالبی، ۱/۴۷۰؛ روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶؛ مواهب علیّه، ۱/۸۹؛ منهج الصادقین، ۲/۲۹؛ تفسیر شریف لاهیجی، ۱/۲۲۳؛ تفسیر خسروی، ۱/۳۰۵؛ انوار العرفان، ۴/۲۱۴؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ الجوهر الثمین، ۱/۲۳۵؛ مقتنیات الدرر، ۲/۷۶؛ تقریب القرآن، ۲/۸۶؛ الکاشف، ۱/۳۵۶.

احتمال دوم، وارث و مادر: اگر قانون عطف جملات بر هم و پذیرش نزدیک ترین مرجع برای ضمیر را بپذیریم، در این صورت مرجع ضمیر در واژه «أرادا»، وارث و مادر است (۱).

یعنی پس از جدایی مادر از پدر و فوت پدر، وظیفه او در تأمین خوراک و پوشاک مادر (و علی المولود له رزقهن و کسوتهن) به حکم «و علی الوارث مثل ذلک» به وارث پدر منتقل می شود. بنابراین، مادر و وارثان پدر می توانند درباره ادامه شیردهی مادر، تصمیمگیری کنند.

احتمال سوم، پدر و مادر، وارث و مادر: می شود این احتمال را نیز روا دانست که

منظور از «أرادا» مادر و پدر یا جانشین اوست.

بنابر این، اگر پدر کودک زنده باشد، او و مادر درباره از شیر گرفتن کودک تصمیمگیری می کنند و اگر پدر از دنیا رفته باشد، ورثه او و مادر عهده دار انجام این کار هستند (۲).

«فصلاً»

موضوع اصلی در این جمله «فصال» است. حال باید دید که منظور از این کلمه که در لغت به معنای «جدا کردن» آمده (۳)، در این جمله چیست؟ و به چه مقطع زمانی اختصاص دارد؟

احتمال اول، جدا شدن از خویشان پدر: علی بن ابراهیم قمی، پس از اینکه فاعل در

جمله «أرادا» را وارث و مادر می داند، در توضیح جمله «فإن أرادا فصلاً»، می نویسد: «یعنی اگر مادر و وارث با هم توافق کنند، وارث می گوید: فرزندان را بگیر و هرجا

ص: ۱۴۴

۱- علی بن ابراهیم قمی، این احتمال را در معنای «أرادا» مطرح کرده است، گرچه «فصال» را به گونه ای دیگر معنا می کند که توضیح آن خواهد آمد؛ تفسیر القمی، ۱/۷۶.

۲- مواهب الرحمن، ۴/۵۸.

۳- نحاس، احکام القرآن، ۱/۲۲۰؛ زاد المسیر، ۱/۲۴۲.

می خواهی او را ببر»(۱).

احتمال دوم، گرفتن از شیر: بیشتر مفسران بر این باورند که واژه «فصال» در این آیه به معنای «فطام» یعنی از شیر گرفتن، آمده است؛ چرا که با از شیر گرفتن کودک، بین او و غذا خوردن از پستان، جدایی می افتد(۲).

این مطلب را به دو شکل می توان تصور کرد:

گرفتن از هر شیری: «فصال» به صورت مطلق، شامل گرفتن از شیر مادر و سپردن به دایه و بریدن از شیر هر دو، پیش از تکمیل دو سال می شود(۳).

گرفتن از شیرِ مادر: از آنجا که خداوند سخن خود را در این آیه با جمله «و الوالدات یرضعن اولادهن» و بحث شیر دادن مادران به فرزندان خود آغاز کرده است، بنابر این، منظور از «فصال»، گرفتن کودک از شیرِ مادرِ خود است.

البته واضح است که گرفتن کودک از شیرِ مادر، الزاما به معنای گرفتن کودک از شیر نیست، چرا که ممکن است پدر و مادرِ کودک با هم توافق کنند که مادر، دیگر فرزند خود را شیر نداده، برای تکمیل مدت شیرخوارگی، کودک را به دایه بسپارند(۴).

اگر فرض کنیم که منظور این قسمت از آیه، بیان حکم گرفتن کودک از شیرِ مادرِ خود است - آن گونه که ظاهر آیه چنین اقتضا می کند - حال این سؤال مطرح می شود که این جدایی در چه زمانی قرار است رُخ دهد، پیش یا پس از دو سال؟

گرفتن از شیر پیش از دو سال: گروهی از مفسران، چون مجاهد و قتاده، بر این باورند

که موضوع مورد بحث در «فصال»، توافق بر سر گرفتن کودک از شیر در پیش از دو سال است(۵)، چرا که پس از دو سال بر هیچ یک از پدر و مادر تکلیفی در پذیرش نظر دیگری

ص: ۱۴۵

۱- تفسیر القمی، ۱/۷۶.

۲- جامع البیان، ۲/۶۸۶؛ التبیان، ۲/۲۵۵؛ فتح الباری، ۹/۴۱۶.

۳- فتح الباری، ۹/۴۱۶؛ پرتوی از قرآن، ۲/۱۵۶.

۴- تفسیر راهنما، ۲/۱۳۴.

۵- جامع البیان، ۲/۶۸۶؛ الصنعانی، المصنف، ۷/۵۷، شماره ۱۲۱۷۴.

نیست، بنابراین، بحث از شیر گرفتن کودک پس از دو سال، خود به خود منتفی است (۱).

به عبارت دیگر، چون حد کمال شیر دادن دو سال است، «فصال» پس از دو سال طبیعی است و نیاز به مشورت و توافق ندارد (۲).

گرفتن از شیر پیش و پس از دو سال: ابن عباس معتقد است که تصمیم و رضایت پدر و مادر در گرفتن کودک از شیر، چه قبل و چه بعد از دو سال، معتبر است (۳)؛ اما اگر با هم در این باره به توافق نرسند، ملاک دو سال است (۴).

بر طبق این احتمال، در متون روایی ما، حدیثی از امام صادق علیه السلام به این مضمون نقل شده است:

روایت داود بن حصین ۳۳: «الرضاع بعد حولین، قبل أن یفطم یحرم» (۵)، شیردهی پس از دو سال و پیش از گرفتن کودک از شیر، باعث محرمیت می شود.

موضوع این روایت گرچه محرمیت ناشی از رضاع است، ولی در آن «فطام» بر بعد از دو سال منطبق شده است. این روایت به خاطر موافق بودن مضمون آن با اهل سنت، مورد عمل فقهای ما قرار نگرفته است.

این احتمال از جهات گوناگونی قابل خدشه است، ولی در اینجا به ذکر این نکته بسنده می کنم که خداوند از یک سو امر فصال را موکول به مشورت و رضایت کرده و از

سوی دیگر برای شیردهی زمان قرار داده است و معلوم است که مشورت و رضایت قبل از پایان زمان مقرر مفهوم دارد ولی پس از گذشت دو سال، خود به خود مسأله منتفی است و نیازی به مشورت و رضایت ندارد (۶).

«عن تراض منهما و تشاور»

خداوند «فصال» را به دو شرط منوط کرده است، رضایت و مشورت. حال باید دید

ص: ۱۴۶

۱- التبیان، ۲/۲۵۵؛ بیان السعاده، ۱/۲۰۵.

۲- تفسیر راهنما، ۲/۱۳۴.

۳- جامع البیان، ۲/۶۸۷-۶۸۸.

۴- التبیان، ۲/۲۵۵.

۵- من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۷۶، شماره ۶۶۶۷؛ الاستبصار، ۳/۱۹۸، شماره ۷۱۷.

۶- جامع البیان، ۲/۶۸۸.

که اعتبار هریک از این دو شرط چه اثری را به دنبال خواهد داشت؟

اعتبار رضایت: اعتبار رضایت پدر و مادر یا وارث و مادر، عاملی است بازدارنده از تصمیم یک جانبه هریک از پدر و مادر در گرفتن کودک از شیر، پیش از دو سال (۱) - پدر از راه عدم تأمین هزینه های مادر و کودک و مادر هم به وسیله خودداری از شیر دادن کودک - که می تواند ناشی از غرض ورزی یا انتقامجویی هریک از آنها بوده، نتیجه آن آسیب دیدن کودک باشد (۲).

رضایت پدر شرط است، چون سرپرستی کودک بر عهده اوست و رضایت مادر لازم است، چرا که از وضعیت جسمانی کودک آگاهی بیشتری دارد (۳)، اگرچه بگوییم مشورت با زنان کراهت دارد (۴).

اعتبار مشورت: در اینکه از نظر قرآن کریم، مشورت و هم اندیشی از جمله شرایط از شیر گرفتن کودک است، تردیدی نیست؛ اما سخن در این است که آیا این هم اندیشی می باید میان پدر و مادر باشد یا میان آنها با دیگران.

این سؤال از آنجا به وجود می آید که خداوند هنگامی که بحث رضایت را مطرح

می کند، با آوردن قید «منهما» دایره آن را محدود به پدر و مادر کودک کرده، رضایت شخص دیگری را در این باره لازم نمی داند؛ اما زمانی که سخن از مشورت است، آن را بدون قید می آورد.

حال باید دید که عدم بیان قید «منهما» در مورد مشورت، تنها به خاطر ویژگی حرف عطف و روشن بودن اعتبار آن به لحاظ سیاق کلام است یا به این دلیل است که دامنه مشورت تنها محدود به پدر و مادر نمی شود؟

مرحوم طالقانی با پذیرش احتمال دوم، می نویسد: «تساور بدون قید منهما وسعت دایره مشورت - از پدر و مادر و طیب و دیگر افراد با تجربه را - می رساند. این مشورت

که به صلاح نوزاد و پدر و مادر انجام می گیرد، پایه صلاح اندیشی و تفاهم خانواده و در

ص: ۱۴۷

۱- جامع البیان، ۲/۶۶۷، شماره ۳۹۱۳.

۲- منهج الصادقین، ۲/۲۹؛ الصافی، ۱/۲۳۹.

۳- الوجیز، ۱/۱۹۱.

۴- بیان السعاده، ۱/۲۰۵.

حدود احکام اسلام است تا دیگر روابط و مصالح اجتماعی بر آن پایه بالا آید و وسعت یابد» (۱).

بنا بر این احتمال، گرفتن کودک از شیر مادر، می باید پس از مشورت با صاحب نظران و توافق پدر و مادر صورت گیرد (۲).

در مقابل، هستند مفسرانی که عدم ذکر قید «منهما» را تنها به خاطر روشن بودن اعتبار آن می دانند و نه به خاطر عدم اعتبار آن. بنا بر این، همان گونه که رضایت پدر و مادر در از شیر گرفتن کودک شرط است، مشورت آن دو نیز با یکدیگر برای این منظور، ضروری بوده، تصمیم هر یک از آنها بدون موافقت دیگری، بی اثر است (۳).

البته واضح است که در هر دو صورت، چه طرف این مشورت، پدر و مادر باشند یا شخص دیگری؛ این مشورت می باید در راستای تأمین منافع و مصالح کودک باشد (۴).

مشورت پس از رضایت: قرار گرفتن مشورت پس از رضایت، نشانگر این مطلب است که هر توافقی که میان پدر و مادر در این باره به وجود آید، کافی نیست؛ چرا که احتمال سود جویی هر دوی آنها در رضایت به این کار وجود دارد، پدر می خواهد شانه از زیر بار مالی آن خالی کند و مادر نیز می خواهد به زندگی فردی خود پرداخته، از پیوستگی کودک به خود رهایی یابد.

بنابر این، تنها رضایت آنها کافی نبوده، بلکه باید این رضایت به خاطر مصالح کودک باشد، مصالحی که راه به دست آوردن آن، مشورت کردن است (۵) تا از این ناحیه گزندی به کودک وارد نشود (۶).

ص: ۱۴۸

۱- پرتوی از قرآن، ۲/۱۵۶؛ همچنین ر.ک: زبده البیان، ص ۵۶۰.

۲- تفسیر راهنما، ۲/۱۳۴.

۳- الصناعی، المصنف، ۷/۵۸، شماره ۱۲۱۷۵؛ زاد المسیر، ۱/۲۴۲.

۴- مرحوم طبرسی در این باره می نویسد: «انما بشرط تراضیها و تشاورهما مصلحه للولد لأن الوالد هتعلّم من تربیه الصبی ما لا یعلمه الوالد، فلو لم یتفکروا و یتشاوروا فی ذلك أذی إلى ضرر الصبی»؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳.

۵- مواهب الرحمن، ۴/۵۸.

۶- نحاس، احکام القرآن، ۱/۲۲۰.

از آنچه گذشت، به خوبی به دست می آید که امر جدا سازی کودک از شیر مادر، می باید با توافق پدر و مادر انجام پذیرد و نظر هیچ یک از آن دو بر دیگری ترجیحی ندارد. بنابر این، اولویت دادن به نظر مادر و تابع بودن پدر در این خصوص، مبنای قرآنی ندارد.

در تفسیر احسن الحدیث در این باره آمده است: «از تراض - تشاور معلوم می شود که حق حضانت مادر در نظر است، یعنی اگر مادر بخواهد شیر مورد نظر پدر را بدهد، حق با اوست و در آن مدت پدر فقط با رضایت مادر می تواند طفل را از او بگیرد و به دایه بدهد»^(۱).

دیدگاه ما: به نظر ما، این جمله از آیه، در مقام بیان روش گرفتن کودک از شیر مادر

خود، پیش از رسیدن به دو سال است. بنابر این، منظور از «فصال»، همان «فطام» است، آن هم نه از هر شیری، بلکه از شیر مادر خود و نه پیش و پس از دو سال، بلکه تنها پیش از دو سال.

این مطلب را می توان از روایات وارد در این مسأله نیز به دست آورد. در این روایات، «فصال» به «فطام» معنا و «فطام» بر انتهای دو سال منطبق؛ همچنین زمان «فصال»، پیش از دو سال دانسته شده است.

اینک به برخی از این روایات که مضمون آنها در خلال بحث های گذشته، مورد بررسی قرار گرفت، توجه کنید:

روایت حلبی: «لیس للمراه أن تأخذ فی رضاع ولدها أكثر من حولین کاملین، إن أرادا الفصال قبل ذلک عن تراض منهما فهو حسن»^(۲)، زن نمی تواند برای شیر دادن بیش از دو سال کامل، مزدی بگیرد، اگر خواستند با رضایت هم پیش از این، کودک را از شیر بگیرند، کار خوبی است؛

روایت فضل بن عبد الملک: «الرضاع قبل الحولین قبل أن یفطم»^(۳)، رضاع پیش از دو سال و پیش از گرفتن از شیر است؛

ص: ۱۴۹

۱- احسن الحدیث، ۱/۴۳۵.

۲- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۵.

۳- الکافی، ۵/۴۴۳، شماره ۲.

روایت دعائم الاسلام: «ما كان في الحولين فهو رضاع ولا رضاع بعد الفطام»^(۱)، آنچه که در میان دو سال باشد، رضاع به حساب می آید و رضاع پس از گرفتن از شیر به وجود نمی آید؛

روایت حماد بن عثمان: «لا رضاع بعد فطام، قال: قلت: جعلت فداك، و ما الفطام؟ قال: الحولان

اللذان قال الله عزوجل»^(۲)، رضاع پس از فطام حاصل نمی شود، گفتم: فدایت شوم، منظور از فطام چیست؟ فرمود: همان دو سالی که خدای عزوجل فرموده است؛

روایت ابی بصیر: «لیس لها أن تأخذ فی رضاعه فوق حولین کاملین، فإذا أرادا الفصال قبل ذلك عن

تراض منهما، كان حسنا و الفصال هو الفطام»^(۳)، مادر حق ندارد برای شیر دادن بیش از دو سال، مزدی بگیرد، پس اگر خواستند با رضایت هم کودک را پیش از این از شیر بگیرند، کار خوبی است و منظور از فصال همان فطام است؛

روایت دعائم الاسلام: «لیس لها أن تأخذ فی رضاعه فوق حولین کاملین، فإن أرادا فصلاً عن تراض منهما كما قال الله عزوجل، كان ذلك إلهما. و الفصال الفطام»^(۴)، مادر حق ندارد برای شیر دادن بیش از دو سال، مزدی بگیرد، پس اگر خواستند با رضایت هم کودک را پیش از این از شیر بگیرند، آن چنان که خداوند فرموده است، اختیار آن به دست ایشان است و فصال همان فطام است.

همچنین، به نظر می رسد که عدم ذکر قید «منهما» پس از فعل «تشاءور» تنها به خاطر آشکاری اعتبار آن بوده است و نه به خاطر تعمیم در مشورت پدر و مادر با دیگران؛ گرچه مشورت پدر و مادر با یکدیگر چون به منظور تشخیص مصالح و منافع کودک صورت می پذیرد، چنانچه خود در این مورد از اهل تشخیص نباشند، به طور طبیعی مبتنی بر مراجعه به صاحب نظران و کارشناسان امر تغذیه کودک، خواهد بود.

صرف نظر از آنچه گفته شد، بررسی دو مطلب درباره معنای این جمله حایز اهمیت است:

ص: ۱۵۰

۱- دعائم الاسلام، ۲/۲۴۱، شماره ۹۰۳.

۲- الکافی، ۵/۴۴۳، شماره ۳.

۳- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۰۹، شماره ۴۷۸۸؛ الکافی، ۶/۱۰۳، شماره ۳.

۴- دعائم الاسلام، ۲/۲۹۰، شماره ۱۱۰۹.

با توجه به آنچه گذشت، بی مناسبت نخواهد بود که نسبت میان دو جمله «والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن أراد أن یتم الرضاعه» و «فان ارادا فصالا عن تراض منهما و تشاور فلا جناح علیهما» را بررسی کنیم.

همان گونه که پیش از این گذشت، بسته به اینکه فاعل فعل «أراد» را در جمله اول، چه کسی بدانیم، دو معنا برای جمله نخست قابل تصور است:

مادر و خواستِ خود: «مادری که بخواهد دوره شیردهی را تمام کند، فرزند خود را دو سال تمام شیر می دهد».

بر فرض پذیرش این معنا، مادر اگر نخواهد دوره شیردهی را به پایان رساند، می تواند فرزند خود را دو سال کامل شیر ندهد؛ یعنی تعیین زمان دوره شیر دادن کودک، بر عهده مادر است.

تصمیم مادر به شیر ندادن کودک خود، در واقع به معنای از شیر گرفتن کودک و تحقق یافتن «فصال» است، بدون نیاز به مشورت با پدر و رضایت او، و حال آنکه در جمله دوم، «فصال» مبتنی بر رضایت و مشورت والدین شده است.

مگر اینکه بگوییم آنچه موضوع بحث جمله اول است، خواست مادر در تکمیل و عدم تکمیل دوره شیردهی توسط خود اوست که می تواند کس دیگری جایگزین او شود، ولی موضوع بحث در جمله دوم، گرفتن کودک از هر شیرینی است چه شیر مادر باشد و چه غیر مادر که البته این خلاف ظاهر آیه است چون «فصال» نسبت به چیزی است که پیش از این بود، یعنی شیر دادن مادر.

مادر و خواستِ پدر: «مادر دو سال کامل فرزند خود را شیر می دهد برای پدری که از او چنین می خواهد».

بنابر این معنا، تصمیمگیری درباره تکمیل دوره شیردهی کودک تا بیست و چهار ماه بر عهده پدر است. اگر پدر بخواهد، مادر موظف است با تأمین هزینه های زندگی اش، کودک را دو سال کامل شیر دهد و اگر پدر نخواهد، به خودی خود کودک از شیر گرفته

می شود؛ بدون نیاز به رضایت و مشورت با مادر، با اینکه در جمله دوم، این امر موکول به

رضایت و مشورت هر دوی آنها شده است.

این ناسازگاری ظاهری میان مضمون این دو جمله از آیه کریمه، باعث شده است که مفسران در مقام حل آن برآیند.

شوکانی برای از میان برداشتن این اشکال، دو راه حل پیشنهاد می کند: ۱- فاعل در جمله «لمن أراد أن يتم الرضاعة»، پدر و مادر هر دو باشند ۲- فاعل در آن جمله یکی از

پدر و مادر باشد ولی با این وصف که تنها یکی از آنها زنده باشد یا اینکه شخص دیگری غیر از مادر، عهده دار شیر دادن کودک باشد (۱).

از سوی دیگر، مفسرانی چون قتاده و ربیع بن انس، برای حل این مشکل به نسخ حکم جمله اول به واسطه جمله دوم معتقد شده اند (۲)، به این معنا که چون گرفتن کودک از شیر مادر قبل از دو سال، به او آسیبی وارد نمی سازد، نیازی نیست که مادر دو سال تمام

فرزند خود را شیر دهد (۳).

ابن جوزی احتمال نسخ را در این آیه مردود دانسته، از آن چنین پاسخ می دهد: خدای متعال با گفتن دو جمله «لمن أراد أن يتم الرضاعة» و «فإن اراداً فصلاً»، شخص را

بین یکی از دو انتخاب، آزاد گذاشته است؛ پس تعارضی میان آنها نیست (۴).

نسبت میان رضاع و فصال در روایات

نسبت میان جمله «فإن أراداً فصلاً عن تراض منهما و تشاور فلاجناح علیهما» با روایاتی که کمینه شیردهی را بیست و یک ماه می داند.

این جمله به ظاهر خود بر این مطلب دلالت دارد که گرفتن کودک از شیر، تنها به دو عامل رضایت و مشورت بستگی دارد. بنابراین، با تحقق یافتن این دو عامل، «فصال»

ص: ۱۵۲

۱- فتح القدير، ۱/۲۴۶.

۲- ابن حزم، الناسخ و المنسوخ، ص ۲۹، شماره ۲۲؛ ابن بارزی، ناسخ القرآن و منسوخه، ۱/۲۴؛ زادالمسیر، ۱/۲۴۱؛ تفسیر آسان، ۲/۷۵.

٣- كرمى، الناسخ و المنسوخ، ١/٧٢.

٤- نواسخ القرآن، ص ٨٩؛ زاد المسير، ١/٢٤١.

امری است جایز، بدون دخالت عامل زمان در آن و حال آنکه بر اساس دو روایت معتبری که پیش از این درباره آن صحبت کردیم، مادر موظف به شیر دادن کودک خود تا بیست و یک ماه است.

حال این سؤال مطرح است که آیا در از شیر گرفتن کودک، ضابطه معینی وجود دارد یا این امر بسته به میزان توانمندی جسمی کودک متغیر است (۱)؟

توجه به این مطلب، باعث شده است که دو احتمال در زمان «فصال» میان مفسران مطرح شود:

فصال بدون محدودیت زمانی: برای گرفتن کودک از شیر مادر، هیچ محدودیت زمانی وجود ندارد و هر زمانی که پدر و مادر با مشورت با هم، به این نتیجه رسیدند که

کودک خود را از شیر بگیرند، می توانند چنین کاری را انجام دهند (۲).

مرحوم علامه طباطبایی در این باره می نویسد: «حضانت و رضاع امری واجب و غیر قابل تغییر نیست، بلکه حقی است که مادر می تواند آن را رها کند. بنابر این، جایز است

که پدر و مادر با مشورت با یکدیگر، راضی به از شیر گرفتن کودک شوند (۳).

فصال پس از کمینه شیردهی: قرار گرفتن بحث گرفتن کودک از شیر پس از بحث اتمام دوره دو ساله شیردهی، بیانگر این مطلب است که «فصال» به شرط وجود رضایت و مشورت پدر و مادر، نسبت به دوره تکمیل شیردهی یعنی فاصله سه ماهه بین بیست و یک تا بیست و چهار ماه است و نه پیش از آن؛ بنابر این، رعایت حد اقل زمان شیردهی بر پدر و مادر ضروری است.

مرحوم نجفی در این باره می نویسد: «کاهش مدت شیردهی به بیست و یک ماه مشروط به رضایت پدر و مادر و مشورت آنهاست، زیرا اگر تنها پدر مایل به این کار باشد

ولی مادر راضی نباشد، مادر استحقاق دریافت دستمزد را دارد» (۴).

ص: ۱۵۳

۱- الکاشف، ۱/۳۶۵.

۲- منهج الصادقین، ۲/۲۹.

۳- المیزان، ۲/۲۵۱.

به نظر ما مشورت و رضایت پدر و مادر برای از شیر گرفتن کودک تنها در فرضی صحیح است که کمینه شیردهی یعنی بیست و یک ماه رعایت شده باشد؛ بنابراین، برای تکمیل یا عدم تکمیل دوره شیردهی تا بیست و چهار ماه است که می تواند این مشورت و رضایت موضوعیت پیدا کند؛ حال چه خود مادر مستقیم عهده دار انجام این مسئولیت باشد، یا با سپردن کودک به دایه، این عمل از سوی زن دیگری تحقق پذیرد.

بر این اساس، گرچه اختیار تعیین مادر یا دایه برای اصل یا تکمیل شیردهی به کودک بر عهده پدر کودک، است؛ اما پدر در از شیر گرفتن کودک نمی تواند بدون مشورت و رضایت مادر اقدامی انجام دهد.

از جمله مشکلات زندگی کودکان که در همه جوامع کم و بیش به آن بر می خوریم، مسأله شیر دادن به آنهاست.

تردیدی نیست که بهترین غذا برای کودک، شیر مادر است، اما به رغم این اهمیت، هستند مادرانی که به واسطه پاره ای مشکلات قادر به شیر دادن به کودک خود نبوده و یا

اگر توان آن را هم دارند، مایل به انجام آن نیستند.

ساده ترین راه برای حل این مشکل که از دیرباز طرفداران زیادی نیز داشته، یافتن عنصری جایگزین برای مادر و سپردن کودک به زن دیگری است که از نعمت شیر داشتن برخوردار است.

ویژگی های دایه: از آنجا که شیرخوردن کودک، افزون بر تأمین نیازهای غذایی، می تواند تأثیری شگرف بر روح و روان او به جا گذارد، در برخی از روایات بر دقت در انتخاب دایه تأکید فراوان شده است:

روایت غیاث بن ابراهیم: «انظروا من ترضع اولادکم فإنّ الولد یشبّ علیہ»^(۱)، بنگرید که چه کسی

کودکان شما را شیر می دهد، چرا که کودک با آن شیر پرورش می یابد؛

ص: ۱۵۵

روایت حمیری: «تَخَيَّرُوا لِلرَّضَاعِ كَمَا تَتَخَيَّرُونَ لِلنِّكَاحِ، فَإِنَّ الرِّضَاعَ يَغَيِّرُ الطَّبَاعَ»^(۱)، همچنان که در ازدواج، برای خود همسر برمی‌گزینید، برای شیر دادن به کودکان خود نیز زنانی را انتخاب کنید، چرا که شیر خوردن، طبیعت انسان را تغییر می‌دهد.

بنابر این، بسیار طبیعی است که قانونگذار برای انتخاب دایه، افزون بر توان شیردهی، عوامل دیگری چون سلامت عقل و جسم، پاکدامنی خانوادگی و زیبایی ظاهری را نیز مؤثر بداند.

روایت علی بن جعفر: «سَأَلْتَهُ عَنْ امْرَأَةٍ وَلَدَتْ مِنَ الزَّانَا، هَلْ يَصْلِحُ أَنْ يَسْتَرْضِعَ بِلَبْنِهَا؟ قَالَ: لَا يَصْلِحُ وَلَا لِبِنِ ابْنَتِهَا الَّتِي وَلَدَتْ مِنَ الزَّانَا»^(۲)، از امام علیه السلام پرسیدم آیا مناسب است که زن ولد الزنا را برای شیر دادن به کودک خود برگزینم؟ فرمود: نه او و نه دختر نامشروع او شایسته چنین کاری نیستند.

روایت صدوق: «لَا تَسْتَرْضِعُوا الْحَمَقَاءَ وَلَا الْعَمَشَاءَ، فَإِنَّ اللَّبْنَ يَعْدِي»^(۳)، زن نادان و دارای بیماری چشمی را برای شیر دادن انتخاب نکن، زیرا شیر سرایت می‌کند.

روایت محمد بن مروان: «اسْتَرْضِعْ لَوْلَدِكَ بِلَبْنِ الْحَسَانِ وَإِيَّاكَ وَالْقَبَاحَ، فَإِنَّ اللَّبْنَ قَدْ يَعْدِي»^(۴)، برای شیر دادن به کودک خود، زن خوش صورت را انتخاب کن و از زن زشت رو دوری کن، چرا که شیر می‌تواند سرایت کند.

روایت زراره: «عَلَيْكُمْ بِالْوَضَاءِ مِنَ الظُّوْرَةِ، فَإِنَّ اللَّبْنَ يَعْدِي»^(۵)، بر شما باد به دایه زیبا روی، چرا که شیر سرایت می‌کند.

البته روشن است که هیچ‌یک از این روایات در مقام مقایسه شیر مادر با شیر غیر مادر نیست، بلکه تنها برای انتخاب دایه معیارهایی را معرفی می‌کند که تأثیر آنها نیز دائمی

نخواهد بود؛ بنابر این، از این احادیث نمی‌توان استفاده کرد که شیر دایه خوش سیما برتر از شیر مادر زشت روست.

به خصوص که بر اساس روایات موجود، پرهیز از انتخاب برخی از زنان برای دایگی

ص: ۱۵۶

۱- قرب الاسناد، ص ۹۳، شماره ۳۱۲.

۲- مسائل علی بن جعفر علیه السلام، ص ۲۸۲، شماره ۷۱۱.

۳- عیون اخبار الرضا علیه السلام، ۱/۳۷، شماره ۶۷.

۴- الکافی، ۶/۴۴، شماره ۱۲.

۵- الکافی، ۶/۴۴، شماره ۱۳.

به خاطر وجود عوامل دیگری غیر از شیر آنهاست.

به عنوان مثال، درباره علت عدم انتخاب زن غیر مسلمان برای شیر دادن به کودک مسلمان آمده است:

روایت علی بن جعفر علیه السلام: «سألته عن الرجل المسلم هل يصلح له أن يسترضع ولده اليهودية و النصرانية و هنّ يشربن الخمر؟ قال: امنعهنّ من شرب الخمر ما أَرْضَعْنَ لَكُمْ» (۱)، از امام علیه السلام پرسیدم آیا مناسب است که مرد مسلمان برای کودک خود دایه یهودی یا مسیحی انتخاب کند در حالی که شراب

می خورند؟ فرمود: هنگامی که کودک شما را شیر می دهند، نگذارید شراب بخورند.

قرآن کریم مسأله دایه گرفتن برای کودک را در خلال دو آیه شرح داده است که اینک به بررسی آنها می پردازیم:

بررسی فقهی جمله «وَ إِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ»

اشاره

آخرین بحثی که پیرامون شیر دادن کودکان پس از جدایی پدر و مادر، در آیه ۲۳۳ سوره مبارکه بقره مورد بحث قرار گرفته است، گرفتن دایه به منظور شیر دادن به کودک است.

خداوند در این باره می فرماید: «و اگر خواستید برای کودکان خود، دایه بگیرید، باکی بر شما نیست، به شرط آنکه چیزی را که پرداخت آن را به عهده گرفته اید، به طور

شایسته بپردازید».

«وَ إِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ»

اولین و شاید مهم ترین پرسشی که می تواند در باره این جمله مطرح شود، این است که مخاطب آن، کیست؟ آنان که اگر بخواهند، می توانند برای کودک خود دایه بگیرند، چه کسانی هستند؟

در متون تفسیری به منظور پاسخگویی به این سؤال، چند احتمال مطرح شده است:

ص: ۱۵۷

احتمال اول، پدران(۱): بیشتر مفسران بر این عقیده اند که مخاطب این آیه پدران هستند، یعنی خداوند حق گرفتن دایه برای کودک را به ایشان واگذار کرده است زیرا تأمین نفقه و هزینه های کودک بر عهده ایشان است(۲).

شرایط گرفتن دایه: گرچه در این جمله، شرطی بجز پرداخت اجرت، مطرح نیست ولی جای این پرسش هست که آیا پدر هر زمان که بخواهد، می تواند کودک را از مادر خود گرفته، برای شیر خوردن به دایه بسپارد یا اینکه منوط به شرایط خاصی است؟

به این سؤال، پاسخ های متفاوتی داده شده است:

۱- رضایت مادر: گرفتن دایه برای کودک، نظیر از شیر گرفتن او، مشروط به دو شرط

رضایت و مشورت است. یعنی با رضایت و مشورت با مادر است که پدر می تواند کودک خود را به دایه بسپارد(۳).

به عبارت دیگر، چون در صدر آیه، حق اصلی شیر دادن به مادر داده شده است، دایه گرفتن پدر در صورتی جایز خواهد بود که این حق ضایع نشود و باز داشتن مادر از شیر دادن کودک خود، مصداقی از این تضييع حق است؛ پس باید با رضایت مادر و

مراعات حق اولویت او، به سراغ دایه رفت(۴).

مرحوم طالقانی در این باره چنین استدلال می کند: «خطاب به پدرانی است که حق دایه گرفتن از آن آنها می باشد. این حق به قرینه پیوستگی آیه، در زمینه رضایت و مشورت باید باشد»(۵).

۲- ناتوانی مادر: سپردن کودک به دایه، زمانی جایز است که مادر به علت بیماری، بارداری یا نداشتن شیر، نتواند کودک خود را شیر دهد که در نتیجه، احتمال به خطر افتادن جان کودک وجود دارد یا به خاطر ازدواج و خواستن مزد بیشتر نخواهد که به

ص: ۱۵۸

۱- روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶؛ تفسیر شریف لاهیجی، ۱/۲۲۳؛ کشف الحقایق، ۱/۱۶۷؛ مخزن العرفان، ۲/۳۳۴؛ تفسیر آسان، ۲/۷۵؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳؛ مقتنیات الدرر، ۲/۷۶؛ تقریب القرآن، ۲/۸۶.

۲- الجدید، ۱/۲۸۶.

۳- الدر المنثور، ۱/۲۸۹.

۴- تفسیر راهنما، ۲/۱۳۴؛ تفسیر نمونه، ۲/۱۳۱.

۵- پرتوی از قرآن، ۲/۱۵۶.

وظیفه مادری خود عمل کند(۱).

دلیل این تقييد در اطلاق جواز استرضاع از غير مادر، اين است که بر اساس جمله «لاتضار والده بولدها و لامولود له بولده»، پدر نبايد در موضوع شير خوردن کودک، ضرري متوجه مادر سازد؛ بنا بر اين، در صورتی که مادر مايل به شير دادن به فرزند خود بوده و مانعی هم بر سر اين راه وجود نداشته باشد، پدر نمی تواند با سپردن کودک خود

به دايه، باعث رنجيدن مادر شود(۲).

۳- درخواست مزد بيشتر: گرفتن کودک از مادر و سپردن او به دايه حق پدر است و تفاوتی نمی کند که برای مادر مانعی وجود داشته باشد يا نداشته باشد، ولی استفاده از

اين حق، تنها در زمانی جايز است که مادر بيشتر از مزی که دايه می گيرد، طلب کند.

به عبارت ديگر، اگر مادر حاضر به شير دادن کودک خود مجاني يا با مزی کمتر از مزد دايه باشد، پدر مجاز به سپردن کودک به دايه نيست، در غير اين صورت، حق پدر در

گرفتن کودک از مادر و سپردن او به دايه محفوظ است(۳).

بعيد نيست بتوان بر اين مطلب به جمله «ان تعاسرتم فسترضع له اخري» از آيه ششم سوره مبارکه طلاق نیز استدلال کرد، چرا که بيشتر مفسران «تعاسر در رضاع» را به خواستن اجرت زيادی معنا کرده اند.

احتمال دوم، پدران و مادران: در میان مفسران هستند کسانی که معتقدند مخاطب جمله «اردم» تنها پدر کودک نيست، بلکه پدر و مادر، هر دو مخاطب اين خطاب هستند. لازمه چنين برداشتی اين است که سپردن کودک به دايه تنها زمانی امکان پذير است که اراده و خواست مشترک پدر و مادر به دنبال آن باشد(۴).

ص: ۱۵۹

۱- السنن الكبرى، ۷/۴۷۸؛ جامع البيان، ۲/۶۸۸-۶۸۹؛ تفسير خسروی، ۱/۳۰۵؛ روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶.

۲- صحيح بخاری، ۶/۱۹۲؛ منهج الصادقين، ۲/۲۹؛ الوجيز، ۱/۱۹۱.

۳- زاد المسير، ۱/۲۴۳؛ منهج الصادقين، ۲/۲۹؛ تفسير شريف لاهيجی، ۱/۲۲۳.

۴- تفسير قرطبي، ۳/۱۷۲؛ تفسير ثعالبی، ۱/۴۷۱.

ابن کثیر، گرچه اتفاق نظر پدر و مادر را در سپردن کودک به دایه معتبر می داند ولی انجام آن را مشروط به تحقق یکی از دو کار می داند: عذر داشتن مادر یا عذر داشتن پدر(۱).

احتمال سوم، پدران و کسانی که به استرضاع محتاج هستند(۲): برخی از مفسران

ضمن پذیرش مخاطب بودن پدران در جمله «ان اردتم»، با اضافه کردن جمله «کسانی که به استرضاع احتیاج دارند»، در معنای حاصل از آن توسعه ایجاد کرده اند.

حال باید دید غیر از پدر چه کس دیگری به استرضاع و گرفتن دایه برای کودک، نیازمند است؟ آیا این جمله توضیحی و توصیف دیگری از واژه «پدر» است یا اینکه تأسیسی - احترازی و مبین دخالت شخص دیگری غیر از پدر در مسأله استرضاع است؟

لازم به یادآوری است که در برخی از متون تفسیری این احتمال نیز مطرح شده است که موضوع این بخش از آیه، یعنی استرضاع، تنها منحصر به گرفتن دایه نمی شود، بلکه

در برگیرنده مادر و غیر مادر، هر دو می شود(۳).

«إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ»

این جمله، شرطی است نسبت به جمله پیش از آن، یعنی جواز گرفتن دایه برای کودک توسط پدر، مشروط به تحقق این شرط است.

در اینکه منظور از این جمله چیست، میان مفسران اختلاف نظر است:

نظریه اول، دادن مزد به مادر: بنا بر این احتمال، شرط جواز سپردن کودک به دایه،

پرداخت مزد مادر است؛ مزد زمانی که کودک خود را شیر می داده است(۴)؛ یعنی زمانی

که پس از آن شیر مادر قطع شده(۵) یا پدر به واسطه عذری که داشته برای کودک خود

ص: ۱۶۰

۱- تفسیر ابن کثیر، ۱/۲۹۱.

۲- مواهب علیه، ۱/۸۹؛ منهج الصادقین، ۲/۲۹؛ تفسیر اثنی عشری، ۱/۴۱۵.

۳- الصنعانی، المصنف، ۷/۶۱، شماره ۱۲۱۸۸؛ الدر المنثور، ۱/۲۸۹.

۴- زاد المسیر، ۱/۲۴۳.

شخص دیگری را برای شیر دادن انتخاب کرده است(۱).

این مطلب در متون تفسیری به شکل های گوناگونی بیان شده است: وقتی حق گذشته مادر را به طور شایسته بپردازید(۲)؛ وقتی بدهید به مادر مزد شیر دادنش را به اندازه ای که شیر داده است(۳)؛ وقتی که داده شود اجره المثل مادر به اندازه ای که شیر داده است(۴)؛ وقتی حق مادر نسبت به مدتی که او شیر داده است، طبق عادت و عرف پرداخته شود(۵).

نظریه دوم، دادن مزد به دایه: اگر این احتمال را بپذیریم، وقتی سپردن کودک به دایه جایز است که پدر متعهد شود مزد دایه را بپردازد(۶).

مفسران این مطلب را با عبارتهایی چنین توضیح داده اند: وقتی تسلیم کنید به دایه، آنچه را که به مادران می دادید(۷)؛ وقتی بدهید به زنان دایه، آنچه را که می خواستید به مادران بدهید(۸)؛ وقتی تسلیم کنید به دایه ها آنچه را که می خواستید به ایشان بدهید(۹).

نظریه سوم، پذیرش سپردن کودک به دایه: گروهی از مفسران با فاصله گرفتن از بحث مزد و اجرت شیردهی، سپردن کودک به دایه را مشروط به پذیرش آن از سوی پدر و مادر دانسته اند(۱۰).

یعنی هرگاه پدر و مادر با یکدیگر مشورت کرده و هر دو با رضایت هم و از روی خیرخواهی تصمیم به گرفتن دایه برای کودک خود بگیرند، سپردن کودک به دایه جایز است(۱۱).

ص: ۱۶۱

-
- ۱- جامع البیان، ۲/۶۸۹-۶۹۰.
 - ۲- انوار العرفان، ۴/۲۱۴.
 - ۳- روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶.
 - ۴- التبیان، ۲/۲۵۵؛ الکاشف، ۱/۳۶۵.
 - ۵- تفسیر نمونه، ۲/۱۳۱.
 - ۶- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: جامع البیان، ۲/۶۹۰؛ زاد المسیر، ۱/۲۴۳؛ تفسیر ثعالبی، ۱/۴۷۱؛ فتح القدر، ۱/۲۴۷؛ روض الجنان و روح الجنان، ۳/۲۸۶؛ التبیان، ۲/۲۵۵.
 - ۷- تفسیر شریف لاهیجی، ۱/۲۲۳.
 - ۸- منهج الصادقین، ۲/۲۹.
 - ۹- تفسیر شریف لاهیجی، ۱/۲۲۳؛ تفسیر روان جاوید، ۱/۲۹۲.
 - ۱۰- التبیان، ۲/۲۵۵.
 - ۱۱- جامع البیان، ۲/۶۹۰؛ فتح القدر، ۱/۲۴۷؛ مجمع البیان، ۱/۳۳۳.

توجه به این نکته حایز اهمیت است که بنا بر هریک از دو احتمال اول و دوم، خطاب «اذا سلمتم» تنها متوجه مردان (پدران) است (۱) ولی بنا بر احتمال سوم، مخاطب «اذا سلمتم» تنها پدر نیست، بلکه پدر و مادر هر دو را در بر می گیرد (۲).

نظریه چهارم، تسلیم امر خداوند شدن: سیوطی معتقد است معنای جمله این است که در مسأله مزد زنان شیرده، تسلیم فرمان خداوند شوید (۳).

نظریه پنجم، تعهد به آسیب نزدن: نحاس بر خلاف سایر مفسران بر این باور است

که معنای جمله مزبور این است که می توانید کودکان خود را به دایه بسپارید، هر گاه بپذیرید که باید آسیب زدن را ترک کنید (۴).

«بالمعروف»

در خلال مطالب گذشته، به طور ضمنی واژه «بالمعروف» نیز معنا شد، ولی در برخی تفاسیر معانی خاصی برای آن نیز آمده که از این قرار است: ۱- بهترین چیز (بهترین چیز

را به دایه بدهید تا دلخوش شده، از کودک بهتر رسیدگی کند (۵) ۲- مال حلال (مال حلال که به مزاج و خوی طفل سودمندتر است (۶) ۳- اجرت المثل (کمتر از اجرت المثل به دایه ندهید مگر با رضایت او (۷) ۴- بیشتر از مزد دایه او به دادن (۸) ۵- به نیکی و زیبایی دادن و ظلم نکردن (۹).

خداوند پس از بیان این مطلب که پدر می تواند برای کودک خود دایه بگیرد، در قالب توصیه ای اخلاقی به پدران می فرماید: «وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ».

قرآن با گفتن این دو جمله، یعنی فرمان کلی در لزوم رعایت تقوای الهی و هشدار به احاطه مطلق خداوند بر اعمال و رفتار انسانها؛ مسلمانان را پند و اندرز می دهد.

ص: ۱۶۲

۱- تفسیر ثعالبی، ۱/۴۷۱.

۲- تفسیر قرطبی، ۳/۱۷۳؛ تفسیر ثعالبی، ۱/۴۷۱.

۳- الدر المنثور، ۱/۲۸۷.

۴- نحاس، احکام القرآن، ۱/۲۲۱.

۵- تفسیر عاملی، ۱/۴۵۸.

۶- تفسیر عاملی، ۱/۴۵۸.

۷- اطیب البیان، ۲/۴۶۹.

٨- الدر المنثور، ١/٢٨٧.

٩- جامع البيان، ٢/٦٩٢.

گرچه سفارش قرآن به مراعات پرهیزگاری مطلبی است که در فهم آن، نیازی به انطباق آن بر مورد خاصی نیست، ولی برخی از مفسران کوشیده اند متناسب با جملات پیشین، این جمله را معنا کنند.

بنابر این، دعوت به پرهیزگاری، تأکیدی است زیاده از حد بر محافظت از قوانین دینی

در دو حوزه کودکان و مادران شیرده (۱) و ضامن اجرایی آنهاست (۲).

به برخی از این تعابیر توجه کنید: بترسید از خدا در باز گرفتن مزد مزدوران (۳)، بترسید از خدا از کوتاهی در امور فرزندان خردسال (۴).

همچنین اگر بخواهیم آگاهی و اطلاع خداوند را از آنچه انسانها انجام می دهند بر حوزه کودکان و مادران شیرده منطبق کنیم، باید این جمله را چنین معنا کنیم: «بدانید خداوند به آنچه در رضاع، فصال و استرضاع انجام می دهید، بینا است» (۵).

دیدگاه ما: به نظر ما این جمله از آیه کریمه بیانگر این مطلب است که پدر می تواند با گرفتن دایه، دوره شیردهی کودک را تکمیل کند. به عبارت دیگر، همچنان که پدر می تواند از مادر بخواهد دوره بیست و چهار ماهه شیردهی را تکمیل کند «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ»، می تواند انجام این وظیفه را از شخص دیگری غیر از مادر نیز بخواهد «وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ».

البته واضح است که در هر دو صورت، پدر موظف به پرداخت حقوق مادر است، چه مادر دو سال کامل این وظیفه را بر عهده داشته باشد، «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» و چه پدر برای تکمیل دوره شیردهی، کودک را به دایه بسپارد، چرا که به هر حال، حق مادر به اندازه ای که کودک خود را شیر داده، محفوظ است و نباید گرفتن دایه به منظور فرار از پرداخت حق مادر باشد، «إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ».

ص: ۱۶۳

۱- الصافی، ۱/۲۳۹.

۲- احسن الحدیث، ۱/۴۳۵.

۳- مواهب علیہ، ۱/۸۹.

۴- منهج الصادقین، ۲/۲۹.

۵- مواهب علیہ، ۱/۸۹؛ منهج الصادقین، ۲/۲۹.

اما اگر پدر و مادر با مشورت با یکدیگر به این نتیجه رسیدند که با توجه به وضعیت

جسمانی کودک، تکمیل دوره شیردهی ضرورتی نداشته، سلامت کودک از این جهت به خطر نمی افتد؛ می توانند درباره از شیر گرفتن کودک، تصمیمگیری کنند «فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا».

بنابر این، تصمیمگیری درباره تکمیل دوره شیردهی پس از جدایی پدر و مادر از یکدیگر بر عهده پدر است، کاری که می تواند هم توسط مادر انجام شود و هم توسط زن دیگری غیر از او؛ اما تصمیمگیری درباره از شیر گرفتن کودک، بر عهده پدر و مادر با هم

است.

طبری این مطلب را چنین توضیح می دهد: «اگر تصمیم گرفتید که برای فرزندان خود دایه بگیرید تا دوره شیر خوردن آنها تمام شود در حالی که پدر و مادر بر گرفتن کودک از

شیر به توافق نرسیده و آن را به مصلحت خود ندانستند، مانعی ندارد که برای کودک خود دایه انتخاب کنید اگر مادر به هر دلیلی حاضر به شیر دادن نشود و شما هم حقوق مادر و دایه را به شایستگی پرداخت کنید»^(۱).

ذکر این نکته نیز حایز اهمیت است که رفتار پدر و مادر با یکدیگر، پس از جدایی، نباید به گونه ای باشد که با بهانه کردن کودک، شیر دادن و تأمین هزینه های آن، وسیله ای

باشد برای فشار آوردن بر یکدیگر و انتقامجویی پنهان از هم «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ»؛ چرا که تکالیف دینی همیشه متناسب با توانمندی های انسان هاست،

پس نمی توان از پدر چیزی را خواست که قادر به انجام آن نیست «لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا».

حاصل آنکه شاید بهترین ترجمه برای آیه مورد بحث این باشد: «مادران باید فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند در صورتی که پدر خواستار دو سال باشد. پدر باید در این مدت خوراک و لباس زن را بدهد. البته به اندازه توانایی خود، چون هرکس به

ص: ۱۶۴

قدر قدرت خویش وظیفه دارد، زن نمی تواند به واسطه فرزندش به مرد ضرر رساند ... همچنین مرد را نرسد که به واسطه فرزند به زن ضرر برساند ... و اگر مادر حاضر به شیر

دادن نباشد، مانعی نیست که پدر دایه ای بگیرد به شرط آنکه اجرت معین و متعارف دایه

را بپردازد. و هرگاه پدر از دنیا برود وارث او مکلف است اجرت شیر دادن را (از مال طفل) بدهد»(۱).

بررسی فقهی جمله «وَإِنْ تَعَاوَزْتُمْ فَسَنْزِعُ لَهُ أُخْرَى»

گرچه قرآن زن و مرد را به انجام رفتاری شایسته با یکدیگر فرا خوانده است - همچنان که پیش از این با جمله «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ» نیز بر آن تأکید

ورزیده بود - ولی نمی توان از این واقعیت نیز چشم خود را فرو بست که هستند مردان و زنانی که از این اصل عقلایی پیروی نکرده، رفتار خود را بر آسیب زدن به یکدیگر استوار می کنند.

حال که چنین است، می باید برای سامان بخشیدن به روابط آنها در مورد شیر دادن کودک پس از جدایی از هم، راهکاری مناسب پیشنهاد کرد.

گرچه احتمال بهانه جویی از هریک از زن و مرد متصور است، ولی چون زن عرضه کننده خدمتی است که پدر به طور طبیعی به آن نیازمند است - چرا که نمی تواند نسبت به غذای کودک شیرخوار خود بی تفاوت باشد - بنابر این، با ملاحظه رابطه میان عرضه و تقاضا، احتمال سختگیری از سوی مادر بیشتر بوده، می تواند با بالا بردن میزان

دستمزد و سطح توقع خود یا خودداری از شیر دادن، پدر را تحت فشار قرار دهد.

به همین جهت است که قرآن برای حل این مشکل به پدر و مادر یادآور می شود که اگر بخواهند در مورد هزینه شیر دادن بر هم سخت بگیرند، دیگری او را شیر خواهد

داد(۲)، چرا که نمی شود از غذای کودک که زندگی اش به آن وابسته است، صرف نظر کرد.

ص: ۱۶۵

۱- احسن الحدیث، ۱/۴۳۵.

۲- زاد المسیر، ۸/۴۵؛ البصائر، ۴۷/۲۷۵.

البته واضح است که این جمله به ظاهر خبری خود، گرچه بیانگر این واقعیت است که چون نمی توان کودک را گرسنه رها کرد، پس کس دیگری او را شیر خواهد داد ولی معلوم است که تعیین و انتخاب چنین شخصی می باید توسط کسی انجام شود که ضمن حل مشکل غذایی کودک، هزینه های آن را نیز پرداخت کند.

بنابر این، جمله «وان تعاسرتم فسترضع له اخی» گرچه جمله ای است خبری، اما دارای معنای انشائی و امری بوده (۱)، دلالت بر این مطلب دارد که پدر باید زن دیگری غیر از مادر را برای شیر دادن کودک خود انتخاب کند (۲)؛ چرا که پدر نمی تواند همسر سابق خود را در صورت خودداری از شیر دادن، وادار به انجام آن کند (۳)؛ گرچه برخی از مفسران احتمال داده اند که اگر کودک، شیر زن دیگری را نپذیرد، پدر می تواند مادر را

وادار به شیر دادن کودک خود کند (۴).

به هر حال، از آنجا که جمله «وان تعاسرتم فسترضع له اخی» جمله ای است شرطی، جواز گرفتن دایه از سوی پدر، مشروط به تحقق «تعاسر» است؛ یعنی مادامی که «تعاسر» وجود نداشته باشد، پدر مجاز به سپردن کودک به دایه و محروم کردن مادر از شیر دادن کودک خود نیست و واضح است که «تعاسر» زمانی به وجود می آید که مادر حاضر نباشد کودک خود را بدون دریافت دستمزد یا با دستمزدی متعارف شیر دهد.

بنابر این، اگر مادر راضی به شیر دادن کودک خود با شرایط متعارف شود، دیگر موضوع «تعاسر» خود به خود از بین می رود؛ پس این ادعا که اطلاق جمله «وان تعاسرتم

فسترضع له اخی» قابل عمل نبوده، باید مقید به جایی شود که مادر حاضر به کار بدون دستمزد یا با دستمزد متعارف نباشد (۵)، کاملاً بی اساس است.

از آنچه تا کنون توضیح داده شد، چنین به دست آمد که اگر مادر برای شیر دادن

ص: ۱۶۶

۱- تفسیر قرطبی، ۱۸/۱۶۹؛ البصائر، ۴۷/۲۷۵.

۲- زاد المسیر، ۸/۴۵؛ تفسیر قرطبی، ۱۸/۱۶۹.

۳- جامع البیان، ۲۸/۱۸۹؛ تفسیر قرطبی، ۱۸/۱۶۹؛ البصائر، ۴۷/۲۷۵.

۴- جصاص، احکام القرآن، ۳/۶۱۹؛ البصائر، ۴۷/۲۷۵.

۵- البصائر، ۴۷/۳۲۳.

کودک خود، دستمزدی درخواست کند که برای پدر پرداخت آن به سادگی ممکن نباشد (تعاسر)، پدر می تواند کودک را به دایه بسپارد تا با دستمزدی کمتر از آنچه مادر می خواهد یا به صورت رایگان او را شیر دهد؛ پس این ادعا که منظور از تعاسر عدم رضایت مادر به پذیرش اجره المثل است (۱)، ادعایی است بدون دلیل.

حال این سؤال مطرح است که آیا عدم توافق پدر و مادر در تعیین میزان دستمزد شیردهی یا خودداری مادر از انجام آن به دلایل شخصی، مجوزی است برای جدا کردن کودک از مادر خود در خلال دوره بیست و چهار ماهه شیرخوارگی یا تنها کودک به دایه سپرده می شود تا شیر بخورد ولی حق مادر در همراه بودن با کودکش در این دوره دو ساله همچنان باقی است؟

پاسخ این سؤال را در بخش دوم این کتاب بررسی می کنیم.

ص: ۱۶۷

۱- الخلاف، ۳/۴۸۹؛ غنیه النزوع، ص ۲۸۵.

بخش دوم: بررسی مسایل حقوقی نگهداری کودکان (حضانت)

اشاره

پیشگفتار: نگهداری کودکان در قرآن کریم

فصل اول: مباحث مقدماتی

فصل دوم: مراحل نگهداری کودکان

فصل سوم: شرایط نگهداری کودکان

فصل چهارم: روابط پدر و مادر در دوره نگهداری کودک

فصل پنجم: نگهداری از سایر افراد

فصل ششم: کودکان در نظام برده داری

ص: ۱۶۹

اشاره

در بخش نخست توضیح داده شد که بنا بر تعالیم دینی، مادر موظف است تا بیست و یک ماه پس از تولد، کودک خود را شیر دهد؛ اما روشن است که کودک برای ادامه زندگی، افزون بر شیر خوردن، نیازمند به پاره ای از مراقبت ها نیز هست، مراقبت هایی که

می باید در شرایط عادی از سوی فردی که بیشترین پیوند عاطفی - جسمانی را با او دارد،

انجام پذیرد.

بحث از مراقبت و نگهداری کودک که در متون فقهی - حقوقی به آن «حضانت» گفته می شود، از دیرباز مورد توجه اندیشمندان مسلمان بوده، به لحاظ اهمیت و جایگاه برجسته ای که در شکل گیری و تنظیم روابط اجتماعی - خانوادگی انسان دارد، در خلال ابواب مختلف فقهی و همچنین احادیث خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام مورد بررسی قرار گرفته است.

کاربردهای قرآنی

اشاره

در قرآن کریم، گرچه ماده «حُضْن» و مشتقات آن به کار نرفته است، ولی بحث مراقبت از کودک و تأمین نیازمندی های او در دو مورد مطرح شده که در هر دوی آنها از

ماده «كفل» استفاده شده است، یکی در مورد حضرت موسی علیه السلام و دیگری در باره حضرت مریم علیهما السلام.

نظریه اول، نداشتن حقیقت شرعی

مطابقت با معنای لغوی

تعمیم در معنای لغوی

قرآن کریم در دو سوره «طه» و «قصص» به بیان ماجرای حضرت موسی علیه السلام می پردازد. در این دو سوره، خداوند پس از بیان اینکه مادر موسی با الهام غیبی، موسی

را به دریا انداخت و آسیه همسر فرعون او را از آب گرفت، یادآور می شود که موسی از خوردن شیر زنان دایه خودداری می کند و به توصیه خواهر وی، به خانواده اش برگرانده می شود؛ «إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ فَرَجَعْنَاكَ إِلَىٰ أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ» (۱)، آن هنگام که خواهر تو از آنجا گذر می کرد و می گفت: آیا می خواهید شما را به کسی راهنمایی کنم که از او نگهداری کند؟ بدین ترتیب تو را به مادرت برگرداندیم تا دیده اش روشن شود و اندوهگین نباشد؛ «وَ حَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَ هُمْ لَهُ نَاصِحَةٌ» (۲)، و از پیش، شیر دایگان را بر او حرام کردیم، پس [خواهرش به ایشان] گفت آیا راهنمایی کنم شما را به خانواده ای که برای شما از او نگهداری کنند و خیرخواه او باشند؟

از ملاحظه این آیات دو مطلب به روشنی به دست می آید:

نخوردن شیر از دایگان: همچنان که جمله «وَ حَرَّمْنَا عَلَيْهِ الْمَرَاضِعَ مِنْ قَبْلُ» دلالت دارد، به خواست الهی، موسی از پذیرش شیر هر زنی جز مادرش، خودداری می کند (۳).

بازگرداندن حضرت موسی علیه السلام به خانواده خود: بر اساس دو جمله «هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ

مَن يَكْفُلُهُ» و «هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ»، انگیزه بازگرداندن موسی علیه السلام به

خانواده اش، بر عهده گرفتن کفالت اوست؛ منتها این کفالت در جمله نخست به یک نفر اسناد داده می شود و در جمله دوم به یک مجموعه، یعنی خانواده موسی.

بنا بر این، می بایست در مفهوم کفالت، انجام کارهایی لحاظ شود که بخشی از آن ها توسط دایه انجام پذیر باشد و بخشی دیگر توسط سایر افراد یا دست کم، بخشی از آن کارها را دیگران نیز بتوانند انجام دهند که به خوبی می توان این مطلب را از جمله «وَ هُمْ

ص: ۱۷۲

۱- طه ۲۰ / ۴۰.

۲- قصص ۲۸ / ۱۲.

۳- التبیان، ۷/۱۷۳.

لَهُ نَاصِحُونَ» به دست آورد.

با ملاحظه همین جهت است که در متون تفسیری برای توضیح مفهوم کفالت، به انجام کارهایی از این دست اشاره رفته است: ۱- پرورش (تربیت) و شیر دادن (۱) ۲- نگهداری (حضانة) و شیر دادن (۲) ۳- زیر پر و بال (در آغوش) گرفتن کودک با نگهداری (حفاظت)، شیر دان و پرورش (تربیت) (۳) ۴- متعهد شدن به شیر دادن به کودک و انجام کارهای او (۴) ۵- کودک را پذیرفتن، او را به نیکی تربیت کردن و متعهد به انجام کارهای او بودن (۵) ۶- شیر دادن و او را زیر پر و بال گرفتن (۶) ۷- شیر دادن در برابر دستمزد (۷).

کفالت حضرت زکریا علیه السلام از مریم علیهما السلام

در سوره مبارکه آل عمران بحث به کفالت گرفتن مریم توسط زکریا مطرح شده است. خداوند پس از بیان چگونگی نذر همسر عمران و تولد مریم علیهما السلام، ابتدا بر این مطلب تأکید می کند که زکریا علیه السلام متکفل اداره زندگی او شد: «فَتَقَبَّلَهَا

رُبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَ أُنَبَّتَهَا

نَبَاتًا حَسِينًا وَ كَفَّلَهَا زَكْرِيَّا» (۸)، خداوند او را به نیکی پذیرفت و نهال وجود او را به نیکی پروراند و زکریا نگهداری او را بر عهده گرفت؛ سپس یادآور می شود که تعیین او به عنوان کفیل، بر اساس قرعه صورت پذیرفته است: «ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَ مَا كُنْتَ لَمَدِّيهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَ مَا كُنْتَ لَمَدِّيهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ» (۹)، این از خبرهای غیبی است که به تو وحی می کنیم و [گر نه] وقتی که آنان قلمهای خود را [برای قرعه کشی به آب] می افکندند تا

کدامیک سرپرستی مریم را به عهده گیرد، نزد آنان نبود؛ و [نیز] وقتی با یکدیگر کشمکش می کردند نزدشان نبود.

به هر حال، در توضیح این دو آیه، بررسی چند مطلب ضروری است:

ص: ۱۷۳

۱- مجمع البیان، ۷/۲۲.

۲- المیزان، ۱۴/۱۵۱.

۳- جامع البیان، ۱۶/۲۰۴.

۴- التبیان، ۸/۱۳۵؛ فتح القدير، ۴/۱۶۱.

۵- مجمع البیان، ۷/۴۲۰.

۶- زاد المسیر، ۵/۱۹۸.

٧- تفسير ابن كثير، ٣/١٥٥: «مَثَل الصانع الذي يحتسب في صنعته الخير كَمَثَل أم موسى ترضع ولدها و تأخذ أجرها».

٨- آل عمران ٣ / ٣٧.

٩- آل عمران ٣ / ٤٤.

مفهوم كفالت: در هر دو آیه بحث كفالت زكريا عليه السلام از مريم عليهما السلام مطرح است، ولی باید دید منظور از كفالت چیست؟

همچنان که پیشتر نیز گفتیم، مفسران در توضیح معنای كفالت زكريا عليه السلام از مريم عليهما السلام، احتمال هایی را کم و بیش نزدیک به هم، ذکر کرده اند: ۱- بر عهده گرفتن تأمین هزینه های

زندگی یک انسان (۱) ۲- تأمین هزینه های زندگی و انجام کارهای انسان (۲) ۳- زیر پر و بال قرار دادن (۳) ۴- تعهد به انجام کارهای انسان (۴).

دلیل اختلاف بنی اسرائیل: از آیه دوم چنین بر می آید که در به عهده گرفتن كفالت مريم، میان بزرگان بنی اسرائیل از یک سو و زكريا عليه السلام از سوی دیگر، اختلاف به وجود می آید که قرآن با تعجب از آن یاد می کند.

در اینکه چرا این اختلاف به وجود آمده و چرا قرآن از آن با تعجب یاد می کند، دو احتمال مطرح شده است:

اول، تعجب از تمایل همه بر كفالت مريم عليهما السلام: این تمایل ناشی از چند چیز می تواند باشد:

فضیلت مريم عليهما السلام: برخی از مفسران بر این باورند که جایگاه و منزلت معنوی مريم عليهما السلام و برخورداری وی از سجایای اخلاقی، عاملی است در ترغیب زكريا عليه السلام و سایر بزرگان بنی اسرائیل بر كفالت او (۵).

پیوند خویشاوندی و ملاحظات اجتماعی: گروهی از مفسران نیز معتقدند این اختلاف از آن جهت به وجود آمده است که زكريا خود را از دیگران در این کار سزاوارتر می دانست زیرا همسر او، خاله مريم عليهما السلام بود (۶)؛ و از سوی دیگر بزرگان بنی اسرائیل

ص: ۱۷۴

۱- التبیان، ۲/۴۴۶؛ مجمع البیان، ۲/۲۸۲؛ جصاص، احکام القرآن، ۲/۱۴.

۲- جصاص، احکام القرآن، ۲/۱۵.

۳- مجمع البیان، ۲/۲۸۳؛ جامع البیان، ۳/۳۲۸؛ نحاس، معانی القرآن، ۱/۳۸۸.

۴- مجمع البیان، ۲/۲۸۳؛ تفسیر قرطبی، ۴/۷۰.

۵- التبیان، ۲/۴۵۹؛ مجمع البیان، ۲/۲۹۲.

۶- التبیان، ۲/۴۶۰؛ فتح القدر، ۱/۳۳۹.

می گفتند: چون عمران پیشوا و بزرگ ایشان بوده و مریم نیز دختر اوست، از این جهت نسبت به سایر افراد در کفالت او اولویت دارند(۱) و روابط خویشاوندی نیز در این کار نقشی ندارد، چرا که اگر این روابط مؤثر بودند، می باید مریم به مادرش که نزدیک ترین

فرد به اوست، سپرده می شد(۲).

دوم، تعجب از عدم تمایل به کفالت مریم علیهماالسلام: برخی از مفسران این احتمال را مطرح کرده اند که تعجب قرآن از این جهت است که هیچ کس حاضر نبود کفالت مریم را بر عهده بگیرد و همه از پذیرفتن این کار شانه خالی می کردند، زیرا در آن سال، قحطی شده بود و کسی توان مالی چنین کاری را نداشت(۳).

زمان اختلاف: در اینکه چه زمانی میان زکریا و بنی اسرائیل در کفالت مریم اختلاف پیدا شد، سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول، هنگام ولادت: مادر مریم پس از زایمان، او را در پارچه ای پیچیده و بنا به نذری که کرده بود، به مسجد (کنیسه) آورد و گفت: این دختر من است، من خود به خاطر عوارض زایمان نمی توانم وارد مسجد شوم و از سویی نمی توانم او را با خود به خانه ببرم(۴)؛ بنابراین، از اهل کنیسه خواست که کسی کفالت او را بر عهده بگیرد.

احتمال دوم، زمان یتیم شدن: بر اساس برخی از روایات، زکریا پس از آنکه مریم یتیم شد، یعنی پدر و مادر خود را از دست داد(۵) یا پدرش را از دست داد(۶) یا مادرش را

پس از مرگ پدر از دست داد(۷)، با قرعه کفالت او را بر عهده گرفت.

احتمال سوم، زمان بلوغ: برخی از مفسران این احتمال را مطرح کرده اند که هنگامی که مریم به سن بلوغ رسید و زکریا از تربیت او ناتوان شد، بحث اختلاف بنی اسرائیل با زکریا مطرح شد(۸).

ص: ۱۷۵

۱- التبیان، ۲/۴۶۰؛ جامع البیان، ۳/۳۳۱.

۲- مجمع البیان، ۲/۲۸۳.

۳- التبیان، ۲/۴۶۰؛ مجمع البیان، ۲/۲۹۲.

۴- مجمع البیان، ۲/۲۹۲ و ۲۸۳؛ جامع البیان، ۳/۳۳۱.

۵- جامع البیان، ۳/۳۳۱.

۶- الصافی، ۱/۳۳۶؛ کنز الدقائق، ۲/۸۷.

۷- جامع البیان، ۳/۳۳۱.

به هر حال، پس از آنکه زکریا با قرعه، عهده دار کفالت مریم می شود، برایش خانه ای ساخته و دایه ای می گیرد؛ گرچه برخی نیز این احتمال را مطرح کرده اند که نگهداری از

کودک را تا رسیدن به سن بلوغ، به همسر خود و خاله او یعنی ام یحیی می سپارد، سپس برای او در مسجد محراب می سازد(۱).

نتیجه

از آنچه گذشت به خوبی روشن می شود که کفالت، دست کم در کاربرد قرآنی خود، در معنایی فراگیرتر از حضانت و نگهداری کودک به کار می رود؛ چرا که کفالت در این کاربرد، دربرگیرنده تمامی شئون زندگی یک انسان از شیر دادن تا تأمین هزینه های زندگی و انجام کارهای او می شود، بدون اینکه هیچ محدودیت زمانی داشته باشد، ولی حضانت از چنین گستردگی برخوردار نیست.

بنابر این، تعریف حضانت به کفالت و استناد به آیه «وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا»، سخنی ناروا است، زیرا مدعی چنین مطلبی هنگامی که می خواهد برای این ادعا مثالی ذکر کند، کفالت را از حضانت جدا کرده، زندگی پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله را با عمومی خود حضرت ابوطالب علیه السلام مصادیق کفالت و زندگی ایشان را با حلیمه سعدیه - دایه خود - در دوره شیرخواری از نمونه های حضانت دانسته است(۲).

ص: ۱۷۶

۱- مجمع البیان، ۲/۲۸۴.

۲- جواهر العقود، ۲/۱۸۹.

اشاره

پیش از ورود به مباحث مربوط به «حضانة» و بررسی احکام آن، توضیح چند مطلب ضروری است.

تعریف حضانة

اشاره

شرط نخست برای بررسی جایگاه فقهی مسأله «حضانة»، آشنایی با معنای لغوی این واژه و اطلاع از مفهوم آن در کاربردهای فقهی است.

تعریف لغوی

واژه «حضانة» در زبان تازی از ماده حَضَنْ يَحْضُنُ است. «حَضَنْ» در زبان عربی عبارت است از «حد فاصل زیر بغل تا تهیگاه» و به عبارت دیگر «سینه و دو بازو و آنچه مابین سینه و بازوست». این معنا را می توان در واژه «آغوش» خلاصه کرد.

بر این اساس، «حضانة» که از نظر ساختاری می تواند مصدر (۱) یا اسم مصدر باشد (۲)، عبارت است از «زیر بال گرفتن مرغ، تخم و جوجه را». اگر بخواهیم این معنا را در مورد

انسان نیز به کار ببریم، در این صورت می توان «حضانة» را چنین معنا کرد: «در کنار گرفتن کودک»، «پرورش دادن کودک»، «در بغل گرفتن کودک» (۳).

ص: ۱۷۷

۱- سبل السلام، ۳/۲۲۷.

۲- المصباح المنیر، ۱/۱۹۳.

۳- مبادی فقه و اصول، ص ۲۸۴.

توصیف «حضانة» با عبارت های بالا، گرچه معنایی را که از آن مورد نظر است به خوبی در ذهن شنونده ایجاد می کند، ولی شاید بتوان با ملاحظه کاربردهای روزمره این واژه، آن را به «دایگی کردن» و «پرستاری» معنا کرد (۱).

بنابر این: ۱- محور اصلی در معنای لغوی حضانة، حفظ و حراست است (۲)؛ پس نمی توان نتیجه حضانة را محافظت از کسی دانست که مستقل در کارهایش نیست (۳)، چرا که در این صورت نتیجه حضانة در معنای آن اخذ شده است.

۲- در مفهوم حضانة، تربیت دخالتی ندارد، گرچه ممکن است لازمه یا نتیجه حضانة از یک فرد، تربیت او نیز باشد؛ به همین جهت، تعریف «حضانة» به «تربیت» (۴) درست نیست، حتی اگر مستند چنین ادعایی سخن برخی از اهل لغت باشد (۵).

۳- حضانة به معنای لغوی خود، مفهومی است عام که شامل کودک و غیر کودک می شود، گرچه بارزترین نمونه آن صیانت و حفاظت از کودکان است؛ پس تعریف آن به «کفالت و سرپرستی کودک» (۶)، از آن جهت که جامع نیست، درست به نظر نمی رسد.

تعریف اصطلاحی

آیا برای «حضانة» در فقه اسلامی، تعریف خاصی وجود دارد یا این واژه به همان معنای لغوی خود در متون فقهی به کار رفته است؟

از بررسی آنچه در متون فقهی آمده است، به دو نظریه می توان رسید:

نظریه اول، نداشتن حقیقت شرعی: گروهی از فقها معتقدند برای واژه «حضانة» حقیقت شرعی وجود نداشته، در متون فقهی نیز به همان معنای لغوی خود به کار رفته

ص: ۱۷۸

۱- ر.ك: الصحاح، ۵/۲۱۰۱؛ لسان العرب، ۱۳/۱۲۲-۱۲۴؛ تاج العروس، ۹/۱۸۰-۱۸۱؛ لغت نامه دهخدا، حزن.

۲- كشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جامع المدارك، ۴/۴۷۱.

۳- جواهر العقود، ۲/۱۸۹.

۴- نهاییه المرام، ۱/۴۶۰.

۵- القاموس المحيط، ۴/۲۱۵: «حزن الصبی حزنًا و حضانة بالكسر جعله فی حزنه او رباه كاحتضنه»؛ الصحاح، ۵/۲۱۰۲: «حزن الطائر بیضه یحضنه، اذا ضمّه الی نفسه تحت جناحه و كذلك المرأة اذا حضنت ولدها و حاضنه الصبی التي تقوم علیه فی تربیته».

۶- جواهر العقود، ۲/۱۸۹.

است.

پیروان این نظریه، به دو شکل این مطلب را بیان کرده اند:

مطابقت با معنای لغوی: بر این اساس، حضانت در معنای فقهی خود به همان مفهوم لغوی آن به کار می رود.

به عنوان مثال، در پاره ای از کتب فقهی، حضانت به انجام این گونه اعمال و خدمات معنا شده است: «محافظة از کودک»، «شستشو و نظافت بدن و لباس های کودک» و «خواباندن کودک»^(۱).

البته واضح است که ذکر این موارد در تعریف حضانت، نه به این معناست که تحقق آن، تنها به انجام این کارهاست؛ بلکه این امور تنها بیان نمونه ای از وظایفی است که در

تحقق حضانت معتبر است.

به همین جهت، برخی از فقها، پس از برشمردن این موارد، عباراتی نظیر «و أشباه ذلك»^(۲) یا «الی آخر سائر ما یحتاج الیه»^(۳) را نیز اضافه کرده اند.

تعمیم در معنای لغوی: برخی از فقها با تعمیم دادن معنای لغوی، معتقدند که

حفاظت، حراست و تأمین نیازهای مادی - جسمانی کودک، تنها بخشی از حضانت او به حساب می آیند؛ چرا که علاوه بر این موارد، کودک نیازمند به تربیت نیز هست^(۴)؛ پس تربیت کودک نیز جزئی از معنای آن به حساب می آید^(۵).

ص: ۱۷۹

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۵ و ۳۱۱؛ ایضاح الفوائد، ۲/۲۷۳؛ جامع المقاصد، ۷/۲۴۶: «الحضانه عبارة عن حفظ الطفل و تعهده بغسله و غسل رأسه و ثيابه و خرقه و تطهيره من النجاسات و تدهينه و تكحيله و اضجاعه في المهد و ربطه و تحريكه في المهد لينام».

۲- تحرير الاحكام، ۱/۲۴۷.

۳- جامع المقاصد، ۷/۱۲۹؛ جواهر الكلام، ۲۷/۲۹۳.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۹۵: «حفظ الولد و تربيته و دهنه و كحله و غسل خرقه و تنظيفه و جعله في سريره و ربطه».

۵- فقه السنه، ۲/۳۳۸: «عرفها الفقهاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيره أو المعتوه الذي لا يميز و لا يستقل بأمره، و تعهده بما يصلحه و وقايته مما يؤذيه و يضره، و تربيته جسميا و نفسيا و عقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياه و الاضطلاع بمسؤولياتها».

این نظریه را می توان در این عبارت خلاصه کرد: «نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است» (۱).

نظریه دوم، داشتن حقیقت شرعی: بر خلاف آنچه گذشت، گروهی نیز با فاصله گرفتن از معنای لغوی، بر این عقیده اند که حضانت در اصطلاح فقهی به معنای «ولایت و سلطنت» است (۲). اما در توضیح اینکه این ولایت و سلطنت بر چه چیزی است، نظرات متفاوت، ولی نزدیک به هم داده شده است، چون: «ولایت و سلطنت بر تربیت کودک» (۳)، «ولایت تربیت، حفظ و رعایت» (۴)، «ولایت بر تربیت کودک و شستشوی لباس هایش» (۵).

وجه مشترک این سه تعریف در این است که حضانت را «ولایت بر تربیت» معرفی می کنند، ولی از برخی کلمات چنین بر می آید که «حضانت» ولایت بر تربیت نیست، بلکه حضانت ولایتی است که یکی از نتایج و فواید اعمال آن، تربیت است (۶).

بنابر این، بر اثر حضانت، شخص بر کودک، ولایتی پیدا می کند که به واسطه آن،

عهده دار تربیت و انجام آنچه مصلحت او به آن است می شود (۷)، که این مصالح عبارت اند از نظافت و محافظت بدن، شستشوی لباس، خواباندن و مانند آن (۸).

ناگفته نماند که سید عبد الله جزایری تربیت کودک را شامل حفظ و حراست از کودک، خواباندن او، و شستشوی بدن و لباس هایش می داند (۹).

به هر حال، اگر «حضانت» را نوعی ولایت بدانیم، کامل ترین تعریف در توصیف آن، این است که بگوییم حضانت «ولایت بر کودک به منظور تربیت و اداره زندگی او» (۱۰) است.

ص: ۱۸۰

-
- ۱- ترمینولوژی حقوق، ص ۲۱۶.
 - ۲- تحریر الاحکام، ۲/۴۳.
 - ۳- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱؛ ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۳؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶.
 - ۴- ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۹.
 - ۵- الدر المنضود، ص ۲۰۴.
 - ۶- نهایه المرام، ۱/۴۶۰: «و المراد بها هنا ولایه علی الطفل لتربیته و ما یتعلق بها».
 - ۷- کفایه الاحکام، ص ۱۹۳: «هی ولایه علی الطفل و المجنون لفایده تربیته و ما یتعلق بها من مصلحته».
 - ۸- شرح للمعه، ۵/۴۵۸؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۲۱؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۸۳؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۰؛ مبادی فقه و اصول، ص ۲۸۴.
 - ۹- التحفه السنیه، ص ۲۹۶.

اما سؤال اساسی این است که منظور از «ولایت» چیست؟

از بررسی آنچه لغت دانان عرب در تعریف این واژه گفته اند چنین به دست می آید که ماده «وَلِيٌّ» به معنای «نزدیکی» است. قرابت و نزدیکی دو شیء یا دو کس، نمی تواند خالی از هر گونه تأثیر و تصرف در هم باشد، همچنان که بر عهده گرفتن زمام کار کسی جز با نزدیکی به او میسر نخواهد بود(۱).

بنابر این، «وَلِيٌّ» به کسی اطلاق می شود که زمام کار کسی را بر عهده گرفته است(۲). وَلِيٌّ یتیم کسی است که متولی انجام کارهای اوست و وَلِيٌّ دختر کسی است که اختیار ازدواج او در دستش قرار دارد(۳). از اسامی خداوند نیز «وَلِيٌّ» است، چرا که او مالک همه اشیا بوده، زمام کارهای جهان و مردم به دست اوست(۴).

حاصل آنکه، «ولایت» را می توان به «سرپرستی یک کار»(۵) معنا کرد که حکایت از تدبیر، قدرت و انجام کار داشته(۶)، در مفهوم آن، تصرف کردن معتبر است(۷).

مؤلف کتاب ولایت فقیه ضمن در برابر هم گذاشتن دو واژه «ولایت» و «عداوت»، در تعریف آن می نویسد: «ولایت عبارت است از تصدی امور دیگری در برابر عداوت که تجاوز بر دیگران است؛ بنابر این، تصرفی که به مصلحت دیگران باشد، ولایت است و تصرفی که به ضرر دیگری باشد، عداوت است»(۸).

اینکه در ولایت می باید مصلحت موّلی علیه مراعات شود(۹)، تردیدی نیست؛ اما اعتبار مراعات این مصلحت در معنای واژه «ولایت»، ادعایی است که دلیلی بر آن وجود ندارد.

ص: ۱۸۱

- ۱- دراسات فی ولایه الفقیه، ۱/۵۶.
- ۲- الصحاح، ۶/۲۵۲۹: «کل من ولی أمر واحد فهو ولیه»؛ معجم مقاییس اللغه، ۶/۱۴۱: «اصل صحیح یدل علی قرب ... و کلّ من ولی أمر آخر فهو ولیه»؛ اقرب الموارد، ۲/۱۴۸۷: «ولی الشیء و علیه ولایه و ولایه: ملک أمره و قام به».
- ۳- لسان العرب، ۱۵/۴۰۷.
- ۴- النهایه، ۵/۲۲۷.
- ۵- المفردات فی غریب القرآن، ص ۵۷۰.
- ۶- النهایه، ۵/۲۲۷.
- ۷- دراسات فی ولایه الفقیه، ۱/۵۵.
- ۸- دراسات فی ولایه الفقیه، ۱/۵۵.
- ۹- سبل السلام، ۳/۲۲۹.

دیدگاه ما: به نظر ما، حضانت در متون فقهی به معنایی جز همان معنای لغوی خود به کار نرفته است، یعنی «زیر پر و بال گرفتن»، «نگهداری»؛ گرچه قانونگذار می تواند برای

برخی از موارد آن، احکامی خاص وضع کند^(۱).

مرحوم خوانساری در این باره می نویسد: «حضانت به معنای لغوی و عرفی و مستفاد از ادله، ولایت پدر و مادر است بر حضانت کودک فی الجمله و حضانت خود ولایت نیست بلکه ولایت ثابت بر حضانت است. پس با عدم قیام مادر، ولایت او ساقط

نمی شود، بلکه برای پدر ثابت می شود و با عدم قیام پدر، ثابت می شود برای غیر آنها، نظیر ولایت بر صغیر»^(۲).

حال اگر فرض کنیم تعریف حضانت به «ولایت» درست باشد، باید توجه داشت که ولایت در همه موارد به یک معنا به کار نمی رود، چرا که در پاره ای از موارد این ولایت

امری طبیعی - تکوینی بوده که نیازمند به جعل نیست، در مقابل مواردی هم وجود دارد که این ولایت می باید مستند به جعل قانونگذار باشد.

با توجه به توضیحات گذشته، نادرستی برخی از مطالب در ارتباط میان حضانت و ولایت، روشن می شود.

شهید ثانی مدعی است با رسیدن کودک به سن بلوغ، حضانت پدر و مادر ساقط می شود، زیرا حضانت، ولایت است و کسی بر انسان بالغ رشید، ولایت ندارد^(۳)؛ ولی باید توجه داشت که سقوط حضانت در هنگام بلوغ، نه از این جهت است که حضانت ولایت است و کسی بر بالغ ولایت ندارد، بلکه به این خاطر است که در فرض بلوغ، موضوع حضانت منتفی است، پس اگر حضانت، ولایت هم نباشد، با رسیدن کودک به سن بلوغ، برای اعمال آن، موضوعی باقی نمی ماند.

ص: ۱۸۲

۱- یکی بودن معنای لغوی و شرعی «حضانت»، باعث شده، عسقلانی با اشتباه میان آنها، همان معنای لغوی را به عنوان معنای شرعی قلمداد کرده، در توضیح آن بنویسند: «و فی الشرع حفظ من لایستقل بأمره و تربیته و وقایته عما یهلک او یضره»؛ ر.ک:

سبل السلام، ۳/۲۲۷.

۲- جامع المدارک، ۴/۴۷۲-۴۷۳.

۳- شرح اللمعه، ۵/۴۶۳.

ابن فهد حلی، نزاع زن و شوهر را بر سر حضانت کودک، شاهدهی بر این مطلب می‌داند که حضانت، ولایت شرعی است؛ سپس از آن چنین نتیجه می‌گیرد که غیر مسلمان (کافر) نمی‌تواند حضانت کودکی را که در راه پیدا کرده است، بر عهده بگیرد، چرا که غیر مسلمان بر مسلمان ولایت پیدا نمی‌کند (۱).

به نظر ما، نزاع پدر و مادر در به عهده گرفتن سرپرستی کودک هنگامی متصور است

که یا آنها با طلاق از یکدیگر جدا شده باشند و یا محل سکونت مشترک نداشته باشند؛ زیرا در هر یک از این دو صورت، نزاع از آن جهت رخ می‌دهد که کودک یا باید نزد مادر

خود زندگی کند یا نزد پدرش؛ چه حضانت را ولایت بدانیم یا ندانیم. افزون بر اینکه مقایسه حضانت یا بنده کودک (مُلْتَقَط) با حضانت پدر و مادر نیز نادرست است، زیرا حضانت مُلْتَقَط امری است مجعول، ولی حضانت پدر و مادر امری است طبیعی - تکوینی که نیازمند به هیچ جعل شرعی نیست.

نتیجه

از آنچه گذشت، به این نتایج می‌توان دست یافت:

۱- حضانت در حوزه فقهی به همان معنای لغوی خود به کار می‌رود؛ بنابر این، بیان تعریف اصطلاحی برای این واژه فاقد اعتبار است.

۲- اگر به فرض، حضانت را در کاربردهای فقهی به ولایت هم معنا کنیم، چیزی بر معنای لغوی آن نیفزوده ایم.

۳- حضانت در مفهوم لغوی و اصطلاحی خود تنها به کودک اختصاص نداشته، در برگیرنده هر کسی است که نیازمند به سرپرستی و پرستاری است، نظیر دیوانه و سفیه (۲).

۴- حضانت در مفهوم لغوی و فقهی خود، عبارت از نگهداری کودک است؛ اما اینکه انجام چه کارهایی جزء نگهداری کودک به حساب می‌آید، موکول به فهم عرفی است.

ص: ۱۸۳

۱- ر.ک: المهدب البارع، ۴/۲۹۷.

۲- جواهرالعقود، ۲/۱۸۸: «الحضانه حفظ من لا یستقل بنفسه و تربیته بما یصلحه و وقایته عما یؤذیه و هی ولایه».

بنابر این، قرار دادن عنوان تربیت در مفهوم حضانت و جاهت فقهی ندارد، مگر اینکه مدعی شویم از نظر عرف، کسی که حضانت انسانی را بر عهده می‌گیرد، وظیفه تربیت او را نیز بر عهده دارد؛ ولی این ادعا در مورد حضانت از مجنون که بحث تربیت به مفهوم اخلاقی آن درباره او منتفی است، صادق نخواهد بود.

حق یا حکم بودن حضانت

اشاره

از جمله پیشنیازها برای بررسی جایگاه حقوقی حضانت کودکان، تحقیق پیرامون این مطلب است که نگهداری کودک، حق است یا حکم.

این تحقیق از آنجا اهمیت می‌یابد که بر اساس برخی نظریات پیرامون تفاوت میان حق و حکم، می‌توان بر عهده گرفتن حضانت از سوی مادر یا پدر را امری اختیاری دانست که هریک از آنها می‌توانند از انجام آن، سر باز زنند.

تعریف حق و حکم

پیش از طرح این مطلب، ضروری است که نگاهی گذرا به تعریف «حق»، «حکم» و تفاوت میان آنها داشته باشیم.

احتمال اول، عدم تفاوت میان حق و حکم: بر این اساس، قوانین و احکام دینی (مجموعات شرعی) اموری هستند اعتباری که بر اساس نوع اثری که دارند، گاه به آنها حق اطلاق می‌شود؛ بنابر این، حق و حکم حقیقت واحدی دارند، زیرا که قوام هر دو به اعتبار محض است (۱).

دلیل بر این اتحاد آن است که واژه «حق» در لغت به معنای «ثبوت» است؛ پس می‌توان آن را درباره هر چیز ثابت در ظرف مناسب با خودش، به کار برد (۲).

احتمال دوم، تفاوت میان حق و حکم: پیروان این نظریه بر این باورند که تفاوتی ماهوی میان حق و حکم وجود دارد. بر این اساس، تعریف‌های متفاوتی از حق ارائه شده

ص: ۱۸۴

۱- مصباح الفقاهه، ۲/۴۵.

۲- مصباح الفقاهه، ۲/۴۷.

است، چون: ۱- اعتبار سلطنت بر چیز یا شخصی در جهتی خاص (۱) ۲- نوعی سلطنت که

زمام آن به دست صاحب حق است (۲) ۳- مرتبه ضعیفی از ملکیت (۳) ۴- سلطنت ضعیف (۴) ۵- سلطنتی در مقابل ملک (۵).

به هر حال، چه بگوییم حق و حکم تفاوتی ماهوی با هم دارند یا بگوییم حق حکمی است شرعی، دو ویژگی برای حق بیان شده است: قابلیت نقل و انتقال، و قابلیت اسقاط که این دو در حکم شرعی وجود ندارد (۶).

به عنوان مثال مرحوم نائینی در این باره می نویسد: «معقول نیست چیزی حق باشد ولی قابل اسقاط نباشد، زیرا اگر قابل اسقاط نباشد، چگونه صاحب حق بر آن سلطنت دارد و زمام آن به دست اوست؟» (۷).

وجود این دو ویژگی برای «حق» از سوی برخی از فقها مورد تردید قرار گرفته است، زیرا در مجموعه قوانین و مقررات دینی به حقوقی برمی خوریم که قابلیت انتقال به سایر

افراد را ندارند، چون حق شوهر در بهره وری جنسی از همسر خود (حق استمتاع)؛ همچنان که حقوقی نیز وجود دارد که قابلیت اسقاط ندارند، نظیر حق پدری نسبت به فرزند (حق اُبوت) (۸).

به نظر ما عنوان «حق» مشترک لفظی بین مصادیق خود است، زیرا تفاوتی اساسی میان حقوق طبیعی - فطری و حقوق تحققی وجود دارد (۹).

حقوق تحققی، قدرتی است که از طرف قانون به شخصی داده می شود و شاید بتوان

آن را برابر با واژه «سلطنت» دانست (۱۰)؛ اما حقوق طبیعی، حقوقی هستند که هر انسانی به طور تکوینی و بدون نیاز به هیچ مرجع قانونی، از آن برخوردار است، نظیر حق آزادی.

ص: ۱۸۵

۱- فقه الصادق، ۱۵/۲۰۳.

۲- مصباح الفقاهه، ۲/۳۹.

۳- خمینی، کتاب البیع، ۱/۲۱.

۴- خمینی، کتاب البیع، ۱/۲۵.

۵- خمینی، کتاب البیع، ۱/۲۱.

۶- مصباح الفقاهه، ۲/۴۷.

۷- ر.ک: فقه الصادق، ۱۵/۲۰۴.

۸- مصباح الفقاهه، ۲/۴۶.

۹- ترمینولوژی حقوق، ص ۲۱۹.

بنابر این، ادعای اینکه حق ماهیتی است اعتباری، گاه عقلایی و گاه شرعی و همچنین حق مشترک معنوی است بین مصادیقش (۱)؛ ادعایی نادرست است.

به هر حال، اگر بپذیریم که قابلیت انتقال و اسقاط دو ویژگی اساسی حقوق است، این بحث قابل طرح است که حضانت کودک و نگهداری او، حق است یا حکم؟

نظریات مطرح در متون فقهی

از بررسی آنچه به طور پراکنده در متون فقهی درباره حضانت کودک مطرح شده است به دو نظریه در این باره می توان دست یافت:

نظریه اول، حق بودن حضانت: کسانی که حضانت کودک را ولایت بر او نمی دانند، می توانند از جمله طرفداران این نظریه باشند؛ زیرا ولایت از احکام مجعول شرعی است که امر رفع و وضع آنها به دست جاعل و قانونگذار است و مکلف، اختیاری در جعل و عدم جعل آنها ندارد.

بنابر این، اگر حضانت کودک، ولایت بر او باشد، می باید قابل اسقاط نبوده، مراعات آن بر مادر واجب باشد، بدون اینکه بتواند در برابر انجام آن، درخواست دستمزد کند و حال آنکه در روایات وارد در مسأله حضانت، متعهد بودن مادر به حضانت از کودک خود، معلق بر خواست او شده است و استفاده از تعبیر «أحق» از این مطلب حکایت دارد که حضانت نیز نظیر شیردهی است که انجام آن بر مادر واجب نیست؛ پس حضانت، ولایت نخواهد بود (۲).

اگر بپذیریم که حضانت «ولایت» نیست، نتیجه آن این خواهد شد که حضانت حکم نبوده، بلکه حقی است برای مادر یا پدر که می توانند از قبول آن سر باز زده، از نگهداری کودک، خودداری کنند.

نظریه دوم، حکم بودن حضانت: گرچه کسی از فقها بر این مطلب تصریح نکرده است، اما می توان تمامی کسانی که حضانت را ولایت بر کودک می دانند، از جمله

ص: ۱۸۶

۱- خمینی، کتاب البیع، ۱/۲۱.

۲- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۴؛ جامع المدارک، ۴/۴۷۲-۴۷۳.

طرفداران این نظریه دانست؛ زیرا - همچنان که گذشت - ولایت حکمی است شرعی که وضع و رفع آن به دست مکلف نیست.

نظریه سوم، تفصیل میان موارد حضانت: به نظر ما، بر عهده گرفتن نگهداری از یک

نفر، به یکی از دو صورت تحقق پیدا می کند: ۱- تکوینی (طبیعی) ۲- تشریحی (جعلی)؛ چرا که در پاره ای از موارد، رابطه تکوینی انسان با فردی به تنهایی برای عهده دار بودن

این سرپرستی، کافی است اما در مواردی هم می باید به انسان این اجازه داده شود که زمام کار یا شخصی را بر عهده بگیرد.

به عنوان مثال، هر انسانی به واسطه استیلائی ذاتی که بر خود دارد، زمام کارهای خویش را در دست داشته، بدون آنکه در این سرپرستی و تصرف، نیازمند به کس یا چیز دیگری باشد؛ اما در مقابل، برای اینکه بتواند در زندگی دیگران دخالت کرده، اداره آن

را بر عهده بگیرد، می باید مجوز آن را داشته باشد(۱).

اول، حضانت پدر و مادر: در مواردی که بحث حضانت پدر و مادر مطرح است، سخن از یک حق طبیعی - تکوینی است که به مجرد ایجاد رابطه فرزندی به وجود می آید.

پس اگر به فرض، حضانت را ولایت بر کودک هم بدانیم، این ولایت در همه موارد، ولایت شرعی آن گونه که برخی ادعا کرده اند(۲)، نیست بلکه ولایتی است تکوینی که نفس وجود رابطه فرزندی، برای تحقق آن کافی است.

البته توجه به این نکته ضروری است در مواردی که «حضانت» به عنوان حق تلقی می شود، امری است قائم به دو طرف که در یک سوی آن کودک و در سوی دیگر یکی از پدر و مادر یا هر دوی آنها قرار دارند؛ چرا که از یک سو کودک اگر مورد حمایت قرار

ص: ۱۸۷

۱- با ملاحظه همین جهت است که در مقام تأسیس اصل در بحث ولایت گفته شده است که اصل، عدم ولایت و نفوذ حکم انسانی در مورد انسان دیگر است، چرا که هر انسانی، آزاد و مستقل آفریده شده و به حسب خلقت و فطرت، مسلط بر جان و مال و اندیشه خود است؛ ر.ک: دراسات فی ولایه الفقیه، ۱/۲۷.

۲- المذهب البارع، ۴/۲۹۷.

نگیرد در معرض از بین رفتن است، پس پدر و مادر موظف به حفظ و حراست از کودک خویش هستند و از سوی دیگر، نفس تحقق رابطه پدر - فرزندی یا مادر - فرزندی ایجاب می کند که والدین کودک، عهده دار اداره زندگی او شوند نه دیگر افراد (۱).

حال، اگر بپذیریم که حضانت در پاره ای از موارد نوعی حق است، این سؤال مطرح می شود که آیا این حق قابل اسقاط است یا نه (۲)؟

حضانت حق غیر قابل اسقاط: به نظر می رسد طرح پرسش از قابل اسقاط بودن یا غیر قابل اسقاط بودن حق حضانت، از آنجا ناشی می شود که عده ای گمان کرده اند حضانت کودک حقی است یک سو به آن هم برای پدر و مادر نسبت به کودک و حال آنکه نگهداری از کودک وظیفه ای است بر عهده پدر و مادر تا به واسطه آن کودک با سلامت روحی - جسمی به بالندگی برسد.

بنابر این، بر پدر و مادر واجب است به وظیفه خود در این خصوص عمل کرده، مجاز نیستند که شانه از زیر بار این مسئولیت خالی کنند، چرا که کوتاهی در این مورد باعث آسیب جدی کودک می شود (۳)، مگر اینکه دلیل خاصی بر جواز اسقاط دلالت کند.

شاهد بر این مدعا، روایت ایوب بن نوح است، چه اینکه در این روایت، سؤال از زمانی است که بر پدر واجب است فرزند خود را از مادر بگیرد؛ بنابر این، وجوب حضانت مفروغ^۱ عنه بوده، تنها سؤال از زمان آن است (۴).

با پذیرش این مطلب که حضانت از کودک، حقی است طبیعی که نمی توان آن را اسقاط کرد، دور از ذهن نیست اگر به واسطه تنقیح مناط، بگوییم این حق در بستگانی که به واسطه فقدان پدر و مادر، جانشین آن دو می شوند نیز امری است طبیعی - تکوینی که نفس وجود رابطه خویشاوندی میان آنها و کودک، برای تحقق آن کافی است.

حضانت حق قابل اسقاط: شاید بیشتر کسانی که حضانت را نوعی حق می دانند، بر این مطلب تأکید دارند که این حق از سوی مادر قابل اسقاط بوده، نگهداری کودک بر او

ص: ۱۸۸

۱- فقه السنه، ۲/۳۳۸.

۲- شرح اللمعه، ۵/۴۶۴؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۳.

۳- فقه السنه، ۲/۳۳۸.

۴- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۵.

واجب نیست.

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب به دو دلیل استناد شده است:

۱- روایات: روایاتی که در مسأله حضانتِ کودک وارد شده است تنها بر اصل استحقاق پدر و مادر دلالت دارند (۱) و روشن است که استحقاق بر عهده گرفتن حضانت کودک، مستلزم وجوب آن نیست (۲)، زیرا استحقاق اعم از وجوب است (۳).

به همین دلیل گروهی از فقها به صراحت اعلام داشته اند که نمی توان مادر را وادار (مجبور) به بر عهده گرفتن حضانت کودک خود کرد، زیرا هیچ دلیلی بر جواز چنین اجباری نداریم (۴).

نقد، اولاً: وظیفه پدر و مادر در نگهداری فرزند خود، وظیفه ای است که به مقتضای طبیعت بر دوش آنها گذاشته شده است و برای اعتبار آن نیازمند به دلیل خاص نیستیم، تا

مطرح نشدن آن در مجموعه روایات، حاکی از عدم اعتبارش باشد.

ثانیاً: بحث از حضانت کودک در دو مقام قابل بررسی است:

۱- وجود رابطه زناشویی: در این مقام، مسؤولیت حضانت و نگهداری کودک به طور مشترک بر عهده پدر و مادر است. این بحث به علت روشن بودن حکم آن، موضوع بحث روایات نبوده است.

۲- از بین رفتن رابطه زناشویی: زمانی که پدر و مادر از یکدیگر جدا می شوند، می باید کودک به یکی از آنها سپرده شود، به همین جهت بحث تقدّم یکی بر دیگری مطرح می شود که تعبیر به «أحق» در روایات، ناظر به همین جهت است؛ حال اگر کسی که قانونگذار او را مقدّم بر فرد دیگر می داند، نخواهد یا نتواند به وظیفه اش عمل کند،

طبیعی است که انجام این مسؤولیت به عهده فرد دیگر گذاشته می شود.

بنابر این، تعبیر به «أحق» بودن مادر یا تعلیق بر اراده و خواست او حاکی از عدم مسؤولیت ذاتی و تکوینی مادر نیست، بلکه ناظر به ترجیح مادر در فرض جدایی است.

ص: ۱۸۹

۱- شرح اللمعه، ۵/۴۶۴؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۴.

۲- ریاض المسائل، ۲/۱۶۳.

۳- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۵.

۴- کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

به همین جهت کسانی هم که معتقد به عدم وجوب حضانت بر مادر هستند، متوجه این نکته بوده اند که اگر مادر از پذیرش مسؤولیت پرستاری کودکش خودداری کند، وظیفه پدر ساقط نمی شود و اگر او نیز از انجام وظیفه اش سر باز زند، می شود پدر را مجبور به این کار کرد(۱).

ثالثاً: هیچ ملازمه ای میان وجوب یک کار و جواز اجبار بر آن، وجود ندارد تا عدم جواز اجبار، دلیل بر عدم وجوب آن باشد.

به همین دلیل، اگر یکی از پدر و مادر حاضر نباشد به وظیفه خود عمل کند، نمی توان

او را وادار به انجام آن کرد؛ گرچه عدم جواز اجبار حاکی از عدم مسؤولیت آنها در پرستاری و مراقبت از کودک خود نیست.

شاید با ملاحظه همین جهت باشد که گروهی از معتقدان وجوب حضانت، با این استدلال که ترک آن موجب از بین رفتن کودک می شود، تأکید می کنند که این وجوب، وجوبی است کفایی که با خودداری پدر و مادر از عمل به وظیفه خود، حضانت کودک از آنها به سایر افراد منتقل می شود(۲).

رابعاً: می توان ادعا کرد که ظاهر صحیحه ایوب، وجوب حضانت است بر کسی که مستحق آن است و به همین دلیل، اگر هریک از پدر یا مادر از قبول نگهداری کودک خود امتناع کنند، گناه کرده و بر آن مجبور می شوند(۳).

البته بعید نیست که بحث مجبور کردن مادر بر حضانت کودک خود در جایی مطرح باشد که حضانت بر مادر تعیین پیدا کرده است، یعنی کودک نیازمند به حضانت است و کسی غیر از مادر نیز وجود ندارد که از عهده این کار برآید؛ اما اگر حضانت بر مادر متعین

نباشد، یعنی فرد دیگری چون مادر بزرگ نیز هست که مایل به پرستاری از کودک می باشد، در این صورت، با خودداری مادر، حق او در حضانت کودک ساقط می شود(۴).

۲- اصل عملی: اگر شک کنیم که آیا برای مادر جایز است حق خود را در نگهداری

ص: ۱۹۰

۱- شرح اللمعه، ۵/۴۶۴.

۲- شرح اللمعه، ۵/۴۶۴.

۳- التحفه السنیه، ص ۲۹۶.

۴- فقه السنه، ۲/۹-۳۳۸.

کودکش، اسقاط کند، اصل جواز آن است(۱).

نقد: هنگامی می‌توانیم برای اثبات جواز اسقاط حق در صورتی که شک داریم به اصل عمل استناد کنیم، که متعلق اصل پیش از اجرای آن، قابلیت اسقاط را داشته باشد؛ اما در بحث ما، حضانت وظیفه‌ای است تکوینی که اصلاً قابل اسقاط نیست، همچنان که

پدر یا مادر بودن نسبت به فرزند خود نیز قابل اسقاط نخواهد بود.

بنابر این، بحث از سقوط و اسقاط ولایت مادر یا پدر به خودی خود منتفی است، چرا که این عناوین در حقوق شرعی قابل طرح است نه در حقوق تکوینی - ذاتی.

بعید نیست بتوان آنچه را که در وجوب و اجبار بر حضانت گفتیم، از قانون مدنی نیز به دست آورد.

در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی آمده است: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است»(۲).

این مطلب در ماده ۱۱۷۲ چنین توضیح داده شده است: «هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است، از نگاهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا

و یا به تقاضای مدعی العموم، نگاهداری طفل را به هریک از ابوین که حضانت به عهده اوست، الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند»(۳).

از جمع میان این دو ماده می‌توان به این نتیجه رسید که حضانت نسبت به کسی که از نگهداری کودک خودداری می‌کند، تکلیف است؛ اما نسبت به سایر افراد، حق است(۴).

دوم، حضانت مُلتقط: همچنان که در خلال فصل‌های آینده، توضیح خواهیم داد، افزون بر پدر و مادر و خویشاوندان نسبی کودک که به طور طبیعی عهده دار نگهداری او

هستند؛ فرد یا افراد دیگری نیز وجود دارند که می‌توانند انجام این وظیفه را بر عهده

ص: ۱۹۱

۱- شرح اللمعه، ۵/۴۶۴؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۳.

۲- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۱.

۳- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۲.

۴- ترمینولوژی حقوق، ص ۲۱۶.

بگیرند.

در مورد کودکان سر راهی، کسی که آنها را می یابد با رعایت شرایطی می تواند حضانت ایشان را بر عهده بگیرد.

گرچه خود التقاط یعنی برداشتن کودک از سطح معابر عمومی واجب کفایی است، اما با سپردن نگهداری کودک از طریق مراکزی که عهده دار تصمیمگیری درباره زندگی چنین کودکانی هستند، به یابنده او و یا هر فرد دیگری، آن شخص حق پیدا می کند (مجاز است) حضانت کودک را بر عهده بگیرد.

این حق، حقی است شرعی که بر اساس آن، خداوند وظیفه نگهداری کودکی را به شخصی واگذار کرده است و قابلیت اسقاط یا انتقال به دیگری را نیز دارد؛ زیرا آن فرد

می تواند از ادامه همکاری خود در این خصوص، منصرف شده یا به وسطه از دست رفتن صلاحیت های لازم برای نگهداری کودک، حق حضانت کودک از او گرفته شود.

نتیجه

حضانت در همه موارد از یک سنخ نیست.

حضانت نسبت به پدر و مادر حقی است طبیعی ناشی از نوع رابطه تکوینی میان آنها و فرزندشان که می تواند در صورت خودداری آنها از عمل به وظایفشان، تبدیل به حکمی شرعی شود.

در این فرض، اگر یکی از پدر یا مادر از عمل به وظایف خود سر باز زند و حاضر به پذیرش مسئولیت خود در برابر کودک نباشد، این وظیفه به فرد دیگری منتقل می شود.

اما نسبت به فردی که حضانت کودکی بی سرپرست به او واگذار می شود، حقی است با قابلیت انتقال و اسقاط، ناشی از مجوزی که قانونگذار به چنین شخصی برای نگهداری کودک داده است.

در تمام مواردی که حضانت از نوع حق است، امری است قائم به دو طرف، یعنی حقی است متقابل؛ حق کودک بر پدر و مادر و حق پدر و مادر بر کودک.

سر انجام اینکه حق مفهومی است مطلق نه نسبی و تعبیر به «أحق» بودن پدر یا مادر

در روایات، بیانی است برای از میان برداشتن خصومت آنها در نگهداری کودک و تقدّم یکی بر دیگری از نظر قانونگذار(۱).

اصل در حضانت

از جمله مهم ترین سؤالات مطرح در بحث حضانت، این است که حضانت کودک پس از جدایی پدر و مادر از یکدیگر، بنا بر مبانی حقوق اسلامی، وظیفه ذاتی چه کسی است؟

از بررسی روایاتی که از ائمه علیهم السلام به ما رسیده است به این نتیجه دست می یابیم که اصل در حضانت پدر است، یعنی کسی که به طور طبیعی می باید عهده دار وظیفه نگهداری کودک باشد، پدر اوست، گرچه این وظیفه در برهه ای از زمان به شخص دیگری چون مادر منتقل می شود.

زیرا در تمامی روایاتی که بحث سزاوار بودن (احقیّت) مادر مطرح است، بر این نکته تأکید شده که این اولویت امری است موقتی که با سر رسیدن زمانش، به پایان می رسد؛ در مقابل، روایاتی که بیانگر جایگاه پدر است، بدون هیچ محدودیت و تعیین زمان خاصی و به عنوان قانونی فراگیر، سخن از اولویت و سزاوار بودن (احقیّت) او به میان آورده است.

صرف نظر از صحت و سقم سندی این روایات، در خصوص جایگاه مادر، چنین تعبیرهایی وجود دارد:

«هی أحق بولدها إن ترضعه بما تقبله امرأه آخری»(۲)، مادر اولویت دارد به شیر دادن فرزندش اگر او را در برابر چیزی شیر دهد که زن دیگری می پذیرد؛

«إلا أن یجد من هو أرخص أجرا منها، فإن هی رضیت بذلک الأجر، فهی أحق بآبنها حتی تفضمه»(۳)، مگر

ص: ۱۹۳

۱- درباره این مطلب، پس از این به تفصیل سخن خواهیم گفت؛ ر.ک: ص ۲۴۴-۲۴۷.

۲- الکافی، ۶/۱۰۳، شماره ۳؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۰۹، شماره ۴۷۸۸.

۳- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱، شماره ۲.

اینکه کسی پیدا شود که از او کمتر بگیرد، در این صورت اگر مادر راضی به همان باشد، مقدم است نسبت به فرزندش تا از شیر گرفته شود؛

«فإن قالت المرأة لزوجها أَلذی طَلَّقها: أنا أَرْضِع ابنی بمثل ما تجد من یرضعه، فهی أحق به»^(۱)، اگر زنی به شوهرش که او را طلاق داده بگوید: من فرزندت را شیر می دهم به مزدی که کس دیگر او را شیر می دهد، مادر اولویت دارد به شیر دادن فرزندش؛

«عن رجل طَلَّق امرأته و بینهما ولد، أیهما أحق به؟ قال: المرأه ما لم تتزوج»^(۲)، مردی زن خود را طلاق داده و کودکی دارند، کدامیک به نگهداری از کودک سزاوارتر هستند؟ فرمود: زن مادامی که ازدواج نکند؛

«المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج»^(۳)، زن سزاوارتر به نگهداری از کودک خود است مادامی که ازدواج نکند؛

«المرأه أحق بالولد إلی أن یبلغ سبع سنین إلا أن تشاء المرأه»^(۴)، زن سزاوارتر است به نگهداری کودکش

تا به هفت سال برسد، مگر اینکه خود زن جز این بخواهد؛

«رجل تزوج امرأه فولدت منه ثم فارقها، متى یجب له أن يأخذ ولده؟ فکتب: إذا صار له سبع سنین فإن

أخذه فله و إن ترکه فله»^(۵)، مردی با زنی ازدواج کرده و بچه دار شده، سپس از او جدا می شود، چه هنگام مرد می باید فرزند خود را از او بگیرد؟ نوشت: اگر کودک به هفت سالگی برسد، می تواند کودک خود را از او بگیرد و می تواند نزد او بگذارد؛

«رجل تزوج امرأه و ولدت منه ثم فارقها، متى یجب له أن يأخذ ولده؟ فکتب: إذا صار له تسع سنین فإن

أخذه فله و ان ترکه فله»^(۶)، مردی با زنی ازدواج کرده و بچه دار می شود، سپس از او جدا می شود، چه هنگام مرد می باید فرزند خود را از او بگیرد؟ نوشت: اگر کودک به

ص: ۱۹۴

۱- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱، شماره ۳.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۳.

۳- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۳؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۴.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۵.

۵- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۲، شماره ۷.

۶- کشف الرموز، ۲/۲۰۱.

نه سالگی برسد، می تواند کودک خود را از او بگیرد و می تواند نزد او بگذارد.

دقت در این جملات به خوبی روشن می سازد که احقیّت مادر تا زمانی است که: دستمزد درخواستی او بیش از آنچه دیگران می گیرند نباشد، ازدواج نکند، کودک به هفت یا نه سال نرسیده باشد.

در مقابل، روایاتی که در صدد بیان جایگاه پدر در مسأله حضانت کودک اند، دربرگیرنده چنین عبارت هایی هستند:

«الرجل أحق بولده أم المرأة؟ قال: لا، بل الرجل»^(۱)، مرد سزاوارتر است به نگهداری از فرزندش یا زن؟ فرمود: نه، بلکه مرد؛

«أیما امرأه حرّه تزوجت عبدا فولدت منه أولادا، فهي أحق بولدها منه وهم أحرار، فإذا أعتق الرجل، فهو أحق بولده منها لموضع الأب»^(۲)، هر زن آزادی که با برده ای ازدواج کند و از او بچه دار شود، سزاوارتر است به نگهداری کودکش از مرد؛ هرگاه مرد از قید بردگی رهایی یابد، سزاوارتر است به نگهداری کودکش از آن زن، به واسطه جایگاه پدر.

دقت در این دو جمله به خوبی روشن می سازد که عبارت «الرجل أحق بولده» «الرجل أحق بولده منها لموضع الأب» حاکی از یک قانون کلی است، به خصوص که در جمله دوم تصریح می کند که احقیّت پدر نسبت به مادر، به خاطر جایگاه پدر است.

بنابر این، اگر ما بودیم و این دو روایت، حکم می کردیم به اینکه حضانت کودک از جمله وظایف پدر است، مگر در صورتی که پدر به خاطر مانعی چون بردگی (رقیت)

قادر به انجام وظایف خود نباشد؛ اما با توجه به روایات گذشته که در آنها بحث حضانت مادر مطرح شده است، حکم می کنیم به اینکه وظیفه پدر در مقطع زمانی خاصی به مادر منتقل شده، سپس دوباره به وی بر می گردد^(۳).

ص: ۱۹۵

۱- الکافی، ۶/۴۴، شماره ۱؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۳.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

۳- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: کشف اللثام، ۲/۱۰۶-۱۰۷؛ السرائر، ۲/۶۵۲؛ التحفه السنیه، ص ۲۹۵.

اشاره

مسأله حضانت از کودک در دو مرحله قابل بررسی است: دوره شیر خوارگی و پس از آن و به عبارت دیگر پیش از دو سالگی و پس از دو سالگی.

ناگفته پیداست که بحث از حضانت و اینکه چه کسی عهده دار انجام این وظیفه است، در فرضی است که پدر و مادر از یکدیگر جدا شده اند و گرنه در فرض بقای زوجیت، این بحث منتفی است.

مرحله اول، حضانت کودک پیش از دو سالگی

اشاره

در اینکه حضانت و نگهداری کودک در دوره شیر خوارگی به عهده کدامیک از پدر و مادر است، میان فقها دو نظریه وجود دارد:

۱- نگهداری کودک بر عهده مادر است (۱)؛

۲- نگهداری کودک به طور مشترک بر عهده پدر و مادر است.

صرف نظر از ادعای اتفاق فقها که از ابن فهد حلی در باره نظریه دوم مطرح شده (۲) که

ص: ۱۹۶

۱- القواعد و الفوائد، ۱/۳۹۵؛ نضد القواعد الفقهیه، ص ۴۳۳.

۲- المهدب البارع، ۳/۴۲۶: «وقع الاجماع على اشتراك الحضانه بين الابوين مده الحولين و على سقوطها بعد البلوغ و له الخيار في الانضمام الى من شاء منهما و الخلاف فيما بينهما».

بطلان آن به واسطه وجود مخالفان فراوانی که دارد، روشن است (۱)، عمده دلیل طرفداران این دو نظریه، روایات خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام است.

مضمون روایات

این روایات از نظر مضمون به سه گروه قابل تقسیم اند:

گروه اول، اشتراک حضانت میان پدر و مادر: در صدر روایت داود بن حصین به این مطلب اشاره شده است که در دوره شیرخوارگی (تا دو سالگی)، کودک بین پدر و مادر با نسبتی مساوی قرار دارد، «مادام الولد فی الرضاع فهو بین الأبوين بالسویه» (۲)، مادامی که کودک شیرخوار است، پدر و مادر به یک نسبت از او نگهداری می کنند.

برخی از فقها بر این باورند که این مضمون تنها در مورد حضانت کاربرد دارد، چرا که در این دوره، تنها مادر یا زنِ جانشین او می تواند عهده دار شیر دادن به کودک باشد؛ بنابر این، بر اساس این جمله، پدر و مادر با مشارکت هم، وظیفه نگهداری کودک را بر عهده می گیرند.

گروه دوم، اختصاص حضانت به مادر: در جوامع روایی، احادیثی وجود دارد که مادر را «أحق» به کودک می دانند. این روایات، گرچه از نظر مضمون متفاوت هستند، ولی می توان آنها را به چند دسته کلی تقسیم کرد:

۱- با موضوع شیردهی: در بحث گذشته توضیح دادیم که براساس روایات خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام، وظیفه شیردهی به کودک بر عهده مادر است، به شرط اینکه مادر یا برای کار خود دستمزدی نخواهد و یا آنچه درخواست می کند، بیشتر از مقداری نباشد که زنان دیگر برای شیر دادن به کودک می گیرند.

حال برخی از فقها با استناد به همین روایات، معتقدند حضانت و اداره زندگی کودک در خلال این مدت بر عهده مادر است (۳).

روایاتی که برای این منظور می توان به آنها استناد کرد، عبارت اند از:

ص: ۱۹۷

۱- نهاییه المرام، ۱/۴۶۶؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۲- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۴.

۳- کفایه الاحکام، ص ۱۹۳.

روایت حلبی ۳۴*: «الْحُبْلَى الْمَطْلُوقَةُ يَنْفِقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَ هِيَ أَحَقُّ بَوْلِدِهَا إِنْ تَرْضَعُهُ بِمَا تَقْبَلُهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى» (۱)، به زن بارداری که از شوهرش جدا شده، نفقه پرداخت می‌شود تا زایمان کند. او سزاوارتر است به فرزند خود، اگر شیر دهد او را در مقابل آنچه که زن دیگری می‌گیرد؛

روایت ابوبصیر ۳۵*: «الْحُبْلَى الْمَطْلُوقَةُ يَنْفِقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَ هِيَ أَحَقُّ بَوْلِدِهَا إِنْ تَرْضَعُهُ بِمَا تَقْبَلُهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى» (۲)، به زن بارداری که از شوهرش جدا شده، نفقه پرداخت می‌شود تا زایمان کند. او سزاوارتر است به فرزند خود، اگر شیر دهد او را در مقابل آنچه که زن دیگری می‌گیرد؛

روایت دعائم الاسلام ۳۶*: «إِنَّهُ قَالَ فِي الْعَدَى يَطْلُقُ امْرَأَتَهُ وَ هِيَ تَرْضَعُ: أَنَّهَا أَوْلَى بِرِضَاعِ وَلَدِهَا، إِنْ أَحْبَبْتَ ذَلِكَ وَ تَأْخُذُ الَّذِي تَعْطَى الْمَرْضِعَةَ» (۳)، در مورد زنی که شوهرش او را طلاق داده بود در حالی که فرزند خود را شیر می‌داد، فرمود: او سزاوارتر است به شیر دادن کودکش، اگر تمایل به آن داشته، و همان مزدی را بگیرد که به دایه داده می‌شود.

روایت کنانی ۳۷*: «إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَ هِيَ حُبْلَى أَنْفَقَ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، فَإِذَا وَضَعَتْهُ أَعْطَاهَا أَجْرَهَا وَ لَا يُضَارُّهَا إِلَّا أَنْ يَجِدَ مِنْهُ هُوَ أَرْخَصَ أَجْرًا مِنْهَا، فَإِنْ هِيَ رَضِيَتْ بِذَلِكَ الْأَجْرِ، فَهِيَ أَحَقُّ بِابْنِهَا حَتَّى تَفْطَمَهُ» (۴)، اگر مردی همسر خود را در حالی که باردار است، طلاق دهد، می‌باید تا زمانی که زایمان می‌کند، هزینه‌های او را بپردازد. پس از زایمان، دستمزد او را داده، بر او سخت نمی‌گیرد، مگر اینکه کسی پیدا شود که مزد کمتری از او بگیرد، در این صورت اگر مادر راضی به همان باشد، مقدم است نسبت به

فرزندش تا از شیر گرفته شود.

روایت فضل ابی العباس ۳۸*: «فَإِنْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرُجُلٍ طَلَّقَهَا: أَنَا أَرْضَعُ ابْنِي بِمِثْلِ مَا تَجِدُ مِنْ يَرْضَعُهُ، فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ» (۵)، اگر زنی به شوهرش که او را طلاق داده بگوید: من فرزندت را شیر می‌دهم به مزدی که کس دیگر او را شیر می‌دهد، مادر اولویت دارد به شیر دادن فرزندش.

برای اثبات حضانت مادر در دوره شیردهی از این روایت دو توجیه وجود دارد:

توجیه اول، حذف متعلق: در این روایات، واژه «أحق» بدون هرگونه متعلقی آمده است،

ص: ۱۹۸

۱- الکافی، ۶/۱۰۳، شماره ۳.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۰۹، شماره ۴۷۸۸.

۳- دعائم الاسلام، ۲/۲۵۶، شماره ۹۷۶؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۵۹.

۴- الکافی، ۶/۴۱، شماره ۶.

۵- الکافی، ۶/۴۴، شماره ۱.

یعنی تنها بر این نکته تأکید شده که مادر «أحق بولدها» است، ولی از اینکه مادر در چه

چیزی «أحق به کودک خود» است، سخنی به میان نیامده و معلوم است که حذف متعلق دلالت بر عموم دارد. بنابراین، مادر أحق به کودک خود است مطلقاً تا زمانی که «فطام»

تحقق یافته، کودک از شیر گرفته شود.

لازم به یادآوری است که اطلاق اولویت مادر در دوره دو ساله شیر خواری کودک که شامل شیردهی (رضاع) و قبول انجام کارهای اوست (حضانت)، از سوی دیگر مشروط به شرطی است و آن اینکه مادر دستمزدی بیشتر از آنچه دیگران می گیرند، درخواست نکند و به عبارت دیگر، «تعاسر» تحقق پیدا نکند.

مرحوم شهید ثانی در این باره می نویسد: «تردید نیست که مادر أحق به کودک است در مدت شیردهی مطلقاً، اگر رایگان یا با دستمزدی نظیر آنچه زنان دیگر می گیرند، کودک خود را شیر دهد؛ پس برای مادر در خلال دو سال، حق رضاع و حق حضانت است»^(۱).

نقد: برخی از فقها این استدلال را چنین نقد کرده اند: «خبر فضل از این جهت که فطام را غایت قرار داده است، دلالت بر اختصاص احقیت مادر به مدت رضاع دارد، ولی

ظاهراً این روایت در مقام بیان احقیت مادر نسبت به رضاع است و نظری به احقیت او از سایر جهات ندارد؛ همچنان که مفاد روایت حلبی نیز چنین است. بنابراین، باید از این روایات دست کشیده، به سایر روایات استدلال کرد»^(۲).

پاسخ: به نظر ما این اشکال صحیح نیست، زیرا:

اولاً، در روایت فضل ابی العباس سخنی از نهایت شیردهی به میان نیامده، در صدر آن از تقدّم پدر بر مادر بحث شده و در ذیل آن از اولویت مادر در شیر دادن به کودک خود در صورتی که نظیر سایر زنان مزد بگیرد، سخن به میان آمده است.

البته در ذیل دو روایت ابی الصباح کنانی و داود بن حصین، جملات «فهی أحق بابنها

ص: ۱۹۹

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۱.

۲- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۲-۳۰۳.

حتی تطفم» و «فاذا فطم، فالأب أحق به من الام» آمده که بر این مطلب دلالت دارد «فطام»، نهایت زمانی است که مادر اولویت دارد.

ثانیا، این ادعا که روایات مذکور، تنها ناظر به احقیّت مادر در مورد شیردهی است و نظری به احقیّت او از سایر جهات ندارند، اگر درست باشد، تنها از روایت دعائم الاسلام

قابل استفاده است، چرا که در آن روایت آمده است: «أُنها أولى برضاع ولدها»^(۱)، ولی در سایر

روایات چنین تعبیری وجود نداشته، اطلاق آن شامل رضاع و حضانت می شود؛ مگر اینکه کسی روایت دعائم الاسلام را از نظر سندی معتبر دانسته و مضمون آن را قرینه ای

برای تعیین احقیّت مستفاد از سایر روایات بداند که در این صورت دیگر برای آن روایات

اطلاقی باقی نخواهد ماند.

توجه دوم، ملازمه میان رضاع و حضانت: همچنان که پیش از این گفتیم، گروهی از فقیهان بر این باورند که حضانت و رضاع لازم و ملزوم یکدیگر بوده از چنان پیوستگی برخوردارند که جدایی میان آنها ممکن نیست. بنا بر این فرض، تمام روایاتی که بر

شیردهی و اولویت مادر بر دیگران در این مورد دلالت دارد، پرستاری مادر از کودک و نگهداری او را نیز در بر می گیرد.

۲- با موضوعی غیر از شیردهی: در این گروه روایاتی را می بینیم که بدون اشاره به مسأله شیر دادن، مادر را برای نگهداری از کودک خود سزاوارتر می داند تا زمانی که مادر

ازدواج کند، مانند روایت حفص بن غیاث^(۲) و منقری^(۳) یا تا هفت سال چون دو روایت ایوب بن نوح^(۴).

ص: ۲۰۰

۱- دعائم الاسلام، ۲/۲۵۶، شماره ۹۷۶؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۵۹.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۳: «عن رجل طلق امرأته و بینهما ولد، أیّهما أحقّ به؟ قال: المرأه ما لم تتزوج»، مردی زن خود را طلاق داده و کودکی دارند، کدامیک به نگهداری از کودک سزاوارتر هستند؟ فرمود: زن مادامی که ازدواج نکند.

۳- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۳: «المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج»، زن سزاوارتر به نگهداری از کودک خود است مادامی که ازدواج نکند.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۵: «المرأه أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأه»، زن سزاوارتر است به نگهداری کودکش تا به هفت سال برسد، مگر اینکه خود زن جز این بخواهد؛ وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۲، شماره ۷: «رجل

تزوَج امرأه فولدت منه ثم فارقها، متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: إذا صار له سبع سنين، فإن أخذه فله و إن تركه فله»،
مردی با زنی ازدواج کرده و بچه دار می شود، سپس از او جدا می شود، چه هنگام مرد می باید فرزند خود را از او بگیرد؟
نوشت: اگر کودک به هفت سالگی برسد، می تواند کودک خود را از او بگیرد و می تواند نزد او بگذارد.

این گروه از روایات، صرف نظر از اختلافی که در مضمون با هم دارند، بر این مطلب به التزام دلالت دارند که حضانت از کودک در دوره شیردهی بر عهده مادر است.

گروه سوم، اختصاص حضانت به پدر: برای اثبات اولویت پدر بر مادر، حتی در دوره شیرخوارگی کودک، به دو دلیل استناد شده است:

اطلاق روایت ابی العباس^{۳۹*}: مفاد این روایت، تقدّم پدر بر مادر نسبت به کودک است که اطلاق آن در برگیرنده پیش و پس از دوره شیرخوارگی می شود: «الزّجل أحق بولده أم المرأه؟ قال: لا، بل الزّجل»^(۱)، مرد سزاوارتر است به نگهداری از فرزندش یا زن؟ فرمود: نه، بلکه مرد.

اطلاق روایت فضیل^{۴۰*}: در روایت فضیل بن یسار، امام صادق علیه السلام تقدّم مادر بر پدر

را تنها در هنگامی می داند که پدر برده باشد، اما اگر پدر، انسان آزاد باشد بر مادر مقدّم

است که اطلاق آن نیز پیش و پس از شیرخوارگی را شامل می شود؛ «أیما امرأه حرّه تزوجت عبدا فولدت منه أولادا، فهی أحق بولدها منه و هم أحرار، فإذا أعتق الزّجل، فهو أحق بولده منها لموضع الأب»^(۲)، هر زن آزادی که با برده ای ازدواج کند و از او بچه دار شود، سزاوارتر است به نگهداری کودکش از آن مرد؛ هرگاه مرد از قید بردگی رهایی یابد، سزاوارتر است به نگهداری کودکش از آن زن، به واسطه جایگاه پدر.

بررسی و جمع بندی روایات

گروه اول که شامل روایت داود بن حصین می شود، از نظر سندی معتبر است. این روایت به اطلاق خود شامل تمامی پدران و مادران می شود، چه از یکدیگر جدا شده باشند و چه پیمان زناشویی میان آنها باقی باشد.

ص: ۲۰۱

۱- الکافی، ۶/۴۴، شماره ۱؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۳.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

این روایت بر این مطلب دلالت دارد که نگهداری کودک در دو سال اول زندگی اش یعنی زمان شیرخوارگی، بر عهده پدر و مادر است و این دو با مشارکت هم این کار را به انجام می‌رسانند.

گروه دوم گرچه از نظر محتوا با یکدیگر اختلاف دارند، ولی بر این نکته تأکید می‌ورزند که حضانت کودک در ابتدا بر عهده مادر است.

روایاتی که ازدواج مادر را انتهای دوره نگهداری کودک تعیین می‌کنند، یعنی روایت منقری و حفص بن غیاث به واسطه ارسال و تردید میان مروی عنہ از نظر سندی فاقد حجیت هستند (۱).

اما از میان دو روایت ایوب بن نوح که دلالت بر تقدّم مادر تا هفت سال دارد، تنها روایت صدوق از ایوب بن نوح از نظر سندی معتبر است.

دو روایت ابی‌العباس و فضیل بن یسار که به اطلاق خود دلالت بر تقدّم پدر دارند نیز از نظر سندی معتبر هستند.

بنابر این، در مورد حضانت کودک در دوره شیرخوارگی با سه نوع دلیل مواجه هستیم که مفاد آنها چنین است: ۱- کودک بین پدر و مادر مساوی است ۲- مادر سزاوارتر است به کودک تا هفت سال ۳- پدر سزاوارتر است به کودک.

ص: ۲۰۲

۱- لازم به یادآوری است، اگر این دو روایت از نظر سندی معتبر می‌بودند، میان آنها با روایت ایوب بن نوح نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار بود، زیرا ازدواج مادر می‌تواند قبل یا بعد از هفت سال باشد و می‌تواند هم زمان با هم باشد. اگر مادر پیش از هفت سال ازدواج کند، به حکم دو روایت مرسله منقری و حفص بن غیاث، حضانت او از بین می‌رود، ولی بر اساس روایت های ایوب بن نوح، این حضانت همچنان باقی است؛ اما اگر مادر پس از هفت سالگی کودک خود، دوباره ازدواج کند، بر اساس روایات ایوب بن نوح، حضانتش را از دست می‌دهد، گرچه بر اساس دو روایت منقری و حفص بن غیاث، حضانتش تا زمان ازدواج بر کودک باقی است. همچنین این دو روایت با اطلاق دو روایت ابی‌العباس و فضیل بن یسار نیز در تعارض است، زیرا اطلاق دو روایت ابی‌العباس و فضیل، شامل دوره شیرخوارگی و پس از آن می‌شود، همچنان که دربرگیرنده دو حالت پیش و پس از ازدواج دوباره مادر هم می‌شود.

اطلاق گروه سوم با گروه دوم تقیید می شود، یعنی پدر سزاوارتر است به کودک خود پس از هفت سال و مادر پیش از این زمان (۱)؛ منتهی نسبت به بعد از دو سال روایات دیگری نیز وجود دارد که با ملاحظه آنها، اطلاق سزاوار بودن مادر تا هفت سال نیز قابل

عمل نخواهد بود که در جای خود مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

اما این مطلب با مضمون روایت اول چه نسبتی دارد؟ برای پیدا کردن این نسبت، ابتدا باید معنی جمله «قرار گرفتن کودک بین پدر و مادر به مساوات» را مشخص کنیم. در اینکه

معنای این جمله چیست، چند احتمال مطرح است:

۱- پدر و مادر به طور مشترک، نگهداری کودک را بر عهده می گیرند.

۲- نسبت کودک به پدر و مادر، نسبتی مساوی است، هیچ کدام بر دیگری اولویتی

ندارند؛ این معنا را می توان با توجه به جمله «فاذا فطم فالأب أحق به» که در ذیل این روایت آمده است، استنباط کرد.

۳- بر مادر شیر دادن (رضاع) و بر پدر پرداخت دستمزد (اجرت) واجب است (۲)، بدین ترتیب، تربیت کودک بین پدر و مادر به شکلی مساوی قرار می گیرد (۳).

۴- به نظر می رسد - همچنان که صدر روایت در آن ظهور دارد - امام علیه السلام جمله «مادام الولد فی الرضاع فهو بین الأبویین بالسویه» را در توضیح جمله «والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین» از آیه ۲۳۳ سوره مبارکه بقره، بیان کرده است؛ بنابر این، باید میان معنای این دو جمله ارتباطی وجود داشته باشد.

پیش از این گفتیم که جمله «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ... فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا»، بر این مطلب دلالت دارد که مادران پس از جدایی از شوهران خود، موظف اند کودکانشان را دو سال کامل شیر دهند، اگر همسرانشان از آنها چنین بخواهند. در مقابل، پدران نیز می باید خوراک و پوشاک آنها در حدی متعارف، تأمین

ص: ۲۰۳

۱- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۴.

۲- ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۶.

کنند... اگر پدر و مادر بخواهند کودک خود را پیش از دو سال از شیر بگیرند، تنها در

صورتی می‌توانند چنین کاری بکنند که با رضایت و مشورت هم این تصمیم را بگیرند.

بنابر این، عبارت «بین الأبوين بالسویه» از نظر معنایی ناظر به مفهوم جمله «عن تراض منهما و تشاور» است. یعنی منظور از قرار گرفتن کودک بین پدر و مادر به نسبت مساوی، این است که تصمیم هریک از آنها در بحث شیردهی کودک، تنها وقتی ارزش حقوقی پیدا می‌کند که طرف دیگر نیز به آن راضی باشد.

اگر چنین معنایی را برای صدر روایت داود بن حصین بپذیریم، این روایت هیچ

ارتباطی با بحث حضانت کودک نخواهد داشت؛ نه میان صدر و ذیل آن - آن گونه که برخی ادعا کرده اند (۱) - و نه میان این روایت با روایاتی که در مسأله حضانت وارد شده اند تعارضی وجود ندارد تا برای حل آن نیازمند به عامل ترجیح بوده و مدعی شویم که روایات اولویت مادر به خاطر مشهور بودن و صحیح تر بودن از نظر سند، بر روایت داود بن حصین ترجیح دارند (۲)؛ همچنان که ضعیف شمردن روایت داود (۳) و این ادعا که این روایت از نظر سند و عدد، ضعیف تر از آن است که بتواند با اخباری که دلالت دارد بر تقدّم مادر دارد، معارضه کند (۴)؛ کاملاً بی اساس است، چرا که روایت داود بن حصین از نظر سندی معتبر است و بر تقدّم مادر نیز تنها یک روایت معتبر، یعنی روایت ایوب بن نوح دلالت دارد.

با توجه به آنچه گذشت، دیگر مجالی برای این ادعا که چون مراد از عبارت «بالسویه»، مشخص نیست، پس این حدیث از نظر دلالتی نیز ضعیف بوده، نمی‌توان به آن عمل کرد (۵)؛ صحیح نخواهد بود، چرا که با ملاحظه جمله نخست این حدیث و استناد امام علیه السلام به آیه «والوالدات یرضعن»، دیگر ابهامی در مراد از تساوی پدر و مادر در دوره شیردهی باقی نمی‌ماند.

ص: ۲۰۴

۱- ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۲- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۴.

۳- نهاییه المرام، ۱/۴۶۶.

۴- الحدائق الناضرة، ۲۵/۸۶.

۵- ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

لازم به یادآوری است مرحوم نجفی برای اثبات اولویت مادر در حضانت کودک در دو سال شیرخوارگی، افزون بر آنچه گذشت به دو مطلب دیگر نیز استناد کرده است (۱):

۱- آیه کریمه «لاتضار والده بولدها»: جدا کردن کودک از مادر در این دوره، موجب آسیب

دیدن مادر می شود که به حکم این جمله، کاری حرام است (۲).

نقد: اگر بتوان برای اثبات اولویت مادر به جمله «لاتضار والده بولدها» تمسک کرد، برای اثبات اولویت پدر نیز می توان به جمله «ولا- مولود له بولده» استناد کرد؛ چرا که اگر گرفتن کودک از مادر در دوره شیرخوارگی، ضرر زدن به او به حساب آید؛ جدایی انداختن میان پدر و کودک در این دوره نیز، ضرر زدن به او حساب می آید که حرام است به خصوص که اگر مادر برای شیر دادن به کودک خود، دستمزدی بیش از دیگران بخواهد یا دایه ای پیدا شود که حاضر باشد کودک را رایگان شیر دهد.

۲- اطلاق سایر روایات: اطلاق دو روایت جمیل و عبید الله بن علی نیز بر اولویت مادر

دلالت دارد.

موثقه جمیل - ابن بکیر: «فی الولد من الحرّ و المملوکه، قال: یذهب إلی الحرّ منهما» (۳)، درباره کودکی که از پدر آزاده و مادر برده متولد می شود، فرمود: به هر کدام که آزاد هستند ملحق می شود؛

روایت عبید الله بن علی: «إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله قَضَىٰ بِإِبْنِهِ حَمْزَةَ لِخَالَتِهَا وَ قَالَ: الْخَالَةُ وَالِدَةٌ» (۴)، پیامبر گرامی حکم کرد درباره دختر حضرت حمزه به اینکه با خاله اش زندگی کند و فرمود: خاله، مادر است.

نقد: این استدلال درست نیست، زیرا تمسک به اطلاق در جایی صحیح است که متکلم از آن جهت در مقام بیان باشد و معلوم است که در روایت جمیل، امام علیه السلام در صدد بیان مانعیت بردگی از پذیرش حضانت است؛ همچنان که در روایت عبید الله بن علی، پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله در مقام بیان برابری مادر و خاله در مسأله حضانت است، نه اینکه مادر در چه زمانی می تواند حضانت کودک خود را بر عهده بگیرد، به خصوص که مورد این روایت دختر حضرت حمزه سید الشهداء علیه السلام است که بدون تردید در زمان

ص: ۲۰۵

۱- ر.ک: جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۵.

۲- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۵.

۳- الکافی، ۵/۴۹۲، شماره ۱.

۴- طوسی، الأمالی، ص ۳۴۲، شماره ۷۰۰.

واگذاری حضانت او به خاله اش، شیرخوار نبوده است.

نتیجه

از مجموع روایات وارد در مسأله شیردهی (رضاع)، چون روایت حلبی، ابو بصیر، ابو الصباح کنانی، دعائم الاسلام و ذیل روایت فضل ابی العباس البقباق و همچنین روایات وارد در مسأله حضانت چون روایت ایوب بن نوح، فضیل بن یسار و صدر روایت فضل ابی العباس، به این نتیجه می توان رسید که مادر در خلال دو سال شیرخوارگی کودکش، دارای حق شیر دادن (رضاع) و حق نگهداری (حضانت) است (۱).

البته واضح است که چون در کتب فقهی برای حضانت مادر شرایطی در نظر گرفته شده است، نظیر مسلمان بودن، برده نبودن، عاقل بودن و همچنین ازدواج نکردن که توضیح آنها بعد از این خواهد آمد؛ گروهی از فقها حضانت مادر در این دو سال را مشروط به تحقق این شروط کرده اند (۲).

بنابر این، اختصاص این حکم به فرزند پسر، آن گونه که برخی از فقها به آن فتوا داده اند (۳)، تنها از این جهت است که از نظر آنها حضانت دختر تا هفت سالگی بر عهده مادر است و این حکم خود به خود دربرگیرنده فرزند دختر تا پایان دو سالگی هم خواهد بود.

ارتباط میان حضانت مادر و مباشرت در رضاع

آخرین سؤالی که می باید در پایان این بخش به آن پاسخ داده شود این است که آیا اولویت مادر در حفظ و حراست از کودک خود در خلال دو سال نخست زندگی اش،

ص: ۲۰۶

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۱.

۲- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ کشف الرموز، ۲/۲۰۰؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۶.

۳- المهذب، ۲/۲۶۲؛ تبصره المتعلمین، ص ۱۸۷؛ اللمعه الدمشقیه، ص ۱۷۶؛ شرح اللمعه، ۵/۴۵۸؛ قواعد الأحکام، ۳/۱۰۲؛ ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۳؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۳. لازم به یاد آوری است، در این کتب، اولویت مادر به نگهداری فرزند پسر خود، مشروط به شروطی چون: آزاد بودن، مسلمان بودن و عاقل بودن مادر شده است که توضیح آن پس از این خواهد آمد.

مشروط به این است که مادر در این مدت، شیردهی کودک را نیز بر 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 سؤال، دو احتمال تصور دارد:

احتمال اول، از بین رفتن حق مادر در نگهداری کودک (حضانت): پیروان این نظریه بر این 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 خود در شیر دادن به کودکش، سر باز زند، اولویت او در نگهداری 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 (۱) چه خود کودکش را شیر دهد یا دیگری این وظیفه را بر عهده بگیرد (۲).

بنابر این، سپردن کودک به دایه امری است موقتی، تنها به منظور شیر خوردن کودک و این موجب از بین رفتن حق مادر در همراهی با کودکش در خلال دوره دو ساله شیرخوارگی، نمی شود (۳)؛ پس یا دایه به محل سکونت مادر آمده، کودک را شیر می دهد و سپس او را به مادرش می سپارد (۴) یا کودک به محل سکونت دایه برده می شود و پس از شیر خوردن به نزد مادر برگردانده می شود (۵).

بررسی دلایل: برای اثبات این نظریه به چند مطلب استناد شده است:

۱- اصل عملی: مرحوم نجفی گرچه هیچ توضیحی در اینکه مقصود از اصل چیست، نمی دهد (۶) ولی بعید نیست که مراد، اصل استصحاب باشد؛ زیرا اگر شک کنیم که با ترک

ص: ۲۰۷

۱- التحفه السنیه، ص ۲۹۵.

۲- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۵.

۳- ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۳.

۴- تحریر الاحکام، ۲/۴۳؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۳۶؛ تفسیر قرطبی، ۱۸/۱۶۹.

۵- السرائر، ۲/۶۵۲؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۳ اگر بردن کودک نزد دایه ممکن نباشد، حق حضانت مادر ساقط می شود.

۶- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۰.

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.

۲- توجه حکم به مورد غالب: گرچه در پاره ای از روایات، «فطام» و گرفتن کودک از شیر، پایان اولویت مادر، قرار داده شده است، ولی این غایت، ناظر به مورد غالب است، چرا که در بیشتر موارد، «فطام» در انتهای دو سال تحقق می یابد(۱).

۳- عدم تلازم میان رضاع و حضانت: نگهداری و شیردهی (حضانت و رضاع) دو حق جداگانه برای مادر هستند که به واسطه نبود تلازم میان آنها، سقوط یکی، سقوط دیگری را به دنبال ندارد(۲).

محدث بحرانی گرچه این استدلال را به حسب منطقی درست می داند ولی معتقد است، سقوط حضانت با عنایت به مضمون روایت داود بن الحصین، ابی الصباح و ابی العباس، نزدیک تر به واقع است(۳).

احتمال دوم، از بین رفتن حق مادر در نگهداری کودک (حضانت): گروهی از عالمان دینی بر این باورند که با خودداری مادر از شیر دادن کودک خود، حق او در نگهداری کودکش نیز از بین رفته، پدر می تواند کودک را از مادرش جدا سازد(۴).

بررسی دلایل: پیروان این نظریه، برای اثبات مطلوب خود به چند مطلب استناد کرده اند:

۱- عسر و حرج: عمده دلیلی که برای اثبات درستی این احتمال به آن استناد شده

است، عسر و حرج است، چرا که اگر مادر حاضر نباشد به کودک خود شیر دهد، می باید او را به دایه سپرد و معلوم است که آمد و شد پی در پی دایه نزد کودک به هنگام شیر دادن، اگر کودک به خاطر بقای حضانت، نزد مادرش زندگی کند، موجب عسر و حرج اوست(۵)؛ همچنان که جدایی کودک از مادر در هنگام شیر خوردن و همراهی آنها با هم در خارج از این زمان، یعنی بودن بچه در دست مادر و به عهده گرفتن شیر دادن او توسط دیگری، عسر و حرج

ص: ۲۰۸

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۰.

۲- شرح اللمعه، ۵/۴۵۷؛ السرائر، ۲/۶۵۲.

۳- الحدائق الناضره، ۲۵/۸۷.

۴- شرایع الاسلام، ۲/۵۶۶ و ۵۶۸؛ المهذب، ۲/۲۶۲؛ السرائر، ۲/۶۵۱؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ کشف الرموز، ۲/۲۰۰.

۵- التحفه السنیه، ص ۲۹۵.

پدر را به دنبال دارد اگر بخواهد کودک را نزد دایه برده، سپس برگرداند؛ عسر و حرجی که از نظر قرآن و روایات، وجود آن نافی تکلیف است (۱).

لازم به یادآوری است مرحوم شهید ثانی معتقد است که عسر و حرج زمانی تحقق می یابد که نه دایه بتواند بچه را نزد مادرش شیر دهد و نه هنگام شیر خوردن بچه را بتوان

نزد دایه برد که در این صورت حق حضانت مادر ساقط می شود (۲).

نقد: معلوم است که استناد به عسر و حرج برای اثبات زوال حضانت مادر، اخص از مطلوب است، زیرا ممکن است مادر و دایه در کنار هم زندگی کنند به گونه ای که هر یک از آنها وظیفه خود را انجام دهد، بدون اینکه عسر و حرجی به وجود بیاید (۳)؛ بنابراین،

حضانت مادر هنگامی از بین خواهد رفت که آمد و شد دایه نزد کودک یا آوردن کودک نزد دایه متعذر باشد (۴).

با ملاحظه همین جهت است که پاره ای از روایات چون روایت داود بن حصین که در آنها از واژه «نزع» برای گرفتن کودک از مادر و سپردن او به دایه، استفاده شده است، بر

فرضی حمل می شود که آمد و شد دایه نزد کودک یا بردن کودک در هنگام نیاز به شیر، نزد دایه متعذر باشد (۵).

۲- تلازم میان حضانت و رضاع: نگهداری و شیر دادن کودک از یک پیوستگی خاصی

برخوردارند به طوری که نمی توان میان آنها عاداتاً جدایی انداخت؛ بنابراین، هرگاه شیر دادن کودک توسط مادر، منتفی شود، حق او در سرپرستی کودکش نیز از بین

ص: ۲۰۹

۱- شرح اللمعه، ۵/۴۵۷؛ جواهر الکلام، ۳۱/۳۰۰؛ نهاییه المرام، ۱/۴۶۶.

۲- شرح اللمعه، ۵/۴۵۷.

۳- التحفه السنیه، ص ۲۹۵.

۴- التحفه السنیه، ص ۲۹۵.

۵- التحفه السنیه، ص ۲۹۵.

خواهد رفت (۱).

۳- کاربرد عنوان «نزع»: در روایت داود بن حصین، امام علیه السلام از واژه «نزع» استفاده کرده است که ظهور در جدایی کودک از مادرش دارد (۲)، «و إن وجد الأب من یرضعه بأربعه دراهم و قالت الأم: لا ارضعه إلا بخمسه دراهم، فإنّ له أن ینزعه منها» (۳)، و اگر پدر کسی را بیابد که حاضر باشد

کودک را به چهار درهم شیر دهد و مادر بگوید که من شیر نمی دهم مگر به پنج درهم، پدر می تواند کودک را از مادرش جدا کند.

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 کودک به طور مطلق که در غیر از زمان شیر خوردن نیز صدق کند (۴).

مرحوم عاملی ضمن پذیرش ضعف سندی این روایت، مدعی است چون مضمون آن موافق با مقتضای اصل است، عمل به آن ترجیح دارد (۵). گرچه او توضیحی درباره

اصلی که به آن استناد کرده است، نمی دهد ولی بعید نیست - آن گونه که مرحوم نجفی احتمال داده است - منظور اصلِ احقیّت پدر نسبت به فرزند خود باشد.

وی در این باره می نویسد: «سقوط حق حضانت مادر موافق تر به اصول و قواعد مذهب است، چرا که اصل سزاوارتر بودن پدر نسبت به فرزندی که منسوب به اوست، امری است واضح. از مدلول این اصل، حضانت وابسته به شیر دادن، خارج شده است، اما در سایر موارد همچنان به این اصل عمل می شود» (۶).

۴- کاربرد عنوان «أحق»: در سه روایت ابی الصباح و ابی العباس و حلبی، گرچه سخنی از «نزع» به میان نیامده است ولی امام علیه السلام، «أحق» بودن مادر، مشروط به این کرده است که مادر راضی به دستمزدی که زنان دیگر می گیرند، باشد که مفهوم آن این می شود اگر

ص: ۲۱۰

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۳۰۰.

۲- شرح اللمعه، ۵/۴۵۷؛ جواهر الکلام، ۳۱/۳۰۰.

۳- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۴؛ تفسیر العیاشی، ۱/۱۲۰، شماره ۳۸۰.

۴- مسالک الأفهام، ۸/۴۳۶.

۵- نهاییه المرام، ۱/۴۶۶.

۶- جواهر الکلام، ۳۱/۳۰۰.

مادر راضی به آن نباشد، دیگر نسبت به کودک خود «أحق» نیست، پس می توان او را از کودکش جدا کرد(۱).

نتیجه

به نظر ما، از آنجا که حضانت وظیفه پدر است (اصل در حضانت، پدر است) و مادر به واسطه وجود دلیل خاص، مدت زمانی محدود، این وظیفه را بر عهده می گیرد، می باید به مورد نص اکتفا شود.

قدر متیقن از انتقال حضانت به مادر، زمانی است که مادر به کودک خود، شیر می دهد و نسبت به غیر از این صورت، یعنی هنگامی که مادر حاضر به شیر دادن به کودک خود نباشد یا کودک پیش از دو سالگی به دلایلی از شیر گرفته شود، اصل عدم انتقال حق حضانت به مادر است.

بنابر این، با ملاحظه نصوصی چون: «هی أحق بولدها إن ترضعه بما تقبله امرأه أُخری»(۲)، مادر اولویت دارد به شیر دادن فرزندش، اگر او را در برابر چیزی شیر دهد که زن دیگری می پذیرد؛ «إلا أن یجد

من هو أرخص اجرا منها، فإن هی رضیت بذلک الأجر، فهی أحق بإبنها حتی تفضمه»(۳)، مگر اینکه کسی پیدا شود که از او کمتر بگیرد، در این صورت اگر مادر راضی به همان باشد، مقدم است بر دیگران نسبت به فرزندش تا از شیر گرفته شود؛ «فإن قالت المرأه لزوجها الذی طلقها: أنا أرضع ابنی بمثل ما تجد من یرضعه، فهی أحق به»(۴)، اگر زنی به شوهرش که او را طلاق داده بگوید: من فرزندت را شیر می دهم به همان چیزی که کس دیگر او را شیر می دهد، مادر اولویت دارد به شیر دادن فرزندش؛ می توان حکم کرد که بر عهده گرفتن نگهداری کودک توسط مادر در خلال دو سال اول زندگی اش، منوط به شیر دادن به اوست یا رایگان و یا به دستمزدی برابر با آنچه دیگران می گیرند و معلوم است

که برای اثبات چنین حکمی، نیازمند به طرح مباحثی چون عسر و حرج، نیستیم.

ص: ۲۱۱

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: نهایی المرام، ۱/۴۶۶؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۲- الکافی، ۶/۱۰۳، شماره ۳؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۱۰، شماره ۴۷۸۸.

۳- الکافی، ۶/۱۰۳، شماره ۳.

۴- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱.

اشاره

بحث حضانت از کودک پس از رسیدن به سن دو سالگی در سه فرض قابل بررسی است:

فرض اول: زنده بودن پدر و مادر

پس از آنکه از جمع میان روایات به این نتیجه رسیدیم که مادر افزون بر شیر دادن به کودک خود، می باید نگهداری او را تا دو سال، یعنی زمان شیردهی، بر عهده بگیرد؛ حال

نوبت به این بحث می رسد که پس از این مدت، کدام یک از پدر و مادر در حالی که جدای از هم زندگی می کنند، عهده دار انجام این مسؤولیت هستند؟

در این مسأله میان فقهای شیعه اختلاف نظر بوده، آرای گوناگونی در متون فقهی مطرح شده است که می توان آنها را در قالب دو نظریه کلی، بررسی کرد:

نظریه اول، عدم تفاوت میان پسر و دختر: طرفداران این نظریه بر این باورند که

جنسیت کودک در اینکه کدام یک از پدر یا مادر عهده دار نگهداری او باشند، تأثیری ندارد.

بر این اساس، دو احتمال را مطرح کرده اند:

اول، اولویت مادر به حضانت کودک خود تا هفت سال: علامه حلی این نظر را به شیخ طوسی در دو کتاب خلاف و مبسوط نسبت می دهد^(۱)، ولی شیخ طوسی در این دو کتاب نظر دیگری را مطرح می کند که در جای خود به بررسی آن خواهیم پرداخت.

بررسی دلایل: برای اثبات این نظر در کتب فقهی به دو دلیل استناد شده است:

۱- روایت ایوب بن نوح ۴۱*»: «کتب إليه بعض أصحابه إنه كانت لی امرأه و لی منها ولد و خلیت سیلها، فکتب علیه السلام: المرأه أحق بالولد إلی أن یبلغ سبع سنین إلاّ- أن تشاء المرأه»^(۲)، بعضی از یارانش به حضرت نوشت: زنی دارم و از او فرزندی، او را رها کرده ام، حضرت نوشت: زن سزاوارتر است به کودک خود تا هفت سال، مگر اینکه خودش جز این بخواهد.

ص: ۲۱۲

۲- مناسبت با تربیت: مرحوم فیض معتقد است که هفت سال نخست زندگی، بهترین

زمان برای تربیت کودک است و مادر به این کار سزاوارتر است و با گذشت این هفت سال، هفت سال دوم زندگی کودک آغاز می شود که دوره ادب اوست و این مناسب با پدر است (۱).

صرف نظر از مناسبت سن هفت سالگی با تربیت و مناسبت میان تربیت کودک و

مادر که استحسانی است عقلی، روایت ایوب بن نوح هم از نظر سند و هم از نظر دلالت برای اثبات این نظر کافی است که پیش از این به تفصیل درباره آن توضیح دادیم.

دوم، اولویت مادر به حضانت کودک خود تا ازدواج کند: علامه حلی این احتمال را

به شیخ صدوق نسبت می دهد (۲).

بررسی دلایل: مبنای این احتمال، روایاتی است که در جوامع روایی شیعه و سنی وجود دارد.

۱- روایت داود رقی ۴۲*: «عن امرأه حزه نکحت عبدا فأولدها أولادا، ثم إنّه طلقها فلم تقم مع ولدها و تزوجت، فلما بلغ العبد أنها تزوجت، أراد أن يأخذ ولده منها و قال: أنا أحق بهم منك إن تزوجت، فقال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوجت حتى يعق، هي أحق بولدها منه مادام مملوكا، فاذا أعتق فهو أحق بهم منها» (۳)، زن آزاده ای با برده ای ازدواج کرده و پس از آنکه چند بچه به دنیا آورد، شوهرش او را طلاق داد. زن حاضر نشد به پای فرزندان خود بنشیند و ازدواج کرد. هنگامی که شوهر سابقش از ماجرا باخبر شد، تصمیم گرفت با این استدلال که من پس از ازدواج کردن تو، سزاوارتر به فرزندان خود هستم، فرزندانش را از او بگیرد؛ امام علیه السلام فرمود: برده تا زمانی که آزاد نشده است، حق ندارد فرزندان خود را از مادرشان جدا کند، حتی اگر مادر ازدواج هم کرده باشد؛ مادر سزاوارتر به فرزندان خود است مادامی که پدر برده است، هرگاه پدر آزاد شد، سزاوارتر به فرزندان خود است از مادرشان.

روایت داود رقی که از نظر سندی معتبر است، از این جهت بر نظر صدوق دلالت

ص: ۲۱۳

۱- الوافی، ۳/۲۰۷، ابواب الولادات؛ التحفه السنیه، ص ۲۹۶.

۲- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: المقنع، ص ۳۶۰؛ مختلف الشیعه، ۷/۳۰۶؛ المهدب البارع، ۳/۴۲۶.

۳- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۵؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۷، شماره ۳۶۱.

دارد که پایان پذیرفتن حضانت مادر با ازدواج کردن او، امری مسلم فرض شده است.

اما همان گونه که می دانیم این روایت ناظر به مانعیت ازدواج مادر از حضانت کودک در صورت آزاد بودن پدر و عدم مانعیت آن در صورت برده بودن پدر است، اما هیچ دلالتی بر اینکه تا ازدواج مادر، حضانت او باقی است، هرچند ازدواج او پس از هفت

سال باشد ندارد.

۲- روایت حفص بن غیاث ۴۳*: «عن رجل طلق امرأته و بینهما ولد، أیهاما أحق به؟ قال: المرأه ما لم تتزوج» (۱)، مردی با داشتن فرزند از همسر خود جدا شد، کدام یک سزاوارتر هستند به آن فرزند؟ فرمود: زن مادامی که ازدواج نکند.

پیش از این توضیح دادیم که این روایت را سلیمان بن داود منقری نقل می کند که به خاطر مرد بودن راوی آن او بین حفص بن غیاث و فردی دیگر (سلیمان بن داود المنقری عن حفص بن غیاث او غیره)، از نظر سندی اعتبار ندارد.

۳- روایت منقری ۴۴*: «عن الرجل یطلق امرأته و بینهما ولد، أیهاما أحق بالولد؟ قال: المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج» (۲)، مردی زن خود را در حالی که از او فرزندی داشت، طلاق داد، کدامیک سزاوارتر به آن فرزند هستند؟ فرمود: زن سزاوارتر به نگهداری از کودک خود است مادامی که ازدواج نکند.

همچنان که در گذشته توضیح دادیم روایت مرسله سلیمان بن داود منقری، همان روایت حفص است، با این تفاوت که منقری یک بار آن را به صورت مرسل و بار دیگر با تردید از حفص بن غیاث نقل می کند؛ بنابر این، ذکر روایت منقری در مقام استدلال به عنوان دو روایت مستقل، صحیح نخواهد بود.

به هر حال، با توجه به ضعف سندی دو روایت حفص و منقری، استدلال به آنها برای اثبات نظر صدوق (۳)، ممکن نیست و به همین جهت سخن گفتن از نسبت و جمع دلالتی میان آنها و سایر روایات، بی فایده است، به ویژه که از نظر مضمون، این دو روایت، موافق

ص: ۲۱۴

۱- من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۳۵، شماره ۴۵۰۲.

۲- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۳؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۴.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۱؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۸۹؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

البته در متون فقهی با صرف نظر کردن از اشکال سندی این دو روایت، در مقام جمع

آنها با سایر روایات، تأویل های گوناگونی مطرح شده است، نظیر:

تأویل نخست: مراد از «ولد» در این دو روایت، فرزند دختر است (۱). اگر چنین توجیهی

درست باشد، باید دو واژه «ولد» و «صبی» که در سایر روایات آمده است را بر فرزند پسر حمل کنیم که نتیجه جمع میان این دو روایت با سایر روایات این خواهد شد که مادر سزاوار است به حضانت و نگهداری کودکش تا هفت سالگی، اگر فرزندش، پسر باشد و تا زمانی که خود ازدواج کند، اگر فرزندش، دختر باشد. به هر حال، بر اساس این دو روایت، باید بگوییم که حضانت مادر تا زمانی که خود ازدواج نکرده است بر فرزند دخترش همچنان باقی است.

نقد: برای این تأویل هیچ دلیل و مستند فقهی وجود ندارد.

تأویل دوم: مراد از «ولد» در این دو روایت، کودکی است که از شیر گرفته نشده است (۲). بنابر این، باید مدعی شویم که حضانت مادر بر کودک شیر خوار خود تا زمانی است که ازدواج نکرده باشد که اگر با دیگری ازدواج کند، حقی در نگهداری کودکش ندارد.

نتیجه پذیرش چنین توجیهی در این دو روایت، این خواهد شد که منظور از «ولد» در روایات دیگر، کودکی است که دوره شیرخوارگی را سپری کرده است؛ پس اگر کودک شیر خوار است، مادر تا زمانی که ازدواج نکرده باشد، عهده دار نگهداری اوست، و گرنه تنها تا هفت سال حق حضانت مادر باقی است.

نقد: واضح است که اگر بخواهیم این تأویل را بپذیریم، تعارض دیگری میان این دو حدیث با روایاتی که حضانت مادر را تا انتهای دوره شیر خوارگی تعیین می کرد به وجود خواهد آمد؛ افزون بر اینکه اگر ازدواج مادر پس از گذشت دو سال از سن کودک باشد، دیگر معنا ندارد که بگوییم مادر بر کودک شیرخوار خود تا زمانی که ازدواج نکرده است،

ص: ۲۱۵

۱- الحدائق الناضرة، ۲۵/۸۹.

۲- الحدائق الناضرة، ۲۵/۸۹.

تأویل سوم: حق حضانت مادر تا زمانی که ازدواج نکرده، باقی است به این شرط که مادر برای نگهداری کودک دستمزدی برابر با آنچه دیگران می گیرند، بخواهد(۱).

چنین توجیهی برای این دو روایت، افزون بر انتساب به شیخ طوسی، از علامه حلی نیز نقل شده که مبنای آن، مضمون روایت ابی العباس است(۲).

نقد: به نظر ما، حمل روایت حفص و منقری بر این معنا مشکلی را حل نمی کند، زیرا این شرط، شرطی است برای همه احتمالات ممکن در بحث حضانت. کسانی که بر اساس برخی از روایات، مدت زمان حضانت مادر را هفت یا نه سال می دانند نیز پذیرفته اند که اگر مادر برای کار خود دستمزدی بیش از حد متعارف بخواهد، در حضانت کودک، اولویتی نخواهد داشت.

افزون بر اینکه، در هیچ روایتی بحث دستمزد مادر برای حضانت کودک مطرح نشده است، بلکه تنها در مورد شیردهی این مطلب وجود دارد.

سرانجام اینکه، موضوع احقیّت در ذیل روایت ابی العباس، احقیّت مادر نسبت به شیردهی کودک خود است و حال آنکه بحث ما در حضانت کودک پس از دو سال و پایان دوره شیردهی است.

به عبارت دیگر، اطلاق دو روایت حفص و منقری بر این مطلب دلالت دارد که مادر اُحق است در رضاع و حضانت کودک خود تا ازدواج کند، چه مزد بیشتری از حد متعارف برای این کار خود بطلبد یا نطلبد؛ از سوی دیگر، روایت ابی العباس بر این مطلب دلالت دارد که مادر اُحق است به شیر دادن به کودک خود، اگر دستمزد بیشتری نخواهد.

بنابر این، بین اطلاق روایت حفص و روایت ابی العباس اگر تعارضی باشد، نسبت به دوره شیردهی بوده، روایت ابی العباس اطلاق آن را تقیید می کند؛ اما پس از این مدت،

۱- الحدائق الناضرة، ۲۵/۸۹.

۲- مختلف الشیعه، ۷/۳۰۸.

دیگر برای روایت ابی العباس موضوعی باقی نمی ماند تا بخواهد با روایت حفص در تعارض باشد؛ پس حمل اطلاق روایت حفص بر جایی که مادر مزدی برابر با دیگران می گیرد، نمی تواند نسبت به دو حال پیش و پس از شیردهی درست باشد.

تأویل چهارم: مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است عهده دار نگهداری کودک خود است در صورتی که کودک به سن بلوغ نرسد.

این چنین تأویلی برای دو روایت هم با اصول مذهب سازگار است، چرا که با رسیدن کودک به سن بلوغ، دیگر حضانت بر او منتفی می شود و هم با روایاتی که انتهای زمان حضانت را نه سالگی تعیین می کند، موافق است به خصوص که اگر سن بلوغ را نه سالگی بدانیم (۱).

نقد: چنین توجیهی برای روایت حفص و منقری صحیح به نظر نمی رسد، زیرا:

اولاً، اینکه حضانت با رسیدن به بلوغ، از بین می رود، امری است مسلم، چه این دو روایت باشند یا نباشند.

ثانیاً، با توجه به چه معیار و دلیلی ما حق داریم روایتی که بحث ازدواج مادر را نهایت حضانت کودک می داند، بر رسیدن به سن بلوغ حمل کنیم؟

ثالثاً، در جوامع روایی شیعه هیچ روایتی وجود ندارد که انتهای حضانت پدر یا مادر را سن نه سالگی کودک تعیین کند.

رابعاً، حتی اگر سن بلوغ را نه سالگی هم بدانیم، تنها به دختران اختصاص دارد و شامل فرزندان پسر نمی شود.

تأویل پنجم: حضانت کودک تا زمانی که مادر ازدواج نکرده، به عهده مادر است در

صورتی که پدر برده باشد. مرحوم علامه حلی این توجیه را با ملاحظه مضمون روایت داود رقی، پیشنهاد می کند (۲).

نقد: به نظر نمی رسد که این توجیه نیز درست باشد، زیرا بر اساس روایت داود رقی،

ص: ۲۱۷

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۱.

۲- مختلف الشیعه، ۷/۳۰۸.

اگر پدر برده باشد، حضانت کودک بر عهده مادر اوست حتی اگر ازدواج هم بکند؛ بنابراین، اینکه انتهای زمان حضانت مادر را در صورت برده بودن پدر، ازدواج مادر بدانیم، مخالف صریح روایتی است که خود شاهد این توجیه است.

به هر حال، همچنان که در شروع این بحث نیز یادآور شدم، ضعف سندی دو روایت حفص بن غیاث و منقری و نبود عاملی که بتواند این ضعف را جبران کند مانعی است از عمل بر طبق آنها به خصوص که روایات معتبری بر اولویت حضانت پدر مطلقاً دلالت می‌کند(۱).

۴- روایت عبد الله بن عمرو بن العاص*۴۵: «إِنَّ امْرَأَةَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا، كَانَ بَطْنِي لَهَا وَعَاءٌ وَحَجْرِي لَهَا حِوَاءٌ وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءٌ وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَزَعَمَ أَنَّهُ يَنْتَزِعُهُ مِنِّي، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ:

أَنْتِ أَحَقُّ بِمَا لَمْ تَنْكَحِي»(۲)، زنی به پیامبر گرامی اسلام فرمود: این فرزند من است، شکمم برای او چون ظرف و خانه ام چون حریم و سینه ام موجب سیرابی او بود، پدرش مرا طلاق داده است و گمان کرده که می‌تواند او را از من جدا سازد، پیامبر فرمود: تو سزاوارتر به کودک خود هستی مادامی که ازدواج نکرده‌ای.

این روایت به رغم وضوح دلالتش بر مقصود، یعنی بقای حضانت مادر بر کودک خود تا زمانی که ازدواج نکرده است، به علت ضعف سند و عدم حجیت آن، نمی‌تواند به عنوان دلیل برای نظر شیخ صدوق به حساب آید، گرچه مؤیدی بر این نظر خواهد بود.

۵- روایت ابو هریره*۴۶: «الْأُمُّ أَحَقُّ بِحِضَانِهِ إِنْهَا مَا لَمْ تَتَزَوَّجَ»(۳)، مادر سزاوارتر به نگهداری فرزند خود است مادامی که ازدواج نکند.

حدیثی به این مضمون، به رغم نقل ابن ابی جمهور احسایی، در جوامع روایی اهل سنت از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل نشده، بلکه این مضمون در عبارت هایی که از ابوبکر در مقام

ص: ۲۱۸

۱- ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۲- نیل الاوطار، ۷/۱۳۸؛ سنن ابی داود، ۱/۵۰۸، شماره ۲۲۷۶؛ مستدرک حاکم، ۲/۲۰۷؛ السنن الکبری، ۵-۸/۴؛ مجمع الزوائد، ۴/۳۲۳؛ فتح الباری، ۱۰/۳۳۷؛ کنز العمال، ۵/۵۸۱-۵۸۲، شماره ۱۴۰۳۵؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۶۴، شماره ۱۷۸۷۰؛ عوالی اللئالی، ۱/۳۸۸، شماره ۲۲۷۶ و ۳/۳۷۰، شماره ۳۴۷.

۳- مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۶۴، شماره ۱۷۸۶۹؛ عوالی اللئالی، ۳/۳۶۹-۳۷۰، شماره ۳۴۶.

حل دعوی عمر و همسرش نقل شده است وجود دارد(۱).

به هر حال، حتی اگر بتوان این مضمون را به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیز نسبت داد، به علت ارسال و فقدان سند معتبر، حجیت نداشته، نمی توان بر اساس آن فتوا داد.

نظریه دوم، تفاوت میان پسر و دختر: فقهای که جنسیت کودک را عاملی در تفاوت زمان حضانت مادر می دانند نیز نظریات متفاوتی مطرح کرده اند:

اول، اولویت مادر به حضانت پسر تا دو سال و دختر تا نه سال: این احتمال را شیخ

مفید(۲) و به دنبال او، سلار(۳) مطرح کرده اند(۴).

با مراجعه به عبارت های این دو عالم برجسته، دو نکته جلب توجه می کند: یکی استفاده از واژه «کفالت» و دوم در کنار هم گذاشتن دو واژه «صبی» و «بنت» در عبارت

مفید برای اشاره به پسر و دختر.

شهید ثانی بر این باور است که واژه «صبی» بر کودک پسر اطلاق می شود در حالی که کلمه «ولد» به معنای فرزند که شامل پسر و دختر می شود، به کار می رود(۵). این چنین تفاوتی میان معنای این دو کلمه را، مرحوم دهخدا نیز یادآور شده است ولی لغت شناسان عرب برای واژه «صبی»، معانی دیگری، چون: خردسال(۶)، شیرخوار(۷)

ص: ۲۱۹

۱- صنعانی، المصنف، ۷/۱۵۳، شماره ۱۲۵۹۸: عبد الرزاق عن معمر قال: سمعت الزهري يحدث: «ان ابابكر قضی علی عمر فی ابنه، انه مع امه و قال: امه أحق به ما لم تتزوج»؛ كنز العمال، ۱۵/۵۷۶، شماره ۱۴۰۲۰: عكرمه قال: «خاصمت امرأه عمر، عمر الی ابیكر و كان طلقها، فقال ابوبكر: هی أعطف و أطف و أرحم و أحن و أرأف و هی أحق بولدها ما لم تتزوج».

۲- المقنعه، ص ۵۳۱: «و إذا فصل الصبی من الرضاع، كان الأب أحق بكفالتة من الأم و الأم أحق بكفاله البنت حتی تبلغ تسع سنین، إلا أن تتزوج».

۳- المراسم، ص ۱۶۶: «فإذا فصل، فلا یخلو أن یكون ذكرا أو أنثی؛ فالذكر: الأب أحق بكفالتة من الأم و الأنثی: الأم أحق بكفالتها حتی تبلغ تسع سنین، ما لم تتزوج أو تتزوج بغير أبیها، فحينئذ یكون الأب أحق بها».

۴- برای اطلاع بیشتر، ر.ك: المهذب، ۲/۳۵۲؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ قواعد الاحكام، ۳/۱۰۲؛ تحرير الاحكام، ۲/۴۴.

۵- مسالك الأفهام، ۸/۴۲۰.

۶- مجمع البحرين، ۱/۲۶۰.

۷- القاموس المحيط، ۴/۳۵۱،

نابالغ (۱)، بیان کرده اند.

اینکه مفید به واسطه چه دلیلی، این نظر را مطرح کرده است، برای ما معلوم نیست (۲)؛ گرچه در متون فقهی متأخر، برای تأیید آن مطالبی آمده که هیچ کدام از آنها صلاحیت دلیل بودن برای اثبات حکم شرعی را ندارند (۳) و به همین خاطر برخی این احتمال را مطرح کرده اند که ممکن است شیخ مفید به روایتی از ائمه علیهم السلام دست یافته است که ما از آن بی اطلاع هستیم (۴).

به هر حال، توجیهاتی که برای تأیید نظر شیخ مفید گفته شده، چنین است:

۱- از آنجا که دختر در اجتماع کمتر حضور دارد و بر خلاف او، پدر بیشتر زمان خود را در خارج از خانه به سر می برد، ناگزیر باید شخصی تا زمان رسیدن به سن بلوغ، یعنی

نه سالگی، عهده دار تربیت او باشد (۵).

۲- با توجه به اینکه پدر برای تربیت پسر و مادر برای تربیت دختر مناسب تر است؛ با

حمل روایاتی که سن هفت سال را نهایت حضانت مادر می داند بر حضانت پسر و استصحاب بقای حضانت او بر دختر تا زمان بلوغ دختر که سن نه سالگی است، خواهیم گفت که حضانت مادر بر دختر تا نه سالگی ادامه دارد (۶).

دوم، اولویت مادر به حضانت پسر تا دو و دختر تا هفت سال (۷): این نظریه مشهور میان فقهاست (۸).

بررسی دلایل: برای اثبات این نظریه به دو مطلب استناد شده است:

۱- اجماع: ابن زهره مدعی اتفاق فقهای شیعه بر تفصیل میان دختر و پسر در مسأله

ص: ۲۲۰

۱- المفردات فی غریب القرآن، ص ۲۷۴.

۲- کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۱.

۳- ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۴- الحدائق الناضرة، ۲۵/۸۹.

۵- کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۱.

۶- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۷- لازم به یادآوری است منظور از اولویت مادر تا هفت سال نسبت به نگهداری فرزند دختر، هفت سال از زمان تولد است نه هفت سال پس از پایان دوره شیرخوارگی؛ ر.ک: کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۸- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: المهذب، ۲/۲۶۲؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ کشف الرموز، ۲/۲۰۰؛ تحریر

الاحكام، ٢/٤٣؛ تبصره المتعلمين، ص ١٨٧؛ اللعه الدمشقيه، ص ١٧٦.

حضانت مادر است (۱)، همچنان که این مطلب به این ادريس حلی نیز نسبت داده شده است (۲).

نقد، اولاً: وجود چنین اجماعی با وجود مخالفانی چون شیخ مفید و سلار از میان فقهای پیشین و ارائه آرای گوناگون دیگر از سوی فقهای متأخر، منتفی است.

ثانیاً: بر فرضی که چنین اجماعی نیز وجود داشته باشد، از آنجا که دلیل و مدرک اجماع کنندگان معلوم و دست کم، محتمل است، نمی توان به آن استناد کرد.

۲- جمع میان روایات: شکی نیست که روایت ایوب بن نوح روایتی است معتبر که بر اولویت مادر نسبت به کودک خود تا هفت سال دلالت دارد، بدون اینکه میان پسر و دختر در این باره تفاوتی گذاشته باشد (۳)؛ اما گروهی از فقها این روایت را به خاطر جمع با سایر

روایات، حمل بر دختر کرده اند، یعنی مادر اولویت دارد به حضانت دختر خود تا هفت سال (۴).

حال باید دید که چه روایتی در برابر این روایت وجود دارد که به واسطه آن، دست به چنین خلاف ظاهری می زنیم؟

این توجیه به واسطه روایت داود بن حصین است (۵)، چرا که جمله «فإذا فطم، فالأب أحق به من الأم»، هرگاه کودک از شیر گرفته شود، پدر سزاوارتر به اوست از مادر، بر این مطلب دلالت دارد

که پس از گرفتن کودک از شیر - دو سال - پدر برای اداره زندگی کودک خود از مادر سزاوارتر است که به اطلاق خود شامل پسر و دختر می شود.

بنابر این، دو اطلاق لفظی وجود دارد، یکی اطلاق اولویت مادر تا هفت سال، دیگری اطلاق اولویت پدر پس از دو سال که با دست کشیدن از هر دوی آنها، یکی را مقید به پسر و دیگری را مقید به دختر می کنیم.

ص: ۲۲۱

۱- غنیه النزوع، ص ۳۸۷؛ همچنین ر.ک: کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۲- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۳- نهاییه المرام، ۱/۴۶۶؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۸۸.

۴- مختلف الشیعه، ۷/۳۰۸.

۵- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

مستند چنین جمعی، تناسب موجود میان کودک با یکی از پدر و مادر خود است، چرا که تناسب پدر برای تربیت و تأدیب فرزند پسر خود و همچنین تناسب مادر برای تربیت دختر بیشتر است (۱).

نقد: به نظر ما، چنین جمعی میان روایات، صحیح نیست. نه اختصاص حضانت مادر نسبت به پسر تا دو سال و جاهت فقهی دارد و نه اختصاص حضانت او نسبت به دختر تا هفت سال.

عدم صحت اختصاص حضانت مادر نسبت به پسر تا دو سال: پیش از این توضیح دادیم که بر اساس روایات موجود، اولویت مادر در شیر دادن و نگهداری فرزند خود، امری

است قطعی؛ اما مشروط به اینکه وی درخواست دستمزد نکند یا دستمزدی بیش از حد متعارف نخواست، کسی دیگری هم نباشد که حاضر باشد کودک را رایگان شیر دهد (۲).

روایاتی که برای این منظور می توان به آنها استناد کرد، عبارت اند از:

روایت حلبی ۴۷* «الْحُبْلَى الْمَطْلُوقَةُ يَنْفِقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَ هِيَ أَحَقُّ بَوْلِدِهَا إِنْ تَرْضَعُهُ بِمَا تَقْبَلُهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى» (۳)، به زن بارداری که از شوهر خود جدا شده، نفقه پرداخت می شود تا زایمان کند. او سزاوارتر است به فرزند خود، اگر شیر دهد او را در مقابل آنچه که زن دیگری می گیرد؛

روایت ابوبصیر ۴۸* «الْحُبْلَى الْمَطْلُوقَةُ يَنْفِقُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَ هِيَ أَحَقُّ بَوْلِدِهَا إِنْ تَرْضَعُهُ بِمَا تَقْبَلُهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى» (۴)، به زن بارداری که از شوهر خود جدا شده، نفقه پرداخت می شود تا زایمان کند. او سزاوارتر است به فرزند خود، اگر شیر دهد او را در مقابل آنچه که زن دیگری می گیرد؛

روایت ابی العباس ۴۹* «فَإِنْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرُؤُوسِهَا الْمَذَى طَلَّقَهَا: أَنَا أَرْضِعُ ابْنِي بِمِثْلِ مَا تَجِدُ مِنْ يَرْضَعُهُ، فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ» (۵)، اگر زنی به شوهرش که او را طلاق داده بگوید: من فرزندت را شیر می دهم به مزدی

ص: ۲۲۲

۱- ریاض المسائل، ۲/۱۶۲؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۱.

۲- بعید نیست با ملاحظه ذیل روایت داود بن حصین، «فَإِنْ وَجَدَ الْأَبُ مِنْ يَرْضَعُهُ بِأَرْبَعَةِ دِرَاهِمٍ وَقَالَتِ الْأُمُّ: لَا أَرْضَعُهُ إِلَّا بِخَمْسَةِ دِرَاهِمٍ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهَا إِلَّا أَنْ ذَلِكَ خَيْرٌ لَهُ وَ أَرْفَقَ بِهِ أَنْ يَتْرَكَ مَعَ أُمِّهِ»، حکم کنیم به استحباب واگذاری کودک به مادرش به منظور شیر دادن، حتی اگر مزد بیشتری نسبت به دیگران بطلبد.

۳- الکافی، ۶/۱۰۳، شماره ۳.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۰۹، شماره ۴۷۸۸.

۵- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱.

که کس دیگر او را شیر می دهد، مادر اولویت دارد به شیر دادن فرزندش؛

روایت دعائم الاسلام ۵۰*»: «أَنَّهُ قَالَ فِي الْعَذَى يَطْلُقُ امْرَأَتَهُ وَ هِيَ تَرْضَعُ: أَنَّهَا أُولَى بِرِضَاعِ وَلَدِهَا إِنْ أَحْبَبْتَ ذَلِكَ وَ تَأْخُذُ الْعَذَى تَعْطَى الْمَرْضِعَةَ» (۱)، در مورد زنی که شوهرش او را طلاق داده و فرزند خود را شیر می داد، فرمود: او سزاوارتر است به شیر دادن کودکش، اگر تمایل به آن داشته، همان مزدی را بگیرد که به دایه داده می شود؛

روایت کنانی ۵۱*»: «إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَ هِيَ حُبْلَى أَنْفَقَ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا، فَإِذَا وَضَعَتْهُ أَعْطَاهَا أَجْرَهَا وَ لَا يَضَارُّهَا إِلَّا أَنْ يَجِدَ مَنْ هُوَ أَرْخَصَ أَجْرًا مِنْهَا، فَإِنْ هِيَ رَضِيََتْ بِذَلِكَ الْأَجْرِ، فَهِيَ أَحَقُّ بِإِنْفَاقِهَا حَتَّى تَفْطِمَهُ» (۲)، اگر مردی همسر خود را در حالی که باردار است، طلاق دهد، می باید تا زمانی که زایمان می کند، هزینه های او را پردازد. پس از زایمان، دستمزد او را داده، بر او سخت نگیرد، مگر اینکه کسی پیدا شود که از او کمتر بگیرد، در این صورت اگر مادر راضی به همان باشد، مقدم است نسبت به فرزندش تا از شیر گرفته شود.

اگر بر اساس این روایات بتوانیم به اولویت مادر در این دو سال، حکم کنیم، لازمه آن، اولویت پدر است بر کودک خود پس از این مدت، چرا که در روایت کنانی، برای این اولویت، نهایت و غایتی قرار داده شده است که همان «فطام» و گرفتن کودک از شیر باشد؛ حال اگر «فطام» در پایان دو سالگی کودک باشد، می توان حکم کرد که مادر تا دو سال در شیر دادن و نگهداری کودک خود اولویت دارد، اما اگر کودک پیش از دو سال به هر دلیلی از شیر گرفته شود، دیگر چنین اولییتی نخواهد داشت، چرا که عناوین «ان ترضعه»، «ارضع ابنی» و «هی ترضع»، صادق نبوده، موضوع «حتی فطم» تحقق یافته است.

مگر آنکه بر اساس مفاد روایت حماد بن عثمان، مدعی شویم که عنوان «فطام» هنگامی تحقق می باید که دو سال از سن کودک بگذرد:

روایت حماد بن عثمان ۵۲*»: «لَا رِضَاعَ بَعْدَ فِطَامٍ، قَالَ: قُلْتُ: جَعَلْتَ فِدَاكَ، وَ مَا الْفِطَامُ؟ قَالَ:

ص: ۲۲۳

۱- دعائم الاسلام، ۲/۲۵۶، شماره ۹۷۶؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۵۹.

۲- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱، شماره ۲.

الحولان اللذان قال الله عزوجل»(۱)، رضاع پس از فطام حاصل نمی شود، گفتم: فدایت شوم، منظور از فطام چیست؟ فرمود: همان دو سالی که خدای عزوجل فرموده است.

البته واضح است که استفاده چنین مطلبی از این روایت مشکل است، زیرا منظور

امام علیه السلامین نیست که «فطام» تنها در انتهای دو سال تحقق می یابد، چرا که در سه روایت ابی بصیر، ابی الصباح کنانی و حلبی، «فطام» بر «فصال» و گرفتن کودک از شیر قبل از دو

سال منطبق شده است:

روایت ابی بصیر*۵۳: «و لیس لها أن تأخذ فی رضاعه فوق حولین کاملین، فإذا أرادا الفصال قبل ذلك عن تراض منهما، کان حسنا و الفصال هو الفطام»(۲)، مادر حق ندارد برای شیر دادن بعد از دو سال کامل، چیزی بگیرد؛ پس اگر خواستند با رضایت یکدیگر، کودک را قبل از دو سال از شیر بگیرند، کار خوبی است و منظور از «فصال» از شیر گرفتن کودک (فطام) است؛

روایت کنانی*۵۴: «و لیس لها أن تأخذ فی رضاعه فوق حولین کاملین، فإن أرادا فصلاً عن تراض منهما و تشاور قبل ذلك کان حسناً و الفصال هو الفطام»(۳)؛ مادر حق ندارد برای شیر دادن بعد از دو سال کامل، چیزی بگیرد؛ پس اگر خواستند بعد از مشورت و با رضایت یکدیگر، کودک را قبل از دو سال از شیر بگیرند، کار خوبی است و منظور از «فصال» گرفتن کودک از شیر (فطام) است.

نتیجه اینکه، اولویت مادر نسبت به کودک خود تا دو سال، ادعایی است بدون دلیل، بلکه باید گفت: مادر نسبت به شیر دادن و نگهداری کودک تا زمانی اولویت دارد که کودک از شیر گرفته نشده است، چه کودک، دختر باشد و چه پسر.

طبیعی است با تحقق «فطام» و «فصال»، به حکم ذیل روایت کنانی، اولویت مادر از بین رفته، «فإن هی رضیت بذلک الأجر، فهی أحق بإبناها حتی تفضمه»(۴) و به مقتضای روایت داود بن حصین، پدر عهده دار نگهداری کودک خود است، «فإذا فطم فالأب أحقّ به من الأم»(۵)؛ چه

ص: ۲۲۴

۱- الکافی، ۵/۴۴۳، شمار ۳.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۰۹، شماره ۴۷۸۸.

۳- الکافی، ۶/۴۱، شماره ۶ و ۶/۱۰۳، شماره ۳.

۴- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱.

۵- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۴؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۴، شماره ۳۵۲؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۴، شماره ۱۳۰۲.

کودک پسر باشد و چه دختر.

اشکال: صدر روایت داود بن حصین، بر این دلالت دارد که کودک در مدت شیرخوارگی بین پدر و مادر به نسبتی برابر قرار دارد و این مطلب با اختصاص حضانت به مادر در خلال دو سال ناسازگار است (۱).

پاسخ: پیش از این، توضیح دادیم که قرار گرفتن کودک بین پدر و مادر در مدت دو سال، هیچ ارتباطی با بحث اولویت مادر در شیردهی به کودک خود یا نگهداری او نداشته، بلکه منظور از آن، برابری پدر و مادر در تصمیمگیری درباره از شیر گرفتن کودک یا ادامه شیر خوردن او است، همان چیزی که جمله «فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ

مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا» (۲)، اگر پدر و مادر از روی رضایت و مشورت بخواهند کودک را از شیر بگیرند، مانعی ندارد، بر آن دلالت دارد؛ بنابر این، دیگر نیاز نداریم که چنین پاسخ دهیم ولایت حضانت در دو سال با قطع نظر از این خبر برای پدر باقی است و به همین خاطر است که می تواند فرزند را از مادر جدا کند. این ولایت منافات ندارد با لزوم قرار

گرفتن کودک نزد مادر در دو سال مگر در صورت اختلاف در اجرت (۳).

با این توضیحات، سخن محدث بحرانی مبنی بر اینکه اولویت پدر نسبت به پسر بعد از دو سال، از اخباری که دلالت می کند بر اختصاص کودک به مادر در مدت دو سال، به دست می آید، زیرا مفهوم آنها این می شود که حضانت برای پدر است بعد از این مدت (۴)؛ درست نیست، زیرا مفهوم چنین روایاتی این می شود که پدر پس از دو سال، نگهداری کسی را بر عهده می گیرد که پیش از این، مادر عهده دار نگهداری او بود و معلوم است که

مادر قبل از دو سال، نگهداری کودک را چه پسر باشد و چه دختر، بر عهده داشت و نه تنها فرزند پسر و به عبارت دیگر به حکم تطابق میان منطوق و مفهوم یک دلیل، باید

مفهوم، نافی همان چیزی باشد که منطوق، اثبات کننده آن است و بالعکس.

عدم صحت اختصاص حضانت مادر نسبت به دختر تا هفت سال: همچنان که گذشت،

ص: ۲۲۵

۱- جامع المدارك، ۴/۴۷۴.

۲- بقره ۲ / ۲۳۳.

۳- جامع المدارك، ۴/۴۷۴-۴۷۵.

۴- الحدائق الناضرة، ۲۵/۸۸.

مبنای این اختصاص، تناسب میان دختر و مادر است، ولی روشن است که استفاده یک حکم فقهی از راه چنین مناسبت هایی، صحیح نخواهد بود، چرا که این گونه مناسبت ها بر فرض وجود، نسبی بوده، از کلیت و قطعیتی برخوردار نیستند تا بتوانند مبنایی برای

دست برداشتن از ظهور یک روایت باشند.

۳- ترجیح روایات دال بر هفت سال: برخی از پیروان نظریه تفصیل بر این باورند که

اعتقاد به تفاوت میان پسر و دختر در مسأله حضانت افزون بر اینکه ناشی از جمع میان روایات است، ترجیح احادیثی که حضانت مادر را به هفت سال محدود می کنند، نیز دلیلی بر صحت آن است، چرا که هم از نظر تعداد بیشتر از سایر روایت هستند و هم از نظر مضمون، مشهورترند^(۱).

نقد: اگر منظور از بیشتر و مشهورتر بودن روایاتی که هفت سال را مطرح می کنند در مقایسه با همه روایات موجود در بحث حضانت است، دیگر بحث از جمع میان روایات بی معناست، زیرا اگر فرض کنیم دو روایت داریم که در تعارض با یکدیگرند و پذیرفتیم که در چنین جایی می باید به مرجحات سندی و دلالی مراجعه کنیم، در این صورت یک روایت از چرخه استدلال خارج شده، روایتی که ترجیح با اوست، مبنای استنباط حکم فقهی قرار می گیرد و نیازی هم به جمع عرفی میان آنها نداریم.

و اگر منظور، بیشتر و مشهورتر بودن این روایات نسبت به روایاتی است که در آنها بحث حضانت مادر مطرح است، گرچه بحث از جمع دلالی میان روایات درست خواهد بود، ولی چنین چیزی صحت ندارد، زیرا تنها روایت ایوب بن نوح است که بر هفت سال دلالت دارد و این روایت هم نسبت به دیگر روایاتی که در آنها بحث حضانت مادر آمده

است، چون روایت حلبی^(۲)، روایت ابوبصیر^(۳)، روایت کنانی^(۴) و روایت فضل ابی العباس^(۵)، هیچ مزیتی ندارد.

ص: ۲۲۶

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۱-۴۲۲؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۲- الکافی، ۶/۱۰۳، شماره ۳.

۳- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۰۹، شماره ۴۷۸۸.

۴- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱.

۵- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱.

تفصیل میان دختر و پسر و اختصاص حضانت مادر نسبت به پسر تا دو سال و نسبت به دختر تا هفت سال، تفصیلی است که هیچ دلیل خاصی برای اثبات آن وجود ندارد^(۱)، هر چند بزرگانی چون شیخ طوسی از جمله طرفداران آن باشند.

مرحوم طباطبایی در این باره می نویسد: «اگر نبود اجماع و تناسب میان پسر و پدر و مادر و دختر، قبول نظریه تفصیل، اگرچه مشهور است، کاری است بس دشوار، بلکه باید پذیرفت که مادر تا هفت سال در نگهداری کودک خود، نسبت به پدر، اولویت دارد»^(۲).

سوم، اولویت مادر به حضانت پسر تا هفت سال و دختر تا ازدواج کند: این نظر را شیخ طوسی مطرح^(۳) و قاضی ابن بزّاج به عنوان یک احتمال نقل کرده است^(۴).

محقق طوسی برای اثبات این مطلب دلیلی ذکر نمی کند، بلکه تنها به این مقدار بسنده می کند که اتفاق فقها (اجماع) و اخبار بر آن دلالت می کنند.

نقد: ابن ادریس حلی، از این مطلب سخت برآشفته شده و با به کار بردن تعبیر «هذا مما یضحک به الثکلی» آن را به نقد کشیده، ضمن نسبت دادن آن به فقهای سنی، درباره آن می نویسد: «چه کسی از فقها با شیخ موافق است؟ کدام خبری بر این مطلب دلالت

دارد؟ بلکه اخبار ما بر خلاف این وارد شده است و اجماع فقهای ما بر ضد آن شکل گرفته است»^(۵).

به هر حال، کسی جز محقق طوسی به این نظر معتقد نیست و هیچ روایتی هم بر صحت آن دلالت ندارد^(۶)، ولی دور از ذهن نیست اگر بگوییم مستند این نظر نیز جمع میان روایات است، یعنی روایاتی که دلالت دارد بر اولویت مادر نسبت به دختر تا زمانی

ص: ۲۲۷

۱- الحدائق الناضرة، ۲۵/۸۸؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴؛ جامع المدارک، ۴/۴۷۴.

۲- ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۳- الخلاف، ۵/۱۳۱، مسأله ۳۶.

۴- المذهب، ۲/۳۵۲.

۵- السرائر، ۳/۶۵۳.

۶- مختلف الشیعه، ۷/۳۱۳؛ المذهب البارع، ۳/۴۲۷؛ نهایی المرام، ۱/۴۶۷-۴۶۸؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

که مادر ازدواج کند، چون مرسله منقری، روایت حفص بن غیاث، روایت عبد الله بن عمرو و روایت ابو هریره از یک سو و روایاتی که دلالت دارد بر اولویت مادر تا هفت سال، چون روایت ایوب بن نوح، از سوی دیگر؛ چرا که روایات گروه اول قرینه است برای تقیید اطلاق روایت ایوب به فرزند پسر.

البته واضح است که چنین جمعی میان روایات درست نیست، زیرا - همچنان که پیش از این گذشت - روایت منقری و حفص بن غیاث از نظر سندی ضعیف بوده، نمی توان به آنها عمل کرد و روایت داود رقی هم ناظر به مانعیت ازدواج مادر از حضانت کودک در صورت آزاد بودن پدر و عدم مانعیت آن در صورت برده بودن پدر است، ولی هیچ دلالتی بر اینکه تا ازدواج مادر، حضانت او باقی است، هر چند ازدواج او پس از هفت سال باشد ندارد.

لازم به یادآوری است، منظور کسانی که پایان حضانت مادر را نسبت به دختر، ازدواج کردن، دانسته اند، ازدواج خود مادر است و نه ازدواج دختر(۱)؛ گرچه محقق طوسی چون شافعی بر این باور است که جدا شدن دختر از مادر خود پس از بلوغ و پیش از ازدواجش، امری است مکروه(۲).

چهارم، اولویت مادر به حضانت پسر تا بلوغ و دختر تا ازدواج کند؛

پنجم، اولویت مادر به حضانت پسر تا بتواند به تنهایی غذا خورده، لباس بپوشد و دختر تا ازدواج کند

این دو نظر را شیخ طوسی نقل کرده است بدون اینکه آنها را تأیید یا دلیلی ذکر کند(۳).

ششم، اولویت مادر به حضانت کودک تا دو سال در صورت وجود درگیری و تا هفت سال در صورت عدم وجود درگیری

محدث بحرانی با ارائه جمع دیگری میان روایات، می نویسد: پس از جدایی زن از مرد (طلاق)، دو حالت ممکن است اتفاق بیفتد:

ص: ۲۲۸

۱- المهدب البارع، ۳/۴۲۹.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۱، مسأله ۳۵.

۳- المبسوط، ۶/۳۹.

حالت اول: وجود درگیری میان پدر و مادر در حضانت کودک: در این صورت، مادر تنها تا دو سال حق حضانت از کودک خود را دارد، به این شرط که یا مزد نگیرد (تبرع) یا

مزدی بیشتر از آنچه سایر افراد برای این کار می گیرند، نخواهد.

حالت دوم: عدم وجود درگیری میان پدر و مادر در حضانت کودک: در این صورت، حضانت کودک تا هفت سال با مادر است، به این شرط که ازدواج نکند.

وی سپس برای تأیید ادعای خود در حالت دوم به روایاتی تمسک می جوید که زندگی کودک را به چند دوره هفت ساله تقسیم می کند؛ چرا که بر اساس این روایات هفت سال نخست زندگی کودک، زمان تربیت و سرگرمی کودک است و می باید کودک در خلال این مدت نزد مادر باشد از آن جهت که مربی کودک مادر اوست (۱).

نقد: در اینکه حضانت کودک تا هفت سال با مادر است، بدون اینکه دختر یا پسر بودن او در این حکم تأثیری داشته باشد؛ تردیدی وجود ندارد؛ اما سؤال اساسی در

دلیل تفصیل میان حالت نزاع و عدم آن است؟

همان گونه که پیش از این توضیح دادیم، فرض طرح مباحث حضانت، فرض جدایی پدر و مادر از یکدیگر است.

طبیعی است در این فرض، اگر پدر و مادر در چگونگی حضانت کودک خود با هم توافق داشته باشند، به همان توافق خود عمل خواهند کرد و دیگر طرح مسأله تقدّم مادر تا هفت سال مفهومی نخواهد داشت؛ چرا که ممکن است این توافق در این باشد که کودک از شیرخوارگی به بعد و یا حتی پیش از آن همراه پدر خود زندگی کند، همچنان که می شود مبنای آن، زندگی کودک نزد مادر خود باشد تا هنگامی که کودک به بلوغ برسد.

بنابر این، تمام روایاتی که در بحث حضانت وارد شده است، ناظر به صورتی است که پدر و مادر هر دو خواهان بر عهده گرفتن حضانت کودک خود هستند و قانونگذار نیز در صدد ارائه راه حلی برای این موضوع است.

ص: ۲۲۹

حال باید دید که در این فرض، به چه دلیلی تنها به مدت دو سال نگهداری کودک - چه پسر باشد چه دختر - به مادر واگذار می شود؟

هفتم، استحباب سپردن حضانت کودک به مادر تا هفت سال: محقق خوانساری مدعی است که به مقتضای جمع عرفی (حمل ظاهر بر نص یا اظهر) باید بگوییم مستحب است کودک تا هفت سال نزد مادر خود زندگی کند و کراهت دارد که پدر پیش از این زمان، کودک را از مادرش جدا سازد؛ زیرا روایاتی که دلالت بر اعتبار دو سال دارد،

صریح است در اینکه گرفتن کودک از مادر پس از دو سال جایز است، اما روایاتی که بر لزوم نگهداری کودک تا هفت سال نزد مادر خود دلالت دارد، ظاهر است در اینکه پیش از هفت سال گرفتن کودک از مادر جایز نیست.

وی سپس بر این جمع خود اشکال می گیرد که لازمه این سخن جمع میان وجوب و استحباب است، زیرا در دو سال نخست از این هفت سال، واجب است که کودک نزد

مادر خود زندگی کند؛ اما از این اشکال بدون هیچ گونه توضیحی، پاسخ می دهد که چنین جمعی در میان روایات کم نیست (۱).

نقد: با توجه به اینکه می توان به ظاهر هر دو روایت در وجوب عمل کرد، دلیلی بر دست کشیدن از ظهور یک روایت در وجوب و حمل آن بر استحباب وجود ندارد.

نتیجه

از آنچه گذشت چنین به دست می آید که حضانت و اداره زندگی کودک، وظیفه اصلی پدر است.

اگر پدر و مادر از یکدیگر جدا شده باشند و فرزند شیرخوار داشته باشند، تا زمانی که کودک از شیر گرفته نشده باشد، مادر در شیر دادن و مراقبت از کودک خود نسبت به پدر، اولویت دارد، به این شرط که این کار را رایگان انجام دهد یا دستمزدی بیش از آنچه

دیگران می گیرند، نخواهد.

ص: ۲۳۰

پس از گرفتن کودک از شیر، گرچه نگهداری و اداره زندگی کودک، همچنان وظیفه اصلی پدر است، ولی شارع مقدس اسلام به مادر این حق را می دهد که چنانچه مایل باشد تا هفت سال این وظیفه را بر دوش بگیرد، بدون اینکه در این حکم تفاوتی میان پسر و دختر باشد (۱).

به عبارت دیگر، روایت ایوب بن نوح که دلالت بر اولویت مادر نسبت به کودک تا هفت سال دارد، باعث تقييد جمله «فإذا فطم، فالأب أحق به من الأم»، هرگاه کودک از شیر گرفته شود، پدر سزاوارتر به اوست از مادرش، از روایت داود بن حصین (۲) و همچنین جمله «الرجل أحق بولده أم المرأة؟ قال: لا، بل الرجل»، پدر سزاوارتر به فرزند خود است یا مادر؟ فرمود: پدر، از روایت ابی

العباس (۳) و جمله «فهو أحق بولده منها لموضع الأب»، پدر سزاوارتر به فرزند خود است از مادر به خاطر پدر بودن، از روایت فضیل بن یسار (۴) می شود.

بنابر این، نه اولویت مادر تا دو سال از نظر فقهی مدرکی دارد و نه تفاوت میان پسر و دختر پس از این زمان مستند به دلیل شرعی است (۵).

با توجه به آنچه گذشت، تفصیل موجود در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی نمی تواند درست باشد: «برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت، پس از انقضاء این مدت، حضانت با پدر است، مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم، حضانت آنها با مادر خواهد بود» (۶).

فرض دوم: زنده بودن یکی از پدر و مادر

تردید نیست که با مرگ یکی از پدر و مادر، وظیفه نگهداری کودک به دیگری که زنده است، منتقل می شود و او در این باره بر سایر افراد اولویت دارد (۷).

گرچه این مطلب مورد اتفاق فقهاست، ولی از آنجا که در کتب فقهی، بررسی این

ص: ۲۳۱

۱- کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۲- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۳- الکافی، ۶/۴۴، شماره ۱؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۳.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

۵- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۴.

۶- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۱.

۷- الوسیله، ص ۲۸۸؛ شرح اللمعه الدمشقیه، ۵/۴۵۹.

مطلب در قالب دو صورت، انجام شده است، ما نیز این بحث را در دو مرحله بررسی می کنیم:

۱- مرگ مادر: اگر مادر از دنیا برود در حالی که عهده دار نگهداری کودک خود است،

در اینکه این وظیفه به چه کسی منتقل می شود، دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول، انتقال به پدر: انجام این وظیفه به پدر سپرده می شود، چه کودک، پسر باشد یا دختر و برای وصی مادر، پدر و مادر او (پدر بزرگ و مادر بزرگ مادری) و سایر

بستگان او هیچ حقی در این باره نیست (۱).

گرچه در کتب فقهی برای اثبات این مطلب، دلیلی بیان نشده است ولی می توان در توضیح آن به اصالت پدر در حضانت کودک اشاره کرد، زیرا با وجود تعبیرهایی چون: «الرجل أحق

بولده أم المرأة؟ قال: لا، بل الرجل» (۲)، پدر سزاوارتر به فرزند خود است یا مادر؟ فرمود: پدر، و «فهو أحق

بولده منها لموضع الأب» (۳)، پدر سزاوارتر به فرزند خود است از مادر به خاطر پدر بودن، به خوبی روشن می شود که حضانت مادر، امری است موقت و ناپایدار که در زمانی خاص تحقق می پذیرد و با گذشت آن، دوباره به پدر بر می گردد؛ بنابراین، اگر برای مادر، پذیرش چنین مسؤولیتی به هر دلیلی ممکن نباشد، این وظیفه همچنان بر عهده پدر خواهد بود.

البته واضح است که ذکر پسر و دختر بر اساس نظریه مشهور در تفاوت آنهاست، ولی بنا به نظر ما که جنسیت کودک تأثیری در حضانت او ندارد، دیگر ضرورتی در اشاره به جنسیت او نیست؛ یعنی پدر عهده دار نگهداری کودک خود است در جایی که اگر مادر زنده بود، او این وظیفه را بر عهده داشت، یعنی در خلال هفت سال نخست زندگی اش.

احتمال دوم، انتقال به مادر بزرگ مادری: این احتمال گرچه به صراحت در متون فقهی مطرح نیست، ولی می توان آن را از مجموع سخنان قاضی ابن براج به دست آورد.

وی مدعی است که اگر پیش از هفت سالگی کودک، مادر صلاحیت خود را در

ص: ۲۳۲

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۳.

۲- الکافی، ۶/۴۴، شماره ۱.

۳- من لا يحضره الفقيه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

نگهداری او از دست دهد، حضانت کودک به مادر بزرگ مادری واگذار می شود و او مقدم بر پدر است (۱)، چرا که مادر بزرگ مادری در حکم مادر بوده (۲) و عنوان مادر بر وی

صادق است (۳).

بر اساس چنین تصویری است که ابن براج مدعی است با نبود مادر بزرگ مادری و پدر، حضانت کودک به مادر و مادر بزرگ پدر می رسد و در صورت نبود هیچ یک از آنها، این مسؤلیت به پدر بزرگ پدری واگذار می شود (۴).

طبیعی است که اگر ملاک تقدّم مادر بزرگ مادری بر پدر، صدق عنوان مادر بر او باشد، این ملاک در زمان مرگ مادر نیز تحقق دارد؛ پس می توان چنین نتیجه گرفت که اگر

مادر از دنیا رفته باشد و هنوز سن کودک به هفت سال نرسیده است، مادر او جانشین وی می شود (۵).

نقد: این احتمال مبتنی بر اصلی است که هیچ جایگاهی در فقه ندارد و فقها نیز به آن پایبند نیستند و به همین دلیل می توان چنین گفت که اولویت پدر بر مادر بزرگ مادری، امری است موافق با اصل (۶) که در خلال احتمال اول، آن را توضیح دادیم.

۲- مرگ پدر: مرگ پدر در دو مقطع زمانی اتفاق می افتد: ۱- در زمانی که حضانت کودک بر عهده مادر است ۲- زمانی که حضانت کودک بر عهده پدر است.

طبیعی است که در فرض اول، تا زمانی که حضانت مادر باقی است، بحثی نیست، اما سخن پس از پایان این مدت است که چه کسی عهده دار نگهداری از کودک شود، مادر یا کس دیگری؟

ص: ۲۳۳

۱- المهدب، ۲/۳۵۳-۳۵۴.

۲- المهدب، ۱/۳۱۸.

۳- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۴- المهدب، ۲/۳۵۳.

۵- بعید نیست چنین برداشتی از رابطه میان مادر و مادرِ مادر و سپس سایر زنان خویشاوند کودک، متأثر از نظرات فقهای سنی باشد. به عنوان مثال، منهجی از فقهای قرن نهم عامه در این باره می نویسد: «الأمّ أولى بها ثمّ أمّهاتها المدلیات بالأناث و یقدّم منهنم: القربی فالقربی و الجدید أنه یقدّم بعدهنّ أمّ الأب ثمّ أمّهاتها المدلیات بالأناث ثمّ أمّ أب الأب، كذلك ثمّ أمّ أب الجدّ»؛ جواهر العقود، ۲/۱۸۹.

۶- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

نظیر این سؤال در فرض دوم نیز مطرح است که پس از مرگ پدر چه کسی وظیفه او را

بر دوش می گیرد، آیا این وظیفه دوباره به مادر واگذار می شود یا شخص دیگری عهده دار انجام آن می شود؟

در پاسخ به این سؤال احتمالات مختلفی در کتب فقهی مطرح شده است:

احتمال اول، انتقال به مادر: اگر پدر بمیرد چه در زمانی که خود عهده دار اداره

زندگی کودک است، یعنی پس از گرفتن کودک از شیر در دوره شیرخوارگی یا پس از هفت سالگی و چه در زمانی که مادر نگهداری او را بر عهده دارد، یعنی در دوره شیر خوارگی یا پیش از هفت سال؛ این وظیفه به مادر منتقل می شود و او در نگهداری کودک خود بر وصی پدر و سایر بستگان او اولویت دارد(۱).

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب به چند دلیل استناد شده است:

۱- آیه کریمه «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ»(۲)، بر اساس آنچه در کتاب خدا آمده است، برخی از خویشاوندان بر سایر افراد برتری دارند: برخی از فقها با استناد به این جمله، بر این باورند که مادر نسبت به سایر بستگان کودک برای نگهداری کودک خود اولویت دارد(۳)، چرا که مادر نزدیک ترین فرد به کودک پس از پدر است(۴).

نقد: این جمله دو بار در قرآن کریم به کار رفته است و معنای آن هم این است که همه خویشاوندان از یک درجه از اهمیت برخوردار نبوده، در قوانین الهی، برخی نسبت به برخی دیگر اولویت دارند(۵)؛ ولی آنچه برای ما مهم است، پاسخ به این دو سؤال است:

ص: ۲۳۴

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۳.

۲- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۳؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۴- السرائر، ۲/۶۵۲.

۵- با توجه به این مطلب، به نظر می رسد ترجمه این جمله به این شکل: «خویشاوندان نسبت به یکدیگر در احکامی که خدا مقرر داشته است از دیگران سزاوارترند»، درست نیست، زیرا این آیه در مقام اولویت برخی از بستگان نسبت به برخی دیگر است، نه اولویت خویشاوندان نسبت به افراد دیگر؛ ر.ک: ترجمه مکارم شیرازی و فولادوند، آیه ۷۵ سوره انفال. شاهد بر این مطلب روایاتی است که در آنها به این آیه استناد شده است. کلینی در این باره می نویسد: «لِیَعْنِ أَنَّ الْبَعْضَ الْأَقْرَبَ أَوْلَىٰ مِنَ الْبَعْضِ الْأَبْعَدِ»؛ الکافی، ۷/۷۴.

۱- اولویت برخی از بستگان بر گروهی دیگر در چه چیزی است؟ ۲- کدامیک از بستگان بر سایر بستگان اولویت دارند؟

به عبارت دیگر، باید دو مطلب روشن شود که اولاً، متعلق این اولویت چیست و در چه چیزی اولویت وجود دارد؟ ثانیاً، ترتیب خویشاوندان از نظر اولویت، چگونه است؟

اگر شأن نزول و مورد آیه را مخصّص مفاد آن ندانیم، باید بگوییم که با توجه به حذف متعلّق، از نظر قرآن کریم، همه بستگان از یک درجه از اهمیت برخوردار نبوده، برخی بر

برخی دیگر ترجیح دارند؛ ولی بدون شک این آیه نسبت به سؤال دوم هیچ پاسخی ندارد، یعنی این آیه در مقام تعیین درجه اهمیت بستگان انسان نیست، پس از این جهت، مجمل بوده، نمی توان خود این آیه را دلیلی بر اثبات تقدّم برخی از بستگان نسبت به سایر آنها دانست، بلکه برای اثبات تقدّم و تأخر بستگان از نظر اهمیت باید به سراغ دلیل

دیگری چون آیات قرآنی یا روایات برویم، نظیر آنچه در بحث طبقات ارث آمده است؛ به عبارت دیگر، این آیه نسبت به تعیین مصداق برای این اولویت، ساکت است.

حال باید دید که آیا در بحث ما می شود به این آیه اثبات کرد که مادر در مسایلی چون حضانت مقدّم است بر پدر بزرگ پدری یا وصی پدر؟ به نظر می رسد که این آیه نمی تواند چنین مطلبی را اثبات کند، مگر از خارج به چنین تقدّم و اولویتی رسیده باشیم.

بعید نیست ادعا کنیم، اگر پدر در حضانت از کودک خود بر مادر اولویت داشته باشد، کسی که جانشین پدر (وصی پدر) - پدر بزرگ پدری) است نیز همین اولویت را خواهد داشت.

۲- آیه کریمه «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ»^(۱)، به زن به واسطه فرزندش ضرر

رسانده نمی شود و به مرد به واسطه فرزندش، ضرر رسانده نمی شود: مرحوم نجفی، ضمن استناد به این آیه، در مقام چگونگی دلالت آن بر سزاوار بودن مادر نسبت به سایر بستگان در نگهداری کودک خود، پس از مرگ پدر می نویسد: «ظهور این جمله در

ص: ۲۳۵

این است که حق نگهداری کودک، تنها برای پدر و مادر است و دیگران چنین حقی ندارند، گرچه با وجود هر دو، یکی بر دیگری از نظر شرعی تقدم دارد؛ ولی با مرگ یکی از آنها،

دیگری بدون معارض است، پس نمی شود با گرفتن کودک از مادر، او را مورد اذیت و آزار قرار داد^(۱).

نقد: به نظر ما، این آیه در مقام بیان حرمت در تنگنا قرار دادن مادر و پدر است، یعنی نمی شود از طریق بچه، آنها را تحت فشار قرار داد؛ اما مسأله ای که مهم است، اثبات وجود حق برای هریک از آنهاست، چرا که اگر برای پدر یا مادر در موردی حقی وجود داشته باشد، می شود مدعی شد که چون محروم کردن آنها از حقشان، نوعی اذیت و آزار آنهاست، این کار به حکم آیه حرام است، اما اگر در جایی اصل ثبوت چنین حقی برای هریک از آنها مورد تردید باشد، نمی توان با استناد به این آیه، چنین حقی را برای آنها

اثبات کرد.

بنابر این، نمی توان با مبنا قرار دادن این آیه، اثبات کرد که در فرض مرگ پدر و در خارج از زمانی که قانونگذار، نگهداری کودک را به مادر سپرده است، باز هم برای مادر چنین حقی وجود دارد^(۲) و او نسبت به سایر افراد چون وصی پدر یا پدر بزرگ پدری، اولویت دارد.

۳- اجماع: از جمله مستندات پیروان انتقال وظیفه نگهداری کودک به مادر، ادعای اتفاق فقهاست^(۳).

نقد: ادعای اجماع با توجه به وجود نظرات گوناگون در این مسأله و احتمال وجود مدرکی غیر از اجماع برای ادعا کنندگان آن؛ و جاهت فقهی ندارد.

۴- روایت داود بن حصین ۵۵*: «فإذا فطم، فالأب أحق به من الأم، فإذا مات الأب، فالأم أحق به من العصبه»^(۴)، هرگاه کودک از شیر گرفته شود، پدر سزاوارتر به کودک است از مادر، هرگاه پدر بمیرد، مادر سزاوارتر است به کودک از خویشان پدری: بر اساس این جمله، پس از گرفتن کودک از شیر، پدر در نگهداری کودک خود نسبت به مادر اولویت پیدا می کند؛ اما اگر پدر بمیرد، مادر

ص: ۲۳۶

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۳.

۲- فقه الصادق، ۳۰۸-۲۲/۳۰۹.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۳.

۴- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۴؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۴، شماره ۳۵۲؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۴، شماره ۱۳۰۲.

بر عصبه اولویت پیدا می کند.

نقد: واژه «عُضْبَه» در لغت به معنای محکم شدن، گره خوردن، دور هم جمع شدن است (۱). این واژه در فقه به معنای بستگان و نزدیکان شخص که به نوعی با او پیوند دارند به کار می رود.

عُضْبَه در اصطلاح فقهی به دو نوع نَسَبی و سَبَبی تقسیم می شود که هر کدام اقسامی دارند. عُضْبَه نَسَبی به سه قسم: عُضْبَه بنفسه، عُضْبَه بغيره و عُضْبَه مع غيره تقسیم

می شود و عُضْبَه سَبَبی نیز دو گونه است: عُضْبَه ای که سبب آن عتق است (ولاء عتق) و

عُضْبَه ای که سبب آن عقد است (ولاء ضمان جریره).

منظور از «عُضْبَه بنفسه» تمام خویشاوندان مذکر با واسطه و بی واسطه یک مرد است که در آن هیچ زنی وجود ندارد؛ «عُضْبَه بغيره» عبارت است از تمامی زن هایی که در میراث به اندازه نصف یا دو سوم، سهم دارند؛ «عُضْبَه بغيره» یعنی هر زنی که با زنی غیر

از خود در ارث جمع شود، مثل خواهر و دختر.

اما مراد از «ولاء عتق» عبارت است از کسی که برده ای را آزاد می کند، این شخص به

شرطی از برده آزاد شده خود ارث می برد، که او وارثی نداشته باشد و «ولاء ضمان جریره» یعنی مردی به مرد دیگر بگوید تو از من ارث می ببری به شرط اینکه اگر جنایتی مرتکب شدم، دیه آن را پردازی (۲).

به نظر می رسد هرگاه واژه «عُضْبَه» بدون هیچ قیدی در متون فقهی بکار رود، مراد همان معنای اول است، یعنی خویشاوندان ذکور.

حال اگر منظور از این اصطلاح در روایت داود بن حصین، همین معنا باشد، در این

ص: ۲۳۷

۱- المفردات فی غریب القرآن، ص ۳۳۶.

۲- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: معجم لغه الفقهاء، ص ۳۱۳؛ معجم الفاظ الفقه الجعفری، ص ۲۹۰؛ لغت نامه دهخدا، ماده «عصب»؛ مبادی فقه و اصول، ص ۳۱۷ و ۳۶۱.

صورت مادر بر بستگان ذکور پدر در نگهداری کودک اولویت دارد.

بر این استدلال از دو جهت اشکال شده است:

اول، این روایت دلالت دارد بر تقدیم مادر بر عصبه در صورتی که امر دایر بین مادر و عصبه باشد، ولی دلالت بر اولویت مادر نسبت به وصی پدر ندارد؛ بنابراین، مادر بر عصبه در نگهداری کودک اولویت دارد، اگر وصی پدر نباشد^(۱).

دوم، این روایت دلالت دارد بر تقدیم مادر بر عصبه، در صورتی که امر دایر باشد بین مادر و عصبه، ولی دلالت بر تقدیم مادر بر پدر بزرگ پدری (جد) ندارد، چرا که روایات ولایت پدر بزرگ پدری، او را بر مادر مقدم می‌دارد.

به عبارت دیگر، دو گروه روایاتی که دلالت دارد بر قیمومت وصی بر کودک صغیر و ولایت پدر بزرگ پدری بر کودک، باعث اختصاص اولویت مادر پس از مرگ پدر به موردی می‌شود که وصی پدر و پدر بزرگ پدری وجود ندارند.

اثبات درستی یا نادرستی این اشکال، مبتنی بر بررسی روایات وارد در مورد وصی و جد است.

۵- روایت ابن سنان ۵۶*»: «فی رجل مات و ترک امرأه و معها منه ولد، فألقتہ علی خادم [خادمه] لها

فأرضعته ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصی، فقال: لها أجر مثلها و لیس للوصی أن یخرجہ من حجرها حتی یدرک و یدفع إلیه مالہ»^(۲)، مردی از دنیا رفت و از خود زنی که با او کودکی از همان مرد بود به جای گذاشت، زن کودک را به خدمتگزار خود سپرد تا او را شیر دهد، خدمتگزار او را شیر داد، سپس برای گرفتن دستمزد نزد وصی رفت، امام علیه السلام فرمود: خدمتگزار حق دارد اجرت المثل بگیرد و وصی نمی‌تواند کودک را

از دامن مادر جدا سازد تا کودک بالغ شده، اموالش را به او تحویل دهد.

به روایت ابن سنان در سه موضوع فقهی استناد شده است: ۱- عدم وجوب شیر دادن بر مادر و جواز گرفتن دایه برای این کار^(۳) ۲- پرداخت دستمزد دایه از دارایی خود کودک

ص: ۲۳۸

۱- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۹.

۲- الکافی، ۶/۴۱، شماره ۷؛ همچنین ر.ک: تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶، شماره ۳۵۶؛ دعائم الاسلام، ۲/۲۵۶، شماره ۹۷۷.

۳- الحدائق الناضرة، ۲۵/۷۵؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۷۵.

(سهم الارث او از اموال پدرش) (۱) ۳- اولویت مادر بر وصی و غیر وصی در حضانت کودک پس از مرگ پدرش (۲).

بررسی محتوایی روایت ابن سنان: این حدیث - مجموع پرسش و پاسخ راوی و امام علیه السلام - از نظر محتوایی به شش بخش قابل تقسیم است:

«فی رجل مات و ترک امرأه و معها منہ ولد»: این جمله حاکی از این مطلب است که مردی

از دنیا رفته، از خود زن و کودکی به جا می گذارد؛ ولی در اینکه منظور از این «زن و کودک»

چیست، دو احتمال تصور دارد: مادر و فرزند؛ نا مادری و فرزند.

به نظر می رسد، با توجه به به کار رفتن سه واژه «امرأه»، «معهها» و «منه» در پرسش راوی، احتمال دوم مناسب تر باشد، زیرا راوی به جای مادر تعبیر به زن می کند و

نمی گوید که این زن از شوهر خود فرزندی دارد، بلکه می گوید با این زن، کودکی از شوهرش وجود دارد.

شاهد بر صحت چنین برداشتی، مضمون روایاتی است که در آنها موضوع مادر و کودکش مطرح است، به این تعبیر توجه کنید: «الأم أحق بحضانه ابنها» (۳)؛ «المرأه أحق بالولد» (۴)؛ «فهی أحق بابنها» (۵)؛ «فهی أحق بولدها منه» (۶)؛ «هی أحق بولدها» (۷).

«فألقتہ علی خادم [خادمه] لها فارضعتہ»: معنای این جمله واضح است، یعنی مردی از دنیا رفته، زن و کودکی از او به جا مانده است. زن کودک را به خدمتگزار خود (دایه) می سپارد

تا او را شیر دهد.

«ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصی»: با توجه به فاعل در دو فعل «جاءت» و «تطلب»، دو احتمال در معنای این عبارت وجود دارد:

ص: ۲۳۹

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: تذکره الفقهاء، ۲/۶۲۷؛ ریاض المسائل ط.ج، ۱۰/۵۱۷؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۷۴.

۲- کشف اللثام، ۲/۱۰۷؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۳- مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۶۴، شماره ۱۷۸۶۹؛ عوالی اللثالی، ۳/۷۰-۳۶۹، شماره ۳۴۶.

۴- من لا يحضره الفقيه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۵.

۵- وسائل الشيعه، ۱۵/۱۹۱.

۶- من لا يحضره الفقيه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

- دایه برای گرفتن دستمزد شیردهی به وصی مراجعه می کند؛

- همسر متوفی برای گرفتن دستمزد شیردهی دایه به وصی مراجعه می کند.

معنای این عبارت بنا بر احتمال اول واضح است، چرا که همسر متوفی کودک را به زن دیگری سپرده، آن زن هم برای گرفتن دستمزد خود به وصی که مسؤول امور مالی متوفی است مراجعه می کند.

این احتمال از آنجا قوت می گیرد که در تعبیر روای آمده است: «فألقته»، زیرا این تعبیر نشان دهنده این مطلب است که زن متوفی، کودک را نزد خدمتگزار خود رها می کند، پس طبیعی است که دایه برای گرفتن دستمزد خود به وصی پدر کودک مراجعه

کند.

اما بنا بر احتمال دوم، می باید چنین تصور کنیم که همسر متوفی، کودک را برای شیر خوردن به خدمتگزار خود می سپارد، ولی چون دایه پس از تمام شدن کارش، می باید دستمزد خود را دریافت کند، او به وصی پدر مراجعه می کند تا دستمزد دایه را از وی بگیرد و به تعبیر دیگر، چون نمی خواهد آن را از مال خود پرداخت کند به وصی مراجعه می کند تا از او این پول را بگیرد.

«لها أجر مثلها»: این جمله از حدیث که آغاز پاسخ امام علیه السلام به پرسش روای است، بیانگر این مطلب است که دایه حق دارد اجرتی متعارف و متناسب با آنچه دیگران می گیرند، دریافت کند؛ حال یا خود به طور مستقیم از وصی می گیرد یا آن زن (مادر کودک) آن را از وصی گرفته به او می دهد.

تعیین اجرت المثل از سوی امام علیه السلام به عنوان مبنای پرداخت وصی به دایه حاکی از این است که پیش از این توافقی میان آن زن و خدمتگذارش در میزان دستمزد شیردهی (اجرت المسمی) صورت نگرفته است.

«لیس للوصی أن یخرجه من حجرها»: این جمله، ادامه پاسخ امام علیه السلام است که در سؤال

راوی از آن سخن به میان نیامده است. معنای این جمله این است که وصی حق ندارد کودک را از دامن او جدا سازد.

حال، این سؤال مطرح است که وصی پدر، کودک را از دامن چه کسی نباید جدا کند؟ دامن آن زن یا دامن دایه؟

اگر بگوییم منظور از «امراه»، مادر کودک است و مرجع ضمیر در «حجرها» نیز مادر است، در این صورت، این جمله بر این مطلب دلالت دارد که وصی پدر، حق ندارد کودک را از مادرش جدا سازد و چون ظاهر جمله «فارضعته ثم جاءت» با ملاحظه دنبال هم آمدن دو حرف «فاء» و «ثم»، این است که مطالبه دستمزد پس از پایان شیردهی

است؛ بنابراین، می توان چنین حکم کرد که حضانت کودک پس از مرگ پدرش بر عهده مادر اوست و مادر نسبت به وصی پدر نیز اولویت دارد.

اما اگر بگوییم که منظور از «امراه»، نامادری است و یا مرجع ضمیر در «حجرها»، دایه (خادمه لها) است، در این صورت هیچ ارتباطی با بحث حضانت نخواهد داشت.

«حتی یدرک و یدفع الیه ماله»: این جمله آخرین بخش از پاسخ امام علیه السلام و تعیین زمانی

برای جمله پیشین است، یعنی وصی مجاز نیست کودک را از او جدا سازد تا این اتفاق بیافتد.

به نظر می رسد منظور از جمله «حتی یدرک» رسیدن کودک به سن بلوغ است، زیرا در این زمان است که وصی می بایست اموال کودک را به خود او بسپارد (یدفع الیه ماله).

شاهد بر این مطلب روایاتی است که این اصطلاح در آنها به معنای بلوغ به کار رفته است: «لا حدّ علی مجنون حتّی یفیک، و لا علی الصبی حتّی یدرک، و لا علی النائم حتّی یتیقظ»^(۱)، بر دیوانه حد جاری نمی شود تا اینکه سلامت خود را به دست آورد و بر کودک تا بالغ شود و بر شخص خواب تا بیدار شود؛ «الغلام له عشر سنین فیزوجّه أبوه فی صغره، أیجوز طلاقه و هو ابن عشر سنین؟ قال: فقال علیه السلام: أمّا التزویج فیصح و أمّا طلاقه فینبغی أن تحبس علیه امرأته حتّی یدرک»^(۲)، پسر بچه ای ده سال دارد، پدرش در خردسالی او را همسر داده است، آیا این فرد می تواند در حالی که ده سال دارد همسر خود را طلاق دهد؟ امام علیه السلام فرمود: ازدواج کردن او درست است ولی طلاق او موقوف به این است که کودک بالغ

ص: ۲۴۱

۱- من لا یحضره الفقیه، ۴/۵۱، شماره ۵۷۶؛ تهذیب الاحکام، ۱۰/۱۵۲، شماره ۶۰۰.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۴/۳۱۰، شماره ۵۶۶۵.

شود.

از آنچه گذشت چنین به دست می آید:

۱- بحث عدم وجوب شیردهی بر مادر و جواز گرفتن دایه برای این منظور - آن گونه که مرحوم نجفی و محدث بحرانی مدعی اند - از این حدیث قابل استفاده نیست، زیرا

این مطلب در پاسخ امام علیه السلام وجود ندارد و آنچه در پرسش راوی آمده، حکایت از عملی است که انجام شده و پرسش وی بررسی فقهی عمل مادر نیست، بلکه سخن از محل تأمین هزینه دایه است و معلوم است که چه شیر دادن به کودک بر مادر واجب باشد یا نباشد، به واسطه احترام عمل مؤمن و عدم اثبات قصد دایه در انجام کار به شکل رایگان، می بایست دستمزد او پرداخت شود.

افزون بر اینکه، اثبات وجود رابطه مادر و فرزندی از سؤال راوی بسیار دشوار است، زیرا - همچنان که گذشت - به کار رفتن سه واژه «امراه»، «معها» و «منه ولد»، حکایت از

این مطلب دارد که زن، فرزند شوهر خود را رها کرده تا دیگری به او شیر دهد، حال این پرسش مطرح می شود که چه کسی باید دستمزد دایه را بپردازد.

۲- این حدیث نمی تواند دلیل و مدرکی برای این حکم فقهی باشد که تأمین مزد شیردهی کودک بر عهده خود اوست و وصی آن را از سهم الارث وی از اموال پدرش پرداخت می کند - آن گونه که علامه حلی، مرحوم طباطبایی و محدث بحرانی ادعا کرده اند - زیرا این حدیث نسبت به محل پرداخت دستمزد و اینکه وصی دستمزد دایه را از سهم الارث کودک پرداخت می کند یا از اصل دارایی پدر، ساکت بوده، مجمل است و تنها بر این مطلب دلالت دارد که دایه می تواند دستمزد بگیرد.

۳- اگر این روایت بخواهد دلیل و مدرکی برای اثبات حضانت مادر بر کودک پس از مرگ پدرش و تقدّم او بر سایر افراد، حتی پس از پایان زمان قانونی حضانت مادر باشد، لازم است سه مطلب اثبات شود:

- وصی نمی تواند کودک را تا زمان بلوغ از مادرش جدا سازد؛

- عدم جواز بیرون آوردن کودک از دامن مادر، به معنای حضانت مادر است؛

- اگر وصی مجاز به انجام چنین کاری نباشد، دیگران نیز نمی توانند به این کار اقدام کنند؛

زیرا وقتی وصی که جانشین پدر است، نمی تواند کودک را از مادرش جدا سازد، به طریق

اولی دیگران نیز نخواهند توانست چنین کاری بکنند و این به معنای اولویت مادر در نگهداری از کودک خود است.

اینکه وصی نمی تواند کودک را از مادرش جدا سازد، مطلبی است که از جمله «لیس للوصی ان یخرجه من حجرها» به دست می آید، به این شرط که مرجع ضمیر در فعل «یخرجه» غلام و در کلمه «حجرها» امرأه بوده و مراد از «امرأه» مادر کودک باشد.

شاهد بر صحت این ادعا، نقلی است که مرحوم مقدس اردبیلی از این روایت با تصریح به کلمه «أم» به جای ذکر ضمیر دارد، «فی مرسله صحیحہ لابن ابی عمیر: أن لیس للوصی أن یخرجه من حجر الأم، حتی یدرک و یعطیه ماله»^(۱)، در مرسله ای صحیح از ابن ابی عمیر آمده است: وصی نمی تواند کودک را از دامن مادرش جدا سازد تا اینکه بالغ شود و مالش به او داده شود.

اما تمام سخن در دو مطلب دیگر است، زیرا اینکه وصی مجاز نیست کودک را از خانه مادر بیرون آورد، به این معنا نیست که سرپرستی کودک به عهده مادر است، بلکه می شود کودک در خانه مادر زیر نظر وصی تا رسیدن به سن بلوغ زندگی کند و بر فرض که زندگی کودک در خانه مادر خود، به دلالت التزامی، حاکی از به عهده گرفتن سرپرستی او توسط مادر باشد، باید حکم کنیم که مادر نسبت به وصی در نگهداری کودک خود اولویت دارد، ولی آیا به این دلیل می توان اثبات کرد که مادر نسبت به سایر

بستگان کودک چون پدر بزرگ پدری (جد) نیز اولویت دارد؟

اما باید به این نکته نیز توجه داشت که میان وصی و سایر ورثه رابطه مستقیمی وجود ندارد تا بگوییم عدم جواز کاری برای وصی، دلیلی است بر عدم جواز همان کار برای سایر ورثه. به عنوان مثال، وصی نمی تواند در ازدواج دختر باکره یا پسر نابالغ متوفی

دخالت کند، ولی پدر بزرگ پدری (جد) حق چنین کاری را دارد.

ص: ۲۴۴

۱- مجمع الفائده، ۸/۲۵۸؛ همچنین، ر.ک: الحدائق الناضره، ۱۹/۴۲۱، حاشیه شماره ۱.

بنابر این، اگر ما بودیم و جمله «لیس للوصی أن یخرجه من حجرها»، نمی توانستیم حکم

کنیم که چون وصی نمی تواند کودک را از مادر جدا سازد، پس سایر افراد چون پدر بزرگ پدری نیز چنین حقی را ندارد؛ افزون بر اینکه عدم جواز جداسازی کودک از مادر، نمی تواند دلیلی باشد بر اینکه سرپرستی کودک نیز بر عهده مادر است، زیرا ممکن است پدر بزرگ پدری این وظیفه را در حالی که کودک نزد مادر است بر عهده داشته باشد.

حاصل اینکه، استناد به این حدیث برای اثبات اولویت مادر پس از مرگ پدر نسبت به سایر افراد چه وصی و چه غیر وصی، آن گونه که برخی از فقها ادعا کرده اند (۱)، درست نیست.

افزون بر اینکه فرض روایت ابن سنان جایی است که پدر کودک در زمانی که کودک شیرخوار است از دنیا می رود و معلوم است که در این زمان، حضانت کودک با مادر اوست و حال آنکه فرض بحث جایی است که مرگ پدر پس از انتقال حضانت به او اتفاق بیافتد.

اشکال: ادله قیومیت وصی بر کودک با این حدیث در تعارض نیست، زیرا مفاد این حدیث اخص از مفاد آن ادله است؛ پس این روایت مقدم بر آن دلایل می شود (۲).

پاسخ: درستی این سخن در وقتی است که روایت ابن سنان دلالت بر واگذاری حضانت کودک به مادر داشته باشد، ولی همچنان که پیشتر گذشت، عدم جواز بیرون آوردن کودک از خانه مادر از سوی وصی، دلیلی بر سپردن حضانت کودک به مادرش نیست.

بنابر این، کودک با مادر خود زندگی می کند، در حالی که اداره زندگی او با وصی پدرش است.

۶- استصحاب بقای حضانت مادر: اثبات بقای حضانت مادر نسبت به کودک خود،

پس از مرگ پدر، از راه اصل عملی، مبتنی بر تحقق دو مقدمه است، یکی جریان

ص: ۲۴۴

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۳.

۲- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۹.

استصحاب و دیگری تفاوت نداشتن میان مرگ پدر در دوره حضانت مادر و پس از آن (عدم قول به فصل)^(۱).

توضیح مطلب: اگر پدر در خلال زمانی که حضانت کودک با مادر است، نظیر دوره شیرخوارگی یا پیش از هفت سال، از دنیا برود و شک کنیم که مرگ پدر به حضانت مادر، آسیبی وارد می‌سازد یا نه، استصحاب بقای حضانت مادر، اثبات می‌کند که حضانت مادر همچنان باقی است؛ حال اگر پدر پس از انتقال حضانت به او بمیرد، حکم می‌کنیم به

اینکه حضانت مادر، باز هم باقی است، چرا که هیچ تفاوتی میان مرگ پدر، پیش و پس از انتقال حضانت به او، وجود ندارد^(۲).

از آنجا که محور اصلی این استدلال، استناد به «عدم قول به فصل» است، برای روشن شدن منظور فقها از این عنوان، توضیح زیر سودمند است:

همان گونه که می‌دانیم یکی از منابع استنباط احکام شرعی، اتفاق فقها (اجماع) است. اجماع از یک نگاه به دو نوع بسیط و مرکب تقسیم می‌شود. منظور از اجماع مرکب، آن است که فقها بر دو حکم مختلف اجماع داشته، اختلاف آنها محدود به همین دو قول است.

حال برای اصولیین این سؤال مطرح است که آیا می‌شود نظریه سومی میان آنها مطرح کرد یا نه؟ کسانی که چنین اجماعی را حجت می‌دانند، بر این باورند که تأسیس نظریه سوم میان آنها جایز نیست، هر چند اجماع کنندگان خود بر این کار تصریح نکرده باشند؛ از این مطلب در عرف اصولیین تعبیر به «عدم قول به فصل» می‌شود.

به عنوان مثال، در مسأله «عیوب مجوز فسخ نکاح»، دو نظریه مطرح است، برخی

معتقدند که به هریک از عیوب پنجگانه، نکاح فسخ می‌شود؛ در مقابل، گروهی نیز مدعی اند هیچ یک از آنها موجب فسخ نکاح نمی‌شود.

حال این سؤال مطرح است که آیا می‌شود کسی نظریه سومی را به این شکل مطرح

ص: ۲۴۵

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۳.

۲- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۸.

کند که در برخی از آن عیوب، نکاح فسخ می شود و در برخی دیگر، نه؟ کسانی که به «عدم قول به فصل» اعتقاد دارند، مدعی اند که نمی شود چنین کاری کرد، زیرا یقین داریم

حکم واقعی که نظر معصوم علیه السلام نیز بر آن است، تنها موافق یکی از این دو نظریه است (۱).

بنابر این، برخی از فقها در بحث حضانت کودک مدعی اند که میان فقهای شیعه در مسأله حضانت کودک پس از مرگ پدر، دو نظریه وجود دارد: ۱- حضانت کودک پس از مرگ پدر به عهده مادر است، چه پدر پیش از انتقال حضانت به او بمیرد و چه پس از آن ۲- حضانت کودک پس از مرگ پدر به عهده مادر نیست، چه پدر پیش از انتقال حضانت به او بمیرد و چه پس از آن؛ پس نمی شود نظر سوم را به این شکل مطرح کرد که حضانت کودک پس از مرگ پدر بر عهده مادر است، اگر پدر قبل از انتقال حضانت به او بمیرد؛ و حضانت کودک پس از مرگ پدر بر عهده مادر نیست، اگر پدر پس از انتقال حضانت به او بمیرد.

حال اگر حکم حضانت مادر پس از مرگ پدر، قبل و بعد از انتقال حضانت به او یکسان باشد و ما بتوانیم این حکم را در موردی که پدر قبل از انتقال حضانت به او از دنیا

برود، با اصل عملی اثبات کنیم؛ در این صورت، همان حکم را در موردی که پدر بعد از انتقال حضانت به او بمیرد نیز جاری می کنیم.

نقد: این استدلال از چند جهت مورد اشکال قرار گرفته است:

اول، داشتن معارض: ممکن است اصل عملی را به شکل دیگری جاری کنیم که در این صورت، نتیجه آن بر خلاف آنچه گفته شد، خواهد بود؛ زیرا اگر حضانت به پدر منتقل

شده باشد و سپس بمیرد، شک می کنیم که مادر همچنان استحقاق حضانت را ندارد یا به خاطر مرگ پدر، این استحقاق را پیدا کرده است، استصحاب عدم استحقاق مادر، اثبات می کند که مادر همچنان صلاحیت نگهداری کودک خود را ندارد و با استناد به عدم قول به فصل، می گوییم اگر مرگ پدر پیش از انتقال حضانت به او باشد هم این عدم استحقاق

ص: ۲۴۶

دوم، عدم جریان: برخی بر جریان این اصل چنین اشکال گرفته اند که استصحاب

حضانة مادر، استصحاب در احکام کلیه است و استصحاب در احکام کلی جاری نمی شود(۲).

سوم، امکان انفکاک: از آنجا که محور اصلی این استدلال، استناد به «عدم قول به

فصل» است، عده ای با تفاوت گذاشتن میان احکام واقعی و ظاهری، چنین ادعا می کنند که عدم قول به فصل در حکم واقعی این دو صورت، مستلزم اتحاد آنها در حکم ظاهری نیست(۳).

به نظر ما تمسک به استصحاب برای اثبات حضانة مادر در زمان مرگ پدر، کاری است نادرست؛ زیرا اصل عملی در جایی جریان پیدا می کند که دلیل لفظی وجود نداشته باشد و معلوم است که در صورت مرگ پدر پیش از انتقال حضانة کودک به او، اطلاق دلایلی که اثبات می کرد حضانة مادر را، دو حالت مرگ و حیات پدر را در بر می گیرد، پس شکی وجود ندارد تا بخواهیم با استصحاب آن را از میان برداریم و در مورد مرگ پدر پس از انتقال حضانة به او، یقین به از بین رفتن حق مادر در حضانة کودک داریم؛ بنابراین، اگر اصلی هم جریان داشته باشد، استصحاب عدم استحقاق مادر، خواهد بود.

دور از ذهن نیست اگر مدعی شویم روایاتی که حکایت از اولویت مادر تا هفت سال دارد، بنا بر اینکه «غایت» مفهوم داشته باشد، بر این مطلب دلالت دارند که پس از هفت

سال، مادر هیچ استحقاقی ندارد، چه مرگ پدر پیش از انتقال حضانة به او باشد و چه پس از آن؛ پس مجالی برای تمسک به استصحاب نیست(۴).

اما استناد به «عدم قول به فصل» از جمله مطالبی است که هم از نظر صیغرا و هم از نظر کبرا مخدوش است، چرا که حجیت اجماع به عنوان دلیلی مستقل در عرض کتاب و سنت محل تأمل است، افزون بر اینکه در بحث حضانة چنین اجماعی وجود ندارد،

ص: ۲۴۷

۱- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۸.

۲- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۸.

۳- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۸.

۴- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۸.

زیرا عده ای تقدّم مادر را تنها بر وصی پدر دانسته اند و برخی نیز مادر را مقدّم بر همه بستگان پدر می دانند.

۷- وضعیت عاطفی مادر: برای اثبات اولویت مادر در نگهداری کودک خود پس از مرگ پدرش، برخی از فقها به نزدیکی عاطفی مادر به کودک استناد جُسته، مدعی اند که چون مادر مهربان تر و دل سوزتر به کودک خود است، در حضانت از او بر سایر افراد، اولویت دارد(۱).

نقد: به نظر نمی رسد چنین ملاحظاتی بتواند مبنایی برای صدور حکم فقهی باشد، به خصوص اگر نگهداری کودک با منافع شخصی مادر در تراحم و تعارض باشد؛ افزون بر اینکه، بر اساس روایات موجود، وصی پدر، قیم کودکان اوست که اطلاق آن دربرگیرنده فرضی است که کودک مادر هم داشته باشد(۲)، پس مسایل عاطفی نمی توانند مبنایی برای حضانت باشند.

۸- ظاهر روایات مسأله حضانت: اگر نگوییم همه، دست کم در بیشتر روایاتی که در

مسأله حضانت به ما رسیده است، امامان معصوم علیهم السلام در مقام تعیین شخصی که عهده دار حضانت کودک است، از واژه «أحق» استفاده کرده اند، نظیر: «الأم أحق بحضانه ابنها ما لم تتزوج»(۳)، مادر سزاوارتر به نگهداری فرزند خود است مادامی که ازدواج نکند؛ «الرجل أحق بولده أم المرأة؟ قال: لا، بل الرجل»(۴)، مرد سزاوارتر است به نگهداری از فرزندش یا زن؟ فرمود: نه، بلکه مرد؛ «المرأة أحق بالولد إلی أن يبلغ سبع سنین»(۵)، زن سزاوارتر است به نگهداری کودکش تا به هفت سال برسد؛ «المرأة

أحق بالولد ما لم تتزوج»(۶)، زن سزاوارتر است به فرزندش مادامی که ازدواج نکند؛ «أنت أحق به ما لم تنکحی»(۷)، تو سزاوارتر هستی به او مادامی که ازدواج نکنی؛ «أیهما أحقّ به؟»(۸)، کدامیک سزاوارتر به او

ص: ۲۴۸

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۳.

۲- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۸.

۳- مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۶۴، شماره ۱۷۸۶۹؛ عوالی اللئالی، ۳/۳۶۹-۳۷۰، شماره ۳۴۶.

۴- الکافی، ۶/۴۴، شماره ۱؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۳.

۵- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۵.

۶- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۳؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۴.

۷- نیل الاوطار، ۷/۱۳۸.

۸- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۳.

هستند؛ «فإن هی رضیت بذلک الأجر، فهی أحق یابنها حتی تظطم»^(۱)، اگر راضی به آن دستمزد شود، مادر

سزاوارتر است به کودک خود تا از شیر گرفته شود؛ «فهی أحق بولدها منه و هم أحرار، فإذا أعتق الرجل، فهو أحق بولده منها»^(۲) زن سزاوارتر است به نگهداری کودکش از مرد، اگر آزاده باشند، پس هرگاه مرد آزاد شد، سزاوارتر است به کودکش از زن؛ «فهی أحق به»^(۳)، زن سزاوارتر است به کودک؛ «هی أحق بولدها إن ترضعه بما تقبله امرأه أُخری»^(۴)، زن سزاوارتر است به کودکش اگر او را شیر دهد به همان دستمزدی که دیگران بگیرند؛ «هی أحق بولدها منه مادام مملوکا، فإذا أعتق فهو أحق بهم منها»^(۵)، زن سزاوارتر است به نگهداری کودکش از مرد، هرگاه مرد از قید بردگی رهایی یابد، سزاوارتر است به نگهداری کودکش از آن زن.

واژه «أحقّ» که بر وزن «أفعلّ» است دلالت بر برتری (تفضیل) در حق و به عبارت دیگر، حق بیشتر می کند. داشتن حق بیشتر در چیزی، به این معناست که دست کم حق میان پدر و مادر مشترک است، نهایت در زمان یا شرایطی خاص یکی از آنها بر دیگری برتری پیدا می کند.

بنابر این، اگر یکی از پدر یا مادر از دنیا رفته باشند، حتی در جایی که طرف دیگر حق

بیشتری داشته است، فرد زنده عهده دار نگهداری کودک می شود، زیرا کسی که از او حق بیشتری داشته باشد، وجود ندارد^(۶).

نقد: به نظر ما، واژه «أحق» نمی تواند به معنای «حق دار تر» باشد، زیرا یکی از شرایط اسم تفضیل این است که فعلی که از آن این اسم ساخته می شود، قابلیت تفضیل را داشته باشد و این ماده چنین صلاحیتی را ندارد، به عبارت دیگر، شخص یا حقی دارد یا ندارد، نه اینکه حقی بیشتر یا کمتر از دیگری داشته باشد.

شاهد بر این ادعا، کاربردهای این کلمه در متون دینی است. به عنوان مثال، واژه «أحق» در قرآن کریم ده بار تکرار شده است که در هیچ یک از آنها نمی تواند به معنای

ص: ۲۴۹

۱- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

۳- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۱.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۰۹، شماره ۴۷۸۸.

۵- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۵؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۷، شماره ۳۶۱.

۶- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۳.

تفضیل باشد به گونه ای که طرف دیگر نیز حقی داشته باشد، اما در یک جا، این حق بیشتر باشد.

به کاربردهای قرآنی این کلمه و معنای آنها دقت کنید:

۱- «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ» (۱)، و همسرانشان سزاوارتر هستند به بازگرداندن آنها؛ شوهر می تواند در عده طلاق به همسر خود رجوع کند، ولی این بدان معنا نیست که دیگری هم چنین حقی دارد، اما حق شوهر بیشتر است.

۲- «وَقَالَ لَهُمْ نَبِيُّهُمْ إِنَّ اللَّهَ قَدْ بَعَثَ لَكُمْ طَالُوتَ مَلِكًا قَالُوا أَنَّى يَكُونُ لَهُ الْمُلْكُ عَلَيْنَا وَ

نَحْنُ أَحَقُّ بِالْمُلْكِ مِنْهُ» (۲)، پیامبرشان به ایشان گفت که خداوند طالوت را فرمانروای شما قرار داده است، آنها گفتند: چگونه او فرمانروای ما شود و حال آنکه ما سزاوارتر هستیم به فرمانروایی

از او؛ ادعای مخالفان طالوت این بود که حکومت حق ماست، نه اینکه طالوت هم در حکومت حق دارد، ولی حق ما بیشتر از اوست.

۳- «فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا» (۳)، پس به خدا سوگند خوردند که گواهی ما درست تر از گواهی آن دونفر است، اگر دو شاهدی که ناظر وصیت انسانی هستند، مرتکب گناه شوند، دو شاهد دیگر که از خویشاوندان نزدیک متوفی هستند، جای آنها را گرفته، قسم می خورند که شهادت ما حق است، اما معنای این جمله این نیست که شهادت دو شاهد گناهکار هم حق است، ولی شهادت ما حق تر است.

۴- «فَأَيُّ الْفَرِيقَيْنِ أَحَقُّ بِالْأَمْنِ» (۴)، کدامیک از ما دو گروه به ایمن بودن از مجازات سزاوارتریم؟ سؤال قرآن از این است که آیا یکتا پرستان سزاوار ایمنی از مجازات الهی هستند یا بت پرستان؟ معنای این سؤال این نیست که هر دو گروه استحقاق ایمنی از عذاب را دارند، ولی می خواهیم بدانیم کدامیک حق بیشتری دارند.

۵- «أَتَخْشَوْنَهُمْ فَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَوْهُ» (۵)، آیا از ایشان می ترسید با اینکه خدا سزاوارتر است

ص: ۲۵۰

۱- بقره ۲ / ۲۲۸.

۲- بقره ۲ / ۲۴۷.

۳- مائده ۵ / ۱۰۷.

۴- انعام ۶ / ۸۱.

۵- توبه ۹ / ۱۳.

که از او ترسیده شود، تعجب قرآن از این است که شما مسلمانان از مشرکان پیمان شکن

می ترسید و حال آنکه خدا سزاوارتر است که از او ترسیده شود، ولی معنای این جمله این نیست که از مشرکان پیمان شکن هم باید ترسید، اما ترس از خدا باید بیشتر باشد.

۶- «وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ أَحَقُّ أَنْ يُرْضَوْهُ إِنَّ كَانُوا مُؤْمِنِينَ» (۱)، خدا و رسول سزاوارتر هستند از

اینکه خشنود گردند، اگر از ایمان آورندگان هستید، می بایست خدا و رسول را خشنود کرد نه

اینکه خشنود کردن مردم با دروغ هم حق است اما خشنود کردن خدا و رسول بیشتر حق است.

۷- «الْمَسِيحُ جِدُّ أَسَسَ عَلَى التَّقْوَى مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ» (۲)، مسجدی که از روز نخست بر پرهیزگاری خداوند بنا شده است، سزاوارتر است که در آن نماز به پا داشته شود؛ باید

در مسجدی که بر تقوا بنیان شده است، نماز خواند، اما معنای این جمله این نیست که خواندن نماز در مسجدی که بر گناه و فساد بنا شده هم حق است، ولی در این مسجد حق تر است.

۸- «أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمْ مَنْ لَا يَهْدِي» (۳)، آیا کسی که به سوی حق دعوت می کند سزاوارتر است که از او پیروی شود یا کسی که چنین نمی کند؟ سؤال از این است که پیروی از کسی که انسان را به حق دعوت می کند، سزاوار است یا پیروی از کسی که به حق دعوت نمی کند؟ معلوم است که منظور این سؤال این نیست که پیروی از هر دو حق است ولی از یکی پیروی کردن، حق بیشتر است.

۹- «وَتَخَشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَهُ» (۴)، از مردم می ترسی و حال آنکه خداوند سزاوارتر است که از او ترسیده شود؛ پیامبر نمی بایست از مردم هراسی در دل داشته باشد، اما معنای آن این نیست که ترس از مردم و خدا هر دو حق است، ولی ترس از خدا حق تر است.

ص: ۲۵۱

۱- توبه ۹ / ۶۲.

۲- توبه ۹ / ۱۰۸.

۳- یونس ۱۰ / ۳۵.

۴- احزاب ۳۳ / ۳۷.

۱۰- «وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا» (۱)، خویشتن بانی را ملازم ایشان قرار داد و ایشان سزاوارتر به تقوا و اهل آن هستند؛ خداوند مؤمنان را به خویشتن بانی ملزم

ساخت و ایشان سزاوارتر به آن و اهل آن هستند، اما نه به این معنا که آنها حق بیشتری از دیگران دارند.

همچنین این واژه در متون روایی نیز به همین معنا به کار رفته است. به عنوان مثال امیرالمؤمنین علیه السلام در مواردی، این کلمه را به این ترتیب به کار برده است:

«لقد علمتم أنّي أحق الناس بها من غيري» (۲)، می دانید که من سزاوارترین فرد به حکومت از دیگران هستم؛

«وَلَوْ دِدْتُ أَنَّ اللَّهَ فَرَّقَ بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ وَأَلْحَقَنِي بِمَنْ هُوَ أَحَقُّ بِي مِنْكُمْ» (۳)، آرزو دارم که خداوند میان من و شما جدایی انداخته و من را به کسی ملحق سازد که سزاوارتر به من است از شما؛

«أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ أَحَقَّ النَّاسِ بِهَذَا الْأَمْرِ، أَقْوَاهُمْ عَلَيْهِ» (۴)، ای مردم، سزاوارترین افراد به این کار قوی ترین ایشان است.

به هر حال، استفاده معنای تفضیلی از کلمه «أحق»، جدا نادرست است؛ همچنان که این ادعا که مراد از احقیت در روایات حضانت، «حق» است چرا که با نبود پدر، حتی برای مادر پس از هفت سال نیست (۵)، سخنی بی اساس است، زیرا «حق» با «أحق» به یک معنا به کار نمی رود.

بنابر این، واژه «أحق» در روایات حضانت به معنای اولویت و تقدم است، یعنی در دوره شیرخوارگی مادر شایسته نگهداری کودک است، همچنان که پس از هفت سال، پدر شایسته بر عهده گرفتن چنین مسؤلیتی است. شاهد بر این ادعا، استفاده از کلمه «أولی» به جای «أحق» در روایت دعائم الاسلام است: «أَنَّهَا أُولَى بِرِضَاعِ وَلَدِهَا إِنْ أَحَبَّتْ ذَلِكَ» (۶).

نتیجه

ص: ۲۵۲

۱- فتح ۴۸ / ۲۶.

۲- نهج البلاغه، ۱/۱۲۴.

۳- نهج البلاغه، ۱/۲۳۰.

۴- نهج البلاغه، ۲/۸۶.

۵- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۹.

۶- دعائم الاسلام، ۲/۲۵۶، شماره ۹۷۶؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۵۹.

از مجموعه آنچه گذشت، چنین به دست می آید که در بحث حضانت کودک پس از مرگ پدر و در زمانی که اگر پدر زنده می بود، حضانت کودک بر عهده او بود، ادعای اولویت مادر تا زمان بلوغ کودک (۱)؛ فاقد هرگونه دلیل است.

بنابر این، تا زمانی که نگهداری کودک بر عهده مادر است، مرگ پدر باعث از بین رفتن این حق نمی شود؛ اما اگر حضانت کودک به پدر منتقل و سپس از دنیا برود، گرچه مشهور میان فقها، بازگشت این حق به مادر است، ولی ما برای این مطلب دلیل معتبری که مادر را بر وصی پدر و پدر بزرگ پدری (جد) مقدم بدارد، نداریم (۲).

به همین جهت، طرح مسأله تقدّم مادر بر وصی پدر تا زمان رسیدن کودک به سن بلوغ (۳)؛ فاقد وجاهت فقهی است، مگر آنکه منظور تنها نگهداری کودک و نه اداره زندگی و بر عهده گرفتن سرپرستی او باشد که بعید نیست جمله «لیس للوصی أن یخرجه من حجرها»، وصی نمی تواند کودک را از خانه اش بیرون کند؛ از روایت ابن سنان ناظر به همین جهت باشد.

با توجه به آنچه گذشت، به خوبی روشن می شود که اطلاق صدر و ذیل ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی درست نخواهد بود: «در صورت فوت یکی از ابوین، حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود، هرچند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد» (۴).

همچنین اطلاق ماده واحده قانون حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب ۱۳۶۴، درست به نظر نمی رسد.

ماده واحده: «حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده یا فوت شده باشند با مادران آنها خواهد بود» (۵).

مانعیت ازدواج مادر پس از مرگ پدر: اگر بپذیریم که پس از مرگ پدر، نگهداری کودک به مادرش منتقل می شود، این سؤال مطرح می شود که آیا این اولویت باقی است حتی اگر مادر ازدواج کند یا اینکه اولویت مادر تنها تا زمانی باقی است که وی پس از

ص: ۲۵۳

۱- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲؛ ارشاد الاذهان، ۲/۴۰.

۲- الحدائق الناضرة، ۱۹/۹۴-۹۵؛ جامع المدارک، ۷۵۴.

۳- شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ المهذب، ۲/۲۶۲؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۴.

۴- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۲.

۵- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۲۳۳.

جدایی و مرگ همسر سابقش، ازدواج نکرده باشد؟

این سؤال از آنجا پیدا می شود که یکی از موانع حضانت مادر، ازدواج او با مرد دیگری غیر از همسر سابق خود است، حال باید دید که این مانع حتی در فرض مرگ پدر هم همچنان مانعیت دارد یا به واسطه نبود پدر، دیگر مانع نخواهد بود.

بررسی دلایل: گروهی که معتقدند ازدواج مادر مانعی از نگهداری کودک نیست، به چند مطلب استناد کرده اند:

۱- اطلاق روایات: از جمله دلایلی که به آن برای اثبات اولویت مادر پس از مرگ پدر، استناد شده، برخی از روایات است. به عنوان مثال در روایت داود بن حصین، امام علیه السلام در این باره می فرماید: «فإذا مات الأب، فالأم أحق به من العصبه»^(۱)، هرگاه پدر بمیرد، مادر سزاوار است به او از خویشاوندان پدری. این جمله به اطلاق خود، دربرگیرنده دو حالت ازدواج و عدم ازدواج مادر است^(۲).

این اطلاق بدون معارض است، زیرا مورد روایاتی که دلالت می کنند بر از بین رفتن حق حضانت مادر به واسطه ازدواج، زنده بودن پدر است^(۳).

۲- اطلاق عبارت فقها: فقها هنگام طرح بحث حضانت کودک در زمان مرگ پدرش، مدعی شده اند که مادر بر همه افراد اولویت دارد؛ بیان چنین مطلبی بدون سخن به میان آوردن از مسأله ازدواج مادر، حاکی از عدم تفاوت این حکم با ازدواج و عدم ازدواج اوست^(۴).

۳- نبود مانع: ازدواج مادر مانعی است از اینکه بتواند نگهداری کودک خود را بر عهده بگیرد، زیرا بین او و پدر در این خصوص نزاع و درگیری به وجود می آید و معلوم است

ص: ۲۵۴

۱- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۴؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۴، شماره ۳۵۲؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۴، شماره ۱۳۰۲.

۲- السرائر، ۲/۶۵۲؛ شرح اللمعه، ۵/۴۵۹؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۲؛ فقه الصادق، ۲۲/۳۰۹.

۳- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۴- نهاییه المرام، ۱/۴۷۰.

که این مانع در صورت مرگ پدر دیگر وجود نخواهد داشت(۱)؛ همچنان که انجام وظایف زناشویی مادر نسبت به همسر جدیدش نیز نمی تواند مانعی از نگهداری کودک توسط او باشد(۲)، افزون بر اینکه در هیچ یک از روایات، اشتغال به حقوق شوهر، مانعی برای حضانت مادر به حساب نیامده است(۳).

نقد: به نظر ما - آن گونه که بعد از این خواهد آمد - ازدواج مادر مانع از نگهداری کودک است، بدون آنکه در این مسأله تفاوتی میان زنده بودن یا زنده نبودن پدر وجود داشته باشد.

بنابر این، بعید نیست بگوییم که با ازدواج مادر، نگهداری از کودک به جانشین پدر منتقل می شود، همچنان که اگر پدر زنده می بود، این اتفاق می افتاد.

بنابر این، مفاد تبصره ۲، ماده واحده قانون حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب ۱۳۶۴، درست به نظر نمی رسد.

تبصره ۲: «ازدواج مادرانی که در ماده واحده ذکر شده است، مانع از حق حضانت آنها نمی گردد»(۴).

احتمال دوم، انتقال به مادر بزرگ پدری: شیخ مفید مدعی است که اگر پدر بمیرد، مادر او، یعنی مادر بزرگ کودک، جانشین پدر در سرپرستی (کفالت) او می شود و اگر پدر

کودک، مادر نداشته باشد، پدر پدر، یعنی پدر بزرگ پدری کودک، جانشین او شده، سرپرستی کودک را بر عهده می گیرد و چنانچه پدر کودک فاقد پدر و مادر باشد، مادر مادر، یعنی مادر بزرگ مادری کودک، سرپرستی او را بر عهده می گیرد(۵).

لازم به یادآوری است، شهید ثانی با یک اشتباه در برداشت، ضمیر «له» در عبارت «فان لم یکن له اب و لا ام» را به کودک برگردانده، نظریه مفید را در فرض فقدان والدین

ص: ۲۵۵

۱- ارشاد الاذهان، ۲/۴۰؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۲۷.

۲- کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۴.

۴- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۲۳۳.

۵- المقنعه، ص ۵۳۱.

کودک قرار داده است (۱) و حال آنکه فرض کلام مفید، فرض فقدان پدر و حیات مادر است.

نقد: از آنجا که برای چنین نظری هیچ دلیل و مستند فقهی وجود ندارد، نمی توان به آن عمل کرد.

احتمال سوم، انتقال به پدر بزرگ پدری: بر اساس این نظریه اداره زندگی کودک، پس از مرگ پدرش و به پایان رسیدن زمان حضانت مادر، به پدر بزرگ پدری کودک منتقل می شود.

وصیت به غیر پدر بزرگ: گرچه در بحث حضانت، هیچ یک از فقها این احتمال را ذکر نکرده اند؛ اما در کتاب وصیت، مطلبی مطرح شده که می توان از آن چنین نتیجه ای گرفت.

در کتاب وصیت این سؤال مطرح است که آیا می توان با وصیت، اداره زندگی فرزندان خود را پس از مرگ به فردی بیگانه واگذار کرد، در حالی که پدر بزرگ کودک زنده است؟

در پاسخ به این سؤال دو نظریه مطرح شده است:

نظریه اول، عدم جواز: پیروان این نظریه معتقدند که وصیت به فرد بیگانه با وجود پدر

بزرگ برای اداره زندگی فرزندان جایز نیست، زیرا:

۱- پدر بزرگ بدون نیاز به وصیت به خودی خود بر فرزندانِ فرزند خود (نوه) ولایت دارد، پس نمی توان کسی را در مقابل او، به ولایت رساند (۲).

۲- دلایلی که وصیت به ولایت را جایز می دانند، از چنان اطلاقی برخوردار نیستند تا صورتی که یکی از پدر یا پدر بزرگ زنده هستند را هم شامل شوند (۳).

۳- پدر همچنان که بر کودکان فرزندش ولایت دارد، بر وصیت فرزند خود نیز ولایت

ص: ۲۵۶

۱- مسالك الأفهام، ۸/۴۳۱.

۲- الخلاف، ۴/۱۶۱-۱۶۲، مسأله ۴۰؛ المبسوط، ۴/۵۴؛ تذکره الفقهاء، ۲/۵۱۰؛ بلغه الفقیه، ۴/۷۳.

۳- فقه الصادق، ۲۰/۳۹۸.

دارد؛ پس وصیت به ولایت از سوی پدر با وجود پدر بزرگ صحیح نخواهد بود^(۱).

بر این اساس، پدر بزرگ کودک، ناظر بر اموال و دارایی های نوادگان نابالغ خود است، بدون آنکه برای این نظارت خود، نیازمند به وصیت فرزندش (پدر کودکان) باشد^(۲).

این مطلب در ماده ۱۱۸۹ چنین توضیح داده شده است: «هیچ یک از پدر و جد پدری نمی تواند با حیات دیگری، برای مولی علیه خود وصی معین کند»^(۳).

این نظریه از سوی دو تن از فقها مورد انتقاد قرار گرفته است. ابن ادریس حلی بدون هیچ گونه توضیحی مدعی است که در این مطلب نظر دارد^(۴)؛ همچنان که علامه حلی نیز مدعی است پذیرش این سخن مشکل است^(۵).

البته بعید نیست که انتقاد آنها از این جهت باشد که وصیت پدر در امور فرزندانش با وجود پدر بزرگ جایز نیست، ولی پدر کودک می تواند در سایر کارهای خود، نظیر پرداخت بدهی هایش، فرد دیگری را غیر از پدر خود به عنوان وصی تعیین کند^(۶).

نظریه دوم، جواز: بر اساس این نظریه که به ابوحنیفه نسبت داده شده است، پدر می تواند با وجود پدر بزرگ، شخص دیگری را وصی خود قرار دهد^(۷).

نقد: از آنجا که نظریه دوم میان فقهای شیعه طرفداری ندارد، با پذیرفتن نظریه نخست، فقها به این نتایج دست یافته اند:

اول، چون وصیت به ولایت از کسی جایز است که خود بر کودک ولایت دارد^(۸)، تنها پدر یا پدر بزرگ می توانند با وصیت کردن، کسی را ولی بر کودک یا نوه خود قرار دهند^(۹)، زیرا ولایت بر کودکان تنها اختصاص به آنها دارد^(۱۰).

با ملاحظه همین جهت است که برادر، عمو، دایی و پدر بزرگ مادری کودک

ص: ۲۵۷

۱- مسالک الأفهام، ۶/۲۶۸.

۲- المبسوط، ۶/۱۵۴-۱۵۵.

۳- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۵.

۴- السرائر، ۳/۲۰۴.

۵- مختلف الشیعه، ۶/۳۷۸.

۶- تذکره الفقهاء، ۲/۵۱۰.

۷- ر.ک: الخلاف، ۴/۱۶۲، مسأله ۴۰.

۸- تذکره الفقهاء، ۲/۴۶۰ و ۵۱۰.

- ٩- شرايع الاسلام، ٢/٤٧٠؛ تذكره الفقهاء، ٢/٥١٠؛ مسالك الأفهام، ٦/١٤٤؛ الوصايا و المواريث، ص ٦١؛ بلغه الفقيه، ٤/٧٢.
- ١٠- الحدائق الناضره، ٢٢/٤١٦.

نمی‌توانند با وصیت کردن، سرپرستی کودک را به شخصی واگذار کنند، زیرا زمام امر کودک به دست ایشان نیست تا بخواهند نسبت به آن وصیت کنند(۱).

در ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی آمده است: «هریک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشد، وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید»(۲).

دوم، از آنجا که مادر بر کودک خود هیچ ولایتی ندارد(۳)، نمی‌تواند با وصیت کردن فردی را به عنوان سرپرست (وصیت به ولایت)(۴) یا ناظر بر اموال کودکان خود(۵) قرار دهد.

البته برخی از فقها نیز با بیان تفصیل میان وصیت به سرپرستی و وصیت به مال برای کودک، معتقدند اگر مادر مالی را برای کودک خود وصیت کند و کس دیگری غیر از پدر یا پدر بزرگ کودک را وصی قرار دهد، وصیت به مال صحیح است(۶)؛ اما پدر یا پدر بزرگ کودک عهده دار انجام آن هستند(۷).

سوم، در صورتی که پدر، مادر فرزندان خود را با وصیت، سرپرست آنها قرار دهد، مادر به خاطر این وصیت بر کودکان خود ولایت پیدا می‌کند(۸).

چهارم، پدر می‌تواند با وجود مادر، فرد دیگری را به عنوان وصی در مورد رسیدگی به دارایی‌های کودکان خود تعیین کند(۹).

البته با توجه به توضیحات گذشته، دو نتیجه سوم و چهارم هنگامی صحیح خواهد بود که پدر بزرگ کودک زنده نبوده یا اهلیت سرپرستی کودک را نداشته باشد.

نتایج چهارگانه بالا را می‌توان در دو مطلب خلاصه کرد: ۱- انحصار ولایت بر کودک

ص: ۲۵۸

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۵۱۰.

۲- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۵.

۳- شرایع الاسلام، ۲/۴۷۰؛ تذکره الفقهاء، ۲/۵۱۰.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۴۶۰؛ مسالک الأفهام، ۶/۱۴۴.

۵- المبسوط، ۴/۵۵.

۶- الحدائق الناضرة، ۲۲/۴۱۶.

٧- تذكرة الفقهاء، ٢/٥١٠.

٨- الخلاف، ٤/١٦٢، مسألة ٤١؛ المبسوط، ٤/٥٤؛ السرائر، ٣/٢٠٤.

٩- المبسوط، ٤/٥٤-٥٥.

در پدر یا پدر بزرگ ۲- عدم وجود ولایت برای مادر، که البته مطلب دوم نتیجه قهری مطلب نخست است.

هنگامی که به متون فقهی برای بررسی درستی این دو مطلب مراجعه می کنیم به هیچ مدرک و دلیل معتبری (قرآن و حدیث) دست پیدا نمی کنیم. تنها در بحث ازدواج به روایات کاملاً متعارضی درباره دخالت پدر، پدر بزرگ، برادر، مادر و برخی دیگر از

بستگان در مسأله ازدواج دختر یا کودک نابالغ بر می خوریم.

به هر حال، به اتفاق فقها مادر در ازدواج فرزند خود هیچ ولایتی ندارد^(۱)، همچنان که

در مورد اموال کودک یا فرزند دیوانه خود نیز هیچ حق تصرفی نداشته^(۲)؛ این دو مسأله از جمله وظایف انحصاری پدر و پدر بزرگ کودک است.

در مسأله مورد بحث نیز میان فقها اتفاق نظر بوده، هیچ فقهی بجز برای پدر و پدر بزرگ، برای فرد دیگری از جمله مادر، ولایت قائل نشده است^(۳).

تنها از ابن جنید اسکافی عبارتی نقل شده حاکی از آنکه مادر پس از پدر، سرپرستی کودک خود را بر عهده می گیرد^(۴).

اگر بپذیریم که ابن جنید معتقد است مادر نیز بر کودک خود ولایت دارد، این مطلب به شدت مورد انتقاد فقهای دیگر قرار گرفته است^(۵)؛ زیرا: دلیلی بر ولایت مادر نداریم^(۶)؛ ظاهر ادله بر خلاف اثبات ولایت برای مادر است^(۷)؛ ولایت بر دیگری، حکمی است

ص: ۲۵۹

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: کشف الرموز، ۲/۱۲۰؛ المختصر النافع، ص ۱۷۴؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۰۶؛ تحریر الاحکام، ۲/۷ و ۳/۴۱۸؛ تذکره الفقهاء، ۲/۵۸۶؛ قواعد الاحکام، ۲/۱۳۵؛ جامع المقاصد، ۱۲/۹۳؛ المهذب البارع، ۳/۲۲۹؛ اللمعه الدمشقیه، ص ۱۶۳؛ تبصره المتعلمین، ص ۱۷۳؛ مسالک الأفهام، ۷/۱۹۵؛ شرح اللمعه، ۵/۱۵۱.

۲- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: تذکره الفقهاء، ۲/۸۰؛ تحریر الاحکام، ۱/۲۱۹ و ۲/۵۴۱؛ ایضاح الفوائد، ۲/۵۲.

۳- الدروس الشرعیه، ۲/۳۲۳.

۴- مسالک الأفهام، ۶/۱۴۴: «الولاية لها مع رشدها بعد الأب».

۵- مسالک الأفهام، ۶/۱۴۴؛ الحدائق الناضره، ۲۲/۴۱۶.

۶- الخلاف، ۴/۱۶۲، مسأله ۴۱؛ مستمسک العروه الوثقی، ۱۴/۵۹۳.

۷- جواهر الکلام، ۲۸/۲۷۷.

مخالف اصل، پس می بایست بر چیزی اکتفا کرد که مورد اتفاق همه فقهاست، یعنی پدر یا پدر بزرگ (۱)؛ سایر فقها با این نظر موافق نبوده (۲)، ادعای اتفاق ایشان بر عدم آن شده

است (۳).

احتمال سوم، انتقال به وصی پدر: از برخی فقهای اهل سنت نقل شده است که چون وصی پدر نایب خاص او به حساب می آید، مقدم بر پدر بزرگ کودک بوده، سرپرستی کودک به او می رسد (۴).

نقد: در اینکه وصی پدر یا پدر بزرگ می توانند سرپرستی کودک را بر عهده بگیرند تردیدی نیست (۵)؛ اما همچنان که گذشت، وصی پدر هنگامی می تواند زمام امور کودک را در دست بگیرد که پدر بزرگ کودک زنده نباشد یا صلاحیت اداره زندگی وی را نداشته باشد؛ زیرا پدر بزرگ، بی واسطه و مستقل از پدر، بر فرزند فرزند خود (نوه) ولایت دارد (۶).

نتیجه

به نظر ما، حضانت کودک غیر از ولایت بر اوست و به همین جهت، هرگاه سخن از حضانت بود ما آن را به «نگهداری کودک» و در مقابل، ولایت بر او را به «سرپرستی کودک» معنا کردیم.

بدون شک سرپرستی کودک بر عهده پدر یا پدر بزرگ اوست و در صورت نبود آنها، وصی هریک از آنها، بار این مسؤلیت را بر دوش می کشد و اگر فرض کنیم هیچ یک از آنها وجود نداشته باشند، حاکم اسلامی سرپرست کودک خواهد بود (۷).

اما نگهداری کودک در خلال هفت سال نخست زندگی بر عهده مادر اوست و پس از به پایان رسیدن این زمان، دوباره پدر از آن جهت که سرپرست کودک است، نگهداری او

ص: ۲۶۰

۱- مسالک الأفهام، ۶/۱۴۴؛ بلغه الفقیه، ۴/۷۳.

۲- مستمسک العروه الوثقی، ۱۴/۵۹۳.

۳- بلغه الفقیه، ۴/۷۳؛ جواهر الکلام، ۲۸/۲۷۷.

۴- ر.ک: تذکره الفقهاء، ۲/۵۱۰.

۵- اللمعه دمشقیه، ص ۱۵۷؛ شرح اللمعه، ۵/۶۶.

۶- تذکره الفقهاء، ۲/۵۱۰.

۷- جامع المقاصد، ۵/۱۸۷.

را نیز بر عهده می گیرد و اگر پدر زنده نباشد، پدر بزرگ کودک این وظیفه را به انجام می رساند.

فرض سوم: زنده نبودن هیچ یک از پدر و مادر

اگر کودکی پیش از آنکه به سن بلوغ برسد، پدر و مادر خود را از دست بدهد، می بایست کسی نگهداری او را بر عهده بگیرد؛ اما سؤال اساسی این است که این فرد چه کسی است؟

طبیعی است که برای پاسخ دادن به این سؤال، ابتدا باید به دنبال دلیلی خاص باشیم که در آن شخص یا اشخاصی برای به عهده گرفتن این مسئولیت تعیین شده اند و اگر چنین نبود، با تمسک به عموماً موجود، فردی را مشخص کنیم و اگر نص خاصی یا عموم عامی که قابل انطباق بر فردی معین باشد، نیافتیم، آن گاه باید ببینیم چگونه می شود اداره زندگی کودک را به شخصی واگذار کنیم؟

از آنجا که دلیل خاصی برای تعیین سرپرست کودک پس از مرگ پدر و مادرش وجود ندارد، میان فقها در اینکه چه کسی می تواند عهده دار انجام این وظیفه باشد، اختلاف نظر است (۱):

نظریه اول، انتقال به پدر بزرگ پدری (۲): طرفداران این نظریه بر این باورند که حضانت و نگهداری از کودک در اصل، وظیفه پدر است که به واسطه برخی از روایات، چون روایت ایوب بن نوح برای مدت زمانی محدود به مادر منتقل شده است؛ حال که هیچ یک از پدر و مادر زنده نیستند، این وظیفه به پدر بزرگ پدری (۳) کودک واگذار

ص: ۲۶۱

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۳۰؛ نهایی المرام، ۱/۴۷۱؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۳۰؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲؛ ایضاح الفوائد، ۳/۲۵۶؛ اللعه الدمشقیه، ص ۱۷۷؛ شرح اللعه، ۵/۴۵۹؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۵.

۳- لازم به یادآوری است علامه حلی در پاره ای از تألیفات خود مدعی است که با نبود پدر و مادر، حضانت کودک به اجداد او منتقل می شود، بدون تفاوت میان اجداد پدری و مادری؛ برای اطلاع بیشتر، ر.ک: ارشاد الاذهان، ۲/۴۰.

بررسی دلایل: برای اثبات انتقال حضانت کودک به پدر بزرگ پدری اش، به چند مطلب استناد شده است:

۱- تعلق تکوینی: کودک همچنان که از نظر تکوینی به پدر تعلق دارد به پدر بزرگ نیز وابسته است و به عبارت دیگر، پدر بزرگ نیز، پدر کودک به حساب می آید؛ پس همان طور که پدر بر سایر خویشاوندان کودک اولویت دارد، پدر بزرگ نیز بر همگان پیشی دارد (۲).

نقد: اگر این استدلال در تقدّم پدر بزرگ درست باشد، نظیر آن در مورد مادر بزرگ، - به خصوص مادر بزرگ مادری - نیز صادق خواهد بود؛ پس باید گفت همچنان که مادر مقدّم بر پدر یا پدر بزرگ است، مادر بزرگ مادری نیز مقدّم بر پدر یا پدر بزرگ پدری است (۳).

۲- اولویت تشریحی: از آنجا که در روایات مورد بحث، تنها از پدر و مادر یاد شده و نامی از سایر بستگان برده نشده است، می باید برای یافتن حکم حضانت آنها به آیه کریمه «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (۴)، بر اساس آنچه در کتاب خدا آمده است، برخی از خویشاوندان بر سایر افراد برتری دارند؛ استناد کرد که به مقتضای آن، پدر بزرگ کودک بر سایر بستگان او تقدّم دارد.

نقد: به نظر نمی رسد بتوان با این آیه اولویت پدر بزرگ پدری کودک را بر سایر افرادی

که با او در یک طبقه از ارث هستند، اثبات کرد (۵)؛ مگر اینکه پدر بزرگ و مادر بزرگ را حقیقتاً پدر و مادر بدانیم که در این صورت، باید مادر بزرگ مادری را بر پدر و پدر، بزرگ

پدری را بر مادر مقدّم بدانیم (۶).

ص: ۲۶۲

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۵.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۳۰؛ شرح اللمعه، ۵/۴۵۹؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۵.

۳- شرح اللمعه، ۵/۴۵۹-۴۶۰؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۳۱؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۴- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

۵- شرح اللمعه، ۵/۴۶۰؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۳۱.

۶- مسالک الأفهام، ۸/۴۳۲.

به نظر ما در صورتی که هیچ یک از پدر و مادر زنده نباشند، نگهداری از کودک به پدر بزرگ پدری کودک سپرده می شود، زیرا - همچنان که گذشت - سرپرستی و ولایت بر کودک از جمله وظایف و مسؤولیت های پدر و پدر بزرگ اوست که با وجود هریک از آنها، کس دیگری چنین حقی را ندارد و مادر هم در صورتی که زنده باشد تنها به مدت هفت سال حق دارد کودک را در کنار خود نگاه داشته با او زندگی کند، نه اینکه سرپرست و ولی او به حساب آید.

بهترین شاهد بر درستی این مطلب آن است که رسیدگی و تصرف در اموال کودک و همچنین تصمیمگیری درباره ازدواج او دست کم پیش از رسیدن به سن بلوغ، همسطح با پدر یا در غیاب وی، تنها بر عهده پدر بزرگ اوست؛ پس می توان چنین نتیجه گرفت که به طریق اولی نگهداری و اداره زندگی کودک نیز بر عهده اوست (۱).

با توضیحات گذشته به خوبی روشن می شود اشکال مرحوم شهید ثانی مبنی بر اینکه هیچ ملازمه ای میان ولایت بر مال کودک و نگهداری او وجود ندارد، زیرا اگر چنین

ملازمه ای وجود می داشت می بایست پدر و پدر بزرگ پدری بر مادر، پیش از هفت سال هم مقدم می بودند و حال آنکه چنین نیست (۲)؛ وارد نخواهد بود، زیرا: اولاً، در مدت هفت سال نخست، مادر سرپرست کودک خود نبوده، بلکه حق دارد از او نگهداری کند؛

ثانیاً: واگذاری حضانت کودک به مادر در خلال آن مدت به واسطه دلیل خاص است، پس می توان روایت ایوب بن نوح را به منزله مخصصی دانست برای آنچه که ولایت بر کودک را بر عهده پدر یا پدر بزرگ او می داند.

حضانت کودک پس از مرگ پدر بزرگ: اگر بپذیریم که حضانت کودک پس از پدر و مادر بر عهده پدر بزرگ پدری اوست و فرض کنیم که هیچکدام از آنها زنده نباشند، مسؤولیت نگهداری کودک بر عهده چه کسی خواهد بود؟

ص: ۲۶۳

۱- شرح اللمعه، ۵/۴۵۹؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۳۰؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۵؛ نهاییه المرام، ۱/۴۷۲.

۲- شرح اللمعه، ۵/۴۶۰؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۳۱.

اول، خویشاوندان به ترتیب نزدیکی: بر این اساس، نگهداری کودک بر عهده سایر خویشاوندان اوست به ترتیب میزان نزدیکی آنها به او (اقرب فالأقرب)(۱).

دوم، وارثان به ترتیب میزان ارث بری: پیروان این نظریه بر این باورند که پس از مرگ پدر بزرگ، حضانت کودک بر عهده بستگان اوست به ترتیبی که اگر کودک از دنیا می‌رفت، از او ارث می‌بردند(۲).

نقد، اولاً: به نظر نمی‌رسد که این دو نظریه تفاوتی ماهوی با یکدیگر داشته باشند، زیرا کم یا زیاد بودن میزان سهم افراد از ارث، دلیل بر میزان دور یا نزدیک بودن نسبت خویشاوندی آنهاست(۳).

فاضل هندی برای اثبات ملازمه میان میزان سهم افراد از ارث و درجه خویشاوندی آنها، بدون هرگونه توضیحی، به دو آیه «أَبَاؤُكُمْ وَ أُمَّهَاتُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا»(۴)، شما نمی‌دانید که کدامیک از پدران یا فرزندان برای شما سودمندتر هستند؛ و «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ»(۵)، بر اساس آنچه در کتاب خدا آمده است،

برخی از خویشاوندان بر سایر افراد برتری دارند؛ استناد کرده است(۶).

ثانیاً: هیچ دلیلی بر اعتبار میزان خویشاوندی یا ارث بری در نگهداری کودک وجود ندارد و آیه ارحام نیز تنها دلالت بر اولویت برخی از بستگان بر برخی دیگر دارد و این

برای اثبات مطلوب ما کافی نیست(۷).

شاید با ملاحظه همین جهات باشد که محقق حلی در تأثیر میزان ارث بری بر نگهداری کودک تردید کرده است(۸).

سوم، سرپرست قانونی: با نبود پدر، مادر و پدر بزرگ، اگر کودک از خود مالی داشته

ص: ۲۶۴

۱- اللمه الدمشقیه، ص ۱۷۶؛ ارشاد الاذهان، ۲/۴۰.

۲- این نظریه را شیخ طوسی، ابن جنید، ابن براج، ابن حمزه و قاضی سعید طرح کرده اند، برای اطلاع بیشتر، ر.ک: قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۳۱؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۶.

۳- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۴- نساء ۴ / ۱۱.

۵- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

- ٦- كشف اللثام، ٢/١٠٧.
- ٧- كشف اللثام، ٢/١٠٧.
- ٨- شرايع الاسلام، ٢/٥٦٧.

باشد، حاکم کسی را برای نگهداری (تربیت) او به خدمت می گیرد و اگر مالی نداشته باشد، نگهداری از او، نظیر تأمین هزینه هایش، واجب کفایی بوده که همه مؤمنان موظف به انجام آن هستند(۱).

نقد، اولاً: تعیین سرپرست قانونی برای کودک و واگذاری اداره زندگی او به چنین فردی هنگامی درست است که کودک ولی خاص نداشته باشد؛ اما اگر وصی پدر یا پدر بزرگ وجود داشته باشند، دیگر نوبت به حاکم نمی رسد تا او در این خصوص اقدام کند.

ثانیا: دلیلی برای درستی تفصیل میان داشتن مال و نداشتن آن وجود ندارد، چرا که در هر دو صورت حاکم به عنوان قیم عام، موظف به اداره زندگی کودک است چه به شکل مستقیم و چه به شکل غیر مستقیم.

ثالثا: آن چنان که پس از این خواهد آمد، برای نگهداری از یک کودک، باید شرایط خاصی در آن فرد وجود داشته باشد؛ بنابراین، تنها مؤمن بودن برای این منظور کافی

نبوده، فرض وجوب کفایی بدون لحاظ آنها وجاهت فقهی ندارد.

رابعا: در بحث حضانت کودکان بی سرپرست به تفصیل توضیح خواهیم داد که تأمین هزینه های زندگی چنین کودکانی بر عهده حکومت اسلامی است.

چهارم، وصی: بر اساس این نظریه، حضانت کودک پس از مرگ پدر و مادر و پدر بزرگ پدری، به وصی پدر واگذار می شود و اگر پدر، وصی نداشت یا وصی او هم از دنیا رفته بود، انجام این وظیفه بر عهده وصی پدر بزرگ کودک است.

واگذاری حضانت کودک به وصی، به این خاطر است که وصی، جانشین پدر و پدر بزرگ است و از جمله وظایف پدر و پدر بزرگ، حضانت کودک و تربیت اوست(۲).

افزون بر اینکه، روایت ابن ابی عمیر نیز گرچه دلالت بر اولویت مادر بر وصی دارد، ولی از همین مطلب می توان به دست آورد که وصی نیز در مورد حضانت کودک وظیفه ای دارد.

ص: ۲۶۵

۱- نهاییه المرام، ۱/۴۷۲؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۶؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴؛ الحدائق الناضرة، ۲۵/۹۷.

۲- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۶.

مرحوم نجفی، ضمن طرح این نظریه، معتقد است که احتمال انتقال حضانت کودک به وصی پدر و وصی پدر بزرگ در میان فقها، طرفدار ندارد(۱).

به نظر ما، با توجه به توضیحات گذشته، همین نظریه درست است، زیرا وصی پدر یا پدر بزرگ، جانشین خاص آنهاست که با اختیارات ایشان در امور کودکان نابالغ دخالت می کند.

شایان ذکر است مرحوم نجفی پس از طرح نظریه انتقال وظیفه اداره زندگی کودک پس از فوت پدر و پدر بزرگ به وصی آنها، بر این باور است که این وظیفه در صورت نبود

وصی، به خویشان کودک بسته به میزان ارث بری آنها منتقل می شود و در صورت نبود چنین خویشاوندانی، انجام این وظیفه به حاکم و سپس به شکل وجوب کفایی به همه

مسلمانان سپرده می شود(۲).

به نظر ما - همچنان که بعد از این نیز توضیح خواهیم داد - سپردن کودک به بستگان او بسته به میزان ارث بری آنها، هیچ مستند فقهی ندارد.

نظریه دوم، خویشاوندان کودک با رعایت مراتب ارث (أولی بمیراثه): در میان فقها

هستند کسانی که بر این باورند که با مرگ پدر و مادر، نگهداری کودک به بستگان و خویشاوندان او می رسد به ترتیبی که ارث می برند(۳).

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب به دو دلیل استناد شده است:

۱- آیه کریمه «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ»(۴)، بر اساس آنچه در کتاب خدا آمده است، برخی از خویشاوندان نسبت به برخی دیگر برتری دارند: این آیه در مقام بیان اولویت و تقدم برخی از بستگان نسبت به برخی دیگر است که حذف متعلق این اولویت، دلیلی است بر عمومیت این اولویت نسبت به ارث، حضانت و مانند آن(۵).

نقد: اگر بتوانیم برای این اولویت چنین عمومیتی را اثبات کنیم، آن وقت می توان گفت

ص: ۲۶۶

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۶.

۲- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۷.

۳- تحریر الاحکام، ۲/۴۴؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۳۰؛ همچنین ر.ک: جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۶.

۴- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

٥- مسالك الأفهام، ٨/٤٣٠؛ نهاية المرام، ١/٤٧١.

که عمومیت اولویت خویشاوندان نسبت به یکدیگر، حضانت کودک را نیز در بر می گیرد، ولی تمام سخن در این است که چنین عمومیتی را نمی توان برای این آیه پذیرفت (۱)، به عنوان مثال نمی توان به استناد چنین اولییتی مدعی شد که در مسأله ازدواج، گروهی از بستگان بر دیگران اولویت دارند؛ بلکه این آیه تنها در مقام بیان درجات و مراتب خویشاوندان انسان در استفاده از ارث اوست.

۲- نیازمندی کودک: تردیدی نیست که کودک نیازمند تربیت و حضانت است، پس به

مقتضای این حکمت می باید کسی عهده دار تربیت و نگهداری از او شود. چنین کسی هرچه به کودک نزدیک تر باشد، به پذیرش این مسؤولیت سزاوارتر است (۲).

نقد: در اینکه کودک تا پیش از رسیدن به سن بلوغ نیازمند به سرپرستی است که نیازهای مادی و معنوی او را برطرف سازد، کمترین شکی نیست، ولی اشکال در این است که نزدیکی و دوری نسبت خویشاوندی، نمی تواند عامل تعیین کننده افراد باشد، بلکه برای این منظور باید به دنبال شاخصه های دیگری چون صلاحیت های اخلاقی، اجتماعی و اقتصادی گشت.

حالت اول، وجود خویشاوندان در طبقه یکسان: اگر بپذیریم که میزان در اولویت بستگان، درجه و طبقه وراثت است (۳)، این سؤال مطرح می شود که اگر چند نفر در یک طبقه قرار داشته باشند، چگونه می توان یک فرد از میان آنها را برای نگهداری از کودک

انتخاب کرد؟

برای این منظور، در کتب فقهی ملاک های گوناگونی مطرح شده است:

اولویت عمه بر خاله: برخی بر این باورند که عمه مقدم بر خاله است، زیرا: مقدار ارث بری آنها متفاوت است، سهم عمه از ارث، نصف و سهم خاله، یک ششم است؛ افزون بر اینکه آیه شریفه «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (۴)، بر اساس آنچه در کتاب خدا آمده است، برخی از خویشاوندان بر سایر افراد برتری دارند؛ نیز بر این مطلب

ص: ۲۶۷

۱- نهاییه المرام، ۱/۴۷۲.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۳۰؛ نهاییه المرام، ۱/۴۷۱.

۳- المهدب، ۲/۳۵۳.

۴- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

نقد: محقق طوسی ضمن نقل عکس این نظریه، یعنی تقدّم خاله بر عمه، از شافعی(۲)،

مدعی است که نسبت خاله و عمه به کودک یکسان بوده، چنانچه با هم جمع شوند برای انتخاب یکی از آنها از قرعه استفاده می شود(۳)، زیرا هر دو در یک درجه (طبقه) هستند(۴) و تفاوت آنها در میزان ارث بری، باعث ترجیح یکی بر دیگری نمی شود(۵).

لازم به یادآوری است، گرچه شیخ طوسی در این مسأله، تفاوت در میزان ارث بری را عامل ترجیح نمی داند، ولی در مقایسه میان خواهر پدیری و خواهر مادری، خواهر پدیری را مقدّم می داند به این دلیل که سهم بیشتری از ارث می برد که این خود نشانه نزدیکی و پیوند بیشتر است(۶).

این تناقض باعث شده است که مرحوم نجفی مدعی شود که نظرات شیخ طوسی در مسأله طبقات ارث از یک اضطرابی برخوردار است؛ سپس خود در حل و رفع این تناقض می نویسد: «ممکن است علت برابری عمه و خاله، صرف نظر از بیشتر بودن سهم عمه، به این خاطر باشد که از یک سو، بیشتر بودن سهم عمه باعث تقدّم او می شود و از سوی دیگر در روایت بنت حمزه، خاله همطراز مادر معرفی شده است؛ تعارض این دو مطلب با هم، باعث طرح نظریه مساوات و قرعه میان آنها می شود»(۷).

به هر حال، در مقابل نظریه مساوات عمه و خاله که از سوی شیخ طوسی مطرح شده است، علامه حلی، تساوی عمه و خاله را در نگهداری کودک خالی از اشکال ندانسته(۸)، در این مسأله فتوایی نمی دهد (توقف)(۹).

ص: ۲۶۸

- ۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: السرائر، ۲/۶۵۳.
- ۲- الخلاف، ۵/۱۳۶. برای اطلاع بیشتر، ر.ک: الام، ۵/۹۲؛ مختصر المزنی، ص ۲۳۵؛ الوجیز، ۲/۱۱۹؛ کفایه الخبار، ۲/۹۳؛ حلیه العلماء، ۷/۴۳۷.
- ۳- المبسوط، ۶/۴۲؛ همچنین ر.ک: مختلف الشیعه، ۷/۳۱۰؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۸.
- ۴- الخلاف، ۵/۱۳۷؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷.
- ۵- السرائر، ۲/۶۵۴.
- ۶- الخلاف، ۵/۱۳۴-۱۳۵.
- ۷- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۹.
- ۸- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲.
- ۹- مختلف الشیعه، ۷/۳۱۰.

اولویت مادر بزرگ بر خواهر: اساس این احتمال بر این مطلب استوار است که مادر بزرگ، مادر است؛ پس همه روایاتی که موضوع آنها مادر است، مادر بزرگ را هم در بر می گیرد (۱).

بنابر این، مادر بزرگ کودک در حضانت و نگهداری او، مقدم بر خواهرش است (۲)، گرچه سهم خواهر بیشتر از سهم مادر بزرگ از ارث است (۳).

نقد: مادر بزرگ حقیقتاً مادر نیست، به همین دلیل می توان اسم مادر را از او سلب کرده، بگوییم: مادر بزرگ، مادر نیست؛ چرا که در غیر این صورت، باید در خلال هفت سال اول زندگی کودک، مادر بزرگ بر پدر هم مقدم شود (۴)، از آنجا که مادر مقدم بر پدر است.

لازم به یادآوری است که شافعی بر عکس این نظریه، معتقد است که خواهر مقدم بر مادر بزرگ است (۵) زیرا با کودک از یک رحم بیرون آمده و از یک پدر به وجود آمده اند (۶).

اولویت مادر بزرگ پدری بر مادر بزرگ مادری (۷): طرفداران این نظریه به دو دلیل استناد کرده اند:

۱- گرچه این دو نفر در یک طبقه قرار دارند، ولی چون سهم مادر بزرگ پدری از ارث بیش از سهم مادر بزرگ مادری است، بنابر این، مقدم بر اوست (۸).

۲- از آنجا که حضانت و اداره زندگی کودک، وظیفه اصلی پدر است و پدر سزاوارتر از دیگران در این مورد است، وابستگان پدر نیز همچون او بر سایر افراد تقدم دارند (۹).

نقد: زیادی سهم الارث دلیلی بر اولویت در نگهداری از کودک نیست؛ همچنان که دلیلی بر تقدم خویشاوندان پدر هم نداریم و به همین خاطر است که گروهی از فقها بر

ص: ۲۶۹

۱- الخلاف، ۵/۱۳۵.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۵؛ السرائر، ۲/۶۵۴؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۹.

۴- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۹.

۵- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: الأم، ۵/۹۲؛ مختصر المذنبی، ص ۲۳۵؛ الوجیز، ۲/۱۱۹؛ السراج الوهاج، ص ۴۷۴؛ مغنی المحتاج، ۳/۴۵۲.

۶- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۹.

۷- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲.

۸- کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

این باورند که این دو نفر بر هم ترجیحی نداشته، برای تعیین سرپرست کودک به قرعه مراجعه می شود، چرا که هر دو در یک درجه نسبت به کودک قرار دارند و بر هر دو عنوان مادر نیز صادق است (۱).

اولویت مادر بزرگ پدری بر خاله (۲): گرچه برای این ادعا دلیلی بیان نشده است، اما دلایل گذشته برای اثبات آن کافی است؛ همچنان که نقد آن نیز چون سایر موارد است.

اولویت خویشان مادری دختر نسبت به خویشان پدری: ابن جنید (ابوعلی اسکافی)

برای اثبات این ادعا به حدیثی که از امیر المؤمنین علیه السلام در مورد حضانت دختر حضرت حمزه سید الشهداء علیه السلام نقل شده، تمسک می جوید (۳).

این حدیث در متون روایی شیعه به دو صورت نقل شده است:

روایت عبید الله بن علی ۵۷*»: «إِنَّ النَّبِيَّ قَضَى بَابَنِهِ حَمْزَةَ لَخَالَتِهَا وَ قَالَ: الْخَالِدَةُ وَالِدَةٌ» (۴)، پیامبر گرامی حکم کرد درباره دختر حضرت حمزه به اینکه با خاله اش زندگی می کند و فرمود: خاله، مادر است؛

روایت ابن ابی جمهور ۵۸*»: «إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله حَكَمَ فِي بِنْتِ حَمْزَةَ لَخَالَتِهَا دُونَ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ وَ جَعَفَرِ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ وَ قَدْ طَالَبَاهَا، لِأَنَّهَا ابْنَةُ عَمِّهِمَا جَمِيعًا وَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: عِنْدِي بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ وَ هِيَ

ص: ۲۷۰

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۵؛ السرائر، ۲/۶۵۴.

۳- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: فتاوی ابن جنید، ص ۲۶۴؛ مختلف الشیعه، ۷/۳۱۰. لازم به یادآوری است شهید ثانی عبارتی از ابن جنید نقل می کند که فقهای متأخر نیز به پیروی از ایشان آن را به او نسبت داده و از آن استفاده کرده اند که خویشان مادری بر کودک و نه تنها بر دختر اولویت دارند و حال آنکه این مطلب در نقل علامه حلی که معتبرترین منبع برای آرای ابن جنید است، وجود ندارد. مرحوم شهید ثانی نظر ابن جنید را چنین نقل می کند: «و منها قول ابن الجنید و هو إن من مات من الأبوين، كان الباقي أحق به من قرابه الميت إلا- أن يكون المستحق له غير رشيد، فيكون من قرب إليه أولى به؛ فإن تساوت القرابات، قامت القرابه مقام من هي له قرابه في ولايته، إلى أن قال: و الأم أولى بها ما لم تتزوج، ثم قرابتها أحق من قرابه الأب لحكم النبي صلى الله عليه و آله بابنه حمزه لخالتها». اما مرحوم علامه همین عبارت را به این شکل نقل می کند: «قرابه الأم أحق بالانثى من قرابه الأب لحكم النبي بابنه حمزه لخالتها». برای اطلاع بیشتر ر.ک: مختلف الشیعه، ۷/۳۱۰؛ مسالك الأفهام، ۸/۴۳۱؛ جواهر الكلام، ۳۱/۲۹۷؛ الحدائق الناضرة، ۲۵/۹۶؛ فقه الصادق، ۲۲/۳۱۱.

۴- طوسی، الامالی، ص ۳۴۲، شماره ۷۰۰/۴۰؛ وسائل الشیعه، ۱۵/۱۸۲، شماره ۴.

أحق بها، فقال النبي صلى الله عليه وآله: ادفعوها إلي خالتها، فإن الخاله أم»^(۱)، پیامبر دختر حضرت حمزه را به خاله اش و نه امیر المؤمنین و جعفر سپرد و حال آنکه هر دو درخواست آن را داشتند، چرا که او دختر عموی هر دوی آنها بود و امیر المؤمنین فرمود: نزد من دختر رسول خداست و او سزاوارتر است به آن دختر، پس پیامبر فرمود: او را به خاله اش دهید، زیرا خاله مادر است.

نقد، اولاً: گرچه در بیشتر روایات عبارت «فإن الخاله أم» وجود دارد که به وضوح دلالت بر تنزیل خاله به جای مادر دارد، اما در پاره ای از روایات در مقام تعلیل برای

واگذاری دختر حضرت حمزه به خاله اش، عبارت «فإن النساء عوره»^(۲) نقل شده که به هیچ وجه در مقام بیان این تنزیل نیست.

ثانیا: بر فرض که تنزیل خاله به جای مادر را بپذیریم، آیا می شود به استناد آن، خاله را در همه موارد چون مادر دانست؟ اگر چنین باشد، باید بگوییم خاله در صورت نبود مادر تا هفت سال حضانت کودک را بر عهده می گیرد و همچنان که مادر بر پدر اولویت داشت، خاله هم در خلال این مدت بر پدر تقدّم دارد و حال آنکه کسی پایبند به چنین نتیجه ای نیست.

ثالثا: حتی اگر بگوییم خاله چون مادر است، نمی توان چنین استفاده کرد که تمامی خویشان مادری بر تمامی بستگان پدری در نگهداری کودک اولویت دارند، زیرا مورد

حدیث، اختلاف میان دو عمو زاده و اولویت خاله بر آنهاست و معلوم است که گذر از این مورد و استفاده حکمی عام نیاز به دلیل خاص دارد که در مورد بحث، وجود ندارد.

رابعا: این حدیث در متون روایی عامه نیز نقل شده است که از نظر محتوا با آنچه گذشت چندان تفاوتی ندارد، ولی دارای توضیحی است که با توجه به آن، جهت بحث کاملاً متفاوت می شود.

بیشتر محدثان سنی این حدیث را از براء بن عازب در ادامه ماجرای صلح خدیبیه و در عُمره القضاء نقل کرده اند، به این ترتیب که پس از گذشت سه روز از حضور پیامبر ا

ص: ۲۷۱

۱- درر الالکی، ۱/۴۵۷؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۵۹، شماره ۱۷۸۵۴.

۲- شرح الاخبار، ۳/۲۰۱-۲۰۲، شماره ۱۱۳۰.

کرم صلی الله علیه و آله در شهر مکه به منظور انجام مراسم عمره، حضرت عازم مدینه شدند که دختر حمزه به دنبال ایشان می گشت و صدا می زد: عمو، عمو؛ امیر المؤمنین علیه السلام او را به صدیقه طاهره علیها السلام می سپارد و از ایشان می خواهد که مراقب او باشند؛ جعفر بن ابی طالب و زید بن حارثه (۱) نیز با اطلاع از ماجرا، مدعی شدند که می باید کودک نزد آنان باشد؛ پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله کودک را به جعفر می سپارد، چرا که همسرش (اسماء بنت عمیس)، خاله اوست (۲).

از مضمون برخی روایات چنین بر می آید که عماره (امامه) (۳) دختر حمزه علیه السلام با مادر

خود (سلمی بنت عمیس) در مکه زندگی می کرده است که به علت ممانعت قریش نتوانسته بود به پدر خود پیوندد، حال که پس از شهادت پدر، پیامبر گرامی با بستن قرارداد صلح حدیبیه به مکه آمده، از ایشان می خواهد او را تنها نگذاشته، با خود به مدینه ببرند؛ بنابر این، بحث حضانت از او مطرح نیست و اختلاف عمو زاده ها هم در این مطلب است که این دختر جوان در مدینه با کدامیک از آنها زندگی کند (۴) و به همین جهت

بحث نامحرم بودن او مطرح می شود (۵).

افزون بر اینکه در بیشتر این روایات جمله ای وجود دارد که بر اساس آن، دختر حضرت حمزه علیه السلام، دختری است بالغ و رشید که حضانت او خود به خود منتفی است.

بر اساس روایات موجود در جوامع روایی شیعه و سنی، امیر المؤمنین علیه السلام از پیامبر صلی الله علیه و آله می پرسد که شما چرا این دختر را به همسری خود در نمی آورید؟ پیامبر پاسخ می دهند که او دختر برادر رضاعی من است، چرا که حمزه علیه السلام هم عموی پیامبر صلی الله علیه و آله

ص: ۲۷۲

-
- ۱- زید بن حارثه وصی حضرت حمزه بوده است؛ ر.ک: بحار الانوار، ۲۰/۳۷۲.
 - ۲- مسند احمد، ۱/۱۱۵؛ صحیح بخاری، ۳/۱۶۸ و ۵/۸۴-۸۵؛ سنن ابی داود، ۱/۵۰۹؛ السنن الکبری، ۸/۵-۶؛ فتح الباری، ۷/۳۸۵-۳۹۳؛ تحفه الاحوذی، ۶/۲۶؛ خصائص امیر المؤمنین علیه السلام، ص ۱۵۱؛ کنز العمال، ۵/۵۸۰، شماره ۱۴۰۳۳.
 - ۳- لازم به یادآوری است، اسم این دختر بنابر نقل برخی منابع، «فاطمه» است؛ برای اطلاع بیشتر، ر.ک: شرح اصول الکافی، ۶/۱۶۷؛ مائه منقبه، ص ۱۱۴، شماره ۴۷.
 - ۴- فتح الباری، ۷/۳۸۸.
 - ۵- فتح الباری، ۷/۳۹۰.

است و هم برادر رضاعی ایشان(۱) و به همین جهت او را به ازدواج سلمه بن ابی سلمه(۲) در می آورد(۳).

لازم به یادآوری است که بنابر روایت ابی سعید السکری، این دختر تا زمان شهادت حضرت جعفر بن ابی طالب علیه السلام نزد ایشان می ماند، سپس با وصیت او به خانه امیر المؤمنین علیه السلام فرستاده می شود تا به سن بلوغ می رسد، در این زمان حضرت امیر علیه السلام به

پیامبر صلی الله علیه و آله پیشنهاد می کند که او را به ازدواج خود در آورد که ایشان با این توجیه که او دختر برادر رضاعی ایشان است با این کار مخالفت می کنند(۴)؛ ولی این نقل با سایر

روایات سازگار نبوده، شواهد تاریخی (زمان شهادت حضرت حمزه و حضرت جعفر علیهما السلام، سن دختر قبل از شهادت پدر و سن بلوغ و ازدواج دختران در عربستان) نیز آن را تأیید نمی کند.

به هر حال، از این پرسش و پاسخ چنین بر می آید که این دختر، کودک نیازمند به سرپرست نبوده است، بلکه دختری است جوان که در سن ازدواج قرار دارد.

نتیجه

این روایات نمی توانند به عنوان دلیلی در بحث حضانت به حساب آیند. به همین جهت است که برخی از فقهای سنی که به این روایت در بحث حضانت خاله، استناد کرده اند در توجیه آن دچار مشکل شده، نظرات گوناگونی مطرح کرده اند:

اول: خاله مقدم بر عمه است، زیرا صفیه بنت عبدالمطلب، یعنی عمه این دختر در آن زمان زنده بود؛ بنابر این، خویشاوندان مادری مقدم هستند بر بستگان پدری.

دوم: عمه مقدم بر خاله در حضانت است ولی در مورد این دختر، عمه او درخواست

ص: ۲۷۳

۱- تهذیب الاحکام، ۷/۲۹۲، شماره ۱۲۲۹؛ مستدرک الوسائل، ۱۴/۳۷۱، شماره ۱۶۹۸۹ و ۱۶۹۹۱؛ خصائص امیر المؤمنین علیه السلام، ص ۱۵۱؛ ذخائر العقبی، ص ۷-۱۰۶؛ مسند احمد، ۱/۱۱۵ صحیح بخاری، ۵/۸۴-۸۵؛ السنن الکبری، ۸/۶.

۲- لازم به یادآوری است، در برخی منابع، از «اشعث بن قیس» به عنوان همسر این خانم یاد شده است؛ ر.ک: مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۱۲، شماره ۱۷۶۸۹.

۳- کنز العمال، ۵/۵۸۰، شماره ۱۴۰۳۳.

۴- فتح الباری، ۷/۳۹۱.

سرپرستی اش را ندارد، پس این وظیفه به خاله او واگذار می شود که گرچه خودش به طور مستقیم درخواست این کار را نداشت، ولی درخواست شوهرش (حضرت جعفر علیه السلام) برای این کار کافی است.

سوم: واگذاری این دختر به حضرت جعفر علیه السلام به این خاطر بوده است که او از نظر مالی، توان بیشتری داشته است.

چهارم: انتخاب حضرت جعفر علیه السلام به این خاطر است که در او با وجود همسرش، دو

جهت وجود دارد، خویشاوندی پدری و خویشاوندی مادری، ولی در حضرت امیر علیه السلامو زید تنها یک جهت وجود دارد(۱).

اولویت خواهر تنی بر خواهر ناتنی؛

اولویت خواهر پدری بر خواهر مادری: برخی از فقیهان بر این نظرند که خواهری که با کودک از یک پدر و مادر است اولویت دارد در نگهداری از او نسبت به خواهری که با او تنها در پدر یا مادر مشترک است و همچنین خواهری که با کودک از یک پدر است نسبت به خواهری که با او از یک مادر است، اولویت دارد(۲).

مرحوم علامه حلی برای اثبات این اولویت به دو مطلب استناد کرده است:

۱- نزدیکی خویشاوندی بیشتر ۲- داشتن سهم بیشتر از ارث(۳)؛ ولی از توضیح مرحوم نجفی چنین بر می آید که بازگشت این دو مطلب به یک چیز است، زیرا زیادی سهم الارث نزدیک بودن بیشتر را اقتضا می کند(۴).

به هر حال، اگر خواهر تنی با خواهر مادری جمع شوند، اولی به میزان نصف ارث می برد و دومی به میزان یک ششم و همچنین اگر خواهر پدری با خواهر مادری جمع شوند، اولی به میزان دو سوم و دومی به میزان یک سوم ارث می برند، پس به مقتضای

ص: ۲۷۴

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: فتح الباری، ۷/۳۸۹-۳۹۰.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۴-۱۳۵، مسأله ۴۱؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷.

۳- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲.

۴- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۸.

آیه کریمه «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ»^(۱)، بر اساس آنچه در کتاب خدا آمده است، برخی از خویشاوندان بر سایر افراد برتری دارند؛ از یک درجه از نزدیکی نسبت به کودک برخوردار نبوده، یکی بر دیگری در نگهداری از کودک اولویت دارد^(۲).

نقد: ابن ادریس و محقق حلی این استدلال را صحیح نمی دانند، زیرا:

اولاً: روایاتی که در آن بحث حضانت کودک مطرح است، اختصاص به پدر و مادر داشته، شامل دیگران نمی شود؛ بنابراین، هیچ دلیلی وجود ندارد که دلالت بر حضانت خواهر بکند تا بحث از اولویت خواهر تنی بر خواهر ناتنی جا داشته باشد^(۳) و آیه ارحام

نیز تنها بر اولویت در ارث دلالت دارد^(۴).

ثانیاً: بر فرض که خواهر نیز در نگهداری کودک حقی داشته، وظیفه ای بر عهده او باشد، ترجیح یک خواهر بر خواهر دیگر بی وجه است، زیرا هر دو در یک درجه و طبقه هستند و به همین خاطر نیز استحقاق ارث دارند و زیاده سهم یکی بر دیگری، دلیل بر نزدیک تر بودن او به کودک نیست تا حضانت از کودک به او اختصاص داشته باشد^(۵).

شاید با ملاحظه همین جهات باشد که شیخ طوسی در کتاب مبسوط نظر خود را تغییر داده، می نویسد: «اگر بگوییم که این دو خواهر با هم برابر هستند و بین آنها در

نگهداری کودک قرعه زده می شود، سخن قوی ای است»^(۶).

اولویت زنان بر مردان: بر اساس این نظریه، اگر پدر و مادر کودک از دنیا رفته باشند و خویشاوندان کودک همگی مرد یا همگی زن باشند، به ترتیب ارث بری، عهده دار نگهداری از او می شوند^(۷).

اما اگر برخی از خویشاوندان کودک مرد و برخی زن بوده و همگی در یک درجه

ص: ۲۷۵

۱- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

۲- المبسوط، ۶/۴۲.

۳- شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷.

۴- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۸.

۵- السرائر، ۲/۶۵۳ و ۶۵۴؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۸.

۶- المبسوط، ۶/۴۲.

۷- الوسیله، ص ۲۸۸.

باشند، زنان در نگهداری کودک، مقدم بر مردان هستند(۱)؛ زیرا:

اولاً، از آنجا که مادر بر پدر در حضانت کودک، اولویت دارد، زنان بر مردان هم تقدم دارند(۲).

ثانياً، ساختار روحی - جسمی زن برای تربیت کودک و انجام امور زندگی او مناسب تر است، به خصوص اگر کودک دختر یا کوچک باشد(۳).

ثالثاً، زنان از مهربانی و عطوفت بیشتری نسبت به مردان برخوردار هستند(۴).

نقد: شهید ثانی بر این استدلال اشکال گرفته است که اطلاق آیه کریمه «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ»(۵)، اقتضاء دارد برابری زن و مرد و عدم ترجیح یکی بر دیگری را؛ همچنان که این اطلاق اقتضا دارد برابری کسی که سهم بیشتری از ارث دارد با کسی که سهم کمتری دارد(۶).

حالت دوم، وجود خویشاوندان با ارث بری یکسان: اگر نگهداری کودک را به خویشاوندان او به ترتیب ارث بری آنها واگذار کنیم، جای این سؤال است که اگر بیش از یک وارث هم درجه برای کودک وجود داشته باشد، کدامیک از آن افراد می باید نگهداری کودک را بر عهده بگیرند؟

تعیین این فرد به ویژه هنگامی اهمیت بیشتری پیدا می کند که میان آنها در انجام این کار نزاع صورت گیرد.

برای حل این مشکل، سه احتمال وجود دارد: ۱- حضانت مشترک ۲- حضانت تناوبی ۳- قرعه.

از آنجا که اشتراک در حضانت یا تناوب در آن، مقتضی مساوات مستحقان آن است، لازم است هر یک از آنها با هم یا به نوبت متولی امر زندگی کودک شوند و این باعث

ص: ۲۷۶

۱- الوسیله، ص ۲۸۸؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۴.

۲- شرح اللمعه، ۵/۴۶۱.

۳- تحریر الاحکام، ۲/۴۳؛ شرح اللمعه، ۵/۴۵۸ و ۴۶۱؛ جواهر العقود، ۲/۱۸۸؛ التحفه السنیه، ص ۲۹۵.

۴- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۱.

۵- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

۶- شرح اللمعه، ۵/۴۶۱.

آسیب دیدن کودک می شود، رجوع به قرعه برای تعیین کسی که بایستی عهده دار انجام این کار شود، مناسب ترین راه به نظر می رسد (۱).

به نظر ما مراجعه به قرعه در فرضی درست است که این افراد از هر جهت مساوی باشند ولی اگر چنین نباشد، گرچه در یک درجه بوده، سهم الارث برابری هم داشته باشند، می بایست کسی را برای انجام این مهم برگزید که صلاحیت بیشتری از نظر، اخلاقی، اجتماعی، مالی و ... داشته باشد، چیزی که متأسفانه فقهای پیشین کمتر به آن توجه داشته اند، چرا که آنان حضانت کودک را به جای آنکه وظیفه حضانت کننده بدانند، حقی برای او در نظر گرفته اند و کسی از خود نپرسیده است که به چه ملاکی سرنوشت انسانی را در حساس ترین زمان به شخصی بسپاریم که تنها از پدر این کودک ارث می برد؟ آیا کم یا زیاد بودن میزان ارث بری، معیاری درست برای گزینش و ترجیح است؟

دیدگاه ما: این نظریه که پس از مرگ پدر و مادر، نگهداری کودک به خویشاوندان او

به ترتیب ارث بردن آنها واگذار می شود، برای اولین بار توسط ابن ادریس حلی به شدت مورد انتقاد قرار گرفت.

ابن ادریس این نظریه را به فقهای سنی به خصوص شافعی، نسبت داده، محقق طوسی را متهم می کند که از آنها پیروی کرده است (۲).

به هر حال، رعایت مراتب ارث در واگذاری حضانت کودک از این جهت مورد نقد قرار گرفته که حضانت نوعی ولایت است و ولایت بر دیگران، چون خلاف اصل است تنها به مواردی که در روایات آمده است اکتفا می شود؛ این موارد عبارت است از مادر، پدر و پدر بزرگ پدری (به واسطه روایاتی که ولایت او را بر کودک نابالغ و غیر رشید اثبات می کند) (۳).

ص: ۲۷۷

۱- المهدب، ۲/۳۵۳؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۸؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۴؛ شرح اللمعه، ۵/۴۶۱؛ مسالك الأفهام، ۸/۴۳۵؛ جواهر الکلام، ۳۱/۳۰۰.

۲- السرائر، ۲/۶۵۴.

۳- السرائر، ۲/۶۵۴؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۴؛ شرح اللمعه، ۵/۴۶۲.

نظریه ابن ادريس در عدم صحت انتقال حضانت از پدر و مادر به سایر بستگان، مورد توجه و تأیید برخی از فقها چون سید محمد عاملی، فاضل هندی و محدث بحرانی قرار

گرفته، آن را با عباراتی چون «وجیه»، «قوی» و «نزدیک تر به راه اعتدال» ستوده اند(۱).

در مقابل، مرحوم علامه حلی نظریه ابن ادريس را ناشی از ناآگاهی و کم توجهی وی به فتاوی فقهای متقدم، چون شیخ طوسی، ابن جنید و شیخ مفید می داند(۲).

او سپس در تأیید مطلب خود عبارتی را از مفید چنین نقل می کند: «و إن مات الأب، قامت أمه مقامه فی كفاله الولد، فإن لم یکن له أم و كان له أب قام مقامه فی ذلك، فإن لم یکن له أب و لا أم، كانت الأم - التي هی الجده - أحق من البعداء»(۳).

به هر حال، گروهی از فقها با استناد به مطالبی در صدد بیان نادرستی سخن ابن ادريس برآمده، سرایت مسؤلیت حضانت را به افراد دیگری غیر از پدر و مادر، امری صحیح می دانند.

این مطالب از این قرار است:

۱- آیه کریمه «و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فی کتاب الله»(۴)، بر اساس آنچه در کتاب خدا آمده است، برخی از خویشاوندان بر سایر افراد برتری دارند؛ به عمومیت خود، اثبات می کند ولایت را برای همه خویشاوندان(۵).

۲- آیه کریمه «و ما كنت لمدیهم إذ یلقون أفلامهم أیهم یكفل مریم»(۶)، و تو نزد ایشان نبودی هنگامی که قلم های خود را برای قرعه به آب می اندختند تا کدامیک مریم را سرپرستی

کند؛ بر این مطلب دلالت دارد که در آن زمان، غیر از پدر و مادر، دیگران نیز می توانستند سرپرستی کودک را بر عهده بگیرند؛ مؤید این مطلب، آیه کریمه «و کفلها زکریا»(۷)، و

ص: ۲۷۸

۱- نهایی المرام، ۱/۴۷۲ کشف اللثام؛ ۲/۱۰۷؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۹۶-۹۷؛ بدایه المجتهد و نهاییه المقتصد، ۲/۴۶.

۲- مختلف الشیعه، ۷/۳۱۴.

۳- المقنعه، ص ۵۳۱.

۴- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

۵- شرح اللمعه، ۵/۴۶۲.

۶- آل عمران ۳ / ۴۴.

۷- آل عمران ۳ / ۳۷.

زکریا نگهداری او را بر عهده گرفت، است چرا که زکریا علیه السلام عهده دار اداره زندگی مریم شد (۱).

۳- روایت عبید الله بن علی که دلالت می کرد بر انتقال حضانت به خاله، نیز حاکی از این مطلب است که حضانت کودک تنها به عهده پدر، مادر و پدر بزرگ پدری نیست (۲).

۴- تردیدی نیست که کودک نیازمند به تربیت و سرپرستی است، حال اگر بستگان نزدیک او اقدام به چنین کاری نکنند، زندگی کودک تباه می شود (۳).

۵- ولایت پدر بزرگ پدری بر اموال کودک، مستلزم اولویت او در حضانت از وی نیست، زیرا اگر ملاک در نگهداری کودک، ولایت در اموال باشد، می باید چنین ادعا کرد که پدر بر مادر اولویت دارد و پدر بزرگ با نبود پدر، بر مادر اولویت دارد و حال آنکه

چنین ادعایی به اتفاق همه فقها نیز نادرست است، زیرا مادر در نگهداری از کودک خود،

مقدم بر پدر بزرگ است (۴).

به نظر ما هیچ یک از این مطالب نمی توانند ملاک اثبات حکم شرعی الهی باشند، زیرا:

۱- سخن شیخ مفید در مورد جانشینی مادر بزرگ و پدر بزرگ پدری و همچنین مادر بزرگ مادری به جای پدر، هیچ ارتباطی با مسأله انتقال حضانت به وارثان پدر ندارد، بلکه مبتنی بر اصل دیگری است؛ پس این عبارت نمی تواند مؤیدی برای مطلوب ما باشد.

همچنین نظر ابن جنید مبنی بر اولویت خویشاوندان مادری دختر نسبت به

خویشاوندان پدری او نیز هیچ ارتباطی با این مسأله پیدا نمی کند؛ بنابراین، همان گونه که ابن ادریس ادعا کرده است، نظریه انتقال حضانت کودک به وارثان پدر، تنها در کلام شیخ

طوسی آمده است و اکثر فرض هایی را که ایشان در این باره در کتاب خلاف مطرح کرده است، مطالبی است که فقهای عامه بر آن پافشاری می کنند.

ص: ۲۷۹

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۷.

۲- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۷.

۳- مختلف الشیعه، ۷/۳۱۵.

۴- مختلف الشیعه، ۷/۳۱۵.

۲- آیه ارحام در مقام بیان نابرابری خویشاوندان و برقراری رابطه طولی میان آنهاست، یعنی به عنوان مثال، نسبت عموی یک فرد به او با نسبت پسر عموی وی به او یکی نیست، ولی آیا از این آیه می توان به خاطر حذف متعلق اولویت، چنین استفاده کرد

که برتری خویشاوندان نسبت به هم در همه امور است؟

به نظر ما، اثبات چنین مطلبی از این آیه امکان پذیر نیست، زیرا راهی برای احراز این

مطلب نداریم که متکلم در مقام بیان تمام موارد اولویت بوده است تا عدم بیان او دلالت

بر اطلاق اولویت داشته باشد؛ بلکه شواهد و قراین خارجی حکایت از این دارد که این آیه تنها در مقام بیان ترتیب میان خویشاوندان در میزان ارث بری آنهاست.

۳- اینکه بنا بر نقل قرآن کریم، راهبان در به دست گرفتن اداره زندگی مریم علیهاالسلام، قرعه انداختند، دلالت بر مشروع بودن آن در فقه اسلامی نیست.

افزون بر اینکه نزاع بر سر واگذاری حضانت (کفالت) مریم علیهاالسلام از این جهت بود که به واسطه نذر مادر وی، او می بایست در درون معبد زندگی کند و کسی جز راهبان مجاز به زندگی در درون معبد نبود.

۴- پیش از این درباره روایت عبید الله بن علی به تفصیل سخن گفتیم و توضیح دادیم که بر اساس قراین تاریخی که در متون روایی عامه وجود دارد، نمی توان پذیرفت که موضوع آن بحث حضانت کودک به معنایی است که مورد نظر ما است.

۵- در اینکه کودک نیازمند به تربیت است، تردیدی وجود ندارد، اما آیا این وظیفه تنها بر عهده بستگان کودک است به طوری که دیگران نمی توانند از عهده انجام آن

بر آیند؟

به عنوان مثال، کودکانی که با حمایت و اشراف مراکز امدادی، نظیر بهزیستی رشد و نمو کرده، به سن بلوغ می رسند، آیا تباه می شوند و نمی توانند تربیت درستی پیدا کنند؟

۶- به نظر ما، ولایت پدر بزرگ بر اموال کودک و همچنین ازدواج او، خود بهترین دلیل بر این واقعیت است که از نظر قانونگذار اسلام، نگهداری از کودک بر عهده پدر یا پدر بزرگ اوست و اگر انجام این کار در خلال هفت سال اول زندگی کودک بر عهده مادر او

گذاشته می شود، به واسطه دلیل خاص است.

نظریه سوم، خویشاوندان پدری (عُصْبَة): از جمله نظرات مطرح در فقه اسلامی برای نگهداری کودک پس از مرگ پدر و مادرش، این است که خویشاوندان پدری وی که از ایشان در متون فقهی تعبیر به «عصبه» می شود، عهده دار انجام این وظیفه می شوند.

محقق طوسی در کتاب خلاف این نظریه را در خلال دو مسأله بیان می کند. او در مسأله ۵۱ می نویسد: «عمو، پسر عمو، پسر عموی پدر و خویشاوندان پدری، در مورد حضانت جانشین پدر هستند» (۱)؛ سپس در مسأله ۵۲ چنین ادامه می دهد: «برای هیچ یک از خویشان پدری کودک (عصبه) با وجود مادر، حضانتی نیست» (۲).

جمع میان این دو مسأله به این است که اگر پدر و مادر از دنیا رفته باشند، بستگان پدری کودک، جانشین پدر در مسأله حضانت می شوند.

نکته جالب توجه این است که محقق طوسی، هم برای اثبات جانشینی «عصبه» نسبت به پدر و هم برای اثبات تقدّم مادر بر «عصبه» به آیه کریمه «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» (۳)، استناد کرده، در توضیح مسأله اول می نویسد: «این آیه عام

است و در همه احکام جاری است» (۴).

او همچنین برای اثبات جانشینی خویشان پدری در جای پدر به روایت عماره الجرمی، استناد می کند.

این روایت را محدثان سنی چنین نقل می کنند: عماره الجرمی قال: «خیرنی علی بن ابیطالب بین اُمّی و عمّی، ثمّ قال لأخ لی، أصغر منّی: و هذا أيضا لو بلغ مبلغ هذا لخیرته» (۵)، آزاد گذاشت علی بن ابی طالب من را میان مادر و عمویم، سپس به برادر کوچک تر من فرمود: این هم اگر به سن او برسد، او را آزاد خواهم گذاشت.

ص: ۲۸۱

۱- الخلاف، ۵/۱۳۷.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۷.

۳- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

۴- الخلاف، ۵/۱۳۸.

۵- الخلاف، ۵/۱۳۸؛ مسند شافعی، ص ۲۸۸؛ السنن الکبری، ۸/۴؛ کنز العمال، ۵/۵۸۰، شماره ۱۴۰۳۲؛ الجرح و التعديل، ۳/۳۶۵؛ تعجيل المنفعة، ص ۲۹۵ و ۴۶۱.

لازم به یادآوری است که شافعی در ادامه از عماره نقل می کند که وی در آن هنگام، بین هفت تا هشت سال سن داشته است (۱).

نقد: نظریه عصبه که در بحث ارث مطرح شده است، از نظر فقهای شیعه امری است باطل (۲) و روایات فراوانی از خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام در مذمت آن به ما رسیده است.

روایت حسین بن زاز: «أمرت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام، المال لمن هو، للأقرب أو العصبه؟ فقال: المال للأقرب و العصبه في فيه التراب» (۳)، از کسی خواستم که از حضرت صادق علیه السلام بپرسد، اموال متوفی به چه کسی می رسد، نزدیک ترین افراد یا خویشان پدری؟ امام فرمود: اموال به نزدیک ترین افراد می رسد و دهان خویشان پدری، پر از خاک باد.

نظریه چهارم، خاله کودک: از جمله نظراتی که از سوی برخی از معاصران مطرح

شده، این است که با نبود پدر و مادر، حضانت کودک به خاله او واگذار می شود و با نبود خاله یا قبول نکردن او، این وظیفه به پدر بزرگ پدری کودک واگذار می شود و با نبود او،

وصی پدر عهده دار انجام این وظیفه می شود، سپس این وظیفه به حاکم شرع منتقل شده، چرا که او ولی هر کسی است که ولی ندارد و با نبود حاکم، خویشان کودک به ترتیب ارث بری این وظیفه را بر دوش می کشند (۴).

نقد: به نظر ما، این تفصیل فاقد اعتبار است، زیرا نه دلیل خاصی چنین ترتیبی را ترسیم می کند و نه جمع میان روایات اقتضاء آن را دارد.

روایت اولویت خاله، اولاً: هیچ ارتباطی با بحث حضانت کودک غیر بالغ ندارد؛ ثانياً: اطلاقی ندارد که شامل دو فرض بود و نبود پدر بزرگ پدری بشود، بلکه اتفاقاً در مورد دختر حضرت حمزه علیه السلام، پدر بزرگ او یعنی حضرت عبدالمطلب علیه السلام سال ها پیش از دنیا رفته بود؛ پس نمی توان به واسطه این روایت، خاله را بر پدر بزرگ پدری کودک مقدم داشت.

ص: ۲۸۲

۱- مسند شافعی، ص ۲۸۸.

۲- السرائر، ۲/۶۵۴.

۳- الإستبصار، ۴/۱۷۰، شماره ۶۴۲.

۴- فقه الصادق، ۲۲/۳۱۰.

افزون بر این، بر اساس جمله «فإذا مات الأب فالأم أحق من العصبه»، هرگاه پدر بمیرد، مادر سزاوارتر است به کودک از خویشان پدری، از روایت داود بن حصین، باید گفت که خویشان

پدری مقدم بر همه افراد بوده، پس از مادر عهده دار انجام این وظیفه می شوند، پس دلیلی ندارد که دیگران را بر آنها مقدم بداریم.

البته معلوم است که نمی توان با استفاده از آیه «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ»^(۱)، اثبات کرد که مادر بر عصبه مقدم است^(۲)، چون این آیه ناظر به تقدیم وارثی خاص بر وارث دیگر نیست، بلکه تنها بر اصل رعایت ترتیب میان وارثان، تأکید می ورزد.

نتیجه

از آنچه گذشت چنین به دست آمد که اگر پدر و مادر کودک زنده نباشند، اداره زندگی او به ترتیب به پدر بزرگ پدری، وصی پدر یا پدر بزرگ و حاکم اسلامی منتقل می شود.

ص: ۲۸۳

۱- انفال ۸ / ۷۵؛ احزاب (۳۳) / ۶.

۲- السرائر، ۲/۶۵۴.

اشاره

شکی نیست که بر اساس روایات موجود، مادر افزون بر شیر دادن به کودک خود، در برهه ای از زمان عهده دار نگهداری از کودک خود است که این زمان حداکثر تا هفت سال پس از تولد کودک ادامه دارد.

حال جای این پرسش است که مادر برای انجام این مهم می بایست چه شرایطی را دارا باشد؟

در متون فقهی برای مادر شرایطی در نظر گرفته شده است که فقدان هر یک از آنها باعث از بین رفتن صلاحیت مادر برای انجام این مهم می شود.

البته نباید از این مطلب نیز غفلت کرد که اگر بر عهده گرفتن حضانت کودک مشروط به تحقق این شرایط است، تفاوتی میان مادر و سایر افرادی که هم طراز یا جانشین او در

این کار هستند، نیست.

شرایط نگهداری کودک

اشاره

از مجموع آنچه در متون فقهی آمده به هشت ویژگی برای نگهداری کودک می توان دست یافت:

اسلام

برخی از فقها بر این باورند که اگر فرزندی، مسلمان به حساب می آید، یعنی دارای پدر

مسلمان است، می باید مادر او نیز مسلمان باشد(۱).

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب که مادر غیر مسلمان نمی تواند مسؤولیت نگهداری از کودک مسلمان را بر عهده بگیرد، به مطالبی استناد شده است:

۱- تأثیر گذاری بر کودک: مادر غیر مسلمان می تواند با تأثیر گذاشتن بر کودک، زمینه انحراف او را از اسلام فراهم کرده، زمینه پیدایش افکار خود را در فرزندش ایجاد کند(۲) و به عبارت دیگر، باعث گمراهی او شود(۳).

نقد: به واسطه این گونه مطالب نمی توان از اطلاق روایاتی که دلالت بر اولویت مادر بر نگهداری از کودک خود دارد، دست برداشت(۴).

۲- نبود ولایت کافر بر مسلمان: اگر حضانت و نگهداری کودک را ولایت بر او بدانیم،

مادر غیر مسلمان نمی تواند عهده دار این مسؤولیت باشد، زیرا غیر مسلمان بر مسلمان به مقتضای آیه شریفه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً»(۵)، خدا کافران را بر مؤمنان

مسلط نکرده است؛ هیچ گونه ولایتی ندارد(۶).

به عبارت دیگر، نسبت میان آیه نفی سبیل و روایات حضانت، عموم من وجه است، زیرا گاهی حضانت هست ولی نفی سبیل صادق نیست، نظیر جایی که مادر مسلمان است؛ گاهی نفی سبیل صادق است، ولی روایات حضانت مادر شامل آن نمی شود، مانند مالکیت ابتدایی غیر مسلمان بر برده مسلمان و گاه هر دو با هم صادق اند، مثل مادر

غیر مسلمانی که می خواهد از کودک خود نگهداری کند.

در مورد صدق دو دلیل یا اجتماع آنها با هم، گرچه قاعده اولی اقتضای تساقط آنها و رجوع به عمومات یا اصول عملی را دارد، ولی در این مورد خاص، آیه کریمه را مقدم بر روایات حضانت دانسته، حکم می کنیم به اینکه مادر غیر مسلمان نمی تواند زمام امور

ص: ۲۸۵

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۲؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۲.

۳- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۴- فقه الصادق، ۲۲/۳۰۶.

۵- نساء ۴ / ۱۴۱.

۶- نهاییه المرام، ۱/۴۶۸.

زندگی کودک خود را بر عهده بگیرد(۱).

نقد: به نظر ما این استدلال نمی تواند درست باشد، زیرا:

اولاً: منظور از «نفی سبیل» در آیه، حجت است نه تسلط، زیرا کارفرمای غیر مسلمان بر کارگر مسلمان خود تسلط دارد به گونه ای که وی می باید در ازای دستمزدی که می گیرد، وظیفه خود را انجام دهد؛ بنا بر این، علو اسلام مستلزم عدم ثبوت ولایت کافر

بر مسلمان نیست(۲).

ثانیاً: به نظر ما حضانت، ولایت نیست تا انجام آن از سوی مادر غیر مسلمان، موجب ولایت کافر بر مسلمان شود؛ بلکه حضانت در اصطلاح فقهی به همان معنای لغوی خود به کار می رود، یعنی زیر پر و بال گرفتن و به عبارت دیگر، نگهداری کودک را بر عهده گرفتن.

تحقق چنین معنایی از سوی هر کسی که باشد، موجب ولایت او بر کودک نمی شود، به خصوص که پدر کودک نیز زنده است و در دوره حضانت مادر، یعنی دوره ای که کودک با مادر خود گذران زندگی می کند، ارتباط میان پدر و کودک باقی است.

مرحوم خوانساری در این باره می نویسد: «هر حقی نسبت به مسلمان، ولایت بر او نیست، نظیر برده ای که مملوک انسان کافری بوده، پس از مملوکیت، مسلمان می شود»(۳).

ثالثاً: اگر میزان در صحت حضانت، تأثیر حضانت کننده بر اعتقادات کودک باشد، اولاً: کودک شیر خوار یا کودک غیر ممیزی که کمتر از هفت سال سن دارد، اعتقادی ندارد تا به وسیله او به آنها آسیبی برسد؛ ثانیاً: تأثیر منفی حضانت کننده بر مبانی دینی

کودک، در فرضی هم که مسلمان باشد، قابل تصوّر است، زیرا چه بسا فردی به ظاهر مسلمان باشد ولی با داشتن عقاید فاسد یا منحرف، بیش از فرد غیر مسلمان، کودک را به انحراف بکشاند.

۳- روایت صدوق ۵۹٪: «الاسلام یعلو ولا یعلی علیه»(۴)، اسلام بر همه چیز برتری می یابد ولی

ص: ۲۸۶

۱- ر.ک: فقه الصادق، ۲۲/۳۰۶.

۲- خوئی، کتاب النکاح، ۲/۳۱۱.

۳- جامع المدارک، ۴/۴۷۶.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۴/۳۳۴، شماره ۵۷۱۹.

چیزی بر اسلام برتری نمی یابد.

مرحوم نجفی با استناد به این حدیث، معتقد است که حضانت حتی اگر به معنای ولایت هم نبوده، بلکه به معنای سزاوار (احق) بودن نیز باشد، اسلام شرط تحقق آن است (۱)؛ چرا که اسلام برتر از هر چیز است و چیزی بر او برتری پیدا نمی کند.

این حدیث صرف نظر از ضعف سندی آن، از جهت دلالتی نیز محل تأمل است، زیرا از نظر معنایی مجمل بوده، در معنای آن دو مطلب قابل بررسی است:

اختصاص و عدم اختصاص به مسأله ارث: آیا این حدیث اختصاص به مسأله ارث

دارد یا اصلی است کلی که در تمامی موارد قابل جریان است (۲)؟

به نظر ما، این حدیث در صدد بیان قاعده ای کلی نیست بلکه تنها ناظر به مسأله ارث بردن مسلمان از کافر است، زیرا شیخ صدوق این حدیث را از پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله به این شکل نقل می کند: «الاسلام یعلو و لایعلی علیه و الکفار بمنزله الموتی، لایحجون و لایرثون» (۳)، اسلام بر هر چیزی برتری می یابد ولی چیزی بر اسلام برتری نمی یابد، کافران چون مردگان هستند، مانع ارث بردن دیگران نمی شوند، خود هم ارث نمی برند.

اینکه مسلمان از کافر ارث می برد ولی کافر از مسلمان ارث نمی برد و کافر نمی تواند مانع از ارث بردن مسلمان شود، اگرچه در طبقه مقدّم وراثت باشد، مسأله ای است که در سایر روایات نیز بدان تأکید شده است:

روایت نبوی: «الاسلام یعلو و لایعلی علیه، نحن نرثهم و لایرثونا» (۴)، اسلام بر هر چیزی برتری می یابد

ولی چیزی بر اسلام برتری نمی یابد، ما از ایشان ارث می بریم ولی ایشان از ما ارث نمی برند؛

روایت حسن بن صالح: «المسلم یحجب الکافر و الکافر لایحجب المؤمن و لایرثه» (۵)، مسلمان مانع

ارث بردن کافر می شود ولی کافر مانع ارث بردن مسلمان نشده از او ارث نمی برد.

اختصاص این حدیث به بحث ارث مسلمان از کافر، آن هنگام به خوبی روشن

ص: ۲۸۷

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۷.

۲- مسالک الأفهام، ۱۳/۲۰.

۳- من لا یحضره الفقیه، ۴/۳۴۴، شماره ۵۷۱۹.

۴- عوالی اللئالی، ۳/۴۹۶، شماره ۱۵.

می شود که در این مطلب دقت شود که صدوق آن را در خلال چند حدیث دیگر از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله، با این مضامین نقل می کند: «الاسلام لایزید و لاینقص»^(۱)، اسلام می افزاید ولی چیزی کم نمی کند؛ «فالا سلام یزید المسلم خیرا و لایزیده شرا»^(۲)، اسلام به مسلمان خیر می افزاید ولی شرّ او را زیاد نمی کند.

نا گفته نماند که تنها ابن ابی جمهور احسایی این حدیث را در یک جا بدون ذکر ذیل آن به صورت قانونی کلی به این شکل: «الاسلام یعلو و لایعلی علیه»^(۳)، اسلام بر هر چیزی برتری می یابد ولی چیزی بر اسلام برتری نمی یابد، نقل کرده که نمی تواند مبنای حکم فقهی قرار بگیرد.

اجمال مفهومی: اگر فرض کنیم که حدیث نبوی دلالت بر اصلی کلی داشته باشد که در همه ابواب فقهی قابل استناد باشد، معنای آن چیست؟

فقه در اینکه معنای این جمله چیست، احتمالات متعددی را مطرح کرده اند که وجود آنها باعث اجمال معنای حدیث و عدم صحت استدلال به آن می شود؛ آن احتمالات از این قرار است:

۱- اسلام بر بقیه ادیان غلبه پیدا می کند^(۴)؛ ۲- اسلام برترین ادیان است^(۵)؛ ۳- حقیقت اسلام مبتنی بر دلایل واضح و برهان های آشکار است، پس اسلام به خودی خود، برتری دارد^(۶)؛ ۴- عدم برتری غیر مسلمان بر مسلمان^(۷)؛ ۵- تشویق مسلمانان به گسترش و سیطره علمی و خارجی جهانی اسلام^(۸)؛ ۶- اسلام نسخ نمی شود^(۹)؛ ۷- جعل احکام شرعی که باعث برتری مسلمان می شود^(۱۰)؛ ۸- جواز برتری مسلمان بر غیر مسلمان^(۱۱)

ص: ۲۸۸

-
- ۱- من لا یحضره الفقیه، ۴/۳۴۴، شماره ۵۷۱۷.
 - ۲- من لا یحضره الفقیه، ۴/۳۴۴، شماره ۵۷۱۸.
 - ۳- عوالی اللثالی، ۱/۱۲۶ شماره ۱۱۸.
 - ۴- یزدی، حاشیه المکاسب، ص ۳۱؛ مصباح الفقاهه، ۱/۴۹۰؛ فقه الصادق، ۱۳/۷۵ و ۱۴/۱۵۷.
 - ۵- یزدی، حاشیه المکاسب، ص ۳۱.
 - ۶- یزدی، حاشیه المکاسب، ص ۳۱؛ خوبی، کتاب الطهاره، ۸/۹۱؛ خمینی، کتاب الطهاره، ۳/۳۱۱؛ فقه الصادق، ۱۳/۷۵؛ مصباح الفقاهه، ۱/۴۹۰ و ۵/۹۰.
 - ۷- خمینی، کتاب الطهاره، ۳/۳۱۱.
 - ۸- خمینی، کتاب البیع، ۲/۵۴۵.
 - ۹- یزدی، حاشیه المکاسب، ص ۳۱؛ فقه الصادق، ۱۳/۷۵.
 - ۱۰- اصفهانی، حاشیه المکاسب، ۲/۴۴۶؛ فقه الصادق، ۱۳/۷۵ و ۱۵/۴۰.
 - ۱۱- اصفهانی، حاشیه المکاسب، ۲/۴۴۶.

۹- عدم تشریح حکمی که باعث برتری غیر مسلمان بر مسلمان شود (۱).

عقل

از جمله اساسی ترین شرایط نگهداری کودک توسط مادر، عاقل بودن اوست (۲).

مادر اگر از سلامت عقلی برخوردار نباشد، نمی تواند حضانت کودک خود را بر عهده بگیرد (۳)، زیرا نه تنها قادر به حفظ و حراست از کودک خود نیست، بلکه نیازمند آن است که کسی او را تحت حمایت خود قرار داده، حضانتش را به عهده بگیرد (۴).

انواع جنون: گرچه در اینکه شخص دیوانه صلاحیت نگهداری کودک را ندارد، تردیدی نیست ولی این سؤال میان فقها مطرح است که آیا در این حکم تفاوتی میان جنون ادواری و جنون فراگیر وجود دارد یا نه؟

نظریه اول، عدم تفاوت: در میان فقهای که معتقدند میان دو نوع جنون ادواری و

فراگیر، تفاوتی نیست، دو رأی کاملاً متناقض وجود دارد:

امکان حضانت: جنون مادر چه از نوع فراگیر آن باشد و چه از نوع ادواری، باعث از بین رفتن حق مادر در حضانت کودک خود نمی شود، بلکه چون سایر امور شخص دیوانه، تصمیمگیری در این مورد به ولیّ مادر، واگذار می شود.

به عبارت دیگر، حضانت، ولایت نیست تا گفته شود که شخص دیوانه صلاحیت ولایت داشتن بر کسی را ندارد؛ بنابراین، حضانت با جنون قابل جمع است (۵).

نقد: انتقال وظیفه نگهداری کودک به مادر دیوانه، احتیاج به دلیل دارد (۶)، به ویژه

هنگامی که پدر کودک یا پدر بزرگ پدری کودک زنده و در سلامت جسمی و عقلی باشند.

عدم امکان حضانت: برخی بر این باورند که هیچ تفاوتی میان انواع جنون وجود

ص: ۲۸۹

۱- یزدی، حاشیه المکاسب، ص ۳۱؛ الموسوعه الفقہیہ، ۳/۲۸۳.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۳؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴؛ فقه السنه، ۲/۳۴۲.

۳- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲.

۴- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۳.

۵- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۷.

نداشته، در هر دو صورت، نمی توان کودک را به مادر سپرد؛ مگر اینکه دفعات بروز حالت جنون در مادر بسیار بسیار کم و از نظر زمانی نیز طولانی نباشد (۱) که در این صورت

جنون مادر چون بیماری ای است که پس از به وجود آمدن، از بین می رود؛ بنابراین، مادر حق دارد از کودک خود مراقبت کند (۲).

نقد: مرحوم نجفی ضمن رد چنین ادعایی، معتقد است که اگر دفعات بروز جنون زیاد هم باشد، در زمانی که مادر سلامت خود را باز می یابد، صلاحیت نگهداری کودک خود را دارد، حال با تمسک به اطلاق دلایل حضانت، می توان گفت در حال بروز آن حالت نیز همچنان، آن دلایل شامل او می شود (۳).

نظریه دوم، تفاوت: به نظر ما، نگهداری کودک تنها در فرضی امکان پذیر است که مادر برخوردار از سلامت عقلی باشد، چرا که فرد دیوانه که خود برای اداره زندگی اش فاقد توانایی های لازم است، چگونه قادر خواهد بود از فرد دیگری نگهداری کند؟

بنابر این، اگر مادر دارای جنون فراگیر باشد، بدون شک صلاحیت نگهداری کودک خود را ندارد و انتقال این مطلب به ولی مادر کاملاً بی اساس است، زیرا حضانت کودک،

نظیر حق شفعه، حق تحجیر، خیار فسخ و حقوقی از این دست نیست تا با از بین رفتن صلاحیت مادر، تصمیمگیری درباره آنها به ولی او منتقل شود، بلکه حضانت کودک وظیفه ای بر عهده مادر است که با تحقق جنون، امکان انجام آن وجود ندارد.

اما اگر جنون مادر، ادواری باشد به گونه ای که مادر قادر به انجام وظایف خود بوده، عروض آن، موجب به خطر افتادن سلامت جسمی و روحی کودک نمی شود، مادر می تواند همچنان در زمان تعیین شده، نگهداری از کودک خود را بر عهده داشته باشد.

البته روشن است که اگر معیار جواز نگهداری کودک، توانایی مادر باشد، هنگامی می توان به مانع نبودن جنون ادواری نظر داد که دفعات عروض این حالت چندان زیاد نباشد که زندگی کودک را تحت تأثیر قرار داده، عملاً توان مادر را در نگهداری کودک

ص: ۲۹۰

۱- کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۳.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۷.

بر طرف کردن نیازمندی های او از بین ببرد؛ بنابراین، بعید نیست نظر مرحوم سبزواری در اینکه بقای حق حضانت مادر، مشروط به این است که دفعات بروز حالت جنون در او بسیار بسیار کم و از نظر زمانی نیز طولانی نباشد^(۱)، سخنی قابل اعتماد باشد.

بنابر این، اطلاق صدر ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی نسبت جنون مادر، نمی تواند درست باشد: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست، مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود»^(۲).

بیماری های مُزمن و مُسری: برای فقیهانی که جنون مادر را مانعی از نگهداری کودک می دانند، پرسشی جدید به وجود آمده است که آیا بیماری های مزمنی که امید بهبودی در آنها وجود ندارد، از نظر حکم، چون جنون هستند یا نه؟

از آنجا که این بحث در برخی از متون فقهی به طور مستقل مورد بررسی قرار گرفته است، مناسب خواهد بود که ما هم گفتگو درباره مانع بودن یا مانع نبودن بیماری های مُزمن و مُسری را در جای خود مورد بررسی قرار دهیم.

آزادگی

از جمله شرایط حضانت مادر، برده نبودن اوست^(۳).

بررسی دلایل: برای اثبات اعتبار این شرط که امروز دیگر برای آن مصداقی وجود ندارد، به چند مطلب استناد شده است:

۱- منافات ولایت با بردگی: حضانت نوعی ولایت بر حفظ و تربیت کودک است و برده ولایت بر چیزی ندارد^(۴).

نقد: به نظر ما، از آنجا که حضانت، ولایت به معنای مصطلح نیست، پس می تواند با نگهداری کودک توسط شخصی که در بند بردگی است، قابل جمع باشد.

۲- منافات حضانت با ملکیت: منافع کنیز متعلق به مالک اوست، پس وقت آزادی

ص: ۲۹۱

۱- کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۲- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۱.

۳- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۲؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۴- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۳؛ نهایه المرام، ۱/۴۶۸؛ سبیل السلام، ۳/۲۲۹.

ندارد تا به حضانت کودک برسد(۱)، حتی اگر مالک او اجازه چنین کاری را بدهد، زیرا مالک برده می تواند هر زمانی که بخواهد، اجازه خود را پس بگیرد که در این صورت، کودک آسیب خواهد دید(۲).

نقد: اولاً، اینکه برده از خود اختیاری ندارد به این نحو نیست که در هیچ موردی نتواند اعمال قدرت بکند، چرا که به عنوان مثال اختیار طلاق همسرش به دست خود اوست(۳).

ثانیا، روایاتی که دلالت بر اولویت و تقدّم مادر می کرد، از این جهت مطلق بوده شامل هر مادری می شود، چه آزاد باشد چه برده(۴).

ثالثاً، از آنجا که ازدواج مادر با اجازه مالک خود بوده و نگهداری کودک از لوازم ازدواج است؛ بنابراین، اولویت حق مالک، موجب از بین رفتن اولویت مادر در نگهداری از کودک خود نمی شود(۵).

۳- روایات: همان گونه که پیش از این گفته شد، بر اساس سه روایت فضیل بن یسار، داود رقی و جمیل بن دراج - ابن بکیر، پدر مادامی که برده است نمی تواند عهده دار نگهداری از کودک خود شود؛ از این مطلب چنین به دست می آید که بردگی مانع از حضانت است، حال اگر این مانع در مادر نیز وجود داشته باشد، صلاحیت نگهداری از کودک خود را ندارد(۶).

روایت فضیل بن یسار ۶۰* : «أیما امرأه حرّة تزوّجت عبدا فولدت منه أولادا، فهي أحق بولدها منه و هم أحرار، فإذا أعتق الرجل، فهو أحق بولده منها لموضع الأب»(۷)، هر زن آزادی که با برده ای ازدواج

کند و از او بچه دار شود، سزاوارتر است به نگهداری کودکش از آن مرد، هرگاه مرد از قید بردگی رهایی یابد، سزاوارتر است به نگهداری کودکش از آن زن، به واسطه جایگاه پدر.

ص: ۲۹۲

۱- نهاییه المرام، ۱/۴۶۸.

۲- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۳- جامع المدارک، ۴/۴۷۶.

۴- جامع المدارک، ۴/۴۷۶.

۵- جامع المدارک، ۴/۴۷۶.

۶- الحدائق الناضرة، ۲۵/۹۱؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جامع المدارک، ۴/۴۷۵.

۷- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

روایت داود رقی ۶۱*: «لیس للعبد أن یأخذ منها ولدها و إن تزوّجت حتی یعتق، هی أحق بولدها منه مادام مملوكا، فإذا أعتق فهو أحق بهم منها»^(۱)، برده تا زمانی که آزاد نشده است، حق ندارد فرزندان خود را از مادرشان جدا کند، حتی اگر مادر ازدواج هم کرده باشد؛ مادر سزاوارتر به فرزندان خود است مادامی که پدر برده است، هرگاه پدر آزاد شد، سزاوارتر به فرزندان خود است از مادرشان.

روایت جمیل و ابن بکیر ۶۲*: «فی الولد من الحر و المملوكه، قال: یدهب الی الحر منهما»^(۲)، درباره کودکی که از پدر آزاده و مادر برده متولد می شود، فرمود: به هر کدام که آزاد هستند ملحق می شود.

نقد: استدلال به این روایات به منظور اثبات مانع بودن بردگی از پذیرش حضانت مادر، از دو جهت قابل خدشه است:

اولاً مورد دو روایت داود و فضیل مانعیت بردگی از حضانت پدر است و حکم به مانعیت آن برای حضانت مادر، هنگامی صحیح است که مدعی یقین به نبود تفاوت میان مادر و پدر در این باره شویم.

ثانیاً، روایت جمیل ناظر به برده نبودن کودک (حرّیت) به واسطه حرّیت یکی از پدر یا مادرش است^(۳).

نتیجه

حکم به مانعیت بردگی از حضانت کودک توسط مادر، امری است مشکل^(۴)؛ گرچه به واسطه دو روایت فضیل و داود، برده بودن پدر مانع از نگهداری کودک توسط اوست.

لازم به یادآوری است برخی از فقهای سنی با استناد به اطلاق دو روایت «لاتولّه والده عن ولدها»^(۵) و «من فرّق بین والده و ولدها، فرّق الله بینہ و بین الأحبه یوم القیامه»^(۶)، همچنین این

ص: ۲۹۳

۱- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۵؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۷، شماره ۳۶۱.

۲- الکافی، ۵/۴۹۲، شماره ۱.

۳- جامع المدارک، ۴/۴۷۶.

۴- جامع المدارک، ۴/۴۷۶.

۵- الجامع الصغیر، ۲/۷۴۵، شماره ۹۸۷۲؛ کنز العمال، ۵/۵۷۶-۵۷۷، شماره ۱۴۰۲۳ و ۹/۷۵، شماره ۲۳۰۲۳؛ الکامل فی ضعفاء الرجال، ۶/۴۱۸؛ الفردوس بمأثور الخطاب، ۵/۱۳۱؛ السنن الکبری، ۸/۵؛ نصب الرایه، ۶/۲۶۶.

۶- مسند احمد، ۵/۴۱۳؛ همچنین ر.ک: سنن دارمی، ۲/۲۲۸؛ سنن ترمذی، ۲/۳۷۶، شماره ۱۳۰۱ و ۳/۶۴، شماره ۱۶۱۳؛ السنن الکبری، ۹/۱۲۶۰؛ مسند شهاب، ۱/۲۸۰، شماره ۴۵۵-۴۵۶؛ عوالی اللثالی، ۲/۲۴۹، شماره ۲۰.

مطلب که حق حضانت مستثنای از منافع برده است؛ بر این باورند که می شود آزادی را در درستی حضانت شرط ندانست (۱).

حبس و تبعید مادر: در زمان ما، بحث از احکام بردگی به خاطر از بین رفتن موضوع آن، بی فایده است، ولی این بحث به حکم تنقیح مناط، در دو مورد، یعنی جایی که مادر به واسطه ارتکاب جرمی زندانی شده یا در اردوگاه کار اجباری زندگی می کند، می تواند سودمند باشد.

توضیح مطلب: بر اساس مقررات حقوقی اسلام، اگر انسان غیر مسلمانی با شرایطی خاص به بردگی فرد مسلمانی درآید، از اعمال قدرت در بسیاری از امور زندگی خود محروم بوده، نمی تواند به جهت برقراری رابطه مالکی و مملوکی، مستقل از مالک خود، درباره زندگی اش تصمیمگیری کند.

تردیدی نیست که این ملاک ها در مورد انسانی که در زندان یا اردوگاه کار اجباری به سر می برد نیز می تواند یافت شود، حال جای این سؤال است که آیا کودک به همراه مادرش به زندان فرستاده می شود تا زیر نظر مادر به زندگی خود ادامه دهد، هر چند مادر

در اداره زندگی خود، قادر به تصمیمگیری مستقل نیست یا کودک را از مادر جدا کرده، به واسطه نامناسب بودن فضای چنین مکان هایی و تأثیر منفی ای که بر روند شکل گیری شخصیت کودک می گذارد، او به پدر یا کسانی که از نظر حقوقی جانشین او هستند، سپرده می شود؟

فارغ بودن از حقوق زوجیت

از جمله شرایط مادر برای بر عهده گرفتن نگهداری کودک خود، این است که نباید در خلال این مدت ازدواج کند (۲).

بررسی دلایل: برای اثبات چنین شرطی، فقهای مسلمان به دلایلی استناد کرده اند:

ص: ۲۹۴

۱- سبل السلام، ۳/۲۲۹.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴.

۱- روایات(۱): با توجه به اینکه پیش از این، هنگام بررسی نظر صدوق درباره حضانت مادر پس از رسیدن کودک به سن دو سالگی(۲)، روایاتی که موضوع آنها ازدواج مادر است را به تفصیل از نظر سند و دلالت بررسی کردیم؛ اکنون به شکلی گذرا همان را بازگو می کنیم:

روایت داود رقی: «عن امرأه حرّه نکحت عبدا فأولدها أولادا، ثم إنّه طلقها فلم تُقم مع ولدها و تزوّجت، فلمّا بلغ العبد أنّها تزوّجت، أراد أن يأخذ ولده منها و قال: أنا أحقّ بهم منك إن تزوّجت، فقال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوّجت حتّى يُعتق، هی أحقّ بولدها منه مادام مملوكا، فإذا أُعتق فهو أحقّ بهم منها»(۳)، زن آزاده ای با برده ای ازدواج کرده و پس از آنکه چند بچه به دنیا آورد، شوهرش او را طلاق داد. زن حاضر نشد به پای فرزندان خود بنشیند و ازدواج کرد. هنگامی که شوهر سابقش از ماجرا باخبر شد، تصمیم گرفت با این استدلال که من پس از ازدواج کردن تو، سزاوارتر به فرزندان خود هستم، فرزندانش را از او بگیرد؛ امام علیه السلام فرمود: برده تا زمانی که آزاد نشده است، حق ندارد فرزندان خود را از مادرشان جدا کند، حتی اگر مادر ازدواج هم کرده باشد، مادر سزاوارتر به فرزندان خود است مادامی که پدر برده است، هرگاه پدر آزاد شد، سزاوارتر به فرزندان خود است از مادرشان.

روایت حفص بن غیاث: «عن رجل طلق امرأته و بینهما ولد، أیّهما أحقّ به؟ قال: المرأه ما لم تتزوّج»(۴) مردی با داشتن فرزند از همسر خود جدا شد، کدامیک سزاوارتر هستند به آن فرزند؟ فرمود: زن مادامی که ازدواج نکند.

مرسله منقری: «عن الرجل یطلق امرأته و بینهما ولد، أیّهما أحقّ بالولد؟ قال: المرأه أحقّ بالولد ما لم

تتزوج»(۵)، مردی زن خود را در حالی که از او فرزندی داشت، طلاق داد، کدامیک سزاوارتر به آن فرزند هستند؟ فرمود: زن سزاوارتر به نگهداری از کودک خود است مادامی که ازدواج نکند.

روایت عبد الله بن عمرو بن العاص: «إنّ امرأه قالت: یا رسول الله صلی الله علیه و آله، إنّ ابنی هذا، کان بطنی

ص: ۲۹۵

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴؛ نهایه المرام، ۱/۴۶۹؛ فقه الصادق، ۲۲/۳۰۵.

۲- ر.ک: المقنع، ص ۳۶۰؛ مختلف الشیعه، ۷/۳۰۶؛ المهذب البارع، ۳/۴۲۶.

۳- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۵؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۷، شماره ۳۶۱.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۳۵، شماره ۴۵۰۲.

۵- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۳؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۴.

لها وعاء و حجرى لها حواء و ثدى له سقاء و إنّ أباه طلقنى و زعم أنّه ينتزعه منى، فقال النبى صلى الله عليه و آله: أنت أحق به ما لم تنكحى»^(۱)، زنى به پیامبر گرامى اسلام فرمود: این فرزند من است، شکم برای او چون ظرف و خانه ام چون حریم و سینه ام آشامیدنى گاه او بود، پدرش مرا طلاق داده است و گمان کرده که می تواند او را از من جدا سازد؛ پیامبر فرمود: تو سزاوارتر به کودک خود هستى مادامی که ازدواج نکرده اى.

روایت ابو هريره: «الأم أحق بحضانه إبنها ما لم تتزوج»^(۲)، مادر سزاوارتر به نگهدارى فرزند خود است مادامی که ازدواج نکند.

از میان این روایات، تنها روایت داود رقى از نظر سندی معتبر است، زیرا روایت سلیمان بن داود منقرى به خاطر مردد بودن راوى آن بین حفص بن غياث و فرد ديگرى (سلیمان بن داود المنقرى عن حفص بن غياث أو غيره)، از نظر سندی اعتبار ندارد^(۳)؛ روایت مرسله سلیمان بن داود منقرى، نیز به واسطه ارسال ضعيف است؛ روایت عبد الله بن عمرو بن العاص گرچه در جوامع روايى شيعه تنها در عوالى اللئالى نقل شده و روایات این کتاب به واسطه مشيخه اى که ابن ابى جمهور احسايى در اول کتاب بیان کرده است از حد ارسال خارج شده، معتبر است ولى این روایت به خاطر عدم توثيق بلکه تفسیق عبد الله بن عمرو بن العاص حجت نیست؛ روایت ابو هريره نیز فاقد سند بوده، مستند آن تنها نقل عامه است که حجیت نخواهد داشت.

روایت داود را از نظر معنایی به دو بخش می توان تقسیم کرد:

سؤال: برده اى پس از اطلاع از ازدواج همسرش، در صدد گرفتن کودک خود از مادرش می شود.

پاسخ: امام عليه السلام در مقام پاسخ دو مطلب را یادآور می شوند: اول: مادر اولویت دارد به نگهدارى کودکش، حتى اگر ازدواج کند، در صورتی که پدر برده باشد؛ دوم: پدر اولویت دارد به اداره زندگى کودکش اگر از بردگى رهايى یابد

ص: ۲۹۶

۱- نیل الاوطار، ۷/۱۳۸؛ سنن ابى داود، ۱/۵۰۸، شماره ۲۲۷۶؛ مستدرک حاکم، ۲/۲۰۷؛ السنن الكبرى، ۵-۸/۴.

۲- مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۶۴، شماره ۱۷۸۶۹؛ عوالى اللئالى، ۳/۳۶۹-۳۷۰، شماره ۳۴۶.

۳- نهايه المرام، ۱/۴۷۰.

گرچه مانع بودن ازدواج مادر از حضانت کودک در سؤال راوی امری مسلّم دانسته شده است، ولی چون فهم اشخاص نمی تواند ملاکی برای حکم الهی باشد، ناگزیر باید تنها به پاسخ امام علیه السلام مراجعه کرد.

امام علیه السلام در پاسخ خود بحثی از مانعیت ازدواج مادر به میان نمی آورند، بلکه تنها به این مطلب اشاره می کند که بردگی پدر مانع از به عهده گرفتن حضانت کودک است؛ اما بعید نیست بگوییم از نظر امام علیه السلام نیز مانع بودن ازدواج مادر، مسلّم بوده است، زیرا جمله «و ان تزوجت حتی یعتق» به خوبی بر این مطلب دلالت می کند که ازدواج گرچه مانعی برای بدست گرفتن حضانت کودک توسط مادر است، ولی بردگی پدر نیز مانعی از سپردن کودک به اوست و چون مانعیت بردگی پدر قوی تر از مانعیت ازدواج مادر است، کودک همچنان نزد مادر خود باقی می ماند و با از بین رفتن مانع قوی تر یعنی بردگی پدر،

کودک به او سپرده می شود.

با این توضیحات به خوبی روشن می شود که بحث کردن از نسبت این حدیث با روایت ایوب بن نوح که برای مادر تا هفت سال حق حضانت مقرر کرده بود و بیان این مطلب که نسبت میان این دو روایت عموم من وجه است و می بایست به مرجحات رجوع شود و روایت ایوب بن نوح به واسطه شهرت مقدم است (۱)؛ کاملاً بی وجه است، زیرا روایت داود رقی در مقام مانعیت ازدواج مادر و بردگی پدر است و روایت ایوب بن نوح در مقام بیان حق مادر است، اگر مانعی وجود نداشته باشد.

بنابر این، برای روایت ایوب اطلاقی باقی نمی ماند تا بگوییم دلالت بر این دارد که مادر تا هفت سال اولویت دارد چه در خلال این مدت ازدواج بکند یا نکند؛ همچنان که این روایت از این جهت اطلاقی ندارد که مادر تا هفت سال اولویت دارد چه پدر برده باشد و چه برده نباشد.

ص: ۲۹۷

به نظر ما اگر مادر در خلال هفت سال نخست زندگی کودک خود، ازدواج کند، این ازدواج موجب از بین رفتن حق او در نگهداری از کودکش می شود.

۲- اتفاق فقها (اجماع): مرحوم شهید ثانی مدعی اتفاق فقهای شیعه بر مانع بودن ازدواج مادر از بر عهده گرفتن حضانت کودک خود است (۱).

نقد: به نظر نمی رسد که بتوان به این اجماع به عنوان دلیل مستقل استناد کرد، چرا که بعید نیست دلیل چنین ادعایی روایات وارد در مسأله باشد؛ بنابر این، این اجماع معلوم یا محتمل المدرك است.

۳- بازماندن از وظایف مادری: با برقراری رابطه زناشویی میان مادر و مردی دیگر، مادر موظف است تمام وقت خود را صرف شوهر و برآوردن حقوق او کند، طبیعی است در این صورت دیگر قادر نخواهد بود که به وظایف مادری خود در نگهداری از کودکش عمل کند (۲).

نقد: به نظر این دلیل نمی تواند مانعی از بر عهده گرفتن نگهداری کودک باشد، زیرا حقوق شوهر به گونه ای نیست که نگذارد زن هیچ کار دیگری را انجام دهد، به خصوص که اگر این کار مادر با اجازه و رضایت شوهر دوم او انجام شود (۳).

نا گفته نماند پاسخ از این دلیل به مقایسه آن با زمانی که مادر در گرو ازدواج با پدر کودک است (۴)، درست نیست؛ زیرا بحث از حضانت مادر آن گونه که پیش از این نیز توضیح دادیم، هنگامی مطرح می شود که زن از شوهر خود جدا شده یا شوهرش از دنیا رفته باشد؛ بنابر این، اگر زن و شوهر با یکدیگر زندگی می کنند، دیگر چیزی بر عهده مادر وجود ندارد تا مانع از حقوق زناشویی باشد، بلکه انجام امور کودک از جمله وظایف ناشی از حق زوجیت است.

ص: ۲۹۸

۱- شرح اللمعه، ۵/۴۶۳؛ همچنین ر.ک: نهایی المرام، ۱/۴۶۹؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۰.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴؛ كشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۰.

۴- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۰؛ فقه الصادق، ۲۲/۳۰۶.

موقعیت زمانی ازدواج مادر: به هر حال، در اینکه ازدواج مادر موجب سقوط حق حضانت و نگهداری از کودک می شود، تردیدی میان فقها وجود ندارد(۱)، ولی از آنجا

که این ازدواج می تواند در موقعیت های زمانی متفاوت و با افراد گوناگونی صورت پذیرد، نظرات گوناگونی در کتاب های فقهی از قرون نخستین تا کنون مطرح شده که توجه به آنها ضروری است.

احتمال اول، ازدواج در زمان حیات پدر کودک: شکی نیست که اگر مادر در زمانی که پدر کودک زنده است و هیچ مانعی هم برای پذیرش کودک خود ندارد، ازدواج کند، نگهداری از کودک به پدرش سپرده می شود و او بر مادر در انجام این کار، اولویت خواهد داشت(۲).

البته واضح است که برای ازدواج مادر، دو فرض تصور دارد:

۱- ازدواج دوباره با پدر کودک: اگر مادر دوباره با همسر سابق خود و پدر کودک ازدواج کند، دیگر بحث از حضانت کودک خود به خود منتفی است، چرا که تمام ادله حضانت ناظر به صورتی هستند که این دو از یکدیگر جدا شده باشند؛ بنابراین، تمسک به اطلاق ادله مانعیت ازدواج و ادعای اینکه حق حضانت مادر با ازدواج با همسر سابق خود، نیز ساقط می شود، زیرا به هر حال، ازدواج تحقق پذیرفته است(۳)؛ جدا بی اساس

است چرا که مانعیت ازدواج مادر به خاطر رعایت حق پدر کودک و نرفتن کودک به دامن زندگی مرد دیگری است، حال که مادر دوباره به کانون اصلی زندگی خود برگشته، دیگر چنین سخنی معنا نخواهد داشت، بلکه کودک زیر سایه پدر و مادر خود، رشد و نمو کرده، مسیر بالندگی را می پیماید.

توجه به این نکته نیز ضروری است که تعبیر به بقای حضانت مادر در صورت

ص: ۲۹۹

۱- الخلاف، ۵/۱۳۲؛ مسالك الأفهام، ۸/۴۲۴.

۲- شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ الوسيله، ص ۲۸۸؛ السرائر، ۲/۶۵۱؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ تبصره المتعلمین، ص ۱۸۷؛ اللعه الدمشقیه، ص ۱۷۶.

۳- مسالك الأفهام، ۸/۴۲۴ و ۴۲۶.

دوباره با شوهر سابق و پدر کودکش (۱)؛ روا نیست، زیرا پیش از این توضیح دادیم که بحث از حضانت کودک و تعیین اولویت برای یکی از پدر و مادر تنها در جایی درست است که این دو با طلاق از یکدیگر جدا شده باشند، اما در صورتی که هر دو در قانون خانواده در کنار هم زندگی می کنند، اصلاً چنین بحثی مطرح نیست.

۲- ازدواج با غیر از پدر کودک: به نظر می رسد، ازدواج مادر بر اساس ظاهر روایات، زمانی باعث از بین رفتن حق او در نگهداری کودک می شود که پدر کودک زنده بوده، مادر با مرد دیگری ازدواج کند (۲).

لازم به یادآوری است که برخی از فقهای سنی با بیان تفصیلی، مدعی اند که اگر مادر با عموی کودک، پسر برادر یا پسر عمه اش ازدواج کند، حق حضانت او از بین نرفته، همچنان نگهداری از کودک را بر عهده خواهد داشت (۳).

برای کسانی که معتقدند ازدواج مادر با مرد دیگری غیر از شوهر سابقش، مانع از نگهداری کودک خود است، این سؤال مطرح است که آیا انجام رابطه زناشویی (نزدیکی) در این کار تأثیری دارد یا نه؟

برخی بر این باورند که اطلاق روایات و سخنان فقها بر این مطلب دلالت دارد که ازدواج مادر، باعث از بین رفتن حق او می شود، چه مادر با شوهر دوم خود نزدیکی داشته باشد یا نداشته باشد (۴)؛ اما در مقابل، هستند کسانی که از بین رفتن حق مادر را مشروط به زمانی می کنند که مادر با شوهر دوم خود نزدیکی کرده باشد (۵)، چون تنها در

این فرض است که مادر مشغول به تأمین حقوق همسر دوم خود می شود که این مانع از تربیت و نگهداری از کودک است (۶).

به نظر ما، به مقتضای اطلاق روایت داود رقی، ازدواج مادر موجب از بین رفتن حق او

ص: ۳۰۰

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۶.

۲- نهاییه المرام، ۱/۴۶۹؛ شرح اللمعه، ۵/۴۶۳؛ فقه الصادق، ۲۲/۳۰۶.

۳- جواهر العقود، ۲/۱۸۹؛ فقه السنه، ۲/۳۴۴؛ نیل الاوطار، ۷/۱۳۹.

۴- نهاییه المرام، ۱/۴۷۰؛ الحدائق الناضره، ۱۹/۹۲.

۵- جواهر العقود، ۲/۱۹۰.

۶- نهاییه المرام، ۱/۴۷۰؛ الحدائق الناضره، ۱۹/۹۲.

می شود، چه با شوهر دوم خود نزدیکی داشته باشد و چه نداشته باشد^(۱)، زیرا نفس ازدواج کردن، تعهدی را برای زن و مرد به وجود می آورد نه نزدیکی جنسی؛ افزون بر اینکه اصلاً دلیل سقوط حق مادر با ازدواج، تضاد آن با حقوق شوهر دوم نیست، بلکه در نظر گرفتن مصلحت کودک است، زیرا زندگی کردن با پدر در شرایط متعارف، به مراتب بر زندگی کردن در کنار مردی دیگر ترجیح دارد.

ذیل ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی ناظر به همین احتمال بوده، اطلاق آن شامل دو فرض نزدیکی و عدم نزدیکی مادر با شوهر دوم خود می شود: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است ... به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود»^(۲).

احتمال دوم، ازدواج در زمان فوت پدر کودک: برخی از فقها، با بیان احتمال دومی، معتقدند که اعتبار شرط ازدواج تا زمانی است که پدر زنده باشد^(۳)، یعنی اگر پدر از دنیا رفته باشد، دیگر ازدواج مادر مانعی از انجام وظایف مادری نیست، پس اگر مادر پس از مرگ پدر کودک، ازدواج هم کرده باشد، کودک نزد او باقی می ماند.

به عبارت دیگر، ازدواج نکردن مادر تنها برای ترجیح مادر بر پدر با وجود سایر شرایط معتبر است^(۴).

نقد: آنچه برای ما در اثبات این احتمال مهم است، بررسی دلیلی است که مفاد آن چنین حکمی باشد.

پیش از این به تفصیل سخن گفتیم که اگر پدر کودک از دنیا رفته باشد، نگهداری و اداره زندگی کودک پس از هفت سال نخست زندگی کودک، بر عهده پدر بزرگ پدری اوست؛ بنا بر این، مانعیت ازدواج مادر تنها در فرضی مطرح است که حضانت کودک با اوست. در چنین فرضی نیز باید به سراغ دلیلی برویم که ازدواج را مانع می داند.

اگر این دلیل روایت داود رقی باشد، از آن چنین بر می آید که مادر با ازدواج کردن، صلاحیت خود را برای نگهداری از کودک از دست می دهد و معلوم است که با نبود

ص: ۳۰۱

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۰.

۲- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۱.

۳- کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۴- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۵.

صلاحیت، دیگر بحث از زنده بودن و زنده نبوده پدر، بی معنی است؛ پس باید کودک را به پدر یا کسی که جانشین اوست سپرد.

نظیر این مطلب در جایی جاری است که دلیل از بین رفتن حق مادر در حضانت از کودک خود، منافات آن با حقوق شوهر دومش باشد، چرا که اگر بپذیریم اشتغال به حقوق زناشویی مانع از انجام وظایف مادری است، هیچ تفاوتی میان زنده بودن و زنده نبودن پدر کودک وجود ندارد.

نتیجه

ازدواج مادر موجب از بین رفتن حق او در نگهداری از کودکش می شود، چه پدر کودک، زنده باشد یا نباشد، زیرا ازدواج کردن موجب از بین رفتن صلاحیت او در نگهداری از کودکش می شود؛ بنابراین، این ادعا که ازدواج مادر باعث از بین رفتن حق حضانت او نمی شود، اگر باقی شرایط در او جمع باشد (۱)، نادرست است.

و روشن است که در این مسأله اثری برای رضایت شوهر دوم در نگهداری کودک وجود ندارد (۲)، زیرا روایاتی که از ازدواج مادر به عنوان مانع یاد می کنند، اطلاق داشته، دو صورت رضایت و عدم رضایت شوهر دوم را دربرمی گیرد (۳)؛ افزون بر اینکه مانعیت ازدواج به واسطه رعایت حق کودک و حق پدر اوست.

تجدید پذیری حق مادر: اگر بر اساس روایت داود رقی، ازدواج مادر مانع از ادامه

زندگی کودک نزد او باشد، این بحث مطرح می شود که اگر مادر از شوهر دوم خود جدا شود، آیا می تواند دوباره نگهداری کودک خود را بر عهده بگیرد یا نه؟

نظریه اول، بازگشت: بر اساس این نظریه، اگر مادر از شوهر دوم خود جدا شود، حق

او در به عهده گرفتن حضانت کودکش، بر می گردد (۴).

ص: ۳۰۲

۱- التحفه السنیه، ص ۲۹۶.

۲- جواهر العقود، ۲/۱۸۹.

۳- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴.

۴- الخلاف، ۵/۱۳۳؛ اللمعه دمشقیه، ص ۱۷۶؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۸؛ ارشاد الاذهان، ۲/۴۰؛ جواهر العقود، ۲/۱۹۰.

از آنجا که بازگشت حق مادر تنها در جایی تصور دارد که مادر حق نگهداری از کودک خود را در صورت نبود این مانع، داشته باشد، اگر کسی بگوید مادر تا هفت سال نگهداری از کودک خود را چه پسر باشد و چه دختر بر عهده دارد، با جدا شدن از همسر دوم خود، این حق را تا آن زمان دوباره به دست می آورد؛ اما اگر کسی بگوید مادر نسبت

به پسر تا دو سال و نسبت به دختر تا هفت سال حق حضانت دارد، بحث از بازگشت دوباره حق مادر، تنها نسبت به فرزند دختر قابل طرح است. با ملاحظه همین جهت است که این حمزه مدعی است: حق مادر در نگهداری از فرزند دختر خود برمی گردد، اگر از همسر دوم خود جدا شده یا توبه کند(۱).

زمان بازگشت: با توجه به اینکه در فقه اسلامی جدایی زن از مرد به دو نوع رجعی و باین تقسیم می شود، برای فقهای ما این پرسش مطرح شده است که آیا در بازگشت حق مادر، تفاوتی میان این دو نوع طلاق وجود دارد یا نه؟

تفاوت میان طلاق رجعی و باین: در فقه اسلامی زن هنگامی که از شوهر خود به طلاق

رجعی جدا می شود، تا پایان زمان عده خود، از همه حقوقی که پیش از جدایی داشت برخوردار است به همین جهت شوهر او می تواند به نشانه بازگشت از نظر خود در جدایی، با او نزدیکی کند(۲).

به همین دلیل است که برخی از فقها معتقدند حق حضانت مادر، هنگامی به او برمی گردد که مادر به طلاق باین از شوهر دوم خود جدا شده باشد یا اگر طلاق او از نوع

رجعی است، عده اش پایان پذیرفته باشد(۳).

بنابر این، اگر مادر به طلاق رجعی از همسر دوم خود جدا شده باشد، از آنجا که هنوز رابطه زناشویی میان آنها کاملاً قطع نشده است، حق حضانت مادر به او بر نمی گردد(۴).

عدم تفاوت میان طلاق رجعی و باین: از کلمات برخی از فقها چنین بر می آید که ملاک در

ص: ۳۰۳

۱- الوسیله، ص ۲۸۸.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۴.

۳- الخلاف، ۵/۱۳۴؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۴- السرائر، ۲/۶۵۱.

بازگشت حق مادر، جدایی از شوهر دوم است چه طلاق رجعی باشد چه باین(۱)، زیرا در طلاق رجعی هم انجام وظایف زناشویی بر زن واجب نیست، پس می تواند با فراغ بال از کودک خود نگهداری کند(۲).

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب به چند دلیل استناد شده است:

۱- روایت عبد الله بن عمرو بن العاص*۶۳: رسول گرامی اسلام صلی الله علیه و آله در این روایت

با گفتن جمله «أنت أحق به ما لم تنكحی»(۳)، تو سزاوارتر به او هستی مادامی که ازدواج نکنی، حق مادر را در نگهداری کودک خود، معلق به ازدواج او کرده است؛ بنابراین، با از بین رفتن ازدواج، حق مادر در این خصوص باقی است، همچنان که قبل از ازدواج نیز باقی بود(۴). این مطلب بهتر قابل درک خواهد بود، اگر دقت شود که کلمه «ما» در آن جمله، ظرف زمان است، یعنی «در زمانی که در آن ازدواج نکرده ای»(۵).

نقد: این روایت صرف نظر از ضعف سندی، از نظر دلالتی نیز محل تأمل است، زیرا این روایت تنها بر این مطلب دلالت دارد که تا مادامی که مادر ازدواج نکرده است، در حضانت کودک خود بر سایر افراد اولویت دارد، ولی از کجای آن می توان به دست آورد که اگر مادر از شوهر دوم خود جدا شد، دوباره حقش به او بر می گردد.

۲- مفهوم مانعیت: از متون دینی چنین بر می آید که ازدواج مادر، مانعی است از ترتب حکم حضانت بر مادر و واضح است که مانع و عدم مانع دخالتی در ترتب احکام ندارند، بلکه در عدم ترتب حکم دخالت دارند، زیرا تأثیر مانع به این نحو است که وجودش، مؤثر در عدم ترتب حکم است نه اینکه عدمش مؤثر در وجود حکم باشد؛ بنابراین، احقیّت به مقتضای خود همچنان باقی بوده، دلالت بر اولویت مادر دارد(۶).

۳- از بین رفتن مانع: تردیدی نیست که قانون حضانت به منظور تأمین مصالح کودک

ص: ۳۰۴

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۲- الحدائق الناضرة، ۱۹/۹۳.

۳- نیل الاوطار، ۷/۱۳۸؛ سنن ابی داود، ۱/۵۰۸، شماره ۲۲۷۶.

۴- الخلاف، ۵/۱۳۴؛ السرائر، ۲/۶۵۱.

۵- مسالك الأفهام، ۸/۴۳۷.

۶- القواعد و الفوائد، ۲/۴۰؛ نضد القواعد الفقهیه، ص ۹۱.

وضع شده است. ازدواج مادر باعث سرگرم شدن او به انجام وظایف زناشویی و حقوق شوهر می شود که به مراتب از حق حضانت قوی تر است (۱)، حال اگر مادر از همسر خود جدا شود، آن مانع از بین رفته، می تواند نگهداری از کودک خود را دوباره بر عهده بگیرد (۲).

نظریه دوم، عدم بازگشت: در میان فقهای شیعه، هستند کسانی که بر این باورند، جدا شدن مادر از شوهر دوم خود، موجب بازگشت حق او در حضانت از کودکش نمی شود.

بررسی دلایل: پیروان این نظریه برای اثبات مدعای خود به چند مطلب تمسک کرده اند:

۱- مفهوم غایت: پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در روایت عبد الله بن عمرو، غایت استحقاق حضانت مادر را، ازدواج او قرار داده است و چون مادر ازدواج کرد، حق از او بیرون می رود و بازگشت آن حق، دلیل شرعی می خواهد (۳).

۲- موارد مشابه: در سایر مواردی که شخص دارای حقی است و این حق از بین می رود، دیگر بازگشت نخواهد کرد؛ به عنوان مثال، در عده طلاق رجعی، زن حق سُکنی دارد، ولی این حق با ارتکاب فحشا یا اذیت خانواده شوهر سابقش از بین می رود؛ حال اگر بر زن حد شرعی جاری شد یا از اذیت و آزار رساندن به دیگران دست کشید، حق سُکنای او باز نمی گردد (۴).

۳- جریان اصل عملی: مادر با ازدواج کردن، استحقاق خود را برای حضانت کودکش از دست می دهد، پس از جدایی از شوهر دوم خود، شک می کنیم در اینکه حق سابقش به او بر می گردد یا نه، استصحاب می کنیم عدم استحقاق او را (۵).

۴- فقدان دلیل: بازگشت حق مادر در حضانت از کودکش دلیل می خواهد، ولی چنین

دلیلی وجود ندارد (۶).

ص: ۳۰۵

۱- شرح اللمعه، ۵/۴۶۳.

۲- مختلف الشیعه، ۷/۳۱۰.

۳- السرائر، ۲/۶۵۱.

۴- السرائر، ۲/۶۵۱.

۵- شرح اللمعه، ۵/۴۶۳.

۶- السرائر، ۲/۶۵۱؛ شرح اللمعه، ۵/۴۶۳.

دیدگاه ما: به نظر ما، حضانت مادر با ازدواج کردن او ساقط می شود و چنانچه از شوهر خود طلاق هم بگیرد، این حق به او بر نمی گردد، چرا که بازگشت دوباره این حق نیاز به دلیل دارد(۱).

امانتداری

(۲)

از جمله شرایطی که برخی از فقها در حضانت مادر، معتبر دانسته اند، امین بودن اوست(۳). گفتگو پیرامون اعتبار این شرط در حضانت مادر، وابسته به بررسی چند مطلب است:

معنای امانت: منظور از امین بودن مادر در نگهداری از کودک خود، یکی از این دو

معنا می تواند باشد:

۱- آشکار نشدن نشانه های فسق(۴): طبیعی است، اگر معنای امین بودن مادر فاسق نبودن او باشد، با فاسق شدن، حق حضانت کودک خود را از دست خواهد داد(۵).

از بررسی متون فقهی چنین بر می آید که برخی از فقها به جای تفسیر سلبی امانت به عدم فسق، آن را به شکل ایجابی به اعتبار عدالت معنا کرده اند(۶).

عدالت در عرف فقها به معنای متفاوتی تعریف شده است، چون: کیفیتی است قائم به نفس آدمی که او را وادار به انجام واجبات و ترک محرمات می کند(۷)؛ کیفیتی است

نفسانی که شخص را وادار می سازد همیشه خویشتن بانی (تقوی) داشته باشد(۸)؛ دوری

ص: ۳۰۶

۱- شرح اللمعه، ۵/۴۶۳.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴.

۳- لازم به یادآوری است که مرحوم علامه حلی این شرط را در مورد پدر معتبر دانسته، در توضیح آن می نویسد: «کُلُّ أَبٍ خَرَجَ مِنَ الْحِضَانَةِ بِفَسْقٍ أَوْ كُفْرٍ أَوْ رِقٍّ، فَهُوَ كَالْمَيْتِ وَ يَكُونُ الْجَدُّ أَوْلَى»؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۴.

۴- التحفه السنیه، ص ۲۹۶ به نقل از مفاتیح.

۵- الوسیله، ص ۲۸۸.

۶- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: ریاض المسائل، ۲/۳۲۴؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۷؛ مرحوم طباطبایی و فاضل هندی این نظر را به گروهی از فقها چون ابن حمزه، شیخ طوسی، علامه حلی، شهید ثانی و محقق ثانی نسبت داده اند که با بررسیهای انجام شده، این انتساب درست نیست.

٧- اوضاح الفوائد، ١/١٤٩.

٨- مجمع الفوائد، ١٢/٣١١.

جُستن از گناهان کبیره و اصرار نداشتن بر انجام گناهان صغیره (۱)؛ عدم اخلاص به کارهای واجب و انجام ندادن کارهای زشت (۲)؛ ملکه انجام واجبات و ترک محرمات (۳)؛ مجرد ترک گناهان (۴).

همچنین در برخی از متون فقهی، انسان عادل چنین معرفی شده است: چیزی از اسباب فسق در او دیده نمی شود (۵)؛ معروف به دینداری و پرهیز از محارم الهی است (۶).

به هر حال، اگر عدالت را به گناه نکردن معنا کنیم، در این صورت، برابر با گناهکار (فاسق) نبودن است؛ ولی اگر عدالت را به کیفیت نفسانی و ملکه اخلاقی معنا کنیم - آن گونه که در کلمات فقهای متأخر آمده است (۷) - فاسق نبودن را نمی توان برابر با عادل بودن دانست، زیرا میان آنها حالت سومی نیز وجود دارد (۸)؛ در این صورت می توان چنین نتیجه گرفت که گرچه عدالت معتبر نیست ولی آشکار شدن فسق، مانع از نگهداری از کودک است (۹).

۲- عدم خیانت و کوتاهی در مسایل مربوط به زندگی کودک (۱۰): مرحوم عاملی

گرچه امین بودن مادر را به خیانت نکردن او معنا نمی کند، اما معتقد است انسانی که امانتدار نیست، ممکن است در حفظ کودک خود، خیانت بورزد (۱۱).

محدث بحرانی این بیان را نپسندیده، در نقد آن می نویسد: بدیهی است که طبیعت مادر بر این سرشته شده است که نسبت به فرزندش مهربان بوده، در برآوردن نیازهای او کوشا باشد، همیشه سود و زیان او را در نظر می گیرد؛ با این وجود، چگونه ممکن است که در مراقبت از کودک خود خیانت کند؟ (۱۲)

به نظر می رسد این فقیه والا مقام، در جامعه ای زندگی می کرده که بحث اذیت و آزار

ص: ۳۰۷

- ۱- الوسیله، ص ۲۳۰.
- ۲- السرائر، ۱/۲۸۰.
- ۳- العروه الوثقی، ۱/۱۰.
- ۴- انصاری، کتاب الطهاره، ص ۴۰۲.
- ۵- المبسوط، ۸/۲۱۷.
- ۶- المقنعه، ص ۷۲۵.
- ۷- مستند الشیعه، ۱۸/۷۴.
- ۸- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴.
- ۹- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴.
- ۱۰- التحفه السنیه، ص ۲۹۶ به نقل از مفاتیح.

١١- نهايه المرام، ١/٤٦٩.

١٢- الحدائق الناضره، ٢٥/٩٣.

کودکان توسط والدین آنها، تجارت جهانی کودکان شیرخوار و خردسال، کودکان خیابانی، کودکان کار، سوء استفاده از کودکان در جرایم سازمان یافته چون حمل مواد مخدر، فروش اعضای بدن و مانند این ها مطرح نبوده است.

در عصر حاضر کم نیستند پدران و مادرانی که به واسطه فقر یا فساد اخلاقی، کودکان خود را به بهایی اندک می فروشند یا بدین منظور تولید مثل می کنند، کودکان خود را واسطه حمل مواد مخدر قرار داده، با به خطر انداختن جانشان، آنها را وادار به بلعیدن

مقدار زیادی از آن مواد می کنند.

مسئله کودکان در زمان ما چنان جدی است که سازمان ملل متحد با تأسیس صندوق حمایت از کودکان و کشورها با وضع قوانین حمایتی، در صدد حل آن بر آمده اند.

به هر حال، از مقایسه میان این دو معنا به خوبی به دست می آید که معنای دوم با فسق قابل جمع است (۱)، چرا که ممکن است شخصی به اصول و دستورات اخلاقی دین پایبند نباشد ولی در نگهداری کودکش کمترین کوتاهی نیز از خود نشان ندهد.

دلیل اعتبار امانت: برای اثبات اعتبار امانت در جواز نگهداری کودک، به چند مطلب

استناد شده است:

۱- تنافی با ولایت: حضانت کودک، ولایت بر اوست و فاسق، ولایت ندارد (۲).

۲- عدم اطمینان از خیانت: با سپردن کودک به شخص غیر امین، اطمینان از خیانت

نکردن او در امور کودک وجود ندارد (۳).

۳- ایجاد زمینه بدآموزی: از آنجا که کودک چون زمین خالی است که از اطرافیان

خود تأثیر می پذیرد، زندگی با چنین شخصی، مناسب ترین بستر را برای بدآموزی به وجود می آورد (۴) و به قول محقق طوسی چه بسا زمینه انحراف او را از دینش فراهم می سازد (۵).

ص: ۳۰۸

۱- التحفه السنیه، ص ۲۹۶.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴.

۳- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴؛ نهایی المرام، ۱/۴۶۹.

٤- مسالك الأفهام، ٨/٢٢٤.

٥- المبسوط، ٦/٤٠.

با توجه به اینکه تأثیر پذیری اخلاقی کودک زمانی تصور دارد که کودک ظرفیت پذیرش را داشته باشد، فاضل هندی این مطلب را مشروط به جایی می کند که کودک ممیز بوده، قدرت تشخیص درست از نادرست را داشته باشد(۱).

۴- پیدایش عُسر و حرج: تکلیف به سپردن کودک به مادر یا هر فرد دیگری که امین نیست، موجب پیدایش عُسر و حرج است(۲).

دیدگاه ما: به نظر ما احراز صلاحیت اخلاقی پدر یا مادر از جمله اساسی ترین شرایط نگهداری کودک و سپردن او به ایشان است.

ما برای شرط دانستن امانتداری مادر یا پدر، نیازی به دلیل خاص نداریم و تمسک به اطلاق ادله حضانت برای نفی آن نیز بی معناست، زیرا اصل تشریح حضانت به منظور حمایت از زندگی و سلامت جسمی - روحی کودکانی است که پدر و مادر آنها به واسطه پدیده شوم طلاق از یکدیگر جدا شده اند؛ حال چگونه ممکن است کودک را به پدر یا مادری سپرد که بودن او با آنها موجب آسیب های جدی جسمی یا اخلاقی وی می شود؟

آیا عقل روا می دارد که نگهداری از کودک را به پدر یا مادری سپرد که با رها کردن او

در خیابان ها و طعمه قرار دادنش در کارهایی چون تکدی، نان خشکی، واکسی، سنجی، تمیز کردن شیشه ماشین ...، وی را ابزاری برای کسب درآمد می کنند؟ و آیا می توان ادعا

کرد که شارع مقدس به چنین واگذاری راضی است؟

در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی در توضیح این مطلب چنین آمده است: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می تواند ... هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.

موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هریک از والدین است:

۱- اعتیاد زیان آور به الکل، مواد مخدر و قمار ۲- اشتها به فساد اخلاق و فحشاء ۳- ابتلا

ص: ۳۰۹

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

۲- نهاییه المرام، ۱/۴۶۹.

به بیماری های روانی با تشخیص پزشکی قانونی ۴- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشاء، تکدی گری و قاچاق ۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف»(۱).

مرحوم نجفی ضمن توجه به همین مطلب می نویسد: «اگر ظاهر شود امین بودن مادر نسبت به فرزندش، ممکن است ادعا شود که حضانت او ساقط شده، اطلاق روایات حضانت شامل آن نمی شوند»(۲).

افزون بر این، اگر حضانت کودک و سپردن او به یکی از پدر یا مادرش را نوعی امانت بدانیم، عموماً می توان گفت که امین بودن فرد را در باب امانت معتبر می دانند، دلیلی خواهند بود بر اعتبار این شرط در مسأله حضانت.

فرزند علامه بزرگوار حلی در این باره می نویسد: «حضانت از آن جهت که امانت است، زینده شخص فاسق نیست»(۳).

البته واضح است که برای سپردن کودک به یکی از پدر یا مادر، نیازی به احراز عدالت آنها به خصوص اگر معنای آن را ملکه نفسانی ترک گناه بدانیم، نیست(۴)؛ چرا که اصل

اعتبار چنین شرطی در هیچ یک از ابواب فقهی مستند به دلیل نیست.

بهترین شاهد بر صحت این ادعا، روایاتی است که در مقام تعریف عدالت یا بیان روش شناسایی انسان عادل، مواردی را از این دست، بر می شمرد:

ستم نکردن، به وعده خویش پایبند بودن(۵)، توبه کردن از گناه پس از اجرای حد الهی، به غیر حق گواهی ندادن یا متهم به این کار نبودن(۶)، به عفت و پاکدامنی معروف بودن،

ص: ۳۱۰

۱- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۲.

۲- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۹.

۳- ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۵؛ همچنین، ر.ک: کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

۴- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

۵- الکافی، ۲/۲۳۹، شماره ۲۸: «من عامل الناس فلم یظلمهم و حدّتهم فلم یكذبهم و وعدهم فلم یخلفهم کان مّمن حرمت غیبه و کملت مروثه و ظهر عدله و وجبت أخوته».

۶- الکافی، ۷/۳-۴۱۲، شماره ۱: «... واعلم ان المسلمین عدول بعضهم علی بعض إلاّ مجلودا فی حد لم یتب منه أو معروف بشهاده زور أو ظنین ...».

دست و زبان و شکم خود را نگاه داشتن، به پرهیز از گناهان بزرگی که خداوند وعده جهنم داده است، معروف بودن؛ بر انجام نمازهای پنجگانه در وقت خود مواظب بودن، بدون دلیل نماز جماعت را ترک نکردن، عیوب خود را از مردم پوشاندن(۱)، معروف به خیر بودن(۲)، توبه کردن(۳).

با توجه به آنچه گذشت به خوبی روشن می شود که دلیلی برای این تفصیل که اگر کودک دارای مال باشد، عدالت معتبر است، زیرا خیانت در اموال امری است رایج، اما در غیر این صورت، عدالت معتبر نیست(۴)؛ وجود ندارد، زیرا آنچه ضروری است قابل اعتماد بودن شخص است چه در بحث اموال و چه در غیر آن.

به هر حال، در متون فقهی دلایل متعددی صرف نظر از صحت آن، به این شرح، برای اثبات عدم اعتبار عدالت در مسأله حضانت بیان شده است:

۱- حضانت حق است نه ولایت تا نیاز به عدالت باشد(۵)؛

۲- علت سپردن حضانت کودک به مادر، محبتی است که از پیوند خویشاوندی به وجود می آید(۶) و به عبارت دیگر، منشأ حضانت، مهربانی است که لازمه طبیعت هر حیوانی است(۷)؛

۳- اطلاق و عموم روایاتی که موضوع آنها حضانت است، نافی اشتراط عدالت

ص: ۳۱۱

۱- تهذیب الاحکام، ۶/۲۴۱، شماره ۵۹۶: «بما تعرف عداله الرجل بین المسلمین حتی تقبل شهادته لهم و علیهم؟ قال: فقال: ان تعرفوه بالستر و العفاف و الکف عن البطن و الفرج و الید و اللسان و يعرف یاجتنا الکبائر الی أوعد الله علیها النار ... والدال علی ذلک کله و الساتر لجمیع عیوبه حتی یحرم علی المسلمین تفتیش ما وراء ذلک من عثراته و غیبته و یجب علیهم تولیته و اظهار عدالته فی الناس، التعاهد للصلوات الخمس إذا واطب علیهن و حافظ مواقیتهن باحضار جماعه المسلمین و أن لا یتخلف عن جماعتهم فی مصلاهم إلا من علّه...».

۲- من لا- یحضره الفقیه، ۳/۷۰، شماره ۳۳۵۵: «عن الذمی و العبد یشهدان علی شهاده ثم یسلم الذمی و یعتق العبد، أتجوز شهادتهما علی ما کانا أشهدا علیه؟ قال: نعم، إذا علم منهما بعد ذلک خیر، جازت شهادتهما».

۳- وسائل الشیعه، ۱۸/۲۸۲، شماره ۳-۶.

۴- ریاض المسائل، ۲/۳۲۴.

۵- ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۵؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۹.

۶- ایضاح الفوائد، ۳/۲۶۵.

۷- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۹.

است (۱)؛

۴- روایاتی که موضوع آنها حضانت است، ناظر به غالب افراد بوده و بیشتر افراد فاقد عدالت به این معنا هستند و به عبارت دیگر، فرد عادل به ندرت یافت می شود، پس نمی تواند موضوع حکم باشد (۲).

لازم به یادآوری است، مرحوم نجفی در توضیح این مطلب سخنی دارد که عجیب و جدا قابل تأمل است، وی در این باره می نویسد: «تحقق عدالت در زنان امری است نادر ... به ویژه اینکه در زنان، فسق غلبه دارد» (۳).

حاصل آنکه نگهداری از کودک توسط یکی از پدر یا مادر، مشروط به وجود صلاحیت های فردی و اجتماعی لازم برای انجام این مسئولیت است و تنها داشتن پیوندهای عاطفی و خویشاوندی - آن گونه که محدث بحرانی مدعی آن است (۴) - برای چنین کاری کافی نیست.

اقامت مادر

(۵)

از جمله شرایطی که برخی از فقهای سنی برای حضانت مادر در نظر گرفته اند، اقامت او در محل سکونت خود است. این شرط به دو صورت بیان شده است:

نظریه شافعی: اگر به جایی نقل مکان کند که از نظر دینی بر او عنوان مسافر صادق

باشد (نماز خود را به قصر بخواند)، حق حضانت او از بین می رود (۶)

نظریه ابو حنیفه: اگر مادر فرزند را از روستا به شهر ببرد، همچنان در نگهداری کودک خود اولویت دارد، ولی اگر کودک را از شهر به روستا ببرد، مادر حق خود را از دست داده، پدر برای حضانت کودک اولویت پیدا می کند (۷).

ص: ۳۱۲

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

۲- ریاض المسائل، ۲/۳۲۴.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۹.

۴- الحدائق الناضرة، ۱۹/۹۳.

۵- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۵.

۶- المجموع فی شرح المذهب، ۱۸/۳۴۱؛ کفایه الاخیار، ۲/۹۵؛ مغنی المحتاج، ۳/۴۵۹.

۷- بدائع الصنایع، ۴/۴۵؛ ابن قدامه، المغنی، ۹/۳۰۷؛ المیزان الکبری، ۲/۱۴۰.

شیخ طوسی در کتاب مبسوط ضمن نقل این دو احتمال، بدون آنکه آن را به کسی نسبت دهد، احتمال دوم را به این دلیل که در روستا میزان آموزش کودک کاهش می یابد، قوی می داند(۱)؛ اما در کتاب خلاف آنها را به شافعی و ابوحنیفه نسبت داده، آن را مخالف با عموم روایات می داند که تخصیص آنها احتیاج به دلیل دارد(۲).

دیدگاه ما: به نظر ما، گرچه همان گونه که محقق طوسی و برخی دیگر از فقها بدان تصریح کرده اند، اطلاق روایات حضانت، شامل دو فرض اقامت و تغییر مکان مادر می شود که دست برداشتن از آن نیازمند به دلیل است(۳)؛ ولی باید به یک نکته توجه داشت که کودک کالایی نیست که در دست پدر یا مادر قرار می گیرد و آنها نسبت به او حقی پیدا می کنند، بلکه کودک امانتی است در دست آنها تا با مراقبت از او در زمانی که

قادر به اداره زندگی خود نیست، زمینه رشد و بالندگی او را فراهم کنند، پس باید در مدت زمانی که کودک زیر نظر مادر یا پدر خود زندگی می کند، مصلحت او در نظر گرفته شود.

بنابر این، اگر تغییر محل اقامت کودک، تأثیری منفی بر روند زندگی، سلامت جسمی - روحی، آموزش و ادب او نداشته باشد، بی شک به مقتضای اطلاق ادله، کودک نزد مادر خود گذران زندگی می کند ولی اگر این تغییر مکان باعث آسیب دیدن او در یکی از ابعاد جسمی، روحی - عاطفی، دینی و تحصیلی شود، این کار جایز نخواهد بود و تمسک به اطلاق روایات هم برای اثبات جواز آن ممکن نیست، زیرا قدر متیقن از حضانت مادر یا پدر جایی است که سلامت کودک از هر جهت تأمین می شود.

در پایان بی مناسبت نمی دانم پرسش و پاسخی را که محقق کرکی در این بحث مطرح کرده است، یادآور شوم.

وی می نویسد: «مسأله: اگر زن بدون رضایت شوهرش از خانه بیرون رود در حالی که حضانت کودک خود را بر عهده دارد، آیا شوهر می تواند مانع بیرون بردن بچه از خانه

ص: ۳۱۳

۱- المبسوط، ۶/۴۰؛ همچنین ر.ک: مسالک الأفهام، ۸/۴۲۵؛ نهایه المرام، ۱/۴۶۹.

۲- الخلاف، ۵/۱۳۲، مسأله ۳۷.

۳- نهایه المرام، ۱/۴۶۹؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۹.

توسط او شود و تنها بچه را در خانه به مادر بسپارد یا اینکه مادر می تواند بچه را با خود به بیرون از خانه نیز ببرد و حضانتش هم باقی باشد؟

پاسخ: با این کار حضانت مادر از بین نمی رود، زیرا حضانت حقی است برای مادر به اصل شرع و به کسی که ظلم می کند، نمی شود ظلم کرد»(۱).

از مطالب گذشته به خوبی روشن می شود که اصل سؤال نادرست است، زیرا بحث از حضانت مادر تنها در جایی تصور دارد که از شوهر خود جدا شده باشد و با تحقق جدایی دیگر جایی برای طرح مسأله اجازه شوهر برای خروج از خانه باقی نمی ماند.

عدم تغییر محل سکونت پدر

از جمله شرایطی که برخی از فقها برای حضانت مادر بیان کرده اند این است که پدر سفر نکند، زیرا اگر پدر به سفر برود، می تواند فرزند خود را به همراه ببرد که در این

صورت حضانت مادر ساقط می شود(۲).

اینکه پدر می تواند به خاطر رفتن به سفر، کودک را از مادرش بگیرد، آن چنان که مالک، شافعی و احمد احتمال داده اند، مشروط به این شرط است که منظور پدر از این سفر، انتقال محل سکونت و تغییر جای زندگی خود باشد(۳).

در مقابل، احتمال دیگری نیز از سوی برخی از فقها مطرح شده است به این ترتیب که اگر پدر نقل مکان کند، مادر نسبت به نگهداری از کودک خود، اولویت دارد؛ اما اگر مادر نقل مکان کند و این نقل مکان از روستا به شهر باشد، مادر همچنان اولویت خود را

برای حضانت کودک خواهد داشت، ولی اگر انتقال مادر از شهر به روستا باشد، در این صورت پدر برای حضانت کودک خود اولویت خواهد داشت، زیرا در روستا زمینه آموزش کودک از بین خواهد رفت(۴).

ص: ۳۱۴

۱- کرکی، الرسائل، ۲/۲۹۱.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۵؛ القواعد و الفوائد، ۱/۳۹۶؛ نهایه المرام، ۱/۴۶۹؛ همچنین ر.ک: شیرازی، المهذب، ۲/۱۷۲؛ غزالی، الوجیز، ۲/۷۱.

۳- جواهر العقود، ۲/۱۹۰.

۴- المبسوط، ۶/۴۰؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

دیدگاه ما: این نظرات بر گرفته از کلام فقهای عامه بوده (۱)، هیچ مستند فقهی از آیات و روایات ندارد (۲)؛ بنابراین، باید دید مصلحت کودک در چه چیز است، اگر همراهی پدر یا مادر به سود اوست با آنها تغییر مکان می دهد و اگر ماندن در محل سکونت فعلی به مصلحت اوست، در همان جا می ماند (۳).

با توجه به این مطالب، تفاوت گذاشتن میان موقعیت سنی کودک و این ادعا که اگر کودک پیش از سن آموزش و تحصیل باشد، انتقال جایز است ولی در زمان تحصیل این کار جایز نیست (۴)؛ هیچ مبنای فقهی ندارد.

سلامت از بیماری های مزمن و مسری

پیش از این توضیح دادیم برای فقیهانی که جنونِ مادر را مانعی از نگهداری کودک می دانند، پرسشی جدید به وجود آمده مبنی بر اینکه آیا بیماری های مزمن یا مسری (۵) که امید بهبودی در آنها وجود ندارد، از نظر حکم، چون جنون هستند یا نه؟

شهید ثانی در این باره می نویسد: در الحاق مرض های مزمنی چون سل و فلج که امید از بین رفتن آنها نمی رود و درد ناشی از آن، مادر را از کفالت و تدبیر امور کودک باز

می دارد، دو احتمال وجود دارد، اول: بیماری های مزمن و مسری چون جنون، مانع از دخالت مستقیم مادر در نگهداری از کودک خود است؛ دوم: بیماریهای مزمن، چون جنون نبوده، با استناد به اصل عملی می توان به این نتیجه رسید که ولایتِ مادر از بین

ص: ۳۱۵

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: بدایع الصنائع، ۴/۴۵؛ ابن قدامه، المغنی، ۹/۳۰۷؛ المجموع فی شرح المذهب، ۱۸/۳۴۲؛ رحمه الامه، ۲/۹۷؛ المیزان الکبری، ۲/۱۴۰.

۲- الحدائق الناضره، ۱۹/۹۴.

۳- فقه السنه، ۲/۳۵۲.

۴- کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

۵- در متون فقهی با توجه به دانش عصر خود، از این بیماری ها نام برده شده است: جذام، برص، جرب، جمره و طاعون؛ برای اطلاع بیشتر ر.ک: التحفه السنیه، ص ۲۹۶؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۲۵؛ نهاییه المرام، ۱/۴۶۹. گری جرب: بیماری است پوستی و مسری که به وسیله کنه ای از رده عنکبوتیان به نام «سارکویت»، در پوست انسان، سگ و برخی دام های زنده به وجود می آید؛ پیسی (برص): لکه های سفید روی پوست؛ طاعون (وبا): باسیل یرسن، عفونی؛ جمره: سیاه زخم.

نمی رود به خصوص اگر بتوان برای انجام وظایف مادر، از فرد دیگری نیز کمک گرفت (۱).

به هر حال، در متون فقهی برای اثبات مشابهت این بیماری ها با جنون و به عبارت دیگر، سقوط حضانت مادر و عدم مشابهت آنها با جنون یا عدم سقوط حضانت مادر، به دلایلی استناد شده که می توان آنها را به دو بخش تقسیم کرد:

نظریه اول، سقوط حضانت مادر: گروهی از فقها بر این باورند بیماری های مسری چون جنون بوده، با مبتلا شدن مادر به آنها، حق او در نگهداری از کودکش از بین می رود.

بررسی دلایل: پیروان این نظریه برای اثبات آن به مطالب زیر استناد کرده اند:

۱- آسیب دیدگی کودک: زندگی کودک با مادر بیمار خود، باعث آسیب دیدگی او

می شود (۲).

۲- حدیث نبوی صلی الله علیه و آله ۶۴*: «لا یورد مُمْرِضٌ عَلٰی مَصْحٍ» (۳)، بیمار بر سالم وارد نمی شود.

پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله با بیان این جمله، در مقام بیان این مطلب است که اگر کسی شتر مریضی دارد و می خواهد به او از جوی آب دهد، می باید شتر خود را بالاتر از شترهای سالم قرار ندهد، زیرا نیم خوره حیوان مریض به شترهای سالم منقل شده، باعث بیمار شدن آنها می شود (۴).

لازم به یادآوری است، این معنا را به عبارت دیگری نیز به پیامبر گرامی اسلام نسبت داده اند، «لا یوردن ذو عاهه علی مَصْحٍ» (۵)، بیمار را بر سالم وارد نسازید.

۳- حدیث نبوی صلی الله علیه و آله ۶۵*: «فَرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ فَرَارِكٌ مِنَ الْأَسَدِ» (۶)، از جذامی بگریز همچنان که از شیر می گریزی.

ص: ۳۱۶

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۳.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۵؛ نهایه المرام، ۱/۴۶۹.

۳- القواعد و الفوائد، ۱/۳۹۷؛ برای اطلاع بیشتر ر.ک: مسند احمد، ۲/۴۰۶؛ صحیح بخاری، ۷/۳۱؛ صحیح مسلم، ۷/۳۱؛ سنن ابی داود، ۲/۲۳۱، شماره ۳۹۱۱؛ السنن الکبری، ۷/۱۳۵؛ عوالی اللثالی، ۱/۴۴۷، شماره ۱۷۵.

۴- دراسات فی علم الدراییه، ص ۴۸.

۵- الرواشح السماویه، ص ۱۶۵.

۶- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۵۷، شماره ۴۹۱۴ و ۴/۳۵۷؛ صدوق، الخصال، ص ۵۲۰؛ صدوق، الامالی، ص ۳۷۸.

نظریه دوم، عدم سقوط حضانت مادر: در مقابل، برخی از فقها با برابر ندانستن جنون و مرض های مسری، معتقدند ابتلای مادر به آنها باعث زوال حق حضانت او نمی شود.

بررسی دلایل: برای اثبات عدم سقوط حق نگهداری مادر به این دلایل استناد شده است:

۱- روایت نضر بن قرواش الجمال ۶۶*»: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجمال يكون بها الجرب أعزلها من إبلى مخافه أن يُعديها جربها و الدابه ربما صفرت لها حتى تشرب الماء؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن أعرابيا أتى رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: يا رسول الله، إنني أصيب الشاه و البقره و الناقه بالثمن اليسير و بها جرب، فأكره شتراءها، مخافه أن يُعدي ذلك الجرب إبلى و غنمي؛ فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله: يا أعرابي، فمن أعدى الأول، ثم قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا- عدوى، و لا- طيره، و لا- هامه، و لا شؤم، و لا صفر، و لا رضاع بعد فصال، و لا تعزب بعد هجره، و لا صيمت يوما إلى الليل، و لا طلاق قبل نكاح، و لا عتق قبل ملك، و لا يتم بعد ادراك» (۱)، از امام صادق عليه السلام درباره شتری پرسیدم که مبتلا به بیماری پوستی جرب شده است، او را از سایر شترها جدا کردم تا به آنها سرایت نکنند و گاه برای چهارپایان خود سوت (نی) می زنم تا اینکه آب بیاشامند؟ حضرت فرمود: عربی نزد پیامبر آمد و گفت: ای رسول خدا، به من خرید گوسفند، گاو و شتری با قیمت ارزان پیشنهاد می شود که مبتلا به بیماری جرب هستند، مایل نیستم آنها را بخرم از بیم اینکه بیماری آنها به شتران و گوسفندان خودم سرایت کند؛ پیامبر فرمود: ای عرب چه کسی برای بار اول سرایت داد؟ سپس فرمود، سرایت، فال بد، نامیمون بودن جغد، شوم بودن اشیاء یا اشخاص، مرگ به واسطه موجودات ریز شکم، محرمیت با شیر دادن پس از گرفتن از شیر، بازگشت به آداب جاهلی (بازگشت به صحرا بعد از هجرت به شهر)، روزه سکوت یک روز تا شب طلاق پیش از ازدواج، آزادی برده پیش از مالکیت و یتیمی پس از رسیدن به بلوغ وجود ندارد.

مرحوم جزایری و محدث بحرانی از جمله کسانی هستند که با استناد به حجرات «فمن أعدى الأول» و «لا عدوى» از روایت قراوش، مدعی هستند که ولایت مادر با بروز

ص: ۳۱۷

بیماری های مسری ساقط نمی شود(۱).

نقد، اولاً: به نظر ما، این روایت نمی تواند دلیلی باشد بر عدم سرایت بیماری تا لازمه آن عدم سقوط حق حضانت مادر به رغم بیمار بودنش، باشد.

همان گونه که می دانیم از جمله تفکراتی که همیشه فکر بشر را به خود مشغول ساخته، مسأله حادث و قدیم بودن جهان است.

در عصر پیامبر اسلام نیز این مسأله مطرح بوده، برخی بر این باور بودند که جهان قدیم است و برای حوادث، اول و آغازی وجود ندارد، زیرا هر کودک و وابسته به پدری است و هر زراعتی مسبوق به بذری.

پیامبر گرامی در مقام ردّ چنین تفکری با بیان جمله «لا عدوی» می فرماید: اگر قرار باشد هر چیزی از چیز دیگری ناشی شده باشد، این سؤال پیدا می شود که چه کسی برای بار نخست این چیز را ایجاد کرد؟ و به اصطلاح کلامی چنین تصویری که هر چیزی از چیز دیگری ناشی می شود، مستلزم تسلسل بوده که امری محال است(۲).

بنابر این، امام علیه السلام در پاسخ اعرابی به این نکته توجه می دهد که تصوّر سرایت، نمی تواند در مورد همه اشیا به شکل نامحدود صادق باشد؛ شاهد بر این مدّعا، آوردن مطالب دیگری چون «هامه»، «طیره»، «شؤم»، «تعرب بعد از جاهلیت» و «رضاع بعد از فصال» در این حدیث است.

پس این حدیث ناظر به ابطال خرافات و اعتقادات نادرست جاهلی است و نه مسری بودن و مسری نبودن بیماری ها؛ افزون بر اینکه برای اثبات مسری بودن بیماری ها و عدم

آن، نیازی به استناد به روایت نداریم، چرا که عقل و علم برای اثبات یا نفی آن کافی است.

همچنان که می توان گفت مقصود پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله انکار سرایت به طور کلی نیست، بلکه انکار این اعتقاد است که امور طبیعی مستقل در تأثیر هستند، یعنی سرایت

ص: ۳۱۸

۱- ر.ک: التحفه السنیه، ص ۲۹۶؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۹۱.

۲- شرح اصول الکافی، ۱۲/۲۵۹.

علت تامه برای ایجاد بیماری نیست.

با این توضیح، ادعای وجود تعارض میان این روایت و دو حدیث فرار از مجذوم و عدم ورود بیمار بر سالم^(۱)؛ ادعایی نادرست است و نیازی به توجیحات ذکر شده در مقام جمع میان آنها نداریم^(۲).

ثانیا: نهایت چیزی که این حدیث می تواند بر آن دلالت داشته باشد، عدم سرایت بیماری جرب است؛ اما از آن نمی توان به دست آورد که هیچ بیماری مسری نیست.

۲- اصل عملی: اگر در از بین رفتن حق نگهداری مادر به واسطه مبتلا شدن به بیماری مسری یا مزمن تردید داشته باشیم، اصل بر عدم سقوط ولایت اوست^(۳).

نقد، اولاً: هنگامی می توان به اصل بقاء ولایت مادر (استصحاب)، استناد کرد که برای آن حالت سابقه ای وجود داشته باشد؛ بنابراین، جریان این اصل هنگامی صحیح خواهد بود که این بیماری ها در زمانی که مادر عهده دار حضانت از کودک است به وجود آیند، تا

ولایت به وجود آمده را بعد از تحقق آنها نیز جاری بدانیم^(۴).

ثانیا: استصحاب حضانت مادر، از نوع استصحاب جاری در شک در مقتضی است و به نظر ما استصحاب به عنوان اصلی عقلایی، تنها در شک در رافع که بنای عقلا بر اعتماد به حالت سابق است، جاری می باشد.

ثالثا: حق نگهداری مادر به معنای ولایت و سرپرستی او نسبت به کودک خود نیست.

ص: ۳۱۹

۱- التحفه السنیه، ص ۲۹۶.

۲- لازم به یادآوری است، برخی از فقها که میان این روایت و دو روایت دوری کردن از جذامی و عدم ورود بیمار بر سالم، تعارض می دیدند، در مقام جمع میان آنها توجیهاتی از این قبیل بیان کرده اند: ۱- این بیماری ها به خودی خود مسری نیستند ولی خدای متعال نزدیکی با آنها را برای شخص سالم عامل بیماری او قرار داده است ۲- همچنان که خدای تعالی این بیماری را بار اول ایجاد کرد در بار دوم نیز ایجاد می کند ولی دوری جستن از فرد جذامی به این خاطر است که همنشینی با او به تقدیر الهی و نه به سرایت باعث ایجاد این بیماری نشود ۳- بیماری قابل سرایت نیست جز در مورد جذام و نظایر آن ۴- نسبت میان این دو دسته روایات، نسبت میان ناسخ و منسوخ است؛ برای اطلاع بیشتر، ر.ک: شرح مسلم، ۱/۳۵؛ دراسات فی علم الدرایه، ص ۴۹؛ نهایه الدرایه، ص ۹-۱۶۸؛ القواعد و الفوائد، ۱/۳۹۷.

۳- نهایه المرام، ۱/۴۶۸؛ کفایه الاحکام، ص ۱۹۴؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۹۱.

۴- ر.ک: ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۳- عدم اعتبار مباشرت: از آنجا که در حضانت کودک، مباشرت مادر لازم نیست، پس می شود شخص دیگری به نیابت از او وظیفه نگهداری کودک را بر عهده بگیرد و بدین ترتیب سلامت او نیز به خطر نمی افتد(۱).

۴- اطلاق روایات: در هیچ یک از روایات اشاره ای به مانع بودن این بیماری ها از برعهده گرفتن حضانت کودک نشده است(۲)، پس می توان به اطلاق آنها تمسک کرده، عدم اعتبار آن را اثبات نمود(۳).

نقد: اطلاق روایات وارد در مسأله حضانت، نمی تواند فرضی را که مادر مبتلا به بیماری های مزمن یا مسری است، شامل شود(۴)؛ زیرا تمسک به اطلاق دلیل، هنگامی صحیح است که متکلم از آن جهت در مقام بیان باشد تا عدم ذکر قیدی، دلیل بر عدم اعتبار آن باشد، حال باید دید آیا قانونگذار در مقام بیان اولویت مادر در حضانت کودک

خود است حتی اگر مبتلا به بیماری مسری باشد که حضور کودک نزد وی باعث به خطر افتادن جان او شود، یا قانونگذار در مقام بیان اولویت مادر است هنگامی که بتواند به

وظایف خود عمل کند و از سلامت کودک خود پاسبانی کند؟

اگر در هریک از این دو احتمال تردید داشته باشیم، دیگر روایات وارد در مسأله حضانت از این جهت مجمل بوده، تمسک به اطلاق آنها نادرست است.

لزوم توجه به چنین مطلبی در تمام اطلاقات ضروری است، به عنوان مثال آیه کریمه «كُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا»(۵)، بخورید و بیاشامید ولی زیاده روی نکنید؛ گرچه نسبت به انواع خوراکیها و آشامیدنیها اطلاق دارد، ولی کسی تصور وجود چنین اطلاقی حتی در مورد سموم را نداده است تا روایات وارد در تحریم خوردن سم مقید چنین اطلاقی باشد، زیرا متکلم، حکیم و عاقل است و سخن او در دایره امور عقلایی قابل طرح است.

ص: ۳۲۰

۱- کفایه الاحکام، ص ۱۹۴؛ فقه الصادق، ۲۲/۳۰۷؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۸.

۲- التحفه السنیه، ص ۲۹۶.

۳- جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۸.

۴- ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۵- اعراف ۷ / ۳۱.

به نظر ما، می باید میان بیماری مسری و بیماری مزمن تفاوت گذاشت. در بیماری مسری تا هنگامی که مادر سلامت خود را به دست نیاورده است، نمی توان کودک را به او سپرد؛ اما در بیماری مزمن باید به این نکته توجه کرد که میزان تأثیر آن در توان نگهداری

مادر چقدر است؟

اگر مادر مبتلا به بیماری مزمنی چون برخی از انواع سرطانهاست که مانع از انجام وظیفه او در نگهداری کودک خود نیست، هر چند مادر برای این منظور در کنار خود از فرد دیگری نیز کمک بگیرد، حضانت او همچنان باقی است؛ اما اگر این بیماری به گونه ای است که نمی گذارد مادر به وظیفه خود عمل کند، بلکه دیگری می باید عهده دار انجام آن شود، تردیدی نیست که نمی توان کودک را نزد مادر رها کرد، چرا که اطلاق روایات حضانت منصرف به جایی است که مادر عهده دار انجام وظایف مربوط به نگهداری از کودک خود است و به عبارت دیگر، قدر متیقن از حضانت مادر، جایی است که مادر قادر به انجام وظایف خود است به ترتیبی که سلامت روحی - جسمی کودک به خطر نمی افتد.

بر این اساس، بعید نیست مدعی شویم که اگر مادر مبتلا به اعتیاد به مواد مخدر باشد، صلاحیت نگهداری از کودک خود را از دست خواهد داد، هرچند قادر به انجام وظایف خود نیز باشد، زیرا سلامت روحی - اخلاقی و در پاره ای موارد سلامت جسمی او در معرض خطر قرار می گیرد؛ بنابراین، سپردن کودک به چنین مادری موجب نقض غرضی است که به خاطر آن، قانون حضانت وضع شده است.

در پایان بحث از شرایط حضانت، به ذکر چند نکته می پردازیم:

نکته اول: تمامی شروطی که برای حضانت گفته شد، اگر دلیلی بر اعتبار آن داشته باشیم، اختصاص به مادر نداشته، مشترک میان او و پدر است، مگر بحث ازدواج که در

صورت اعتبار، تنها به مادر اختصاص داشته، در مورد پدر جاری نیست (۱).

نکته دوم: از آنجا که به نظر ما، دوره حضانت مادر، هفت سال نخست زندگی کودک است، چه پسر باشد و چه دختر و پس از این، حضانت او تا رسیدن به سن بلوغ به پدرش واگذار می شود؛ بنابراین، می باید هریک از پدر و مادر در دوره حضانت خود، از این شرایط برخوردار باشند (۲).

نکته سوم: شرایطی که توضیح آن گذشت، مربوط به حضانت است و حضانت از کودک و مباحث مربوط به آن، تنها در جایی مطرح می شود که پدر و مادر از یکدیگر جدا شده باشند؛ بنابراین، در زمانی که با هم زندگی می کنند هر دو عهده دار نگهداری کودک

می شوند و در صورت عدم صلاحیت هریک، دیگری آن وظایف را انجام می دهد (۳).

نکته چهارم: با توجه به اینکه دوره شیرخوارگی کودک جزء همان هفت سالی است که کودک در کنار مادر خود زندگی می کند، شرایط حضانت در دوره شیردهی نیز صادق بوده، وجود آنها ضروری است؛ بنابراین، عدم تصریح به آنها در زمان شیردهی نه به خاطر معتبر نبودن، بلکه به واسطه روشن بودن اعتبار آنهاست (۴).

از بین رفتن شرایط لازم برای نگهداری کودک

اشاره

از جمله مسائلی که در ادامه بحث شرایط حضانت مطرح می شود، این است که اگر هریک از پدر یا مادر در زمانی که عهده دار نگهداری کودک خود هستند، یکی از شرایط لازم را از دست بدهند، چه کسی انجام این وظیفه مهم را بر عهده می گیرد؟

از بین رفتن شرایط مادر

اگر مادر یکی از شرایط معتبر برای حضانت را نداشته یا از دست بدهد، در اینکه چه کسی انجام آن را بر عهده می گیرد، دو نظریه میان فقها مطرح است:

ص: ۳۲۲

۱- ریاض المسائل، ۲/۱۶۲.

۲- التحفه السنیه، ص ۲۹۶.

۳- ر.ک: کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۴.

۴- ر.ک: جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۹.

نظریه اول، انتقال به پدر: گروهی معتقدند که در این صورت، پدر جایگزین مادر شده، وظیفه نگهداری از کودک را بر عهده می‌گیرد (۱).

به عنوان مثال، ازدواج مادر با فرد دیگری غیر از شوهر سابق خود، باعث از بین رفتن حق او در مسأله حضانت شده، پدر کودک موظف به حفظ و نگهداری از کودک خود است، حتی در زمانی که می‌بایست مادر چنین وظیفه‌ای را بر عهده بگیرد (۲)؛ همچنین اگر

غیر مسلمان بودن مادر یا برده بودن او را مانع از حضانت او بدانیم، در صورت وجود آنها، پدر برای نگهداری کودک خود، اولویت خواهد داشت (۳).

اگر بپذیریم که با نبود یا از بین رفتن شرایط در مادر، پدر جایگزین او خواهد شد، طبیعی است که اگر مادر شرایط لازم را داشته باشد ولی از انجام وظایف خود در قبال کودک سر باز زند، پدر باید اداره زندگی کودک خود را حتی در زمانی که مادر وظیفه انجام آن را دارد، بر عهده بگیرد و اگر او نیز حاضر به انجام این کار نشد، بعید نیست مدعی شویم که برای حمایت از زندگی کودک، پدر وادار به انجام این مهم می‌شود (۴).

ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی ناظر به همین احتمال است: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود» (۵).

نظریه دوم، انتقال به مادر بزرگ: طرفداران این نظریه بر این باورند که مادر بزرگ مادری، جانشین مادر کودک شده، وظایف او را انجام می‌دهد.

قاضی ابن براج این مطلب را چنین توضیح می‌دهد: «اگر مادر ازدواج کند و کودک، مادر بزرگ مادری هم نداشته باشد، در این صورت نگهداری دختری که کمتر از هفت سال سن دارد به پدر او واگذار می‌شود» (۶)؛ همچنین فاضل هندی در این باره می‌نویسد:

ص: ۳۲۳

-
- ۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۵.
 - ۲- تحریر الاحکام، ۴۳-۴۴؛ المذهب، ۲/۲۶۲ و ۳۵۲-۳۵۳؛ الخلاف، ۵/۱۳۱؛ جامع الخلاف و الوفاق، ص ۵۱۰؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲.
 - ۳- المذهب، ۲/۳۵۳؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲.
 - ۴- القواعد و الفوائد، ۱/۳۹۶.
 - ۵- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۱.
 - ۶- المذهب، ۲/۳۵۳.

«اگر مادر ازدواج کند، حضانت کودک به مادر بزرگ مادری واگذار می شود، به این شرط که مادر بزرگ با فرد دیگری غیر از جد (پدر بزرگ) ازدواج نکرده باشد» (۱).

طبیعی است که اگر مادر بزرگ، جانشین مادر باشد، در صورتی که مادر غایب شود یا از حضانت کودک خود، امتناع بورزد، این وظیفه به مادر او منتقل می شود (۲) ولی آیا با

بازگشت مادر یا پذیرش حضانت کودک، این حق دوباره به او داده می شود یا نه؟

علامه حلی با بیان اصلی کلی بر این باور است که این حق باز خواهد گشت (۳)، اما صحت این مطلب به ویژه در فرضی که خود مادر از پذیرش وظیفه اش سر باز زده است، جدّاً محل تأمل است.

دیدگاه ما: به نظر ما - همچنان که پیش از این نیز توضیح دادیم - حضانت از کودک

وظیفه ذاتی و اصلی پدر اوست که به واسطه دلیل خاص، در خلال هفت سال نخست زندگی کودک، انجام آن به مادر او واگذار می شود؛ پس اگر نتواند یا نخواهد به وظیفه خود عمل کند، پدر جانشین او می شود.

از بین رفتن شرایط پدر

اما اگر پدر یکی از شرایط لازم را نداشته باشد، آیا انجام این وظیفه به مادر منتقل می شود یا جانشین پدر، عهده دار انجام این کار می شود؟

نظریه اول، انتقال به مادر: در متون فقهی برخی این احتمال را مطرح کرده اند که اگر پدر شرایط حضانت را نداشته یا از دست بدهد، مادر تا زمانی که کودک به سن بلوغ برسد، برای این منظور بر دیگران اولویت خواهد داشت (۴).

بدون شک در موردی که پدر برده است، بر اساس دو روایت فضیل بن یسار (۵) و داود رقی (۶)، مادامی که از این بند رهایی نیافته است، حضانت کودک همچنان در اختیار مادر

ص: ۳۲۴

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۲- جواهر العقود، ۲/۱۹۰.

۳- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۳: «مهما امتنع الأولى أو غاب، انتقل حق الحضانه إلى البعید؛ فإن عاد، رجع حقّه».

۴- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۹؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۵.

۵- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

۶- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۵؛ تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۷، شماره ۳۶۱.

اوست، حتی اگر مادر با فرد دیگری نیز ازدواج کرده باشد (۱)؛ اما در مورد نبودن سایر شرایط، آیا دلیلی بر واگذاری نگهداری کودک به مادر وجود دارد؟

بررسی دلایل: برای اثبات انتقال حضانت کودک به مادر، به چند مطلب استناد شده

است:

۱- اولویت: برخی از فقها، با مبنا قرار دادن روایت داود رقی، چنین ادعا کرده اند که اگر بردگی پدر مانع از حضانت کودک باشد، به طریق اولی کفر و مرگ او نیز مانع از پذیرش چنین مسؤولیتی است (۲) و به همین دلیل با کنار هم گذاشتن کفر، مرگ و بردگی پدر، حکم به اولویت مادر در حضانت از کودک خود در این موارد کرده اند، مشروط به اینکه مادر خود فاقد شرایط لازم نباشد (۳).

۲- نبود اهلیت: از آنجا که برده یا کافر، اهلیت و صلاحیت حضانت از کودک را

ندارند، مادر برای نگهداری کودک، بر دیگران اولویت خواهد داشت (۴).

۳- روایات: مرحوم فاضل هندی با تمسک به دو روایت فضیل بن یسار و داود رقی که دلالت بر اولویت مادر بر پدر برده دارند، بدون هیچ توضیحی، ادعا می کند که مادر همین

اولویت را در فرض کفر پدر نیز دارد (۵).

همچنین بعید نیست بتوان برای این منظور به روایت عبد الله بن سنان ۶۷* نیز استناد کرد: «فی العبد تکون تحته الحرّه، قال علیه السلام: ولده أحرار، فإن اعتق المملوک، لحق بأبيه» (۶)، در مورد برده ای

که همسر آزاده ای دارد فرمود: فرزندان او آزاده هستند؛ اگر برده آزاد شود، فرزندانش ملحق به پدر

می شوند؛ به شرط اینکه منظور از الحاق به پدر، پیوستن به او در دو مورد حضانت و میراث باشد، چرا که حرّیت کودک با اصل تبعیت از مادر، پیش از این تحقق یافته است (۷).

ص: ۳۲۵

۱- المذهب، ۲/۲۶۲؛ السرائر، ۲/۶۵۲؛ نهاییه المرام، ۱/۴۷۰-۴۷۱؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۲۸.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۸.

۳- المذهب، ۲/۳۵۳؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۶۷؛ المختصر النافع، ص ۱۹۴؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۴؛ قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲؛ تبصره المتعلمین، ص ۱۸۷؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۴- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

٥- كشف اللثام، ٢/١٠٦.

٦- الكافي، ٥/٤٩٣، شماره ٦.

٧- الحقائق الناضرة، ٢٤/٢١٠.

۴- اصل عملی: بدون شک، مادر تا هفت سال، وظیفه حضانت از کودک را بر عهده دارد و پدر نیز پس از این، انجام این کار را بر دوش می گیرد به شرط اینکه صلاحیت این

کار را داشته باشد؛ حال که به واسطه نبود شرایط لازم، پدر نمی تواند به وظیفه خود عمل

کند، حضانت مادر را استصحاب کرده، حکم می کنیم به اینکه مادر همچنان از کودک خود نگهداری می کند.

شاید با ملاحظه همین مطالب باشد که مرحوم شهید ثانی با بیان یک ضابطه کلی، چنین ادعا می کند که پدر بر مادر در نگهداری کودک، اولویت دارد در صورتی که شرایط لازم برای این کار چون اسلام، آزادگی، عقل و امین بودن را داشته باشد (۱).

نقد: به نظر ما واگذاری دوباره حضانت کودک به مادر پس از تمام شدن دوره هفت ساله اش به واسطه نبود شرایط در پدر، امری است که هیچ دلیلی بر آن دلالت نمی کند.

تنها در مورد بردگی، بر اساس روایت داود رقی تا زمان رهایی پدر، نگهداری از کودک به مادر سپرده می شود، ولی همچنان که معلوم است، موضوع این روایت، عدم صلاحیت پدر برای نگهداری از کودک خود است از پیش از تولد او؛ حال اگر از بین رفتن برخی از شرایط پدر در زمانی رخ داد که مسئولیت نگهداری کودک به او منتقل شده بود، آیا می توان دوباره آن را به مادر واگذار کرد؟

به نظر نمی رسد که بتوان چنین مطلبی را اثبات کرد، چرا که موضوع دو روایت فضیل بن یسار و داود رقی، مسأله بردگی است و تسری آن به سایر شرایط دلیل می خواهد؛ افزون بر اینکه استناد به اولویت، ادعایی است بدون دلیل و نبود اهلیت در پدر، دلیلی

برای بازگشت این حق به مادر نیست.

استناد به اصل عملی استصحاب نیز درست نیست، زیرا استصحاب هنگامی جاری است که «شک لاحق» وجود داشته باشد و حال آنکه ما یقین داریم مادر بیش از هفت

سال، حق حضانت نخواهد داشت؛ پس محل بحث از مصادیق قاعده یقین خواهد بود.

ص: ۳۲۶

و اگر وجود «شک لاحق» را هم بپذیریم، این استصحاب از نوع شک در مقتضی است که از نظر ما حجیت ندارد.

نتیجه

غیر از مسأله بردگی پدر، نسبت به سایر موانع، چون جنون و بیماری های مسری، گرچه پدر قابلیت نگهداری از کودک خود را ندارد، ولی سپردن دوباره این وظیفه به مادر، پس از پایان پذیرفتن دوره هفت ساله ای که در آن عهده دار انجام این مهم است، نیازمند دلیل است، چه موانع حضانت پدر، زمانی به وجود آیند که مادر مسؤول انجام آن است، یعنی پیش از هفت سالگی کودک، یا زمانی که انجام این کار به پدر واگذار شده است.

بنابر این، با پیدا شدن آنچه مانع از حضانت پدر است، پس از پایان یافتن دوره حضانت مادر، مسؤولیت انجام این وظیفه بر عهده فردی است که در غیاب پدر یا مرگ وی، جانشین اوست.

نظریه دوم، انتقال به پدر بزرگ پدری: اگر بپذیریم که پدر بزرگ پدری، جانشین پدر

کودک است، در این صورت حکم خواهیم کرد به اینکه هرگاه یکی از شرایط لازم برای نگهداری کودک را نداشته باشد، این وظیفه بر عهده پدر او، یعنی جد کودک است؛ همچنان که اگر پدر از دنیا رفته یا غایب می شد، این وظیفه به پدر وی منتقل می شد (۱).

بازگشت دوباره شرایط

اشاره

اگر بپذیریم که برای نگهداری کودک، شرایطی لازم است، با از بین رفتن آنها، دیگر فرد صلاحیت نگهداری کودک را نخواهد داشت؛ به طور طبیعی این پرسش قابل طرح است که اگر هریک از پدر و مادر، دوباره شرایط لازم برای نگهداری کودک را به دست آورند، آیا می توان کودک را به آنها سپرد یا نه؟

ص: ۳۲۷

بازگشت دوباره شرایط در پدر

انتقال حضانت کودک از پدر به مادر یا پدر بزرگ در زمانی است که وی شرایط لازم برای نگهداری از کودک خود را نداشته باشد؛ بنابر این، اگر پدر دوباره صلاحیت خود را

به دست آورد، بدون شک سرپرستی کودک به او سپرده خواهد شد، زیرا تعلیل موجود در ذیل روایت فضیل بن یسار مبنی بر اینکه «فهو أحق بولده منها لموضع الأب»^(۱)، او سزاوارتر است به فرزند خود از مادر به واسطه جایگاه پدری؛ حکایت از این مطلب دارد که بردگی یا سایر موانع، مانع از تأثیر جایگاه پدری است که مقتضی اولویت پدر است، پس با از بین رفتن آن مانع، دوباره پدر بودن اثر گذاری خود را به دست خواهد آورد^(۲).

بازگشت دوباره شرایط در مادر

همچنین اگر مادر هم بتواند در زمانی که نگهداری کودک بر عهده اوست، شرایط لازم را به دست آورد، مثلاً آثار جنون در او از بین برود، بیماری مسری او درمان شود... دوباره حق خود را برای حضانت کودک به دست خواهد آورد، چرا که مقتضی حضانت در او وجود دارد، تنها وجود مانعی جلوی تأثیر آن را گرفته است که با از بین رفتن آن، مقتضی اثر خود را خواهد داشت.

البته تنها در مورد ازدواج مادر نمی توان به چنین چیزی پای بند بود، چرا که از روایات

وارد در مسأله چنین بر می آید که با ازدواج مادر، حق او ساقط می شود و بازگشت دوباره

آن پس از جدایی از شوهرش نیازمند دلیل است^(۳)؛ گرچه احتمال بازگشت آن نیز خالی از قوت نیست.

ص: ۳۲۸

۱- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

۲- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۵.

۳- برای اطلاع بیشتر ر.ک: جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۵.

از جمله مهم ترین مسائلی که در بحث حضانت کودکان مطرح است، چگونگی برخورد و نوع رابطه ای است که میان پدر و مادر در این دوره برقرار می شود؛ زیرا همچنان که پیش از این نیز توضیح دادیم، حضانت کودک زمانی مطرح می شود که پدر و مادر با طلاق از یکدیگر جدا شده اند.

طبیعی است زمانی که پدر و مادر در کنار هم و در زیر یک سقف زندگی نمی کنند، کودک می باید با یکی از آنها زندگی کند که بر اساس توضیحات گذشته، صرف نظر از جنسیت او، تا مدت هفت سال زیر نظر مادر خود زندگی می کند و پس از آن پدر تا رسیدن به بلوغ عهده دار انجام این وظیفه است.

اما توجه به این نکته نیز ضروری است که جدایی پدر و مادر، خود به خود زمینه تنش را میان آنها فراهم می سازد، تنشی که می تواند نوعی رفتار خصمانه و کینه توزانه را شکل دهد.

این روابط غیر دوستانه میان پدر و مادر، در بیشتر مواقع با طعمه قرار دادن کودک به نقطه اوج خود می رسد، یعنی وجود کودک در کنار یکی از آنها، وسیله و بهانه ای است برای آوردن فشار غیر مستقیم بر طرف دیگر؛ به همین جهت فقهای بزرگ شیعه از دیرباز تلاش داشته اند با بیان تعریفی از این روابط، میزان آسیب های احتمالی هر یک از پدر و مادر و همچنین کودک را به کمترین حد ممکن برسانند.

از آنجا که گفتگو از نوع روابط میان پدر و مادر بسته به اینکه کودک با کدامیک از آنها زندگی کند، قابل تقسیم است، ما نیز این بحث را در خلال دو مطلب توضیح می دهیم:

رابطه کودک با مادر

اشاره

در دوره ای که کودک با پدر خود زندگی می کند، چه به این خاطر که مادر شرایط لازم برای نگهداری او را ندارد یا مدت قانونی وی برای این کار پایان پذیرفته است، پدر می باید روابط کودک با مادر خود را به گونه ای تنظیم کند که نه کودک و نه مادرش در تنگنا قرار نگیرند.

اصول روابط کودک و مادر

برای این منظور، پدر باید زمینه تحقق اموری را فراهم آورد، این کارها عبارتند از:

اول، دیدار با کودک: زمینه ملاقات کودک با مادرش را فراهم ساخته، از این کار

ممانعت نکند(۱)، زیرا جلوگیری از دیدار کودک با مادرش، موجب قطع رحم می شود(۲).

در برخی از متون فقهی برای دیدار کودک و مادرش، میان دختر و پسر، تفاوتی گذاشته شده که مبتنی بر فرهنگ حاکم بر آن دوره و نه دلیل معتبر شرعی است، به این ترتیب که اگر کودک، پسر باشد، نزد مادرش می رود ولی اگر دختر باشد، مادر به دیدار او

می رود، به شرط اینکه در خانه پدر بیش از حد معمول درنگ نکند(۳)، چرا که مصلحت

دختر نیست از خانه خارج شود اما برای بیرون آمدن مادر، مانعی وجود ندارد(۴).

دوم، پرستاری از کودک: اگر کودک بیمار شود، پدر نباید از پرستاری و مداوای مادر، جلوگیری کند(۵) و مانع از اقامت و همراهی او با کودکش شود؛ زیرا: مادر مهربان تر از دیگران نسبت به کودک بوده(۶)، کودک بیمار نیازمند به کسی است که او را پرستاری کند

ص: ۳۳۰

۱- تحریر الاحکام، ۲/۴۴.

۲- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۶.

۳- تحریر الاحکام، ۲/۴۴؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۲۶.

٤- مسالك الأفهام، ٨/٤٢٦.

٥- تحرير الأحكام، ٢/٤٤.

٦- مسالك الأفهام، ٨/٤٢٦.

مادر سزاوارترین فرد برای این کار است (۱).

سوم، پرستاری از مادر: در صورتی که مادر بیمار شود، پدر نباید مانع از رفت و آمد

کودک - دختر یا پسر - نزد مادر شود (۲).

چهارم، مراسم سوگواری کودک: چنانچه در خلال مدتی که حضانت کودک با پدر اوست، کودک از دنیا برود، مادر می تواند بر بالین او حاضر شده، عهده دار انجام کارهای

وابسته به آن شود (۳).

لازم به یادآوری است، برخی از فقها ضمن تأکید بر حضور مادر در مراسم تجهیز، تکفین و تدفین کودک، بر این مطلب تصریح کرده اند که مادر نباید در تشییع پیکر کودک

شرکت کند، چرا که نبی مکرم اسلام صلی الله علیه و آله زنان را از این کار باز داشته است (۴).

عمده دلیل این حکم، روایاتی است که اهل سنت نقل کرده اند:

روایت أم عطیه ۶۸*: «نهینا أن نتبع الجنایز و لم یعزم» (۵)، ما را بازداشت از اینکه به دنبال جنازه برویم ولی بر این مطلب پافشاری نکرد.

روایت امیر المؤمنین علیه السلام ۶۹*: «خرج رسول الله صلی الله علیه و آله، فإذا نسوه جلوس، فقال: ما یجلسنکم؟ قلن: ننتظر الجنازه، قال: تغسلن؟ قلن: لا، قال: تحملن؟ قلن: لا، قال: هل تدلین فیمن یدلی؟ قلن: لا، قال: فارجعن مأزورات غیر مأجورات» (۶)، هنگامی که رسول خدا از خانه بیرون آمد، به زن هایی برخورد کرد که نشسته بودند، از ایشان پرسید به چه دلیل اینجا نشسته اید؟ گفتند منتظر جنازه ای هستیم، از ایشان پرسید: آیا می خواهید او را غسل دهید؟ گفتند: نه، فرمود: آیا می خواهید او را بر دوش گیرید؟ گفتند: نه،

پرسید: آیا می خواهید او را دفن کنید؟ گفتند: نه، فرمود: باز گردید که گناهکارانی هستید بدون مزد.

افزون بر این، در جوامع روایی اهل سنت، احادیثی وجود دارد حاکی از لعنت رسول خدا زنانی را که به زیارت اهل قبور آمده اند: «لعن رسول الله صلی الله علیه و آله زورات القبور» (۷)، لعنت کرده

ص: ۳۳۱

٢- تحرير الاحكام، ٢/٤٤؛ مسالك الأفهام، ٨/٤٢٦.

٣- تحرير الاحكام، ٢/٤٤.

٤- مسالك الأفهام، ٨/٤٢٦.

٥- سنن ابى داود، ٢/٧٢، شماره ٣١٦٧؛ سنن ابن ماجه، ١/٥٠٢، شماره ١٥٧٧؛ مسند احمد، ٦/٤٠٨-٤٠٩.

٦- سنن ابن ماجه، ١/٥٠٢، شماره ١٥٧٨.

٧- سنن ابن ماجه، ١/٥٠٢، شماره ١٥٧٤-١٥٧٦.

است رسول خدا زنانی را که برای زیارت مردگان به قبرستان بروند.

به نظر می‌رسد، چنین شرطی معتبر نباشد، زیرا از مجموع روایاتی که از اهل بیت عصمت و طهارت علیهم السلام به ما رسیده، چنین بر می‌آید که تشییع جنازه و نماز بر آن توسط زنان امری است جایز به شرط اینکه مفسده‌ای بر این کار مترتب نباشد(۱).

پنجم، مراسم سوگواری مادر: اما اگر مادر از دنیا برود، فرزند او بر جنازه اش حاضر می‌شود(۲) و چنانچه سن او اجازه دهد، می‌تواند متولّی امور تغسیل، تکفین، تشییع و تدفین او شود، البته به شرط اینکه همسرِ مادر، اجازه چنین کاری را به او بدهد(۳).

رابطه کودک با پدر

تا آنجا که تحقیقات نشان می‌دهد، در هیچ یک از متون فقهی شیعه درباره رابطه کودک با پدر خود در زمانی که با مادر زندگی می‌کند، مطلبی وجود ندارد(۴).

دیدگاه ما: به نظر ما نگهداری کودک توسط یکی از پدر و مادر، نمی‌تواند باعث از بین رفتن حقوق متقابل کودک و والدین او شود؛ بنابراین، تمام کارهایی که عرفاً از لوازم و توابع رابطه پدری - فرزندی یا مادری - فرزندی به حساب می‌آید، جایز بوده، نمی‌توان کودک یا یکی از والدین را از آن محروم کرد.

در ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی آمده است:

«در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر، ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هر یک از ابوین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد، حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوطه به آن در صورت اختلاف بین ابوین با محکمه است»(۵).

ص: ۳۳۲

۱- برای اطلاع بیشتر ر.ک: وسائل الشیعه، ۲/۸۱۷-۸۱۹.

۲- تحریر الاحکام، ۲/۴۴.

۳- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۷.

۴- لازم به یادآوری است، در برخی متون فقهی عامه عبارتی وجود دارد که دربرگیرنده پدر و مادر با هم می‌شود: «إن مرض أحد الأبوین و الولد عند الآخر، لم یمنع من عیادته و حضوره عند موته»؛ فقه السنه، ۲/۳۵۱.

۵- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۳.

اشاره

بحث از حضانت، هنگامی قابل طرح است که شخص قادر به اداره زندگی خود نباشد؛ بنابراین، اگر انسانی به چنان بلوغ عقلی و جسمانی برسد که برای اداره زندگی

خود، نیازمند به فرد دیگری نباشد، دیگر بحث حضانت درباره وی مصداق پیدا نمی کند.

از آنجا که عنوان «سایر افراد» در برگزیده چند گروه می شود، مناسب است که بحث از جواز یا عدم جواز حضانت از آنها را در چند محور بررسی کنیم:

حضانت دیوانگان

بدون تردید، انسان دیوانه همچون کودک نیازمند به حضانت (۱)، بلکه سزاوارتر به این کار است (۲) ولی آنچه برای ما مهم است، توضیح این مطلب است که نگهداری از او وظیفه چه کسی است؟

اگر پدر و مادر از یکدیگر جدا نشده و با هم زندگی می کنند، در این صورت کودک

دیوانه در دامن هر دو به زندگی خود ادامه می دهد؛ ولی اگر آنها جدای از هم زندگی می کنند، تمام مراحل که پیش از این برای نگهداری کودک سالم تا رسیدن به سن بلوغ

ص: ۳۳۳

۱- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۳.

۲- کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

گفتیم، درباره کودکی که مبتلا به جنون است، صادق خواهد بود.

اما آنچه مسأله حضانتِ دیوانگان را از بحث کودکان جدا می سازد، پس از رسیدن به سن بلوغ است، زیرا همچنان که پیش از این توضیح داده و بعد نیز خواهیم گفت، کودک با رسیدن به بلوغ جنسی و رشد عقلی از حضانت پدر، مادر یا هر فرد دیگری که جانشین آنهاست، خارج شده، می تواند به شکل مستقل به زندگی خود ادامه دهد، ولی فردی که از سلامت عقلی برخوردار نیست، حتی پس از بلوغ نیز قادر به زندگی مستقل نخواهد بود؛ بنابراین، می باید در جستجوی کسی باشیم که عهده دار نگهداری از او باشد.

اگر پذیرفتیم که پدر یا پدر بزرگ پدری (جد) ولیّ فرزند خود است، صرف نظر از مباحث حضانت و اینکه کودک در خلال هفت سال اول زندگی اش با کدامیک از پدر یا مادر خود زندگی می کند، می توان چنین حکم کرد که زمام امر فرد دیوانه، چه اینکه دختر باشد یا پسر، به دست پدر اوست حتی اگر به بلوغ جنسی هم برسد(۱).

به هر حال، صرف نظر از استناد به تنقیح مناط یا قیاس اولویت، باید دید در مسأله حضانت دیوانگان دلیل خاصی وجود دارد یا نه؟

از آنجا که بررسی این دلایل، خارج از موضوع این کتاب است، آن را به جای خود موکول می کنیم.

حضانت سفیهان

اشاره

واژه «سفیه» در قرآن کریم گرچه چند بار به کار رفته است، ولی تنها در یک مورد به مسأله ای حقوقی - فقهی اشاره دارد که محور اصلی آن عدم واگذاری اموال و دارایی به این افراد است، «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا»(۲)، اموال خود را که خداوند آنها را مایه قوام زندگی شما قرار داده، به سبک مغزان نسپارید، به ایشان از آن روزی داده، لباس بپوشانید و به شایستگی با ایشان سخن بگویید.

ص: ۳۳۴

۱- برای اطلاع بیشتر ر.ک: تحریر الاحکام، ۲/۴۴؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

۲- نساء ۴/۵.

در مقابل، قرآن بر این نکته تأکید می‌ورزد که آنچه باعث جواز سپردن اموال کودک به او می‌شود، رسیدن به «رشد» است، «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»^(۱)، یتیمان را تا رسیدن به سن ازدواج، بیازمایید، اگر یافتید که به رشد رسیده‌اند، اموالشان را به آنها واگذارید.

حال باید دید: ۱- منظور از سفاقت و رشد که در این دو آیه در برابر هم قرار گرفته‌اند، چیست؟ ۲- آیا افزون بر امور مالی، سفاقت عاملی برای حضانت؛ و رسیدن به رشد سبب خروج از آن است یا نه؟

اعتبار رشد در امور مالی

«سفیة» که در فارسی به آن «سبک مغز» و «ساده لوح» می‌گوییم، کسی است که نمی‌تواند از دارایی خود درست استفاده کرده، حکیمانه در آن تصرف کند^(۲)؛ در برابر،

«رشید» کسی است که توان استفاده درست از اموال خود و جلوگیری از بین رفتن آنها را دارد.

در ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی آمده است: «غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد»^(۳).

بنابر این، بدون هیچ‌گونه تردیدی، شرط جواز تصرف فرد بالغ در اموال خود، رسیدن به حدّ رشد است^(۴).

در روایت هشام، امام صادق علیه السلام ضمن به کار بردن دو واژه «سفیة» و «ضعیف» در برابر «رشد»، این مطلب را چنین توضیح می‌دهند: «انقطاع یتیم بالاحتلام و هو أشده و إن احتلم و لم یؤنس منه رشد و کان سفیها أو ضعيفا، فلیمسک عنه ولیه ماله»^(۵)؛ پایان یتیمی کودک یتیم، رسیدن به بلوغ، یعنی رشد است، اما اگر تنها به بلوغ رسیده و رشید نشده باشد، یعنی سبک مغز یا ناتوان

ص: ۳۳۵

۱- نساء ۴ / ۶.

۲- ر.ک: معجم الفاظ الفقه الجعفری، ص ۲۲۹؛ معجم لغه الفقهاء، ص ۲۲۲ و ۲۴۵؛ القاموس الفقهی، ص ۱۷۴.

۳- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۶۸.

۴- القواعد و الفوائد، ۲/۴۱ و ۱۷۳؛ نضد القواعد الفقهیة، ص ۹۱ و ۳۲۱؛ العناوین الفقهیة، ۲/۶۸۵-۶۸۶ و ۷۳۸.

۵- الکافی، ۷/۶۸، شماره ۲؛ تهذیب الاحکام، ۹/۱۸۳، شماره ۷۳۷.

است، سرپرستش می باید اموال او را نزد خود نگاه دارد.

این مضمون در روایات دیگر نیز کم و بیش به همین شکل و بدون توضیح درباره معنای سفیه و ضعیف، بیان شده است، ولی در روایت عبد الله بن سنان، حضرت در مقام تعریف این دو واژه بر آمده، می فرماید: «و ما السفیه؟ فقال: الذی یشتري الدرهم بأضعافه؛ قال: و ما الضعیف؟ قال: الأبله»^(۱)؛ سفیه کسی است که کالایی را به چند برابر قیمت واقعی آن می خرد ولی منظور از ضعیف، شخص ابله است.

نکته ای که توجه به آن ضروری است عدم دخالت عنوان یتیم در حکم حاصل از این دلایل است، یعنی گرچه موضوع آیه ششم سوره نساء و دو روایت هشام و عبد الله بن سنان، یتیم است ولی همچنان که آیه پنجم همان سوره بر آن دلالت دارد، حکم نسپردن اموال به افراد سفیه، حکمی است عام و در برگیرنده یتیم و غیر یتیم؛ پس رسیدن به سن بلوغ تنها برای به اختیار گرفتن اداره اموال و داراییهای خود کافی نبوده، می بایست شخص به یک توان عقلی نیز در این خصوص دست پیدا کند.

اعتبار رشد در خروج از حضانت

در متون روایی، هیچ دلیلی که به صراحت رسیدن به رشد و کمال عقلی را شرط خروج از حضانت بداند، وجود ندارد؛ ولی این مطلب بدان معنا نیست که شخص غیر رشید بجز تصرفات مالی، هر کار دیگری را می تواند انجام دهد، چرا که شرط بودن اموری نظیر رشد در احکام و مقررات دینی، امری شرعی و تأسیسی نبوده، بلکه امری است ارشادی و تأکیدی نسبت به آنچه بنا و روش عقلا بر آن است.

بنابر این، اگر در اعتبار عقلا، وجود رشد در امور دیگری غیر از تصرفات مالی نیز لازم باشد، گرچه دلایل شرعی نسبت به آن ساکت هم باشند، می توان به شرط بودن آن فتوا داد.

حال باید دید، روش عقلا نسبت به افراد سبک مغز، به عهده گرفتن اداره زندگی

ص: ۳۳۶

حمایت های مادی و معنوی از ایشان است حتی اگر به بلوغ جنسی نیز رسیده باشند یا اینکه به محض رسیدن به بلوغ جنسی، آنها را رها کرده، اجازه می دهند به تنهایی و بدون

نظارت سایر افراد زندگی کنند؟

بررسی چگونگی رفتار خانواده هایی که خردورزی محور اصلی تصمیمات آنهاست به خوبی نشان می دهد که نمی توان نوجوانان تازه به بلوغ رسیده ای را که از بهره عقلی

کمی برخوردار هستند به حال خود رها و اداره زندگی شان را به خود آنها واگذار کرد، بلکه می باید همچنان از آنها مراقبت و محافظت کرد، مراقبتی که برای اثبات مشروعیت بلکه ضرورت آن نیازی به رسیدن دلیلی خاص از سوی قانونگذار نبوده، نفس التزام عملی عقلا برای این منظور کافی است.

افزون بر این، در روایاتی که بحث یتیم و اعتبار رشد مطرح است، امام علیه السلام در مقام پاسخگویی به قانونی عام چون «جواز له کل شیء»، «جواز امره» اشاره می کنند که می توان در غیر امور مالی نیز به آن استناد کرد؛ چرا که واژه «جواز» به معنای نفوذ است، یعنی

تصمیم او در هر موردی نافذ و مؤثر است که اطلاق آن شامل تصمیمگیری درباره چگونگی زندگی خود نیز هست.

روایت عبد الله بن سنان: «إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة و دخل فی الأربع عشرة، و جب علیه ما و جب علی المحتلمین، یحتلم أو لم یحتلم، کتبت علیه السیئات و کتبت له الحسنات و جاز له کل شیء إلا أن یكون ضعیفاً أو سفیهاً»^(۱)؛ هنگامی که به رشد و سن سیزده سالگی رسیده و وارد چهارده سالگی می شود، واجب می شود بر او هر چه که واجب است بر افراد بالغ، چه به بلوغ جنسی برسد چه نرسد. کارهای زشت و خوب او نوشته می شود، و هر کاری برای او جایز خواهد بود، مگر اینکه ضعیف یا سبک مغز باشد.

روایت ابن سنان: «سأله أبی و أنا حاضر، عن الیتیم متی یجوز أمره؟ قال: حتّی یبلغ أشده، قال: و ما أشده؟ قال: الاحتلام؛ قال: قلت: قد یكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر و لا یحتلم؟ قال: إذا بلغ و کتب علیه الشیء، جاز أمره إلا أن یكون سفیهاً أو ضعیفاً»^(۲)؛ در حالی که من حاضر بودم از پدرم درباره

ص: ۳۳۷

۱- الکافی، ۷/۶۹، شماره ۷.

۲- الخصال، ص ۴۹۵، شماره ۳.

یتیم پرسید که چه هنگام جایز می شود امر او؟ فرمود: هر گاه به رشد برسد؛ پرسید: رشد یعنی چه؟ فرمود: بالغ شود؛ پرسید: گاهی به حدود هجده سالگی می رسد اما به بلوغ جنسی نمی رسد؟ فرمود: هر گاه به رشد رسد و کارهایش برای او نوشته شود، تصمیمگیری وی نافذ خواهد بود، مگر اینکه ضعیف یا سبک مغز باشد.

لازم به یادآوری است، صدوق روایت نخست را هم به طریق خود از ابن سنان نقل می کند، ولی در آن، عبارت «جاز له کل شیء» به صورت «جاز له کل شیء من ماله» نقل شده است (۱).

نتیجه: از جمله افرادی که نیازمند به حضانت هستند، افراد سبک مغز و کم خردی هستند که از سلامت عقلی لازم برای اداره زندگی خود برخوردار نیستند.

حضانت افراد بالغ رشید

اگر کودک به سن بلوغ برسد، از حضانت پدر یا هر کس دیگری که تا پیش از این زندگی او را اداره می کرده، بیرون می آید (۲).

چنین فردی با داشتن حق انتخاب، می تواند به یکی از سه روش زندگی کند: ۱- با یکی از پدر یا مادر خود زندگی کند (۳)
۲- با فرد دیگری زندگی کند ۳- به تنهایی زندگی کند (۴).

به هر حال، دلیل سقوط ولایت این است که ولایت بر انسان، خلاف اصل است، پس تنها در جایی که یقین به وجود آن داریم، می توانیم به آن پای بند باشیم و قدر متیقن از ثبوت ولایت، جایی است که شخص به بلوغ و رشد نرسیده باشد، چرا که ثبوت حضانت به واسطه ناتوانی و نقصان کودک است و این مشکل با رسیدن به کمال جسمانی

ص: ۳۳۸

۱- الخصال، ۴۹۵، شماره ۴: «إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة و دخل فی الأربع عشرة، و جب علیه ما و جب علی المحتملین، إحتلم أم لم یحتلم و کتبت علیه السیئات و کتبت له الحسنات و جاز له کل شیء من ماله إلا أن یكون ضعیفاً أو سفیهاً».

۲- اللمعه الدمشقیه، ص ۱۷۶.

۳- شرایع الاسلام، ۲/۵۶۸؛ المهذب البارع، ۳/۴۲۶.

۴- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۱-۱۰۲؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۴.

- عقلانی برطرف می شود(۱).

بنابر این، اگر روایاتی داشته باشیم که به اطلاق خود، اثبات کننده ولایت بر کودک حتی پس از بلوغ باشند، نمی توان به این اطلاق عمل کرد(۲).

مؤید این مطلب، دو روایتی است که عامه نقل کرده اند:

۱- روایت ابو هریره: «إن النبی صلی الله علیه و آله خیر غلاما بین أبیہ و أمہ حین اختصما إلیه فیہ(۳) و قال: یا غلام، هذه أمک و هذا أبوک(۴)، پیامبر گرامی اسلام، آزاد گذاشت پسر بیچه ای را میان پدر و مادرش، زمانی که نزد ایشان درباره او به نزاع برخاسته بودند و فرمود: ای پسر، این مادر توست و آن هم پدر تو.

۲- روایت عماره الجرمی: «خیرنی علی بن ابي طالب بین أمی و عمی، ثم قال لأخ لی، أصغر منی: و هذا أيضا لو بلغ مبلغ هذا لخیرته(۵)، آزاد گذاشت علی بن ابي طالب من را میان مادر و عمویم، سپس به بردار کوچک تر من فرمود: این هم اگر به سن او برسد، او را آزاد خواهم گذاشت(۶).

در پایان این بحث، توجه خوانندگان محترم را به چند نکته جلب می کنم:

نکته نخست: بلوغ جنسی تنها برای بیرون آمدن از حضانت پدر، مادر یا جانشینان

آنها کافی نبوده، می باید افزون بر این به رشد نیز برسد(۷)؛ پس بلوغ شرط لازم است و نه کافی و به همین خاطر است که گروهی از فقها با توجه به این نکته، تأکید می کنند که انسان بالغ رشید، صرف نظر از جنسیتش، آزاد است که با هر کسی که خواست زندگی کند(۸) و هیچ یک از پدر و مادر نیز در او حقی ندارند(۹).

ص: ۳۳۹

۱- کشف اللثام، ۲/۱۰۶؛ جواهر الکلام، ۳۱/۲۸۴.

۲- کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۳- مسند احمد، ۲/۲۴۶؛ سنن ابی داود، ۲/۲۸۳؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۳۶.

۴- سنن ابن ماجه، ۲/۷۸۷، شماره ۲۳۵۱؛ همچنین ر.ک: سنن ترمذی، ۲/۴۰۵، شماره ۱۳۶۸؛ السنن الکبری، ۸/۳؛ مسند ابی یعلی، ۱۰/۵۱۲، شماره ۶۱۳۱.

۵- الخلاف، ۵/۱۳۸؛ السنن الکبری، ۸/۴؛ کنز العمال، ۵/۵۸۰، شماره ۱۴۰۳۲؛ تعجیل المنفعه، ص ۲۹۵ و ۴۶۱.

۶- لازم به یادآوری است که شافعی در ادامه از عماره نقل می کند که وی در آن هنگام بین هفت تا هشت سال سن داشته است؛ ر.ک: مسند شافعی، ص ۲۸۸.

۷- علامه حلی این مطلب را مشروط به «لا بارضاع الغیر» می کند؛ برای اطلاع بیشتر ر.ک: ارشاد الاذهان، ۲/۴۰.

۸- جواهر الکلام، ۳۱/۳۰۱.

لازم به یادآوری است حکم به داشتن حق انتخاب میان یکی از پدر و مادر پس از رسیدن به بلوغ و رشد (۱)، در برخی از متون عامه مشروط به رسیدن به سن تمیز شده است (۲)، همچنان که گروهی از آنها، این تخییر را تنها به پسر اختصاص داده اند (۳).

بنابر این، همچنان که فقهای بزرگ شیعه بر آن تأکید کرده اند، کودک پس از رسیدن به بلوغ جنسی و عقلی می تواند نسبت به انتخاب زندگی با یکی از پدر یا مادر خود یا جدای از آنها تصمیم بگیرد.

نکته دوم: گرچه جدایی کودک از پدر و مادر خود پس از رسیدن به بلوغ امری است مسلم، ولی در برخی از متون فقهی به فتوایی برمی خوریم که هیچ مستندی برای آن وجود ندارد.

شیخ طوسی و تنی چند از فقها بر این باورند که برای دختری که به بلوغ جنسی و رشد عقلی رسیده است کراهت دارد تا زمانی که ازدواج نکرده از مادر خود جدا شود (۴).

این مطلب را مرحوم شهید ثانی با کمی توسعه در موضوع، چنین بیان می کند: برای بالغ رشید، به خصوص دختر، مستحب است که تا ازدواج نکرده از مادرش جدا نشود (۵).

این فتوا در برابر نظر برخی از فقهای عامه مطرح شده مبنی بر اینکه دختر تا زمان ازدواج جایز نیست از مادر خود جدا شود (۶)، ولی برای چنین فتوایی دلیلی وجود ندارد و آنچه محقق طوسی در رد حرمت ذکر می کند (۷)، اثبات کراهت این کار را نمی کند.

همچنین، توجیهاتی از این قبیل: «اگر کودک پسر باشد، جدا زندگی کردن از پدر و مادر برای او کراهت ندارد؛ اما اگر کودک، دختری باشد که ازدواج نکرده، کراهت دارد»

ص: ۳۴۰

۱- مسالک الأفهام، ۸/۴۳۶.

۲- حلیه العلماء، ۷/۴۴۲؛ الوجیز، ۲/۱۱۸؛ روضه الطالبین، ۶/۵۰۹؛ همچنین ر.ک: مسالک الأفهام، ۸/۴۳۶.

۳- حلیه العلماء، ۷/۴۴۳.

۴- الخلاف، ۵/۱۳۱؛ تحریر الاحکام، ۲/۴۳؛ مسالک الأفهام، ۸/۴۳۶.

۵- شرح اللمعه، ۵/۴۶۳؛ ریاض المسائل، ۲/۱۶۳.

۶- برای اطلاع بیشتر ر.ک: المبسوط، ۵/۲۰۷؛ اللباب، ۲/۲۸۳؛ بدائع الصنائع، ۴/۴۲؛ نیل الأوطار، ۷/۱۴۱.

۷- الخلاف، ۵/۱۳۱.

جدای از آنها زندگی کند، زیرا تجربه مردان را ندارد و ممکن است فریب بخورد ولی اگر ازدواج کرده و از شوهرش جدا شده باشد، می تواند جدای از پدر و مادر خود زندگی کند، زیرا مردان را تجربه کرده، بیم اینکه فریب بخورد نیست»^(۱)؛ نیز نمی تواند اثبات کننده کراهت شرعی یک عمل باشد.

نکته سوم: سقوط ولایت بر فرزند پس از رسیدن به بلوغ و رشد، مسأله ای است که اطلاق آن شامل پسر و دختر می شود^(۲)، ولی باید دید در این حکم تفاوتی میان دو حالت بکارت و عدم بکارت دختر وجود دارد یا نه؟

برخی از فقها بر این مطلب تأکید می ورزند که بکارت و عدم بکارت دختر تأثیری در سقوط ولایت پدر بر او ندارد^(۳)، همین که دختر به سن بلوغ رسیده باکره هم که باشد، می تواند مستقل از دیگران برای زندگی خود تصمیم بگیرد^(۴).

اما حکم به از بین رفتن ولایت پدر بر دختر باکره با برخی از روایاتی که در مسأله ازدواج وی آمده است، به ظاهر منافات دارد؛ ولی از دقت در تمامی روایات وارد در مسأله چنین به دست می آید که ازدواج دختر چه به صورت موقت و چه دائم منوط به تصمیم خود اوست و موافقت یا مخالفت پدر تأثیری در صحت این عقد ندارد، گرچه بهتر (احتیاط مستحب) آن است که دختر بدون مشورت با پدر خود، اقدام به انجام چنین کار مهمی نکند، همچنان که برای پسر نیز رعایت این اصل اخلاقی امری است پسندیده^(۵)؛ «عن الرجل هل یصلح له أن یزوج ابنته بغير إذنھا؟ قال علیہ السلام: نعم، لیس للولد مع الوالد أمر إلاّ

ص: ۳۴۱

۱- جواهر العقود، ۲/۱۸۸.

۲- الوسیله، ص ۲۸۸.

۳- ریاض المسائل، ۲/۱۶۳.

۴- تحریر الاحکام، ۲/۴۴.

۵- لازم به یادآوری است که مسأله اذن پدر در ازدواج دختر خود، از جمله مسائل مورد اختلاف فقهای شیعه است و نظرات متفاوتی در این خصوص ارائه شده است، همچون: ۱- استقلال پدر و عدم اعتبار رضایت دختر ۲- استقلال دختر و عدم اعتبار رضایت پدر ۳- مشارکت پدر و دختر در تصمیمگیری درباره ازدواج ۴- تفصیل میان ازدواج دائم و موقت و استقلال دختر در ازدواج دائم و عدم استقلال در ازدواج موقت و بالعکس ۵- تفصیل میان استقلال دختر در اداره زندگی خود و عدم آن، برای اطلاع بیشتر، ر.ک: جواهر الکلام؛ الحدائق الناضره؛ مستمسک العروه الوثقی: کتاب نکاح، بحث اولیاء عقد.

آن تکنون امرأه قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر»^(۱)، پرسیدم آیا شایسته است که مردی دخترش را بدون اجازه خودش به ازدواج کسی درآورد؟ فرمود: بله، برای فرزند با وجود پدرش تصمیمی نیست، مگر اینکه زنی باشد که پیش از آن زناشویی کرده باشد، پس جایز نیست شوهر دادن او مگر اینکه از وی اجازه گرفته شود.

به دست آوردن چنین حکمی از میان روایات موجود، بهتر فهمیده می شود هنگامی که به این نکته توجه شود که حکم به تأثیر اجازه پدر در صحت ازدواج دختر از جمله نظرات مورد اتفاق اهل سنت است که احتمال تقیه را در صدور روایات موجود در جوامع شیعه به شدت افزایش می دهد؛ «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن التمتع من الأبكار اللواتي بين الأبوين، فقال عليه السلام: لا بأس ولا أقول كما يقول هؤلاء الأقباب»^(۲)، از امام صادق علیه السلام درباره کامیابی از دخترانی که با پدر و مادر خود زندگی می کنند پرسیده شد، فرمود: مانعی ندارد، من چون این آدم های سطحی نگر (اهل سنت) سخن نمی گویم.

ص: ۳۴۲

۱- مسائل علی: بن جعفر علیه السلام، ص ۱۱۲، شماره ۳۱.

۲- الإستبصار، ۳/۱۴۵، شماره ۵۲۵؛ تهذیب الاحکام، ۷/۲۵۴، شماره ۱۰۹۷.

از آنچه گذشت چنین نتیجه گرفتیم که کودک چه پسر باشد و چه دختر، در صورت جدایی پدر و مادر از یکدیگر، تا هفت سال با مادر خود زندگی می کند به شرط آنکه مادر در خلال این مدت، شرایط لازم برای نگهداری کودک خود را از دست ندهد و با سپری شدن آن، نگهداری کودک به پدرش سپرده می شود.

چنین استنباطی از دلایل موجود در مسأله حضانت، در فقه اسلامی دارای سابقه است.

از جمله مسائلی که از پیش از ظهور اسلام تا چند قرن پس از رحلت حضرت ختمی مرتبت صلی الله علیه و آله در میان اعراب و سایر اقوام رواج داشته، برده داری است.

اسلام با برده داری مخالف بوده، تمام تلاش خود را بر این گذاشته است تا آن را ریشه کن کند، تا آنجا که آزاد کردن انسان را از بند بردگی، موجب رهایی از دوزخ می داند، «من أعتق مسلماً، أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه، عضوا من النار»^(۱)، هر کس انسان مسلمانی را از بردگی برهاند، خدای عزیز جبار در مقابل هر عضو بدن آن مسلمان، عضوی از بدن او را از آتش جهنم می رهاند.

اما از آنجا که مبارزه با یک سنت رایج، نیازمند به گذشت زمان است، با وضع قوانین

ص: ۳۴۳

گوناگون، سعی داشته ابتدا آن را مهار، سپس به تدریج زمینه از بین رفتن آن را فراهم سازد.

از جمله قوانین برده داری، خرید و فروش مادران و کودکان آنهاست. برای فقها این مسأله مطرح بوده است که آیا می توان کودک را پیش از هفت سال از مادرش جدا کرده، هریک از آنها را جداگانه فروخت یا نه؟

همچنین آیا می شود کودک را پیش از این مدت از سایر بستگانش چون پدر، پدر بزرگ و مادر بزرگ جدا کرد؟

جدایی کودک از مادر

نظرات مطرح در متون فقهی

در متون فقهی به دو نظریه در این باره بر می خوریم:

نظریه اول، حرمت جدایی: گروهی از فقها بر این باورند که جدایی مادر از کودکش

حرام بوده (۱)، حتی چنین معامله ای اگر پیش از هفت سالگی کودک باشد، قابل فسخ است (۲).

بررسی دلایل: مهم ترین دلیل طرفداران این نظریه، پس از ادعای آسیب (ضرر) دیدن کودک به واسطه جدایی از مادرش (۳)، احادیثی است که در متون روایی شیعه و سنی از پیامبر گرامی اسلام و ائمه معصومین علیهم السلام نقل شده است (۴):

۱- روایت هشام بن حکم ۷۰*»: «أنه اشتریت له جاریه من الکوفه، قال فذهب لتقوم فی بعض الحاجه، فقالت: یا أمّاه، فقال لها ابو عبد الله علیه السلام: ألك أم؟ قالت: نعم، فأمر بها فَرَدَّتْ؛ فقال: ما آمنتُ لو

ص: ۳۴۴

-
- ۱- مختلف الشیعه، ۴/۴۱۸-۴۱۹؛ منتهی المطلب، ۲/۹۳۰؛ المهذب البارع، ۲/۴۵۷؛ ریاض المسائل، ۱/۵۶۴؛ نهاییه المرام، ۲/۲۶۱؛ الحدائق الناضره، ۱۹/۴۱۸-۴۲۰؛ السرائر، ۲/۱۳؛ المقنعه، ص ۵۴۵.
 - ۲- فتاوی ابن الجنید، ص ۱۶۱؛ مختلف الشیعه، ۴/۴۱۹.
 - ۳- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰.
 - ۴- برای اطلاع بیشتر ر.ک: الحدائق الناضره، ۱۹/۴۱۸-۴۲۰.

حَبَسْتُهَا أَنْ أَرَى فِي وَلَدِي مَا أَكْرَهُ»^(۱)، برای ایشان کنیزی از کوفه خریدم، هنگامی که می رفت تا برخی از کارهای خود را انجام دهد، گفت: ای مادر؛ امام صادق علیه السلام به او فرمودند: آیا مادر داری؟ گفت: آری، امام فرمان داد تا او را باز گردانند، سپس فرمود: اگر او را نگاه می داشتم، ایمن نبودم از اینکه در فرزندان خود بینم چیزی را که دوست نداشتم بینم.

نقد: مرحوم نجفی در نقد استدلال به این روایت می نویسد: موضوع بحث، جدایی کودک از مادرش پیش از رسیدن به سن هفت سالگی است و حال آنکه مورد روایت هشام، دختر بچه ای است که نیازمند به مادر نیست، زیرا آن چنان که از توضیح راوی به دست می آید، وی به تنهایی توانایی انجام وظایفی که به او واگذار شده است را دارد؛ بنابراین، می بایست این روایت را حمل بر کراهت کرد، به خصوص که خریدار آن کودک، شخصی مثل هشام است که بسیار بعید به نظر می رسد که حکم جدایی کودک از مادرش را پیش از هفت سال نداند^(۲).

۲- روایت معاویه بن عمار ۷۱*»: «أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِسَبْيٍ مِنَ الْيَمَنِ، فَلَمَّا بَلَغُوا الْجُحْفَةَ نَفَدَتْ نَفَقَاتِهِمْ، فَبَاعُوا جَارِيَةَ مِنَ السَّبْيِ، كَانَتْ أُمًّا مَعَهُمْ، فَلَمَّا قَدَمُوا عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ سَمِعَ بَكَاءَهَا، فَقَالَ: مَا هَذِهِ الْبَكَاءُ؟ فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، احْتَجْنَا إِلَى نَفَقَةٍ، فَبَعْنَا ابْنَتَهَا، فَبَعَثَ بَثْمَنَهَا، فَأَتَى بِهَا وَقَالَ: بِيَعُوهَا جَمِيعًا أَوْ أَمْسِكُوهُمَا جَمِيعًا»^(۳)، اسیرانی از یمن را نزد پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله می بردند، همین که به جحفه رسیدند، آذوقه آنها تمام شد، یکی از کنیزان را که مادرش با آن گروه بود فروختند؛ چون آنها را نزد پیامبر آوردند، صدای گریه اش را شنید، فرمود: این صدای گریه کیست؟ گفتند: ای رسول خدا، نیازمند توشه بودیم، دخترش را فروختیم، پیامبر بهای او را پس فرستاد و کنیزک را برگرداند و فرمود: هر دو را با هم

بفروشید یا هر دو را با هم نگاه دارید.

نقد: در برخی متون فقهی استدلال به این روایت چنین نقد شده است: این روایت بر

ص: ۳۴۵

۱- الکافی، ۵/۲۱۹، شماره ۳؛ تهذیب الأحکام، ۷/۷۳، شماره ۳۱۳.

۲- جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۲.

۳- الکافی، ۵/۲۱۸، شماره ۱؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۱۸-۲۱۹، شماره ۳۸۱۰؛ تهذیب الاحکام، ۷/۷۳، شماره ۳۱۴.

دو چیز دلالت دارد: ۱- حرمت جدایی کودک از مادرش، زیرا پیامبر فرمان داد تا کودک فروخته شده، پس گرفته شود و امر پیامبر دلالت بر وجوب این کار می کند (۱) ۲- بطلان خرید و فروش یکی بدون دیگری، زیرا که پیامبر بدون رضایت مشتری، پول او را پس می فرستد (۲)؛ ولی باید به این نکته توجه داشت که از این روایت به دست نمی آید که کودک فروخته شده، کمتر از هفت سال داشته است؛ بلکه شواهدی وجود دارد که می توان از آن به د

ست آورد کنیز فروخته شده، دختری بزرگسال بوده است، چرا که مسلمانان او را برای تأمین هزینه های سپاه فروخته اند و بهای یک کودک کمتر از هفت سال چندان زیاد نبوده که بتوان با آن هزینه یک لشکر را تأمین کرد (۳).

۳- روایت سماعه ۷۲*»: «سألته عن أخوين مملوكين، هل يفرق بينهما و عن المرأة و ولدها؟ فقال: لا، هو حرام إلا أن يريدوا ذلك» (۴)، از ایشان پرسیدم آیا می شود میان دو برادری که برده هستند یا میان مادر و کودکش جدایی انداخت؟ فرمود: نه، این کار حرام است، مگر اینکه خود آنها چنین بخواهند.

نقد: برخی از فقها معتقدند که نمی توان به این روایت عمل کرد، زیرا: ۱- از نظر سندی ضعیف است ۲- با توجه به استفاده از واژه «سألته»، این روایت «مضمّره» بوده،

معلوم نیست شخصی که از او این سؤال پرسیده شده است، امام معصوم علیه السلام باشد ۳- مورد سؤال دو چیز است، جدایی کودک از مادر و جدایی دو برادر از یکدیگر و معلوم نیست این جدایی نسبت به دو برادر، عملی حرام باشد ۴- پاسخ امام علیه السلام مطلق بوده، در برگیرنده دو حالت کوچک و بزرگ بودن فرزند می شود؛ بنابر این، اختصاص حرمت به فرضی که فرزند، خردسال باشد، بی دلیل است ۵- اطلاق پاسخ امام علیه السلام شامل جایی که

کودک بی نیاز از مادر باشد هم می شود و حال آنکه در فرض بی نیازی، جدایی جایز است (۵).

ص: ۳۴۶

۱- الحدائق الناضرة، ۱۹/۴۱۸.

۲- مختلف الشیعه، ۴/۴۱۹؛ الحدائق الناضرة، ۱۹/۴۲۰.

۳- مجمع الفائده، ۸/۲۵۵.

۴- الکافی، ۵/۲۱۸-۲۱۹، شماره ۲؛ تهذیب الاحکام، ۷/۷۳، شماره ۳۱۲.

۵- ر.ک: مجمع الفائده، ۸/۲۵۵؛ جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۰.

۴- روایت فقه الرضوی ۷۳* : «رُوی فی الجاریه الصغیره تُشتری و یفرق بینها و بین أمّها، فقال: إن کانت قد استغنت عنها، فلا بأس» (۱)؛ روایت شده درباره کنیزک خردسالی که فروخته شده و بین او و مادرش جدایی انداخته شد، فرمود: اگر بی نیاز از مادر شده است، مانعی ندارد.

نقد: موضوع این دو روایت، کودک خردسال است، ولی امام علیه السلام پاسخ خود را با جمله ای شرطی به این شکل، بیان می کند: اگر کودک بی نیاز از مادر شده باشد، می توان

او را جدای از مادرش فروخت (در فروش او بأس نیست)؛ مفهوم این جمله این می شود که اگر بی نیاز از مادر نشده باشد، نمی توان او را فروخت (در فروش او بأس است).

اما باید به این نکته توجه داشت، اصطلاح «وجود بأس» اعم از حرمت است، یعنی اینکه در انجام کاری «باس» است می تواند بیانگر حرمت یا کراهت آن کار باشد؛ پس نمی توان از پاسخ امام علیه السلام، حرمت جدایی کود را از مادرش اثبات کرد.

۵- روایت عمرو بن ابی نصر ۷۴* : «قلت لأبی عبد الله علیه السلام الجاریه الصغیره یشتريها الرجل،

فقال: إن کانت قد استغنت عن أبویها فلا بأس» (۲)؛ به امام صادق علیه السلام عرض کردم: کنیز صغیری را شخصی می خرد، امام علیه السلام فرمود: اگر از پدر و مادر خود بی نیاز باشد، مانعی ندارد.

نقد: موضوع این روایت نیز کودک خردسالی است که فروخته شده و پاسخ امام علیه السلام هم در قالب یک جمله شرطی است؛ ولی همچنان که گذشت، مفهوم عبارت «وجود بأس»، اعم از حرمت است (۳). افزون بر اینکه، در این روایت بی نیازی از پدر و مادر، شرط جواز معامله و جدایی قرار داده شده و سرایت این حکم به پدر محل تأمل است.

۶- روایت ابن سنان ۷۵* : «فی الرجل یشتري الغلام أو الجاریه و له أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من الأمصار؟ قال: لا یخرجه إلی مصر آخر إن کان صغیرا و لا یشره، فإن کانت له أم فطابت نفسها و نفسها فاشتره إن شئت» (۴)؛ شخصی غلام یا کنیزی را می فروشد که در یکی از شهرها، برادر یا خواهر یا پدر یا

ص: ۳۴۷

۱- فقه الرضا علیه السلام، ص ۲۵۱؛ مستدرک الوسائل، ۱۳/۳۷۵، شماره ۱۵۶۴۱.

۲- الکافی، ۵/۲۱۹، شماره ۴.

۳- ر.ک: جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۲.

۴- الکافی، ۵/۲۱۹، شماره ۵؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۲۳، شماره ۳۸۷۲؛ تهذیب الاحکام، ۷/۶۷، شماره ۲۹۰.

مادری دارد، امام علیه السلام فرمود: او را اگر خردسال است به شهر دیگر نبرد و نخرد؛ اگر مادری دارد که هم کودک و هم مادرش راضی به این جدایی هستند، اگر می خواهی او را بخر.

نقد: گرچه مرحوم عاملی صحت سندی این روایت را دلیل بر جواز عمل بر طبق آن می داند(۱)، ولی عمل به این روایت از چند جهت مورد اشکال قرار گرفته است: ۱- مضمون این روایت حکایت از عدم جواز جدایی میان افراد دیگری غیر از کودک و مادرش دارد و حال آنکه جدایی میان آنها جایز است(۲) ۲- بر اساس این روایت، نمی توان کودک را از شهری به شهر دیگر منتقل کرد و حال آنکه تغییر محل سکونت کودک حرام نیست(۳) ۳- امام علیه السلام خرید کودک بدون مادرش را منوط به رضایت او کرده اند (طابت نفسه) و معلوم است که فرض رضایت برای کودک خردسال چندان متصور نیست(۴) ۴- این حدیث صراحتی در مسأله خرید یکی از کودک و مادرش ندارد(۵).

۷- روایت ابو ایوب ۷۶* : «من فرّق بین والده و ولدها، فرّق الله بینه و بین الأحبه یوم القیامه»(۶)؛ هر کس میان مادر و کودکش جدایی بیندازد، خداوند روز قیامت میان او و دوستانش جدایی می اندازد.

نقد: به نظر برخی از فقها، این روایت نیز نمی تواند حرمت جدایی کودک از مادرش را پیش از رسیدن به سن هفت سال اثبات کند، زیرا: ۱- حدیث ابو ایوب تنها از طرق عامه نقل شده و در کتب روایی شیعه وجود ندارد(۷) ۲- تعبیر به «جدایی انداختن بین فرد و دوستانش» نظیر موارد مشابه آن، حکایت از ناپسند و مکروه بودن آن کار دارد و نه حرمت آن(۸) ۳- اگر جدایی انداختن میان کودک و مادرش حرام باشد، اطلاق آن شامل خرید و فروش و سایر امور می شود و حال آنکه جدایی میان آنها با آزاد کردن (عتق) تنها

ص: ۳۴۸

۱- نهاییه المرام، ۲/۲۶۲.

۲- جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۲.

۳- مجمع الفائده، ۸/۲۵۶.

۴- مجمع الفائده، ۸/۲۵۶.

۵- مجمع الفائده، ۸/۲۵۶.

۶- مسند احمد، ۵/۴۱۳؛ همچنین ر.ک: سنن دارمی، ۲/۲۲۸؛ سنن ترمذی، ۲/۳۷۶؛ شماره ۱۳۰۱ و ۳/۶۴، شماره ۱۶۱۳؛ السنن الکبری، ۹/۱۲۶۰؛ مسند شهاب، ۱/۲۸۰؛ شماره ۶-۴۵۵؛ عوالی اللثالی، ۲/۲۴۹، شماره ۲۰.

۷- الحدائق الناضره، ۱۹/۴۲۰.

۸- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰؛ جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۰ و ۲۲۲.

یکی از آن دو بدون شک صحیح است (۱).

۸- روایت انس ۷۷*: «لاتولّه والده عن [علی] ولدها» (۲)؛ جدا مساز مادر را از فرزندش.

اگر بپذیریم که واژه «تولیه» به معنای جدایی انداختن میان مادر و فرزند به کار رفته است، این حدیث نیز می تواند دلیلی بر حرمت باشد (۳).

نقد: این روایت نیز نمی تواند حرمت جدایی کودک از مادرش را پیش از رسیدن به سن هفت سال اثبات کند، زیرا: ۱- این حدیث تنها از طرق عامه نقل شده و در کتب روایی شیعه وجود ندارد ۲- این حدیث در متون روایی اهل سنت از سند معتبری برخوردار نیست (۴) ۳- اطلاق این حدیث شامل جایی که کودک به سن بلوغ نیز رسیده است، می شود و حال آنکه پس از رسیدن به بلوغ، جدایی میان آنها جایز است.

نتیجه

گرچه در متون فقهی برای استدلال به هر یک از روایت های هشتگانه گذشته، انتقادهایی مطرح شده است، اما از آنجا که این انتقادات نمی توانند به ظهور روایات در

حرمت، دست کم در جداسازی کودک از مادر خود پیش از هفت سال آسیبی وارد سازند، قول به حرمت جداسازی درست به نظر می رسد بنابراین، جدایی میان کودک و مادرش حرام و معامله ای که منجر به این جدایی شود نیز باطل خواهد بود (۵).

البته توجه به این نکته نیز ضروری است که بطلان معامله مزبور و نه حرمت آن، از سوی برخی از فقها مورد تردید قرار گرفته است، زیرا: ۱- نهی در معاملات مقتضی فساد آن نیست (۶) ۲- نهی از عقد است و نه از معقود علیّه، نظیر معامله در هنگام برگزاری نماز

ص: ۳۴۹

۱- جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۰.

۲- الجامع الصغیر، ۲/۷۴۵، شماره ۹۸۷۲؛ کنز العمال، ۵/۵۷۶-۵۷۷، شماره ۱۴۰۲۳ و ۹/۷۵، شماره ۲۵۰۲۳؛ الکامل فی ضعفاء الرجال، ۶/۴۱۸؛ الفردوس بمأثور الخطاب، ۵/۱۳۱؛ السنن الکبری، ۸/۵؛ نصب الرایه، ۶/۲۶۶.

۳- لسان العرب، ۱۳/۵۶۲؛ فیض القدر، ۶/۴۰۷؛ الفایق فی غریب الحدیث، ۳/۳۷۸.

۴- نیل الأوطار، ۵/۲۶۱.

۵- الحدائق الناضره، ۱۹/۴۲۰.

۶- منتهی المطلب، ۲/۹۳۱.

جمعه (بیع در وقت نداء) (۱) ۳- قرار داد فروش کودک بدون مادرش یا بالعکس، عقدی است که به حکم آیه کریمه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (۲)، به پیمان های خود وفادار باشید؛ وفای به مقتضای آن لازم است (۳) ۴- اصل بر صحت و درستی چنین معامله ای است (۴).

به هر حال، بنا بر حرمت جداسازی، باید بررسی کرد که از چه زمانی این عمل جایز می شود؟

گرچه سه روایت هشام بن حکم، معاویه بن عمار و ابو ایوب (بر فرض صحت سند) به اطلاق خود دلالت بر حرمت این جدایی دارند، ولی برای این اطلاق، دو مقتید وجود دارد: ۱- خواست و تمایل مادر و کودک که از دو جمله «هو حرام إلا أن یریدوا ذلك» (۵) و «إن کانت له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت» (۶) در روایت سماعه و ابن سنان به دست می آید ۲- بی نیازی از یکدیگر که از دو جمله «إن کانت قد استغنت عن أبویها فلا بأس» (۷) و «إن کانت قد استغنت عنها، فلا بأس» (۸) در روایت عمرو بن ابی نصر و فقه الرضوی به دست می آید.

صرف نظر از رضایت و تمایل قلبی، آنچه می تواند به عنوان ضابطه این جدایی قلمداد شود، بی نیازی کودک از مادر خود است ولی بدون شک منظور از این بی نیازی، بی نیازی عاطفی نیست، زیرا چنین چیزی هیچگاه میان مادر و کودک به وجود نمی آید؛ بلکه می بایست مقصود، بی نیازی از نظر جسمانی باشد.

در این صورت، باید دید که کودک چه زمانی به این مرحله می رسد؟ به نظر ما ملاک تشخیص بی نیازی، مراجعه به نظر عرف است، ولی بعید نیست بگوییم که از نظر عرفی، کودک تا به سن بلوغ نرسد، به این بی نیازی دست نمی یابد؛ اما بدون تردید نمی توان با

ملاحظه روایات باب حضانت، سن هفت سالگی را معیاری برای این بی نیازی دانست، زیرا در مسأله حضانت، کودک در هفت سالگی از مادر بی نیاز نمی شود، بلکه در هفت

ص: ۳۵۰

۱- تذکره الفقهاء، ۱/۴۲۶.

۲- مائده ۵ / ۱.

۳- منتهی المطلب، ۲/۹۳۱.

۴- منتهی المطلب، ۲/۹۳۱.

۵- الکافی، ۵/۲۱۸-۲۱۹، شماره ۲.

۶- تهذیب الاحکام، ۷/۶۷، شماره ۲۹۰.

۷- الکافی، ۵/۲۱۹، شماره ۴.

۸- فقه الرضا علیه السلام، ص ۲۵۱.

سالگی جای مادر با پدر در نگهداری او عوض می شود و پدر تا رسیدن کودک به سن بلوغ عهده دار انجام آن می شود.

به هر حال، با رسیدن به بی نیازی، جدایی کودک از مادر جایز است و نظیر مسأله حضانت، هیچ تفاوتی هم میان دختر و پسر وجود ندارد.

بنابر این، اختصاص این روایات به هفت سالگی و ادعای صراحت آنها در تفصیل میان دختر و پسر (۱)، مستند به هیچ دلیل معتبری نیست؛ همچنان که کمک گرفتن از روایات وارد در مسأله حضانت نیز برای اثبات این مطلوب بی فایده است.

نظریه دوم، کراهت جدایی: در برابر کسانی که خرید و فروش هر یک از کودک و مادرش را جدای از دیگری جایز نمی دانند، گروهی از فقها به واسطه نا تمام دانستن دلایل حرمت، این کار را جایز اما مکروه می دانند (۲).

به عنوان مثال، علامه حلی ضمن اعلام کراهت جدایی میان مادر و فرزند، تصریح می کند که بهتر است امام مسلمین در هنگام تقسیم غنایم، هر دوی آنها را به یک نفر داده

یا آنها را جزء سهم خمس قرار دهد (۳).

وی معتقد است که کراهت این کار با رضایت مادر به این جدایی هم از بین نمی رود، زیرا جدایی کودک از مادرش موجب آسیب دیدن او می شود (۴)؛ افزون بر اینکه مادر به چیزی راضی شده است که به ضرر اوست و به همین خاطر در آینده نظرش تغییر کرده، پشیمان می شود (۵).

بررسی دلایل: برای اثبات جواز و همچنین صحت چنین معامله ای به دو دلیل استناد شده است:

۱- حدیث نبوی صلی الله علیه و آله ۷۸* : «النَّاسُ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (۶)؛ مردم، زمامدار دارایی های خود هستند.

ص: ۳۵۱

۱- ریاض المسائل، ۱/۵۶۴.

۲- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰؛ مجمع الفائده، ۸/۲۵۶.

۳- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰؛ تذکره الفقهاء، ۱/۴۲۶.

۴- تذکره الفقهاء، ۱/۴۲۶.

۵- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰.

۶- بحار الانوار، ۲/۲۷۲، شماره ۱؛ عوالی اللثالی، ۱/۱۹۵ و ۳۴۹ و ۲/۳۰۵.

با توجه به مفاد این حدیث، مالک زمام مال خود را به دست داشته، می تواند هر نوع تصرفی را در آن انجام دهد (۱).

۲- اصل عملی: اگر در صحت فروش کودک بدون مادرش یا بالعکس شک کنیم، به مقتضای اصل جواز یا اصل صحت، این معامله صحیح و جایز است (۲).

البته باید به این نکته توجه داشت که گرچه این معامله به واسطه اصول عملی و عمومات سلطنت بر اموال، کاری است جایز، ولی از جمع آن با روایاتی که دلالت بر حرمت چنین معامله ای دارند - صحیحه معاویه بن عمار، موثقه سماعه، صحیحه هشام بن حکم، خبر عمرو بن ابی نصر، صحیحه ابن سنان و خبر ابو ایوب - می توان حکم به کراهت آن کرد (۳).

نقد: به استناد مطالب بالا نمی توان به جواز چنین معامله ای حکم کرد، زیرا:

۱- اگر ظهور روایات گذشته را در حرمت جدایی کودک از مادرش بپذیریم، می توانیم ادعا کنیم عموماتی که دلالت بر جواز این معامله دارند، تخصیص خورده اند (۴).

۲- قاعده سلطنت در مقام بیان مشروعیت انواع تصرفات نیست و گرنه می شود همه محرمات الهی را به حکم همین قاعده جایز شمرد و تخصیص آن به ادله محرمات در تکلیفیات و ابطال عقود و ایقاعات در معاملات نیز تخصیص اکثر و مستهجن است (۵).

به عبارت دیگر، نمی توان با تمسک به این قاعده، مشروعیت هر تصرفی را که در جواز آن شک داریم اثبات کرد، چرا که این کار از قبیل تمسک به عام در شبهات مصداقیه است.

بنابر این، ادعای کراهت جدایی میان کودک و مادرش به واسطه خرید و فروش، ادعایی است ضعیف که نمی توان به آن عمل کرد (۶).

ص: ۳۵۲

۱- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰؛ المهذب البارع، ۲/۴۵۷؛ الحدائق الناضره، ۱۹/۴۱۸.

۲- المهذب البارع، ۲/۴۵۷؛ الحدائق الناضره، ۱۹/۴۱۸.

۳- جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۰.

۴- ریاض المسائل، ۱/۵۶۴.

۵- محقق خراسانی، حاشیه مکاسب، ص ۶۷؛ آشتیانی، کتاب القضاء، ص ۲۹۹.

۶- ریاض المسائل، ۱/۵۶۵.

اگر بپذیریم که جدایی میان کودک و مادرش، جایز نیست، دو پرسش قابل طرح است: ۱- آیا این حکم تنها به مادر و فرزند اختصاص داشته یا نسبت به افراد دیگری نیز

جاری است؟ ۲- در چه شرایطی جدا سازی کودک از مادر یا سایر افرادی که جانشین او هستند، جایز است؟

جدایی کودک از سایر بستگان

در پاسخ به این سؤال که آیا حکم کراهت یا حرمت - بنا بر اختلاف برداشت از روایات - تنها شامل جدایی کودک از مادر می شود یا جدایی کودک از دیگر بستگانش را هم در بر می گیرد، دو نظریه در متون فقهی وجود دارد:

نظریه اول، سرایت: گروهی از فقها بر این باورند که جدایی کودک از سایر افرادی که چون مادر، به آنها انس و الفت دارد، نظیر پدر، برادر، خواهر، پدر بزرگ، مادر بزرگ،

عمه و خاله جایز نیست^(۱)؛ همچنان که برخی نیز مدعی اند جدایی میان کودک و بستگانی جایز نیست که در تربیت وی نقش دارند^(۲).

بررسی دلایل: برای اثبات این نظر به چند مطلب استناد شده است:

۱- روایات^(۳): در جوامع حدیثی دو روایت وجود دارد که افزون بر مادر، جدایی کودک از سایر بستگانش را جایز نمی داند.

روایت ابن سنان ۷۹*»: «فی الرجل یشتری الغلام أو الجاریه و له أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من الأمصار؟ قال: لایخرجه إلی مصر آخر إن کان صغیرا و لایشتره، فإن کانت له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت»^(۴)، درباره مردی پرسیدم که غلام یا کنیزی را می خرد که برادر، خواهر، پدر یا مادر در

شهری دیگر دارد، فرمود: او را اگر خردسال است نه به شهر دیگری ببرد و نه بخرد، اگر مادری دارد که هم مادر و هم خود او راضی به این کار باشند، می توانی او را بخری.

ص: ۳۵۳

۱- فتاوی ابن الجنید، ص ۱۶۱؛ مختلف الشیعہ، ۴/۴۱۹؛ ریاض المسائل، ۱/۵۶۵؛ جامع المقاصد، ۴/۱۵۸؛ شرح اللمعہ، ۳/۳۱۸؛ الحدائق الناضره، ۱۹/۴۲۳.

۲- مجمع الفائدہ، ۸/۲۵۷.

۳- الحدائق الناضره، ۱۹/۴۲۳.

۴- الکافی، ۵/۲۱۹، شماره ۵.

بر اساس این روایت، برادر، خواهر و پدر به مادر ملحق شده، جدایی میان کودک و هریک از آنها جایز نخواهد بود^(۱).

روایت سماعه ۸۰*»: «سألته عن أخوين مملوكين، هل يفرق بينهما و عن المرأة و ولدها؟ فقال: لا، هو حرام إلا أن يريدوا ذلك»^(۲)، از ایشان پرسیدم آیا می شود میان دو برادری که برده هستند یا میان مادر و کودکش جدایی انداخت؟ فرمود: نه، این کار حرام است، مگر اینکه خود آنها چنین بخواهند.

بر اساس این روایت، امام علیه السلام جدایی میان دو برادر را چون جدایی میان کودک و مادرش حرام می داند.

گرچه در این دو روایت، سخنی از عمه و خاله به میان نیامده است، ولی از آن جهت که در میان فقها کسی قائل به تفاوت میان آن دو و سایر بستگان نشده است، پس می توان چنین ادعا کرد که جدایی میان کودک و عمه یا خاله او نیز چون جدایی میان وی و برادر،

خواهر، پدر بزرگ، مادر بزرگ و پدر جایز نیست^(۳).

۲- تنقیح مناط: اگر بتوانیم مناط و علت حکم عدم جواز جدایی کودک از مادرش را به دست آوریم، هر جا که جدایی کودک از سایر بستگانش چنین نتیجه ای به دنبال داشته باشد، می توان حکم به عدم جواز جدایی میان آنها کرد^(۴).

۳- احتیاط: برخی از فقها بر این باورند که اگر جدایی کودک از سایر بستگانش موجب ناراحتی وی شود، احتیاط اقتضا می کند عدم جواز جدایی میان آنها را^(۵).

محدث بحرانی معتقد است که بر فرض پذیرش نظریه سرایت، حکم عدم جواز جدایی میان کودک و سایر بستگانش تنها به زنانی اختصاص پیدا می کند که در مهربانی و شفقت چون مادر هستند و حال آن که بر اساس مضمون دو روایت سماعه و ابن سنان، این حکم شامل مردان نیز می شود؛ بنابر این، تخصیص حکم مزبور به زنان، به معنای

ص: ۳۵۴

۱- مجمع الفائده، ۸/۲۵۷.

۲- الکافی، ۵/۲۱۸-۲۱۹، شماره ۲.

۳- ریاض المسائل، ۱/۵۶۵.

۴- ر.ک: ریاض المسائل، ۱/۵۶۵.

۵- مجمع الفائده، ۸/۲۵۶؛ جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۲.

عمل نکردن به مفاد روایات است (۱).

با وجود پذیرش نظریه سرایت، در برخی از مصادیق خاص، ایرادات یا توجیحات دیگری نیز در میان فقها وجود دارد.

به عنوان مثال، جدایی میان کودک و مادر بزرگ پدری (۲) یا مادری جایز نیست، چرا که مادر بزرگ نظیر مادر است در حضانت کودک (۳).

جدایی میان کودک و پدر بزرگ پدری و مادری گرچه به نظر بیشتر فقهای سنی جایز نیست، ولی علامه حلی معتقد است که چون اجداد کودک نظیر پدر و مادر و جانشین آنها در استحقاق حضانت و ارث هستند، نمی توان میان آنها و کودک جدایی انداخت (۴).

در مورد جدایی فرزند پسر از پدرش، برخی به جایز بودن آن فتوا داده اند (۵)، زیرا پدر اهل حضانت نیست، اصل بر جواز خرید و فروش است، کودک از مادر خود که مهربان تر از پدر است، پیش از این جدا شده است (۶)، دلیلی هم بر ممنوعیت این جدایی نداریم (۷)؛ در مقابل، احتمال جایز نبودن این کار نیز مطرح شده است (۸)، زیرا پدر نیز چون مادر یکی از والدین کودک است (۹).

علامه حلی معتقد است جدایی میان دو خواهر یا دو برادر به مقتضای اصل، امری

است جایز (۱۰).

نظریه دوم، عدم سرایت: در برابر نظریه پیشین، این احتمال نیز در متون فقهی مطرح

شده است که اگر جدایی کودک حرام باشد، این حکم تنها اختصاص به مادر و دختر داشته، شامل سایر افراد نمی شود (۱۱).

بررسی دلایل: برای اثبات این نظریه به خصوص، دلیل خاصی بیان نشده است، ولی

ص: ۳۵۵

۱- الحدائق الناضرة، ۱۹/۴۲۳.

۲- تذکره الفقهاء، ۱/۴۲۶.

۳- منتهی المطلب، ۲/۹۳۱؛ تذکره الفقهاء، ۱/۴۲۶.

۴- منتهی المطلب، ۲/۹۳۱.

۵- المذهب، ۱/۳۱۸؛ منتهی المطلب، ۲/۹۳۰.

۶- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰.

۷- تذکره الفقهاء، ۱/۴۲۶.

۸- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰.

٩- تذكرة الفقهاء، ١/٤٢٦.

١٠- منتهى المطلب، ٢/٩٣١؛ تذكرة الفقهاء، ١/٤٢٦.

١١- مجمع الفائدة، ٨/٢٥٧.

می توان به چند مطلب استناد کرد:

۱- اکتفا به قدر متیقن: از آنجا که حکم به عدم جواز جدایی حکمی است بر خلاف اصل، می باید به قدر متیقن از آن اکتفا کرد و قدر متیقن از حرمت، جدایی بین کودک و مادرش است.

۲- اصل عملی: اگر شک داشته باشیم که جدایی بین کودک و سایر بستگانش جایز است یا نه، اصل برائت دلالت بر جواز آن دارد.

نقد: محقق اردبیلی معتقد است اختصاص حرمت جدایی به مادر و دختر، به معنای

رها کردن دو حدیث معتبر و عمل نکردن به آنهاست (۱)، پس نمی تواند معتبر باشد (۲).

به نظر می رسد راه درست آن است که در سرایت حکم حرمت جدایی به سایر بستگان غیر از مادر، اکتفا کنیم به همان افرادی که در مجموع احادیث از آنها نام برده

شده، یعنی مادر، پدر، برادر و خواهر، چرا که این حکم بر خلاف اصل اولیه جواز تصرف مالک در اموال خود است (۳) و سایر احتمالاتی که در منابع فقهی آمده، مستند به دلیل معتبری نیست (۴).

شرایط جدایی کودک از مادر

فقاها برای جدا کردن کودک از مادرش در بحث خرید و فروش بردگان، شرایطی را بیان کرده اند که در بیشتر موارد مستند به احکام موجود در بحث حضانت است، بدون آنکه برای آنها دلیل خاصی وجود داشته باشد.

با توجه به ارتباط مباحث مطرح شده در این مسأله با قوانین حضانت، به رغم از بین رفتن موضوع برده داری، نگاهی گذرا به آن می اندازیم:

اول، رضایت: کراهت یا حرمت جدا کردن کودک از مادرش، با رضایت هر دو یا

ص: ۳۵۶

۱- مجمع الفائدة، ۸/۲۵۷.

۲- ریاض المسائل، ۱/۵۶۵.

۳- الحدائق الناضرة، ۱۹/۴۲۳.

۴- مجمع الفائدة، ۸/۲۵۹: «ما نفهم أكثر المسائل، نستفهمها من الله، يفهمنا الله إياها».

نقد: رضایت مادر به تنهایی کافی برای از بین رفتن کراهت [حرمت] نیست، زیرا: ۱- حکم به کراهت یا حرمت جدایی به خاطر رعایت حق کودک نیز هست، پس خواستِ مادر به تنهایی نمی تواند مجوز جدایی باشد ۲- امام علیه السلام در روایت ابن سنان با بیان جمله «فإن كانت له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت»(۲)، اگر مادری دارد که هم کودک و هم مادرش راضی به این جدایی هستند، اگر می خواهی او را بخر؛ جواز خرید را موکول به رضایت کودک و مادر با هم دانسته اند(۳).

به هر حال، نمی توان گفت که حکم کراهت یا حرمت جدا کردن کودک از مادرش باقی است حتی اگر هر دوی آنها راضی به این جدایی باشند (تعمیم حکم کراهت یا حرمت به صورت رضایت و عدم رضایت مادر و کودک ضعیف است)(۴).

دوم، بی نیازی: گروهی از فقهای شیعه و سنی (محقق طوسی، اوزاعی و لیث بن سعد) بر این باورند که هرگاه کودک بی نیاز از مادر باشد، یعنی بتواند به تنهایی لباس

پوشیده یا وضو بگیرد، جایز است او را از مادرش جدا کرد(۵).

بررسی دلایل: برای اثبات چنین شرطی، می توان به دو روایت عمرو بن ابی نصر و فقه الرضوی استناد کرد(۶)، زیرا امام علیه السلام در مقام پاسخ، «عدم بأس» را مشروط به «استغناء» کرده اند، «إن كانت قد استغنت عن أبویها [عنها] فلا بأس»(۷)، اگر از پدر و مادر خود بی نیاز

باشد، مانعی ندارد.

با توجه به آنچه پیرامون دو نظریه حرمت و کراهت پیش از این گفتیم، اگر بی نیازی را شرط بدانیم، در این صورت پیش از رسیدن به حد بی نیازی، جدا سازی کودک از مادر حرام است آن گونه که گروهی از فقها فتوا داده اند، چون: شیخ طوسی مفید، ابن براج،

ص: ۳۵۷

۱- شرح اللمعه، ۳/۳۱۸.

۲- الکافی، ۵/۲۱۹، شماره ۵.

۳- جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۳.

۴- ریاض المسائل، ۱/۵۶۵.

۵- ر.ک: تذکره الفقهاء، ۱/۴۲۶؛ منتهی المطلب، ۲/۹۳۰.

۶- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: نهایه المرام، ۲/۲۶۲.

۷- الکافی، ۵/۲۱۹، شماره ۴؛ فقه الرضا علیه السلام، ص ۲۵۱.

سالر، ابن جنید، شهید ثانی بلکه به ادعای علامه حلی این حکم، مشهور میان فقهاست (۱) و یا مکروه است آن گونه که گروهی دیگر فتوا داده اند، نظیر: محقق طوسی در باب «عتق» کتاب نهاییه، محقق حلی، علامه حلی، ابن ادریس و شهید اول (۲).

طبیعی است که با رسیدن کودک به این حد، یعنی بی نیاز بودن از مادر در امور شخصی خود، می بایست این حرمت یا کراهت که پیش از این بود، از بین برود؛ ولی مرحوم نجفی در این باره سه احتمال را به این شکل، نقل می کند: ۱- اباحه ۲- کراهت ۳-

اگر با رسیدن به حد بی نیازی، افزون بر تشخیص عقلی، قدرت انجام کارهای ضروری خود را داشته باشد، جدایی میان کودک و مادرش کراهت ندارد؛ در غیر این صورت، کراهت همچنان باقی است (۳).

لازم به یادآوری است، ابن جنید، ضمن معتبر دانستن بی نیازی برای جواز جدایی کودک از مادر، آن را مشروط به رضایت کودک کرده است (۴).

زمان بی نیازی: اگر بی نیازی از مادر را شرط جواز جدایی کودک از او بدانیم، این پرسش به وجود می آید که چه زمانی کودک دیگر به مادر خود نیاز ندارد؟

در متون فقهی برای «استغناء» تعریف های متفاوتی وجود دارد:

۱- رسیدن به سن هفت سالگی: برخی از فقهای شیعه و سنی، هفت سالگی را سن

بی نیازی از مادر می دانند (۵).

دلیل چنین مطلبی آن است که در شرایط عادی یعنی زمانی که هیچ یک از کودک و مادرش در بند بردگی نیستند، نگهداری کودک و حضانت او از مادر گرفته شده به پدر سپرده می شود، پس همچنان که در این فرض می توان کودک را از مادرش جدا کرد، در

ص: ۳۵۸

۱- النهایه، ص ۴۱۰؛ المقنعه، ص ۵۴۵؛ المهذب، ۱/۳۱۸؛ المراسم، ص ۱۷۷؛ فتاوی ابن الجنید، ص ۱۶۱؛ مسالك الأفهام، ۳/۳۸۹؛ الروضه البهیة، ۳/۳۱۸؛ تذکره الفقهاء، ۱۰/۳۳۱؛ الحدائق الناضره، ۱۹/۴۱۸.

۲- النهایه، ص ۵۴۶؛ مختصر النافع، ص ۱۳۲؛ شرایع الاسلام، ۲/۵۹؛ مختلف الشیعه، ۴۱۹؛ ارشاد الاذهان، ۱/۳۶۶؛ السرائر، ۲/۱۳؛ رح اللمقه الدمشقیه، ۳/۳۱۸.

۳- جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۳-۲۲۴.

۴- فتاوی ابن الجنید، ص ۱۶۱؛ مختلف الشیعه، ۴/۴۱۹.

٥- تذكرة الفقهاء، ١/٤٢٦؛ المهذب البارع، ٢/٤٥٧؛ جواهر الكلام، ٢٤/٢٢٥.

فرضی هم که هر دو در قید بندگی هستند، چنین کاری جایز است.

شاهد بر این مدعا، روایت ایوب بن نوح است که توضیح آن پیش از این گذشت (۱)، «المرأه أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأه» (۲)، زن سزاوارتر است به کودک تا به هفت سال برسد، مگر اینکه زن بخواهد [غیر از آن را]؛ «رجل تزوج امرأه فولدت منه ثم فارقتها، متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: إذا صار له سبع سنين، فإن أخذه فله و إن تركه فله» (۳)، مردی با زنی ازدواج می کند و پس از اینکه زایمان می کند، شوهرش از او جدا می شود، چه هنگام می تواند فرزندش را از او بگیرد؟ امام علیه السلام در پاسخ نوشت: وقتی کودک هفت ساله شد، اگر خواست او را از مادر بگیرد و اگر خواست، او را نزد مادر بگذارد.

۲- بی نیازی از شیر مادر: برخی از فقهاء «استغناء» از مادر را به بی نیازی از شیر مادر معنا کرده است (۴)، یعنی هرگاه کودک برای ادامه زندگی نیازمند به تغذیه با شیر مادر نباشد، می توان او را از مادرش جدا کرد.

طبیعی است اگر مدت زمان لازم برای شیر خوردن کودک را بر اساس دو روایت عبدالوهاب بن الصباح و سماعه بن مهران، دست کم بیست و یک ماه: «الفرض فی الرضاع

أحد و عشرون شهرا، فما نقص عن أحد و عشرين شهرا، فقد نقص المرضع و إن أراد أن يتم الرضاعه

فحولین کاملین» (۵)، زمان واجب در شیر دادن بیست و یک ماه است، اگر از بیست و یک ماه کمتر باشد، مادر کوتاهی کرده است، اگر بخواهد که شیر دادن را تمام کند، پس دو سال کامل است؛ «الرضاع واحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور علی الصبی» (۶)، شیردهی بیست و یک ماه است، اگر کمتر از این باشد، ستمی است بر کودک؛ و بیشترین حد آن به حکم آیه شریفه «وَأُولَادَاتُ يُرْضَعْنَ عَنْ أَوْلَادِهِنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ» (۷)، مادران باید فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند برای کسی که می خواهد دو سال را تمام کند، و مفاد روایت سعد بن سعد اشعری: «سألته عن الصبی هل

ص: ۳۵۹

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: نهاییه المرام، ۲/۲۶۲.

۲- من لا يحضره الفقيه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۵.

۳- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۹۲، شماره ۷.

۴- المذهب البارع، ۲/۴۵۷.

۵- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶، شماره ۳۵۸.

۶- الکافی، ۶/۴۰، شماره ۳.

۷- بقره ۲ / ۲۳۳.

یرضع أكثر من سنتین؟ فقال: عامین»^(۱)، از ایشان پرسیدم آیا کودک بیش از دو سال شیر داده می شود؟ فرمود: دو سال، بیست و چهار ماه یا دو سال کامل باشد؛ می باید چنین نتیجه گیری کنیم که منظور از بی نیازی از شیر مادر، گذشت دست کم، بیست و یک ماه از شیر خوردن کودک است.

اگر چنین توضیحی را بپذیریم، دیگر نمی توان پیش از بیست و یک ماه شیر خوردن، مسأله بی نیازی از مادر را مطرح کرد و به خودی خود، این بحث که بی نیازی از شیر مادر

نسبت به شیر آغوز (لَبَا) جاری نیست، زیرا زندگی کودک به آن بستگی دارد، پس نمی توان کودک را قبل از خوردن شیر آغوز از مادرش جدا کرد^(۲)؛ غیر قابل طرح است، چرا که اگر بر مادر واجب باشد بیست و یک ماه پس از تولد به کودک خود شیر دهد، می بایست شیر آغوز را نیز به او بخوراند و دیگر جایی برای رد و اثبات وجوب دادن شیر

آغوز به کودک و توجیحات مطرح شده در باره هریک از آنها باقی نمی ماند^(۳).

۳- مدت حضانت: در میان فقها هستند کسانی که زمان بی نیازی کودک از مادرش را به زمان حضانت مادر از او وابسته کرده اند^(۴)؛ زیرا در روایاتی که دلالت بر جایز نبودن جدایی میان کودک و مادر دارند، هیچ گونه زمانی تعیین نشده است، پس می بایست اطلاق آنها را بر مدتی حمل کنیم که این جدایی به واسطه بر عهده گرفتن حضانت از سوی مادر، حرام است، چرا که زندگی با کودک حقی است که خداوند در مدت زمانی خاص برای مادر در نظر گرفته است^(۵).

بنابر این، اگر مطابق نظر مشهور میان فقها، زمان حضانت مادر بر کودک را دو سال برای پسر و هفت سال برای دختر بدانیم، در محل بحث نیز می گوئیم نمی توان کودک را تا دو سال از مادرش جدا کرد، اگر پسر باشد و تا هفت سال، اگر دختر باشد.

ص: ۳۶۰

۱- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۷، شماره ۳۶۳.

۲- مجمع الفائدة، ۸/۲۶۰.

۳- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: الحدائق الناضرة، ۱۹/۴۲۴؛ مجمع الفائدة، ۸/۲۶۰.

۴- نهاییه المرام، ۲/۲۶۲؛ المهذب البارع، ۲/۴۵۷؛ مجمع الفائدة، ۸/۲۵۷ و ۲۶۰.

۵- جامع المقاصد، ۴/۱۵۸.

اما اگر آن گونه که ما توضیح دادیم، جنسیت کودک تأثیری در مدت زمانی که می تواند با مادر خود زندگی کند، نداشته باشد؛ در این صورت حکم خواهیم کرد که همچون حضانت، نمی توان کودک را تا هفت سال از مادر خود جدا کرد.

بنابر این، این ادعا که مشهور در مسأله خرید و فروش بردگان، رعایت عدم جدایی میان مادر و فرزند است تا هفت سال و بدون تفاوت میان پسر و دختر به عکس باب حضانت(۱)؛ سخنی بدون دلیل است، زیرا حق کنیز بیشتر از حق زن آزاده نخواهد بود(۲).

با ملاحظه همین جهت است که علامه حلی چون در باب حضانت به تفاوت میان پسر و دختر نظر دارد، در این مسأله نیز حکم به اعتبار دو سال برای پسر و هفت سال برای دختر کرده است(۳).

به هر حال، هر چند برابر دانستن احکام حضانت و احکام جدایی کودک از مادرش، خالی از وجه نیست(۴)، ولی برای چنین ادعایی هیچ مدرک معتبری نداریم(۵).

۴- تشخیص عرفی: در میان نظراتی که درباره تعیین زمان بی نیازی کودک به مادرش،

مطرح شده است، رجوع به نظر عرف است؛ چرا که تقیید اطلاق روایاتی که جدایی کودک از مادرش را جایز نمی دانست به زمانی خاص، بدون دلیل است.

اگر چنین نظری را بپذیریم، بعید نیست مدعی شویم که در نگاه عرفی به خصوص اگر منظور از عرف، عرف غیر کارشناس باشد، زمانی که کودک از مادر خود بی نیاز می شود، بسته به شرایط کودک و مادر متفاوت خواهد شد(۶).

سوم، بلوغ: گروهی از فقهای سنی چون شافعی، احمد و تنی چند از علمای شیعه، مدعی اند که شرط جواز جدایی کودک از مادرش، بلوغ اوست(۷).

بررسی دلایل: برای اثبات چنین نظری به چند مطلب استناد شده است:

ص: ۳۶۱

۱- جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۴.

۲- جامع المقاصد، ۴/۱۵۸.

۳- ر.ک: مجمع الفائده، ۸/۲۵۹.

۴- شرح اللمعه، ۳/۳۱۸.

۵- الحدائق الناضرة، ۱۹/۴۲۱.

۶- جواهر الکلام، ۲۴/۲۲۴.

۷- ر.ک: منتهی المطلب، ۲/۹۳۰؛ المهذب، ۱/۳۱۸.

۱- روایت عباد بن صامت ۸۱*»: «نهی رسول الله صلی الله علیه و آله أن یفرق بین الأم و ولدها، فقیل: إلی متی؟ قال: حتی یبلغ الغلام و تحيض الجاریه»(۱)؛ رسول خدا از اینکه بین مادر و فرزندش جدایی انداخته شود، نهی کرد. پرسیده شد: تا کی؟ فرمود: تا پسر و دختر بالغ شوند.

۲- نیاز به سرپرست: بدون تردید فرد غیر بالغ، چون کودک، نیازمند به کسی است که

از او نگهداری کرده، سرپرستی زندگی اش را بر عهده بگیرد(۲).

۳- اتفاق فقها: شکی نیست که با رسیدن به سن بلوغ و پس از آن، به اتفاق فقها،

جدایی کودک از مادرش جایز است، زیرا که با بلوغ، شخص به استقلال رسیده و میزان ناراحتی او از جدایی از مادرش به حد اقل ممکن می رسد(۳).

چهارم، رسیدن به هفت سال: ابن جنید مدعی است که تا پیش از هفت سال، مستحب است کودک از مادرش جدا نشود، مگر اینکه شخص بیگانه بتواند جای خالی مادر را پر کند(۴).

لازم به یادآوری است که از میان فقهای شیعه، قاضی ابن براج چون برخی از عامه سن جواز جدایی کودک از مادرش را حدود هفت یا هشت سال تعیین کرده است(۵).

نقد: محقق اردبیلی ضمن عدم پذیرش این نظر، در مقام رد آن می نویسد: «عدم جواز جدایی کودک از مادرش، احتیاج کودک به تربیت و حضانت نیست تا بگوییم این نیاز با رسیدن کودک به هفت سالگی از بین می رود، بلکه نیاز عاطفی کودک به مادر و ناراحتی که از جدایی از مادر برای او به وجود می آید، دلیل عدم جواز جدایی است و این عامل پس از هفت سالگی نیز همچنان باقی است به خصوص که دو روایت معاویه و هشام دلالت دارند بر این حکم بدون تقيید به هیچ زمانی؛ مگر اینکه مدعی شویم اجماع فقها دلیل تقيید این روایات به هفت سالگی است که این خود نیز محل تأمل است(۶).

ص: ۳۶۲

۱- مستدرک حاکم، ۲/۵۵؛ السنن الکبری، ۹/۱۲۸؛ سنن دار القطنی، ۳/۵۷؛ همچنین ر.ک: تحفه الا-حوذی، ۴/۴۲۲؛ نصب الرايه، ۴/۴۹۱؛ منتهی المطلب، ۲/۹۳۰.

۲- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰؛ تذکره الفقهاء، ۱/۴۲۶.

۳- مجمع الفائده، ۸/۲۵۹-۲۶۰.

۴- فتاوی ابن الجنید، ص ۱۶۱؛ مختلف الشیعه، ۴/۴۱۹.

۵- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰؛ المهذب، ۱/۳۱۸.

۶- مجمع الفائده، ۸/۲۵۹.

جدایی فرد بالغ از مادر و سایر بستگان

آنچه تا کنون گذشت بررسی جدایی میان کودک از مادر یا سایر بستگانش بود؛ اما در متون فقهی مسأله جدایی فرزند بالغ از مادرش نیز مورد بررسی قرار گرفته است.

عمده دلیل موافقان جواز جدایی، شواهد تاریخی است که اهل سنت آن را نقل کرده اند (۱).

مخالفان نظریه جواز و کسانی که معتقدند جدایی میان بردگان حتی در بزرگسالی نیز جایز نیست به اموری از این قبیل استناد کرده اند: ۱- عموم اخباری که مقتضی تحریم جدایی است ۲- آسیب دیدن مادر از جدایی از فرزند خود ۳- اختصاص برخی از روایات به افراد بالغ (۲).

ص: ۳۶۳

۱- منتهی المطلب، ۲/۹۳۰-۹۳۱.

۲- منتهی المطلب، ۲/۹۳۱؛ الحدائق الناضره، ۱۹/۴۲۲.

بخش سوم: بررسی مسایل حقوقی کودکان سرراهی (لقیظ)

اشاره

فصل اول: مباحث مقدماتی

فصل دوم: شرایط نگهداری از کودکان سرراهی

فصل سوم: مسایل حقوقی کودکان سرراهی

فصل چهارم: مسایل کیفری کودکان سرراهی

فصل پنجم: اختلاف درباره کودکان سرراهی

فصل ششم: رابطه خویشاوندی با کودکان سرراهی

فصل هفتم: خویشاوندی مجازی

فصل هشتم: دین و آیین کودکان سرراهی

ص: ۳۶۵

پیشگفتار

تولید مثل که از جمله مهم ترین کارکردهای ازدواج است، گاه به صورت مشکلی جدی در دو حوزه فردی و اجتماعی تبدیل می شود.

کم نیستند زنان و مردانی که به صورت مشروع یا نا مشروع، با تن دادن به آمیزش جنسی، خواسته یا ناخواسته، زمینه ایجاد کودکی را فراهم می سازند؛ کودکانی که هیچ یک از زن و مرد (زن و شوهر) مایل به ادامه حیات آنها نیستند و در صورتی هم که پا

به عرصه زندگی بگذارند، به واسطه پاره ای محدودیت های اجتماعی یا اقتصادی قادر به اداره زندگی آنها نیستند.

چنین افرادی برای رهایی از این مشکل، دو کار می توانند انجام دهند، از بین بردن کودک پیش از تولد که به آن «سقط جنین جنایی» می گوئیم یا رها کردن کودک پس از تولد که منجر به شکل گیری پدیده «کودکان سر راهی» می شود.

البته در این میان نباید نقش عوامل طبیعی را در ایجاد کودکان بی سرپرست نیز از نظر دور داشت، چه اینکه برخی از بلایای طبیعی چون سیل، زلزله، بیماری های فراگیر و ... موجب از بین رفتن پدر و مادر و حتی بستگان کودک می شود؛ در چنین شرایطی است که متأسفانه با پدیده اندوهناک «کودکان بی سرپرست» مواجه می شویم.

افزون بر «کودکان سر راهی» و «کودکان بی سرپرست»، گروه سوم از کودکان وجود

دارند که به آنها «کودکان کار» می‌گوییم. این گروه، کودکانی هستند که به رغم برخورداری از سرپرست قانونی و زندگی با آنها، بیشتر وقت خود را به منظور کسب درآمد برای سرپرست در محیط بیرون خانه، چون خیابان به سر می‌برند.

البته در این میان نباید از گروه چهارم یعنی «کودکان فراری» نیز غافل ماند، زیرا کودکان زیادی وجود دارند که به علت شرایط نامناسب خانواده، محیط خانواده را ترک کرده، سرگردان و بدون هدف در اماکن عمومی به روش‌هایی بیشتر ناسالم، به زندگی خود ادامه می‌دهند.

گفتگو درباره دو گروه اخیر، یعنی «کودکان کار» و «کودکان فراری» از حوصله این کتاب خارج است، زیرا اداره زندگی این کودکان به علت داشتن سرپرست شناخته شده، از نظر حقوقی بر عهده ولی و افرادی چون پدر یا پدر بزرگ آنهاست.

البته بررسی چگونگی پیدایش چنین کودکانی، باید به عنوان مشکلی اجتماعی از سوی جامعه شناسان دنبال گردد.

به هر حال، بحث از کودکان سرراهی در کتب فقهی به طور مستقل و در باب «لقطه» مورد بررسی فقها قرار گرفته است.

منظور از «لقطه» چیزی است که کسی آن را در اماکن عمومی پیدا می‌کند؛ اعم از اینکه آن چیز مال، حیوان یا انسان باشد^(۱).

بحث از اشیاء و حیوانات پیدا شده، چگونگی معرفی و سرنوشت مالکیت آنها از موضوع این کتاب خارج است، ولی گفتگو درباره سرنوشت نوزادان یا کودکانی که در اماکن عمومی به حال خود رها می‌شوند، که در اصطلاح فقهی با سه عنوان «لقیط»، «ملقوط» و «منبوذ»^(۲) از آنها نام برده می‌شود، در این بخش پی می‌گیریم.

ص: ۳۶۸

۱- مبادی فقه و اصول، ص ۳۳۸.

۲- این سه واژه به یک معنا به کار می‌روند ولی شاید این اسامی به لحاظ حالات مختلف چنین کودکانی به آنها اطلاق می‌شود، زیرا نخست در اماکن عمومی رها می‌شوند منبوذ، سپس شخصی آنها را می‌یابد (لقیط - ملتقط)؛ برای اطلاع بیشتر، ر.ک: المبسوط، ۳/۳۳۶؛ الدروس، ۳/۷۳.

البته نباید از نظر دور داشت که بسیاری از احکامی که برای کودکان سر راهی مورد بررسی قرار می گیرد، در حق کودکان بی سرپرست، یعنی کودکانی که به دلایل طبیعی و اجتماعی سرپرست خود را از دست داده اند نیز صادق است؛ از این رو در لابه لای مطالب این بخش - به مناسبت موضوع - از هر دوی آنها سخن به میان خواهیم آورد.

تعریف واژه ها

اشاره

مرحوم دهخدا برای دو واژه «لقطه» و «لقیط» بیشتر بر اساس آنچه در متون فقهی آمده است، تعریف هایی را به این شکل نقل می کند: از زمین برگرفته، نوزاد بر زمین افکنده و جز آن، بچه ای که در راه افتاده و آن را از زمین برداشته باشند، به کوی افکنده،

کوی یافت، کودکی مجهول النسب که او را از بینوایی یا ترس از هتک ناموس بر زمین افکنده باشند، حرام زاده، انسان گمشده ای که متکفلی ندارد و خود نیز نمی تواند به طور

مستقل زندگی کند(۱).

اگر بخواهیم با نظر فقها در تعریف «لقیط» آشنا شویم، می توان آنچه را که در این باره نوشته اند در چند عبارت خلاصه کرد: ۱- کَلَّ صَبِيٍّ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ (۲) ۲- کَلَّ صَبِيٍّ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ وَتِلْكَ الْفَلَقَةُ (۳) ۳- کَلَّ صَبِيٍّ أَوْ صَبِيَّةٍ أَوْ مَجْنُونٍ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ (۴) ۴- کَلَّ إِنْسَانٍ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ وَ لَا يَسْتَقِلُّ بِنَفْسِهِ (۵) ۵- کَلَّ إِنْسَانٍ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ حَالَهُ الْإِلْتِقَاطِ وَ لَا يَسْتَقِلُّ بِنَفْسِهِ (۶).

با دقت در این عبارت ها، مشخص می شود که افزودن یا از میان برداشتن برخی از قیود در تعریف «لقیط» به خاطر روشن شدن مفهوم فقهی آن و برخی به واسطه اختلافی است که میان فقها در حدود آن وجود دارد.

ص: ۳۶۹

- ۱- لغت نامه دهخدا، ماده «لقط».
- ۲- شرائع الاسلام، ۴/۷۹۹؛ کشف الرموز، ۲/۴۰۶؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳؛ ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۵؛ جامع المدارک، ۵/۲۴۹.
- ۳- الدر المنضود، ص ۱۴۵.
- ۴- الدروس، ۳/۷۳.
- ۵- اللمعه الدمشقیه، ص ۲۰۶؛ کفایه الاحکام، ص ۲۳۴.
- ۶- شرح اللمعه، ۷/۶۶؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

به عنوان مثال، واژه «صبی» به معنای «پسر بچه» است، ولی معلوم است که این حکم شامل «دختر بچه» نیز می شود، علاوه بر اینکه «دیوانگان» را نیز در بر می گیرد، به همین

خاطر برای نشان دادن عدم اختصاص این بحث به «پسر بچه»، دو واژه «صبیه» و «مجنون» را به تعریف افزوده اند و چون این چنین عمومیتی منظور فقها است، برخی به جای واژه «صبی»، کلمه «انسان» را جایگزین آن کرده اند.

در مقابل، برای فقها این پرسش مطرح بوده است که آیا کودک باید سرپرست مشخصی نداشته باشد تا عنوان «لقیط» بر او صادق باشد؟ یا اگر سرپرست معلومی داشته باشد که کودک خود را رها کرده است نیز مشمول این عنوان می شود؟ تفاوت در نگرش فقها به این مسأله، باعث افزودن عبارت «حاله الالتقاط» یا «وقت اللقطه» به تعریف «لقیط» شده است.

همچنین، آیا عنوان «لقیط» تنها بر شیر خواران و کودکان خردسال اطلاق می شود یا دربرگیرنده نوجوانانی که به تنهایی قادر به اداره زندگی خود هستند نیز می شود؟ اختلاف فقها در این مسأله، باعث افزودن واژه «لايستقل بنفسه» در برخی از این تعریف ها شده است (۱).

به هر حال، در تعریف «لقیط» واژه هایی به کار رفته است که برای روشن شدن مبانی فقهی آن، به شرح و توضیح آنها می پردازیم:

«صبی»

قرار گرفتن این کلمه در تعریف «لقیط»، بررسی چند نکته را به دنبال خواهد داشت:

جنسیت: این واژه در مقابل «صبیه» و به معنای پسر بچه است، ولی واضح است که جنسیت کودک در حکم مسأله تفاوتی ایجاد نمی کند؛ بنابراین، بدون شک این واژه در معنایی اعم از معنای لغوی خود به کار رفته، به گونه ای که شامل پسر و دختر، هر دو می شود.

ص: ۳۷۰

۱- مرحوم طباطبائی این عنوان را چنین معنا می کند: «لايستقل بنفسه: بالسیعی علی ما یصلحه و یدفع عن نفسه المهلكات الممكن دفعها عادة»؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

به عبارت دیگر، این واژه به معنای «کودک» است و کاربرد صیغه مذکر از باب غلبه می باشد؛ بنابراین این، دختر بچه نیز به فحوای خطاب داخل در عنوان «صبی» است (۱).

شمول شیرخواران: واژه «صبی» در زبان تازی از نظر معنایی با «رضیع» اندکی تفاوت دارد، چرا که «صبی» در مورد کودکانی به کار می رود که از شیر مادر گرفته شده، غذا می خورند، ولی «رضیع» به نوزادان و کودکان شیرخوار اطلاق می شود (۲)؛ اما روشن است

که کلمه «صبی» در تعریف «لقیط»، در معنایی اعم از شیرخوار و غیر شیرخوار به کار رفته است.

تنوع کودکان نابالغ: بدون شک کلمه «صبی» که ما در فارسی آن را برابر «کودک» به

کار می بریم، شامل افراد بالغ نمی شود (۳)، ولی آیا این واژه دربرگیرنده همه افراد غیر بالغ در هر رده سنی است یا تنها گروهی از آنها را در بر می گیرد؟

در میان فقها دو نظریه وجود دارد:

نظریه اول، شمول: برخی بر این باورند که واژه «صبی» در تعریف «لقیط» در چنان

معنای عامی به کار رفته است که تمامی رده های سنی: شیرخوار، نوپا، نونهال و نوجوان و به عبارت دیگر هر فرد نابالغ را در بر می گیرد.

نظریه دوم، عدم شمول: در برابر هستند فقیهانی که معتقدند واژه «صبی» تنها شامل

آن دسته از افراد نابالغی می شود که عنوان «کودک» بر آنها صادق است؛ بنابراین این، نوجوانانی را که نزدیک به سن بلوغ هستند (مراهق)، همچنین نونهالانی را که قدرت تشخیص را پیدا کرده اند (ممیز) شامل نمی شود.

طرفداران نظریه اول بر این باورند که عنوان «صبی» شامل کودکی که قدرت تشخیص پیدا کرده است (ممیز) نیز می شود و همه احکامی که برای کودک غیر ممیز در بحث

ص: ۳۷۱

۱- ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

۲- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: غیث اللغه.

۳- لازم به یادآوری است که فرد بالغ گرچه چون بی نیاز از حضانت و تعهد است، التقاط او معنا ندارد، ولی اگر در معرض هلاکت بوده، جاننش به خطر افتد، رهایی او از این خطر و حفظ و حراست از وی واجب عینی است؛ ر.ک: تذکره الفقهاء،

«لقطه» وجود دارد، نسبت به کودک ممیز نیز صادق خواهد بود(۱)، زیرا چنین کودکی: ۱- صغیر است(۲) ۲- در انجام امور ضروری زندگی خود ناتوان است(۳) ۳- نیازمند به تربیت است(۴) ۴- به تنهایی قادر به تشخیص سود و زیان خود نیست (عدم استقلال به مصالحش)(۵).

در برابر، پیروان نظریه دوم با استناد به فهم عرفی از واژه «لقیط» معتقدند که چون وجوب برداشتن آنچه بر زمین مانده (التقاط)، خلاف اصل است، باید به قدر متیقن اکتفا شود؛ به همین جهت بر کودکی که قدرت تشخیص سره از ناسره پیدا کرده و می تواند از جان خود محافظت کند، عنوان «لقیط» صادق نخواهد بود و اگر هم شک داشته باشیم که بر چنین کودکی این عنوان صادق است، باید به حکم اصل مراجعه کنیم که در این صورت تصمیمگیری درباره اداره زندگی چنین کودکانی بر عهده حاکم اسلامی است(۶).

البته هستند کسانی که با بیان تفصیل در این مورد، مدعی اند اگر کودکی که قدرت تشخیص پیدا کرده است، قادر باشد جان خود را از خطرات نظیر افتادن در چاه، آب یا آتش و افتادن از بلندی حفظ کند، به عهده گرفتن اداره زندگی او (التقاط) جایز نیست؛ ولی اگر با برخورداری از قدرت تشخیص، قادر به محافظت از جان خود نباشد، در این صورت می توان نگهداری او را بر عهده گرفت(۷).

به هر حال، به رغم تردیدی که در مورد کودک ممیز وجود دارد، در مورد نوجوانی که به سن بلوغ نزدیک است (مراهق)، این نظر وجود دارد که نمی توان او را از کنار خیابان

برگرفت و از او نگهداری کرد(۸)، زیرا: ۱- در بیشتر موارد نیازمند به تعهد و تربیت نیست(۹) ۲- نمی توان بر چنین فردی ولایت پیدا کرد(۱۰) ۳- با توجه به شرایط سنی که دارد در معرض

ص: ۳۷۲

۱- شرائع الاسلام، ۴/۷۹۹.

۲- شرائع الاسلام، ۴/۷۹۹.

۳- شرائع الاسلام، ۴/۷۹۹؛ تحریر الکلام، ۲/۱۲۳.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۲.

۵- الدروس، ۳/۷۳.

۶- مجمع الفائدة، ۱/۳۹۳ و ۳۹۴؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

۷- ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

۸- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۹- مسالک الافهام، ۱۲/۴۶۲.

۱۰- جامع المقاصد، ۶/۹۷.

هلاکت نبوده، جاننش به خطر نمی افتد(۱).

البته این بدین معنا نیست که چنین نوجوانانی به حال خود رها شده، بدون سر پناه و سرپرست گذران زندگی می کنند، بلکه منظور این است که هر فردی نمی تواند به تنهایی زمام زندگی آنها را در دست بگیرد. تعیین وضعیت چنین افرادی بر عهده حاکم و رهبر جامعه است(۲).

«ضایع»

آوردن این قید در تعریف «لقیظ» برای اشاره به این مطلب است که منظور از کودک سر راهی، کودکی است که در خیابان رها شده باشد (منبوذ)؛ بنابراین، بر کودکی که سرپرست ندارد ولی در اماکن عمومی هم به حال خود رها نشده است، عنوان «لقیظ» صادق نیست، گرچه کفالت چنین کودکانی واجب بوده(۳)، تعیین آن بر عهده قاضی (حاکم اسلامی) است، نظیر کودکانی که بر اثر حادثه پدر و مادر خود را از دست داده اند(۴).

«کافل»

همچنان که اگر کودکی در یکی از اماکن عمومی به حال خود رها نشده باشد، در عرف فقها «لقیظ» محسوب نمی شود؛ اگر کودکی به حال خود رها شده ولی سرپرست داشته باشد (کودکان خیابانی) بر او عنوان «لقیظ» صادق نیست.

بنابر این، آوردن قید «کافل» به معنای «پذیرنده تعهد و تیمار کسی»(۵) برای اشاره به این مطلب است که بر کسی عنوان «لقیظ» صادق است که فاقد پدر، پدر بزرگ و جانشین آنها (وصی) باشد(۶).

نتیجه منطقی این مطلب چنین خواهد شد که اگر کودکی در یکی از اماکن عمومی رها شده در حالی که ولی یا سرپرست او مشخص است(۷)، یابنده، کودک را به او تحویل

ص: ۳۷۳

- ۱- الدروس، ۳/۷۳.
- ۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.
- ۳- ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.
- ۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.
- ۵- لغت نامه دهخدا.
- ۶- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.
- ۷- شرح اللمعه، ۷/۶۷؛ مسالك الأنفهام، ۱۲/۴۶۱.

می دهد (۱) (بر یابنده لازم است تسلیم، کفایه من باب الحسبه (۲)).

طبیعی است که پدر، مادر، پدر بزرگ یا وصی آنها و یا هر کسی که حضانت کودک بر عهده اوست، موظف به پذیرش کودک و انجام وظایف قانونی خود در باره اداره زندگی او هستند (۳).

پُر واضح است که اگر ولی و سرپرست کودک مشخص بوده، اما هیچ کدام زنده نباشند، قاضی (حاکم اسلامی) کسی را برای اداره زندگی کودک تعیین خواهد کرد (۴).

مرحوم خوانساری ضرورت وجود چنین قیدی را در تعریف «لقیط» مورد نقد قرار داده، می نویسد: «اگر بر گرفتن کودک سر راهی و تأمین هزینه های زندگی او نوعی احسان و یاری شخص ناتوان به حساب آید، تفاوتی در این مسأله میان وجود پدر و پدر بزرگ و غیر این دو، با نبود آنها نمی کند؛ همچنان که تفاوتی نیست بین اینکه بتوان آنها را وادار به پذیرش کودک کرد یا نه؛ مگر اینکه عنوان سر راهی (لقیط) بر چنین کودکی صادق نباشد که البته چنین ادعایی صحیح نخواهد بود، زیرا بیشتر کودکان سر راهی، کودکانی هستند که از سوی پدر یا مادر خود رها شده اند» (۵).

شاید با ملاحظه همین جهت باشد که گروهی از فقها قیدی دیگر بر تعریف «لقیط» افزوده، تصریح می کنند که نباید در زمان برداشتن کودک از اماکن عمومی (حال الالتقاط (۶))، سرپرست مشخصی داشته باشد نه اینکه به کلی فاقد ولی باشد.

نتیجه

«لقیط» به هر کودکی اطلاق می شود که به حال خود رها شده و کسی نداشته باشد که او را بزرگ کرده و از او محافظت نماید (۷).

طبیعی است که اگر کودک در سنی باشد که بتواند نیازهای خود را برآورده کرده و از

ص: ۳۷۴

-
- ۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.
 - ۲- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۱؛ کفایه الاحکام، ص ۲۳۴.
 - ۳- شرائع الاسلام، ۴/۷۹۹؛ تحریر الکلام، ۲/۱۲۳؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۲؛ الدروس، ۳/۷۳؛ اللمعه الدمشقیه، ص ۲۰۶؛ الدر المنضود، ص ۱۴۵؛ مجمع الفائده، ۱/۳۹۶؛ کفایه الاحکام، ص ۲۳۴.
 - ۴- مجمع الفائده، ۱/۳۹۵.
 - ۵- جامع المدارک، ۵/۲۵۱.
 - ۶- جامع المقاصد، ۶/۹۷.
 - ۷- جامع عباسی، ص ۲۵۱.

سلامت خود حمایت کند، دیگر این عنوان بر او صادق نبوده، احکامی که بعد از این خواهیم گفت، بر او جاری نخواهد بود. حال اگر این کودک، دارای سرپرست باشد، به آنها تحویل داده می شود، در غیر این صورت می باید کسی عهده دار نگهداری او باشد.

در قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب اسفند ۱۳۵۹، ضمن اشاره به این مطلب آمده است:

ماده ۶: «طفلی که برای سرپرستی سپرده می شود، باید دارای شرایط زیر باشد:

الف - سن طفل از ۱۲ سال کمتر باشد؛

ب - هیچ یک از پدر یا جد پدری یا مادر طفل شناخته نشده یا در قید حیات نباشند و یا کودکانی باشند که به مؤسسه عام المنفعه سپرده شده و سه سال تمام پدر یا مادر یا جد پدری او مراجعه نکرده باشند»^(۱).

ضرورت نگهداری کودکان بی سرپرست

اشاره

اگر در خیابان یا یکی از اماکن عمومی با کودکی روبه رو شویم که فاقد سرپرست است یا سرپرست قانونی اش او را به حال خود رها کرده و این کودک بدون داشتن سرپناه، سرگردان است چه باید بکنیم؟

نظریات موجود در متون فقهی

در متون فقهی در مقام بیان وظیفه افرادی که با چنین صحنه ای مواجه می شوند، سه نظریه وجود دارد:

نظریه اول، وجوب کفایی^(۲): بیشتر فقهای شیعه بر این باورند که برگرفتن کودکان

ص: ۳۷۵

۱- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۲۰۲.

۲- واجب از یک جهت به عینی و کفایی تقسیم می شود. واجب عینی، واجبی است که همه مکلفان موظف به انجام آن هستند و اگر گروهی آن را انجام دهند، از عهده دیگران ساقط نمی شود، نظیر نماز و روزه؛ اما واجب کفایی، عملی است که با انجام آن توسط یک فرد، تکلیف از سایر افراد ساقط می شود، نظیر تکفین و تدفین میت. ر.ک: مبادی فقه و اصول، ص ۸-۲۳۷.

بی سرپرست و نگهداری آنها، واجب کفایی است (۱)؛ یعنی اگر یک نفر آن را انجام دهد، این تکلیف از دیگران ساقط می شود ولی اگر کسی دست به چنین اقدامی نزند، همه کسانی که از این موضوع با خیر شده و امکان نگهداری چنین کودکانی را دارند، گناهکار هستند (۲).

بررسی دلایل: پیروان این نظریه برای اثبات ادعای خود به چند دلیل تمسک کرده اند:

۱- همیاری بر کارهای نیک: گروهی از فقها با استناد به آیه کریمه «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (۳)، یکدیگر را بر نیکی و پرهیزگاری یاری کنید و نه بر گناه و دشمنی؛ معتقدند که چون از یک سو، یاری بر نیکی و تقوا واجب و یاری بر گناه و ستم حرام است و از سوی دیگر، جمع آوری چنین کودکانی از نمونه های نیکوکاری و بی توجهی به وضعیت آنها از مصادیق یاری بر گناه است (۴)، پس بر هر مسلمانی واجب است که نسبت به نگهداری کودکان سر راهی در صورت اطلاع و امکان انجام آن، اقدام نماید و اگر هیچ یک به وظیفه خود عمل نکنند، همه در گناه این بی توجهی سهیم اند (۵).

نقد: این دلیل نمی تواند وجوب عملی را اثبات کند، زیرا اگر مفاد این آیه وجوب باشد، می باید یاری بر بسیاری از کارهای نیک که بی شک انجام آنها واجب نیست، واجب باشد.

برای گریز از این مشکل نمی توان به اینکه خروج این موارد، خروجی است تخصیصی حکم کرد، چرا که در این صورت اصلاً برای این حکم کلی مصداق چندانی باقی نمی ماند و به عبارت دیگر، تخصیص اکثر، مستهجن است؛ بنابراین، با استناد به این آیه، تنها می توان که نگهداری کودکان سر راهی، کاری است مستحب حکم کرد (۶).

ص: ۳۷۶

۱- المبسوط، ۳/۳۳۶؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ ارشاد الازهان، ۱/۴۴۱؛ تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳؛ تبصره المتعلمین، ص ۱۴۲؛ الدر المنصود، ص ۱۴۵؛ کفایه الاحکام، ص ۲۳۴.

۲- الجامع للشرایع، ص ۳۵۶؛ الدروس، ۳/۷۶؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۳- مائده ۵ / ۲.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ الدروس، ۳/۷۶.

۵- المبسوط، ۳/۳۳۶.

۶- ریاض المسائل، ۲/۳۲۳-۳۲۴.

۲- ضرورت انجام کار خیر: برخی از فقها با استناد به جمله «وافعلوا الخیر» (۱) از آیه کریمه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اذْكُرُوا وَاذْكُرُوا وَاذْكُرُوا رَبَّكُمْ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» (۲)، ای ایمان آورندگان، نماز به پا دارید و پروردگار خود را پرستش کنید و کارهای نیک انجام دهید، شاید که رستگار شوید؛ در صدد اثبات وجوب نگهداری کودکان بی سرپرست هستند، زیرا در این آیه خداوند در کنار فرمان به انجام نماز و پرستش خداوند، مسلمانان را مأمور به انجام

کارهای خیر کرده و شکی نیست که جمع آوری چنین کودکانی از جمله بارزترین نمونه های کار خیر است (۳).

نقد: نظیر آنچه پیرامون آیه تعاون بر نیکی گفته شد، در باره این آیه نیز می توان گفت.

۳- احیای نفوس: تردیدی نیست که حفظ جان انسان از مهمترین واجباتی است که مأمور به انجام آن هستیم، چرا که خداوند متعال بر اساس آیه کریمه «مَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا

النَّاسَ جَمِيعًا» (۴)، هر کس انسانی را زنده بدارد، گویی که همه انسان ها را زنده کرده است؛ حفظ جان یک انسان را برابر با حفظ جان همه انسانها قرار داده است؛ بنابر این، برخی از فقها با

استناد به این آیه، معتقدند که نگهداری کودکان سر راهی، امری است واجب (۵)، زیرا که باعث احیای جان یک انسان می شود، نظیر غذا دادن به کسی که درمانده است (اطعام مضطر) یا نجات انسانی که در حال غرق شدن است (۶).

نقد: این دلیل اخص از مدعا است، چون جمع آوری کودکان سر راهی همیشه مستلزم احیای نفس نیست.

۴- وجوب اطعام مضطر: از جمله احکامی که فقهای اسلام به آن فتوا داده اند، وجوب غذا دادن به انسانی است که به حد درماندگی رسیده، اگر غذا به او داده نشود، خواهد مُرد. اگر چنین حکمی درست باشد، کودک سر راهی یا بدون سرپرستی که در

ص: ۳۷۷

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۲- حج ۲۲ / ۷۷.

۳- المبسوط، ۳/۳۳۶.

۴- مائده ۵ / ۳۲.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۱.

۶- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

خیابان رها شده است، نظیر چنین فردی است (۱)، زیرا او هم نیازمند به حضانت و تأمین غذا و لباس است (۲).

این مطلب را به گونه دیگری نیز می توان بیان کرد، چرا که، بیم آن می رود چنین کودکانی اگر به حال خود رها شوند، جانشان به خطر بیافتد و چون حفظ نفس محترمه واجب است، باید آنها را از اماکن عمومی برداشته، سرپرستی شان را بر عهده گرفت (۳).

نقد: این دلیل با توضیحی که گذشت، اخص از مدعا است.

۵- دفع ضرر: برخی از فقها با استناد به این مطلب که دور کردن ضرر از مسلمان

واجب است، مدعی اند بی توجهی به کودکی که در خیابان وامانده است، موجب آسیب دیدن او می شود و چون دفع ضرر از او واجب است، باید یکی از مسلمانان زمام زندگی او را در دست بگیرد (۴).

نقد: رها شدن در اماکن عمومی همیشه مستلزم آسیب دیدن نیست، گرچه می تواند زمینه آن را فراهم سازد.

به هر حال، چه دلایل گذشته برای اثبات وجوب کفای التقاط صحیح باشد یا نباشد، نگهداری از کودکان سر راهی واجب عینی نیست (۵).

علامه حلی برای اثبات این مطلب به چند دلیل تمسک کرده است: ۱- اجماع و اتفاق فقهای شیعه بر عدم وجوب عینی ۲- رجوع به اصل براءت، اگر شک در وجوب این کار بر شخصی خاص داشته باشیم ۳- غرض از جمع آوری چنین کودکانی، محافظت از جان آنها و تربیت ایشان است، این هدف با اقدام هریک از مسلمانان قابل دسترسی است ۴- میان احکام شرعی [در مقام امتثال] تضادی رُخ ندهد (۶).

تبدیل وجوب کفایی به عینی: اگر بپذیریم نگهداری کودکان سر راهی واجب کفایی

ص: ۳۷۸

۱- شرح اللمعه، ۷/۷۷.

۲- المبسوط، ۳/۳۳۶.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ مجمع الفائده، ۱/۴۰۹؛ شرح اللمعه، ۷/۷۷.

۴- الدروس، ۳/۷۶؛ مجمع الفائده، ۱۰/۴۰۹.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۶- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

است، حال اگر کسی نسبت به این کار اقدام کرد، آیا می تواند در ادامه، از انجام آن سر باز

زند یا موظف است پس از پذیرش این تعهد، تا زمان رسیدن کودک به سن بلوغ همچنان نسبت به تعهد خود عمل کند؟

پاسخ به این پرسش مبتنی بر یک تحقیق اصولی و نه فقهی است که آیا عملی که در آغاز واجب کفایی است با شروع به انجام آن، تبدیل به واجب عینی شده که دیگر امکان ترک آن نیست یا در ادامه نیز همچنان کفایی باقی خواهد ماند؟

علامه حلی و برخی دیگر از فقها در دو مسأله فقهی، این مطلب را مطرح کرده اند:

اول، در کتاب جهاد (سیر) در توضیح تفاوت میان یادگیری علم و جهاد به رغم اینکه هر دو واجب کفایی هستند.

مرحوم علامه در این باره می نویسد: «اگر دانشجویی به فراگیری دانش همت گمارد و در خود استعداد پیشرفت را بیابد، آیا حرام است که از کسب علم دست بکشد؟ احتمال دارد که ترک تحصیل حرام باشد، زیرا تحصیل علم واجب کفایی است که نسبت به آن اقدام کرده و به واسطه شروع در کار، ملزم به ادامه آن است. درست تر آن است که بگوییم این کار حرام نیست زیرا اقدام به یک کار، حکم آن را تغییر نمی دهد»^(۱).

دوم، در کتاب لقطه در توضیح آنچه اکنون مورد بحث و گفتگوی ما است، یعنی اگر کسی کودکی را در یکی از اماکن عمومی پیدا کرد و او را به خانه خود برد آیا موظف است که اداره زندگی او را بر عهده بگیرد یا می تواند در صورت عدم تمایل، کودک را به

جای اول برگردانده یا به حاکم اسلامی تحویل دهد^(۲)؟

البته باید توجه داشت که این بحث در جایی قابل طرح است که غیر از اقدام کننده، افراد دیگری باشند که بتوانند از عهده انجام آن کار بر آیند، وگرنه خود به خود انجام آن عمل به نحو وجوب عینی، بر اقدام کننده به آن واجب خواهد بود و جایز نیست از انجام آن سر باز زند.

ص: ۳۷۹

۱- تذکره الفقهاء، ۱/۴۰۸.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱؛ قواعد الاحکام، ۲/۲۰۲.

به هر حال، در متون فقهی برای تبدیل وجوب کفایی به عینی دو احتمال مطرح شده است:

احتمال اول، تبدیل: بر این اساس، کاری که در آغاز واجب کفایی است با اقدام به

انجام آن تبدیل به واجب عینی می شود، به این معنا که شخص اقدام کننده موظف به انجام آن است و نمی تواند از آن سر باز زند.

بررسی دلایل: برای اثبات این نظر به طور کلی و در بحث حضانت به ویژه، به چند

مطلب استناد شده است:

۱- نهی از بطلان عمل: بر اساس آیه کریمه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ»^(۱)، ای ایمان آورندگان، از خدا و رسول فرمانبرداری کرده، کارهای خود را تباه نکنید؛ خداوند ما را از باطل کردن کارهای خود باز داشته است؛ برخی از فقها با استناد به این مطلب، بر این باورند که چون رها کردن کاری که انسان شروع کرده است، به معنای باطل کردن آن است، نمی توانیم پس از شروع، از انجام آن سر باز زنیم^(۲).

نقد: به نظر نمی رسد بتوان با این آیه اثبات کرد که واجب کفایی، پس از شروع تبدیل به واجب عینی می شود، چرا که در معنای ابطال اعمال، چند معنا متصور است:

باطل کردن کاری که پیش از این به طور صحیح انجام شده: در این صورت ابطال به معنای احباط به کار رفته است.

البته واضح است که ابطال، گاه منجر به از بین رفتن ارزش تمام کارهای انسان می شود و گاه باعث از بین رفتن ارزش یک کار به خصوص می شود. به عنوان مثال، شرک ورزیدن (ارتداد) موجب از بین رفتن ارزش کارهایی می شود که با ایمان انجام شده است، «وَلَقَدْ أُوحِيَ إِلَيْكَ وَإِلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكَ لَئِنْ أَشْرَكَتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ»^(۳)، به تو و پیامبران پیشین وحی شد که اگر شرک ورزید، البته کارهایتان از بین رفته و از جمله زیان کاران خواهید

بود؛ همچنان که منت گذاردن و اذیت کردن موجب از بین رفتن ارزش صدقه هایی است

تبدیل وجوب کفایی به عینی

ص: ۳۸۰

۱- محمد ۴۷ / ۳۳.

۲- ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۹؛ جامع المقاصد، ۶/۱۱۱.

۳- زمر ۳۹ / ۶۵.

که انسان در راه خدا داده است، «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَبْطُلُوا صِدْقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَى كَالَّذِي يُنْفِقُ مَالَهُ رِئَاءَ النَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ» (۱)، ای ایمان آورندگان، صدقه های خود را با منت گذاشتن و آزار دادن تباه نسازید، چون کسی که مال خود را به منظور خود نمایی به مردم انفاق می کند و به خدا و جهان آخرت ایمان ندارد.

بنابر این، امر به باطل نکردن عمل، امری است ارشادی به آنچه عقل بر آن حکم می کند مبنی بر اینکه کارهایی را که در گذشته با زحمت و رنج انجام داده اید، با دست خود، باطل نکنید.

ایجاد عمل به صورت باطل: بنا بر این، معنای جمله این خواهد بود که کارهای خود را بدون رعایت مقررات و دستورات الهی انجام ندهید، مثل بجا آوردن نماز بدون وضو یا با لباس نجس. لازمه پذیرش چنین معنایی آن است که امر به باطل نکردن اعمال، ارشادی بوده که متضمن هیچ حکم تکلیفی نیست.

قطع نکردن کار: قبول چنین معنایی آن است که بپذیریم آیه در مقام بیان حکم تکلیفی بوده، رها کردن کارها را پیش از به پایان رسیدن، حرام دانسته است (۲).

اگر ابطال به معنای اول و دوم باشد، هیچ ارتباطی با بحث ما ندارد، چرا که متضمن حکم تکلیفی نیست؛ اما اگر به معنای سوم هم باشد باز نمی توان از آن، تبدیل واجب کفایی را به واجب عینی، استفاده کرد، زیرا بر اساس این احتمال، عملی که بر مکلف انجام آن واجب است، نمی تواند پیش از به پایان بردن، آن را رها کند، ولی فرض بحث ما

جایی است که این عمل بر شخص مکلف (یابنده کودک) از ابتدا واجب نبوده (۳) و انتخاب

ص: ۳۸۱

۱- بقره ۲ / ۲۶۴.

۲- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: فرائد الاصول، ص ۲۹۱؛ جواهر الکلام، ۱۱/۱۲۳ و ۳۸/۱۷۵.

۳- در کیفیت جعل وجوب در واجب کفایی، چهار احتمال وجود دارد: ۱- تکلیف از ابتدا متوجه شخص خاصی است که نزد خداوند معین است، ولی با انجام دادن فرد دیگر، ساقط می شود زیرا یک غرض بیشتر وجود ندارد ۲- تکلیف متوجه همه مکلفان است به نحو عام مجموعی ۳- تکلیف متوجه همه مکلفان است به نحو عموم استغراقی به گونه ای که بر تک تک افراد واجب است به نحو سریان، ولی واجب بودن عمل بر هریک مشروط به ترک دیگری است ۴- تکلیف متوجه یکی از مکلفان است به شکل غیر معین و صرف الوجود. از میان این احتمالات، احتمال چهارم درست تر به نظر می رسد؛ برای اطلاع بیشتر، ر.ک: محاضرات فی اصول الفقه، ۴/۵۲-۵۴.

او نیز تغییر دهنده نوع قانونگذاری (جعل) شارع نیست.

۲- عدم زوال ولایت: یابنده کودک (ملتقط) با برگرفتن او (التقاط)، بر کودک ولایت پیدا کرده و به همین دلیل بر سایر افراد تقدّم پیدا می کند؛ بنابراین این، باید به مقتضای

ولایت خود عمل کند و نمی تواند از انجام آن خودداری کند.

سپردن کودک به قاضی (حاکم اسلامی) نیز جایز نیست، زیرا که قاضی گرچه ولیّ هر بی سرپرستی است، اما او ولیّ عام است و ولایت او بر کسی است که ولیّ ندارد با اینکه

یابنده کودک (ملتقط) ولیّ خاص است (۱).

اگر این نظر را بپذیریم، لازم است به دو مطلب پایبند شویم:

اول، عدم جواز سپردن کودک به حاکم (قاضی)، زیرا با برداشتن کودک (التقاط)، حق نگهداری و اداره زندگی کودک برای یابنده (ملتقط) ثابت می شود؛ اگر شک داشته باشیم که با عدم تمایل وی به ادامه انجام تعهدش، این حق از بین می رود یا نه، استصحاب بقای این حق، دلالت بر تعهد ملتقط به انجام مسؤلیتیش دارد (۲).

دوم، جایز نیست یابنده کودک، او را به جای اول خود برگرداند، چرا که چنین کاری باعث به خطر افتادن جان کودک می شود (۳).

نقد: یافتن کودک امتیازی است برای یابنده او که اگر شرایط لازم برای نگهداری کودک را داشته است، حضانتش به وی سپرده شود که ما از آن تعبیر به حق می کنیم. نتیجه وجود چنین حقی، اولویت ملتقط بر سایر افراد است؛ اما این حق تا زمانی است که او خود بخواهد. پس اگر یابنده کودک نخواهد از این امتیازی که به او داده شده، استفاده

کند، کسی نمی تواند او را وادار به پذیرش آن کند.

افزون بر این، پیش تر توضیح دادیم که آنچه از مفهوم حضانت به دست می آید،

ص: ۳۸۲

۱- جامع المقاصد، ۶/۱۱۱؛ جواهر الکلام، ۳۸/۱۷۵.

۲- ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۹؛ جواهر الکلام، ۳۸/۱۷۵.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

نگهداری و بر عهده گرفتن اداره زندگی کودک است و این معنا هیچ ارتباطی با ولایت آن گونه که در عرف فقهای شیعه مطرح است، ندارد.

البته واضح است که معنای این حرف این نیست که ملقط، کودک را به حال خود رها کند به خصوص اگر لازمه چنین کاری به خطر افتادن جان یا سلامت کودک باشد؛ بلکه باید کودک را به مرجع قانونی برای چنین کاری بسپارد (قاضی یا حاکم اسلامی در جوامع کوچک یا مراکز رسیدگی به وضع چنین کودکانی در جوامع بزرگ تر).

احتمال دوم، عدم تبدیل: اگر چنین نظری را بپذیریم، واجب کفایی همیشه وجوبش به نحو کفایی است، یعنی انجام دهنده کار می تواند هر زمان که بخواهد دست از کار بکشد، تا سایر افراد موظف باشند انجام عمل را بر عهده بگیرند.

فخر المحققین، فرزند بزرگوار علامه حلی برای اثبات این نظر، به «اصل» تمسک می جوید بی آنکه درباره چگونگی دلالت آن توضیحی دهد^(۱).

به نظر می رسد مقصود وی از این اصل، اصل عدمی است که می شود به یکی از این دو صورت بیان شود: اصل، عدم وجوب عینی عمل پس از شروع در آن یا اصل عدم وجوب ادامه انجام کار پس از شروع در آن است.

لازمه پذیرش چنین نظری، جواز سپردن کودک به حاکم اسلامی (قاضی) است، زیرا که او ولی هر فرد بی سرپرستی است^(۲) و با انصراف یا بنده کودک (ملقط) از ادامه تعهد خود، کودک همچنان بی سرپرست به حساب می آید.

نظریه دوم، استحباب: برخی از فقها بر این باورند که برداشتن کودکان سر راهی و

نگهداری از آنها کاری است پسندیده و مستحب که در انجام آن پاداش اخروی نیز وجود دارد^(۳).

بررسی دلایل: برای اثبات این نظر، به چند مطلب استناد شده است:

۱- اصل عملی: مرحوم شهید اول این مطلب را به محقق حلی نسبت می دهد که وی

ص: ۳۸۳

۱- ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۹.

۲- ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۹.

۳- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰؛ المهذب البارع، ۴/۲۹۷؛ جامع المدارک، ۵/۲۴۹.

قول به استحباب را مستند به اصل عملی کرده است (۱).

گرچه در عبارت محقق چنین مطلبی وجود ندارد (۲) ولی منظور از اصل - آن گونه که مرحوم شهید تصریح می کند - باید اصل برائت باشد.

نقد: به نظر نمی رسد که بتوان با استفاده از اصل برائت، اثبات استحباب عملی را کرد، زیرا تنها نتیجه ای که جریان این اصل در محل بحث ما دارد، عدم وجوب التقاط است، ولی پُر واضح است که واجب نبودن یک عمل برابر با مستحب نبودن آن نیست. شاید با ملاحظه همین جهت باشد که مرحوم شهید ثانی، خود استدلال به این اصل را ضعیف می شمارد (۳).

۲- همیاری بر کارهای نیک: در برخی از متون فقهی، برای اثبات استحباب نگهداری

کودکان سر راهی، به آیه کریمه «تَعْيَاوُنُوا عَلَى الْكُفْرِ وَالْتَّقْوَى وَلَا تَعْيَاوُنُوا عَلَى الْإِيمَانِ وَالْعِدْوَانِ» (۴)، یکسدیگر را بر نیکی و پرهیزگاری یاری کنید و نه بر گناه و دشمنی؛ استناد شده است (۵).

نقد: در نیک بودن این عمل کمترین تردیدی وجود ندارد، ولی مسلّم است که اگر جان کودک در معرض خطر باشد، انجام این عمل نیک ضروری است؛ پس نمی توان این عمل را همیشه مستحب دانست (۶).

نظریه سوم، تفصیل میان استحباب و وجوب: به نظر می رسد درست ترین نظر پیرامون نگهداری و اداره زندگی کودکان بی سرپرست، تفصیل میان وجوب و استحباب باشد؛ زیرا بدون تردید چنین عملی از جمله کارهای خیر و نیکی است که پیوسته به انجام آن سفارش شده ایم، «وَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِمْ فِعْلَ الْخَيْرَاتِ» (۷)، به ایشان سفارش کردیم که کارهای نیکو انجام دهند؛ ولی این کار نیکو، گاه انجام آن ضروری است، چرا که ممکن است با انجام ندادن آن، جان کودکی به خطر بیفتد.

ص: ۳۸۴

۱- الدروس، ۳/۷۶.

۲- شرایع الاسلام، ۴/۸۰۰.

۳- شرح اللمعه، ۷/۷۷.

۴- مائده ۵ / ۲.

۵- الدروس، ۳/۷۶؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۲.

۶- الدروس، ۳/۷۶.

۷- انبیاء ۲۱ / ۷۳.

بنابر این، برداشتن و نگهداری کودکان سر راهی، عملی است مستحب که با احتمال به خطر افتادن جان آنها، واجب خواهد بود^(۱)، و جویی که می تواند با توجه به شرایط کودک، کفایی یا عینی باشد؛ پس این ادعا که در صورت احتمال وجود خطر، واجب کفایی است^(۲)، تنها در پاره ای موارد، درست خواهد بود.

به هر حال، چه برداشتن یا جمع آوری چنین کودکانی مستحب یا واجب باشد، یابنده کودک (ملتقط) مادامی که از تصمیم خود در نگهداری کودک، صرف نظر نکرده است، می بایست در حفظ و حراست او به نحوی شایسته بکوشد و تعهد خود را نسبت به کودک به طور مستقیم یا توسط همسر یا هر فرد دیگری به انجام رساند^(۳)؛ طبیعی است

هرگاه در میانه راه از ادامه این کار و مانند^(۴) یا به هر دلیلی مایل به انجام آن نبود، لازم است کودک را به قاضی (حاکم اسلامی یا مراکز حمایتی) بسپارد.

با توجه به آنچه گذشت، حصر موجود در ماده ۱۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب ۱۳۵۳ درست به نظر نمی رسد.

ماده ۱۶: «سرپرستی که به موجب این قانون برقرار می شود، فقط در موارد ذیل قابل فسخ است:

۱- تقاضای دادستان در صورتی که سوء رفتار یا عدم اهلیت و شایستگی هریک از زوجین سرپرست برای نگاهداری و تربیت طفل تحت سرپرستی محرز باشد؛

۲- تقاضای سرپرست، در صورتی که سوء رفتار طفل برای هریک از آنان غیر قابل تحمل باشد، همچنین در موردی که سرپرست قدرت و استطاعت برای تربیت و نگاهداری طفل را از دست داده باشد؛

۳- توافق طفل بعد از رسیدن به سن کبر با زوجین سرپرست یا موافقت زوجین سرپرست با پدر و مادر واقعی طفل صغیر^(۵).

ص: ۳۸۵

۱- شرح اللمعه، ۷/۷۷؛ مجمع الفائده، ۱۰/۴۰۹؛ کفایه الاحکام، ص ۲۳۴؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۴.

۲- اللمعه الدمشقیه، ص ۲۰۶؛ شرح اللمعه، ۷/۷۷.

۳- الدروس، ۳/۷۶؛ شرح اللمعه، ۷/۷۵.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱؛ ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۹.

۵- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۲۰۴.

هرچند برای نگهداری یک کودک شرایط خاصی لازم است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت، ولی برای برداشتن کودک از کنار خیابان یا هر مکان عمومی دیگر، نیاز به کسب اجازه از هیچ کس نیست (۱)، گرچه در صورت مشخص شدن نبود صلاحیت مالی، اخلاقی و اجتماعی در یابنده، کودک از او بازستانده خواهد شد؛ زیرا کسب اجازه از قاضی یا حاکم اسلامی می تواند با هدر رفتن زمان، زمینه آسیب دیدگی کودک را فراهم کند.

گرفتن شاهد

اگر کسی در یکی از اماکن عمومی با نوزاد یا کودکی مواجه شد که به حال خود رها شده است، آیا برای برداشتن و جمع آوری او از سطح معابر، نیازمند به وجود شاهدهی است که بر کار او گواه باشد؟

در متون فقهی دست کم چهار نظریه در این خصوص وجود دارد:

نظریه اول، وجوب گرفتن شاهد: علامه حلی از برخی فقهای شافعی نقل می کند که

گرچه گرفتن شاهد در مورد برداشتن مال (لقطه) امری مستحب است، ولی در مورد برداشتن کودک سر راهی (لقیط)، واجب خواهد بود، همچنان که در مورد ازدواج نیز چنین است؛ زیرا چنین کودکانی می بایست هم از نظر جان و هم از نظر نسب محفوظ بمانند و این با شاهد گرفتن تحقق می یابد (۲).

نقد: از آنجا که این استدلال به گونه دیگری در سایر نظرات نیز مطرح شده است، پاسخ آن را به ادامه این بحث موکول می کنیم.

حال اگر فرض کنیم گرفتن شاهد برای برداشتن چنین کودکانی واجب باشد، دو نکته

قابل بررسی است:

محدوده شهادت: اگر قرار باشد شاهدهی بر کار یابنده کودک گواهی دهد، می باید به

ص: ۳۸۶

۱- ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۰؛ جامع المقاصد، ۶/۱۱۷.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

دو چیز اشاره کند: ۱- یافتن کودک توسط مُلتقط ۲- اموال و اشیایی که احتمالاً همراه کودک است (۱).

تأثیر نگرفتن شاهد: اگر یابنده برای مشروعیت کارش نیازمند گرفتن شاهد باشد، اما چنین کاری را انجام ندهد، آیا تأثیری بر روند کار او دارد یا نه؟

علاّمه حلیّ معتقد است که بنا بر این فرض، یابنده همچنان اداره زندگی کودک را بر عهده دارد و حضانت او از بین نمی رود، ولی از شافعی نقل می کند که ولایت او بر حضانت از بین رفته، می شود کودک را از دست او گرفت (۲).

نظریه دوم، عدم وجوب گرفتن شاهد: در میان فقها هستند کسانی که معتقدند لازم نیست برای برداشتن کودک از معابر عمومی، شاهدی وجود داشته باشد، بلکه می شود این کار را بدون حضور هیچ کسی انجام دهد (۳).

بررسی دلایل: پیروان این نظر برای اثبات آن به دو دلیل استناد کرده اند:

۱- اصل براءت: اگر در وجوب یا عدم وجوب گرفتن شاهد برای برداشتن کودک،

تردید داشته باشیم، به مقتضای براءت شرعی، حکم می کنیم به اینکه چنین کاری واجب نیست (۴).

۲- امانت بودن: برخی از فقها با استناد به این مطلب که نگهداری کودک، نوعی

پذیرش امانت است (۵)، مدعی اند همچنان که در پذیرش امانت (ودیعه) از مردم نیاز به گرفتن شاهد نیست، در مورد برداشتن کودک نیز نیازی به این کار نیست (۶).

نقد: در اینکه برداشتن کودک از سطح معابر، قبول نوعی امانت است، تردیدی نیست؛ ولی آیا دلیلی داریم که دلالت کند بر عدم لزوم گرفتن شاهد در هنگام قبول امانت

یا چون دلیلی بر وجوب این کار نداریم، حکم می کنیم به عدم لزوم این کار؟

واضح است که اگر احتمال دوم درست باشد، بازگشت این دلیل به همان اصل براءت

ص: ۳۸۷

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۳- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۴- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۳؛ شرح اللمعه، ۷/۷۸.

۵- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۱.

خواهد بود، یعنی چون دلیلی بر وجوب نداریم، به مقتضای اصل عملی حکم می‌کنیم به اینکه گرفتن شاهد واجب نیست.

نظریه سوم، تفصیل میان وجوب و عدم وجوب: در برخی از متون فقهی این احتمال نیز نقل شده است که اگر یابنده کودک (ملتقط) شخصی باشد به ظاهر عادل، شاهد گرفتن لازم نیست، ولی اگر عدالت وی معلوم نباشد، گرفتن شاهد واجب است، زیرا این کار می‌تواند نشانه‌ای باشد بر اعتماد بیشتر بر آن شخص (۱).

نقد: این مطلب را که مرحوم علامه حلی از جوینی نقل می‌کند، مبتنی بر هیچ مدرک معتبری نیست.

نظریه چهارم، استحباب گرفتن شاهد: برخی از فقها بر این باورند که گرفتن شاهد

برای برداشتن کودک، امری مستحب است (۲).

بررسی دلایل: برای اثبات چنین نظری به چند دلیل استناد شده است:

۱- حفظ نَسَب: کودک سر راهی از آنجا که مشخص نیست به چه خانواده‌ای تعلق

دارد، می‌تواند از این جهت مورد سوء استفاده قرار بگیرد، یابنده (ملتقط) او را به عنوان

فرزند خود یا شخص دیگری معرفی کند یا ممکن است نشانه یا علائم همراه او را که می‌تواند بیانگر وابستگی او به یک خانواده باشد از بین ببرد؛ از این رو، مستحب است برای حفظ نَسَب وی، کسی شاهد این برداشتن باشد (۳).

۲- شناساندن کودک: بر اساس قوانین فقهی، اگر شخصی، مالی را پیدا کند می‌بایست در خلال مدت زمانی معین، اقداماتی را در خصوص شناساندن آن به مردم انجام دهد تا زمینه پیدا شدن صاحب آن فراهم شود (تعریف)، ولی این عمل در مورد یافتن کودک واجب نیست؛ بنابراین، گرفتن شاهد می‌تواند جایگزینی باشد برای «تعریف» تا بدین وسیله راهی برای یافتن پدر و مادر یا سایر بستگان وی پیدا شود (۴).

۳- حفظ و حمایت: تردیدی نیست که کودک سر راهی به علت نبود سرپرستی که از

ص: ۳۸۸

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ اللعه دمشقیه، ص ۲۰۶.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ شرح اللعه، ۷/۷۸.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

او حمایتی همه جانبه به عمل آورد، می تواند طعمه ای مناسب برای شیادان باشد تا در برابر اندکی پول به دیگران فروخته شود یا بسته به شرایط سنی اش مورد انواع سوء استفاده ها قرار گیرد؛ به همین خاطر، برای حفظ و حمایت از جان و سلامتی او(۱)، بهتر است کسی شاهد بر این عمل باشد تا میزان مسؤولیت پذیری و تعهد یابنده (ملتقط) بالا رود.

نقد: در اینکه گرفتن شاهد می تواند عاملی مؤثر در تأمین سلامت کودک باشد،

تردید نیست، ولی سؤال این است که آیا این مطالب می توانند توجیه گر استحباب شرعی یک کار باشند به گونه ای که انجام دهنده آن، مستحق دریافت ثواب و اجر اخروی باشد؟

به نظر نمی رسد بتوان با این توجیحات، استحباب شرعی گرفتن شاهد را اثبات کرد، بلکه برای این منظور نیازمند دلیل خاص هستیم. افزون بر اینکه چنین نگرانی هایی را که

بسیار هم جدی است، می توان با گذاشتن شرایطی خاص برای نگهداری کودک، از بین برد یا به حد اقل ممکن رساند تا هر کسی نتواند دست به انجام چنین کاری بزند.

با این توضیحات به خوبی روشن می شود که ادعای استحباب مؤکد برای گرفتن شاهد در صورتی که یابنده کودک، فردی نادرست کردار (فاسق) باشد(۲)، کاملاً بی وجه است؛ چرا که چنین فردی صلاحیت لازم برای نگهداری کودکی بی سرپرست را ندارد، نه اینکه صلاحیت دارد ولی بهتر است شاهد هم گرفته شود؛ علاوه بر اینکه چه دلیلی بر اصل استحباب و مؤکد بودن آن دلالت دارد؟

نتیجه

از آنچه گذشت می توان به این نتیجه رسید که شاهد گرفتن نه عملی است واجب و نه مستحب به مفهوم شرعی خود، چرا که یافتن شاهد برای چنین کاری گاه ممکن نیست و گاه می تواند چنان زمان بر باشد که سلامت کودک به خطر بیفتد، به خصوص در

ص: ۳۸۹

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ شرح اللمعه، ۷/۷۸.

۲- الدروس، ۳/۷۶.

شهرهای بزرگ که افراد به علت نا آشنا بودن با هم، معمولاً حاضر به پذیرش چنین کاری نمی شوند؛ ولی این بدان معنا نیست که شاهد گرفتن امر مطلوبی نباشد، چرا که عقل حکم می کند برای گریز از قرار گرفتن در معرض اتهام و سوء ظن دیگران، کسی بر کار شخص و به ویژه اموال و اشیایی که همراه کودک است گواه باشد تا یابنده بعدها دچار مشکل نشود.

ص: ۳۹۰

اشاره

فقها برای یابنده کودک که می خواهد نگهداری او را بر عهده بگیرد، شرایطی را در نظر گرفته اند که در صورت نداشتن همه یا یکی از آنها، مجاز به چنین کاری نبوده و در

صورت برداشتن، کودک از او گرفته شده به فردی که صلاحیت های لازم را دارد سپرده می شود.

البته باید به این نکته توجه داشت که این شرایط تنها برای یابنده ای اعتبار دارد که

یافتن کودک، مقدمه ای است برای حفظ و حراست از او، و گرنه برای یابنده ای که قصد یا

توانایی چنین کاری را ندارد، وجود آنها لازم نیست. بنابر این، عنوان «ملتقط» در فقه

اسلامی بر هر فردی که کودکی را می یابد صادق نخواهد بود.

بلوغ و عقل

(۱)

بلوغ و عقل از جمله شرایط عمومی هر تکلیف است، به همین جهت برخی از فقها به جای ذکر آنها، یادآور شده اند که شرط نخست برای جواز نگهداری کودک، رسیدن به تکلیف است (۲).

ص: ۳۹۱

۱- شرائع الاسلام، ۴/۷۹۹؛ الدروس، ۳/۷۵؛ اللمعه دمشقیه، ص ۲۰۶؛ الدر المنضود، ص ۱۴۵؛ شرح اللمعه، ۷/۶۹.

۲- کشف الرموز، ۲/۴۰۶؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

بنابر این، تمام دلایلی که بلوغ و عقل را در سایر تکالیف معتبر می کند، شامل التقاط نیز می شوند.

افزون بر این، کسی می تواند اداره زندگی دیگری را بر عهده بگیرد که دست کم بتواند زندگی خود را اداره کند؛ طبیعی است کسی که صلاحیت اداره زندگی خود را ندارد، نخواهد توانست زمام زندگی دیگری را بر عهده بگیرد.

با این بیان، دیگر نیاز نداریم برای اعتبار این دو شرط، به این نکته اشاره کنیم که برداشتن کودک (التقاط) مستلزم ولایت بر کودک است و شخص نابالغ و دیوانه صلاحیت چنین کاری را ندارند^(۱)؛ زیرا چندین بار بر این نکته تأکید کردیم که اساسا ولایت به معنایی که در فقه شیعه مطرح است، هیچ دلیلی بر اعتبار آن در مسأله حضانت نداریم چه رسد به بحث التقاط، بلکه یابنده تنها نگهداری کودک را بر عهده می گیرد و واضح است که کسی می تواند چنین کاری را انجام دهد که توان آن را در شرایط عادی داشته باشد.

بنابر این، حتی اگر در مسأله التقاط، ولایت را هم معتبر ندانیم، کودک و دیوانه صلاحیت ندارند که نگهداری از کودک بی سرپرستی را بر عهده بگیرند؛ پس این ادعا که اگر التقاط، ولایت نباشد، شخص عاقل غیر بالغ می تواند از یک کودک بی سرپرست حفظ و حراست کند^(۲)، نادرست است زیرا یافتن کودک توسط کودکی دیگر یا فرد دیوانه یک مطلب است و سپردن زمام زندگی کودکی به کودک دیگر، مطلبی دیگر است.

به هر حال، عقل به وضوح در می یابد که تنها کسانی صلاحیت اداره زندگی کسی را دارند که در اداره زندگی خود، نیازمند به دیگری نباشند.

رشد

بدون شک جنون، مانع نگهداری و به عهده گرفتن اداره زندگی کودک است و شخص

ص: ۳۹۲

۱- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۴؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

۲- جامع المدارک، ۵/۲۵۱.

دیوانه نمی تواند با یافتن کودک در یکی از معابر عمومی، زمام زندگی او را برعهده بگیرد؛ اما برای برخی از فقها این سؤال مطرح است که آیا فرد سبک مغز (سفیه) می تواند چنین کاری را انجام دهد یا مجاز به انجام این کار نیست چرا که افزون بر عقل،

می باید دارای «رشد» نیز باشد؟

پیش از این در بحث «حضانة بر سفیهان» به تفصیل پیرامون تعریف «رشد» و «سفیه» و دلیل نیازمندی فرد سفیه به حضانة سخن گفتیم.

در آنجا توضیح دادیم که در متون روایی، هیچ دلیلی که به صراحت رسیدن به رشد و کمال عقلی را شرط خروج از حضانة بدانند، وجود ندارد، ولی این مطلب بدین معنا نیست که شخص غیر رشید بجز تصرفات مالی، هر کار دیگری را می تواند انجام دهد، چرا که شرط بودن اموری نظیر رشد در احکام و مقررات دینی، امری شرعی و تأسیسی نبوده، بلکه امری است ارشادی و تأکیدی نسبت به آنچه بنا و روش عقلا بر آن است.

بنابر این، اگر در اعتبار عقلا، وجود رشد در امور دیگری غیر از تصرفات مالی نیز لازم باشد، گرچه دلایل شرعی نسبت به آن ساکت هم باشند، می توان به شرط بودن آن فتوا داد.

بررسی چگونگی رفتار خانواده هایی که خرد محور اصلی تصمیمات آنهاست، به خوبی نشان می دهد که نمی توان نوجوانان تازه به بلوغ رسیده ای را که از بهره عقلی کمی

برخوردار هستند به حال خود رها کرد و اداره زندگی شان را به خود آنها واگذار کرد، بلکه می باید همچنان از آنها مراقبت و محافظت کرد، مراقبتی که برای اثبات مشروعیت بلکه ضرورت آن نیازی به رسیدن دلیلی خاص از سوی قانونگذار نبوده، نفس التزام عملی عقلا برای این منظور کافی است.

بنابر این، از جمله افرادی که نیازمند به حضانة هستند، افراد سبک مغز و کم خردی هستند که از سلامت و کمال عقلی لازم برای اداره زندگی خود برخوردار نیستند.

بدیهی است که افراد سبک مغز حتی اگر به بلوغ جنسی هم برسند همچنان باید زیر نظر و با حمایت سرپرست خود به زندگی ادامه دهند؛ بنابراین دیگر نخواهند توانست

خود اداره زندگی فرد دیگری را بر عهده بگیرند.

نظرات مطرح در متون فقهی

گرچه با این توضیحات، دیگر نیازی به نقد و بررسی نظریات و دلایل موافقان و مخالفان صحت التقاط افراد سفیه نیست، ولی برای اطلاع خوانندگان محترم، تنها به واگویی آنها اکتفا می‌کنیم.

نظریه اول، عدم اعتبار رشد: برخی از فقها بر این باورند که رشد در یافتن کودک

(التقاط) معتبر نبوده، شخص سفیه نیز می‌تواند با یافتن کودکی بی سرپرست، نگهداری از او را بر عهده بگیرد.

بررسی دلایل: برای اثبات این منظور، به چند مطلب استناد شده است:

۱- عدم تلازم میان سفاقت و امین بودن: سبک مغزی باعث از بین رفتن امانت داری

فرد نمی‌شود (۱).

۲- امکان نگهداری کودک: شخص سفیه تنها از انجام امور مالی ممنوع است و نگهداری از کودک، امری مالی نیست (۲).

۳- تفکیک میان اموال خود و اموال دیگران: اینکه سفیه نمی‌تواند از اموال خود حفاظت کند، دلیل بر این نیست که امین نباشد، زیرا ممکن است نسبت به اموال دیگران حافظ و نگهدار خوبی باشد (۳).

۴- تفکیک میان اموال و غیر اموال: سفیه تنها امین بر اموال نیست، اما سایر

تصرفات او جایز است (۴).

۵- مانع بودن ولایت پذیری: اینکه شخص سفیه خود با ولایت و سرپرستی کس دیگری زندگی می‌کند (مولی علیه)، نمی‌تواند به تنهایی مانعی از نگهداری و بر عهده

ص: ۳۹۴

۱- الدروس، ۳/۷۶.

۲- جامع المقاصد، ۶/۱۰۹؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

۳- مجمع الفائده، ۱۰/۴۰۲. مرحوم وحید بهبهانی در نقد این مطلب می‌نویسد: سفیه کسی است که قدرت بر حفظ مال را ندارد، نه اینکه تنها توان حفظ مال خود را ندارد ولی قدرت حفظ مال دیگران را دارد؛ حاشیه مجمع الفائده، ص ۵۸۳.

۴- شرح اللمعه، ۷/۷۰؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۵.

گرفتن اداره زندگی کودکى بى سرپرست باشد (۱).

۶- تکلیف پذیری: پذیرش مسؤولیت نگهداری کودک، از مصادیق همیاری بر کارهای خیر است که چون سایر اعمال عبادی از عهده فرد سفیه نیز بر می آید (۲).

نظریه دوم، اعتبار رشد: در برابر دیدگاه نخست، هستند کسانی که معتقدند شخص سفیه نمی تواند با یافتن کودک، نگهداری و اداره زندگی او را بر عهده بگیرد، شرط چنین کاری تحقق رشد در فرد یابنده است.

بررسی دلایل: طرفداران این نظریه برای اثبات درستی آن، به این دلایل تمسک جسته اند:

۱- قابل اعتماد نبودن: سفیه که از تصرف در اموال خود بازداشته شده است

(محجور علیه)، گرچه می تواند عادل باشد ولی از نظر قوانین دینی، قابل اعتماد (مأمون)

نیست (۳).

۲- تلازم میان کارهای گوناگون: اگر شرعا بر مال خود امین نباشد، به طریق اولی بر کودک و اموال او نیز امین نیست (۴).

۳- ممنوعیت تبذیر: سفیه کسی است که بی مبالاات اموال خود را هزینه کرده، آنها را حیف و میل می کند؛ از این حالت در متون دینی تعبیر به «تبذیر» (پراکندن مال به اسراف،

بی اندازه خرج کردن) می شود.

قرآن کریم در توصیف این گونه افراد می فرماید: «إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ لَكْفُورًا» (۵)، زیاده روی کنندگان، برادران شیطان ها هستند و شیطان نسبت به پروردگارش ناسپاس بوده است؛ بنابر این، تبذیر عملی حرام، و مبذّر گناهکار می باشد و معلوم است که چنین فردی با ارتکاب گناه از صفت عدالت خارج می شود. کسی که عادل نباشد دیگر صلاحیت نگهداری کودک را ندارد (۶).

ص: ۳۹۵

۱- ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

۲- ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۸.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۴- الدروس، ۳/۷۶.

٥- اسراء ١٧ / ٢٧.

٦- مجمع الفائده، ١٠/٤٠٢.

نقد و بررسی: به نظر ما ابتدا باید مشخص شود که منظور از «التقاط» چیست؟ اگر آن گونه که توضیح دادیم، منظور برداشتن کودک از سطح خیابان و تحویل آن به مراکز نگهداری کودکان بی سرپرست است، این کار از شخص سفیه بر می آید؛ اما اگر منظور بر عهده گرفتن مسئولیت نگهداری کودک باشد، هیچ یک از این دلایل برای اثبات یا نفی جواز آن توسط شخص سفیه کافی نیست، بلکه می باید تنها به این نکته توجه کنیم که کسی قابلیت دارد از کودکی نگهداری کند که دست کم بتواند زندگی خود را اداره کند و شخص سبک مغز از چنین توانایی برخوردار نیست. و اینکه در قرآن کریم شرط سپردن اموال کودک یتیم به او علاوه بر بلوغ، تحقق رشد دانسته شده به این معنا نیست که سفیه

تنها در امور مالی نیاز به سرپرست دارد و در غیر امور مالی، زمام زندگی خویش را خود

به دست دارد.

با ملاحظه همین جهت است که به صراحت می توان ادعا کرد این نظر که نگهداری از کودک را به شخص سفیه می سپاریم، ولی به او اجازه نمی دهیم که در مورد مسایل مالی کودک دخالت کند تا میان دو قاعده شرعی «عدم استئمان مبدّر بر مال» و «اهلیت مبدّر برای تصرفات غیر مالی» جمع کرده باشیم^(۱)؛ ادعایی است فاقد دلیل.

همچنان که سپردن اداره زندگی کودک به فرد سفیه و واگذاری مسایل مالی وی به فردی دیگر نیز راه حل منطقی نیست، زیرا اگر حضانت را ولایت بر کودک بدانیم، ولایت قابل تقسیم نیست، همچنان که این دوگانگی می تواند باعث آسیب دیدن کودک نیز بشود^(۲).

این جمله امام معصوم علیه السلام می تواند بهترین شاهد بر صحت این ادعا باشد: «ما أبالی

ائتمنت خائناً أو مضیعاً»^(۳)، برایم تفاوت نمی کند که خیانت کاری را امین خود قرار دهم یا فرد بی مبالاتی را.

ص: ۳۹۶

۱- شرح اللمعه، ۷/۷۰.

۲- جامع المقاصد، ۶/۱۰۹.

۳- الکافی، ۵/۳۰۱، شماره ۴.

از جمله شرایطی که در برخی از متون فقهی برای یابنده کودک بیان شده است، عدالت اوست (۱).

واژه «عدالت» از نظر مفهومی در مقابل «ظلم» قرار می‌گیرد، ولی در متون فقهی این واژه معمولاً در برابر «فسق» گذاشته می‌شود.

پیش از این توضیح دادیم که در عرف فقها، عدالت به معانی متفاوتی به کار می‌رود، چون: کیفیتی قائم به نفس آدمی که او را وادار به انجام واجبات و ترک محرمات می‌کند (۲)؛ کیفیتی نفسانی که شخص را وادار می‌سازد همیشه خویشتن بانی (تقوی) داشته باشد (۳)؛ دوری جستن از گناهان کبیره و اصرار بر انجام گناهان صغیره (۴)؛ عدم اخلال به کارهای واجب و انجام کارهای زشت (۵)؛ ملکه انجام واجبات و ترک محرمات (۶)؛ مجرد ترک گناهان (۷).

به هر حال، اگر عدالت را به گناه نکردن معنا کنیم، در این صورت، عادل بودن برابر با گناهکار (فاسق) نبودن است؛ ولی اگر عدالت را به کیفیت نفسانی و ملکه اخلاقی معنا کنیم - آن گونه که در کلمات فقهای متأخر آمده است (۸) - فاسق نبودن را نمی‌توان برابر با عادل بودن دانست، زیرا میان آنها حالت سومی نیز وجود دارد (۹).

نظرات مطرح در متون فقهی

از بررسی آنچه در متون فقهی پیرامون شرط عدالت مطرح شده است، به سه نظریه می‌توان دست یافت:

نظریه اول، اعتبار عدالت: در میان فقها کسی را نیافتیم که به شرط بودن عدالت در

یابنده کودک فتوا دهد، بلکه تنی چند، وجود عدالت را در یابنده کودک موافق با احتیاط

ص: ۳۹۷

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ الدر المنضود، ص ۱۴۵.

۲- ایضاح الفوائد، ۱/۱۴۹.

۳- مجمع الفائده، ۱۲/۳۱۱.

۴- الوسیله، ص ۲۳۰.

۵- السرائر، ۱/۲۸۰.

۶- العروه الوثقی، ۱/۱۰.

۷- انصاری، کتاب الطهاره، ص ۴۰۲.

۸- مستند الشیعه، ۱۸/۷۴.

۹- مسالک الأفهام، ۸/۴۲۴.

نظریه دوم، عدم اعتبار عدالت: گروهی از فقها بر این باورند که عدالت در جواز

نگهداری کودکان سر راهی، معتبر نیست(۲).

بررسی دلایل: برای اثبات عدم اعتبار عدالت در نگهداری کودکان بی سرپرست به دلایل زیر استناد شده است:

۱- مغایرت نگهداری کودک با امانت: به عهده گرفتن نگهداری کودک (حضانت)، در حقیقت امانت داری نیست(۳) با این که در امانت گرفتن عدالت لازم است.

۲- تلازم میان اسلام و امین بودن: پذیرش اسلام خود به خود، امانت داری را به دنبال دارد(۴)؛ بنابراین، بجز اسلام دیگر نیازی به احراز عادل بودن شخص نداریم.

۳- نگهداری کودک توسط غیر مسلمان: اگر در پذیرش نگهداری کودک، عدالت شرط باشد، می باید شخص غیر مسلمان (کافر) نتواند از کودکی که محکوم به اسلام نیست نگهداری کند با اینکه قطعاً این کار جایز است(۵).

۴- اصل عملی: اگر در ضرورت وجود عدالت شک داشته باشیم و دلایل گذشته را برای عدم اعتبار آن کافی ندانیم، اصل (برائت شرعی) بر عدم اعتبار آن است(۶).

۵- اطلاق روایات: روایاتی که در مسأله التقاط به ما رسیده از جهت اعتبار عدالت

اطلاق داشته، شامل هر دو فرض وجود عدالت و نبود آن می شود؛ افزون بر اینکه، اگر این اطلاقات ناظر به فرد غالب نیز باشد، عدالت معتبر نخواهد بود، چرا که وجود افراد

عادل بسیار نادر بوده، غلبه با افراد غیر عادل است(۷).

۶- نبود اتفاق نظر میان فقها: عدالت اگر معتبر باشد، می بایست تنها مستند به اتفاق و اجماع فقهای شیعه باشد و حال آنکه چنین اجماعی وجود ندارد(۸).

ص: ۳۹۸

۱- جامع المقاصد، ۶/۱۰۸؛ شرح اللمعه، ۷/۷۳؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۴.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۳- ریاض المسائل، ۲/۳۲۴.

۴- الدروس، ۳/۷۵؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۳-۳۲۴.

٥- رياض المسائل، ٢/٣٢٤.

٦- رياض المسائل، ٢/٣٢٣.

٧- رياض المسائل، ٢/٣٢٣.

٨- مجمع الفوائد، ١٠/٤٠٠.

نظریه سوم، تفصیل: در برخی از متون فقهی در باره اعتبار عدالت در یابنده کودک، تفصیلی به این ترتیب نقل شده است که اگر کودک دارای مال باشد، عدالت معتبر است، زیرا خیانت در اموال امری است رایج، اما در غیر این صورت، عدالت معتبر نیست (۱).

دیدگاه ما: به نظر ما، صرف نظر از نظریه سوم که مستند به هیچ دلیلی نیست، می توان میان دو نظریه دیگر جمع کرد، زیرا سپردن کودک به شخصی که دارای ملکه عدالت است گرچه مطابق با احتیاط است، ولی دلیلی بر لزوم رعایت آن وجود ندارد، بلکه دلایلی می توان اقامه کرد که بر اساس آن، نیازمند احراز چنین مرحله ای از تقوا

نیستیم، زیرا گاه می توان به کسی اعتماد کرد که به رغم ترک پاره ای از امور شایسته، یقین داریم می تواند با بذل محبت و دقت در امور کودک، از او محافظت کند که ممکن است فرد عادل از چنین توانایی برخوردار نباشد (۲)؛ ولی این بدان معنا نیست که می شود کودک را به شخص فاسق سپرد.

به نظر ما - همچنان که پیش از این در بحث حضانت پدر و مادر بیان کردیم - احراز صلاحیت اخلاقی یابنده کودک (ملتقط) از جمله اساسی ترین شرایط برای نگهداری کودک و سپردنش به اوست؛ زیرا مشروعیت التقاط در فقه اسلامی به واسطه حمایت از زندگی و سلامت جسمی - روحی کودکانی است که پدر و مادر خود را از دست داده یا به دلایلی از پذیرش اداره زندگی آنها سر باز زده، ایشان را در یکی از محل های عمومی به

حال خود رها کرده اند؛ حال چگونه ممکن است کودک را به کسی سپرد که همراهی اش با او، موجب آسیب های جدی جسمی یا اخلاقی وی می گردد؟

آیا عقل روا می دارد که نگهداری از کودک را به فردی بسپاریم که به علت فساد اخلاقی و نداشتن تعهدهای لازم دینی او را مورد انواع سوء استفاده قرار داده یا دست

کم زمینه یادگیری گناه را در او فراهم می سازد؟ آیا می توان ادعا کرد که شارع مقدس به چنین واگذاری راضی است؟

ص: ۳۹۹

۱- جامع المقاصد، ۶/۱۰۸؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۴.

۲- مجمع الفوائد، ۱۰/۴۰۲.

افزون بر این، اگر حضانت کودک و سپردن او را به یابنده اش نوعی امانت بدانیم، عموماً می‌توانیم که امین بودن فرد را در باب امانت معتبر می‌دانند، دلیلی خواهند بود بر اعتبار

این شرط در مسأله التقاط.

البته واضح است که برای سپردن کودک به یابنده او (ملتقط)، نیازی به احراز عدالتش به خصوص اگر معنای آن را ملکه نفسانی ترک گناه بدانیم، نیست (۱)؛ چرا که اصل اعتبار چنین شرطی در هیچ یک از ابواب فقهی مستند به دلیل نیست.

بهترین شاهد بر صحت این ادعا، روایاتی است که در مقام تعریف عدالت یا بیان روش شناسایی انسان عادل از فاسق، مواردی را از این دست، ذکر می‌کنند: ستم نکردن، به وعده خویش پایبند بودن (۲)، توبه نکردن از گناه پس از اجرای حد الهی، به غیر حق گواهی دادن یا متهم به این کار بودن (۳)، به عفت و پاکدامنی معروف بودن، دست و زبان و شکم خود را نگاه داشتن، به پرهیز از گناهان بزرگی که خداوند وعده جهنم داده است، معروف بودن؛ بر انجام نمازهای پنجگانه در وقت خود مواظب بودن، بدون دلیل نماز جماعت را ترک نکردن، عیوب خود را از مردم پوشاندن (۴)، معروف به خیر بودن (۵)، توبه کردن (۶).

همچنین در برخی از متون فقهی، انسان عادل چنین معرفی می‌شود: چیزی از اسباب فسق در او دیده نمی‌شود (۷)؛ معروف به دینداری و پرهیز از محارم الهی است (۸).

به هر حال، گرچه دلیلی بر اعتبار عدالت به معنای ملکه نفسانی ترک گناه، نداریم ولی نمی‌توان ضرورت نبود فسق را نیز انکار کرد.

شاهد بر این ادعا نظری است که برخی معتقدان به عدم اعتبار عدالت دارند. کسانی که خود منکر عدالت یابنده کودک هستند، چون نمی‌توانند نگرانی خود را از سپردن

ص: ۴۰۰

۱- قواعد الاحکام، ۳/۱۰۲؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۷.

۲- الکافی، ۲/۲۳۹، شماره ۲۸.

۳- الکافی، ۷/۴۱۲-۴۱۳، شماره ۱.

۴- تهذیب الاحکام، ۶/۲۴۱، شماره ۵۹۶.

۵- من لا یحضره الفقیه، ۳/۷۰، شماره ۳۳۵۵.

۶- وسائل الشیعه، ۱۸/۲۸۲، شماره ۳-۶.

۷- المبسوط، ۸/۲۱۷.

۸- المقنعه، ص ۷۲۵.

کودک به شخص نااهل و لاابالی (فاسق) پنهان بدارند، تصریح می کنند که می توان با گرفتن شاهد یا تعیین فردی امین که مراقب رفتار یابنده کودک است (۱)، خطر چنین عملی

را به حد اقل ممکن رساند.

با توجه به آنچه گذشت، اگر یابنده کودک، شخصی تبهکار و از نظر اخلاقی ناسالم (فاسق) باشد یا بعدا چنین شود، حاکم اسلامی (قاضی، مراکز مسؤول)، کودک را از دست او می گیرد (۲)، زیرا: فاسق شرعا امین نیست (۳)؛ فاسق ظالم است و اعتماد به ظالم به مقتضای آیه کریمه «وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» (۴)، به ستمکاران تکیه مکنید که عذاب شما را در می یابد، جایز نیست (۵)؛ می تواند باعث تربیت سوء کودک شود (۶)؛ چنین فردی قابل اعتماد نیست (۷)؛ فاسق صلاحیت برای امانت و ولایت ندارد (۸).

نتیجه

وضعیت یابنده کودک از سه حالت خارج نیست: ۱- عادل است، به این معنا که دارای ملکه ترک گناه است یا اگر چنین نیست، دست کم شخص هرزه و آلوده ای هم نیست ۲- فردی بزهکار و بی مبالا نسبت به فرامین دینی است ۳- وضعیتی نامعلوم دارد یا به ظاهر قابل اعتماد می نماید.

در صورت اول، کودک به او سپرده می شود و در صورت دوم بدون تردید مجاز به نگهداری از کودک نیست، اما در فرض سوم چه باید کرد؟

در پاسخ به این سؤال دو نظریه میان فقها مطرح است: ۱- می شود کودک را به او سپرد (۹) ۲- کودک به او سپرده می شود ولی حاکم اسلامی کسی را برای مراقبت نامحسوس از او تعیین می کند تا اطمینان لازم به او به وجود آید که در این صورت چون

ص: ۴۰۱

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۲- المبسوط، ۳/۳۳۸؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ قواعد الاحکام، ۲/۲۰۱.

۴- هود ۱۱۳ / ۱۱۳.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۶- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۷- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۸- المبسوط، ۳/۳۳۸؛ شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰.

کسی است که عدالتش از ابتدا مشخص است (۱).

به هر حال، فتوای مرحوم محقق که نمی توان کودک را از دست یابنده فاسق گرفت (۲) و سخن فاضل آبی (۳) مبنی بر اینکه شخص فاسق می تواند نگهداری از کودک را بر عهده بگیرد و کودک نیز نزد او باقی می ماند بدون اینکه نیاز به هیچ مراقب و ناظری باشد (۴)، جدا جای تأمل دارد.

به نظر ما، می باید صلاحیت اخلاقی یابنده کودک احراز شود تا بتوان نگهداری از کودک بی سرپرستی را به او سپرد و به عبارت دیگر تا احراز نکنیم که سلامت جسمی و اخلاقی کودک با زندگی کردن با ملتقط تأمین می شود، نمی توان کودک را به او سپرد.

برای اثبات چنین ادعایی نیازی به دلیل خاص هم نداریم، چرا که سیره و روش عقلاء که بدون شک مورد تأیید شارع مقدس نیز بوده، بر این است که تربیت کودک را به هر انسانی واگذار نمی کنند.

چگونه می شود دینی که سپردن کودک را به دایه ای که از سلامت خانوادگی، اعتقادی یا عقلی برخوردار نیست، روا نمی داند (۵) و سپردن مال را به شخص بی مبالا ناپسند می داند (۶)، راضی می شود کودکی را به کسی بسپاریم که می دانیم صلاحیت اخلاقی لازم را ندارد یا دست کم نمی دانیم که چنین صلاحیتی را دارد یا نه؟

آیا این سخن امام باقر علیه السلام را نمی توان سرلوحه کار خود قرار داد که «من ائتمن غیر مؤمن،

فلاحه له علی الله عزوجل» (۷)، کسی که به فردی غیر امین اعتماد کند، حجتی برای او نزد خداوند نیست؛ و آیا نمی بایست به پیام این سخن حضرت توجه کرد که پیوسته می فرمود: «لم یخنک الأمین و لکن ائتمنت الخائن» (۸)، شخص امین به تو خیانت نمی کند، اما تو به شخص خیانتکار اعتماد کرده ای؟

ص: ۴۰۲

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱؛ جامع المقاصد، ۶/۱۰۸.

۲- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰.

۳- زین الدین ابی علی حسن بن ابی طالب بن ابی مجد یوسفی، متوفای ۶۷۲.

۴- کشف الرموز، ۲/۴۰۶.

۵- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۸۴-۱۸۸.

۶- وسائل الشیعه، ۶/۲۳۰-۲۳۴.

۷- الکافی، ۵/۲۹۹، شماره ۳.

۸- الکافی، ۵/۲۹۹، شماره ۴.

آیا با اکتفا به اینکه مسلمان مادامی که از او فسقی ظاهر نشود عادل است (۱)، می توان از اهمیت مسأله سرپرستی کودکان کاست؟

شاید با ملاحظه اهمیت مسأله کودکان بی سرپرست باشد که برخی از فقها با تفاوت گذاشتن میان «لقطه» و «لقیط»، ضمن تردید در لزوم سپردن مال به شخص غیر فاسق، درباره سپردن کودک به شخص غیر فاسق تأکید می ورزند، زیرا روش های حمایتی به منظور جلوگیری از سوء استفاده افراد غیر قابل اعتماد در مورد اموال، در خصوص کودکان وجود ندارد (۲)؛ همچنین برخی از فقها برای حصول اطمینان بیشتر، حتی در موردی که یابنده کودک، فرد قابل اعتمادی است، لازم می دانند که شاهی بر کار وی گواه باشد (۳).

ناگفته پیداست که برای نگهداری از یک کودک تنها برخورداری از صلاحیت های اخلاقی کافی نیست، بلکه شرایط دیگری را نیز می طلبد که در خلال این مباحث به آنها اشاره خواهد شد.

اسلام

از جمله شرایطی که در پاره ای از متون فقهی برای یابنده کودک (ملتقط) بیان شده است، مسلمان بودن اوست (۴).

برای فقهای ما این سؤال مطرح بوده است که آیا فرد غیر مسلمان می تواند کودک مسلمان را از سطح معابر برداشته، از او نگهداری کند؟ افزون بر این، آیا فرد غیر مسلمان

می تواند اداره زندگی کودک غیر مسلمانی را بر عهده بگیرد (۵)؟

نظرات مطرح در متون فقهی

میان فقها در مسأله مسلمان بودن کسی که می خواهد از کودک بی سرپرستی

ص: ۴۰۳

۱- مجمع الفائدة، ۱/۴۰۱.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

۳- المبسوط، ۳/۳۳۸.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ الدروس، ۳/۷۵.

۵- لازم به یادآوری است، در مباحث آینده به این مطلب اشاره خواهیم کرد که منظور از مسلمان یا غیر مسلمان بودن کودک در کاربردهای فقهی چیست.

نگهداری کند، سه نظریه مطرح است:

نظریه اول، شرط بودن اسلام: بر این اساس، چه کودک مسلمان باشد چه غیر مسلمان، می باید یابنده او که می خواهد اداره زندگی اش را بر عهده بگیرد، مسلمان باشد. بر این اساس، شخص غیر مسلمان به هیچ وجه نمی تواند سرپرستی کودک سر راهی را بر عهده بگیرد حتی اگر خود کودک غیر مسلمان باشد.

بررسی دلایل: دلایلی که برای اثبات این مطلب به آنها استناد شده، از این قرار است:

۱- امر به معروف و نهی از منکر: امر به معروف و نهی از منکر از جمله واجبات، بلکه ضروریات دین مبین اسلام است؛ از این رو، سپردن کودک غیر مسلمان به فردی مسلمان، موجب ترغیب او به اسلام و بازداشت او از پیمودن راه غیر مسلمانی (کفر) است. چنین عملی از آنجا که مصداق امر به معروف و نهی از منکر است، عملی است واجب و ترک آن غیر جایز (۱).

۲- وجوب هدایت غیر مسلمان: واگذاری نگهداری کودک به شخص غیر مسلمان، زمینه گمراهی او را فراهم می سازد و از سویی هدایت غیر مسلمان و شخص گمراه نیز امری است واجب؛ بنابر این، می باید حضانت کودک غیر مسلمان را به فردی مسلمان سپرد تا باعث هدایت او و جلوگیری از گمراهی اش باشد (۲).

۳- وجوب همیاری بر خوبی ها: به مقتضای فرمان الهی «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى

وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (۳)، یکدیگر را بر نیکی و پرهیزگاری یاری کنید و نه بر گناه و دشمنی؛ می باید یکدیگر را بر خوبی یاری کرد، همچنان که نبایست بر بدی این یاری باشد.

بر این اساس، سپردن کودک غیر مسلمان به فرد مسلمان، چون موجب ترغیب وی به اسلام می شود، یاری بر خیر و خوبی است؛ آن گونه که سپردن چنین کودکی به فرد غیر مسلمان می تواند نوعی همیاری بر گناه باشد، چرا که باعث تقویت پایه های کفر در او

ص: ۴۰۴

۱- حاشیه مجمع الفائده، ص ۵۸۲.

۲- حاشیه مجمع الفائده، ص ۵۸۲.

۳- مائده ۵ / ۲.

می شود (۱).

۴- وجوب رهایی از هلاکت: از آنجا که هیچ هلاکتی مانند هلاکت آخروی نیست و چنین هلاکتی هم ناشی از اعتقادات باطل است، سپردن کودک غیر مسلمان به فرد مسلمان، می تواند موجب رهایی او از دوزخ و هلاکت آخروی وی باشد و تردیدی نیست که چنین کاری واجب است (۲).

نقد: به نظر نمی رسد این دلایل بتواند اثبات کند که کودک غیر مسلمان را تنها باید به فرد مسلمان سپرد، چرا که هدایت غیر مسلمان، همیاری بر خوبی ها و رهایی از هلاکت، هیچ کدام واجب نیست؛ اگر چنین می بود می بایست هر مسلمانی به اندازه توانش سراغ غیر مسلمانان برود تا بتواند آنها را به اسلام دعوت کند.

نظریه دوم، شرط نبودن اسلام: در میان فقها هستند کسانی که با تردید در شرط بودن

اسلام (۳)، معتقدند مسلمان بودن یا بنده کودک در هیچ صورتی شرط نیست چه کودک مسلمان باشد و چه غیر مسلمان (کافر).

بررسی دلایل: برای اثبات چنین ادعایی به مطالبی استناد شده است:

۱- اطلاق دلایل التقاط: دلایلی که برداشتن کودک را از سطح اماکن عمومی جایز می شمرد، اطلاق داشته، بدون توجه به نوع مذهب یا بنده کودک، این عمل را جایز می داند؛ بنابر این، ملتقط چه مسلمان باشد و چه غیر مسلمان، می تواند از کودک بی سرپرست نگهداری کند (۴).

از میان فقها، ابن فهد حلی به نکته ای اشاره می کند که در جای خود قابل تأمل است. وی مدعی است روایاتی که مفاد آنها اجازه (اذن) برداشتن کودک سر راهی (لقیط) است، عمومیت داشته شامل مسلمان و غیر مسلمان، هر دو می شود، به خصوص بنابر نظریه ای که غیر مسلمان را در فروع دینی مکلف به تکالیف دینی می داند (۵).

ص: ۴۰۵

-
- ۱- حاشیه مجمع الفائده، ص ۵۸۲.
 - ۲- حاشیه مجمع الفائده، ص ۵۸۲.
 - ۳- کشف الرموز، ۲/۴۰۶.
 - ۴- کشف الرموز، ۲/۴۰۶؛ المذهب البارع، ۴/۲۹۷.
 - ۵- المذهب البارع، ۴/۲۹۵.

نقد: تا آنجا که بررسی ما نشان می دهد، هیچ عموم یا اطلاقی که بتوان با استناد به آن جواز التقاط غیر مسلمان را اثبات کرد، وجود ندارد(۱).

تنها دلیل لفظی که در مسأله حضانت می شود به آن استناد کرد، دو آیه «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى»(۲)، یکدیگر را بر نیکی و پرهیزگاری یاری کنید؛ «وَأَوْحَيْنَا إِلَيْهِمْ فِعْلَ الْخَيْرَاتِ»(۳)، به ایشان سفارش کردیم که کارهای نیکو انجام دهند؛ بود که به هیچ وجه ناظر به مسأله التقاط نیست تا بتوان به عموم یا اطلاق آن تمسک کرد.

۲- هدف از حضانت: دو هدف اساسی به جمع آوری کودکان سر راهی مشروعیت می بخشد:

اول، برطرف کردن نیازمندی های ضروری - طبیعی کودک است که سودش متوجه خود اوست؛ چنین هدفی با کاری که شخص غیر مسلمان انجام می دهد نیز قابل دسترسی است(۴).

دوم، تأمین نیازهای تربیتی اوست که آن هم از عهده شخص غیر مسلمان برمی آید(۵).

نقد: در اینکه شخص غیر مسلمان همطراز یک مسلمان و گاه بهتر از او می تواند نیازهای مادی و معنوی کودک بی سرپرستی را برآورده سازد، کمترین تردیدی وجود ندارد، چرا که افراد غیر مسلمان به خوبی از عهده این مسؤولیت نسبت به فرزندان خویش برمی آیند؛ ولی تمام سخن در این مطلب است که آیا از نظر قانونگذار (شارع مقدس اسلام)، تأمین این نیازها از هر راه و به هر شکلی مطلوب است یا تحقق آنها از راهی خاص مورد نظر اوست؟

به نظر ما، از آنجا که سپردن نگهداری یک کودک به شخصی خاص، نوعی امانت است، می بایست تمام ضوابط معتبر در امانت را رعایت کرد.

از جمله اساسی ترین شرط امانت سپردن، احراز عدم خیانت امین است و معلوم

ص: ۴۰۶

۱- ریاض المسائل، ۲/۳۲۴.

۲- مائده ۵ / ۲.

۳- انبیاء ۲۱ / ۷۳.

۴- المهدب البارع، ۴/۲۹۷.

۵- الدروس، ۳/۷۵؛ ریاض المسائل، ۲/۳۲۴.

است مفهوم خیانت بسته به موضوعی که در آن مطرح می شود، معنای خاص خود را پیدا می کند.

حال این سؤال مطرح است که آیا می شود کودک را به فرد غیر مسلمان سپرد و او با تأثیر گذاری بر روی اعتقادات کودک یا ایجاد اعتقادی مناسب با افکار خود، زمینه انحراف او را از اسلام فراهم نکند؟

اگر تنها برطرف کردن نیازهای مادی و تربیتی کودک مورد نظر باشد، آیا می توان کودک را به فردی تبهکار که به خوبی از عهده نگهداری او بر می آید سپرد؟ آیا شارع مقدس اسلام راضی است که کودک خود را به دست کسی بسپاریم که دشمن خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام است و در دل کودک بذر کینه و بغض را نسبت به امیر المؤمنین و فرزندان او می کارد؟

به نظر می رسد، سپردن نگهداری کودک به یک فرد، تنها به منظور تأمین خوراک و پوشاک او نیست، بلکه تربیتی همه جانبه را می طلبد که از عهده هر کسی بر نمی آید.

۳- اصل عملی: چنانچه در جواز واگذاری نگهداری کودک به شخص غیر مسلمان

تردید داشته باشیم، اصل عملی براءت دلالت بر جواز این کار می کند، چه کودک مسلمان باشد، چه غیر مسلمان (۱).

نقد: همان گونه که می دانیم موضوع یا متعلق اصل عملی، شک است. این شک زمانی می تواند وجود داشته باشد که هیچ اصل یا دلیل لفظی در موضوع بحث وجود نداشته باشد.

بنابر این، اگر عموم، اطلاق یا دلیل خاصی وجود داشته باشد که بتواند جلوی واگذاری کودک را به فرد غیر مسلمان بگیرد، دیگر نمی توان به اصل عملی رجوع کرد.

آن گونه که پس از این توضیح خواهیم داد، دلایل دیگری غیر از آنچه در ارتباط با مسأله حضانت است وجود دارد که مانع از جریان این اصل می شود.

ص: ۴۰۷

نظریه سوم، تفصیل: پیروان این نظریه دو ادعا دارند:

اول، غیر مسلمان نمی تواند از کودک مسلمان نگهداری کند: بر این اساس، اگر کودک محکوم به اسلام باشد، یابنده او که می خواهد از وی نگهداری کند، می بایست مسلمان باشد (۱)؛ بنابراین، شخص غیر مسلمان، چه از پیروان ادیان الهی باشد و چه از ادیان غیر الهی نمی تواند با یافتن کودک مسلمان، حضانت او را بر عهده بگیرد (۲).

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب، به چند دلیل استناد شده است:

۱- نبود ولایت کافر بر مسلمان: اگر حضانت و نگهداری از کودک را ولایت بر او بدانیم، غیر مسلمان نمی تواند عهده دار این مسؤلیت باشد، زیرا غیر مسلمان بر مسلمان به مقتضای آیه شریفه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (۳)، خدا کافران را بر مؤمنان مسلط نکرده است؛ هیچ گونه ولایتی ندارد (۴).

نقد: به نظر ما این استدلال نمی تواند درست باشد، زیرا همان طور که بیشتر توضیح دادیم، اولاً: منظور از «نفی سبیل» در این آیه، نفی «حجت» است نه نفی «تسلط»، چرا که

اگر چنین می بود، نمی بایست کارگر مسلمان برای کارفرمای غیر مسلمان کار کند؛ بنابراین، علو اسلام، مستلزم عدم ثبوت ولایت کافر بر مسلمان نیست (۵).

ثانیاً، حضانت، ولایت نیست تا انجام آن از سوی غیر مسلمان، موجب ولایت کافر بر مسلمان شود (۶)؛ بلکه حضانت در اصطلاح فقهی به همان معنای لغوی خود به کار می رود، یعنی زیر پر و بال گرفتن و به عبارت دیگر، نگهداری از کسی را بر عهده گرفتن و این تنها اثبات کننده حقی است (۷)، اگر نگوئیم وظیفه ای - کاری واجب - است که می باید ملتزم به انجام آن شود.

مرحوم خوانساری در این باره می نویسد: «هر حقی نسبت به مسلمان، ولایت بر او

ص: ۴۰۸

۱- الدروس، ۳/۷۵؛ الدر المنضود، ص ۱۴۵.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۳- نساء ۴ / ۱۴۱.

۴- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ الدروس، ۳/۷۵؛ شرح اللمعه، ۷/۷۲؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۶.

۵- خوئی، کتاب النکاح، ۲/۳۱۱.

۶- جامع المدارک، ۵/۲۵۱.

۷- المذهب البارع، ۴/۲۹۵.

نیست، نظیر برده‌ی که مملوک انسان کافری بوده، پس از مملوکیت، مسلمان می‌شود»^(۱).

۲- تأثیر گذاری بر دین کودک: از جمله دلایلی که برای اثبات عدم جواز واگذاری

کودک به شخص غیر مسلمان مطرح شده است، میزان تأثیری است که بر روی کودک داشته، باعث تلقین افکار الحادی به او شده، زمینه گرایش او را به غیر اسلام فراهم می‌سازد^(۲).

شاید با ملاحظه همین جهت باشد که برخی از فقها، سپردن کودک را به شخص غیر مسلمان، نوعی یاری بر کافر کردن مسلمان دانسته‌اند^(۳).

شاهد بر صحت این ادعا، روایاتی است که در مورد ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان وارد شده است. در این روایات ضمن رد جواز چنین عملی، به این نکته اشاره شده است که زن از شوهر خود تأثیر می‌پذیرد^(۴).

روایت ابی بصیر: «تزوُّجوا فی الشکاک و لاتزوُّجوهم، لأنَّ المرأه تأخذ من أدب زوجها و یقهرها علی دینه»^(۵)، از فرقه شکاک زن بگیری و لی به ایشان زن ندهید، زیرا زن از ادب شوهر خود تأثیر می‌پذیرد و شوهرش او را بر پذیرش دین خود وادار می‌سازد.

روایت دعائم الاسلام: «أنه سئل عن امرأه مؤمنه عارفة و لیس بالموضع أحد علی دینها، هل تزوج منهم؟ قال: لاتزوج إلا من كان علی دینها و أمّا أنتم، فلا بأس أن یتزوج الرجل منكم المستضعفه البلهاء و أمّا الناصبه ابنه الناصبه، فلا و لا کرامه، لأن المرأه تأخذ من أدب زوجها و یردّها إلی ما هو علیه، فتزوُّجوا إن شئتم فی الشکاک و لاتزوُّجوهم»^(۶)، از ایشان درباره زن مؤمن و عالمی سؤال شد که در محل سکونت او کسی هم آیین او نیست تا با او ازدواج کند، آیا می‌تواند با یکی از آنها (اهل سنت) ازدواج کند؟ فرمود: ازدواج نکند مگر با هم کیش خود، اما شما می‌توانید از آنها زن بگیری، البته نه زن ناصبی و نه کرامی؛ زیرا زن از آداب همسر خود تأثیر می‌پذیرد و شوهرش او را به دین خود می‌خواند، از فرقه شکاک زن بگیری و لی

ص: ۴۰۹

۱- جامع المدارک، ۴/۴۷۶.

۲- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ الدروس، ۳/۷۵؛ شرح اللمعه، ۷/۷۲.

۳- مجمع الفائده، ۱۰/۳۹۸.

۴- ریاض المسائل، ۲/۳۲۴.

۵- الکافی، ۵/۳۴۸، شماره ۱.

۶- دعائم الاسلام، ۲/۱۹۹، شماره ۷۳۲؛ مستدرک الوسائل، ۱۴/۴۴۲، شماره ۱۷۲۳۳.

به آنها زن ندهید.

به نظر می‌رسد اگر ازدواج زن مسلمانی که علاوه بر بلوغ جسمی به بلوغ فکری و اعتقادی رسیده (عارفه مؤمنه) با مرد غیر مسلمان به دلیل تأثیر پذیری او از شوهرش جایز نباشد؛ با استفاده از قیاس اولویت و تنقیح مناط، می‌توان فتوا داد که سپردن کودک مسلمان به چنین فردی بدون تردید جایز نیست، چرا که کمی سن و شدت الگو پذیری او می‌تواند زمینه انحراف از دین مبین اسلام و پذیرش عقاید منحرف را فراهم سازد.

نکته قابل توجه اینکه در پاره‌ای از روایات به این مطلب اشاره شده است که مرد مسلمان با زن غیر مسلمان ازدواج نکند چرا که این عمل می‌تواند زمینه یهودی یا مسیحی شدن کودک حاصل از این ازدواج را فراهم سازد، همچنان که خویشاوندان مادری نیز می‌توانند در این کار مؤثر باشند.

روایت زهری: «لا یحلُّ للأسیر أن یتزوج مادام فی أیدی المشرکین مخافه أن یولد له، فبقی ولده کافر فی أیدیهم» (۱)، جایز نیست برای اسیر مادامی که در دست مشرکان اسیر است، ازدواج کند، مبدا که بچه دار شود و بچه او در دست آنها به عنوان فردی غیر مسلمان باقی بماند.

روایت راوندی: «لا یجوز للمسلم التزوج بالأمه الیهودیّه و لا النصرانیّه لأنّ الله تعالی قال: من فتیاتکم المؤمنات و قال: کره رسول الله صلی الله علیه و آله التزوج بها لثلاث سبب: ولده الیهودی و النصرانی» (۲)، روا نیست برای مرد مسلمان که با زن یهودی یا مسیحی ازدواج کند، زیرا خداوند فرموده است با دختران مؤمن ازدواج کنید. همچنین فرمود: پیامبر روا نمی‌دانست که با آنها ازدواج شود، مبدا که یهودیان یا مسیحیان فرزند او را از دستش برابند.

روایت ابن سنان: «عن نکاح الیهودیّه و النصرانیّه، فقال: نکاحهما أحبُّ إلّی من نکاح الناصیبه و ما أحبُّ للرجل المسلم أن یتزوج الیهودیّه و لا النصرانیّه، مخافه أن یتهود ولده أو یتنصر» (۳)، از ازدواج با زن یهودی و مسیحی سؤال شد، فرمود: ازدواج با ایشان بهتر است نزد من از ازدواج با زن ناصبی و دوست ندارم که مرد مسلمان با زن یهودی و مسیحی ازدواج کند، مبدا که فرزندش را یهودی یا مسیحی کنند.

ص: ۴۱۰

۱- علل الشرایع، ۲/۵۰۳، شماره ۱.

۲- راوندی، النوادر، ص ۲۱۱.

۳- الکافی، ۵/۳۵۱، شماره ۱۵.

به هر حال، سپردن کودک به فرد غیر مسلمان بدون تردید در دراز مدت بر روی اعتقادات کودک اثر گذاشته یا در شکل گیری اعتقاد در او مؤثر است؛ بنابراین این، التقاط

غیر مسلمان نسبت به کودک مسلمان بدون تردید جایز نیست.

البته باید به این مطلب نیز توجه داشت که اگر فرد غیر مسلمان می تواند بر شکل گیری یا تغییر اعتقادات کودک مؤثر باشد، بی شک فردی که به رغم ظاهر مسلمانش، دارای عقاید فاسد است نیز صلاحیت نگهداری کودک بی سرپرست را ندارد.

ناگفته پیداست که این مطلب در مورد مادر غیر مسلمان نیز صادق است، ولی روایاتی که متضمن بیان حضانت مادر است از چنان لحنی برخوردار است که قابل تخصیص نیست؛ بنابراین این، مادر غیر مسلمان حضانت کودک مسلمان خود را پس از مرگ پدر یا جدایی از او تا مدت هفت سال بر عهده می گیرد و نمی توان کودک را از مادرش جدا کرد، چرا که آثار مخرب زندگی کودک بدون حضور مادرش معلوم نیست کمتر از تأثیر منفی مادر غیر مسلمان بر روی اعتقادات کودکش باشد.

دوم، غیر مسلمان می تواند از کودک غیر مسلمان نگهداری کند: اگر فرض کنیم کودکی که در خیابان رها شده، مسلمان نیست؛ برخی از فقها بر این باورند که فرد غیر مسلمان می تواند ادراه زندگی او را بر عهده بگیرد(۱).

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب، به چند مطلب استناد شده است:

۱- ولایت غیر مسلمان بر غیر مسلمان: اگر حضانت و نگهداری از کودک را نوعی

ولایت بر او بدانیم، گرچه ولایت غیر مسلمان بر مسلمان جایز نیست؛ اما غیر مسلمان بر

غیر مسلمان به مقتضای آیه شریفه «الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ»(۲)، کافران برخی دوستدار

و یاور یکدیگرند؛ می تواند ولایت داشته باشد(۳).

۲- نبود مانع: برای نگهداری کودک توسط فرد غیر مسلمان، دو مانع قابل تصور بود،

ص: ۴۱۱

۱- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۲- انفال ۸ / ۷۳.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

یکی ولایت غیر مسلمان که پیش از این توضیح دادیم که وجود این ولایت نسبت به کودک غیر مسلمان نمی تواند مانعی ایجاد کند، دیگری میزان تأثیر فرد غیر مسلمان بر اعتقادات مسلمان است که این هم نسبت به کودک غیر مسلمان منتفی است؛ بنابراین، چون مانعی بر سر راه پذیرش حضانت چنین کودکی وجود ندارد^(۱)، فرد غیر مسلمان می تواند از کودک غیر مسلمان نگهداری کند.

۳- اصل عملی: اگر در جواز چنین کاری تردید کنیم، اصل عملی براءت دلالت بر جواز واگذاری نگهداری کودک سر راهی غیر مسلمان به فرد غیر مسلمان دارد^(۲)؛ اصلی که سالم از هرگونه معارضی است^(۳).

نقد: به نظر ما هیچ یک از این توجیهاست نمی تواند بیانگر جواز واگذاری نگهداری کودک غیر مسلمان به فرد غیر مسلمان باشد، زیرا موضوع سخن ما کودک بی سرپرستی است که در خیابان به حال خود رها شده و برای او هیچ خانواده یا سرپرستی را سراغ نداریم.

چنین کودکی نه به سن بلوغ رسیده که دین مشخصی را با تحقیق و تفحص خود انتخاب کرده باشد و نه پدر و مادر معلومی دارد تا عنوان مسیحی زاده و یهودی زاده، بر او صدق کند.

بنابر این، با توضیحی که پس از این خواهد آمد، عنوان «غیر مسلمان» تنها از این جهت بر چنین کودکی بار می شود که در سرزمین های غیر مسلمان نشین پیدا شده است.

اگر این مطلب را بپذیریم، دیگر نمی توان نقش عوامل تربیتی را در شکل گیری اعتقادات کودکان منکر شد، چرا که بر اساس حدیث شریف «ما من مولود یولد إلا علی الفطره، فأبواه یهودانه و ینصرّانه و یمجسانه»^(۴)، هیچ کودکی زاییده نمی شود، مگر بر فطرت؛ اما پدر و مادرش او را یهودی، مسیحی یا زردشتی می کنند؛ فطرت خداجوی کودکان، توسط پدر و مادر آنها دستخوش تغییر و تبدیل می شود و معلوم است که تربیت چنین کودکی زیر نظر یک

ص: ۴۱۲

۱- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۷.

۲- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۷.

۳- کفایه الاحکام، ص ۲۳۴.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۲/۴۹، شماره ۱۶۶۸.

فرد مسلمان، چه اندازه می تواند در شکل گیری اعتقاداتِ درست در او مؤثر باشد(۱).

بدین ترتیب، اگر کودکی را در آن شرایط بیابیم و بتوانیم نگهداری از او را به فرد مسلمانی بسپاریم به مراتب بر فرد غیر مسلمان ترجیح دارد؛ بلکه اگر یهودی زاده یا مسیحی زاده ای را در خیابان پیدا کنیم که فاقد سرپرست به تمامی مراتب آن است، در این صورت معلوم نیست تنها مسیحی زاده بودن او مجوزی باشد برای واگذاری اداره زندگی اش به کلیسا.

البته در تحقق خارجی چنین فرضی جای گفتگو است، زیرا چگونه می شود در کشور غیر مسلمان نشین که اداره آن با غیر مسلمانان است بتوان دست به چنین کاری زد؟

بر این مطلب اشکال گرفته نشود که اگر چنین استنباطی درست باشد، می باید شخص غیر مسلمان را از اداره و سرپرستی زندگی فرزندش باز داشت و حال آنکه به ضرورت دینی، چنین کاری جایز نیست(۲)؛ چرا که پیش از این توضیح دادیم بحث ما در جایی است که به عهده گرفتن سرپرستی یک کودک امری تشریعی و نیازمند وضع قانون از سوی قانونگذار است؛ اما هر پدر و مادری به نفس تحقق رابطه تکوینی میان آنها و فرزندشان، بدون نیاز به هیچ حق قراردادی، عهده دار اداره زندگی فرزند خود هستند و معلوم است که در امور تکوینی، تحقق خارجی یک عمل نقش دارد و نه امور اعتباری نظیر پذیرش دینی خاص.

بنابر این، پدر و مادر غیر مسلمان چون افراد مسلمان اداره زندگی فرزند خود را بر عهده دارند و هیچ عاملی هم نمی تواند این حق تکوینی را از آنها سلب کند، اما می شود

این حق را آن هنگام که با وضع قانون به کسی واگذار می شود، محدود به حدودی خاص و مشروط به شرایطی ویژه کرد تا همه افراد نتوانند از آن استفاده کنند.

به همین جهت، این حکم که «مسلمان می تواند کودک کافر را التقاط کند(۳)»، حکمی

است درست، اما با ملاحظه این نکته که در پاره ای از موارد، مسلمان می بایست چنین

ص: ۴۱۳

۱- جامع المقاصد، ۶/۱۰۲.

۲- ریاض المسائل، ۲/۳۲۳.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰.

کاری را انجام دهد.

نتیجه

ما بر این باوریم که از میان این سه نظریه، نظریه نخست نزدیک تر به واقع است و مسلمان بودن یابنده کودک، یکی از شرایط جواز التقاط است، چه کودک مسلمان باشد و چه غیر مسلمان؛ بلکه بعید نیست که افزون بر اسلام، ایمان (تشیع) نیز شرط این واگذاری باشد(۱).

توانمندی های مالی

برای برخی از فقها این سؤال مطرح است که آیا برای بر عهده گرفتن نگهداری کودک، افزون بر سایر شرایط، می باید یابنده کودک توانایی مالی لازم برای چنین کاری را

نیز داشته باشد یا نه؟

پاسخ دادن به این سؤال هنگامی میسر است که مشخص شود هزینه های زندگی کودک در خلال مدتی که اداره زندگی اش را ملتقط بر عهده دارد از کجا تأمین می شود.

بدون شک پرداخت هزینه های زندگی کودک بر عهده یابنده او نیست، بلکه اگر کودک خود دارای مالی باشد از همان محل تأمین می شود و اگر خود دارای چنین مالی نباشد، دولت اسلامی (بیت المال) مسؤول پرداخت آن است و در صورت نبود دولت یا عدم توانایی آن برای پرداخت چنین هزینه هایی، وظیفه تأمین آن بر عهده طبقه برخوردار

یا تمامی افراد جامعه است؛ بنابراین، در تمامی این فرض ها، توانمندی یابنده کودک نمی تواند شرط باشد(۲).

اما اگر فرض کنیم تأمین هزینه زندگی کودک به هیچ یک از روش های بالا ممکن نباشد، یابنده کودک موظف است به تنهایی پرداخت آن را بپذیرد. طبیعی است که در چنین شرایطی، برخورداری ملتقط از توانایی مالی، شرطی اساسی برای پذیرش

ص: ۴۱۴

۱- حاشیه مجمع الفائده و البرهان، ص ۵۸۲.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱؛ الدروس، ۳/۷۶.

مسئولیت نگهداری از کودک بی سرپرست است.

به هر حال، روشن است که توانایی مالی یابنده کودک می تواند امتیازی برای او حساب شود، چرا که در این صورت رفاه و آسایش بیشتری را برای کودک فراهم می سازد^(۱) که این خود می تواند در مسیر بالندگی او سهم بسزایی داشته باشد؛ پس بعید نیست مدعی شویم که، چنانچه هر دوی آنها افرادی قابل اعتماد باشند شخص ثروتمند بر غیر ثروتمند اولویت دارد^(۲).

استقرار در یک مکان

از جمله شرایطی که در برخی از متون فقهی برای یابنده کودک بیان شده، استقرار در یک محل خاص است.

برای گروهی از فقها این سؤال مطرح است که اگر یابنده کودک بخواهد محل سکونت خود را عوض کرده یا به سفر برود، همچنان می تواند نگهداری از کودک را بر عهده داشته باشد و او را با خود به همراه ببرد یا اجازه چنین کاری را ندارد؟

نظرات مطرح در متون فقهی

از جستجو در منابع فقهی به دو نظریه دست می یابیم:

نظریه اول، جواز تغییر مکان: نظریه نخست آن است که تغییر مکان کودک امری است جایز، یعنی یابنده کودک می تواند کودک را از محلی که در آنجا او را یافته است با

خود به جای دیگری ببرد و نمی توان به بهانه تغییر مکان، کودک را از او باز پس گرفت^(۳).

بررسی دلایل: طرفداران این نظریه برای اثبات آن به چند مطلب استناد کرده اند:

۱- ولایت مُلتقط: یابنده کودک (ملتقط)، ولی و سرپرست او به حساب می آید و هر کاری را که ولی کودک می تواند انجام دهد، او نیز قادر به انجام آن است^(۴) و تردیدی

ص: ۴۱۵

۱- مجمع الفائده، ۱۰/۴۲۸؛ جامع عباسی، ص ۲۵۱.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۱.

۳- جامع المقاصد، ۶/۱۱۱.

۴- جامع المقاصد، ۶/۱۱۱.

نیست که پدر، مادر یا پدربزرگ کودک می توانند او را به همراه خود به سفر برده یا محل سکونتش را به جای دیگری منتقل کنند.

۲- آسیب دیدن کودک: ممانعت از همراه شدن کودک با کسی که نگهداری از او را بر عهده گرفته است، می تواند منجر به آسیب دیدن او شود(۱).

۳- اصل عملی: چنانچه در جواز انتقال کودک به غیر از جایی که در آنجا یافت شده، تردید داشته باشیم، اصل عملی براءت دلیلی است بر جواز این کار و عدم جواز ممانعت ملتقط از به همراه بردن کودک با خود(۲).

نظریه دوم، عدم جواز تغییر مکان: از برخی متون فقهی چنین بر می آید که نقل مکان

کودک به هیچ وجه جایز نیست، حتی اگر یابنده کودک هم در ظاهر فردی امین و قابل اعتماد باشد و هم واقعا نیز چنین باشد، زیرا با توجه به اینکه بستگان کودک معمولاً در

جایی که گم شده است به دنبال او می گردند، دور شدن از محیطی که کودک در آنجا یافت شده، خود به خود شانس پیدا شدن بستگان احتمالی وی را به شدت کاهش می دهد(۳).

طبیعی است که اگر جابجایی کودک در فرضی که یابنده او به تمام معنا فردی قابل اعتماد است (عادل ظاهری و باطنی) جایز نباشد، در سایر موارد نیز این کار جایز نخواهد بود؛ پس می توان چنین نتیجه گرفت که نقل مکان کودک در هیچ شرایطی جایز نیست.

نظریه سوم، تفصیل: پیروان این نظریه، با توجه به ویژگی های اخلاقی یابنده کودک و همچنین نوع مکانی که کودک به آنجا منتقل می شود، رأی خود را مطرح کرده اند.

ملاحظه ویژگی های اخلاقی: از بررسی آنچه طرفداران این نظریه بیان کرده اند، با

دو نظر مواجه می شویم:

عدالت و فسق: مرحوم شهید اول معتقد است که اگر ملتقط عادل باشد، می تواند

ص: ۴۱۶

۱- جامع المقاصد، ۶/۱۱۱.

۲- جامع المقاصد، ۶/۱۱۱.

۳- ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۹.

کودک را با خود به سفر ببرد و کسی نمی تواند کودک را از او جدا کند(۱).

لازمه مقید ساختن جواز سفر به عادل بودن ملتقط، آن است که اگر عادل نباشد، نمی تواند چنین کاری انجام دهد.

نقد: پذیرش تفصیل میان عدل و فسق، مستلزم آن است که شخص فاسق بتواند نگهداری کودک را بر عهده بگیرد و تنها حجاز به انتقال او نباشد و حال آنکه پیشتر توضیح دادیم، شرط اصلی واگذاری نگهداری کودک به یک شخص، سلامت اخلاقی اوست؛ پس شخص بزهکار نمی تواند چنین مسؤولیتی را بر عهده بگیرد تا طرح چنین نظری ممکن باشد.

عدالت (امانت) ظاهری و باطنی: برخی از فقها با تفاوت گذاشتن میان عدالت

(امانت) ظاهری و باطنی، بر این باورند که اگر یابنده هم در ظاهر و هم در واقع (باطن)

عادل باشد، می تواند کودک را با خود به همراه ببرد(۲)، زیرا:

اولاً، بر اساس حدیث شریف نبوی «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم، فهو أحقّ به»(۳)، هر کس که پیشی بگیرد به چیزی که مسلمانی بر آن پیشی نگرفته، به آن سزاوارتر است؛ هر گاه مسلمانی

به انجام کاری بر دیگران پیشی بگیرد، بر دیگران نسبت به آن سزاوارتر است. شکی نیست که یابنده کودک با بر عهده گرفتن نگهداری کودک نسبت به سایر افراد اولویت پیدا

کرده است، این اولویت همچنان باقی است حتی اگر بخواهد به سفر برود؛ پس نه می توان یابنده کودک را از سفر کردن بازداشت و نه می توان از به همراه رفتن کودک با او جلوگیری کرد.

ثانیاً، هیچ مانعی بر سر راه به همراه بردن کودک وجود ندارد.

ثالثاً، تفاوتی میان مکان دوم و مکان اول نیست(۴).

اما اگر تنها نشانه های ظاهری ملتقط، بیانگر عدالت (امانتداری) وی باشد (عادل

ص: ۴۱۷

۱- الدروس، ۳/۷۶.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۵؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱؛ جامع المقاصد، ۶/۱۱۱.

۳- عوالی اللئالی، ۳/۴۸۰، شماره ۴.

۴- ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۹.

ظاهری)، نمی تواند کودک را به سفر ببرد(۱)، زیرا احتمال سوء استفاده از او وجود دارد(۲).

نقد: پیش از این در مورد اعتبار عدالت سخن گفتیم و توضیح دادیم که اگر منظور از عدالت، داشتن ملکه ترک گناه باشد، هیچ دلیلی بر اعتبار آن نداریم و تفاوت میان عادل

ظاهری و باطنی مبتنی بر پذیرش چنین معنایی برای عدالت است.

ملاحظه نوع مکان: در برخی از متون فقهی، مسأله جابجایی کودک با توجه به نوع مکانی که قرار است کودک به آنجا منتقل شود، مورد بررسی قرار گرفته است.

پیش از بیان این تقسیمات، این نکته قابل توجه است که عمده ی این مطالب توسط محقق طوسی و علامه حلّی مطرح شده و فتاوی اهل سنت در شکل گیری آن ها، نقش بسزایی داشته است.

۱- انتقال از شهر به صحرا: اگر فردی شهر نشین، کودکی را در شهری بیابد، مجاز نیست او را با خود به مناطق بیابانی و صحرائی (بادیه) ببرد. بنابر این، اگر مصمم به انجام این کار باشد، کودک از او گرفته می شود(۳)، زیرا:

آب و هوای نامتعادل و خشن مناطق بیابانی به طور طبیعی بر نحوه زندگی انسان ها اثر گذاشته، شرایط دشواری را به وجود می آورد(۴)؛

توسعه نیافتگی مناطق بیابانی و عدم وجود ارتباطات پایدار، مانع جدّی بر سر راه پیشرفت و شکوفایی دانش و صنعت است؛ از این رو، بُردن کودک به چنین مکان هایی نمی تواند امر بایسته ای باشد(۵)؛

احتمال پیدا شدن خویشان و بستگان کودک در جایی که در آنجا یافت شده به مراتب بیشتر از سایر جاها است. بنابر این، جابجایی کودک می تواند عاملی در کُندی بیشتر این

کار باشد(۶)؛

ص: ۴۱۸

۱- المبسوط، ۳/۳۴۵؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۲- جامع المقاصد، ۶/۱۱۱.

۳- المبسوط، ۳/۳۴۰-۳۴۱؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۶- المبسوط، ۳/۳۴۱؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

نقل مکان می تواند زمینه سوء استفاده از کودک را فراهم سازد (استرقاق) (۱)؛

زندگی در شهر بهتر و مناسب تر برای کودک است (۲).

اما اگر فردی شهر نشین، کودکی را در بیابانی بیابد، می تواند او را با خود به جایی ببرد که جاننش در معرض خطر نباشد (۳).

۲- انتقال از شهر به روستا: اگر فردی شهر نشین کودکی را در شهر بیابد، مجاز نیست او را به یک روستا منتقل کند، زیرا:

زندگی در شهر برای دین و دنیای او بهتر است (۴)؛

ادامه زندگی در شهر می تواند به پیدا شدن بستگان کودک، کمک کند (۵).

۳- انتقال از شهری به شهر دیگر: جابجایی کودک از شهری به شهر دیگر جایز نیست، زیرا احتمال پیدا شدن خویشاوندان کودک در جایی که در آنجا پیدا شده، بیشتر از سایر جاهاست (۶).

زندگی با عشایر: با توجه به آنچه در مورد نقل و انتقال کودک گفته شد، این سؤال قابل طرح است که اگر یابنده کودک از عشایر باشد، آیا می تواند نگهداری از او را بر عهده بگیرد یا نه؟

محقق طوسی در توضیح این مطلب می نویسد: اگر فرد بیابان گرد، کوچ نشین نباشد، کودکی را که پیدا کرده، نزد خود نگاه می دارد، ولی اگر کوچ نشین باشد، در جواز نگاهداری کودک و عدم جواز آن دو احتمال مطرح است (۷)، زیرا در جایی که کودک گم شده، بستگانش به دنبال او می گردند (۸).

دیدگاه ما: به نظر ما هیچ یک از دلایل گفته شده نمی تواند اثبات یا نفی کننده جواز انتقال یا تغییر مکان کودک به طور کلی باشد. آنچه برای ما اهمیت دارد، مصلحت کودک

ص: ۴۱۹

۱- المبسوط، ۳/۳۴۱.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۱.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۶- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۷- المبسوط، ۳/۳۴۱.

۸- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰.

است. باید دید که جابجایی کودک برای رشد و تعالی جسم و روان او سودمند است یا نه؟ در صورت مثبت بودن جواب، حکم می‌کنیم به جواز این کار و در غیر این صورت، تغییر مکان وی جایز نخواهد بود و برای اطمینان بیشتر، می‌توان تشخیص سودمندی و چگونگی انجام آن را بر عهده سازمانی گذشت که متصدی کنترل و مراقبت از خانواده‌هایی است که نگهداری چنین کودکانی را بر عهده دارند.

البته بعید نیست چون مرحوم شهید فتوا دهیم که بهتر آن است کودک از شهر به روستا و از روستا به صحرا برده نشود، تا شرایط زندگی سخت تر نشده، پیوندهای احتمالی خویشاوندی وی محفوظ تر مانده و مراقبت از سلامت جسمی او آسان تر باشد (۱).

در تبصره ۳ ماده ۴ آئین نامه اجرایی قانون تأمین زنان و کودکان بی سرپرست، مصوب ۱۳۷۴، در این باره آمده است:

«به منظور جلوگیری از جدایی فرهنگی و اجتماعی کودک از فرهنگ بومی خود و فراهم شدن زمینه بازگشت به خانواده و اجتماع، حتی الامکان کودکان بی سرپرست در شهر محل تولد یا شهرهای همجوار پذیرش و نگهداری می‌شوند» (۲).

همچنین مفاد ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب ۱۳۵۳، موافق با احتیاط است: «خروج طفل صغیری که برای سرپرستی به کسی سپرده شده در دوره آزمایشی از کشور، منوط به موافقت دادستان محل خواهد بود» (۳).

جنسیت

از جمله پرسش‌هایی که درباره یابنده کودک مطرح است تأثیر جنسیت اوست، آیا لازم است که یابنده حتماً مرد باشد یا یک زن نیز می‌تواند با پیدا کردن کودک بی سرپرست، نگهداری او را بر عهده بگیرد؟

ص: ۴۲۰

۱- الدروس، ۳/۷۷.

۲- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۲۱۲.

۳- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۲۰۳.

علامه مدعی است هر چند جنبه های عاطفی مرز زنان قوی تر است، ولی برتری جسمانی مردان و توان بالای آنها باعث می شود که کودک را برای نگهداری به مردان سپرد(۱)؛ محقق اردبیلی نیز مدعی است اگر کودک دختر باشد، بعید نیست بگوییم زن برای بر عهده گرفتن تربیت او نسبت به مرد اولویت دارد، زیرا زنان مهربان تر بوده، پیوستگی بیشتری با مسأله حضانت دارند(۲).

دیدگاه ما: به نظر ما هیچ امتیازی برای جنسیت در نگهداری از کودک وجود ندارد و مهم میزان سود و مصلحتی است که به کودک بر می گردد. ادعای تناسب بیشتر حضانت با زنان نیز فاقد مبنا است، زیرا حضانت کودک تنها به تر و خوش کردن او خلاصه نمی شود.

آزادگی (حریت)

در بیشتر متون فقهی از جمله شرایط یابنده کودک، به آزاد بودن (برده نبودن) او اشاره شده است، به این معنا که برده - جز با شرایطی خاص - نمی تواند نگهداری و اداره

زندگی کودک بی سرپرستی را بر عهده بگیرد(۳).

از آنجا که با از بین رفتن مسأله برده داری، بحث از جایگاه حقوقی و نوع روابط با بردگان دیگر بی فایده است، به بررسی نظرات مطرح شده در این خصوص نمی پردازیم.

اما اگر بتوانیم شرایط یکسانی را میان بردگان در گذشته با کسانی که امروزه به دلایلی

در زندان به سر برده، در اردوگاههای کار زندگی کرده یا در تبعید به زندگی خود ادامه

می دهند، بیاییم و عدم برخورداری از قدرت تصمیمگیری را ملاک آن حکم بدانیم، این سؤال قابل طرح است که آیا چنین افرادی در صورت دارا بودن سایر شرایط مجاز به نگهداری از کودکان بی سرپرست هستند یا نه؟

ص: ۴۲۱

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۲- مجمع الفائده، ۱۰/۴۲۹.

۳- شرائع الاسلام، ۴/۷۹۹؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰؛ الدروس، ۳/۷۵؛ اللمعه الدمشقیه، ص ۲۰۶؛ الدر المنصود، ص ۱۴۵؛ شرائع الاسلام، ۴/۷۹۹.

در قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب ۱۳۵۹ برای نگهداری از کودکان بی سرپرست شرایطی تعیین شده است:

ماده ۳: «تقاضانامه سرپرستی باید مشترکا از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل، قرار سرپرستی طفل را برای دوره آزمایشی صادر می کند:

الف - پنج سال تمام از تاریخ ازدواج آنها گذشته و از این ازدواج صاحب فرزند نشده باشند؛

ب - سن یکی از زوجین حداقل ۳۰ سال تمام باشد؛

ج - هیچ یک از زوجین دارای محکومیت جزایی مؤثر به علت ارتکاب جرائم عمدی نباشند؛

د - هیچ یک از زوجین محجور نباشند؛

ه - زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند؛

و - زوجین یا یکی از آنها دارای امکان مالی باشند؛

ز - هیچ یک از زوجین مبتلا به بیماری های واگیر صعب العلاج نباشند؛

ح - هیچ یک از زوجین معتاد به الکل یا مواد مخدر و سایر اعتیادات مضر نباشند»^(۱).

به نظر ما، این ماده جامع و مانع نیست، زیرا:

- با توجه به توضیحات گذشته، افراد می توانند نگهداری از کودک بی سرپرست را بر عهده بگیرند؛ بنابراین، تسلیم تقاضانامه سرپرستی، وجاهت فقهی ندارد.

- برای بر عهده گرفتن نگهداری از یک کودک، درخواست مشترک زن و مرد لازم نیست، زیرا هر یک از زن و مرد می توانند چنین درخواستی را داشته باشند.

- هیچ دلیلی بر گذشت پنج سال از ازدواج و فرزند دار نشدن زن و شوهر وجود دارد، چرا که می شود زودتر از پنج سال و با داشتن فرزند، چنین درخواستی داشته باشند.

ص: ۴۲۲

- صعب العلاج بودن بیماری زن یا مرد مانع از نگهداری از کودکان بی سرپرست نیست، بلکه مُسری بودن آن بیماری مانع از این کار است.

- همان گونه که پس از این توضیح خواهیم داد، داشتن امکانات مالی برای این کار شرط نیست، زیرا تأمین هزینه های زندگی چنین کودکانی بر عهده دولت اسلامی است؛ مگر در جایی که خود شخص تأمین هزینه نگهداری و زندگی کودک را تعهد کرده باشد.

- این ماده نسبت به سایر شرایط معتبر در نگهداری کودکان بی سرپرست، ساکت است.

ص: ۴۲۳

اشاره

مسایل حقوقی کودکان بی سرپرست از دو جهت قابل بررسی است، یکی تعیین مالک و میزان مالکیت اموال همراه آنها، دیگری تأمین هزینه نگهداری آنها و تعیین منابع مورد نیاز برای آن.

اموال همراه کودکان سرراهی

اشاره

از جمله مطالبی که در بحث کودکان سرراهی برای فقهای ما مطرح بوده، تعیین مالکیت اموال و اشیایی است که همراه آنهاست.

کودکانی که در یکی از اماکن عمومی به حال خود رها می شوند، معمولاً به همراهشان اشیایی وجود دارد، این اشیا از نظر حقوقی به چه کسی تعلق دارد؟

گرچه در مالکیت پاره ای از اشیا میان فقها اختلاف نظر وجود دارد، ولی تردیدی نیست که کودک چون افراد بزرگسال، قابلیت به ملکیت در آوردن اشیا را داشته، نسبت به آنچه بر آنها استیلاء دارد، مالکیت دارد (۱).

انواع اموال کودک

این اشیا را به چند گروه می توان تقسیم کرد:

ص: ۴۲۴

۱- اشیای مصرفی: بدون شک این اشیا متعلق به خود کودک است، نظیر لباسی که بر تن دارد، زیر انداز، رو انداز و پارچه ای که دور کودک می پیچند(۱).

۲- اشیای پیرامون: در تعلق آنچه در اطراف کودک وجود دارد، به کودک، میان فقها اختلاف نظر است.

نظریه اول، تعلق به کودک: برخی از فقها بر این باورند که اشیای پیرامون کودک، نظیر لباس یا قطعه طلائی که در اطراف او افتاده است، ملک کودک است(۲).

نظریه دوم، عدم تعلق به کودک: در برابر، عده ای نیز معتقدند آنچه در اطراف کودک یافت می شود به او تعلق ندارد(۳)، به خصوص اگر کس دیگری در آن اموال تصرف بکند(۴).

۳- اشیای پنهان در زمین: اگر در زیر جایی که کودک به حال خود رها شده است، اموالی پنهان شده باشد، آیا می توان با یافتن آنها در زیر کودک، حکم به مالکیت او کرد؟

ملاحظه نوع مکان: اگر این اموال در زمینی دفن شده باشند که اختصاص به کودک داشته باشد، اموال دفن شده در آن نیز ملک کودک است؛ ولی اگر کودک نسبت به خود آن زمین مالکیتی نداشته باشد، اموال دفن شده در آن نیز ملک کودک نخواهد بود، زیرا دفن شدن آن اموال الزاماً به معنای تعلق آن به کودک نیست، افزون بر اینکه اگر ارتباطی با کودک می داشت، به جای دفن کردن، آن را همراه کودک می کردند تا قابل دسترسی باشد(۵).

ملاحظه چگونگی محل دفن: از حنابله (یکی از فرقه های اهل سنت) نقل شده است که اگر محل دفن تازه باشد، اموال دفن شده متعلق به کودک است، اما اگر چنین نباشد، این اموال ارتباطی با کودک ندارند(۶).

۴- همراه داشتن سند مالکیت اشیا: اگر همراه کودک نوشته ای باشد حاکی از اینکه

ص: ۴۲۵

۱- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰؛ الجامع للشرایع، ص ۳۵۶؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱.

۲- الجامع للشرایع، ص ۳۵۷.

۳- ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱؛ ایضاح الفوائد، ۲/۱۳۹؛ الدروس، ۳/۷۴؛ شرح اللمعه، ۷/۷۷-۷۸؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۳.

۴- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۱.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۶- مغنی، ۶/۴۰۹؛ الشرح الکبیر، ۶/۴۰۷.

مالی معین، به این کودک تعلق دارد، آیا می توان به این نوشته اعتماد کرد و بر اساس آن حکم به مالکیت کودک نسبت به آن کرد؟

نظریه اول، اماره بر ملکیت است: برخی از فقها وجود آن نوشته را اماره ای بر مالکیت کودک (۱)، بلکه اماره ای قوی بر اثبات آن می دانند (۲).

نظریه دوم، می تواند اماره بر ملکیت باشد: در مقابل، گروهی نیز عمل به دست نوشته را هنگامی ممکن می دانند که خود آن نوشته قابل اعتماد بوده، قرینه ای قوی بر صحت آن وجود داشته باشد (۳).

نظریه سوم، اماره بر ملکیت نیست: البته نباید از نظر دور داشت که از نظر برخی از

فقها، نمی توان با یک نوشته، همچون استیلاء و تصرف (ید) برخورد کرده، آن را نشانه مالکیت کودک نسبت به مفاد آن دانست (۴).

دیدگاه ما: به نظر ما، اموالی که مورد استفاده کودک یا همراه اوست، بدون شک، ملک او به حساب می آید، مثل پوشاکی که بر تن دارد؛ لباس هایی که به نوعی به او مربوط می شود (روانداز، زیر انداز، پتو، تشک و مانند آن)؛ زیور آلاتی که همراه اوست؛

لوازمی که به همراه دارد (گهواره، کالسکه و مانند آن (۵)) و به طور کلی آنچه عرفاً به کودک نسبت داده می شود (۶).

اما آنچه در اطراف کودک قرار دارد به او تعلق ندارد مگر اینکه دلیل معتبر و قابل اعتمادی بر مالکیت کودک نسبت به آن وجود داشته باشد یا این اشیا در جایی باشد که اختصاص به کودک دارد، مثلاً کودک را در خیمه ای که متعلق به اوست یا او را سوار بر

اسب، شتر یا الاغی گذاشته به حال خود رها کرده اند، طبیعی است که خود خیمه و اشیای در آن و همچنین چهار پایی که سوار بر آن است، به او تعلق خواهد داشت (۷).

ص: ۴۲۶

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۲- الدروس، ۳/۷۴.

۳- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۳.

۴- ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۰.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۶- اللمعه الدمشقیه، ص ۲۰۶: «کَلَّمَا بِيَدِهِ أَوْ تَحْتَهُ أَوْ فَوْقَهُ، فَلَهُ».

٧- شرائع الاسلام، ٤/٨٠١؛ الجامع للشرائع، ص ٣٥٦؛ مجمع الفوائد، ١/٤٢٢.

از جمله مهم ترین مسایلی که در بحث کودکان سرراهی (بی سرپرست) مطرح است، تأمین هزینه زندگی آنهاست.

برای بیشتر فقها این سؤال مطرح بوده که پس از بر عهده گرفتن نگهداری کودک توسط فردی که او را یافته است، چه کسی باید پرداخت هزینه های زندگی او را تعهد کند؟

فقهای ما، مسأله چگونگی تأمین هزینه های زندگی کودک را در ضمن دو مرحله پی گرفته اند:

مرحله اول، تأمین هزینه های کودک از اموال شخصی خود

در صورتی که کودک دارای امکانات مالی کافی باشد، تأمین هزینه های زندگی او چون سایر افراد بر کسی واجب نبوده، از محل آنها نیازهای مادی اش تأمین می گردد(۱).

گرچه اصل این حکم مورد اتفاق است، ولی در چگونگی اجرای آن، اختلاف نظر وجود دارد؛ زیرا برای فقها این پرسش مطرح بوده است که آیا یابنده کودک می تواند به طور مستقل از اموال کودک برداشت کرده، از آنها برای تأمین هزینه های کودک استفاده کند یا مجاز به این کار نبوده، برای برداشت از اموال کودک نیاز به اجازه از برخی مراجع

قانونی (حاکم شرع) دارد(۲)؟

نظریه اول، استقلال یابنده: پیروان این نظریه بر این باورند که یابنده کودک بدون نیاز به اجازه گرفتن از هیچ مرجعی، همچون وصی یتیم، می تواند از اموال کودک برداشت

کرده، برای تأمین هزینه های زندگی او مصرف کند(۳).

ص: ۴۲۷

۱- المبسوط، ۳/۳۳۸؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۲- لازم به یادآوری است، اموال کودک به دو بخش قابل تقسیم است: ۱- اموالی که به لحاظ لقیط بودن، به او تعلق دارد، نظیر آنچه وقف بر کودکان بی سرپرست شده یا کسی وصیت به آن کرده است ۲- اموالی که کودک مالک خصوصی آن است، نظیر لباس، زیرانداز، زیور آلات، پول همراه، گهواره، خیمه و مانند آن؛ برای اطلاع بیشتر، ر.ک: تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲؛ تحریر الاحکام، ۲/۱۲۴.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

بررسی دلایل: برای اثبات این ادعا به چند مطلب استناد شده است:

۱- ولایت بر کودک: کسانی که معتقدند یابنده کودک با نگهداری و بر عهده گرفتن اداره زندگی کودک نسبت به وی ولایت پیدا می کند، مدعی اند این ولایت می تواند جواز تصرف در اموال او را نیز به دنبال داشته باشد(۱).

۲- امر به معروف: بدون تردید امر به معروف از جمله واجباتی است که همه مسلمانان در انجام آن با هم برابر بوده، در انجام آن نیازی به اجازه گرفتن از هیچ کس هم نیست؛ از این رو، چون نگهداری از کودک بدون تأمین هزینه های آن ممکن نیست، پرداخت هزینه های زندگی او از اموال خودش از جمله کارهای شایسته ای است که همه مأمور به انجام آن هستند، بی آنکه نیاز اجازه گرفتن از حاکم شرع باشد(۲).

۳- اصل عملی: چنانچه در جواز تصرف در اموال کودک بدون اجازه گرفتن از حاکم اسلامی، شک داشته باشیم، با رجوع به اصل براءت می توانیم وجوب آن را نفی کرده، حکم به جواز آن دهیم(۳).

در تبصره ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب ۱۳۵۳ آمده است: «اداره اموال و نمایندگی قانونی طفل صغیر به عهده سرپرست خواهد بود، مگر آنکه دادگاه ترتیب دیگری اتخاذ نماید»(۴).

نظریه دوم، عدم استقلال یابنده: در برابر دیدگاه نخست، بیشتر فقها معتقدند که

ملتقط نمی تواند بدون کسب اجازه از حاکم اسلامی، نسبت به تأمین هزینه های کودک از اموال او اقدام کند.

بر این اساس، مسأله بالا را در ضمن دو حالت می توان بررسی کرد، زیرا ممکن است

حاکم اسلامی وجود داشته باشد و بتوان از او اجازه گرفت و ممکن است چنین حاکمی نباشد یا اگر هم باشد نتوان از او اجازه گرفت.

ص: ۴۲۸

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳؛ مجمع الفوائد، ۱۰/۴۱۷ و ۴۱۸.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

۳- مجمع الفوائد، ۱۰/۴۱۷.

۴- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۲۰۳.

امکان اجازه گرفتن از حاکم: در صورتی که حاکم اسلامی وجود داشته باشد و بتوان

از او برای این منظور اجازه گرفت، یابنده کودک می تواند با اجازه گرفتن از او، نسبت به تأمین هزینه های کودک از اموال خود کودک اقدام کند (۱)، زیرا:

تربیت، حضانت و انفاق، نیازمند به نوعی ولایت است که از جمله وظایف پدر، پدر بزرگ، وصی و حاکم اسلامی است (۲).

تصرف بر مال کسی، تنها به ولایت عام یا خاص امکان پذیر است و یابنده کودک (ملتقط) از هیچ یک از این دو نوع ولایت برخوردار نیست (۳).

نتیجه چنین مطلبی آن است که اگر بدون اجازه، دست به چنین کاری بزند، نسبت به مقداری که برداشت کرده، ضامن بوده (۴) - مگر در حال ضرورت (۵) - موظف به بازگرداندن

آن است، زیرا مال دیگری را بدون داشتن هرگونه حقی، انفاق کرده است (۶)؛ اگر شک داشته باشیم که تصرف در مال دیگران بدون اجازه مالک یا ولی مالک آن، جایز است یا نه؛ مقتضای اصل عمل، عدم جواز آن است (۷)؛ چنین کاری تصرف در مال دیگری است بدون ضرورت (۸)؛ ملتقط ولایت بر مال لقیط ندارد (۹).

طبیعی است اگر استفاده از دارایی کودک منوط به اجازه گرفتن از حاکم اسلامی باشد، حاکم در مقام تصمیمگیری به چند شکل می تواند عمل کند: ۱- به خود ملتقط اجازه هزینه کردن بدهد (۱۰). ۲- مال کودک را به فرد امینی بسپارد (۱۱) و میزان خاصی را

برای هزینه های کودک مشخص کند (۱۲).

فرد امین نیز می تواند خود مستقلاً هزینه کند، همچنان که می تواند پول را در اختیار

ص: ۴۲۹

۱- المبسوط، ۳/۳۳۸؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱؛ تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۲- المبسوط، ۳/۳۳۸؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

۴- الجامع للشرایع، ص ۳۵۶؛ ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۰؛ جامع المقاصد، ۶/۱۱۲؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۴؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱؛ کفایه الاحکام، ص ۲۳۵.

۵- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۶- المبسوط، ۳/۳۳۸.

۷- ریاض المسائل، ۲/۳۲۵.

- ٨- شرائع الاسلام، ٤/٨٠١.
- ٩- شرائع الاسلام، ٤/٨٠١؛ جامع المقاصد، ٦/١١٢.
- ١٠- المبسوط، ٣/٣٣٨.
- ١١- تذكرة الفقهاء، ٢/٢٧٣.
- ١٢- المبسوط، ٣/٣٣٨.

ملتقط بگذارند(۱).

البته روشن است که اگر میزانی را که حاکم تعیین کرده، بیشتر از نیاز روزانه کودک باشد، امین مبلغ اضافی را به حاکم بر می گرداند و چنانچه کمتر باشد، از حاکم تقاضای

افزایش آن را می کند(۲).

عدم امکان اجازه گرفتن از حاکم: دومین حالت قابل تصور، آن است که نتوان از حاکم اجازه گرفت به این دلیل که حاکم اسلامی وجود ندارد یا دسترسی به او ممکن نیست، در این صورت ملتقط می تواند از اموال کودک برای تأمین هزینه های زندگی او - از باب حسب(۳) - استفاده کند و ضمانی هم متوجه او نیست(۴).

البته برخی از فقها مدعی اند که چون گرفتن شاهد در فرض نبود حاکم اسلامی، جانشین اجازه اوست، می باید یابنده کودک برای هزینه کردن از اموال کودک، شاهد بگیرد(۵) که در این صورت ضامن هم نیست، ولی اگر بتواند شاهدی بر کار خود داشته باشد و چنین نکند، همچنان ضامن آن مقدار از دارایی های کودک است که مصرف کرده(۶).

لازم به یادآوری است در میان فقها تنها محقق طوسی احتمال داده است که استفاده از اموال کودک حتی در صورتی که امکان گرفتن مجوز از حاکم اسلامی نیز میسر نباشد، موجب ضمان ملتقط می شود، زیرا مال دیگری را بدون اجازه مالکش هزینه کرده است(۷).

دیدگاه ما: اگر در استدلال های پیروان نظریه استقلال و عدم استقلال ملتقط دقت شود، محور اصلی آنها بحث وجود یا عدم وجود ولایت یابنده کودک (ملتقط) بر کودک

ص: ۴۳۰

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

۳- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۴.

۴- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۱؛ الجامع للشرایع، ص ۳۵۶؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳؛ مجمع الفائده، ۱/۴۱۷.

۶- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

۷- المبسوط، ۳/۳۳۹.

در آغاز بحث حضانت، توضیح داده شد که در مفهوم حضانت، تنها چیزی که مطرح است، زیر بال و پر گرفتن و به عبارت دیگر نگهداری از اوست و ولایت به معنایی که در فقه به کار می رود هیچ دخالتی در تحقق یا صحت آن ندارد.

روشن است که اگر مسأله ولایت منتفی باشد، دیگر جایی برای بحث اجازه حاکم و مانند آن باقی نمی ماند؛ بنابراین، ملتقط به همان دلیلی که مجاز است نگهداری کودک

را بر عهده بگیرد، به همان دلیل مجاز است برای تحقق آن در اموال کودک تصرف کند.

نکته ای که باید به آن توجه داشت، امین بودن ملتقط است، چرا که پیش از این توضیح دادیم نگهداری از یک کودک در واقع پذیرش نوعی امانت است و امانتداری نیازمند به وجود شرایطی است که بدون آن، امکان قبول امانت ممکن نیست.

بنابر این، اگر ملتقط امین بوده و با احراز شرایط امانتداری مجاز به پذیرش کودک شده است، دیگر تفاوتی میان کودک و اموال او وجود ندارد.

اگر ملتقط امین باشد، دیگر بحث ضمان او نیز منتفی است، مگر اینکه به وظایف خود درست عمل نکرده باشد (افراط و تفریط) که در این صورت بدون تردید ضامن خواهد بود، چه تصرف در اموال کودک را با اجازه حاکم اسلامی انجام داده باشد یا نه.

البته باید به این نکته نیز توجه داشت، همچنان که احراز امین بودن ملتقط نیازمند به

مرجعی است که عهده دار تشخیص آن است، احراز اینکه یابنده کودک، اموال او را درست و بجا مصرف می کند نیز نیازمند دستگاہ نظارتی است تا جلوی کوتاهی های احتمالی او (افراط و تفریط) را گرفته، دقت شود تا مصلحت کودک در همه زمینه ها رعایت شود.

معلوم است که تحقق چنین مطلبی الزاماً نیازمند به کسب اجازه از حاکم اسلامی نیست، اگر منظور از حاکم، امام معصوم یا نایب خاص او باشد (۲)، چه رسد به اینکه عنوان

ص: ۴۳۱

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳: «نمنع ثبوت الولاية على الملتقط في غير الحضانه».

۲- عدم نیاز به کسب اجازه از معصوم نه به معنای سلب ولایت است، چرا که ائمه معصومین علیهم السلام به تبعیت از پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله اولویت ذاتی و ولایت تکوینی و تشریحی دارند. به عنوان مثال می توان به احادیث وارد در مسأله طلاق دیوانه مراجعه کرد، ر.ک: الکافی، ۶/۱۲۵، شماره ۱ و ۲؛ تهذیب، ۸/۷۵، شماره ۲۵۳.

حاکم، شامل فقیه (نایب عام) و غیر او شود، چرا که دلیلی بر اعتبار آن نداریم جز حدیث نبوی «السلطان ولی من لا ولی له»^(۱)، حاکم سرپرست هر کسی است که سرپرست ندارد.

از بررسی متون روایی اهل سنت، چنین بر می آید که جمله بالا، حدیث مستقلی از پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله نیست، بلکه بخشی از روایتی است که عایشه در خصوص ازدواج زن بدون اجازه ولی خود، از آن حضرت به چند صورت نقل کرده است:

«أیما امرأة نکحت بغیر إذن ولیها، فنکاحها باطل؛ فإن کان دخل بها، فلها صدقها بما استحل من فرجها

و یفرق بینهما و إن کان لم یدخل بها، فرق بینهما و السلطان ولی من لا ولی له»^(۲)، هر زنی که بدون اجازه سرپرست خود ازدواج کند، ازدواجش باطل است. اگر به او نزدیکی کرده باشد، زن حق دارد مهریه خود را در برابر آن گرفته، از هم جدا شوند و اگر با او نزدیکی نکرده باشد، بین آنها جدایی انداخته می شود و حاکم سرپرست هر کسی است که سرپرست ندارد.

«أیما امرأة نکحت بغیر إذن موالیها، فنکاحها باطل - ثلاثا - و لها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا،

فإن السلطان ولی من لا ولی له»^(۳)، هر زنی که بدون اجازه سرپرست خود ازدواج کند، ازدواجش باطل است و می تواند در برابر آن، مهریه خود را بگیرد، و اگر با هم نزاع کنند، حاکم سرپرست هر کسی است که سرپرست ندارد.

«لأنکاح إلا بولی و شاهدی عدل، فإن تشاجروا، فالسلطان ولی من لا ولی له»^(۴)، جایز نیست ازدواج مگر با حضور سرپرست و دو شاهد عادل و اگر با یکدیگر ستیز کنند، حاکم سرپرست هر کسی است که سرپرست ندارد.

«لأنکاح إلا بولی و السلطان ولی من لا ولی له»^(۵)، جایز نیست ازدواج مگر با وجود سرپرست، و حاکم

ص: ۴۳۲

۱- مسند ابی یعلی، ۴/۳۸۷، شماره ۲۵۰۸.

۲- الجامع الصغیر، ۱/۴۵۷، شماره ۲۹۶۳۰.

۳- مسند احمد، ۶/۱۶۵-۱۶۶؛ سنن دارمی، ۲/۱۳۷؛ سنن ابی داود، ۱/۴۶۲، شماره ۲۰۸۳؛ مسند طیالسی، ص ۲۰۶.

۴- سنن الدار قطنی، ۳/۱۵۸.

۵- مسند ابی یعلی، ۸/۱۹۱، شماره ۴۷۴۹؛ ابن ابی شیبہ، المصنف، ۳/۲۷۳، شماره ۱۵.

سرپرست هر کسی است که سرپرست ندارد.

این روایات صرف نظر از مناقشات سندی خودِ اهل سنت (۱) و عدم پذیرش مضمون آن توسط فقهای شیعه، در متون روایی شیعی نیز نیامده است و برای نخستین بار علامه حلی در ضمن مباحث فقهی خود، تنها جمله «السلطان ولی من لا ولی له» را به عنوان حدیث نبوی بدون ذکر سند نقل کرده است (۲).

شایان ذکر است که در جوامع روایی شیعه، تنها قاضی نعمان حدیثی را از امیر المؤمنین علیه السلام در مسأله وصیت بدین شکل نقل می کند: «لا یزیل الوصی عن الوصیه إلا ذهاب عقله أو ارتداد أو تبذیر أو خیانه أو ترک سنّه و السلطان وصی من لا وصی له و الناظر لمن لا ناظر له» (۳)، وصی از وصایت نمی افتد مگر هنگامی که عقلش زایل شده یا مرتد شود یا زیاده روی کند یا خیانت کند یا از انجام کار شایسته ای، سر باز زند و حاکم، وصی هر کسی است که وصی ندارد و ناظر بر هر کسی است که ناظر ندارد.

بنابر این، اصل چنین جمله ای به طریق صحیح به ما نرسیده است و بر فرض که طریق معتبری برای آن نیز داشته باشیم، مهم به دست آوردن این مطلب است که منظور از سلطان در این روایات چیست؟

گرچه علامه حلی بر این باور است که مقصود از سلطان، امام، حاکم شرع یا کسی است که از سوی آنها به او کاری واگذار شده (۴) و گروهی از فقهای متأخر نیز با همین فهم، برای اثبات ولایت فقیه (نائب عام) به آن تمسک کرده اند (۵)، اما همچنان که برخی دیگر از فقهای شیعه تصریح کرده اند، منظور از سلطان در این حدیث - بر فرض ثبوتش - امام معصوم علیه السلام یا منصوب خاص ایشان است و شامل شدن افراد دیگر چون فقهای شیعه در عصر غیبت، نیازمند به دلیل دیگری است که فقها را نایب عام امامان معصوم علیهم السلام در همه

ص: ۴۳۳

۱- نصب الرایه، ۳/۳۶۲.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۷.

۳- دعائم الاسلام، ۲/۳۶۳-۳۶۴، شماره ۱۳۲۵؛ مستدرک الوسائل، ۱۴/۱۳۹، شماره ۱۶۳۱۵.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۵۹۲.

۵- جواهر الکلام، ۲۸/۴۳۰؛ کشف اللثام، ۲/۱۵؛ مستند الشیعه، ۱۶/۱۴۳؛ عوائد الأيام، ص ۲۰۰.

مسائل قرار دهد که چنین دلیلی وجود ندارد(۱)؛ به همین جهت، ادعای مرحوم طباطبایی مبنی بر اینکه نواب عام ملحق به معصوم علیه السلام هستند به واسطه عموم ادله نیابت و نیاز به ولایت(۲)، مستند به دلیل معتبری نیست.

به هر حال، اگر حجیت سندی و دلالتی این حدیث را نیز بپذیریم، امام یا فقیه، ولی کسی است که به حسب شخص، صنف، نوع یا جنس نیازمند به ولی است (عدم ملکه)(۳).

نتیجه: در مورد هزینه کردن از اموال کودک، دلیلی بر لزوم کسب اجازه از حاکم اسلامی (فقیه در عصر غیبت) نداریم، هر چند احتیاط مقتضی آن است؛ بلکه مراقبت از چگونگی هزینه کردن یابنده ی (ملتقط) امین، از اموال کودک، می تواند بر عهده سازمان های نظارتی باشد که بدین منظور تأسیس شده اند و چنانچه در لزوم گرفتن اجازه از حاکم اسلامی (فقیه) تردید داشته باشیم، اصل برائت اثبات کننده عدم لزوم آن است(۴).

مرحله دوم، تأمین هزینه های کودک از سایر منابع

از آنجا که بیشتر کودکان بی سرپرستی که در اماکن عمومی به حال خود رها می شوند، مال یا پولی به همراه ندارند تا به واسطه آن، زندگیشان اداره شود و از سویی

یابنده کودک نیز وظیفه ای در تأمین هزینه های کودک ندارد، این سؤال برای فقهای ما مطرح بوده است که از چه راهی باید هزینه های زندگی این گونه کودکان را تأمین کرد؟

در متون فقهی در این باره به چند نظریه بر می خوریم:

نظریه اول، تأمین از منابع دولتی: گروهی از فقهای شیعه این احتمال را - که بی تأثیر از نظر اهل سنت نیست - مطرح کرده اند که هزینه زندگی چنین کودکانی باید از خزانه دولت (بیت المال) تأمین و پرداخت شود(۵).

ص: ۴۳۴

۱- انصاری، کتاب النکاح، ص ۱۵۲؛ کتاب المکاسب، ۳/۵۵۸؛ جامع المدارک، ۴/۱۶۵؛ منهج الفقاهه، ص ۳۰۳.

۲- ریاض المسائل، ۲/۸۱.

۳- کتاب المکاسب، ۳/۵۵۹؛ عوائد الأیام، ص ۲۰۴.

۴- جامع المدارک، ۵/۲۵۴.

۵- الجامع للشرايع، ص ۳۵۷؛ تحرير الاحكام، ۲/۱۲۳؛ الدروس، ۳/۷۴.

بررسی دلایل: پیروان این نظریه برای اثبات آن به چند مطلب استناد کرده اند:

۱- مصالح کشور: از آنجا که بودجه عمومی کشور باید صرف مصالح، امور خیر و سودمند شود و شکی نیست که از جمله مصالح، اداره زندگی کسانی است که قادر به تأمین هزینه های زندگی خود نیستند؛ بنابراین، دولت اسلامی موظف است از بودجه کشور، زندگی کودکان سرراهی و بی سرپرست را تأمین کند(۱).

۲- جایگزین ارث: یکی از مسائلی که در بحث ارث مطرح است و ما نیز گذرا به بررسی آن می پردازیم، ارث کسی است که وارث ندارد.

اگر کسی از دنیا برود و هیچ خویشاوندی نداشته باشد که اموال او را به ارث ببرد، دارای اش به چه کسی منتقل می شود؟ فقهای سنی و برخی از فقهای شیعه بر این نظرند که ارث چنین فردی به خزانه کشور (بیت المال) منتقل می شود.

بر این اساس، چون ارث این کودک هر وقت از دنیا برود به شرط اینکه همچنان هیچ خویشاوند سببی یا نسبی نداشته باشد، به خزانه دولت منتقل می شود؛ دولت موظف است اکنون که این کودک برای گذران زندگی، نیازمند به محلی برای تأمین هزینه های خود است، هزینه زندگی او را پردازد(۲).

طبیعی است اگر بودجه عمومی کشور جوابگوی هزینه های زندگی چنین کودکانی نباشد یا مصارف مهم تری برای کشور وجود داشته باشد، در این صورت باید به شکل دیگری زندگی آنها را تأمین کرد.

برای این منظور چند راه حل مطرح شده است:

۱- بر مردم واجب (واجب کفایی(۳)) است هزینه های زندگی او را تأمین کنند، نظیر تأمین هزینه های افراد تهی دست، زمین گیر، دیوانگان که با اقدام یک نفر، این تکلیف از

سایر افراد ساقط می شود(۴).

ص: ۴۳۵

۱- المبسوط، ۳/۳۳۹؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۳- الدروس، ۳/۷۴.

۴- المبسوط، ۳/۳۳۹؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

کمک گرفتن از مردم به دو شکل قابل تصور است، قرض و صدقه(۱). اگر قرض باشد،

باید در اولین فرصت ممکن، پول مردم به آنها بازگردانده شود، ولی در صورتی که صدقه باشد، هزینه هایی که می کنند به آنها بازگردانده نمی شود.

گرچه واجب بودن تأمین هزینه های کودک، باعث شده که این احتمال به ذهن برسد که شخص یا اشخاصی که هزینه زندگی کودک را پرداخت می کنند، حق باز پس گرفتن آن را ندارند(۲)؛ ولی می توان گفت آنچه واجب است، تأمین نیازهای کودک است نه بخشش (تبرّع)(۳)؛ بنابراین، انفاق کننده می تواند بعداً تقاضای بازپس گیری پول خود را بکند تا هم نیازهای کودک برطرف شود و هم مال مردم هدر نرفته باشد، نظیر غذا دادن به شخصی که در گرسنگی شدید به سر می برد، زیرا می توان پس از عادی شدن شرایط، هزینه آن را از او گرفت(۴).

لازم به یادآوری است مرحوم شهید اول تصریح می کند که هزینه های انجام شده برای کودک، اگر قرار باشد باز پس گرفته شود، از خود او گرفته نمی شود، بلکه یا از محل

درآمدهای عمومی (خزانه) این وجوه تأمین می شود و یا از اموالی که به همین منظور به عنوان انفاق بر کودکان بی سرپرست وجود دارند، پرداخت می شود(۵).

۲- برای تأمین هزینه های زندگی کودک، از کسی پول قرض گرفته می شود تا با آن زندگی کودک اداره شود(۶)؛ چنانچه قرض گرفتن ممکن نباشد، امام هزینه های کودک را بر ثروتمندان آن شهر تقسیم می کند.

اما از آنجا که بخشش خلاف اصل است، چنانچه کودک بعدها - حتی پس از بلوغ - مالی به دست آورد، هزینه های گذشته را باز می گرداند و اگر همچنان فاقد درآمد بود، امام علیه السلام پرداخت آن را از زکات - سهم فقرا و غانمین و فی سبیل الله - بر عهده می گیرد(۷).

ص: ۴۳۶

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۲- الدروس، ۳/۷۷.

۳- جامع المقاصد، ۶/۱۱۵.

۴- الدروس، ۳/۷۷.

۵- الدروس، ۳/۷۷.

۶- المبسوط، ۳/۳۳۹.

۷- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۷؛ شرح اللمعه، ۷/۷۵؛ جامع المقاصد، ۶/۱۱۷.

۳- بر مردم واجب است هزینه های زندگی کودک را از زکات و مانند آن بپردازند(۱).

نظریه دوم، تأمین از منابع غیر دولتی: در توضیح نظریه نخست دیدیم که تأمین هزینه زندگی کودکان بی سرپرست ابتدا متوجه دولت اسلامی بود، ولی در مقابل، این احتمال نیز وجود دارد که اساساً دولت هیچ وظیفه ای در پرداخت هزینه های زندگی چنین کودکانی نداشته، می باید به نوع دیگری این هزینه ها تأمین شود(۲).

پیروان این نظریه سه راه برای این منظور پیشنهاد می کنند:

راه اول، به صورت اعطای وام: گروهی بر این باورند که امام علیه السلام از خزانه دولت یا از مردم هزینه های کودک را به صورت وام تأمین می کند(۳) و او نیز در اولین فرصت ممکن به بازگرداندن آن اقدام خواهد کرد.

راه دوم، از بودجه در اختیار امام علیهم السلام: از جمله منابع غیر دولتی که می تواند عهده دار پرداخت هزینه های زندگی چنین کودکانی باشد، بودجه شخصی امام علیه السلام است.

مرحوم شیخ طوسی گرچه به ظاهر چون فقهای سنی، پرداخت هزینه های زندگی کودکان سرراهی (بی سرپرست) را به بیت المال و خزانه عمومی کشور واگذار می کند، ولی خود در یک جا توضیح می دهد که منظور از بیت المال نه خزانه عمومی کشور، بلکه بیت المال امام علیه السلام و از محل دارایی های شخصی ایشان است؛ زیرا همان گونه که می دانیم بر اساس روایات موجود در جوامع روایی شیعه و سنی، ارث کسانی که هیچ وارثی ندارند به شخص امام می رسد(۴)، از این رو، وی نیز موظف است هزینه های زندگی این کودک را بپردازد(۵).

ص: ۴۳۷

۱- الدروس، ۳/۷۴.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۴- الکافی، ۷/۱۶۹، شماره ۳ و ۷/۱۷۲، شماره ۷ و ۱/۵۴۲؛ تهذیب الاحکام، ۴/۱۳۰، شماره ۳۶۶ و ۸/۲۵۵، شماره ۹۲۵ و ۱۰/۱۳۱، شماره ۵۲۲؛ الإستبصار، ۴/۲۴، شماره ۱؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۵۳، شماره ۴۵۷۰؛ فقه الرضا علیه السلام، ص ۲۸۷ و ۲۹۰؛ الهدایه، ص ۳۴۳؛ مستدرک الوسائل، ۱۷/۲۰۸، شماره ۲۱۱۵۹-۲۱۱۶۰؛ سنن ابن ماجه، ۲/۸۷۹، شماره ۲۶۳۴؛ سنن ابی داود، ۲/۷، شماره ۲۹۰۱.

۵- جامع المدارک، ۵/۲۵۳.

نقد: بدون شک امام علیه السلام وارث هر فرد بدون وارثی است و به همین جهت انتقال ارث چنین شخصی به بیت المال - آن گونه که فقهای سنی مدعی اند - درست نیست.

محقق طوسی که خود متوجه این نکته بوده، در آثارش بر این مطلب تأکید دارد که از نظر فقهای شیعه و بر خلاف فقهای سنی، ارث چنین فردی به امام منتقل می شود(۱).

بنابر این، اگر در جایی محقق طوسی از عبارت «بیت المال» استفاده و تصریح نکرده که مرادش دارایی امام علیه السلام است، به جهت تقیه و مراعات فقهای سنی است(۲).

بعید نیست بتوان وجود تقیه را در تعبیر دو گانه بالا، از روایاتی که در این مسأله و نظایر آن آمده است نیز به دست آورد(۳).

اما توجه به یک مطلب، می تواند صورت مسأله را عوض کند، زیرا تمام این توجیهاست مبتنی بر پذیرش دو خزانه است، یکی خزانه دولتی که متعلق به مردم است و دیگری خزانه امام علیه السلام که متعلق به شخص اوست، ولی همچنان که برخی از فقها توضیح داده اند، معلوم نیست این دو گانگی درست باشد.

همان گونه که می دانیم در فقه اسلامی در آمده های خاصی برای پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله و امامان معصوم علیهم السلام در نظر گرفته شده است، چون قسمت هایی از خمس و انفال؛ «يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ»(۴)، از تو درباره انفال می پرسند، بگو: انفال به خدا و رسول تعلق دارد؛ «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَىٰ وَ لِتَيْمَىٰ وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ ءَامَنْتُمْ بِاللَّهِ»(۵)، بدانید از هر چه غنیمت گرفتید، یک پنجم آن برای خدا و رسول و خویشاوندان و فقیران و در راه ماندگان است، اگر به خدا ایمان دارید؛ «مَا أَفَاءَ اللَّهُ

عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَىٰ وَ لِتَيْمَىٰ وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ

ص: ۴۳۸

۱- المبسوط، ۴/۷۰ و ۶/۲۵؛ الخلاف، ۴/۵، مسأله ۱ و ۴/۲۲، مسأله ۱۴ و ۴/۲۳، مسأله ۱۵ و ۵/۲۰۹، مسأله ۸۷.

۲- مختلف الشیعه، ۶/۱۰۶؛ السرائر، ۳/۲۷۲ و ۳۳۷؛ مسالک الأفهام، ۱۳/۴۰.

۳- ر.ک: تهذیب الاحکام، ۹/۳۹۴-۳۹۵، شماره های ۱۴۰۶-۱۴۱۰.

۴- انفال ۸ / ۱.

۵- انفال ۸ / ۴۱.

الأغنياء منكم»^(۱)، آنچه خدا از دارایی های ساکنان آبادی ها نسیب پیامبر کرد، برای خدا و رسول و خویشاوندان و یتیمان و فقیران و در راه ماندگان است تا در بین ثروتمندان دست به دست نگردد.

ولی مسلم است که این درآمدها ملک امام است از آن جهت که امام است و به همین جهت فرزندان امام آنها را از او به ارث نمی برند، بلکه به امام بعدی منتقل می شود و امام این اموال را در مصالح مسلمانان مصرف می کند^(۲).

نتیجه چنین مطلبی این می شود که خزانه امام علیه السلام با خزانه حکومت اسلامی تفاوتی نمی کند^(۳) و این دوگانگی از آنجا ناشی شده است که غاصبین حقوق اهل بیت عصمت و طهارت علیهم السلام، مانع از دخالت و تصرف ایشان در امور حکومت از جمله امور مالی کشور شده اند، و گرنه دیگر تفاوتی میان آنها نبود، نظیر آنچه در زمان نبی مکرم اسلام صلی الله علیه و آله و حضرت امیر المؤمنین علیه السلام اتفاق افتاده است.

به هر حال، نمی توان تأمین هزینه های زندگی کودک را از بودجه عمومی کشور، امری غیر از تأمین آن از بودجه امام معصوم علیه السلام دانست.

راه سوم، توسط یابنده کودک (ملتقط): از نگاه فقهای شیعه بر یابنده کودک (ملتقط)

پرداخت هزینه های کودک واجب نبوده^(۴)، آنچه موظف به انجام آن است، نگهداری و اداره زندگی اوست^(۵)، چه تمکن مالی داشته باشد (موسر)، چه فاقد آن باشد (معسر)^(۶).

بررسی دلایل: برای اثبات عدم وجوب پرداخت هزینه های کودک بر یابنده او، به چند مطلب استناد شده است:

۱- انحصار اسباب نفقه: در فقه اسلامی برای وجوب پرداخت هزینه های زندگی

(نفقه) می باید یکی از سه سبب وجود داشته باشد، خویشاوندی (قربان)، زناشویی

ص: ۴۳۹

۱- حشر ۵۹ / ۷.

۲- جواهر الکلام، ۳۸/۱۳۹ و ۳۹/۴۴؛ الدر المنضود، ۲/۴۰۰.

۳- جواهر الکلام، ۴۳/۴۳۴.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۵- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۶- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

(زوجیت) و ملکیت و بر کودک گمشده ای که کسی او را در یکی از اماکن عمومی پیدا کرده، هیچ یک از این سه عنوان صادق نیست (۱).

۲- روایات: از مجموع چند روایت که از خاندان عصمت و طهارت علیهم السلام ما رسیده

است، چنین به دست می آید که تنها تأمین هزینه های زندگی چهار گروه بر انسان واجب است: پدر و مادر، فرزند، همسر و وارث صغیر.

روایت حلبی ۸۲*: «مَنْ الَّذِي أُجْبِرُ عَلَى نَفَقَتِهِ؟ قَالَ: الْوَالِدَانُ وَالْوَلَدُ وَالزَّوْجَةُ وَالْوَارِثُ الصَّغِيرُ يَعْنِي الْأَخَ وَالْأَخَ وَغَيْرَهُ» (۲)، بر نفقه چه کسی مجبور می شوم؟ فرمود: پدر و مادر، فرزند، همسر و وارث صغیر، یعنی برادر و فرزند برادر و مانند آن.

روایت حُرَيز ۸۳*: «مَنْ الْمُدَى أُجْبِرُ عَلَى نَفَقَتِهِ وَتَلْزَمُنِي نَفَقَتُهُ؟ قَالَ: الْوَالِدَانُ وَالْوَلَدُ وَالزَّوْجَةُ» (۳)، چه کسی بر پرداخت نفقه او مجبور می شود و نفقه چه کسی بر من لازم است؟ فرمود: پدر و مادر، فرزند و همسر.

روایت ابی طالب ۸۴*: «خَمْسَةٌ لَا يُعْطَوْنَ مِنَ الزَّكَاةِ، الْوَلَدُ وَالْوَالِدَانُ وَالْمَرْأَةُ وَالْمَمْلُوكُ، لِأَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى النِّفْقَةِ عَلَيْهِمْ» (۴)، به پنج گروه از زکات داده نمی شود: فرزند، پدر و مادر، زن و برده؛ زیرا انسان بر پرداخت نفقه آنها مجبور می شود.

روایت جمیل ۸۵*: «لَا يُجْبَرُ الرَّجُلُ إِلَّا عَلَى نَفَقَةِ الْأَبْوَيْنِ وَالْوَلَدِ؛ قُلْتُ لَجَمِيلٍ: فَالْمَرْأَةُ؟ قَالَ: قَدْ

رَوَى أَصْحَابُنَا عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ أَنَّهُ إِذَا كَسَاهَا مَيُورًا عَوْرَتَهَا وَأَطْعَمَهَا مَا يَقِيمُ صِلْبَهَا أَقَامَتْ مَعَهُ وَإِلَّا طَلَّقَهَا، قَالَ: قُلْتُ لَجَمِيلٍ: هَلْ يُجْبَرُ عَلَى نَفَقَةِ الْأَخْتِ؟ قَالَ: لَوْ أُجْبِرُ عَلَى نَفَقَةِ الْأَخْتِ، لَكَانَ ذَلِكَ خِلَافَ الرَّوَايَةِ» (۵)، مجبور نمی شود انسان مگر بر نفقه پدر و مادر و فرزند، به جمیل گفتم: زن چه طور؟ گفت: اصحاب ما از یکی از ایشان روایت کرده اند که: هرگاه مرد لباس و غذای زن خود را می دهد، زن با او زندگی می کند و گرنه او را طلاق می دهد؛ به جمیل گفتم: آیا بر نفقه خواهر مجبور می شود؟ فرمود: اگر مجبور بر نفقه خواهر باشد، بر

ص: ۴۴۰

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲؛ مجمع الفائده، ۱/۴۱۶.

۲- من لا يحضره الفقيه، ۳/۱۰۵، شماره ۳۴۲۴.

۳- الاستبصار، ۳/۴۳، شماره ۱۴۴؛ الخصال، ص ۲۴۷-۲۴۸، شماره ۱۰۹.

۴- علل الشرايع، ۲/۳۷۱، شماره ۱.

۵- الاستبصار، ۳/۴۳، شماره ۱۴۵؛ تهذيب الاحكام، ۶/۲۹۳، شماره ۸۱۵.

صرف نظر از اشکالی که در خصوص وارث صغیر وجود دارد، مفاد این روایت انحصار الزام به پرداخت نفقه در افراد خاصی است که «لقیط» از جمله آنها نیست^(۱)؛ بنابراین، با استناد به مفهوم این روایات، می توان چنین نتیجه گرفت که یابنده کودک (ملتقط) هیچ وظیفه ای در پرداخت هزینه زندگی کودک را که در یکی از اماکن عمومی پیدا کرده، ندارد.

۳- آسیب دیدن کودک: مجبور کردن یابنده کودک به پرداخت هزینه های زندگی او، باعث بی تمایلی مردم نسبت به جمع آوری کودکان سر راهی می شود، چرا که تعهدی دو چندان را به دنبال خواهد داشت، هم زیر پر و بال گرفتن کودک (حضانت) و هم تأمین هزینه های زندگی (نفقه). طبیعی است با سنگین تر شدن مسؤلیت، میزان مشارکت مردم در چنین امری کاهش می یابد که خود منجر به آسیب دیدن چنین کودکانی خواهد شد^(۲).

۴- اصل عملی: چنانچه در وجوب انفاق بر یابنده کودک تردید داشته باشیم، با اجرای اصل عملی برائت شرعی، می توان وجوب احتمالی آن عمل را نفی کرد^(۳).

دیدگاه ما: به نظر ما استدلال به این دلایل برای اثبات عدم وجوب پرداخت هزینه های کودک بر یابنده او، امری است درست، زیرا کسی تردیدی ندارد که وجوب نفقه مشروط به برقراری پیوندهای سببی و نسبی و در روزگار گذشته، رابطه ملکیت است، همان گونه که روایات بالا نیز بر آن تأکید داشتند.

اما تمام سخن در این است که آیا نمی شود در شرایطی خاص و به علت تحقق یافتن عناوین ثانوی، این عمل بر یابنده کودک واجب شود؟

اگر برداشتن کودک از سطح خیابان واجب کفایی است که می تواند در برهه ای خاص واجب عینی نیز شود، طبیعی است که پرداخت هزینه های زندگی چنین کودکی نیز

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۲.

می تواند در شرایطی خاص بر عهده همان کسی باشد که او را یافته است (۱)؛ البته واضح

است که وجوب انفاق بر ملتقط نه به این معناست که وجوه پرداختی از جانب او، قابل جبران نیست، نظیر آنچه فقهای بزرگ شیعه در مسأله انفاق در مخصصه گفته اند.

مرحوم علامه حلی با توجه به این مطالب می نویسد: از یک سو پرداخت هزینه های کودک به اتفاق همه فقها بر ملتقط واجب نیست، زیرا موجب آسیب دیدن او می شود و از سوی دیگر عدم وجوب پرداخت هزینه های کودک توسط یابنده، موجب آسیب دیدن کودک می شود که این هم به اتفاق همه علمای دینی جایز نیست؛ بنابراین این، باید مدعی شد که یابنده کودک هزینه های مربوط به او را پرداخت می کند، ولی پس از رسیدن کودک به سن بلوغ و امکان بازپرداخت آنها، از وی پس می گیرد (۲).

بنابر این، در شرایط عادی که راه کارهای دیگری برای تأمین هزینه های کودک وجود دارد، ملتقط موظف به پرداخت آنها نیست؛ اما اگر امکان تأمین آنها از هیچ راهی وجود نداشته باشد، یابنده کودک موظف به تأمین آنهاست، نظیر وظیفه ای که نسبت به فرزند خود دارد.

شاهد بر چنین ادعایی، مضمون این سخن امیرالمؤمنین علیه السلام است: «فی صبی یتیم اُتی به، فقال: خذوا بنفقته من أقرب الناس إلیه من العشیره کما یأکل میراثه» (۳)، در باره کودک یتیمی که پیدا شده

بود فرمود: نفقه او را از نزدیک ترین خویشاوندانش بگیرد، همان گونه که ارث او را می خورند.

نتیجه

به نظر ما، تعیین محل تأمین هزینه های زندگی کودکان سرراهی (بی سرپرست) بسته به نوع کاری است که یابنده کودک انجام می دهد.

انگیزه برداشتن کودکان سرراهی: برداشتن کودک از سطح معابر عمومی (التقاط) به

دو انگیزه انجام می شود:

ص: ۴۴۲

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: حاشیه مجمع الفائده، ص ۵۸۶.

۲- مختلف الشیعه، ۶/۱۰۵.

۳- تهذیب الاحکام، ۶/۲۹۳، شماره ۸۱۴؛ الإستبصار، ۳/۴۴، شماره ۱۴۷.

اول، حفظ جان و سلامت کودک: بر این اساس، یابنده کودک، او را به پلیس یا مراکزی که بدین منظور تأسیس می شود (شیرخوارگاه - پرورشگاه) تحویل می دهد.

اگر التقاط به این انگیزه انجام شود، بدون شک وظیفه تأمین هزینه زندگی کودکان بی سرپرست بر عهده دولت اسلامی است و هیچ شخص دیگری تعهدی در این باره ندارد.

به همین دلیل است که گروهی از فقها معتقدند که هرگاه کسی کودکی را پیدا کرد، می باید پیدا شدن او را به حاکم اسلامی (سلطان) گزارش دهد، تا هزینه های کودک را از

بودجه عمومی کشور (بیت المال) بردارد(۱).

به نظر می رسد ماده ۴ قانون تأمین زنان و کودکان بی سرپرست مصوب ۱۳۷۱، ناظر به همین فرض باشد.

ماده ۴: «حمایت های موضوع این قانون عبارتند از:

۱- حمایت مالی شامل تهیه وسایل و امکانات خودکفایی یا مقرری نقدی و غیر نقدی به صورت نوبتی یا مستمر.

۲- حمایت های فرهنگی، اجتماعی شامل ارائه خدماتی نظیر خدمات آموزشی (تحصیلی)، تربیتی، کاریابی، آموزش حرفه و فن جهت ایجاد اشتغال، خدمات مشاوره ای و مددکاری جهت رفع مسایل و مشکلات زندگی مشمولان و به وجود آوردن زمینه ازدواج و تشکیل خانواده.

۳- نگهداری روزانه یا شبانه روزی کودکان و زنان سالمند بی سرپرست در واحدهای بهزیستی یا واگذاری سرپرستی این گونه کودکان و زنان به افراد واجد شرایط»(۲).

روشن است که دولت اسلامی برای انجام این مهم، از منابع گوناگونی استفاده کرده، بودجه لازم را تأمین می کند. این منابع بسته به ویژگی های این کودکان، می تواند زکات،

خمس، موقوفات یا سایر منابع چون برخی از انواع مالیات ها (به عنوان مثال خراج و مقاسمه) باشد.

ص: ۴۴۳

۱- المقنعه، ص ۶۴۸؛ النهایه، ص ۳۲۲؛ المهدب، ۲/۵۶۹؛ الوسیله، ص ۲۷۷؛ السرائر، ۲/۱۰۷.

۲- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۷-۲۰۶.

طبیعی است یکی از مهم ترین منابعی که می تواند در تأمین هزینه زندگی این کودکان نقش بسزایی داشته باشد، استفاده از کمک های مردمی است (۱).

مشارکت های مردمی که در قالب صدقات یا نظایر آن تبلور پیدا می کند، گرچه در گام نخست امری اختیاری به حساب می آید؛ اما اگر دولت اسلامی به وظیفه خود در این خصوص عمل نکند یا امکانات لازم برای چنین کاری را در اختیار نداشته باشد، می تواند امری الزامی (وجوب کفایی) باشد (۲)، چرا که حفظ جان و حمایت از زندگی یک انسان از مهم ترین واجبات الهی است.

با این توضیح به خوبی روشن می شود که بحث نگهداری این کودکان از راه اعطای وام به آنها و بازپرداخت آن پس از رسیدن به امکانات مالی در آینده، هیچ جایگاه حقوقی - فقهی ندارد.

افزون بر اینکه هیچ تفاوتی میان کودک مسلمان و کودک غیر مسلمان در این خصوص وجود ندارد. همان گونه که تأمین هزینه های کودک به ظاهر مسلمان بر عهده دولت اسلامی است که از بودجه عمومی کشور (بیت المال) تأمین می شود به شرط آنکه خود مالی نداشته و کسی نیز حاضر به پرداخت هزینه های زندگی او نباشد؛ تأمین هزینه زندگی کودکی که به ظاهر غیر مسلمان است نیز بر عهده دولت اسلامی است، چرا که عدم پرداخت آن موجب آسیب دیدن یا از بین رفتن او می شود که دلیلی برای جواز آن نداریم (۳).

دوم، بر عهده گرفتن سرپرستی کودک: در این صورت، یابنده کودک با هماهنگی با دستگاه های نظارتی - که توضیح آن در خلال بحث های گذشته آمد - نگهداری کودک را

ص: ۴۴۴

۱- لازم به یادآوری است برای استفاده از کمک های مردمی، می باید حاکم اسلامی شخصی خاص سازمان معینی را مسؤول جمع آوری کمک های آنها کند تا از طریق او، کمک های جمع آوری شده به سرپرست کودک داده شود؛ زیرا توزیع هزینه های زندگی کودک بر مردم کار ممکن نیست؛ ر.ک: الدروس، ۳/۷۷.

۲- المقنعه، ص ۶۴۸؛ المراسم العلویه، ص ۲۰۸؛ النهایه، ص ۳۲۳؛ المهذب، ۲/۵۶۹؛ السرائر، ۲/۱۰۷؛ شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶.

بر عهده می گیرد و او را به فرزندخواندگی خود بر می گزیند.

اما اگر التقاط با این هدف انجام شده باشد، دو حالت قابل تصور است:

بر عهده گرفتن سرپرستی کودک با مسؤولیت نامحدود: در این حالت، یابنده کودک، نگهداری او را بر عهده می گیرد، بدون اینکه هیچ یک از لوازم و توابع آن را استثنا کند.

بنابر این، تأمین هزینه زندگی کودک بر عهده همان کسی است که سرپرستی او را (حضانت) بر عهده گرفته است، زیرا اگر نگوییم لازمه عقلی قبول نگهداری از یک کودک، پرداخت هزینه های اوست، دست کم به طور عادی و از نگاه عرفی، چنین رابطه ای برقرار است (۱).

به همین دلیل، وقتی کسی کودکی را از کنار خیابان برداشته یا او را از مراکز جمع آوری آنها تحویل گرفته، به فرزند خواندگی می پذیرد، به طور ضمنی تمام لوازم و توابع چنین کاری را می پذیرد که از جمله آنها، تأمین خوراک، پوشاک، بهداشت و درمان و همچنین تحصیل و ازدواج اوست، همچنان که هر پدر و مادری انجام همه این کارها را در شرایط عادی برای فرزند خود بر عهده دارد.

بنابر این، اگر نظر به ظاهر حال داشته باشیم (تأمین زندگی کودک بدون چشمداشت)، همان کسی که کودک را یافته است، تأمین هزینه های زندگی او را نیز بر عهده می گیرد، بدون اینکه در آینده حق مطالبه آن را داشته باشد (۲).

شاید با ملاحظه این جهت باشد که ابن ادریس حلی مدعی است نظریه قوی تر آن است که یابنده کودک حق رجوع به لقیط و باز پس گیری پولی را که برای نگهداری و اداره

زندگی او در خلال چند سال هزینه کرده است، ندارد؛ زیرا دلیلی بر جواز رجوع نداریم، افزون بر اینکه اصل بر براءت ذمه لقیط از پرداخت آن وجوه است (۳).

بر عهده گرفتن سرپرستی کودک با مسؤولیت محدود: از آنجا که پذیرش مسؤولیت

ص: ۴۴۵

۱- شاید با ملاحظه همین جهت باشد که برخی از فقها مدعی اند، حضانت مستدعی انفاق است؛ برای اطلاع بیشتر، ر.ک: جامع المقاصد، ۶/۱۰۹.

۲- مجمع الفائده، ۱۰/۴۲۰.

۳- السرائر، ۲/۱۰۷.

نگهداری از یک کودک، تعهدی است ابتدایی، یابنده کودک می تواند بسته به توانایی یا تمایل خود، انجام برخی از لوازم و توابع آن را نپذیرد، به شرط آنکه وظیفه اصلی او در قبال کودک از بین نرود.

بنابر این، اگر یابنده کودک، هنگام پذیرش نگهداری از او، شرایطی را لحاظ و حوزه مسئولیت خود را محدود به زمان یا انجام کاری خاص کند، در این صورت به میزان پذیرش مسئولیت، موظف به انجام تعهدات متناسب با آن نیز خواهد بود.

در این حالت ملتقط می تواند تنها جنبه های حمایتی حضانت را بپذیرد به این شرط که تأمین هزینه های کودک بر عهده کس دیگری باشد یا بر فرض که او پرداخت هزینه ها را نیز بپذیرد، برای خود حق باز پس گیری آن را محفوظ بدارد.

پس اگر ملتقط از آغاز قصد باز پس گیری (رجوع) را داشته باشد، می تواند آنچه را که هزینه کرده، محاسبه کند و سال های بعد، هنگامی که کودک توان اداره زندگی خود را پیدا کرد از او مطالبه کند(۱)، به شرط آنکه مطمئن باشد کسی حاضر نیست، رایگان هزینه زندگی او را پردازد(۲).

البته روشن است که جواز رجوع به کودک در سال های بعد برای باز پس گیری هزینه های گذشته، مشروط به آن است که کودک به سن بلوغ رسیده باشد(۳) و توانایی بازپرداخت آن را داشته باشد(۴).

ناگفته نماند گروهی از فقها بر این باورند، تنها قصد رجوع برای جواز باز پس گیری هزینه هایی که پیش از این کرده کافی نبوده، بلکه می باید بر این قصد خود شاهد هم بگیرد(۵)؛ گرچه مرحوم شهید عدم لزوم شاهد برای این کار را قوی تر می داند(۶).

بررسی دلایل: ب هر حال، جواز باز پس گیری هزینه های انجام شده را می توان از

ص: ۴۴۶

-
- ۱- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰؛ کشف الرموز، ۲/۴۰۷؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱.
 - ۲- المقنعه، ص ۶۴۸؛ النهایه، ص ۳۲۳؛ المذهب، ۲/۵۶۹؛ الوسیله، ص ۲۷۷؛ شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰؛ ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۰؛ جامع المقاصد، ۶/۱۱۵.
 - ۳- المبسوط، ۳/۳۳۹.
 - ۴- جامع المدارک، ۵/۲۵۰.
 - ۵- السرائر، ۲/۱۰۷؛ الجامع للشرایع، ص ۳۵۷.
 - ۶- شرح اللمعه، ۷/۷۶.

برخی روایات نیز به دست آورد:

۱- روایت عزرمی ۸۶*: «المنبوذ حرٌّ، فإذا كبر، فإن شاء تولّى العذی التقطه و إلا فليرد عليه النفقه وليذهب فليوال من شاء» (۱)، کودکی که به حال خود رها می شود، انسان آزادی است، هرگاه به بلوغ رسید، اگر بخواهد یابنده خود را ولی خود قرار دهد، وگرنه هزینه هایی که برایش کرده به او برگرداند و هر کس دیگری را که می خواهد ولی خود قرار دهد.

۲- روایت مدائنی ۸۷*: «المنبوذ حرٌّ، فإن أحب أن يوالی غیر العذی ربّاه والاه، فإن طلب منه العذی ربّاه النفقه و كان موسرا ردّ عليه و إن كان معسرا كان ما أنفق عليه صدقه» (۲)، کودکی که به حال خود رها می شود، انسان آزادی است، اگر دوست دارد می تواند غیر از کسی که او را بزرگ کرده، ولی خود قرار دهد؛ پس اگر کسی که او را بزرگ کرده هزینه هایی را که کرده مطالبه کند و کودک نیز ثروتمند باشد، به او بر می گرداند و اگر کودک نادر باشد، هزینه هایی که کرده صدقه است.

۳- روایت مثنی ۸۸*: «المنبوذ حرٌّ، فإن أحب أن يوالی العذی التقطه والاه و إن أحب أن يوالی غیره والاه و إن طلب العذی ربّاه نفقته و كان موسرا ردّ عليه و إن لم يكن موسرا صار ما أنفقه صدقه» (۳)، کودکی که به حال خود رها می شود، انسان آزادی است، اگر دوست دارد می تواند یابنده خود را ولی قرار دهد و اگر دوست دارد می تواند کس دیگری را ولی خود قرار دهد؛ اگر کسی که او را بزرگ کرده هزینه هایی را که کرده مطالبه کند و آن فرد هم ثروتمند باشد، به او بر می گرداند و اگر نادر باشد، هزینه هایی که در باره او کرده صدقه است.

۴- روایت محمّد بن احمد ۸۹*: «عن اللقيطه، قال: لاتباع و لاتشتري ولكن استخدمها بما انفقت عليها» (۴)، از دختر بچه پیدا شده سؤال شد، فرمود: فروخته و خریده نمی شود، ولی در برابر آنچه برای او هزینه شده، به کار گرفته می شود.

با توجه به توضیحات گذشته، ماده ۵ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب

ص: ۴۴۷

۱- الکافی، ۵/۲۲۵، شماره ۳؛ تهذیب الاحکام، ۷/۷۸، شماره ۳۳۶.

۲- الکافی، ۵/۲۲۵، شماره ۲؛ تهذیب الاحکام، ۷/۷۸، شماره ۳۳۷.

۳- تهذیب الاحکام، ۸/۲۲۷، شماره ۸۲۱؛ من لا يحضره الفقيه، ۳/۱۴۵، شماره ۳۵۳۲.

۴- الکافی، ۵/۲۲۵، شماره ۴؛ تهذیب الاحکام، ۷/۷۸، شماره ۳۳۵.

ماده ۵: «دادگاه در صورتی حکم سرپرستی صادر خواهد نمود که درخواست کنندگان سرپرستی به کیفیت اطمینان بخشی در صورت فوت خود، هزینه تربیت و نگاهداری و تحصیل طفل را تا رسیدن به سن بلوغ تأمین نمایند»^(۱).

پیش از این توضیح دادیم که هزینه زندگی کودکان بی سرپرست بر عهده دولت اسلامی است و کسانی که از چنین کودکانی نگهداری می کنند، هیچ وظیفه ای در این باره ندارند و بر فرض که خود متعهد به تأمین هزینه های کودک شوند، این تعهد تا زمانی است که تعهد کننده زنده است و هیچ دلیلی بر تأمین این هزینه ها پس از مرگ وی وجود ندارد.

به عبارت دیگر، فرزند خوانده از حقوقی فراتر از فرزند حقیقی برخوردار نیست؛ چگونه می شود پدر و مادر نسبت به تأمین هزینه های زندگی فرزند خود پس از مرگشان هیچ تعهدی نداشته باشند ولی این تعهد را نسبت به فرزند خوانده خود داشته باشند؟

شاهد بر این مدعا، ماده ۱۱ همان قانون است: «وظایف و تکالیف سرپرست و طفل تحت سرپرستی او از لحاظ نگاهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است»^(۲).

اختلاف در هزینه نگهداری کودکان سرراهی

اشاره

اگر فرض کنیم که از هیچ منبع دولتی یا غیر دولتی نتوانیم هزینه های زندگی چنین کودکانی را تأمین کنیم و یابنده کودک نیز تنها به شرط باز پس گیری، حاضر باشد پرداخت

این هزینه ها را تعهد کند، این بحث به وجود می آید که اگر کودک سرراهی پس از دست یابی به امکانات مالی و توانایی باز پرداخت آنچه ملتقط هزینه کرده است، با او در

میزان آن اختلاف پیدا کند، برای حل آن چه باید کرد؟

ص: ۴۴۸

۱- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۲۰۲.

۲- قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۲۰۳.

اختلاف لقیط و ملتقط به دو صورت قابل تصور است:

اول، اختلاف در اصل هزینه

اگر یابنده کودک (ملتقط) مدعی باشد که برای گذران زندگی او مقداری پول هزینه کرده است ولی کودک سرراهی (لقیط) منکر چنین هزینه ای باشد، ادعای ملتقط پذیرفته می شود^(۱)، زیرا طبیعی است که بزرگ شدن کودک بدون صرف هزینه ممکن نیست؛ چه این اختلاف بر سر هزینه کردن از مال خود کودک باشد یا از مال شخصی یابنده او.

محقق حلی معتقد است اگر کودک دارای مالی بوده و منکر هزینه شدن آنها برای زندگی خودش توسط ملتقط باشد، ادعای ملتقط به همراه سوگندی که می خورد پذیرفته می شود^(۲)؛ علامه حلی، ادای سوگند را مورد انتقاد قرار داده، می نویسد: «سوگند دادن ملتقط معنا ندارد، مگر اینکه ملتقط مدعی نیاز کودک باشد و لقیط، منکر آن»^(۳).

دوم، اختلاف در میزان هزینه

چنانچه مبلغی را که ملتقط برای هزینه کودک گزارش می کند، مورد پذیرش لقیط نباشد، دو صورت قابل تصور است:

متعارف بودن ادعا: اگر یابنده کودک برای هزینه هایی که برای او کرده، مبلغی معادل

هزینه متعارف نگهداری از یک کودک را درخواست کند؛ در این صورت، سخن ملتقط مورد پذیرش قرار می گیرد، زیرا فرض بر این است که یابنده کودک چون فردی امین و قابل اعتماد بوده، نگهداری کودک به او سپرده شده است؛ بنابراین، ادعایش در این خصوص پذیرفته می شود^(۴).

لازم به یادآوری است، برخی از فقها پذیرش ادعای یابنده کودک را در این فرض، مشروط به خوردن سوگند توسط او کرده اند^(۵)، زیرا:

ص: ۴۴۹

۱- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۲.

۲- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۲.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

۴- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۲؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱؛ المبسوط، ۳/۳۳۹.

۵- ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۰؛ الدروس، ۳/۷۷؛ اللعنه الدمشقیه، ص ۲۰۶؛ شرح اللعنه، ۷/۷۹.

ظاهر حال، تأیید کننده ادعای ملتقط است (۱)، از آن جهت که نگهداری از یک کودک نمی تواند بدون هزینه باشد و تعارض اصل عدم اشتغال لقیط با این ظاهر، مضر به جواز عمل به این ظاهر نیست (۲).

البته باید به این نکته نیز توجه داشت که در پذیرش ادعای یابنده کودک، فرق نمی کند که ملتقط از اموال خود کودک هزینه کرده باشد و بعد با او در مقدارش اختلاف پیدا کند

یا اینکه از مال خود، هزینه های زندگی کودک را پرداخت کرده باشد، زیرا فرض این است که در هر دو صورت، یابنده کودک فردی امین و نیکوکار است (۳).

غیر متعارف بودن ادعا: اگر یابنده کودک مبلغی بیش از حد متعارف درخواست کند یا مدعی مصرف از اموال خود کودک باشد و لقیط نیز منکر آن مقدار هزینه باشد، ادعای لقیط پذیرفته می شود (۴).

بررسی دلایل: برای پذیرش ادعای لقیط، به دو دلیل می توان استناد کرد:

۱- اقرار به افراط: یابنده کودک (ملتقط) اقرار می کند به زیاده روی در استفاده از اموال کودک و عدم دقت در مصرف درست آن؛ پس ضامن است (۵).

۲- اصل عملی: اصل عدم تعهد (اشتغال ذمه) لقیط است نسبت به مقدار زیادی بر حد متعارف (۶).

در پایان این بحث، ذکر دو نکته را ضروری می دانم:

نکته نخست: همان گونه که گذشت، بیشتر فقها میزان مبلغ مورد ادعای یابنده کودک را عاملی مؤثر در پذیرش و عدم پذیرش ادعای او می دانند، ولی هستند کسانی که بدون توجه به اینکه آنچه یابنده کودک ادعا می کند، در حد متعارف و معمول است یا بیشتر از

آن، مدعی اند، سخن ملتقط در میزان هزینه ای که کرده است به دو شرط پذیرفته می شود: ۱- برای استفاده از اموال کودک، از حاکم اسلامی اجازه گرفته باشد ۲- برای

ص: ۴۵۰

۱- جامع المقاصد، ۶/۱۱۷.

۲- شرح اللمعه، ۷/۷۹.

۳- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۸۷.

۴- المبسوط، ۳/۳۳۹؛ شرائع الاسلام، ۴/۸۰۳.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۳.

۶- جامع المقاصد، ۶/۱۱۷.

اثبات راستی ادعای خود، ادای سوگند کند(۱).

نکته دوم: مرحوم شهید برای اختلاف لقیط و ملتقط، فرض دیگری را به این شکل مطرح کرده است: اگر اختلاف میان آن دو در بازگرداندن اموال کودک به او باشد، به این

معنا که لقیط مدعی است اموالی که متعلق به او بوده و در دست ملتقط قرار داشته است، به او برگردانده نشده، در مقابل ملتقط مدعی است که اموال کودک را پس از بلوغ به او برگردانده است، اما هیچ کدام مدرکی (بینه) بر صحت ادعای خود ندارند، ادعای لقیط با

ادای سوگند پذیرفته می شود.

اما اگر اختلاف آنها در این باشد که ملتقط مدعی از بین رفتن (تلف) اموال کودک باشد و لقیط منکر آن، ادعای لقیط به شرط ادای سوگند پذیرفته می شود(۲).

دیدگاه ما: به نظر ما، از آنجا که واگذاری نگهداری کودک به یابنده او باید با نظارت دولت اسلامی باشد، سازمان نظارتی همان گونه که سلامت اخلاقی یابنده و سلامت روحی - جسمی کودک را زیر نظر دارد، چگونگی تأمین هزینه های زندگی او را نیز کنترل می کند.

بنابر این، اگر یابنده کودک که نگهداری او را نیز بر عهده دارد، فردی امین و قابل اعتماد باشد و سازمان نظارتی نیز درستی کارهای او را تأیید کند، در این صورت ادعای او در میزان هزینه های زندگی کودک چه از اموال کودک تأمین شده باشد و چه از اموال خودش، پذیرفته می شود.

در غیر این صورت، یابنده کودک می بایست برای اثبات ادعای خود، مدارک قابل اعتمادی ارائه دهد.

البته روشن است ادعای کودک مبنی بر اینکه هیچ هزینه ای برای نگهداری او پرداخت نشده است، تنها هنگامی قابل طرح است که منبع دیگری برای تأمین هزینه های زندگی او وجود داشته باشد.

ص: ۴۵۱

۱- الجامع للشرايع، ص ۳۵۷.

۲- الدروس، ۳/۷۷.

اشاره

جنبه های کیفری زندگی کودکان سرراهی (بی سرپرست) در دو مرحله قابل بررسی است:

جنایت بر کودکان

اشاره

از جمله مسایلی که در فقه اسلامی مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است، جنایت بر کودکان سرراهی (بی سرپرست) و بررسی جنبه های کیفری و حقوقی آن است.

این بحث بدین جهت مطرح شده است که در مسأله جنایت بر کودکان، اگر کودک دارای سرپرست قهری (پدر یا پدربزرگ پدری) باشد، سرپرست وی، بسته به نوع جرم و رعایت مصلحت خود یا کودک می تواند قصاص کند، دیه بگیرد، بدون دریافت پول یا با دریافت آن به مقصداری که صلاح می داند، جانی را عفو کند؛ چنانچه عمل مجرمانه منجر به مرگ کودک شود، دیه گرفته و آن گونه که می خواهد به عنوان مال شخصی خود مصرف کند.

حال این سؤال مطرح می شود که اگر کودکی فاقد سرپرست باشد، چه کسی نسبت به موارد بالا تصمیمگیری می کند؟

بررسی جنبه های حقوقی و کیفری این مسأله را با توجه به نوع جرم و مجازات در قالب چهار صورت بررسی می کنیم:

همان گونه که می دانیم، اگر کسی از روی عمد و با داشتن نیت مجرمانه اقدام به کشتن انسانی کند، بدون تردید وارث یا وارثان او (ولی دم) با شرایطی که در کتب فقهی آمده

است، می توانند او را قصاص کرده، بکشند؛ «وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِرِوَيْهِ سُلْطَانًا» (۱)، انسانی را که خداوند کُشتن او را حرام کرده است جز به حق نکشید و هر کس مظلوم کُشته شود، خداوند برای ولی او حق قصاص قرار داده است.

حال اگر کسی کودک سرراهی (بی سرپرست) را کُشت، تصمیمگیری درباره قصاص یا عفو جانی بر عهده چه کسی است؟ و در صورت عفو، چیزی که در برابر آن گرفته می شود به چه کسی تعلق دارد؟

قصاص یا بخشش در ازای دریافت عوض: برخی از فقها بر این باورند که تصمیمگیری در این باره بر عهده امام معصوم علیه السلام است، وی می تواند جانی را به قصاص بکشد، همچنان که می تواند او را عفو و در ازای آن چیزی دریافت کند که در این صورت، پول دریافتی را در اموری که به مصلحت مسلمانان است هزینه می کند (۲)؛ «فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعَ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ» (۳)، هر کس که از سوی برادرش مورد بخشش قرار گرفته است، باید به شایستگی رفتار کرده، و تعهد خود را به نیکی به او پردازد، این تخفیف و رحمتی است از سوی پروردگارتان.

قصاص یا بخشش بدون عوض: چنانچه امام علیه السلام را جانشین وارث و ولی مقتول بدانیم، در این صورت همان گونه که ولی کودک می تواند قصاص کند، در ازای دریافت مبلغی پول، قاتل را ببخشد یا بدون دریافت هرگونه وجهی از او درگذرد؛ امام علیه السلام نیز می تواند بسته به مصلحتی که تشخیص می دهد، یکی از این سه کار را انجام دهد.

به همین جهت گروهی از فقها با مطلق گذاشتن عفو، این حق را برای امام معصوم علیه السلام

ص: ۴۵۳

۱- اسراء ۱۷ / ۳۳.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۶.

۳- بقره ۲ / ۱۷۸.

قائل هستند که می تواند رایگان نیز، قاتل را مورد عطوفت اسلامی قرار دهد (۱).

قصاص: محقق حلی معتقد است چنانچه جنایت عمدی منجر به قتل نسبت به کودک اتفاق بیافتد، امام علیه السلام قاتل را قصاص می کند (۲).

برای توجیه این نظر که از میان فقهای اهل سنت به شافعی نیز نسبت داده شده است، می توان چنین استدلال کرد که چون ریختن خون کودک سرراهی (بی سرپرست) جایز نیست، باید قاتل وی را قصاص کرد، همان گونه قاتل سایر افراد نیز قصاص می شود؛ اما عفو رایگان او از این جهت جایز نیست که خلاف مصلحت مسلمانان است (۳).

نقد: این استدلال از دو جهت مورد انتقاد قرار گرفته است:

اول، در صورتی که قصاص واجب باشد، باید همه مسلمانان عهده دار انجام آن

باشند و حال آنکه بخشی از مسلمانان را کودکان و دیوانگان تشکیل می دهند و معلوم است که بر اساس موازین فقهی اگر در میان ورثه، افراد غیر بالغ و دیوانه وجود داشته باشد، قصاص به زمانی موکول می شود که همه بالغ بوده و از سلامت عقلی برخوردار باشند.

دوم، برای انجام قصاص باید همه ورثه اتفاق نظر داشته باشند و حال آنکه چنین چیزی ممکن نیست (۴).

گرچه نقد و بررسی آرای فقهای اهل سنت جزو برنامه ما نیست، ولی باید به این نکته نیز توجه داشت که این اشکالات بر اساس مبانی فقهی اهل سنت در خصوص وارث فرد بدون وارث می تواند درست باشد، یعنی وارث بودن بیت المال؛ اما اگر کسی امام علیه السلام را

وارث بداند، دیگر این دو اشکال وارد نخواهد بود.

دوم، جنایت خطایی منجر به مرگ

اگر کسی با ارتکاب عملی غیر مجرمانه و بدون انگیزه ارتکاب جرم، زمینه مرگ کسی

ص: ۴۵۴

۱- الجامع للشرایع، ص ۳۵۸؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶؛ الدروس، ۳/۸۰.

۲- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۱.

۳- ر.ک: تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۷.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۷.

را فراهم سازد (قتل خطائی)، باید دیه پردازد(۱).

بنابر این، کسی که باعث مرگ کودک سرراهی (بی سرپرستی) می شود، باید دیه پردازد(۲). دیه ای که از این بابت گرفته می شود، بنا بر نظر فقهای اهل سنت به خزانه کشور (بیت المال) واریز و بنا بر نظر فقهای شیعه به امام معصوم علیه السلام تحویل داده می شود تا در جایی که لازم می داند مصرف کند(۳).

سوم، جنایت عمدی منجر به قصاص بر بدن

چنانچه شخصی با انجام عملی مجرمانه باعث نقص عضو، شکستگی، پارگی و نظایر آن در بدن انسانی شود، باید قصاص شود، مگر آنکه کسی که بر او جنایت واقع شده (مجنی علیه) راضی به بخشش بدون عوض یا با عوض شود.

حال اگر کسی چنین جنایتی را بر کودک سرراهی (بی سرپرستی) وارد سازد، چه باید کرد؟ طبیعی است که این سؤال در جایی قابل طرح است که کودک به بلوغ عقلی و جسمی نرسیده باشد، چرا که اگر به بلوغ رسیده باشد، خود می تواند برای قصاص یا بخشش تصمیمگیری کند(۴).

برای پاسخ به این سؤال، دو نظریه میان فقها مطرح شده است:

نظریه اول، درنگ تا رسیدن به بلوغ: برخی از فقها بر این باورند که چون تصمیمگیری در این خصوص تنها به خود فردی که مورد جنایت قرار گرفته، واگذار شده است، باید صبر کرد تا کودک به سن بلوغ برسد و خود در این باره تصمیمگیری کند(۵)؛ زیرا یکی از هدف های قصاص فرونشاندن خشم (تشفی) شخصی است که جنایت بر روی او انجام شده است(۶) و این هدف با قصاص کردن ولی یا گرفتن دیه از بین می رود(۷).

بنابر این، همچنان که پدر نمی تواند پیش از رسیدن کودک به بلوغ، جانی را قصاص

ص: ۴۵۵

۱- لازم به یادآوری است، در قتل خطائی، دیه را عاقله جانی می پردازد؛ ر.ک: الجامع للشرایع، ص ۳۵۸.

۲- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۱.

۳- المبسوط، ۳/۳۴۶؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۷.

۵- الجامع للشرایع، ص ۳۵۸.

۶- ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۳.

۷- جامع المقاصد، ۶/۱۲۴.

کرده یا مورد بخشش قرار دهد، امام علیه السلام نیز مجاز به انجام چنین کاری نیست (۱).

لازمه چنین نظری آن است که جانی تا رسیدن کودک به بلوغ، زندانی شود تا کودک بتواند حق خود را آن گونه که می خواهد به تمام و کمال دریافت (استیفاء) کند (۲).

نقد: این نظر از آن جهت که مستلزم زندانی کردن جانی است مورد انتقاد گروهی از فقها قرار گرفته است، زیرا آنچه به واسطه جنایت واجب است، قصاص یا دیه است، و دلیلی برای جواز زندانی کردن جانی که کیفری مستقل است، نداریم (۳).

نظریه دوم، تفصیل بین انواع کودکان: محقق طوسی معتقد است که اگر کودک برخوردار از عقل و قدرت تشخیص باشد، می باید تا زمان رسیدن به سن بلوغ، صبر کند، زیرا این حق کودک است که بخواهد انتقام بگیرد؛ اما اگر کودک فردی سبک مغز (سفیه) باشد و نیازمند به پول (معسر)، ولی او به جای قصاص، دیه می گیرد و اگر دارای امکانات مالی باشد (موسر)، نمی توان برای او دیه گرفت (۴).

دلیل این تفصیل، تفاوتی است که در متون فقهی میان کودک و دیوانه (مجنون) در مسأله قصاص گذاشته شده است. از نظر برخی از فقها ولی می تواند در مورد جنایت بر فرد دیوانه تصمیم بگیرد، اما در مورد کودک مجاز به این کار نبوده، باید صبر کند تا کودک به بلوغ برسد؛ زیرا مدت زمانی که باید صبر کرد در مورد کودک معلوم است، اما این مدت در مورد دیوانه مشخص نیست، چرا که معلوم نیست چه زمانی سلامت عقلی خود را به دست می آورد (۵).

نقد: از آنجا که پذیرش و عدم پذیرش این نظریه موکول به بررسی میزان اختیارات ولی در مسأله قصاص است، باید ارزیابی آن را در کتاب قصاص پی گرفت.

نظریه سوم، قصاص یا گرفتن دیه توسط امام معصوم علیه السلام: این نظریه مبتنی بر پذیرش دو مطلب است: ۱- هر کس برای او حق قصاص وجود داشته باشد، ولی او

ص: ۴۵۶

۱- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۱-۸۰۲.

۲- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۹.

۳- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۹.

۴- المبسوط، ۳/۳۴۶.

۵- ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۳.

می تواند قصاص را انجام دهد(۱) ۲- امام معصوم علیه السلام ولی و سرپرست هر کسی است که سرپرست ندارد.

بر این اساس، بنا بر مصلحت، ولی کودک می تواند یکی از دو کار را انجام دهد، جانی را قصاص کند یا در مقابل گرفتن چیزی، او را مورد بخشش قرار دهد(۲) و چون امام یا نایب او - بنا بر اختلافی که در مورد فقیه وجود دارد - ولی کودک هستند که سرپرست شناخته شده ای ندارد؛ در این صورت امام علیه السلام می تواند جانی را قصاص کرده(۳) یا با گرفتن دیه، او را مورد بخشش قرار دهد(۴).

بنابر این، همان گونه که پدر یا پدر بزرگ پدری می توانند پیش از رسیدن کودک به سن بلوغ، قصاص را اجرا کرده یا دیه بگیرند(۵)، امام علیه السلام نیز می تواند این کار را انجام دهد، پس دلیلی برای به تأخیر انداختن آن با فراهم بودن اسبابش، وجود ندارد، به خصوص که با تأخیر انداختن در این کار، ممکن است شرایط لازم برای قصاص یا گرفتن دیه از بین برود(۶).

چهارم، جنایت خطایی یا عمدی غیر منجر به قصاص بر بدن

اگر کسی بدون قصد کاری انجام دهد که منجر به ایراد آسیب بر بدن دیگری شود یا از روی عمد کاری بکند که امکان قصاص نباشد، می باید در مقابل این عمل، دیه بپردازد.

در مورد جنایت بر کودک، این دیه به ولی او سپرده می شود(۷) و چون حاکم اسلامی (امام معصوم علیه السلام) ولی کودک سرراهی (بی سرپرست) است، دیه جنایت بر او را دریافت می کند(۸).

البته باید به این نکته توجه داشت که در همه این چهار صورت، انجام قصاص یا گرفتن دیه در جنایت عمدی یا خطایی به شرط مصلحت کودک، بر عهده امام علیه السلام است،

ص: ۴۵۷

۱- ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۲.

۲- جامع المقاصد، ۶/۱۲۴؛ مجمع الفوائد، ۱۰/۴۲۳.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۷.

۴- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۴؛ ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۳؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱.

۵- شرح اللمعه، ۷/۷۹.

۶- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۸.

۷- المبسوط، ۳/۳۴۶.

۸- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶.

اما یابنده کودک و کسی که از او نگهداری می کند (ملتقط) هیچ حقی در این باره نداشته، نمی تواند تصمیمگیری کند، چرا که ولایتی بر کودک ندارد(۱).

لازم به یادآوری است، برخی از فقها غیر از جنایت بر کودکان، بحث دشنام دادن و تهمت زدن (قذف) به او را نیز مطرح کرده اند. بنا بر نظر آنان، اگر کسی کودک سرراهی (بی سرپرستی) را مورد تهمت و دشنام قرار دهد، تعزیر خواهد شد(۲)؛ اما اگر خود کودک دست به چنین اقدامی بزند، به جهت بالغ نبودن، بر او حد جاری نخواهد شد، ولی مورد تعزیر قرار خواهد گرفت(۳).

جرایم کودکان سرراهی

اشاره

از جمله مسایل بسیار مهمی که در مورد کودکان سرراهی (بی سرپرست) مطرح است، جرایم انجام یافته توسط آنها و مسؤولیت های حقوقی و کیفری مبتنی بر آن است.

گرچه این بحث تنها اختصاص به کودکان سرراهی (بی سرپرست) نداشته، همه کودکان را در بر می گیرد، ولی از آنجا که در مورد این کودکان می باید کسی مسؤولیت کار

آنها را بر عهده بگیرد، این موضوع اهمیت دوچندانی پیدا می کند.

اول، جرایم خطایی

اگر کودک به اشتباه مرتکب جرمی شود که تاوان آن دیه است، نظیر کشتن (قتل) یا زدن (ضرب) و مجروح کردن (جرح)، عاقله او موظف اند پرداخت آن را بر عهده بگیرند.

از آنجا که مقصود از «عاقله»، پدر و مردان بالغ، عاقل و ثروتمند از خویشان پدری یک فرد است(۴)، و چنین افرادی برای کودک سرراهی (بی سرپرست) وجود ندارند؛ بنابراین، می باید کسی جانشین عاقله کودک شود.

همچنان که پیش از این نیز گذشت دو تفکر میان فقها وجود دارد، گروهی همچون

ص: ۴۵۸

۱- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۲.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۶؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۸۱.

۳- المبسوط، ۳/۳۴۶.

۴- مبادی فقه و اصول، ص ۳۱۵.

فقهای سنی بر این باورند که هزینه های زندگی کسی که وارثی ندارد بر عهده خزانه کشور (بیت المال) است؛ بنابراین، عاقله او نیز دولت اسلامی است (۱).

در برابر، عده ای نیز معتقدند که چون امام علیه السلام «وارث من لا وارث له» است، امام عاقله محسوب شده، پرداخت دیه بر عهده اوست (۲).

البته همچنان که پیشتر گفتیم، چون مسئولیت اداره کشور اسلامی بر عهده امام معصوم علیه السلام است، هیچ تفاوتی میان بودجه عمومی کشور و بودجه مقام امامت نمی کند، زیرا بودجه تحت اختیار امام نیز در مصالح عمومی کشور هزینه می شود. به هر حال، عاقله کودک، به حکم روایاتی که در مسأله ارث بدون وارث وجود دارد، بر عهده امام معصوم علیه السلام است.

دوم، جرایم عمدی

اگر ارتکاب جرم پس از رسیدن کودک به سن بلوغ باشد، در این صورت چون سایر افراد بزرگسال، قصاص می شود و در صورت رضایت مجنی علیه، می تواند دیه بپردازد (۳).

اما اگر کودک پیش از رسیدن به سن بلوغ، مرتکب جنایتی عمدی شود، چون جنایت عمدی کودک در حکم جنایت خطایی محض است (۴)، پرداخت دیه بر عهده عاقله او (۵)، یعنی امام معصوم علیه السلام است (۶).

شایان ذکر است که در برخی از متون فقهی احتمال دیگری نیز مطرح شده است به این ترتیب که پرداخت دیه بر عهده کودک باقی می ماند تا پس از بلوغ، خود پرداخت کند (۷).

ص: ۴۵۹

-
- ۱- المبسوط، ۳/۳۴۵؛ جواهر الفقه، ص ۱۴۵-۱۴۶، مسأله ۵۱۳؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶؛ الجامع للشرایع، ص ۳۵۸.
 - ۲- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۱؛ الدروس، ۳/۷۹؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶.
 - ۳- المبسوط، ۳/۳۴۵؛ جواهر الفقه، ص ۱۴۵-۱۴۶، مسأله ۵۱۳؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶.
 - ۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶.
 - ۵- المبسوط، ۳/۳۴۶؛ جواهر الفقه، ص ۱۴۵-۱۴۶، مسأله ۵۱۳.
 - ۶- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱؛ اللعنه الدمشقیه، ص ۲۰۶؛ جامع المقاصد، ۶/۱۲۴؛ شرح اللعنه، ۷/۷۸؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۷.
 - ۷- ر.ک: المبسوط، ۳/۳۴۶.

همچنین این مطلب نیز مطرح شده است که اگر کودک غیر مسلمان (محکوم به کفر) باشد، پرداخت دیه بر عهده خزانه کشور نبوده، خود کودک باید آن را پرداخت کند(۱).

سوم، شبه عمد

منظور از شبه عمد که از آن به «عمد الخطاء» نیز یاد می شود: حالتی است که شخص کاری را از روی قصد انجام می دهد ولی نتیجه ای از آن به وجود می آید که مورد نظر او

نبوده (عمد در فعل و خطا در قصد)؛ به عنوان مثال شخصی را عمدا با وسیله ای که غالبا

کشنده نیست به قصد ادب کردن می زند ولی او در اثر این کار می میرد(۲).

از نظر فقهای شیعه در جنایت شبیه عمد، دیه از مال خود جانی تأمین می شود(۳)؛ بنابر این، خسارت عمل مجرمانه کودک سرراهی را در این فرض باید از مال خود او تأمین کرد.

ص: ۴۶۰

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۶.

۲- المبسوط، ۷/۱۱۵.

۳- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۱؛ تحریر الاحکام، ۲/۱۲۴؛ ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۲؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۷.

اشاره

از جمله مسائلی که در بحث کودکان سرراهی مطرح است، اختلاف دو یا چند نفر در پیدا کردن و اداره زندگی (حضانت) یک کودک است.

اگر دو نفر مدعی باشند که هر یک زودتر از دیگری کودکی را پیدا کرده، پس می باید نگهداری از او را خود بر عهده بگیرد؛ کودک را باید به کدامیک از آنها سپرد؟

پیش از این توضیح دادیم که یافتن کودک هیچ حق یا اولییتی را برای یابنده کودک ایجاد نمی کند؛ بلکه سپردن نگهداری از یک کودک، نیازمند به برخورداری از صلاحیت های لازم فردی و اجتماعی برای این منظور است.

بنابر این، دیگر نیازی به طرح این بحث نداریم؛ اما فقیهانی که معتقدند یافتن کودک توسط یک نفر موجب اولویت و پیدا کردن حق نسبت به کودک می شود، ناگزیر به طرح این بحث هستند.

به هر حال، در این مجال تلاش خواهیم داشت تا مسأله را از نگاه فقهای پیشین توضیح داده، درستی یا نادرستی آن را بررسی کنیم.

معیارهای حل اختلاف

اشاره

در متون فقهی برای پاسخگویی به این مسأله سه معیار متفاوت مطرح شده است:

گروهی از فقها معتقدند که برای ارزیابی درستی یا نادرستی ادعای کسانی که مدعی یافتن کودک و اولویت در نگهداری او هستند، می باید مدارک و مستندات آنها را بررسی کرد.

۱- یک نفر مدرک (بینه) دارد: اگر فرض کنیم یکی از دو نفر برای اثبات ادعای خود

مدرک یا شاهی دارد، اما دیگری هیچ گواه یا مدرکی ندارد؛ فردی که دارای دلیل و مدرک است، به عنوان یابنده کودک (ملتقط) پذیرفته شده، نگهداری کودک (حضانت) به او سپرده می شود(۱).

۲- هر دو نفر مدرک (بینه) دارند: ممکن است دو نفر ادعا کنند که هریک از آنها به

تنهایی کودک را پیدا کرده، می باید نگهداری از او را بر عهده بگیرند و برای چنین ادعایی

مدرک یا گواهی نیز داشته باشند.

در این فرض باید بررسی کرد که مستندات هریک از آنها از چه زمانی یافتن کودک را توسط آنها تأیید می کند.

مدارک بدون زمان: اگر هریک از دو نفر بتوانند برای اثبات ادعای خود دلیل یا گواهی بیاورند که تنها بر یافتن کودک توسط هریک از آنها دلالت دارد، بدون آنکه نسبت

به زمانی که هریک از آنها مدعی هستند در آن زمان کودک را یافته اند، توضیحی بدهند؛ این دو مدرک با هم تعارض داشته، فاقد اعتبار خواهند بود.

در این صورت، حکم این فرض، نظیر حکم جایی است که هیچ کدام مدرکی برای اثبات ادعای خود ندارند.

مدارک زمان دار: چنانچه هر کدام از دو مدعی بتوانند دلیل یا گواهی بر درستی ادعای خود مبنی بر اینکه در زمانی خاص کودک توسط هر یک از آنها پیدا شده است، ارائه دهند، سه حالت قابل تصور است:

دارای زمان متفاوت: اگر زمانی که دلایل یا شهود هر یک گزارش می کند، غیر از زمانی باشد که دلایل یا شهود دیگری اعلام می کند؛ نگهداری کودک به فردی سپرده می شود که بر اساس اسناد و مدارک، زودتر کودک را پیدا کرده است (۱).

دارای زمان یکسان: اما اگر دلایل یا شهود هر یک از دو نفر، دقیقاً یک زمان را برای یافتن کودک توسط هر یک از آنها گزارش کنند، در این صورت هم، این دو مدرک به علت تعارض، از اعتبار افتاده، از نظر حکم چون جایی است که هیچ کدام مدرکی برای اثبات ادعای خود ندارند.

مدارک متفاوت: ممکن است مضمون مدارک یا شهود هر یک از مدعیان یافتن کودک، متفاوت با دیگری باشد؛ به این معنا که مستندات یکی از دو نفر اثبات می کند وی

کودک را در زمان خاصی پیدا کرده است و مستندات دیگر تنها بر این نکته تأکید می کند که او کودک را یافته است، بدون آنکه به زمان این یافتن اشاره ای داشته باشد؛ در این

صورت به مدرک کسی توجه می شود که زمان خاصی برای یافتن کودک تعیین می کند، زیرا مدرک زمان دار، چیزی را اثبات می کند که دیگری نافی آن نیست.

البته در میان فقها هستند کسانی که زمان دار بودن یا زمان دار نبودن مدارک را دلیلی

بر ترجیح آنها نمی دانند و بر این باورند که اگر هر دو نفر برای اثبات ادعای خود، دلیل و مدرک ارائه کنند، چه هر دو بی زمان باشد یا هر دو زمان دار و یا تنها یکی زمان دار باشد،

این مدارک متعارض بوده، برای تعیین کسی که عهده دار نگهداری کودک است، می باید قرعه انداخت (۲).

۳- هیچ یک از دو نفر مدرک (بیینه) ندارند: از جمله احتمالاتی که در این مسأله وجود

دارد آن است که هیچ یک از آن دو نفر دلیل یا گواهی بر اینکه او کودک را یافته است ندارد، در این صورت: اگر کودک در دست هیچ کدام نباشد، حاکم اسلامی کودک را به هر کسی که صلاح بداند خواهد سپرد؛ اگر کودک در دست یکی از آن دو نفر است، او مقدم

ص: ۴۶۳

۱- المبسوط، ۳/۳۴۹.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۸.

بر دیگری بوده، نگهداری کودک را بر عهده می گیرد؛ و اگر کودک در دست هر دو باشد، برای تعیین کسی که مسئولیت نگهداری کودک را بر عهده می گیرد، قرعه زده می شود، همان گونه که بر اساس آیه کریمه «إِذْ يُلقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ»^(۱)، آن هنگام که برای تعیین

اینکه کدامیک از ایشان سرپرستی مریم را بر عهده بگیرند، قرعه انداختند؛ در مورد حضرت

مریم علیهاالسلامو تعیین حضرت زکریا علیه السلام به عنوان سرپرست وی این اتفاق افتاد^(۲).

معیار دوم، بررسی ویژگی های افراد

دومین معیاری که برای تعیین یابنده کودک و سرپرست او وجود دارد، بررسی ویژگی و صفات هریک از افرادی است که مدعی چنین مطلبی هستند.

از بررسی متون فقهی به دو نظریه می توان دست یافت:

نظریه اول، عدم بررسی صفات: برخی از فقها بر این باورند که تفاوت افراد در صفاتی چون اسلام، ثروت، عدالت و نوع محل سکونت نمی تواند عامل امتیازی به حساب آید.

نظریه دوم، بررسی صفات: در برابر، هستند فقیهانی که تنها راه تعیین سرپرست کودک را بررسی صفات آنها می دانند.

بر این اساس، دو حالت اتفاق خواهد افتاد:

تساوی در صفات: اگر فرض کنیم هر دو نفری که مدعی یافتن کودک و سرپرستی او هستند در صفات چهارگانه: اسلام، عدالت، ثروت و محل سکونت برابر باشند؛ برای تعیین کسی که عهده دار نگهداری از اوست، می باید به قرعه مراجعه کرد^(۳)، زیرا واگذاری حضانت کودک به هر دو نفر آنها موجب آسیب دیدن کودک می شود^(۴).

عدم تساوی در صفات: اگر دو مدعی در صفات مزبور با هم برابر نباشند، در این صورت درباره هر یک از صفات چهارگانه به شرح ذیل عمل می شود:

ص: ۴۶۴

۱- آل عمران ۳ / ۴۴.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۹.

۳- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۳؛ الجامع للشرایع، ص ۳۵۸.

۴- شرح اللمعه، ۷/۸۰.

اسلام: مسلمان مقدم است بر غير مسلمان، اگر كودك به ظاهر مسلمان به حساب آيد (۱)، زيرا نگهداري كودك (حضانت)، ولايت بر اوست و غير مسلمان بر مسلمان ولايت ندارد؛ غير مسلمان مي تواند زمينه انحراف ديني كودك را فراهم كند (۲).

لازمه چنين سخني آن است كه مسلمان نسبت به نگهداري كودكي كه به ظاهر غير مسلمان است بر فرد غير مسلمان هيچ تقدمي ندارد (۳)؛ گرچه برخي معتقدند مسلمان مقدم بر غير مسلمان است، حتي در نگهداري كودكي كه به ظاهر غير مسلمان است (۴).

قاضي ابن براج در اين باره سخني دارد كه نيازمند تأمل بيشتري است. وي مدعي است اگر غير مسلمان و مسلمان در يافتن كودكي با هم اختلاف پيدا كنند، چنانچه پدر و مادر كودك، غير مسلمان باشند، كودك به فرد غير مسلمان سپرده مي شود؛ اما اگر يكي از پدر يا مادر كودك، مسلمان باشند، كودك به فرد مسلمان سپرده مي شود (۵).

اين سخن قاضي از دو جهت قابل مناقشه است، اولاً: عنوان «لقيط» بر كودكي اطلاق مي شود كه پدر و مادر مشخصي ندارد (سر راهي)، پس اگر پدر و مادر كودكي معلوم هستند، كودك به آنها بازگردانده مي شود و در صورت زنده نبودن يا عدم دسترسي به آنها، كودك به ساير بستگان خود - بنا به توضيحي كه پيش از اين داده شد - سپرده مي شود؛ ثانياً: دليلي وجود ندارد كه نمي توان نگهداري كودك غير مسلمان را به فرد مسلمان سپرد.

عدالت: شخص مسلمانِ امين (عادل) مقدم است بر فرد فاسق (۶)، زيرا حضانت كودك نوعي ولايت بر اوست و فاسق صلاحيت داشتن ولايت را ندارد (۷).

همچنين، فردي كه به ظاهر عادل است، بر شخصي كه معلوم نيست عادل است يا نه؛ در نگهداري كودك تقدم دارد (۸).

ص: ۴۶۵

۱- المبسوط، ۳/۳۴۰؛ الجامع للشرايع، ص ۳۵۷.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۰.

۳- تذكرة الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۴- الدروس، ۳/۷۳.

۵- جواهر الفقه، ص ۱۴۵، مسأله ۵۱۲.

۶- المبسوط، ۳/۳۴۰؛ الدروس، ۳/۷۳.

۷- المبسوط، ۳/۳۴۰.

۸- تذكرة الفقهاء، ۲/۲۷۱.

امکانات مالی: فرد ثروتمند مقدّم بر فرد نیازمند است، زیرا بر خورداری از امکانات مالی به سود کودک است و از طرفی شخص نیازمند بیشتر وقت خود را صرف بر طرف کردن نیازهای مالی خود می کند و فرصت کمتری برای رسیدگی به زندگی کودک دارد(۱).

محل سکونت: شخص شهر نشین مقدّم بر روستایی و روستایی مقدّم بر صحرانشین است، زیرا امکان دست یابی بستگان کودک به او بیشتر است(۲).

جنسیت یابنده: از جمله مطالبی که برای برخی از فقها مطرح بوده، تأثیر جنسیت یابنده کودک در اولویت اوست.

اگر دو نفر در یافتن و نگهداری کودکی با هم اختلاف داشته باشند، اما یکی مرد و دیگری زن؛ آیا یکی از آنها بر دیگری به خاطر جنسیتش برتری پیدا می کند؟

گروهی بر این باورند که جنسیت مؤثر نبوده(۳)، زن و مرد برابر با هم هستند(۴) و برای تعیین کسی که می باید از کودک نگهداری کند، قرعه زده می شود(۵).

بر این اساس دلیلی بر تقدّم زن بر مرد وجود ندارد(۶)، زیرا گرچه زن در انجام کارهای کودک موفق تر از مرد و جنبه های عاطفی او نیز قوی تر است، ولی توان مرد برای نگهداری و اداره زندگی کودک بیشتر است(۷).

در برابر هستند کسانی که معتقدند زن و مرد در نگهداری و اداره زندگی کودک یکسان نبوده، یکی بر دیگری تقدّم دارد(۸).

معیار سوم، بررسی وضعیت کودک

معیار سوم برای تعیین یابنده و سرپرست کودک، بررسی وضعیت کودک است که می تواند به یکی از سه صورت باشد:

۱- هیچ کدام اقدام به برداشتن کودک نکرده اند: اگر دو نفر بر سر برداشتن کودکی

ص: ۴۶۶

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۳- المبسوط، ۳/۳۴۰.

۴- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۵- جواهر الفقه، ص ۱۴۵، مسأله ۵۱۲.

۶- الدروس، ۳/۷۴.

۷- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

سر راهی بایکدیگر اختلاف داشته باشند، بدون اینکه هیچ یک از آنها کودک را برداشته باشند(۱)؛ تصمیمگیری درباره اینکه کدامیک از آنها می تواند از کودک نگهداری کند، بر عهده حاکم اسلامی است(۲).

۲- هر دو نفر اقدام به برداشتن کودک کرده اند: در صورتی که دو نفر هم زمان با هم اقدام به برداشتن کودک کنند، دو حالت قابل تصور است:

صلاحیت یک نفر: اگر هر دو نفر همزمان با هم، اقدام به برداشتن کودک کنند، ولی

تنها یکی از آنها صلاحیت لازم برای سرپرستی کودک را داشته باشد، کودک به کسی سپرده می شود که صلاحیت لازم برای این کار را دارد(۳).

صلاحیت هر دو نفر: اگر هر دو نفر همزمان با هم، اقدام به برداشتن کودک کنند و هر دو نیز صلاحیت های لازم برای نگهداری او را داشته و هیچ کدام نیز حاضر نباشند به خاطر دیگری دست از ادعای خود بردارند(۴)؛ برای تعیین سرپرست کودک، سه راه حل وجود دارد:

راه اول، رجوع به قرعه: احتمال نخست آن است که برای تعیین سرپرست کودک،

قرعه زده شود، زیرا قرعه در هر امر مشکلی جاری است، افزون بر اینکه گرفتن کودک از هر دو، باعث باطل شدن حقی می شود که با یافتن کودک به دست آورده اند(۵)؛ واگذاری نگهداری کودک به هر دو - آن گونه که برخی احتمال داده اند(۶) - کاری نشدنی و نوبتی کردن نگهداری از کودک (مهیا) در میان آنها نیز موجب آسیب دیدن کودک می شود(۷).

راه دوم، مراجعه به قاضی: احتمال دوم آن است که قاضی در این باره تصمیمگیری

ص: ۴۶۷

۱- لازم به یادآوری است، اولویت یکی بر دیگری تنها به رسیدن بر بالین کودک بدون اقدام به بلند کردن آن، تحقق پیدا نمی کند؛ ر.ک: جامع المقاصد، ۶/۹۹.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۴- از آنجا که از نظر فقهای گذشته، یافتن کودک توسط یک نفر، حقی را برای او در نگهداری کودک ایجاد می کند، هر یک از آنها می تواند بدون نیاز به گرفتن اجازه از حاکم اسلامی، به نفع دیگری دست از حق خود ملک حضانت بردارد؛ ر.ک: تحریر الکلام، ۲/۱۲۳.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۶- تحریر الکلام، ۲/۱۲۳.

۷- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱؛ الدروس، ۳/۷۳.

کند و نگهداری کودک را به کسی بسپارد که سود بیشتری برای کودک دارد(۱).

راه سوم، انتخاب خود کودک: سومین احتمال آن است که تصمیمگیری در این باره

را به خود کودک واگذار کنیم، تا هر کدام را که او انتخاب کرد، عهده دار نگهداری و اداره

زندگی اش شود(۲).

لازم به یادآوری است، برخی از فقها معتقدند که اگر هر دو نفر همزمان با هم، اقدام به برداشتن کودک کنند(۳) و هر دو نیز صلاحیت های لازم برای نگهداری کودک را داشته باشند؛ ولی یکی در بدن کودک علایم و نشانه هایی را گزارش می کند که دیگری نمی تواند چنین کند، همان شخص نگهداری کودک را بر عهده می گیرد(۴).

در مقابل، گروهی نیز توصیف ویژگی جسمانی کودک چون وجود خال در بدن او را دلیلی بر ترجیح توصیف کننده آن نمی دانند(۵).

دیدگاه ما: به نظر ما، یافتن کودک هیچ حقی را برای یابنده او ایجاد نمی کند. بنابراین، کسی که کودکی را می یابد، بایستی او را به مراکزی که عهده دار اداره زندگی چنین

کودکانی هستند، بسپارد.

آن مرکز با بررسی صلاحیت های فردی و اجتماعی کسی که درخواست نگهداری کودکی را دارد با در نظر گرفتن مصلحت کودک، نگهداری او را بسته به شرایطی به طور موقت یا نامحدود به آن شخص واگذار می کند، چه خود آن فرد، کودک را پیدا کرده باشد و چه این عمل توسط دیگری انجام شده باشد.

البته تمایل کودک برای زندگی کردن با فردی خاص در زمانی که قدرت تشخیص پیدا کرده است نیز می تواند از جمله همان عواملی باشد که در مصلحت کودک مؤثر است.

بنابر این، ارائه مدرک بر اینکه چه کسی ابتدا کودک را یافته است یا بررسی صفات

ص: ۴۶۸

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

۳- روشن است که اگر هر دو همزمان با هم دست به انجام چنین کاری نزنند تعاقب، اولین کسی که کودک را بر می دارد اولویت دارد، هر چند دیگری نیز چنین کاری را پس از این انجام دهد؛ ر.ک: تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۱.

ویژگی های افرادی که مدعی یافتن کودک هستند یا اینکه چه کسی ابتدا کودک را از زمین برداشته است به تنهایی تأثیری در امر واگذاری نگهداری کودک به فردی ندارد؛ همچنان که جنسیت فرد یابنده نیز در این خصوص هیچ نقشی نخواهد داشت؛ قرعه نیز نمی تواند راه حلی برای این مطلب باشد، چرا که نمی شود سرنوشت انسانی را به این گونه رقم زد.

از آنجا که پیش از این درباره صلاحیت های فردی و اجتماعی لازم برای نگهداری کودک به تفصیل سخن گفتیم، دیگر نیازی به بررسی دوباره آنها و بیان ایراداتی که بر اعتبار برخی از آنها توسط فقها گرفته شده است، نداریم.

بر این اساس، این سخن ابن سراج که اگر انسانی کودکی را بیابد و بعد شخص دیگری کودک را از او بگیرد، بر فرد دوم واجب است کودک را به یابنده او بر گرداند^(۱)؛ هیچ جایگاه فقهی ندارد.

ص: ۴۶۹

اشاره

رها شدن کودک در اماکن عمومی، فرصتی را فراهم می‌سازد که عده‌ای با انگیزه‌های گوناگون، ادعا کنند که کودک پیدا شده، فرزند آنهاست.

از آنجا که این ادعا می‌تواند تأثیری شگرف بر روند زندگی کودک داشته باشد، بررسی درستی و نادرستی آن از جمله مهم‌ترین مطالبی است که در بحث کودکان بی سرپرست مطرح است.

به همین جهت مناسب است که این بحث را با در نظر گرفتن مطالبی از این دست دنبال کنیم: ادعا کننده چه کسی است؟ آیا جنسیت او در پذیرش ادعایش تأثیر دارد؟ آیا تنها ادعا برای اثبات این مطلب کافی است یا می‌باید دلیلی نیز بر تأیید آن وجود داشته

باشد؟ چه دلایلی برای اثبات رابطه فرزندگی میان شخص مدعی و کودک قابل قبول است؟ آیا دین ادعا کننده در پذیرش ادعای او تأثیر دارد؟ اگر بیش از دو نفر چنین ادعایی

داشته باشند، چه معیاری برای پذیرش ادعای یکی از آنها وجود دارد؟

ادعای رابطه نسبی با کودک

اشاره

گفتگو درباره ادعای رابطه نسبی با کودک، در قالب سه صورت، قابل بررسی است:

ادعای وجود رابطه پدری با کودک

در متون فقهی برای ادعای رابطه پدر - فرزندی، چند صورت تصور شده است:

اول، ادعا توسط یابنده کودک: اگر یابنده کودک ادعا کند کودکی را که پیدا کرده، فرزند خود اوست، در میان فقها دو نظریه مطرح است:

نظریه اول، پذیرش ادعا: گروهی از فقها معتقدند که چنین ادعایی از سوی یابنده

کودک، در واقع اقراری است از جانب او؛ این اقرار به تنهایی برای اثبات نسب کافی است و کودک فرزند او خواهد شد.

بررسی دلایل: برای پذیرش اقرار یابنده کودک، به چند مطلب استناد شده است:

۱- نداشتن ضرر: این اقرار موجب ایراد ضرر به فرد دیگری نیست (۱).

۲- سودمندی برای کودک: این اقرار به سود کودک است، چرا که به واسطه آن، شخص موظف می شود نگهداری (حضانت) و تربیت او را بر عهده بگیرد (۲).

۳- موافقت با ظاهر حال: این اقرار مخالف با ظاهر حال نیست (۳)، زیرا کسی که متعهد به نگهداری از کودک شده است در شرایط عادی، پدر او به حساب می آید.

۴- دشواری ارائه مدرک: ارائه مدرک برای اثبات رابطه پدر - فرزندی، کار دشواری است (۴).

۵- اعتبار اقرار: شخص اقرار به داشتن رابطه نسبی با کسی می کند که فاقد نسب

شناخته شده ای است که می تواند به او تعلق داشته باشد (۵).

به هر حال، محقق طوسی که از جمله طرفداران این نظریه است، معتقد است که گرچه اقرار یابنده کودک برای اثبات پیوند میان او و کودک کافی است، ولی مستحب است که چگونگی ارتباط نسبی خود را با کودک بیان کند.

نظریه دوم، عدم پذیرش ادعا: از برخی فقهای سنی نقل شده است که چنین ادعایی پذیرفته نیست، زیرا در شرایط طبیعی انسان فرزند خود را در اماکن عمومی رها نمی کند تا لازم باشد دوباره او را بیابد (۶).

ص: ۴۷۱

۱- المبسوط، ۳/۳۴۷.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۷.

۳- المبسوط، ۳/۳۴۷.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۷.

۵- المبسوط، ۳/۳۴۷.

دوم، ادعا توسط فردی دیگر: چنانچه فرد دیگری غیر از یابنده کودک، مدعی باشد

که کودک پیدا شده، فرزند اوست؛ دو نظریه در متون فقهی برای بررسی این ادعا وجود دارد:

نظریه اول، پذیرش ادعا: بر اساس این نظریه، ادعای چنین فردی پذیرفته شده، کودک به او تحویل داده می شود (۱)، هر چند مدرکی (بینه) برای اثبات ادعای خود نداشته باشد.

بررسی دلایل: برای اثبات این نظریه به چند مطلب استناد شده است:

۱- نامعلومی نسب: از آنجا که کودک از نسب شناخته شده ای برخوردار نیست، اگر کسی مدعی داشتن رابطه خویشاوندی با اوست، این ادعا پذیرفته می شود (۲).

۲- روش متعارف در میان مردم: در خلال قرون متمادی روش مردم بر این قرار گرفته

است که اگر کسی مدعی باشد که کودک پیدا شده فرزند اوست و مانع و معارضی هم برای این ادعا وجود نداشته باشد، ادعایش پذیرفته شده، از او درخواست مدرک و دلیل هم نمی کنند (۳).

۳- آسیب نزدن به دیگران: چنین اقرار و ادعایی موجب آسیب دیدن کسی نمی شود (۴).

۴- دشواری ارائه مدرک: ارائه مدرک (بینه) بر اثبات نسب امر دشواری است (۵).

پُر واضح است که پذیرش چنین ادعایی هنگامی ممکن است که شرایط سنی کودک و شخص مدعی به گونه ای باشد که به طور عادی این کودک بتواند فرزند آن شخص

باشد، و گرنه پذیرفته نخواهد شد (۶).

به هر حال، همان گونه که محقق اردبیلی یادآور شده است، پذیرش این ادعا بدون داشتن مدرک، سخنی است که هیچ دلیلی آن را تأیید نمی کند، جز ادعای اتفاق و

ص: ۴۷۲

۱- المبسوط، ۳/۳۴۷.

۲- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۲؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱.

۳- حاشیه مجمع الفائده، ص ۵۸۸.

۴- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۸۳.

۵- مسالک الأفهام، ۱۲/۴۸۳.

اجماعی که از سوی برخی از فقها شده است(۱).

نظریه دوم، پذیرش مشروط: محقق حلّی پس از آنکه نظریه نخست را نقل می کند، می نویسد: اگر گفته شود که این ادعا پذیرفته نمی شود، مگر آنکه خود کودک، وجود چنین رابطه ای را بپذیرد؛ سخن نیکویی است(۲).

بر این اساس، اثبات رابطه پدری میان یک نفر و کودک سرراهی (بی سرپرست)، به دو عامل بستگی دارد، ادعای فرد مدعی و پذیرش این ادعا از سوی کودک پس از رسیدن به سن بلوغ.

به هر حال، چه بگوییم ادعای یابنده کودک یا هر فرد دیگری در مورد داشتن رابطه نسبی با کودکی سرراهی (بی سرپرست) پذیرفته می شود یا پذیرفته نمی شود، این سخن در جایی است که این ادعا در زمان حیات کودک صورت پذیرد؛ اما اگر این ادعا پس از مرگ وی باشد، برای اثبات آن حتما نیازمند دلیل و گواه هستیم.

بر همین اساس، ابن سراج می نویسد: اگر کودکی سرراهی بمیرد و مالی از خود به جا بگذارد و شخصی ادعا کند که کودک فرزند او بوده، این ادعا تنها با ارائه دلیل و گواه

(بینه) پذیرفته خواهد شد(۳).

سوم، ادعا توسط دو فرد بیگانه: سومین فرضی که در مورد ادعای رابطه پدر - فرزندی، وجود دارد، آن است که دو نفر غیر از یابنده کودک، مدعی باشند که کودک پیدا شده، فرزند آنهاست.

در این فرض، ادعای فردی پذیرفته می شود که بتواند برای اثبات ادعای خود، مدرکی (بینه) ارائه کند(۴).

حال اگر فرض کنیم که هر دو نفر بتوانند برای اثبات چنین ادعایی، مدرک ارائه دهند، چه باید کرد؟

ص: ۴۷۳

۱- مجمع الفائده، ۱۰/۴۲۵؛ همچنین، ر.ک: جامع المقاصد، ۶/۱۱۸.

۲- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۲.

۳- المهدب، ۲/۵۷۱.

۴- المبسوط، ۳/۳۴۷؛ شرائع الاسلام، ۴/۸۰۳.

در متون فقهی شیعه و سنی دو پاسخ متفاوت به این سؤال داده شده است:

نظریه اول، نظریه فقهای شیعه: فقهای شیعه معتقدند که در چنین فرضی برای یافتن

پدر کودک از میان این دو نفر، می باید قرعه انداخت؛ هرکس قرعه به نام او افتاد، پدر

کودک به حساب آمده، کودک به او سپرده می شود(۱).

بر این اساس، این سؤال قابل طرح است که آیا مراجعه به قرعه تنها برای این منظور کافی است، یا معیارهای دیگری پیش از آن باید لحاظ شود و در صورت تساوی، به قرعه به عنوان آخرین راه حل مراجعه می شود؟

نظریه مشهور: مشهور میان فقها آن است که در این جهت انسان مسلمان بر غیر

مسلمان (کافر) هیچ ترجیحی ندارد(۲)، زیرا در اموری که باعث اثبات نسب می شود، مسلمان و غیر مسلمان با هم برابر هستند(۳).

البته برخی از فقها با تفاوت گذاشتن میان پیوستن نسبی کودک به فرد غیر مسلمان و پیوستن به او در دین (تبعیت)، معتقدند پیوستن کودک به فرد غیر مسلمان تنها در نسب

است، نه در دین(۴)؛ بنابراین، بین کودک و پدر، جدایی انداخته می شود تا بالغ شود و خود دینش را انتخاب کند(۵).

نظریه غیر مشهور: برخی از فقها نیز معتقدند که چون اصل اولیه در کودک این است

که مسلمان باشد، پس اگر مسلمان و غیر مسلمان در ادعای پدری با هم اختلاف داشته باشند، ترجیح با فرد مسلمان است(۶) و کودک فرزند او محسوب می شود، زیرا مسلمان با آموزش اسلام به او، می تواند سعادت دنیا و آخرتش را تأمین کند(۷).

بنابر این فرض، اگر دو نفر نسبت به کودکی ادعای پدری داشته باشند که یا هیچ کدام

ص: ۴۷۴

۱- المبسوط، ۳/۳۴۷؛ شرائع الاسلام، ۴/۸۰۳؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۹؛ غنیه النزوع، ص ۳۰۴.

۲- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۲؛ مختلف الشیعه، ۶/۱۰۷؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۸۰.

۳- الخلاف، ۳/۵۹۶، مسأله ۲۵؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۷؛ مسالك الأفهام، ۱۲/۴۸۳؛ شرائع الاسلام، ۴/۸۰۳؛ جامع المقاصد، ۶/۱۰۳.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۸۰.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۷-۲۷۸.

٦- المبسوط، ٣/٣٥٠؛ جامع المقاصد، ٦/١٠٣.

٧- تذكرة الفقهاء، ٢/٢٧١.

مدرک ندارند یا هر دو مدرک دارند، برای تعیین پدر کودک به قرعه مراجعه می شود، به شرط آنکه هر دو نفر از نظر دین، نظیر هم باشند(۱).

نظریه دوم، نظریه فقهای سنی: بیشتر فقهای سنی بر این باورند که برای تشخیص

پدر واقعی کودک از میان آن دو نفر، می باید به چهره شناس (قافه) مراجعه کرد.

کسانی که در این علم تخصص دارند، می توانند بر اساس شباهت های پنهان و آشکار موجود میان چهره یا سایر اندام های کودک با افرادی که مدعی پدر بودن او هستند، پدر واقعی او را تشخیص دهند(۲).

بر این اساس، اگر فرض کنیم علایم و نشانه های چهره کودک به گونه ای باشد که کودک به هر دو نفر شباهت داشته باشد، چه باید کرد؟

از جمله عجیب ترین پاسخ هایی که به این سؤال داده شده است، پاسخ احمد بن حنبل رهبر فرقه حنابله از اهل سنت است.

وی مدعی است اگر چهره شناس، کودک را به هر دو نفر منسوب کند، کودک به هر دوی آنها ملحق شده، فرزند هر دو به حساب می آید؛ از هر دوی آنها ارث می برد و آن دو نیز از کودک به اندازه سهم یک پدر ارث می برند(۳).

مدرک این سخن حدیثی است که برخی از اهل سنت با اعتراف به نادرست بودن سند آن، از امیر المؤمنین علیه السلام به این مضمون نقل می کنند: «هو ابنهما و هما أبواه یرثهما و یرثانه»(۴)، او پسر آن دو نفر است و آن دو نیز پدر او هستند، از ایشان ارث می برد و ایشان نیز از او ارث می برند.

به هر حال، تا زمانی که ادعای هیچ یک از این دو نفر اثبات نشده است، هر دوی آنها موظف هستند هزینه زندگی کودک را تأمین کنند(۵).

چهارم، ادعا توسط یابنده و فرد دیگر: چنانچه یابنده کودک و فردی دیگر، هریک

ص: ۴۷۵

۱- الدروس، ۳/۷۹.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۷.

۳- ابن قدامه، المغنی، ۶/۴۳۰؛ الشرح الکبیر، ۶/۴۳۵.

۴- ارواء الغلیل، ۶/۲۷.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۹.

مدعی باشند که کودک پیدا شده فرزند آنهاست؛ چون یافتن کودک دلیلی بر اولویت فرد یابنده نسبت به سایر افراد نیست (۱)، هر کدام که برای اثبات ادعای خود مدرک (بینه) داشته باشند، پدر کودک خواهد بود و اگر هر دو برای اثبات این مطلب مدرک ارائه کنند،

برای تعیین پدر کودک از میان آنها، قرعه زده می شود (۲) و بنا به نظر فقهای سنی، به چهره شناس مراجعه می شود (۳).

همچنان که ملاحظه شد، در دو صورت سوم و چهارم، بنا به نظر فقهای سنی می باید برای تعیین پدر کودک از میان کسانی که مدعی آن هستند، به چهره شناس مراجعه کرد.

از آنجا که بررسی دلایل فقهی این ادعا و نقد آنها در حوصله این کتاب نیست، از گفتگو درباره آن خودداری کرده، خوانندگان محترم می توانند برای به دست آوردن اطلاعات بیشتر به توضیحاتی که در متون فقهی - روایی در این باره آمده است، مراجعه کنند (۴).

به هر حال، هر کجا مردی ادعای رابطه نسبی با کودکی داشته باشد و ادعای او نیز پذیرفته شود، کودک فرزند او محسوب می شود؛ ولی معنای چنین ادعایی این نیست که همسر این مرد هم مادر کودک است، حتی اگر مرد مدعی چنین مطلبی نیز باشد، مگر اینکه همسر وی این ادعا را بپذیرد (۵).

ادعای وجود رابطه مادری با کودک

از جمله مطالب قابل گفتگو در این فصل، ادعای داشتن رابطه مادری با کودک است. برای فقها دو مسأله مطرح بوده است:

مقایسه میان زن و مرد در روش اثبات ادعا: در پاسخ به این سؤال که آیا تفاوتی میان مرد و زن در روش اثبات ادعای خویشاوندی با کودک، وجود دارد یا نه، سه نظریه وجود دارد:

ص: ۴۷۶

۱- الدروس، ۳/۸۰.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۷-۳۴۸؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۸.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۸.

۴- ر.ک: تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۸-۲۷۹.

۵- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۴.

نظریه اول، عدم تفاوت میان زن و مرد: پیروان این نظر بر این باورند که هیچ تفاوتی میان اینکه ادعا کننده مرد باشد یا زن (ادعای پدری نسبت به کودک داشته باشد یا ادعای

مادری) وجود ندارد(۱) و همچنان که اقرار مرد پذیرفته می شود، اقرار زن نیز پذیرفته شده، کودک به او ملحق می شود.

بنابر اینکه ادعای زن پذیرفته شود و مادر کودک به حساب آید، آیا می توان گفت که شوهر این زن نیز پدر آن کودک است؟

محقق طوسی معتقد است که بنا بر قول قوی، پذیرش ادعای این زن، به این معنا نیست که شوهر او نیز پدر کودک است؛ پس کودک تنها به زن ملحق می شود و نه به شوهرش(۲).

نظریه دوم، تفاوت میان زن و مرد: گروهی از فقها نیز معتقدند که روش اثبات ادعای

زن و مرد در اثبات رابطه خویشاوندی (پدری و مادری) متفاوت است.

گرچه اقرار و ادعای مرد برای پیوستن کودک به او کافی است، ولی اقرار زن به تنهایی برای این منظور کافی نبوده، می باید برای اثبات ادعای خود، بینه و دلیل بیاورد(۳)؛ زیرا علم به وجود ارتباط مادری - فرزندی میان زن و کودک، از آنجا که در هنگام زایمان معمولاً کسانی هستند که بتوانند گواه بر آن باشند، امری است که با حس و مشاهده قابل

اثبات است، اما در مورد ادعای مرد مبنی بر اینکه پدر کودک است، چنین چیزی وجود ندارد(۴).

بنابر این، اگر زن برای اثبات ادعای خود توانست مدرکی ارائه دهد، کودک فرزندی او و شوهرش به حساب می آید(۵)، به شرط اینکه اولاً: امکان اینکه کودک فرزند آنها باشد، وجود داشته باشد، ثانیاً: دلایلی که زن ارائه می دهد، بیانگر این مطلب باشد که او کودک

ص: ۴۷۷

۱- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۲.

۲- المبسوط، ۳/۳۵۰.

۳- مختلف الشیعه، ۶/۱۱۰؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۸۳.

۴- المبسوط، ۳/۳۵۰.

۵- المبسوط، ۳/۳۵۰.

را در حالی که همسر آن مرد بوده، زاییده است(۱).

پس اگر دلایل زن اثبات نکند که او کودک را در حالی که همسر این مرد بوده، زاییده است، شوهر زن، پدر کودک محسوب نمی شود(۲)؛ گرچه خود زن، مادر کودک خواهد بود.

لازم به یادآوری است، محقق اردبیلی گذاشتن چنین تفاوتی میان زن و مرد را در پذیرش و عدم پذیرش ادعای رابطه نسبی صحیح نمی داند، بلکه معتقد است که چون شناخت مادر از کودک خود بیشتر است، اقرار او بهتر پذیرفته می شود؛ بنابر این، چنانچه

زنی ادعا کند که کودکی فرزند اوست، ترتیب اثر دادن به این اقرار ضروری است(۳).

نظریه سوم، تفصیل: پیروان این نظریه معتقدند که اگر زن شوهر داشته باشد، ادعای او مبنی بر اینکه کودک فرزند اوست، پذیرفته نمی شود؛ اما اگر شوهر نداشته باشد، ادعایش پذیرفته می شود(۴)، زیرا ممکن نیست که کودک به زن ملحق شود، ولی به شوهرش ملحق نشود (زن مادر کودک باشد ولی شوهرش پدر او نباشد)(۵).

روش حل اختلاف میان مدعیان مادری: بر اساس نظریات سه گانه بالا، می توان ادعای دو زن مبنی بر اینکه مادر کودک هستند را در قالب سه حالت بررسی کرد:

روش اول، هیچ کدام دلیل و گواه ندارند: در این صورت یا می گوئیم ادعای هیچ کدام پذیرفته نمی شود یا چون ادعای دو مرد است که به قرعه مراجعه می شود و یا می گوئیم اگر هر دو شوهر داشته باشند، ادعای هر دو ساقط می شود؛ اگر هیچ کدام شوهر نداشته

باشند، رجوع به قرعه یا چهره شناس (قافه) می شود؛ اگر یکی شوهر داشته باشد، بچه به زن بدون شوهر داده می شود(۶).

روش دوم، یکی دلیل و گواه دارد: در این صورت، نسب ثابت شده، آن زن مادر

ص: ۴۷۸

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۸.

۲- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۸.

۳- مجمع الفائده، ۱۰/۴۲۶.

۴- المبسوط، ۳/۳۵۰.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۸.

۶- المبسوط، ۳/۳۵۱.

کودک به حساب آمده (۱) و شوهرش، پدر اوست (۲).

روش سوم، هر دو دلیل و گواه دارند: این دو دلیل با هم تعارض کرده، اعتبار نخواهند داشت (۳)؛ اگر گفتیم که ادعای زن چون ادعای مرد قابل پذیرش است، برای تعیین مادر کودک، به قرعه مراجعه می کنیم (۴).

ادعای وجود رابطه پدری و مادری با کودک

اما اگر یک زن و یک مرد ادعا کنند که کودک فرزند آنهاست، کودک به هر دوی آنها ملحق می شود، زیرا منافاتی میان این دو ادعا نیست، چرا که ممکن است بین آنها رابطه زناشویی و مانند آن (وطی به شبهه) برقرار باشد (۵).

انکار رابطه نسبی از سوی کودک

دومین مطلبی که در بحث پیوستن نسبی کودک به یک فرد مطرح است، پذیرش یا عدم پذیرش کودک است.

برای فقها این سؤال مطرح بوده است که اگر کودک پس از رسیدن به سن بلوغ، وجود ارتباط نسبی خود را با فردی که پیش از این ادعای آن را داشت، مورد انکار قرار داد، چه باید کرد؟

در برخی از متون فقهی به این سؤال چنین پاسخ داده شده است که هیچ اثری برای انکار کودک وجود ندارد (۶)، مگر اینکه بتواند برای اثبات ادعای خود، دلیل و مدرک

بیاورد (۷).

دیدگاه ما: مطالب بالا-بیانی بود از آنچه فقهای گذشته در بحث ادعای پدر یا مادر بودن نسبت به کودک سرراهی (بی سرپرست) توضیح داده اند.

ص: ۴۷۹

۱- تذکره الفقهاء، ۲/۲۸۰.

۲- المبسوط، ۳/۳۵۱.

۳- المبسوط، ۳/۳۵۱.

۴- تذکره الفقهاء، ۲/۲۸۰.

۵- تذکره الفقهاء، ۲/۲۸۰.

۶- ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۰؛ جامع عباسی، ص ۲۵۲.

۷- مجمع الفائدة، ۱۰/۴۲۶.

از آنجا که همه این مطالب گرد یک محور اساسی یعنی پذیرش یا عدم پذیرش اقرار به وجود رابطه نسبی با کودک، دور می‌زند، از نقد و بررسی هریک از آنها به شکل جداگانه خودداری کرده، به بیان نظر خود اکتفا می‌کنیم.

به نظر ما، هیچ دلیلی برای اعتبار ادعا (اقرار) در مورد اثبات رابطه پدری یا مادری با

کودک وجود ندارد؛ چه ادعا کننده همان کسی باشد که کودک را پیدا کرده است و چه شخص دیگری؛ همچنان که هیچ تفاوتی نمی‌کند که ادعا کننده، زن باشد یا مرد.

در حال حاضر هر زایمانی در شهر یا روستا در بیمارستان یا خانه‌های بهداشت و زیر نظر پزشک یا ماما انجام می‌شود.

در چنین حالتی، با تهیه گزارش از سوی آن مراکز، وضعیت پدر و مادر کودک کاملاً مشخص است؛ افزون بر اینکه در شرایط عادی مشخصات سجلی کودک بر اساس گزارش مرکزی که زایمان در آن انجام شده است، در شناسنامه پدر و مادر او ثبت و متقابلاً برای کودک نیز با تهیه شناسنامه، مشخصات پدر و مادرش ثبت می‌شود.

بنابر این، اگر فردی - چه زن باشد چه مرد و چه خود کودک را پیدا کرده باشد یا دیگری - مدعی باشد که این کودک فرزند اوست، می‌بایست برای اثبات ادعای خود، مدارک لازم در این خصوص را ارائه دهد.

و اگر فرض کنیم به هر دلیلی امکان ارائه چنین مدارکی وجود نداشته باشد، بر اساس نوع گروه خونی کودک و شخص مدعی و همچنین آزمایش‌های ژنتیکی و بررسی DNA کودک و آن فرد، می‌توان به درستی یا نادرستی ادعای او پی برد.

بنابر این، اگر بیش از یک نفر - دو مرد، دو زن یا یک مرد و یک زن - نیز مدعی چنین رابطه‌ای با کودک باشند، برای تشخیص درستی این ادعا، می‌بایست مدارک لازم را با توضیحی که گذشت بررسی کرد.

نتیجه

از آنچه گذشت چنین نتیجه می‌گیریم:

اول، اثبات رابطه پدری یا مادری با کودک، خود به خود اثبات کننده رابطه مادری یا

پدري با او نيز هست. يعني اگر مشخص شود كه فردي پدر كودك است، به راحتي مي توان دريافت كه آيا همسر او، مادر كودك است يا نه.

دوم، ادعای كودك پس از رسيدن به سن بلوغ در قبول يا انكار رابطه مذكور نيز به همين ترتيب قابل بررسي است.

سوم، دين و آيين فرد ادعا كننده، هيچ تأثيري در روند بررسي پيوستن يا نپيوستن نَسَبِي كودك به او ندارد.

ص: ۴۸۱

فصل هفتم: خویشاوندی مجازی

اشاره

از جمله مسائلی که در فقه اسلامی مورد گفتگوی فقها قرار گرفته است، ایجاد رابطه خویشاوندی با کسی است که هیچ ارتباط نسبی با او ندارد.

این قرار داد که از آن تعبیر به «ولاء» می شود، دو اثر مهم دارد: ۱- ارث بردن ۲- جبران

زیان های مالی غیر عمدی.

راههای ایجاد خویشاوندی مجازی

اشاره

خویشاوندی مجازی (ولاء) به سه طریق به وجود می آید:

اول، ولاء عتق

هرگاه انسانی برده خود را در راه خدا و بدون هیچ چشمداشتی آزاد کند، در مقابل اگر آن برده پس از آزادی، بمیرد، شخص آزادکننده از دارایی او ارث می برد.

دوم، ولاء ضمان جریره؛

قراردادی است میان دو نفر به این ترتیب که یکی پرداخت ضرر و زیان ناشی از جرایم غیر عمدی دیگری را بر عهده می گیرد تا در مقابل، هرگاه از دنیا رفت، از او ارث

ببرد.

سوم، ولاء امام

اگر کسی فاقد هر گونه خویشاوند و وارثی باشد، امام علیه السلام وارث او تلقی شده، در

مقابل، پرداخت ضرر و زیان های مالی او را بر عهده می گیرد(۱).

خویشاوندی مجازی برای کودکان سرراهی

بحث «ولاء» از آن جهت در خلال مطالب مربوط به کودکان سرراهی (بی سرپرست) مطرح می شود که چون کودکان سر راهی فاقد خویشاوند شناخته شده ای هستند و هیچ رابطه خویشاوندی مشخصی با کسی ندارند، اگر به سن بلوغ برسند، آیا خود به خود و به صورت غیر اختیاری، دارای خویشاوند مجازی خواهند بود یا نه؟

طبیعی است که این بحث هنگامی مطرح می شود که چنین شخصی به طور ارادی با فرد دیگری، قرارداد خویشاوندی مجازی (ولاء ضامن جریره) را نبندد؛ چرا که این فرد نیز چون سایر افراد می تواند با هر کسی که می خواهد چنین قراردادی را بسته و «ولاء»

خود را به او واگذار کند(۲).

به هر حال، اگر برای خود ولاء اختیاری انتخاب نکند، ولاء غیر اختیاری او به چه کسی منتقل می شود؟

نظرات مطرح در متون فقهی

در متون فقهی سه نظریه در این باره مطرح شده است:

نظریه اول، امام معصوم علیه السلام: همچنان که پیش از این نیز توضیح دادیم بر اساس روایاتی که در بحث «ارث شخص بدون وارث» رسیده است، امام معصوم علیه السلام وارث هر فرد بی وارث است؛ بنابراین، اگر کودک سر راهی، پس از رسیدن به سن بلوغ، برای خود ولاء قرار ندهد، ولاء او بر امام است، چرا که وی وارث و عاقله او به حساب می آید(۳).

ص: ۴۸۳

۱- مبادی فقه و اصول، ص ۳۶۱؛ معجم الفاظ الفقه الجعفری، ص ۴۵۲.

۲- المراسم العلویه، ص ۲۰۸؛ النهایه، ص ۳۲۳؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۸۵.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۰ و ۲۸۵؛ کشف الرموز، ۲/۴۰۷؛ المذهب البارع، ۴/۲۹۷؛ السرائر، ۲/۱۰۸؛ الدروس، ۳/۸۱.

نظریه دوم، خزانه دولت: بنا به نظر فقهای سنی و برخی از فقهای شیعه، ارث کسی که وارث مشخصی ندارد به خزانه دولت (بیت المال)، واریز می شود؛ بنابراین، ولاء چنین فردی بر همه مسلمانان است، یعنی جبران خسارت های مالی ناشی از جرایم غیر عمدی او بر عهده دولت اسلامی است (۱).

نقد: پیش از این توضیح دادیم که منظور از فقهای شیعه - همان گونه که خود محقق طوسی تصریح می کند - از بیت المال، خزانه امام علیه السلام است و عدم تصریح به این مطلب به جهت رعایت تقیه بوده است (۲).

البته ما نیز این نکته را یادآور شدیم که اساساً هیچ تفاوتی میان خزانه دولت و خزانه امام علیه السلام وجود ندارد و این تفکیک ناشی از این جهت است که دشمنان اهل بیت علیهم السلام با غضب خلافت، مانع تصرف ائمه در اداره کشور اسلامی شده اند.

نظریه سوم، یابنده کودک (مُلتقط): در اینکه کودک سرراهی پس از رسیدن به سن بلوغ، می تواند ولاء خود را برای یابنده دوران کودکی اش - چون سایر افراد - قرار دهد،

تردید وجود ندارد (۳).

می توان این مطلب را از دو روایت حُرّیز و مدائنی به دست آورد:

روایت حُرّیز ۹۰*: «المنبوذ حُرٌّ إن شاء جعل ولاءه للذین ربّوه و إن شاء لغيرهم» (۴)، کودکی که به حال خود رها شده، انسان آزادی است. اگر بخواهد می تواند ولاء خود را برای کسانی قرار دهد که او را پرورش داده اند و اگر بخواهد می تواند برای غیر ایشان قرار دهد.

روایت مدائنی ۹۱*: «المنبوذ حُرٌّ، فإن أحب أن يوالی غیر الذی ربّاه، والاه فإن طلب منه الذی ربّاه النفقه و كان موسراً ردّ علیه و إن كان معسراً، كان ما أنفق علیه صدقه» (۵)، کودکی که به حال خود رها می شود، انسان آزاد است؛ اگر دوست دارد می تواند غیر از کسی که او را بزرگ کرده، ولی خود قرار دهد؛ پس

ص: ۴۸۴

۱- المقنعه، ص ۶۴۸؛ المبسوط، ۳/۳۴۷؛ الجامع للشرایع، ص ۳۵۸؛ الدروس، ۳/۸۱.

۲- السرائر، ۲/۱۰۸.

۳- تذکره الفقهاء، ۲/۲۸۵؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۶۹.

۴- تهذیب الاحکام، ۸/۲۲۷، شماره ۸۲۰؛ من لا یحضره الفقیه، ۳/۱۴۵، شماره ۳۵۳۱.

۵- الکافی، ۵/۲۲۴، شماره ۲؛ تهذیب الاحکام، ۷/۷۸-۷۹، شماره ۳۳۷.

اگر کسی که او را بزرگ کرده هزینه‌هایی را که کرده مطالبه کند و کودک نیز ثروتمند باشد، به او بر می‌گرداند و اگر نادر باشد، هزینه‌هایی که کرده صدقه است.

ولاء قهری ملتقط: اما پرسش مهم آن است که آیا یابنده کودک یا کسی که نگهداری از او را بر عهده دارد می‌تواند به طور قهری، ولاء او را بر عهده داشته باشد؟

گروهی از فقها معتقدند که یابنده کودک بر او ولاء قهری ندارد^(۱)؛ در مقابل هستند

کسانی که بر این باورند که ولاء کودک پس از بلوغ بر عهده یابنده اوست^(۲)، مگر اینکه

بخواهد ولاء خود را به کس دیگری واگذار کند که در این صورت می‌باید تمام هزینه‌ای را

که ملتقط از زمان یافتن تا رسیدن به سن بلوغ برای او پرداخته است، باز پس گرداند.

روایت عزرمی ۹۲*^۳: «المنبوذ حرٌّ، فإذا كبر، فإن شاء توالى العذی التقطه و إلاّ- فليرد عليه النفقه و ليذهب فليتوال من شاء»^(۳)، کودکی که به حال خود رها می‌شود، انسان آزادی است، هرگاه به بلوغ رسید، اگر بخواهد یابنده خود را ولی خود قرار دهد، وگرنه هزینه‌هایی که برایش کرده به او برگرداند و هر کس دیگری را که می‌خواهد ولی خود قرار دهد.

روایت نبوی صلی الله علیه و آله ۹۳*^۴: «تحوز المرأة ميراث عتيقها و لقيطها و ولدها [ولدهما]»^(۴)، مالک می‌شود زن میراث برده‌ای را که آزاد کرده و میراث کودکی را که پیدا کرده و میراث فرزندش را.

نتیجه چنین مطلبی - همان گونه که ابن جنید فتوا داده است - این می‌شود که اگر نتواند هزینه‌هایی را که ملتقط برای او پرداخته، باز پس گرداند، ولاء و میراث برای همان فردی

است که او را در کودکی یافته است^(۵).

نقد: به نظر نمی‌رسد بتوان از این دو روایت به دست آورد که ملتقط ولاء قهری بر لقیط دارد، زیرا:

اولاً، کلمه «شاء» دلالت بر اختیار او در انتخاب ولاء دارد.

ص: ۴۸۵

۱- المقنعه، ص ۶۴۸؛ شرائع الاسلام، ۴/۸۰۰؛ تذکره الفقهاء، ۲/۲۸۵؛ الدروس، ۳/۸۱؛ شرح اللمعه، ۷/۷۷.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۷؛ الخلاف، ۳/۵۹۴، مسأله ۲۱.

۳- تهذیب الاحکام، ۷/۷۸، شماره ۳۳۶؛ الکافی، ۵/۲۲۵، شماره ۳.

۴- عوالی اللئالی، ۱/۲۲۵، شماره ۱۱۶؛ مستدرک الوسائل، ۱۷/۲۰۴، شماره ۲۱۱۵۴.

ثانیا، وجوب بازگرداندن هزینه هایی که برای او کرده، به قرینه جمله «و ان طلب منه الّذی ریّاه النّفقه» از روایت مدائنی، مشروط به مطالبه ملتقط است.

ثالثا، بر فرض که ملتقط درخواست باز پس گیری هزینه های خود را داشته باشد، به قرینه جمله «و کان موسرا ردّ علیه و ان کان معسرا، کان ما أنفق علیه صدقه» از روایت

مدائنی، این عمل هنگامی واجب می شود که لقیط توان باز پس دادن آن را داشته باشد.

افزون بر اینکه ما پیش از این توضیح دادیم، نگهداری از یک کودک با مسؤولیت نامحدود، به طور عادی مستلزم قبول پرداخت هزینه های زندگی او نیز هست و چنانچه این مسؤولیت پذیری محدود و مشروط به شرایطی از جمله باز پس گیری هزینه پرداخت شده برای کودک باشد، وظیفه تأمین آنها بر عهده دولت اسلامی است.

پس هیچ حقی برای یابنده کودک پیدا نمی شود که در مقابل آن بخواهد عهده دار ولاء لقیط باشد؛ گرچه بعید نیست بگوییم به جهت قدردانی و سپاس، بهتر آن است که لقیط ولاء خود را به کسی بسپارد که زندگی او را سال ها اداره کرده است.

راه های ایجاد خویشاوندی مجازی

از جمله مسائلی که در متون فقهی مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است، دین کودکان بی سرپرست است.

بحث از دین کودکان از این جهت حایز اهمیت است که در فقه اسلامی برای افراد بسته به نوع آیینی که پیرو آن هستند، قوانین حقوقی و کیفری خاصی در نظر گرفته شده است که می توان در کتاب ارث، طهارت، حدود و معاملات به دنبال آن گشت.

از مهم ترین سؤالاتی که برای فقها در این مورد مطرح بوده، درستی یا نادرستی ایمان کودک است. آیا کودک پیش از رسیدن بن سنّ بلوغ می تواند اسلام را به عنوان آیین خود انتخاب کند؟

بیشتر فقهای شیعه و سنی با پذیرش تلازم میان گرویدن به یک آیین و بلوغ جنسی - عقلی، بر این باورند که اسلام آوردن کودک نمی تواند دارای اثر حقوقی باشد، همچنان که معاملات او در قالب عقود و ایقاعات نیز بی اثر است؛ هرچند این کودک توان تشخیص درست از نادرست را نیز پیدا کرده باشد(۱).

قبول چنین نظری درباره اعتقادات کودکان، فقها را با مشکلی جدی مواجه کرد و آن

ص: ۴۸۷

کیفیت تصور ایمان امیر المؤمنین علیه السلام به توحید و رسالت حضرت ختمی مرتبت در پیش از بلوغ بود؛ این تناقض ظاهری باعث شد که توجیهاات گوناگونی درباره ایمان حضرتش مطرح شود (۱).

به نظر ما طرح بحث عدم صحت ایمان کودکان به خصوص هنگامی که به سن بلوغ نزدیک بوده و قدرت تشخیص نیز پیدا کرده اند، مسأله ای سیاسی و نه فقهی از سوی دشمنان ولایت برای کم رنگ کردن ارزش ایمان اول مؤمن به اسلام و حضرت رسالت پناه بود.

بدین جهت - با توجه به توضیحاتی که خواهد آمد - اگر ایمان کودک فاقد اعتبار باشد، در حق کودکان خردسالی صادق است که برخوردار از قدرت فهم و تشخیص نیستند؛ اما در مورد کودکی که در آستانه بلوغ قرار گرفته (مراهق) و از توانایی تشخیص نیز برخوردار است، صادق نخواهد بود.

پذیرش اسلام از سوی کودک مراهق

درباره اسلام آوردن کودک مراهق، نظرات متفاوتی میان فقهای شیعه وجود دارد، که به برخی از آنها اشاره خواهد رفت:

نظریه اول، تبعیت از آیین پدر و مادر: احکام اسلام و ارتداد بر چنین کودکانی بار نمی شود، بلکه تابع دین و اعتقاد پدر و مادر غیر مسلمان خود هستند، تنها از ایشان جدا

نگهداری می شوند تا او را گمراه ن سازند (۲)، زیرا تکالیف شرعی وابسته به بلوغ هستند (۳).

نظریه دوم، اسلام ظاهری: این کودکان تا رسیدن به سن بلوغ، به ظاهر مسلمان هستند، از این پس اگر اسلام را پذیرفتند، مسلمان قلمداد خواهند شد (۴).

نظریه سوم، اسلام واقعی: چنین کودکانی، تابع آیین پدر و مادر خود نبوده، اگر اسلام

ص: ۴۸۸

۱- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: تذکره الفقهاء، ۲/۲۷۴.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۵؛ جامع المقاصد، ۶/۱۱۹.

۳- مختلف الشیعه، ۶/۱۰۹.

۴- المبسوط، ۳/۳۴۵.

را بپذیرند، مسلمان خواهند بود و چنانچه از عقیده خود باز گردند، مرتد به حساب می آیند(۱).

این نظریه مبتنی بر دو ادعا است:

ادعای اول، پذیرش اسلام: اسلام آوردن کودکی که دارای قدرت تشخیص است، بر اساس دلایل زیر پذیرفته می شود:

۱- برخورداری از قدرت شناخت اصول دین: چنین کودکی می تواند با دلیل و برهان توحید و عدل را بشناسد(۲)، زیرا دلایلی که شناخت این امور را واجب می کند، عقلی است؛ پس هر کس که به این توان برسد، آن دلایل او را در بر می گیرد، چه به بلوغ جنسی رسیده یا نرسیده باشد و چون استثنایی در دلیل عقلی وجود ندارد، می توان گفت کودکانی که به قدرت شناخت رسیده اند، موظف به تحصیل این دانش هستند که در این صورت، می باید عمل آنها نیز صحیح باشد.

بنابر این، گرچه انجام فروع دین بر کودک واجب نیست، ولی فهم اصول اعتقادی بر کودک پیش از بلوغ واجب است، هرگاه قدرت بر فهم و استدلال داشته باشد(۳).

۲- روایات: روایاتی که شرط مسلمان شدن را اقرار به یگانگی خداوند و رسالت حضرت ختمی مرتبت صلی الله علیه و آله، معرفی می کنند، عام بوده، شامل هر فردی که چنین اقراری را داشته باشد، می شود چه به حد بلوغ رسیده یا نرسیده باشد(۴).

روایت ابن مسکان ۹۴* : «ما الاسلام؟ فقال: دین الله اسمه الاسلام و هو دین الله قبل أن تكونوا حیث كنتم و بعد أن تكونوا؛ فمن أقرّ بدين الله فهو مسلم و من عمل بما أمر الله عزّوجلّ به، فهو مؤمن»(۵)، اسلام چیست؟ فرمود: اسم دین خدا اسلام است و اسلام دین خدا است برای پیش و پس از شما؛ هر کس به دین خدا اقرار کند، مسلمان است و هر کس به فرامین خداوند عمل کند، مؤمن است.

روایت اول ابی بصیر ۹۵* : «إنّ الاسلام من استقبل قبلتنا و شهد شهادتنا و نسك نسكنا و والی

ص: ۴۸۹

۱- المبسوط، ۳/۳۴۵؛ الخلاف، ۳/۵۹۱-۵۹۲، مسأله ۲۰.

۲- الجامع للشرایع، ص ۳۵۸.

۳- مجمع الفائده، ۱۰/۴۱۱.

۴- مجمع الفائده، ۱۰/۴۱۱.

۵- الكافی، ۲/۳۸، شماره ۴.

ولینا و عادی عدونا»(۱)، مسلمان کسی است که رو به قبله ما کند و به آنچه ما گواهی می دهیم، گواهی دهد و مراسم ما را انجام دهد، با دوستان ما دوستی و با دشمنان ما دشمنی کند.

روایت دوم ابی بصیر ۹۶* : «من شهد أن لا اله إلا الله و أن محمدا رسول الله صلى الله عليه و آله و أقرب ما جاء من عند الله و أقام الصلاة و أتى الزكاه و صام شهر رمضان و حج البيت، فهو مسلم»(۲)، هر کس گواهی دهد که جز الله خدایی نیست و محمد صلی الله علیه و آله رسول خداست و اقرار داشته باشد به آنچه از جانب خدا آمده است و نماز به پا دارد و زکات دهد و ماه رمضان روزه بگیرد و حج کند، مسلمان است.

روایت سوم ابی بصیر ۹۷* : «من شهد أن لا اله إلا الله و أن محمدا رسول الله و اقرب ما جاء من عند الله، فهو مسلم»(۳)، هر کس گواهی دهد که جز الله خدایی نیست و محمد صلی الله علیه و آله رسول خداست و اقرار کند به آنچه از جانب خداوند آمده است، او مسلمان است.

روایت عبد الله تمیمی صلی الله علیه و آله ۹۸* : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله إلا الله، فإذا قالوها، فقد حرم عليّ دماؤهم و أموالهم»(۴)، مأمور شدم بجنگم با مردم تا لا اله الا اله بگویند، هر گاه چنین گفتند، ریختن خون و مال ایشان حرام است.

ادعای دوم، اجرای حکم ارتداد: بنا بر آنچه مشهور میان فقهاست، اگر انسانی پس

از پذیرش اسلام، از عقیده خود دست بکشد، مرتد به حساب آمده، با رعایت شرایط و ضوابطی خاص، حد ارتداد (قتل) بر او جاری می شود.

حال اگر اسلام فرد نابالغ را بپذیریم، چنانچه پیش از رسیدن به سن بلوغ، دست از اسلام خود بکشد، آیا می توان بر او حد ارتداد جاری کرد؟

در پاسخ به این سؤال، دو نظر وجود دارد:

نظریه اول، جواز اجرای حد ارتداد: محقق طوسی در کتاب خلاف مدعی است که اگر کودکی پس از آنکه اسلام را پذیرفت، پیش از بلوغ آن را انکار کرد، بر او حد ارتداد

جاری می شود، مگر آنکه توبه کند و مسلمان بودن پدر و مادر او تأثیری در این مطلب

ص: ۴۹۰

۱- الکافی، ۲/۳۸، شماره ۵.

۲- الخصال، ص ۴۱۱، شماره ۱۴.

۳- معانی الاخبار، ص ۳۸۱، شماره ۱۰.

٤- عيون اخبار الرضا عليه السلام، ١/٧٠، شماره ٢٨٠؛ ثواب الاعمال، ص ٢٩٤.

بررسی دلایل: وی برای اثبات این ادعای خود به دو روایت استناد می کند:

۱- روایت کتاب خلاف: «الصبي إذا بلغ عشر سنين أقيمت عليه الحدود التامة و اقتص منه و نفذت وصيته و عتقه»، کودک هنگامی که به ده سالگی برسد، حد الهی بر او جاری می شود و قصاص می شود و وصیت کردن و آزاد کردن برده از سوی او صحیح است.

توضیح آنکه در این روایت معصوم علیه السلام، مبنای اجرای حدود الهی را بر کودک، رسیدن به سن ده سالگی می داند و اطلاق (عموم) آن شامل تمامی حدود شرعی می شود که از جمله آنها حد ارتداد است(۲)؛ بنابراین، می توان بر کودک ده ساله ای که هنوز به بلوغ شرعی نرسیده است، حد ارتداد را جاری کرد.

نقد: با جستجو در منابع روایی شیعه و سنی، به چنین روایتی دست نیافتیم، تنها خود شیخ طوسی پس از نقد و بررسی مضمون روایت هشام بن سالم در مسأله مشارکت یک زن و یک پسر بچه در قتل خطایی یک مرد، می نویسد: «ما توضیح دادیم که هرگاه [طول قامت] کودک به پنج و جب برسد یا ده ساله شود، قصاص می شود»(۳).

وی سپس برای اثبات این مطلب به روایت سکونی ۹۹* استناد می کند، «إذا بلغ الغلام خمسة أشبار، اقتص منه و إذا لم يكن بلغ خمسة أشبار، قضی بالديه»(۴)، هرگاه قامت پسر بچه به پنج و جب برسد، قصاص می شود و در غیر این صورت از او دیه می گیرند.

لازم به یادآوری است که وی در کتاب تهذیب همین مطلب را متذکر می شود، اما بدون بیان عبارت «یا ده ساله شود»(۵).

برخی از فقها نیز عبارت موجود در کتاب خلاف را به شکل «رُوی» نقل کرده اند که به نظر می رسد مستند آنها همان نقل شیخ طوسی است(۶).

ص: ۴۹۱

۱- الخلاف، ۳/۵۹۱-۵۹۲، مسأله ۲۰.

۲- الخلاف، ۳/۵۹۱-۵۹۲، مسأله ۲۰.

۳- الاستبصار، ۴/۲۸۷.

۴- همان، شماره ۱۰۸۵؛ تهذیب الاحکام، ۱۰/۲۳۳، شماره ۹۲۲؛ الکافی، ۷/۳۰۲، شماره ۱.

۵- تهذیب الاحکام، ۱۰/۲۴۳.

۶- الجامع للشرایع، ص ۵۷۷؛ تحریر الاحکام، ۱/۲۱۸ و ۲/۲۴۹ و ۵۳۵.

ناگفته نماند که در متون روایی، حدیثی از امام عسکری علیه السلام وجود دارد که گرچه مضمون آن با عبارتی که شیخ طوسی نقل کرده، برابری نمی‌کند، ولی در آن هشت سالگی را برای پسر و هفت سالگی را برای دختر، سن وجوب اعمال عبادی و اجرای حدود الهی، معرفی کرده است؛

روایت حسن بن راشد ۱۰۰* : «إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ ثَمَانَ سِنِينَ، فَجَائِزُ أَمْرِهِ فِي مَالِهِ وَقَدْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْفَرَائِضُ وَالْحُدُودُ، وَإِذَا تَمَّ لِلْجَارِيَةِ سَبْعَ سِنِينَ، فَكَذَلِكَ»^(۱)، هرگاه پسر بچه به هشت سالگی برسد،

تصمیمگیری او درباره اموالش صحیح است و انجام واجبات بر او واجب می‌شود و بر او حد جاری می‌شود و هرگاه دختر بچه هفت سالش تمام شود، همین مطلب در حق او صادق است.

به هر حال، نمی‌توان بر اساس حدیثی که شیخ طوسی در کتاب خلاف نقل کرده، حکم به جواز اجرای حد ارتداد بر کودک نابالغ کرد، زیرا:

اولاً، این حدیث - بر فرض آنکه از جمله احادیث به حساب آید - مرسل و فاقد سند بوده، حجیت ندارد.

ثانیاً، مضمون آن مورد اعراض مشهور^(۲)، بلکه مخالف با اجماع مسلمین است جز در مورد وصیت کودک^(۳).

ثالثاً، ثبوت حد تام بر کودک، دلالت بر تحقق ارتداد نمی‌کند، مگر آنکه عنوان «کافر» بر کودک صادق باشد^(۴).

رابعاً، ناسازگار با حدیث رفع قلم در مورد کودک و عدم تکلیف او به احکام شرعی و همچنین روایاتی است که دلالت بر عدم اجرای حد بر کودک تا پیش از بلوغ (احتلام) می‌کند.

روایت فضیل بن عثمان ۱۰۱* : «مَا مِنْ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ اللَّذَانِ يَهُودَانَهُ وَ يَنْصِرَانَهُ وَ يَمَجَّسَانَهُ»^(۵)، هر کودکی بر فطرت متولد می‌شود، پدر و مادرش او را یهودی و مسیحی و زردشتی می‌کنند.

ص: ۴۹۲

۱- تهذیب الاحکام، ۹/۱۸۳، شماره ۷۳۶.

۲- مستمسک العروه الوثقی، ۲/۱۲۵.

۳- مسالک الأفهام، ۶/۱۶۱.

۴- مسالک الأفهام، ۶/۱۶۱.

۵- من لا یحضره الفقیه، ۲/۴۹، شماره ۱۶۶۸.

محقق طوسی در استدلال به این روایت، بدون آنکه توضیحی در چگونگی دلالت آن بر جواز اجرای حکم ارتداد بر کودک دهد، تنها مدعی است که این حدیث عام بوده، شامل همه می شود، مگر آنچه که با دلیل از آن خارج شده است (۱).

به نظر می رسد منظور وی این است که بر اساس این حدیث، همه کودکان به فطرت خود، مسلمان هستند؛ پس اگر از اسلام روی گردان شوند، مرتد خواهند بود که در این صورت حد ارتداد بر آنها جاری می شود.

نقد: اسلامی که در فقه، مبنای بسیاری از احکام الهی قرار گرفته، اقرار به یگانگی خداوند و رسالت حضرت ختمی مرتبت صلی الله علیه و آله است و فرض بحث ما نیز جایی است که اسلام کودک پذیرفته می شود، و این حدیث هم تنها بر این مطلب دلالت می کند که کودک دارای فطرت توحیدی است؛ اما سخن در این است که آیا رها کردن اسلام توسط کودک، منجر به اجرای حکم ارتداد بر او می شود یا نه؟ معلوم است که این حدیث بر فرض داشتن عمومیت، هیچ ارتباطی با این مسأله ندارد.

نظریه دوم، عدم جواز اجرای حد ارتداد: محقق طوسی در کتاب مبسوط و برخی از فقها بر این باورند تا پیش از بلوغ، حکم ارتداد بر چنین کودکی جاری نمی شود (۲).

بررسی دلایل: برای اثبات این نظریه به مطالب زیر استناد شده است:

۱- ناتوانی فکری: تردیدی نیست که کودکان هرچند دارای فهم و قدرت تشخیص نیز باشند، بیش از دیگران در معرض شک و تردید قرار گرفته، کمی سن آنها باعث بروز رفتارهای کودکانه از ایشان می شود که این خود می تواند زمینه ناپایداری اعتقادی را در

آنها فراهم تر سازد؛ از این رو، نمی توان ادعای بازگشت آنها را از دین، دلیلی بر ارتداد

واقعی ایشان دانست (۳).

۲- عدم اجرای حدود با شبهه: از جمله مسائلی که در بحث حدود مورد اتفاق فقهاست و برخی از روایات نیز بر آن دلالت دارند، عدم جواز اجرای حد الهی با وجود

ص: ۴۹۳

۱- الخلاف، ۳/۵۹۱-۵۹۲، مسأله ۲۰.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۵.

۳- مجمع الفوائد، ۱۰/۴۱۱.

کمترین شک و تردید است: «ادرؤوا الحدود بالشبهات و لاشفاعه و لا کفاله و لا یمین فی حد»^(۱)، با وجود تردید، حد را اجراء نکنید، در حدود الهی شفاعت، کفالت و قَسَم راه ندارد؛ «إذا کان فی الحد، لعلّ أو عسی، فالحدّ معطل»^(۲)، اگر در مسأله حد، شک و تردید ایجاد شود، حد اجراء نخواهد شد؛ «ادرؤوا الحدود بالشبهات و أقیلوا الکرام عثراتهم إلاّ فی حدّ من حدود الله»^(۳)، با وجود تردید، حد را اجرا نکنید،

عذرخواهی انسان های بزرگوار را در مورد لغزش هایشان بپذیرید، مگر در حدی از حدود الهی.

بر این اساس، چنانچه احتمال دهیم که عدم بلوغ مانعی از اجرای حد الهی است، دیگر نمی توان حد ارتداد را بر کودک نابالغ جاری کرد^(۴).

۳- تفاوت میان وجوب شرعی و عقلی: از آنجا که وجوب کسب معارف و اصول دین، وجوبی است عقلی، می تواند لوازم احکام شرعی را نداشته باشد، به همین دلیل، ممکن است که خدای تعالی از لغزش این کودک در بازگشت از اسلام درگذرد و او را مورد بازخواست و کیفر قرار ندهد؛ بنابر این، انکار دین از سوی کودک نابالغ، موجب اجرای حکم ارتداد در حق او نمی شود^(۵).

۴- تلازم میان ارتداد و سایر احکام: اگر اجرای حکم ارتداد بر کودک نابالغ روا باشد، می باید ملاک در وجوب تکلیف، قدرت تشخیص (تمییز) باشد، نه بلوغ؛ بنابر این، چنین کودکی ملزم به انجام سایر تکالیف دینی خود نیز خواهد بود، با اینکه چنین نیست^(۶).

روش تعیین دین کودک

اشاره

صرف نظر از آنچه پیرامون اسلام آوردن کودک مراهق گفته شد، برای تشخیص آیین یک کودک، پیش از آنکه به سن بلوغ برسد، چند روش وجود دارد:

ص: ۴۹۴

۱- من لا یحضره الفقیه، ۴/۷۴، شماره ۵۱۴۶.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۴/۵۰، شماره ۵۰۷۱.

۳- دعائم الاسلام، ۲/۴۶۵، شماره ۱۶۴۹.

۴- مجمع الفائده، ۱۰/۴۱۱.

۵- حاشیه مجمع الفائده، ص ۵۸۵.

۶- حاشیه مجمع الفائده، ص ۵۸۵.

کودکان گرچه نمی توانند از جمله پیروان یک دین خاص به حساب آیند، اما با توضیحی که خواهد آمد، تا رسیدن به سن بلوغ، محکوم به احکام دین پدر یا مادر خود هستند؛ به عنوان مثال کودک مسیحی زاده، گرچه از نظر حقوقی، فردی مسیحی به حساب نمی آید، ولی با او آن گونه رفتار می شود که با یک مسیحی بالغ رفتار می شود.

اسلام ظاهری کودک پیش از بلوغ: اگر پدر و مادر کودک هر دو مسلمان باشند یا تنها

پدر مسلمان باشد و مادر غیر مسلمان یا تنها مادر مسلمان باشد و پدر غیر مسلمان؛ کودک به ظاهر مسلمان است، چه کودک متولد شده باشد و چه هنوز پا به دنیا نگذاشته باشد (۱).

بررسی دلایل: برای اثبات این مطلب به سه دلیل می توان استناد کرد:

۱- آیه ذریت: «وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ» (۲)، ایمان آورندگان و فرزندانشان را که از ایشان در ایمان پیروی کردند، به یکدیگر ملحق می سازیم.

خداوند در این آیه به صراحت بیان می دارد که ذریه و فرزندان مؤمنان به آنها ملحق می شوند (۳).

۲- روایت حفص بن غیاث ۱۰۲*: «عن الرّجل من أهل الحرب إذا أسلم في دار الحرب و ظهر عليه المسلمون بعد ذلك؟ فقال: اسلامه اسلام لنفسه و ولوده الصّغار و هم أحرار و ماله و متاعه و رقيقه له؛ فأما الولد الكبار، فهم فيء للمسلمين، إلا أن يكونوا اسلموا قبل ذلك» (۴)، درباره فرد غیر مسلمانی سؤال شد

که در سرزمین کفر پس از پیروزی مسلمانان، اسلام می آورد؟ فرمود: اسلام آوردن او، اسلام برای خود و کودکان نابالغ اوست در حالی که انسان های آزادی هستند، و اموال و کالاها و بردگانش متعلق به خود اوست، اما فرزندان بالغش، بهره همه مسلمانان هستند، مگر اینکه پیش از این، اسلام آورده باشند.

۳- روایت عمرو بن خالد ۱۰۳*: «إذا أسلم الأب، جرّ الولد إلى الاسلام» (۵)، هرگاه پدر مسلمان

ص: ۴۹۵

۱- المبسوط، ۳/۳۴۲.

۲- طور ۵۲ / ۲۱.

۳- المبسوط، ۳/۳۴۲.

۴- تهذیب الاحکام، ۶/۱۵۱، شماره ۲۶۲.

۵- تهذیب الاحکام، ۸/۲۳۶، شماره ۸۵۲.

شود، فرزندان او نیز به اسلام محکوم می شوند.

در برخی از متون فقهی، افزون بر پدر و مادر، اسلام آوردن پدر بزرگ یا مادر بزرگ نیز - حتی اگر پدر و مادر کودک زنده باشند - برای حکم کردن به مسلمان بودن کودک، کافی شمرده شده است، هرچند پدر و مادر مسلمان نباشند، زیرا:

آنچه باعث تبعیت می شود، خویشاوندی (قرابت) است و در این مطلب تفاوتی میان زنده بودن یا زنده نبودن پدر نمی باشد؛ افزون بر اینکه، عنوان ذریه بر نوه (فرزند فرزند)

انسان نیز صادق است^(۱).

بنابر این، اولویت پدر و مادر، منافاتی با ثبوت تبعیت کودک در اسلام از پدر بزرگ و مادر بزرگ خود ندارد^(۲)؛ مگر اینکه بگوییم گرچه میزان برای تبعیت خویشاوندی (قرابت) است، ولی اولویت با خویشاوندان درجه یک است تا خویشاوندان درجه دو، علاوه بر اینکه اطلاق عنوان «پدر» بر پدر بزرگ، اطلاق حقیقی نیست^(۳).

به هر حال، معنای اینکه کودک مسلمانِ ظاهری یا محکوم به حکم اسلام است، این است که با او چون یک مسلمان رفتار می شود، یعنی اگر بمیرد در قبرستان مسلمانان دفن می شود، بر پیکر او نماز میت خوانده می شود، از مسلمان ارث می برد و اگر کسی او را بکشد، قاتلش کشته می شود^(۴).

البته واضح است که اسلام ظاهری کودک به این معنا نیست که کودک پس از بلوغ باید بدون تحقیق اسلام را بپذیرد، بلکه پس از رسیدن به بلوغ جنسی و عقلی، می باید با شناخت و اراده نسبت به پذیرش اسلام اقدام کند.

ارتداد کودک پس از بلوغ: اگر کودک پس از بلوغ اسلام را بپذیرد، مسلمانی خواهد

بود ظاهری و باطنی؛ اما اگر آیین دیگری را بپذیرد، دو احتمال در متون فقهی درباره او مطرح شده است:

احتمال اول، مرتد محسوب می شود: مرتدی است که توبه داده می شود، اگر توبه

ص: ۴۹۶

۱- ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۰.

۲- جامع المقاصد، ۶/۱۲۱.

۳- ایضاح الفوائد، ۲/۱۴۱.

۴- الجامع للشرایع، ص ۳۵۷.

نکرد، حد ارتداد درباره او اجرا می شود(۱).

برای اثبات این نظر، می توان به برخی از روایات نیز استناد کرد:

روایت عمرو بن خالد ۱۰۴* : «إذا أسلم الأب، جرّ الولد إلى الإسلام، فمن ادرك من وُلده دُعي إلى الإسلام، فإن أبي قتل»(۲)، اگر پدری مسلمان شود، فرزند او نیز مسلمان محسوب می شود، پس هر کدام که به بلوغ رسیدند، به اسلام فراخوانده می شوند، اگر نپذیرد کشته می شود.

روایت حسین بن سعید ۱۰۵* : «رجل وُلد على الإسلام ثم كفر و اشرك و خرج عن الإسلام، هل يستتاب أو يقتل و لا يستتاب؟ فكتب عليه السلام: يقتل»(۳)، مردی در خانواده مسلمان متولد شد، سپس کفر ورزید، آیا توبه داده می شود یا بدون توبه دادن کشته می شود؟ فرمود: کشته می شود.

محقق کرکی این مطلب را چنین توضیح می دهد: «جدایی نطفه از مرد مسلمان، موجب اسلام است؛ به همین خاطر، اظهار کفر بعد از بلوغ موجب ارتداد است، چرا که در حقیقت جزئی از مسلمان است»(۴).

احتمال دوم، مرتد محسوب نمی شود: با رسیدن به سن بلوغ، اسلام ظاهری که ناشی از ارتباط او با پدر یا مادر خود است، از بین می رود؛ بنابراین، چون کسی است که

می خواهد با انتخاب خود، اسلام را انتخاب کند(۵)، پس با انتخاب آیین دیگر، حکم ارتداد در مورد او اجرا نمی شود(۶).

طبیعی است که اگر با رسیدن به سن بلوغ، سکوت اختیار کرده و آیین خاصی را برگزینند، همچنان مسلمان به حساب آمده، تا چیزی بر خلاف آن از او ظاهر شود(۷).

دیدگاه ما: در اینکه تبعیت می تواند عاملی برای پیوستن او در احکام ظاهری به آیین خاص باشد، تردیدی وجود ندارد؛ اما در اینکه دایره این تبعیت چه مقدار است و آیا دلیلی بر آن نیز وجود دارد، جای تأمل است.

ص: ۴۹۷

۱- المبسوط، ۳/۳۴۳.

۲- تهذیب الاحکام، ۸/۲۳۶، شماره ۸۵۲.

۳- تهذیب الاحکام، ۱۰/۱۳۹، شماره ۵۴۹؛ الإستبصار، ۴/۲۵۴، شماره ۹۶۴.

۴- جامع المقاصد، ۶/۱۲۰.

۵- ر.ک: المبسوط، ۳/۳۴۲.

۶- ر.ک: المبسوط، ۳/۳۴۳؛ الجامع للشرایع، ص ۳۵۷.

۷- المبسوط، ۳/۳۴۴.

به نظر ما، آیه ذریت هیچ ارتباطی با بحث تبعیت ندارد، زیرا این آیه در مقام بیان این مطلب است که اگر فرزندان مؤمنان به پیروی از ایشان، ایمان بیاورند، در جهان آخرت به

پدر و مادر خود ملحق می شوند؛ اما این مطلب چه ارتباطی با تبعیت کودک در اسلام از پدر و مادر خود دارد؟

دو روایت حفص و عمرو نیز بر فرض درستی سند آن ها، تنها بر پیوستن کودک به پدرش دلالت دارند و به هیچ وجه شامل مادر یا مادر بزرگ نمی شوند^(۱) و اگر بخواهند

پدر بزرگ را نیز در بر بگیرد، می باید دلیلی عام بر جانشینی پدر بزرگ نسبت به پدر وجود

داشته باشد که وجود آن محل تردید است.

اما بررسی مسأله اجرا یا عدم اجرای حکم ارتداد، پس از رسیدن به سن بلوغ را به جای خود واگذار می کنیم.

روش دوم، اسارت

اگر کودک با پدر و مادر خود به اسارت مسلمانان درآید، در دین تابع آنهاست؛ اما اگر به تنهایی به اسارت درآید، به ظاهر تابع دین کسی است که او را به اسارت درآورده است (سابی)^(۲).

نقد: از آنجا که این بحث در زمان حاضر موضوعیت ندارد، به بررسی احکام فقهی آن نمی پردازیم.

روش سوم، محل پیدا شدن کودک

مطالب گذشته گرچه پیرامون دین کودکان بود، ولی ارتباطی با بحث ما در مورد تعیین آیین کودکانی که فاقد سرپرست شناخته شده ای هستند، نداشت. برای فقهای ما از دیرباز این سؤال مطرح بوده است که چنین کودکانی از جمله پیروان چه دینی به حساب می آیند تا از نظر حقوقی محکوم به احکام آن باشند؟

این سؤال از آنجا مطرح شده است که این کودکان، نه به سن بلوغ رسیده اند تا خود

ص: ۴۹۸

۱- مستمسک العروه الوثقی، ۲/۱۲۶.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۲.

تعیین کننده آیین و دینی باشند که به آن اعتقاد دارند و نه پدر شناخته شده ای دارند که به

ظاهر تابع او باشند؛ بنابراین، می باید برای جایگاه حقوقی آنها در جستجوی راه کار دیگری باشیم تا از این طریق به وضعیت مشخصی برای آنها دست یابیم.

فقهای مسلمان پاسخ به این سؤال را در گرو تعیین محل و سرزمینی می دانند که کودک در آنجا پیدا شده است.

اول، کشورهای غیر اسلامی (دار الکفر): اگر کودکی در کشوری غیر مسلمان پیدا شود، در تعیین جایگاه حقوقی آن چهار نظریه میان فقها مطرح است:

نظریه اول، غیر مسلمان است: بر این اساس، کودکی که در کشوری (سرزمین) غیر مسلمان پیدا شود، غیر مسلمان قلمداد می شود، هر چند در آن کشور، فرد یا افراد مسلمانی هم زندگی بکنند(۱).

نظریه دوم، می تواند مسلمان باشد: از نظر گروهی از فقها، کودکی که در کشور غیر

اسلامی پیدا شود، می تواند محکوم به حکم اسلام بوده، در ظاهر مسلمان تلقی شود.

این ادعا در متون فقهی به چند شکل بیان شده است:

وجود یک مسلمان در آن کشور: برخی از فقها معتقدند که اگر در کشور غیر مسلمان، حتی یک مسلمان باشد، این کودک در حکم مسلمان است(۲)، چه آن فرد، ساکن در آن کشور باشد، یا بازرگانی باشد که در آنجا رفت و آمد داشته یا در آنجا زندانی شده باشد(۳).

لازم به یادآوری است محقق طوسی مدعی است در چنین کشورهایی، اگر اسیران مسلمان زندگی می کنند با این کودک چون فرد مسلمان برخورد می شود؛ اما اگر در آنجا بازرگانان مسلمان رفت و آمد دارند، دو احتمال وجود دارد: بگوییم کودک به ظاهر مسلمان است به واسطه برتری (غلبه) اسلام و بگوییم به ظاهر غیر مسلمان است به

ص: ۴۹۹

۱- الجامع للشرایع، ص ۳۵۷.

۲- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

۳- الدروس، ۳/۷۸؛ مسالک الأفهام، ۱۲/۴۷۶؛ جامع المقاصد، ۶/۱۲۳.

خاطر غیر مسلمان نشین بودن آن سرزمین (۱).

امکان تولد کودک از فرد مسلمان: مسلمان فرض شدن کودک پیدا شده در کشور غیر مسلمان زمانی امکان پذیر است که در شرایط عادی، امکان تولد کودک از آن فرد مسلمان وجود داشته باشد (۲)؛ بنابر این، تنها عبور یک مسلمان از یک کشور غیر مسلمان، برای چنین انتسابی کافی نیست (۳).

اداره کشور غیر اسلامی توسط مسلمانان: حکم به اسلام ظاهری کودک در فرضی صحیح است که سرزمین غیر مسلمان نشین، زیر نظر کشور اسلامی اداره شود (حکم اسلام در آن نافذ باشد) و در آنجا دست کم یک مسلمان نیز حضور داشته باشد (۴).

به هر حال، اگر در سرزمین غیر اسلامی، هیچ فرد مسلمانی وجود نداشته باشد، با کودک پیدا شده چون فرد غیر مسلمان برخورد خواهد شد (۵)؛ اما اگر فرد مسلمانی مدعی شود که آن کودک فرزند اوست، برخی از فقها بر این باورند که تنها به واسطه این ادعا،

کودک مسلمان و فرزند او به حساب می آید، حتی اگر در آنجا هیچ مسلمان دیگری وجود نداشته باشد (۶).

دوم، کشورهای اسلامی (دارالاسلام): در مورد کودکی که در کشوری اسلامی پیدا شده است، دو نظریه در متون فقهی مطرح شده است:

نظریه اول، مسلمان است: برخی از فقها بر این باورند کودکی که در کشور اسلامی

پیدا شده است، به ظاهر مسلمان است (۷).

مرحوم شهید اول در این باره می نویسد: «منظور از دارالاسلام، سرزمینی است که در آن قوانین اسلامی اجرا می شود، هیچ فرد غیر مسلمانی در آنجا زندگی نمی کند، مگر کسانی که با اسلام پیمان صلح بسته اند (معاهد)؛ در چنین جایی هر کودکی که پیدا شود،

ص: ۵۰۰

۱- المبسوط، ۳/۳۴۳.

۲- جامع المقاصد، ۶/۱۲۳؛ شرح اللمعه، ۷/۷۸.

۳- جامع المقاصد، ۶/۱۲۳.

۴- الدروس، ۳/۷۸.

۵- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳؛ ارشاد الاذهان، ۱/۴۴۱.

۶- الدروس، ۳/۷۹.

۷- شرائع الاسلام، ۴/۸۰۱؛ تحریر الاحکام، ۲/۱۲۳.

مسلمان محسوب می شود»^(۱).

نظریه دوم، تفصیل میان نوع شهر: محقق طوسی و به پیروی از وی گروهی دیگر از فقها، سرزمین های اسلامی را به سه نوع تقسیم کرده، برای کودک پیدا شده در هریک از آنها حکمی خاص را بیان کرده اند.

شهرهایی با ساخت اسلامی: چنانچه شهری توسط مسلمانان ساخته شده و همچنان

نیز مسلمانان در آنجا زندگی کنند، کودکی که در آنجا پیدا می شود، از نظر حقوقی، مسلمان تلقی می شود^(۲).

شهرهایی با ساخت غیر اسلامی: چنانچه شهری توسط غیر مسلمانان بنا شده باشد

و حکومت اسلامی با برقراری صلح با ساکنان آن، اداره آن را بر عهده گرفته باشد؛ اگر کودکی در آنجا پیدا شود، مسلمان به حساب می آید به شرط آنکه مسلمانان در آنجا سکونت داشته باشند، هرچند یک نفر باشد^(۳).

البته روشن است که اگر هیچ مسلمانی در آنجا ساکن نباشد، کودک پیدا شده در آنجا نیز از نظر حقوقی غیر مسلمان (کافر) تلقی خواهد شد^(۴).

سوم، شهرهای اشغالی: چنانچه شهری اسلامی را غیر مسلمانان (مشرکان) تسخیر کرده و به اشغال خود در آورده باشند (نظیر شهرهای کشور اسپانیا)؛ کودکی که در آنجا پیدا می شود، مسلمان به حساب می آید، اگر در آنجا مسلمانان نیز ساکن باشند^(۵) و در غیر این صورت با او چون فردی غیر مسلمان رفتار خواهد شد^(۶).

به هر حال، اگر کودکی به واسطه محل پیدا شدنش به ظاهر مسلمان به حساب آید، توجه به دو نکته ضروری است:

اول، اگر پس از رسیدن به بلوغ، دینی غیر از اسلام را برگزیند، مجبور به پذیرش اسلام نمی شود، همچنان که احکام ارتداد نیز بر او جاری نخواهد شد، چرا که اسلام او،

ص: ۵۰۱

۱- الدروس، ۳/۷۸.

۲- المبسوط، ۳/۳۴۳.

۳- المبسوط، ۳/۳۴۳؛ الجامع للشرایع، ص ۳۵۷.

۴- المبسوط، ۳/۳۴۳.

۵- المبسوط، ۳/۳۴۳؛ الجامع للشرایع، ص ۳۵۷.

۶- تحریر الاحکام، ۲/۱۲۴.

اسلام ظاهری است (۱).

اما اگر این کودک پس از بلوغ، اسلام را به عنوان آیین خود پذیرفت، سپس از آن روی گرداند (کفر)، مرتد به حساب آمده، چنانچه توبه نکند، احکام ارتداد درباره او اجرا می شود (۲).

دوم، اگر فرد غیر مسلمانی با ارائه مدرک (بینه)، اثبات کند که کودک پیدا شده فرزند اوست، آیا همچنان کودک تابع احکام مسلمان است یا نه؟

در متون فقهی دو پاسخ به این سؤال داده شده است: این کودک همچنان مسلمان قلمداد می شود (۳)؛ این کودک غیر مسلمان به حساب می آید (۴)؛ زیرا ارائه دلیل (بینه) اثبات زوجیت (فراش) می کند و کودکی که از ازدواج با (فراش) غیر مسلمان (کافر) متولد شده باشد، غیر مسلمان است (۵).

دیدگاه ما: از آنجا که هیچ دلیل فقهی بر تأثیر محل پیدا شدن کودک نسبت به نوع آیین او وجود ندارد، می باید این مسأله را با توجه به سایر قواعد بررسی کنیم.

به نظر ما، اگر امکان انتساب کودک به فرد مسلمان وجود داشته باشد، کودک مسلمان فرض شده، احکام اسلام بر او جاری می شود؛ اما اگر انتساب او به فرد یا افراد مسلمان

ممکن نباشد یا دست کم در آن تردید داشته باشیم، اصل بر عدم صدق عنوان مسلمان بر چنین کودکی است و نمی توان او را تابع قوانین اسلامی دانست.

البته باید به این نکته نیز توجه داشت که آیا برای این بحث فایده عملی بجز طهارت ظاهری بدن وجود دارد یا نه؟

اگر تنها فایده این بحث، طهارت و نجاست ظاهری بدن کودک باشد، این مسأله مصداقی برای حکم کلی نجاست بدن غیر مسلمان خواهد بود که از سوی برخی از فقها مورد انتقاد قرار گرفته است.

ص: ۵۰۲

۱- الجامع للشرايع، ص ۳۵۷-۳۵۸؛ الدروس، ۳/۷۷.

۲- تحرير الاحكام، ۲/۱۲۴.

۳- مختلف الشيعه، ۶/۱۰۷.

۴- تحرير الاحكام، ۲/۱۲۴.

۵- مختلف الشيعه، ۶/۱۰۷.

بخش چهارم: نقد و بررسی اسناد روایات

اشاره

ص: ۵۰۳

۱- روایت عبد الوهاب بن الصباح

سند شیخ طوسی: «الحسین بن سعید عن ابن ابی عمیر عن عبد الوهاب بن الصباح، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام» (۱).

۱- حسین بن سعید: حسین بن سعید بن حماد بن مهران اهوازی، از حضرت رضا و امام جواد و امام هادی علیهم السلام نقل حدیث کرده؛ نجاشی، محقق طوسی و علامه حلی او را با الفاظی چون «ثقه»، «عین» و «جلیل القدر» ستوده اند (۲).

۲- ابن ابی عمیر: محمد بن ابی عمیر، زیاد بن عیسی، از بزرگان روات شیعه و از اصحاب اجماع است و علمای رجال در توصیف جایگاه و منزلت او از چنین عبارات هائی استفاده کرده اند: «جلیل القدر»، «عظیم المنزله عندنا و عند المخالفین»،

«من أوثق الناس عند الخاصة و العامة، و أنسکهم نسکاً، و أروعهم، و أعبدهم» (۳).

۳- عبد الوهاب بن صباح: عبد الوهاب بن صباح طنافسی کوفی، از اصحاب امام

صادق علیه السلام است (۴).

گرچه در کتب رجالی توضیحی درباره این فرد نیامده است، اما با توجه به اینکه ابن صباح از مشایخ دو تن از اصحاب اجماع یعنی ابن ابی عمیر و حسن بن محبوب است (۵)،

ص: ۵۰۵

۱- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶، شماره ۳۵۸.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۷۵، شماره ۳۶۴.

۳- وسائل الشیعه، ۲۰/۳۱۰، شماره ۹۵۹.

۴- رجال شیخ طوسی، ص ۲۴۲، شماره ۲۴۸.

۵- ر.ک: من لا یحضره الفقیه، ۴/۱۳۳، شماره ۵۲۸۹؛ تهذیب الاحکام، ۱۰/۲۶۵، شماره ۱۰۴۵ و ۵/۴۴۴، شماره ۱۵۴۷.

به نظر ما، وی ثقه بوده، روایات او معتبر است (۱).

شیخ طوسی نیز روایات خود را از حسین بن سعید به سه طریق نقل می کند (۲) که طریق وی صحیح است (۳).

بنابر این، روایت عبد الوهاب بن الصباح از نظر سندی معتبر است.

۲- روایت سماعه

این روایت را کلینی، شیخ طوسی و صدوق نقل کرده اند.

سند کلینی: «محمد بن احمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن سنان عن عمار بن مروان عن سماعه عن ابی عبد الله علیه السلام» (۴).

۱- محمد: نام افراد زیادی است که با ملاحظه کسی که از او روایت می کند و کسی که او از آن روایت می کند، منظور از آن محمد بن یحیی (ابو جعفر) عطار قمی، از بزرگان علمای شیعه، از مشایخ کلینی و فردی قابل اعتماد است (۵).

۲- احمد بن محمد بن عیسی: احمد بن محمد بن عیسی اشعری قمی (ابو جعفر)، از بزرگان فقهای شهر قم در عصر خود و فردی موثق است (۶).

۳- محمد بن سنان: گرچه درباره وی نظرات متفاوتی مطرح شده است، ولی به نظر ما او فردی ثقه و قابل اعتماد است، زیرا افزون بر سخن گروهی از بزرگان در مقام و منزلت وی (۷)، در اسانید کتاب نوادر الحکمه قرار دارد و بسیاری از اجلا و بزرگان روات، از

او روایت می کنند (۸).

ص: ۵۰۶

۱- ر.ک: مشایخ الثقات، ص ۱۷۸، شماره ۱۰۵؛ نقد الرجال، ۳/۱۶۸، شماره ۳۲۹۰/۲.

۲- ر.ک: تهذیب الاحکام، مشیخه، ۱۰/۶۳-۶۶.

۳- معجم رجال الحدیث، ۶/۲۶۷.

۴- الکافی، ۶/۴۰، شماره ۳.

۵- رجال نجاشی، ص ۳۵۳، شماره ۹۴۶؛ رجال شیخ طوسی، ص ۴۹۵، شماره ۲۴.

۶- فهرست، ص ۶۸، شماره ۷۵.

۷- اختیار معرفه الرجال، ۲/۷۹۲، شماره ۹۶۳؛ شیخ طوسی، غیبت، ص ۲۱۱؛ ارشاد، ص ۳۰۴؛ فلاح السائل، ص ۱۰؛ رساله ابی غالب زراری، ص ۱۷۴ شماره ۷۹، و ص ۱۷۲، شماره ۷۶؛ مختلف الشیعه مسأله تحدید نشر رضاع به عشر، ۳/۵۱۸؛ مناقب، ۴/۲۸۰.

۸- اختیار معرفه الرجال، ۲/۷۹۶، شماره ۹۷۹.

تضعیف ابن سنان ناشی از انتساب غلو به اوست (۱) و غلو به معنای اصطلاحی خود که موجب کفر و ارتداد می شود، اعتقاد به الوهیت امیر المؤمنین و سایر ائمه علیهم السلام و تحلیل محرمات و ترک واجبات است، که ساحت ابن سنان از این امور مبرا است.

۴- عمار بن مروان: عمار بن مروان و برادرش عمرو بن مروان هر دو ثقه و قابل اعتماد هستند (۲).

۵- سماعه: سماعه بن مهران بن عبد الرحمن حضرمی، گرچه از فرقه واقفی است، ولی فردی ثقه است (۳).

سند شیخ طوسی: «احمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن سنان عن عمار بن مروان عن سماعه بن مهران عن ابی عبد الله علیه السلام» (۴).

طریق شیخ طوسی به احمد بن محمد بن عیسی (۵) صحیح است (۶).

سند صدوق: صدوق این روایت را از سماعه بن مهران از امام صادق علیه السلام (۷) نقل می کند

که طریق او به سماعه (۸) صحیح است (۹).

با توجه به آنچه گذشت، روایت سماعه به هر سه سند، روایتی است معتبر و ادعای

شهید ثانی مبنی بر ضعیف بودن آن (۱۰)، فاقد صحت است.

۳- روایت اشعری

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن محمد بن خالد عن سعد بن

ص: ۵۰۷

۱- رجال نجاشی، ص ۳۲۸، شماره ۸۸۸ و ص ۴۲۴، شماره ۱۱۴۰؛ فهرست، ص ۲۱۹، شماره ۶۱۹؛ رجال شیخ طوسی، ص ۳۶۱، شماره ۳۹ و ص ۳۸۶، شماره ۷ و ص ۴۰۵، شماره ۳؛ الإستبصار، ص ۳/۲۲۴؛ تهذیب، ص ۷/۲۶۱؛ اختیار معرفه الرجال، ص ۲/۶۸۷، شماره ۷۲۹ و ص ۷۹۵، شماره ۹۷۶ و ص ۷۹۶، شماره ۹۷۸ و ص ۸۲۳، شماره ۱۰۳۳؛ مصنفات شیخ مفید جوابات اهل موصل، ص ۹/۲۰؛ مجمع الرجال، ص ۵/۲۲۹ و ۳/۷۴.

۲- وسائل الشیعه، ص ۲۰/۲۷۴، شماره ۸۴۰.

۳- وسائل الشیعه، ص ۲۰/۲۱۲، شماره ۵۵۸.

۴- تهذیب الاحکام، ص ۸/۱۰۶، شماره ۳۵۷.

۵- ر.ک: تهذیب الاحکام، مشیخه، ص ۱۰/۴۲-۴۳.

۶- معجم رجال الحدیث، ص ۳/۸۹.

- ٧- من لا يحضره الفقيه، ٣/٣٠٥، شماره ١٤٦٣.
- ٨- ر.ك: من لا يحضره الفقيه، مشيخه، ١١/٤-١٢.
- ٩- معجم رجال الحديث، ٩/٣١٥.
- ١٠- مسالك الأفهام، ٨/٤١٦.

سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال^(۱).

۱- محمد بن يحيى: محمد بن يحيى (ابو جعفر) عطار قمی، ثقة است.

۲- احمد بن محمد: با ملاحظه روات پیش و پس از او در سلسله سند، مردد است

بین احمد بن محمد بن خالد و احمد بن محمد بن عیسی اشعری قمی (ابو جعفر) که هر دو افرادی ثقة هستند^(۲)؛ گرچه بعید نیست مراد احمد بن محمد بن خالد باشد.

۳- محمد بن خالد: محمد بن خالد بن عبدالرحمن بن محمد بن علی برقی (ابو

عبدالله) از اصحاب حضرت رضا علیه السلام و فردی ثقة و قابل اعتماد است^(۳) و تضعیف نجاشی و ابن غضائری^(۴) بر فرض تمامیت، راجع به حدیث اوست و نه خودش^(۵).

۴- سعد بن سعد الأشعری: سعد بن سعد بن الاحوص بن مالک اشعری قمی، از

اصحاب حضرت رضا و جواد علیهما السلام بوده، فردی ثقة است^(۶).

سند شیخ طوسی: شیخ طوسی هم این روایت را از کلینی با همین سند نقل کرده است^(۷).

سند صدوق: صدوق این روایت را از سعد بن سعد از حضرت رضا علیه السلام نقل می کند^(۸)، بدون آنکه در مشیخه طریق خود را به او ذکر کند.

صرف نظر از روایت صدوق، روایت کلینی و شیخ از نظر سندی معتبر و قابل عمل

است.

۴- روایت حلبی

سند شیخ طوسی: «احمد بن محمد بن عیسی عن ابن ابی عمیر عن ابی المعزا عن

ص: ۵۰۸

۱- الکافی، ۶/۴۱، شماره ۸.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۳۱، شماره ۹۵.

۳- رجال شیخ طوسی، ص ۳۸۶، شماره ۴؛ رجال علامه حلی، ص ۱۳۹، شماره ۱۴.

۴- رجال نجاشی، ص ۳۳۵، شماره ۸۹۸؛ مجمع الرجال، ۵/۲۰۵.

- ٥- وسائل الشيعة، ٢٠/٣٢٧؛ معجم رجال الحديث، ١٦/٦٦-٦٧.
- ٦- وسائل الشيعة، ٢٠/٢٠٤، شماره ٥٢٠.
- ٧- الكافي، ٦/٤١، شماره ٨؛ تهذيب الاحكام، ٨/١٠٧، شماره ٣٦٣.
- ٨- من لا يحضره الفقيه، ٣/٤٧٥، شماره ٤٦٦٢.

الحلبی، قال: قال ابو عبد الله عليه السلام»(۱).

۱- احمد بن محمد بن عیسی: ثقة است.

۲- ابن ابی عمیر: ثقة است.

۳- ابی المعز (المغرا): حمید بن مثنی عجلی صیرفی، دارای کتاب و از روایت کوفی و فردی ثقة است(۲).

۴- حلبی: حلبی عنوانی است که بر افراد زیادی اطلاق می شود که همه آنها ثقة و قابل اعتماد هستند، اما در بیشتر موارد منظور از آن محمد بن علی بن ابی شعبه است(۳).

همچنان که گذشت، طریق شیخ طوسی به احمد بن محمد بن عیسی نیز صحیح است(۴).

بنابر این، روایت حلبی به نقل شیخ طوسی از نظر سندی معتبر است.

۵- روایت حلبی

سند کلینی: «علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن ابی عبد الله عليه السلام»(۵).

۱- علی بن ابراهیم: علی بن ابراهیم بن هاشم قمی، دارای تألیفات زیادی است و در

متون رجالی با الفاظی چون «ثقه فی الحدیث»، «معمد» و «ثبت» ستوده شده است(۶).

۲- ابيه: ابراهیم بن هاشم قمی (ابو اسحاق)، اولین کسی است که در شهر قم به نشر احادیث ائمه علیهم السلام پرداخته و بهترین شاهد بر وثاقت او، قرار گرفتن در سلسله اسناد کتاب تفسیر قمی است(۷).

۳- ابن ابی عمیر: ثقة است.

۴- حماد: حماد بن عثمان فزاری، از امام صادق، کاظم و رضا علیهم السلام حدیث نقل کرده

ص: ۵۰۹

۱- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۵.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۸۴، شماره ۴۲۵.

۳- معجم رجال الحدیث، ۲۳/۸۹؛ وسائل الشیعه، ۲۰/۳۳۵، شماره ۱۰۷۸.

۴- معجم رجال الحدیث، ۳/۸۹.

۵- الکافی، ۵/۴۴۳، شماره ۱.

٦- وسائل الشيعة، ٢٥٥/٢٠، شماره ٧٥٨.

٧- وسائل الشيعة، ١٢٤/٢٠، شماره ٤٩.

فردی ثقه و از اصحاب اجماع است (۱).

۵- حلبی: ثقه است.

سند صدوق: صدوق این حدیث را بدون سند، اما با لفظ «قال» از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل کرده است (۲) که اعتبار آن مبتنی بر این بحث است که آیا مراسلات صدوق که با لفظ «قال» نقل شده با سایر مراسلات در عدم حجیت تفاوتی دارد یا نه؟

به نظر ما، نقل بدون سند یک روایت ولی قطعی آن از سوی صدوق و تفاوت گذاشتن میان مراسلاتی که با لفظ «قال» و بدون آن از سوی وی نقل شده، از جمله ادعاهای بی معنایی است که هیچ شاهدی بر صحت آن وجود نداشته، لازمه آن برتری مراسلات با لفظ «قال» بر مسندات صدوق است، افزون بر اینکه نقل حدیث با بیان سند آن از سوی بزرگانی چون کلینی و شیخ طوسی و حتی خود صدوق، به معنای تردید آنها در نسبت حدیث به معصوم علیه السلام نیست.

بنابر این، روایت حلبی به نقل کلینی معتبر است.

۶- روایت فضل بن عبد الملک

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن محمد بن علی بن الحکم عن ابان بن عثمان عن الفضل بن عبد الملک عن ابی عبد الله علیه السلام» (۳).

۱- محمد بن یحیی: ثقه است.

۲- احمد بن محمد: احمد بن محمد بن خالد برقی و احمد بن محمد بن عیسی هر

دو از علی بن حکم روایت کرده، ثقه هستند.

۳- علی بن الحکم: علی بن حکم کوفی، فردی ثقه و والا مقام است (۴).

۴- ابان بن عثمان: ابان بن عثمان احمر بجلي، از جمله اصحاب اجماع و بزرگان روات شیعه است (۵).

ص: ۵۱۰

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۸۱، شماره ۴۰۹؛ معجم رجال الحدیث، ۶/۲۱۲-۲۱۶.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۶۷، شماره ۴۶۶۶.

۳- الکافی، ۵/۴۴۳، شماره ۲.

٤- وسائل الشيعه، ٢٠/٢٦٣، شماره ٧٩٣.

٥- وسائل الشيعه، ٢٠/١١٧، شماره ٦.

۵- فضل بن عبد الملك: فضل بن عبد الملك، بقباق (ابو العباس) از جمله بزرگان روات امام صادق علیه السلام و فردی ثقه است (۱).

بنابر این، روایت فضل بن عبد الملك از نظر سندی معتبر است.

۷- روایت دعائم الاسلام

این روایت را قاضی نعمان بدون سند از امیر المؤمنین علیه السلام نقل می کند (۲).

صرف نظر از اختلافی که در مذهب قاضی نعمان وجود دارد (۳)، به نظر می رسد کتاب دعائم الاسلام به منزله قانون رسمی دولت فاطمی باشد (۴).

و بر فرض که تشیع او را هم بپذیریم (۵) و حتی بتوانیم دوازده امامی بودن او را با همه نقض و ابرام هایی که دارد بپذیریم (۶)، گواهی قاضی نعمان مبنی بر صحت روایاتی که در این کتاب نقل می کند (۷) برای اعتبار روایاتش کافی نیست، زیرا شهادت وی ناظر به صحت و اعتبار مضمون روایات است و نه سند آنها.

با این وجود، بدون شک قاضی نعمان روایات خود را از منابعی چون جعفریات و مانند آن جمع آوری کرده است، چرا که در بیشتر موارد با احادیث موجود در منابع روایی مطابقت داشته (۸)، می توان ادعا کرد که روایات شیعه را از راهی غیر متعارف نقل

ص: ۵۱۱

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۹۳، شماره ۹۰۸.

۲- دعائم الاسلام، ۲/۲۴۱، شماره ۹۰۳؛ مستدرک الوسائل، ۱۴/۳۶۸، شماره ۱۶۹۷۸.

۳- ریاض العلماء، ۵/۲۷۵ و ۲۷۸؛ وفيات الاعیان، ۲/۱۶۶ و ۵/۴۸؛ معالم العلماء، ص ۱۲۶، شماره ۸۵۳؛ جامع الزّواہ، ۲/۲۹۵؛ نقد الرجال، ص ۳۶۲؛ روضات الجنّات فی احوال العلماء و السّادات، ۸/۱۴۸؛ امل الآمل، ۲/۳۳۵؛ تهذیب سیر اعلام النبلاء، ۲/۱۶۱؛ الفوائد الرجالیه، ۵/۴؛ تکمله الرجال، ۲/۵۶۶؛ مستدرک الوسائل، ۳/۳۱۴؛ سیستانی، قاعده لاضرر، ص ۶۴؛ اعلام الاسماعیلیه، ص ۵۸۹؛ تاریخ الخلفاء الفاطمیّین، ص ۵۵۶ و ۵۶۹.

۴- تاریخ الخلفاء الفاطمیّین، ص ۵۵۹-۵۶۲؛ دعائم الاسلام، مقدمه، ۱/۹ و ۱۲؛ اعلام الاسماعیلیه، ص ۵۹۱ و ۵۹۴؛ تکمله الرجال، ۲/۵۶۶-۵۶۵.

۵- ر.ک: امل الآمل، ۲/۳۳۵.

۶- عیون الأخبار و فنون الآثار، ص ۳۳۴؛ اعلام الاسماعیلیه، ص ۵۹۴؛ کلیات فی علم الرجال، ص ۴۱۴؛ فِرَق الشّیعه، ص ۸۹؛ الفِرَق بین الفِرَق، ص ۶۳؛ افاضه القدير فی احکام العصیر، ص ۳۰؛ معجم رجال الحديث، ۱۹/۱۶۹.

۷- دعائم الإسلام، ۱-۱/۲.

کرده است (۱).

به هر حال، از روایات کتاب دعائم الاسلام نمی توان بیش از حد تأیید استفاده کرد.

۸- روایت حماد بن عثمان

سند کلینی: «عده من اصحابنا عن سهل بن زیاد عن احمد بن محمد بن ابی نصر عن حماد بن عثمان قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول» (۲).

۱- سهل بن زیاد: سهل بن زیاد آدمی رازی همچنان که محقق طوسی بیان کرده است (۳)، فردی موثق و روایات او معتبر است.

مهم ترین ملاک تضعیف وی از سوی نجاشی، نسبت غلو و کذب به او بوده، سایر اتهامات نیز ناشی از همین دو امر است؛ بلکه به نظر می رسد تنها دلیل تضعیف سهل بن زیاد، نسبت غلو به او بوده، انتساب کذب به وی هم متأثر از آن است، زیرا از نظر برخی

از متقدمان غلو و کذب ملازم یکدیگرند (۴).

اما به نظر ما، غلو به معنای مصطلح خود، یعنی کفر و اعتقاد به الوهیت امیرالمؤمنین یا یکی دیگر از ائمه علیهم السلام، در حق سهل بن زیاد صادق نیست، زیرا وی کتابی در توحید و علاوه بر آن، مکاتبه ای با حضرت عسکری علیه السلام دارد که به روشنی دلالت بر صحت اعتقاداتش دارد (۵).

افزون بر این، سهل روایاتی را بی واسطه یا با واسطه از خاندان عصمت علیهم السلام نقل کرده است که بیانگر سلامت فکر او در مسأله توحید و امامت است (۶).

۲- احمد بن محمد بن ابی نصر: احمد بن ابی نصر بزنطی کوفی، از یاران حضرت رضا علیه السلام بوده و نزد ایشان از جایگاه و منزلتی والا برخوردار بوده است (۷).

۳- حماد بن عثمان: ثقة است.

ص: ۵۱۲

۱- سیستانی، قاعده لاضرر، ص ۶۵.

۲- الکافی، ۵/۴۴۳، شمار ۳؛ تفسیر برهان، ۱/۴۸۳، شماره ۱۲۴۷.

۳- رجال شیخ طوسی، ص ۳۸۷، شماره ۵۶۹۹.

۴- بهجه الآمال، ۳/۶۷۰.

۵- توحيد، ص ۱۰۰، شماره ۱۴.

۶- الكافي، ۱/۱۰۳، شماره ۱۰ و ص ۱۸۸، شماره ۱۳.

۷- وسائل الشيعه، ۲۰/۱۳۰، شماره ۹۱.

بنابر این، روایت حماد بن عثمان از نظر سندی معتبر است.

۹- روایت زراره

سند شیخ طوسی: «فأما ما رواه الحسن بن سماعه عن الحسن بن حذیفه بن منصور عن عبيد بن زراره عن زراره عن ابي عبد الله عليه السلام» (۱).

۱- حسن بن سماعه: در متون رجالی دو عنوان وجود دارد: حسن بن سماعه بن مهران و حسن بن محمد بن سماعه که کشتی مدعی است این دو عنوان نام دو نفر است (۲)؛ اما تحقیقات بعدی (اتحاد راوی، طبقه، مذهب)، همچنین دقت در عبارت خود کشتی نشان می دهد که این دو عنوان نام یک نفر است (۳)؛ بنابر این، مجالی برای توقف در این مسأله نیست (۴).

و بر فرض که این دو عنوان را نام دو نفر بدانیم، قراین نشان می دهد که هر کجا عنوان «حسن بن سماعه» در سند روایتی باشد، مراد «حسن بن محمد بن سماعه» است (۵).

به هر حال، حسن بن محمد بن سماعه، ابو محمد کندی صیرفی، از بزرگان فرقه واقفیه، دارای احادیث فراوان، فردی فقیه و قابل اعتماد است، هر چند که نسبت به مذهب خود تعصب فراوانی داشته است (۶).

۲- حسن بن حذیفه: حسن بن حذیفه بن منصور کوفی را نجاشی ضعیف دانسته، علامه حلی و ابن داود نیز به پیروی از وی، او را ضعیف شمرده اند (۷).

بعید نیست که این تضعیف ناشی از روایتی باشد که وی درباره کرامت سلمان فارسی (۸) نقل کرده است (۹).

ص: ۵۱۳

۱- تهذیب الاحکام، ۷/۳۱۷، شماره ۱۳۱۰.

۲- اختیار معرفه الرجال، ۲/۷۶۸-۷۶۹، شماره ۸۹۴.

۳- نقد الرجال، ۲/۲۸، شماره ۱۲۸۳ و ۲/۶۱-۶۲، شماره ۱۳۶۹؛ جامع الرواه، ۱/۲۰۳؛ معجم رجال الحدیث، ۵/۳۴۴.

۴- ر.ک: طرائف المقال، ۱/۲۳۲، شماره ۱۴۳۸.

۵- ر.ک: معجم رجال الحدیث، ۵/۳۴۵.

۶- رجال نجاشی، ص ۴۰-۴۱، شماره ۸۴.

۷- خلاصه الاقوال، ص ۳۳۷، شماره ۱۵؛ رجال ابن داود، ص ۲۳۷، شماره ۱۷.

۸- طوسی، الامالی، ص ۱۲۸، شماره ۲۰۲/۱۵: «الحسن بن حذیفه عن ابي عبد الله جعفر بن محمد عليهم السلام، قال: «مرض رجل من اصحاب سلمان رحمه الله، فافتقده فقال: أين صاحبكم؟ فقالوا: مريض، قال: امشوا بنا نعوده، فقاموا معه، فلما دخلوا على الرجل إذا هو يوجد بنفسه، فقال سلمان: يا ملك الموت، ارفق بولي الله؛ قال ملك الموت - بكلام يسمعه من حضر -: يا ابا عبد الله، اني ارفق بالمؤمنين، و لو ظهرت لأحد لظهرت لك».

صرف نظر از اینکه دلیل تضعیف حسن بن حذیفه چیست، در متون رجالی متأخر برای تأیید وی به دو مطلب استناد شده است: اول، حسن بن حذیفه از جمله مشایخ ثقات به شمار می آید، زیرا جعفر بن سماعه از گروهی از ثقات اصحاب ائمه علیهم السلام روایت نقل می کند که حسن بن حذیفه نیز از جمله آنان است (۱).

دوم، حسن بن حذیفه در کتاب روزه روایتی را نقل کرده مبنی بر اینکه ماه رمضان کمتر از سی روز نمی شود (۲). شیخ طوسی در نقد این حدیث مطالبی را بیان می کند ولی درباره حسن و پدرش هیچ سخنی به میان نمی آورد و از این معلوم می شود که از نظر وی خدشه ای در آنها وجود ندارد (۳).

نقد: به نظر نمی رسد این دو مطلب بتواند وثاقت حسن بن حذیفه را اثبات کند، زیرا:

اولاً، اگر نقل یکی از ثقات را از یک راوی دلیل بر توثیق وی بدانیم، اصلی کلی خواهد بود که می بایست نسبت به تمامی روات آن را مراعات کنیم، با اینکه کسی پایبند به آن نیست.

ثانیا، ایرادات شیخ طوسی در مورد روایتی که حسن بن حذیفه در مسأله روزه نقل می کند، ناظر به محتوای آن است و نه سند آن و به همین جهت عدم بیان آن نمی تواند دلیلی بر تأیید روات آن از جمله حسن بن حذیفه باشد.

۳- عبید بن زراره: عبید بن زراره بن اعین شیبانی، از امام صادق علیه السلام روایت کرده، تردیدی در وثاقت او نیست (۴).

۴- زراره: زراره بن اعین بن سنسن، از بزرگان علمای شیعه بوده، احادیث فراوانی در

ص: ۵۱۴

۱- تهذیب المقال، ۵/۳۴۷؛ مشایخ الثقات، ص ۱۹۲.

۲- تهذیب الاحکام، ۴/۱۶۷، ۱۶۸، ۴۷۸ و ۴۸۰.

۳- تهذیب المقال، ۵/۳۴۷.

۴- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۴۹، شماره ۷۲۸.

منزلت و بزرگی وی نقل شده است(۱).

طریق شیخ طوسی به حسن بن سماعه(۲)، صحیح است(۳).

سند صدوق: «و روی عیید بن زراره عن زراره عن ابی عبد الله علیه السلام»(۴).

طریق صدوق به عیید بن زراره(۵) صحیح است، زیرا حکم بن مسکین واقع در آن، گرچه توثیق نشده، ولی بزرگانی از اصحاب ائمه علیهم السلام چون محمد بن ابی عمیر، بزندی، الحسین بن محبوب، معاویه بن حکیم، محمد بن الحسین ابی الخطاب از او روایت کرده اند(۶)؛ پس نمی توان عدم توثیق حکم بن مسکین را دلیلی بر ضعف طریق صدوق دانست(۷).

بنابر این، هرچند روایت زراره به نقل شیخ طوسی به واسطه وقوع حسن بن حذیفه در آن، نمی تواند معتبر باشد؛ اما همین روایت به نقل صدوق صحیح و معتبر است.

۱۰- روایت علاء بن رزین

سند شیخ طوسی: «العلاء بن رزین عن ابی عبد الله علیه السلام»(۸).

علاء بن رزین: علاء بن رزین قلا، فردی بلند مرتبه، قابل اعتماد و برجسته در میان اصحاب امام صادق علیه السلام است(۹).

طریق شیخ طوسی به علاء بن رزین، صحیح است(۱۰).

سند صدوق: صدوق نیز این روایت را از علاء بن رزین از امام صادق علیه السلام نقل می کند(۱۱) و هریک از چهار طریق وی به علاء(۱۲) هم صحیح است(۱۳).

بنابر این، روایت علاء به نقل شیخ طوسی و صدوق معتبر است.

ص: ۵۱۵

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۹۶، شماره ۴۸۹.

۲- تهذیب الاحکام، مشیخه، ۱۰/۷۵.

۳- معجم رجال الحدیث، ۶/۱۲۸.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۷۷، شماره ۴۶۷۴.

۵- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۳۱/۴-۳۲.

۶- تهذیب المقال، ۵/۱۷۷.

۷- معجم رجال الحدیث، ۱۲/۵۴.

۸- تهذیب الاحکام، ۷/۳۱۸، شماره ۱۳۱۵.

٩- وسائل الشيعة، ٢٠/٢٥٤، شماره ٧٥١.

١٠- معجم رجال الحديث، ١٢/١٨٥.

١١- فقيه، ٣/٤٧٧، شماره ٤٦٧٣.

١٢- فقيه، مشيخه، ٤/٥٧-٥٨.

١٣- معجم رجال الحديث، ١٢/١٨٥.

کتاب جعفریات را به این جهت به این نام نامیده اند که روایت های آن از امام جعفر بن محمد صادق علیه السلام است؛ همچنان که آن را اشعثیات نامیده اند، چرا که راوی آن محمد بن محمد اشعث است.

گرچه محدث نوری این کتاب را از کتاب های معتبری دانسته که به دست او رسیده (۱)، ولی مرحوم نجفی در صحت کتاب و روایات آن تردید کرده است (۲).

به هر حال، در بررسی اعتبار کتاب جعفریات ملاحظه چند مطلب ضروری است:

اول، طریق به کتاب: صرف نظر از برخی طریق های خاص، پنج طریق عام به این کتاب وجود دارد که دربرگیرنده تمامی روایات آن است: ۱- طریق نجاشی و شیخ طوسی ۲- طریق ابی محمد هارون بن موسی تلعکبری ۳- طریقی که در اجازه علامه حلی به بنی زهره وجود دارد ۴- طریق محدث نوری ۵- طریق مرحوم مجلسی، که از این میان دست کم، دو طریق اول و دوم صحیح و معتبر است (۳).

دوم، سند روایات کتاب: در سلسله سند روایات این کتاب تا معصوم علیه السلام سه نفر قرار

دارند:

۱- محمد بن محمد اشعث: محمد بن محمد الاشعث ابو علی کوفی، ثقة است (۴).

۲- موسی بن اسماعیل: موسی بن اسماعیل بن موسی بن جعفر علیه السلام دارای سه کتاب

(جوامع التفسیر، الوضوء، الصلاه) است (۵).

موسی بن اسماعیل در متون رجالی توثیق نشده است، اما به نظر ما فردی ثقة و روایات او قابل عمل است، زیرا افزون بر اینکه وی از جمله روات دو کتاب کامل الزیارات و مزار مشهدی است و توثیق عام آنها او را نیز در بر می گیرد (۶)، از جمله مشایخ

ص: ۵۱۶

۱- مستدرک الوسائل، ۲/۲۹۱، ط.ق.

۲- جواهر الکلام، ۲۱/۳۹۸.

۳- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: تهذیب المقال، ۱/۳۹۳؛ اصول علم الرجال، ص ۳۲۱-۳۲۳؛ الفوائد الرجالیه، ۲/۱۱۷-۱۱۸، حاشیه.

۴- مستدرک الوسائل، ۲۰/۳۴۱، شماره ۱۰۱۰.

۵- رجال نجاشی، ص ۴۱۰، شماره ۱۰۹۱؛ شیخ طوسی، فهرست، ص ۲۴۴، شماره ۷۲۳.

۶- کامل الزیارات، ص ۴۶، شماره ۲۲؛ مزار، ص ۳۳-۳۴، شماره ۶.

اجازه و علماء امامیه است که سه تن از بزرگان اصحاب چون محمد بن یحیی، محمد بن اشعث و ابراهیم بن هاشم از وی روایت کرده اند (۱).

۳- اسماعیل بن موسی: اسماعیل بن موسی بن جعفر بن محمد بن علی بن الحسین علیهم السلام، در مصر متولد شده است (۲)؛ گرچه در کتب رجالی به وثاقت او تصریح نشده است، ولی بدون تردید وی فردی ثقه و والا مقام بوده است (۳).

برای اثبات وثاقت اسماعیل بن موسی به چند مطلب می توان اشاره کرد (۴):

اول، در سال ۲۱۰ هجری به فرمان جواد الائمه علیه السلام بر پیکر عالم برجسته صفوان بن یحیی نماز خوانده است (۵).

لازم به یادآوری است در سند روایت کَشّی، فردی به نام جعفر بن محمد بن اسماعیل قرار دارد که مورد ستایش یا نکوهش قرار نگرفته است (۶) و به همین جهت مجهول به حساب آمده (۷)، روایاتش پذیرفته نشده است (۸).

علامه خویی ضمن اشاره به همین مطلب، بر این باورند روایت کَشّی که حاکی از خواندن نماز توسط اسماعیل بر پیکر صفوان بن یحیی به فرمان حضرت جواد علیه السلام است حجیت نداشته، نمی توان از آن وثاقت اسماعیل را اثبات کرد (۹).

در برابر، مرحوم استاد ما مدعی اند گرچه توثیق خاصی در باره جعفر بن محمد بن

اسماعیل وجود ندارد، ولی ایوب بن نوح از او روایت کرده است، کسی که وکیل امام هادی و امام عسکری علیهما السلام و امین آنهاست (۱۰) و این خود حکایت از وثاقت جعفر بن محمد بن اسماعیل دارد.

ص: ۵۱۷

-
- ۱- راوندی، نوادر، ص ۵۹-۶۰.
 - ۲- رجال نجاشی، ص ۲۶، شماره ۴۸.
 - ۳- مشایخ الثقات، ص ۱۲۷.
 - ۴- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: الفوائد الرجالیه، ۲/۱۲۰؛ طرائف المقال، ۱/۲۸۴، شماره ۱۹۳۵؛ تهذیب المقال، ۲/۳۹۲؛ اصول علم الرجال، ص ۳۲۴.
 - ۵- اختیار معرفه الرجال، ۲/۷۹۲، شماره ۹۶۱.
 - ۶- التحریر الطاووسی، ص ۳۰۳.
 - ۷- نقد الرجال، ۱/۲۱۵، شماره ۴۹۰.
 - ۸- طرائف المقال، ۱/۲۸۸، شماره ۱۹۸۲.
 - ۹- معجم رجال الحدیث، ۴/۱۰۱.
 - ۱۰- تهذیب المقال، ۱/۴۵۹.

دوم، امام موسی بن جعفر علیه السلام در وصیت خود پس از علی، ابراهیم و قاسم، او را مقلد بر سایر برادرانش قرار داده، متولی موقوفات خود می کند (۱).

علامه خوئی مدعی است که این مطلب نمی تواند وثاقت جعفر بن محمد را اثبات کند، بلکه تنها بر این نکته اشاره دارد که وی فرد خیانت کاری نبوده، صلاحیت اداره موقوفات را دارد (۲).

اما به نظر نمی رسد این ایراد وارد باشد، زیرا اعتبار توثیق عملی، کمتر از توثیق گفتاری نبوده، میان آنها تلازمی عادی و عرفی وجود دارد.

سوم، شیخ مفید در وصف فرزندان امام موسی بن جعفر علیه السلام می نویسد: «و لکل واحد

من اولاد ابی الحسن موسی بن جعفر علیهما السلام فضل و منقبه مشهوره و کان الرضا المقدم علیهم فی الفضل حسب ما ذکرناه» (۳).

چهارم، از اصحاب پدرش امام موسی بن جعفر علیه السلام بوده، و از ایشان روایت می کند که نتیجه آن تألیف چندین کتاب است، چون کتاب طهارت، صلاه، زکات، صوم، حج، جناز، طلاق، نکاح، حدود، دعاء، سنن و آداب، رؤیا (۴).

پنجم، ملازم و همراه امام کاظم علیه السلام در سفر عمره بوده است (۵).

ششم، از جمله روات کتاب مزار کبیر است (۶) که مؤلف آن (شیخ محمد مشهدی) شهادت به وثاقت تمامی روات آن داده است (۷).

هفتم، از جمله روات کتاب کامل زیارت است که ابن قولویه شهادت بر توثیق آنها داده است (۸).

هشتم، عالم بزرگوار ابن طاووس در توصیف روایات کتاب جعفریات و سند آنها

ص: ۵۱۸

۱- الکافی، ۷/۵۳-۵۴، شماره ۸؛ عیون اخبار الرضا علیه السلام، ۲/۴۴-۴۵، شماره ۲.

۲- معجم رجال الحدیث، ۱/۲۷۵ و ۴/۱۰۱-۱۰۲.

۳- ارشاد، ۲/۲۴۶.

۴- رجال نجاشی، ص ۲۶، شماره ۴۸.

۵- اختیار معرفه الرجال، ۲/۷۳۶، شماره ۸۲۳؛ الصراط المستقیم، ۲/۱۹۳، شماره ۲۸.

۶- مزار، ۴/۳۳، شماره ۶.

۷- اصول علم الرجال، ص ۲۰۹، شماره ۶۵.

۸- کامل زیارات، ص ۴۶، شماره ۲۲؛ معجم الثقات، ص ۲۱۲، شماره ۲۵.

می نویسد: «رأيت و رويت في كتاب الجعفریات و هي الف حديث باسناد واحد عظیم الشأن الی مولانا موسی بن جعفر علیهما السلام عن مولانا جعفر بن محمد عن مولانا محمد بن علی عن مولانا علی بن الحسین عن مولانا الحسین عن مولانا علی بن ابی طالب صلوات الله علیهم اجمعین»^(۱).

به هر حال، گرچه این مطالب از یک درجه از اهمیت و دلالت برخوردار نیستند، ولی از مجموع آنها می توان وثاقت و جلالت وی را به دست آورد.

سوم، مضمون کتاب: از جمله مطالب قابل بحث درباره کتاب جعفریات آن است که آیا تمامی آنچه امروز در دسترس ما قرار گرفته و توسط محدث نوری نقل شده، همان کتاب جعفریات محل بحث است یا نه؟

از بررسی متن موجود جعفریات با آنچه در کتاب های فقهی و روایی از این کتاب نقل شده است، اطمینان قوی حاصل می شود که متن موجود همان کتاب جعفریات است که پیش از این درباره آن سخن گفتیم.

بنابر این، روایات کتاب جعفریات از نظر سندی معتبر است، ولی این بدان معنا نیست که بتوان به همه روایات آن عمل کرد، زیرا در صورت تعارض با سایر روایات می باید به قواعد باب تعارض رجوع کرد.

۱۲- روایت منقری

سند کلینی: «علی بن ابراهیم عن ابیه و علی بن محمد القاسانی عن القاسم بن محمد الجوهری عن سلیمان بن داود المنقری، قال»^(۲).

۱- علی بن ابراهیم: علی بن ابراهیم بن هاشم قمی، ثقة است^(۳).

۲- ابیه (ابراهیم بن هاشم): ابراهیم بن هاشم قمی، ثقة است^(۴).

۳- علی بن محمد قاسانی: علی بن محمد قاسانی را شیخ طوسی تضعیف کرده

ص: ۵۱۹

۱- اقبال الاعمال، ۲۸/۱-۲۹.

۲- الکافی، ۴۰/۶، شماره ۴.

۳- وسائل الشیعه، ۲۵۵/۲۰، شماره ۷۵۸.

۴- وسائل الشیعه، ۲۴/۲۰، شماره ۴۹.

است (۱)، اما اگر وی متحد با علی بن محمد بن شیره قاشانی باشد که به نظر نیز چنین می‌رسد، فردی قابل اعتماد خواهد بود، زیرا شیخ طوسی او را توثیق کرده و نجاشی نیز او را فردی فقیه، فاضل توصیف کرده است (۲).

البته روشن است که چون ابراهیم بن هاشم و علی بن محمد قاسانی هر دو در یک طبقه قرار دارند، ضعیف بودن قاسانی ضروری به صحت روایت نمی‌زند.

۴- قاسم بن محمد جوهری: در منابع رجالی، تنها ابن داود در رجال خود قاسم بن محمد را توثیق کرده است (۳).

گرچه در متون متأخر، توثیق ابن داود مورد خدشه قرار گرفته است (۴)، ولی صرف نظر

از آن، وی از مشایخ ابن ابی عمیر و صفوان بن یحیی بوده، ابن قولویه نیز در کامل الزیارات از او روایت کرده است (۵)؛ بنابراین، ضعیف شمردن وی درست به نظر نمی‌رسد (۶).

۵- سلیمان بن داود منقری: سلیمان بن داود منقری ابو ایوب شاذکونی، ثقه است، زیرا افزون بر توثیق نجاشی (۷)، از جمله روات کتاب نوادر الحکمه است که مورد استثناء ابن ولید قرار نگرفته، همچنین در سلسله سند روایات کتاب تفسیر علی بن ابراهیم قمی قرار دارد (۸) و تضعیف ابن غضائری، علامه حلی و مرحوم مجلسی آسیبی به وثاقت وی

نمی‌زند (۹).

سند شیخ طوسی: محقق طوسی نیز این روایت را با همین سند از کلینی نقل کرده

است (۱۰).

ص: ۵۲۰

۱- رجال طوسی، ص ۳۸۸، شماره ۵۷۱۲؛ طرائف المقال، ۲/۱۹۱، شماره ۳۶۳.

۲- رجال نجاشی، ص ۲۵۵، شماره ۶۶۹.

۳- رجال ابن داود، ص ۱۵۴، شماره ۱۲۱۹.

۴- نقد الرجال، ص ۴۷؛ معجم رجال الحدیث، ۱۵/۵۶-۵۷.

۵- کامل الزیارات، ص ۷۸، شماره ۱۷۹.

۶- اصحاب الامام الصادق علیه السلام، ص ۵۹۳، شماره ۲۶۳۸.

۷- رجال نجاشی، ص ۱۸۴، شماره ۴۸۸.

۸- ر.ک: اصول علم الرجال، ص ۱۴۰ و ۱۶۹.

۹- ر.ک: معجم رجال الحدیث، ۹/۲۶۹.

۱۰- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۷، شماره ۳۶۲.

سند صدوق: «روی سلیمان بن داود المنقری عن عبد العزیز بن محمد قال»^(۱).

۱- سلیمان بن داود منقری: موثق است.

۲- عبد العزیز بن محمد: به قرینه سایر روایات^(۲)، مراد عبد العزیز بن محمد دراوندی (دراوردی) است و آن گونه که شیخ طوسی بیان کرده، وی در سال ۱۸۶ هجری از دنیا رفته است^(۳).

گرچه درباره وی هیچ توصیفی در متون رجالی وجود ندارد، اما او از جمله روایت کتاب نوادر الحکمه است^(۴).

طریق صدوق به سلیمان بن داود^(۵) با توجه به اختلافی که در مورد قاسم بن محمد اصبهانی (جوهری) وجود دارد، صحیح.

لازم به یادآوری است، علامه حلی روایت منقری را در کتاب تذکره الفقهاء از حضرت رضا علیه السلام نقل کرده است^(۶) که درست نخواهد بود.

نتیجه اینکه روایت منقری از نظر سند معتبر است و نیازی به ادعای جبران ضعف آن به عمل فقها - آن گونه که برخی مدعی اند^(۷) - نیست.

۱۳- روایت عبد الوهاب بن الصباح

پیش از این در شماره ۱ سند این روایت بررسی شد.

۱۴- روایت سماعه

پیش از این در شماره ۲ سند این روایت بررسی شد.

۱۵- روایت ابن ابی یعفور

سند شیخ طوسی: شیخ طوسی این روایت را با سه سند و با اندکی تفاوت در متن، نقل می کند:

ص: ۵۲۱

۱- من لا یحضره الفقیه، ۳/۱۳۹، شماره ۳۵۱۰.

۲- تهذیب الاحکام، ۶/۲۹۴، شماره ۸۱۹ و ص ۳۱۱، شماره ۸۵۹.

۳- رجال شیخ طوسی، ص ۲۳۹، شماره ۳۲۸۰؛ طرائف المقال، ۱/۵۰۵، شماره ۴۶۰۹.

۴- اصول علم الرجال، ص ۱۴۱، شماره ۲۸۲.

۵- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۴/۶۵.

۶- ر.ک: تذکره الفقهاء، ۲/۶۲۷.

سند اول: عنه (علی بن الحسن بن فضال) عن السندي عن ابن ابی عمیر عن اسحاق بن عمار عن ابن ابی یعفر عن ابی عبد الله عليه السلام»(۱).

۱- علی بن حسن بن فضال: علی بن حسن بن علی بن فضال، ابو الحسن کوفی، از بزرگان اصحاب ائمه عليهم السلام است که به رغم وابستگی به فرقه فطحیه، بدون شک ثقه و احادیش معتبر است(۲).

۲- سندي: این عنوان مردد بین چند نفر است که تمییز آن قرینه به راوی و مروی از اوست.

سندي بن ربیع از ابن ابی عمیر روایت کرده و علی بن الحسن بن فضال نیز از او روایت می کند؛ اما سندي بن محمد بزاز اگرچه علی بن الحسن بن فضال از او روایت می کند، ولی وی از ابن ابی عمیر روایتی ندارد.

بنابر این، بعید نیست که «سندي» واقع در این حدیث، همان سندي بن الربیع باشد؛ شاهد بر این مدعا، روایتی است که محقق طوسی در باب «من اوصی بجزء من ماله» کتاب استبصار به این سند نقل می کند: «علی بن الحسن بن فضال عن السندي بن الربیع عن محمد بن ابی عمیر...»(۳)؛ سندي بن الربیع در کتب رجالی توثیق نشده است، بلکه ابن داود او را مهمل دانسته است(۴).

البته یادآوری این نکته نیز ضروری است که سندي بن ربیع از جمله روات کتاب نوادر الحکمه است(۵).

۳- ابن ابی عمیر: ثقه است.

۴- اسحاق بن عمار: اسحاق بن عمار از اصحاب امام کاظم عليه السلام و از پیروان فرقه فطحیه است. وی فردی ثقه و دارای کتابی قابل اعتماد است(۶).

۵- ابن ابی یعفر: عبد الله بن ابی یعفر، ثقه و از بزرگان اصحاب امام صادق عليه السلام

ص: ۵۲۲

۱- تهذیب الاحکام، ۹/۲۴۴، شماره ۹۴۷.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۶۰، شماره ۷۸۵.

۳- الإستبصار، ۴/۱۳۲، شماره ۴۹۷.

۴- رجال ابن داود، ص ۱۰۷، شماره ۷۳۶.

۵- اصول علم الرجال، ص ۱۴۰، شماره ۲۴۵.

۶- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۳۷، شماره ۱۳۵.

است (۱).

طریق شیخ طوسی به حسن بن علی بن فضال (۲) صحیح است (۳).

سند دوم: «عنه (الحسین بن سعید) عن عبد الله بن ابی خلف عن بعض اصحابنا عن اسحاق بن عمار عن ابی عبد الله علیه السلام» (۴).

هرچند طریق شیخ طوسی به حسین بن سعید صحیح است (۵)، ولی این روایت به واسطه ارسال و مجهول بودن عبد الله بن ابی خلف (۶) از نظر سندی فاقد اعتبار است.

سند سوم: «محمد بن احمد بن یحیی عن محمد بن عیسی عن ابن ابی عمیر عن بعض اصحابنا عن عبد الله بن ابی یعفر، قال» (۷).

۱- محمد بن احمد بن یحیی: محمد بن احمد بن یحیی بن عمران اشعری قمی، بزرگوار و ثقه است، و اگر تردیدی باشد در برخی از افرادی است که او از آنها روایت کرده است (۸).

۲- محمد بن عیسی: محمد بن عیسی بن عبید بن یقظین ابو جعفر عبیدی، ثقه و احادیث فراوانی را نقل کرده است (۹).

۳- ابن ابی عمیر: ثقه است.

۴- بعض اصحابنا:

۵- عبد الله بن ابی یعفر: ثقه است.

طریق شیخ طوسی به محمد بن احمد بن یحیی (۱۰) صحیح است (۱۱).

این روایت به رغم ارسال، از نظر سندی قابل اعتماد است، زیرا مراسلات ابن ابی عمیر همچون مسانید او معتبر است.

ص: ۵۲۳

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۳۲، شماره ۶۶۳.

۲- تهذیب الاحکام، مشیخه، ۱۰/۵۵-۵۶.

۳- معجم رجال الحدیث، ۶/۵۴.

۴- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۶، شماره ۳۵۹.

۵- معجم رجال الحدیث، ۶/۲۶۷.

۶- رجال نجاشی، ص ۱۷۷.

- ٧- تهذيب الاحكام، ٧/٤٤٧، شماره ١٧٩٢.
- ٨- وسائل الشيعه، ٢٠/٣١٥، شماره ٩٨٢.
- ٩- وسائل الشيعه، ٢٠/٣٣٨، شماره ١٠٩٧؛ معجم رجال الحديث، ١٧/١١٠-١٢٠.
- ١٠- تهذيب الاحكام، مشيخه، ١٠/٧٣-٧٤.
- ١١- معجم رجال الحديث، ١٥/٤٩.

سند کلینی: «علی عن ابيه عن ابن ابی عمیر عن بعض اصحابنا عن ابن ابی یغفور عن ابی عبد الله علیه السلام» (۱).

پیش از این درباره درستی این سند توضیح دادیم.

سند صدوق: صدوق این حدیث را بدون سند و تنها به عنوان قضاوت حضرت امیر علیه السلام، نقل کرده است (۲).

بنابر این، روایت ابن ابی یغفور به نقل شیخ طوسی و کلینی از نظر سندی معتبر است.

۱۶- روایت ابن ابی عمیر

سند شیخ طوسی: «علی بن الحسن بن فضال عن یعقوب بن یزید عن محمد بن ابی عمیر عن بعض اصحابنا عن ابی عبد الله علیه السلام» (۳).

۱- علی بن حسن بن فضال: ثقه است.

۲- یعقوب بن یزید: یعقوب بن یزید بن حماد انباری، ابو یوسف کاتب، قابل اعتماد و بسیار راستگو است (۴).

۳- محمد بن ابی عمیر: ثقه است.

۴- عن بعض اصحابنا:

همچنان که گذشت، روایت ابن ابی عمیر هرچند مرسل است، ولی از نظر سندی معتبر است، زیرا مرسلات ابن ابی عمیر ثقه که جز از ثقات روایت نمی کند، معتبر است.

۱۷- روایت داود بن حصین

سند کلینی: «ابو علی اشعری عن الحسن بن علی عن العباس بن عامر عن داود بن الحصین عن ابی عبد الله علیه السلام» (۵).

۱- ابو علی اشعری: احمد بن ادريس بن احمد، ابو علی اشعری قمی، از اصحاب امام عسکری علیه السلام و فقهای بزرگ شیعه، شیخ کلینی بوده و از جایگاه ممتازی برخوردار

ص: ۵۲۴

۱- الکافی، ۶/۴۱، شماره ۵.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۸۰، شماره ۴۶۸۵.

۳- تهذیب الاحکام، ۹/۲۴۴، شماره ۹۴۶.

۴- وسائل الشیعه، ۲۰/۳۶۸، شماره ۱۲۷۸.

است (۱).

۲- حسن بن علی: مراد از این عنوان به قرینه راوی و مروی عنه، همچنین نقل وافی، حسن بن علی کوفی (۲) (حسن بن علی بن عبد الله بن مغیره بجلی) (۳) است که بسیار موثق و قابل اعتماد است (۴).

۳- عباس بن عامر: عباس بن عامر بن رباح، ابو الفضل ثقفی قصبانی، از راویانی است که احادیث فراوانی را نقل کرده، بسیار راستگو و ثقه است (۵).

۴- داود بن حصین: داود بن حصین اسدی، از اصحاب امام صادق و کاظم علیهما السلام بوده، نجاشی او را توثیق کرده است و ادعای علامه حلی مبنی بر اینکه وی از پیروان فرقه واقفیه است، بر فرض صحت، آسیبی به ثقه بودن او نمی زند، چرا که توثیق قولی با فساد در عقیده قابل جمع است؛ بنابراین وی ثقه است (۶).

سند شیخ طوسی: شیخ طوسی این روایت را از کلینی و با همین سند نقل کرده است (۷).

سند صدوق: «عباس بن عامر القصبانی عن داود بن الحصین» (۸).

صدوق دو طریق به عباس بن عامر دارد (۹) که در آنها علی بن الحسن و جعفر بن علی قرار دارند و برخی به واسطه مجهول بودن آنها، این دو طریق را ضعیف شمرده اند (۱۰).

ولی به نظر ما این اشکال وارد نیست، زیرا جعفر بن علی بن حسن کوفی از مشایخ صدوق بوده که از او با ترحم و ترضی (رحمه الله - رضی الله عنه) یاد می کند (۱۱) و علی بن

ص: ۵۲۵

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۲۶، شماره ۶۴؛ معجم رجال الحدیث، ۲۱/۲۴۴-۲۴۷.

۲- الوافی، ابواب الولادات، ص ۲۰۹.

۳- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: معجم رجال الحدیث، ۴۰/۵-۴۲ و ۶۹-۷۰.

۴- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۶۸، شماره ۳۱۷.

۵- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۲۳، شماره ۶۱۳.

۶- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۸۹، شماره ۴۵۵.

۷- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۴، شماره ۳۵۲.

۸- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۴، شماره ۱۳۰۲.

۹- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۴/۱۰۷-۱۰۸.

۱۰- معجم رجال الحدیث، ۹/۲۲۸.

۱۱- ر.ک: الخصال، ص ۴۰، شماره ۲۸ و ص ۹۸، شماره ۴۶ و ص ۱۱۲، شماره ۸۸؛ صدوق، الامالی، ص ۶۷۳، شماره ۹۰۸/۱۰.

حسن کوفی (علی بن حسن بن علی بن عبد الله بن مغیره) دارای کتاب است و بزرگانی چون محمد بن یحیی، احمد بن ادریس، ابو علی اشعری، صفار، سعد بن عبد الله از او روایت می کنند^(۱) و مرحوم بهبهانی نیز مدعی است از عبارت صدوق توثیق وی به دست می آید^(۲).

بنابر این، روایت داود بن حصین از نظر سندی معتبر است، هرچند از نظر متن میان آنچه شیخ طوسی و صدوق نقل کرده اند، اندکی تفاوت وجود دارد.

۱۸- روایت کنانی

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن محمد بن اسماعیل عن محمد بن الفضیل عن ابی الصباح الکنانی عن ابی عبد الله علیه السلام»^(۳).

۱- محمد بن یحیی: محمد بن یحیی ابوجعفر عطار قمی ثقه است.

۲- احمد بن محمد: به قرینه سایر روایات مراد احمد بن محمد بن عیسی و ثقه

است.

۳- محمد بن اسماعیل: محمد بن اسماعیل بن بزیر از صالحان شیعه، ثقه و کثیر

العمل است^(۴).

۴- محمد بن فضیل: با توجه به روایت او از کنانی، مراد محمد بن فضیل بن کثیر ازدی صیرفی است.

شیخ طوسی از جمله اصحاب امام صادق علیه السلام از محمد بن فضیل بن کثیر ازدی کوفی صیرفی نام می برد؛ سپس در اصحاب امام کاظم علیه السلام از محمد بن فضیل کوفی ازدی نام برده، او را ضعیف می داند؛ و سرانجام در اصحاب حضرت رضا علیه السلام از محمد بن فضیل ازدی صیرفی نام برده، درباره وی می نویسد: «یرمی بالغلو»^(۵).

با دقت در این توصیفات چنین به دست می آید:

ص: ۵۲۶

۱- ر.ک: تهذیب المقال، ۲/۱۹۴.

۲- ر.ک: معجم الثقات، ص ۳۱۹، شماره ۵۶۶.

۳- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۲.

۴- وسائل الشیعه، ۲۰/۳۱۷، شماره ۹۸۶.

اولاً، این سه عنوان نام یک نفر است که محضر سه امام معصوم علیه السلام را درک کرده است (۱).

ثانیاً، تضعیف محمد بن فضیل ناشی از اتهام غلو است.

ثالثاً، از نظر شیخ طوسی اتهام غلو محمد بن فضیل ثابت نشده، از این رو با صیغه مجهول از آن یاد می کند.

به نظر ما، غلو به معنایی که مستلزم انکار توحید و اعتقاد به الوهیت امیرالمؤمنین و

سایر ائمه علیهم السلام باشد در حق وی قابل اثبات نیست؛ افزون بر اینکه شواهدی بر وثاقت او نیز وجود دارد، چون وقوع در سلسله روایات کتاب های تفسیر قمی، نوادر الحکمه (۲) و کامل الزیارات (۳).

همچنین شیخ مفید از جمله «الاعلام الرؤسا المأخوذ عنهم الحلال و الحرام و الفتیا و الاحکام الذین لایطعن علیهم و لا طریق الی ذم واحد منهم و هم اصحاب الاصول المدونه و المصنفات المشهوره» از محمد بن فضیل صیرفی نام می برد (۴).

۵- ابی الصباح الکنانی: ابراهیم بن نعیم عبدی ابوالصبح کنانی، ثقه و از بزرگان فضلاء و فقهاء عصر خود است (۵).

سند شیخ طوسی: شیخ طوسی در دو کتاب تهذیب و استبصار این روایت را از کلینی و با همین سند نقل می کند (۶).

۱۹- روایت ابی العباس

سند کلینی: «الحسین بن محمد عن معلی بن محمد عن الحسن بن علی الوشاء عن ابان عن فضل ابی العباس، قال» (۷).

ص: ۵۲۷

-
- ۱- معجم رجال الحدیث، ۱۵۰/۱۸-۱۵۱.
 - ۲- اصول علم الرجال، ص ۱۴۵ و ۱۷۱.
 - ۳- ر.ک: کامل الزیارات، ص ۲۲۴-۲۲۵، شماره ۳۳۱ و ص ۲۹۳، شماره ۴۸۰ و ص ۳۵۴، شماره ۶۰۹ و ص ۵۴۶، شماره ۸۳۶ و ص ۴۹۵، شماره ۷۶۶.
 - ۴- رساله الرد علی اصحاب العدد.
 - ۵- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۲۴، شماره ۴۸.
 - ۶- تهذیب الاحکام، ۸/۱۳۴، شماره ۶۴۵؛ الاستبصار، ۳/۳۲۰، شماره ۱۱۴۱.
 - ۷- الکافی، ۶/۴۴، شماره ۱.

۱- حسین بن محمد: حسین بن محمد بن عمران بن ابی بکر اشعری قمی (حسین بن احمد بن عامر اشعری) از بزرگان مشایخ کلینی و ثقة است (۱).

۲- معلی بن محمد: معلی بن محمد بصری ابو الحسن، در کلام نجاشی و ابن غضائری به اضطراب در حدیث و مذهب، همچنین روایت از ضعفاء متهم شده است (۲)؛ این اتهام بر فرض صحت، آسیبی به وثاقت وی نمی زند (۳)، به خصوص که از مشایخ اجازه بوده و کلینی احادیث زیادی از او نقل می کند؛ افزون بر این، روایاتی که دلالت بر اضطراب او در حدیث و مذهبش بکنند، وجود ندارد (۴)؛ همچنان که از جمله ثقات علی بن ابراهیم در تفسیر نیز هست (۵).

۳- حسن بن علی و شاء: حسن بن علی بن زیاد و شاء، ابو محمد صیرفی، از بهترین یاران حضرت رضا علیه السلام و از بزرگان شیعه است (۶).

۴- ابان: به قرینه سایر روایات، مراد: ابان بن عثمان احمر بجلی، از اصحاب اجماع و ثقة است (۷).

۵- فضل ابی العباس: فضل بن عبد الملک، ابو العباس بقباق، از روات امام صادق علیه السلام بوده، ثقة و قابل اعتماد است (۸).

سند شیخ طوسی: شیخ طوسی این روایت را در دو کتاب تهذیب و استبصار از کلینی با کمی اختلاف در متن نقل کرده، اما در استبصار عبارت «عن ابان» در سند آن وجود

ندارد (۹).

بنابر این، روایت فضل بن ابی العباس از نظر سندی معتبر است.

ص: ۵۲۸

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۷۸، شماره ۳۸۶؛ معجم رجال الحدیث، ۶/۷۶.

۲- رجال نجاشی، ص ۴۱۸، شماره ۱۱۱۷؛ معجم الرجال، ۶/۱۱۳.

۳- معجم رجال الحدیث، ۱۸/۲۵۸.

۴- الفوائد الرجالیه، ۳/۳۳۹.

۵- ر.ک: اصول علم الرجال، ص ۱۷۱، شماره ۲۳۴.

۶- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۶۷، شماره ۳۱۵.

۷- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۱۷، شماره ۶.

۸- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۹۳، شماره ۹۰۸.

۹- تهذیب الاحکام، ۸/۱۰۵، شماره ۳۵۳؛ الاستبصار، ۳/۳۲۰، شماره ۱۱۴۰.

سند کلینی: «علی عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن ابی عبدالله علیه السلام» (۱).

همچنان که پیش از این گذشت، روات این حدیث همگی ثقه هستند؛ بنابر این، روایت حلبی از نظر سندی معتبر است.

۲۱- روایت کنانی

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن محمد بن اسماعیل و الحسين بن سعيد جميعا عن محمد بن الفضيل عن ابی الصباح الكنانی عن ابی عبد الله علیه السلام» (۲).

این سند همان سند روایت ابو الصباح کنانی است که در شماره ۱۸ توضیح آن گذشت، با این تفاوت که در اینجا محمد بن اسماعیل و حسین بن سعید با هم از محمد بن فضیل روایت کرده اند.

لازم به یادآوری است، افزون بر این روایت، روایات دیگری نیز با مضمونی مشابه، از حضرت صادق علیه السلام نقل شده که راوی بیشتر آنها ابی الصباح کنانی است.

عنه (الحسين بن السعيد) عن محمد بن الفضيل عن ابی الصباح الكنانی، قال: سألت ابا عبد الله علیه السلام عن قول الله عزوجل «لا تضار والده بولدها و لا مولود له بولده»، قال: «كانت المراضع تدفع احديهن الرجل إذا أراد الرجل الجماع، تقول: لا ادعك، إني أخاف عن أحبل فاقتل ولدي هذا الذي ارضعه و كان الرجل تدعوه امرأته، فيقول: إني أخاف أن أجامعك فاقتل ولدي، فيدعها و لا يجامعها فهي الله عن ذلك أن يضارّ الرجل المرأه و المرأه الرجل» (۳).

قوله «لا تضار والده بولدها و لا مولود له بولده»، فإنه حدثني أبي عن محمد بن الفضيل عن ابی الصباح الكنانی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: «لا ينبغي للرجل أن يمتنع من جماع المرأه فيضار بها، إذا كان لها ولد مرضع و يقول لها: لا أقربك، فأني أخاف عليك الحبل، فتقتلين ولدي و كذا المرأه، لا يحل لها أن تمتنع عن الرجل، فتقول: إني أخاف أن أحبل فاقتل ولدي، فهذه المضاره في الجماع على الرجل

ص: ۵۲۹

۱- الكافي، ۶/۱۰۳، شماره ۳.

۲- الكافي، ۶/۴۱، شماره ۶.

۳- تهذيب الاحكام، ۷/۴۱۷، شماره ۱۶۷۳؛ همچنين رك: تهذيب الاحكام، ۸/۱۰۷-۱۰۸، شماره ۳۶۴.

عن الحلبي، قال ابو عبد الله عليه السلام: «لاتضار والده بولدها و لا- مولود له بولده»، قال: «كانت المراه ممن ترفع يدها الى الرجل إذا أراد مجامعتها فتقول: لا- أدعك، إني أخاف أن أحمل على ولدي و يقول الرجل للمراه لا أجامعك إني أخاف أن تعلقى فاقتل ولدي، فنهى الله أن يضارّ الرجل المراه و المراه الرجل»(۲).

جميل بن دراج، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن قول الله «لاتضار والده بولدها و لامولود له

بولده»، قال: «الجماع»(۳).

۲۲- روایت حلبی

پیش از این در شماره ۲۰ سند این روایت بررسی شد.

۲۳- روایت ابي بصير

سند صدوق: «علی بن ابي حمزه عن ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام»(۴).

۱- علی بن ابي حمزه: علی بن ابي حمزه بطائنی از پیروان واقفیه و در کتب رجالی ضعیف شمرده شده است، هرچند کتابش مورد اعتماد و روایات او از ابو بصیر نیز دارای اعتبار است(۵).

همان گونه که از مطالب بالا به دست می آید، وی متهم به فساد مذهب و توقف در امر امامت حضرت رضا علیه السلام است، بعد از آنکه از وکلای حضرت کاظم علیه السلام بوده است(۶)، گرچه در متون روایی ما احادیثی وجود دارد حاکی از رجوع او از توقفش و اقرار به امامت حضرت رضا علیه السلام(۷).

اگر بپذیریم که او دست از توقف برداشته - همچون بسیاری از واقفیه معاصر خود - بی شک اخذ به روایات او صحیح خواهد بود و اگر در بازگشت وی تردید داشته باشیم،

ص: ۵۳۰

۱- تفسیر القمی، ۱/۷۶.

۲- تفسیر العیاشی، ۱/۱۲۰، شماره ۳۸۲.

۳- تفسیر العیاشی، ۱/۱۲۰، شماره ۳۸۱.

۴- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۰۹، شماره ۴۷۸۸.

۵- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۵۵، شماره ۷۶۱.

۶- شیخ طوسی، الغیبه، ص ۴۲؛ اختیار معرفه الرجال، ۲/۷۴۳، شماره ۸۳۴.

٧- نعماني، الغيبه، ص ٩٦، شماره ٢٨؛ رجال كشي، ص ٣٢٥، شماره ٢٦٤.

از آن جهت که سند روایاتی که حاکی از رجوع اوست یا به خود وی منتهی می شود و یا به پسرش حسن که از پدر ضعیف تر است؛ باید پذیرفت که او با فساد مذهبی که داشته از دنیا رفته است؛ ولی همچنان که معلوم است، فساد عقیده خللی به وثاقت گفتاری راوی نمی زند، و بر همین اساس روایات بسیاری از واقفیه پذیرفته شده است.

مؤید وثاقت گفتاری بطائی، افزون بر سخن شیخ طوسی (۱) و محقق حلی (۲) درباره او،

وقوع در اسناد تفسیر قمی، نوادر الحکمه و مزار کبیر بوده و بزرگان اصحاب چون صفوان بن یحیی و ابن ابی عمیر از وی روایت کرده اند.

۲- ابو بصیر: یحیی بن قاسم، ابو بصیر اسدی، از اصحاب امام باقر و امام صادق علیهما السلام، ثقه است (۳).

طریق صدوق به علی بن ابی حمزه (۴) صحیح است (۵).

بنابر این، روایت ابو بصیر از نظر سندی معتبر است.

لازم به یادآوری است، عیاشی همین حدیث را با اندکی تفاوت از حلبی از امام صادق علیه السلام نقل می کند (۶).

۲۴- روایت عیاشی

سند عیاشی: «عن العلاء عن محمد بن مسلم عن احدهما» (۷).

این روایت با توجه به نسخه های موجود از کتاب تفسیر عیاشی، به واسطه مجهول بودن واسطه میان عیاشی و علاء، معتبر نیست.

۲۵- روایت دعائم الاسلام

پیش از این، در توضیح روایت شماره ۷، درباره اعتبار روایات کتاب دعائم الاسلام بحث کردیم.

ص: ۵۳۱

۱- عُده الأصول، ۱/۳۸۱.

۲- المعتبر، ۱/۹۴.

۳- وسائل الشیعه، ۲۰/۳۶۶، شماره ۱۲۶۲.

۴- من لا یحضره الفقیه، شرح مشیخه، ۴/۸۷-۸۸.

۵- معجم رجال الحدیث، ۱۲/۲۴۷.

۶- تفسیر العیاشی، ۱/۱۲۰، شماره ۳۸۵.

۲۶- روایت محمد بن ابی عمیر

پیش از این در شماره ۱۶ سند این روایت بررسی شد.

۲۷- روایت ابن ابی یعفور

پیش از این در شماره ۱۵ سند این روایت بررسی شد.

۲۸- روایت اول حلبی

سند کلینی: «علی بن ابرهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن ابی عبد الله عليه السلام» (۱).

این سند، همان سند روایت حلبی است که توضیح آن در شماره ۲۰ گذشت.

۲۹- روایت دوم حلبی

پیش از این در شماره ۲۰ سند این روایت بررسی شد.

۳۰- روایت ابی بصیر

پیش از این در شماره ۲۳ سند این روایت بررسی شد.

۳۱- روایت دعائم الاسلام

پیش از این، در توضیح روایت شماره ۷، درباره اعتبار روایات کتاب دعائم الاسلام بحث کردیم.

۳۲- روایت عیاشی

این روایت را عیاشی از ابی الصباح نقل می کند (۲) که به واسطه مجهول بودن واسطه، معتبر نیست.

۳۳- روایت داود بن حصین

سند صدوق: «روی داود بن الحصین عن ابی عبد الله عليه السلام» (۳).

طریق صدوق به داود بن حصین (۴) صحیح است، زیرا حکم بن مسکین گرچه توثیق نشده، ولی بزرگانی از اصحاب ائمه علیهم السلام چون محمد بن ابی عمیر، بزندی، حسین بن

١- الكافي، ٤١/٤، شماره ٤٠٤.

٢- تفسير العياشي، ١٠٠/١، شماره ٣٨٤.

٣- من لا يحضره الفقيه، ٤٧٤/٣، شماره ٤٤٤٧.

٤- من لا يحضره الفقيه، مشيخه، ٤٤/٤.

محبوب، معاویه بن حکیم، محمد بن حسین ابی الخطاب از او نقل حدیث کرده اند^(۱)؛ بنابراین، نمی توان عدم توثیق حکم بن مسکین را دلیلی بر ضعف طریق صدوق دانست^(۲).

سند شیخ طوسی: «محمد بن احمد بن یحیی عن محمد بن الحسین عن العباس بن عامر عن داود بن الحصین عن ابی عبد الله علیه السلام»^(۳).

۱- محمد بن احمد بن یحیی: ثقه است.

۲- محمد بن حسین: محمد بن حسین بن ابی الخطاب، ابو جعفر زیات همدانی، از بزرگان روات، دارای روایات فراوان و ثقه است^(۴).

۳- عباس بن عامر: ثقه است.

۴- داود بن حصین: ثقه است.

بنابر این، روایت داود بن حصین به سند صدوق و شیخ طوسی معتبر است.

بررسی روایات بخش دوم

۳۴- روایت حلبی

پیش از این در شماره ۲۰ سند این روایت بررسی شد.

۳۵- روایت ابوبصیر

پیش از این در شماره ۲۳ سند این روایت بررسی شد.

۳۶- روایت دعائم الاسلام

پیش از این، در توضیح روایت شماره ۷، درباره اعتبار روایات کتاب دعائم الاسلام بحث کردیم.

۳۷- روایت کنانی

ص: ۵۳۳

۱- تهذیب المقال، ۵/۱۷۷.

۲- معجم رجال الحدیث، ۸/۱۰۳.

۳- الإستبصار، ۳/۱۹۸، شماره ۷۱۶.

پیش از این در شماره ۱۸ سند این روایت بررسی شد.

۳۸- روایت أبي العباس

پیش از این در شماره ۱۹ سند این روایت بررسی شد.

۳۹- روایت ابی العباس

پیش از این در شماره ۱۹ سند این روایت بررسی شد.

۴۰- روایت فضیل

سند صدوق: «روی الحسن بن محبوب عن ابی ایوب عن الفضیل بن یسار عن ابی عبد الله علیه السلام» (۱).

۱- حسن بن محبوب: حسن بن محبوب سراد، از بزرگان شیعه، ثقة و از اصحاب اجماع است (۲).

۲- ابو ایوب: ابراهیم بن عثمان ابو ایوب خزازی، ثقة و بلند مرتبه است (۳).

۳- فضیل بن یسار: فضیل بن یسار نهدی (ابوالقاسم)، ثقة است (۴).

طریق صدوق به حسن بن محبوب (۵) صحیح است (۶).

بنابر این، روایت فضیل از نظر سندی معتبر است.

۴۱- روایت ایوب بن نوح

سند صدوق: «روی عبد الله بن جعفر الحمیری عن ایوب بن نوح» (۷).

۱- عبد الله بن جعفر حمیری: عبد الله بن جعفر بن الحسین بن مالک بن جامع

حمیری، ابو العباس قمی، از اصحاب امام عسکری علیه السلام، ثقة و از بزرگان و فقهای برجسته قم بوده است (۸).

ص: ۵۳۴

۱- من لا یحضره الفقیه، ۳/۲۷۵، شماره ۱۳۰۴.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۶۹، شماره ۳۲۹.

۳- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۲۰، شماره ۲۸.

۴- رجال نجاشی، ص ۳۰۹؛ خلاصه الاقوال، ص ۲۲۸، شماره ۱؛ اختیار معرفه الرجال، ص ۴۷۲-۴۷۳، شماره ۳۷۷-۳۸۲؛ معجم

رجال الحديث، ١٤/٣٥٦.

٥- من لا يحضره الفقيه، مشيخه، ٤/٤٩.

٦- معجم رجال الحديث، ٦/٩٨.

٧- من لا يحضره الفقيه، ٣/٤٣٥، شماره ٤٥٠٤.

٨- وسائل الشيعه، ٢٠/٢٣٤، شماره ٦٦٩.

۲- ایوب بن نوح: ایوب بن نوح بن دراج نخعی، ثقه، امین، پارسا و بلند مرتبه است (۱).

طریق صدوق به عبد الله بن جعفر حمیری (۲)، صحیح است (۳).

لازم به یادآوری است ابن ادریس حلی همین روایت را در کتاب مسائل الرجال و مکاتباتهم مولانا ابا الحسن علی بن محمد (مستطرفات سرائر) از حمیری از ایوب بن نوح نقل کرده است که نمی توان آن را روایت دومی به حساب آورد (۴).

همچنین فاضل آبی همین روایت را از کتاب مستطرفات سرائر نقل کرده، اما با این تفاوت که به جای واژه «سبع»، کلمه «تسع» در آن وجود دارد که لازمه آن اولویت مادر در

نگهداری فرزند خود تا نه سال است (۵)؛ ولی با توجه به متن کتاب سرائر، احتمال اشتباه وی قوت می گیرد.

به هر حال، صرف نظر از اشکال ارسال روایات کتاب مستطرفات سرائر و پاسخ از آن (۶)، روایت ایوب بن نوح به نقل صدوق، از نظر سندی معتبر است.

۴۲- روایت داود رقی

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن محبوب عن ابن محبوب عن داود الرقی، قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام» (۷).

۱- محمد بن یحیی: محمد بن یحیی ابو جعفر عطار، ثقه است.

۲- احمد بن محمد: احمد بن محمد بن خالد و احمد بن محمد بن عیسی، ثقه هستند.

۳- ابن محبوب: حسن بن محبوب ثقه است.

۴- داود رقی: داود بن کثیر رقی از بزرگان اصحاب امام کاظم علیه السلام و ثقه است (۸).

سند شیخ طوسی: شیخ طوسی نیز این روایت را از کلینی با همین سند نقل می کند (۹).

ص: ۵۳۵

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۴۵، شماره ۱۷۶.

۲- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۴/۱۲۲.

۳- معجم رجال الحدیث، ۱۱/۱۵۰.

۴- مستطرفات سرائر، ص ۵۸۱.

۵- کشف الرموز، ۲/۲۰۱.

۶- اصول علم الرجال، ص ۱۱۹-۱۲۵.

٧- الكافي، ٤٥/٦، شماره ٥.

٨- وسائل الشيعه، ٢٠/١٩٠، شماره ٤٦٣.

٩- الكافي، ٤٥/٦، شماره ٥؛ تهذيب الاحكام، ١٠٧/٨، شماره ٣٦١.

بنابر این، روایت داود رقی از نظر سندی معتبر است.

۴۳- روایت حفص بن غیاث

سند صدوق: «روی سلیمان بن داود المنقری عن حفص بن غیاث او غیره» (۱).

۱- سلیمان بن داود منقری: ثقه است.

۲- حفص بن غیاث: حفص بن غیاث نخعی کوفی، از اصحاب امام صادق علیه السلام، گرچه از اهل سنت است، ولی ثقه است (۲).

طریق صدوق به سلیمان بن داود (۳) با وجود اختلافی که در قاسم بن محمد اصبهانی (جوهری) هست، معتبر است.

این روایت به خاطر مردد بودن راوی آن بین حفص بن غیاث و فردی دیگر، از نظر سندی اعتبار ندارد.

۴۴- روایت منقری

سند کلینی: «علی بن ابراهیم عن علی بن محمد القاسانی عن القاسم بن محمد عن المنقری عن ذکره، قال» (۴).

سند شیخ طوسی: شیخ طوسی نیز این روایت را از کلینی با همین سند نقل می کند (۵).

پیش از این در روایت شماره ۱۲ درباره راویان این حدیث سخن گفتیم؛ در مقایسه این دو سند، توجه به دو نکته لازم است:

۱- در روایت پیشین علی بن ابراهیم با واسطه پدرش از علی بن محمد قاسانی روایت می کند، با اینکه در این سند، علی بن ابراهیم بدون واسطه از قاسانی نقل می کند.

۲- در روایت پیشین منقری بدون واسطه از امام صادق علیه السلام نقل می کند ولی در این سند، با یک واسطه (عمن ذکره) نقل می کند.

به هر حال، این روایت به واسطه ارسال، از نظر سندی ضعیف و استدلال به آن برای

ص: ۵۳۶

۱- من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۳۵، شماره ۴۵۰۲.

۲- معجم رجال الحدیث، ۷/۱۵۹.

۳- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۴/۶۵.

۴- الکافی، ۶/۴۵، شماره ۳.

اثبات نظر صدوق(۱)، ممکن نیست.

البته به نظر می‌رسد که روایت مرسله سلیمان بن داود منقری، همان روایت حفص است، با این تفاوت که منقری یک بار آن را به صورت مرسل و بار دیگر با تردید از حفص بن غیاث نقل می‌کند.

۴۵- روایت عبد الله بن عمرو بن العاص

این روایت به طریق اهل سنت، حجت نیست و در جوامع روایی شیعه نیز تنها ابن ابی جمهور احسائی آن را به شکل مرسل نقل کرده که حجیت آن مبتنی بر پذیرش مشیخه ای است که او در آغاز کتابش آورده است(۲).

به نظر ما، روایات کتاب عوالی اللثالی از نظر سندی حجت است، زیرا ابن ابی جمهور احسائی روایات کتاب خود را به واسطه مشیخه ای که ذکر می‌کند به هفت طریق از جمال المحققین حسن بن یوسف بن مطهر حلّی نقل می‌کند؛ حسن بن یوسف نیز به پنج طریق روایات خود را از شیخ طوسی نقل می‌کند و شیخ نیز به طرق متعدد روایات خود را از معصومین علیهم السلام نقل می‌کند.

اما با این وجود، معلوم نیست بتوان به این روایت عمل کرد، زیرا عبد الله بن عمرو بن عاص که راوی آن است مورد توثیق قرار نگرفته، تنها کثی عبارتی را به صورت «قیل» چنین نقل می‌کند: «قیل: ابو محمد، عبد الله بن عمرو بن العاص ... کان عابدا عالما حافظا، قرأ الكتاب و استأذن النبی صلی الله علیه و آله فی أن یکتب حدیثه، فأذن له»(۳)؛ در مقابل، در متون رجالی جملاتی درباره او نقل شده است حاکی از اینکه جزء سپاهیان معاویه در جنگ صفین بوده، حضور خود را چنین توجیه می‌کرده که نمی‌خواهد به واسطه توصیه پیامبر با پدرش مخالفت کند گرچه می‌داند که قاتلان عمار به تصریح پیامبر از گروه ستمگران

ص: ۵۳۷

۱- جواهر الکلام، ۳۱/۲۹۱؛ الحدائق الناضره، ۲۵/۸۹؛ کشف اللثام، ۲/۱۰۶.

۲- عوالی اللثالی، ۱/۳۸۸، شماره ۲۲۷۶ و ۳/۳۷۰، شماره ۳۴۷.

۳- اختیار معرفه الرجال، ۱/۱۵۴.

بنابر این، روایت عبد الله بن عمرو بن عاص از نظر سندی معتبر نیست.

۴۶- روایت ابو هریره

حدیثی به این مضمون، علی رغم نقل ابن ابی جمهور احسائی (۲)، در جوامع روایی

اهل سنت از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل نشده است، بلکه این مضمون در عبارت هایی که از ابوبکر در مقام حل دعوی عمر و همسرش نقل شده، وجود دارد.

عبد الرزاق عن معمر قال: سمعت الزهري يحدث: «ان ابابكر قضی علی عمر فی ابنه، انه مع امه و قال: امه أحق به ما لم تتزوج» (۳).

عکرمه قال: «خاصمت امرأة عمر، عمر الی ابی بکر و کان طلقها، فقال ابوبکر: هی أعطف و أطف و أرحم و أحن و أرف و هی أحق بولدها ما لم تتزوج» (۴).

به هر حال، حتی اگر بتوان این مضمون را به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیز نسبت داد، به علت ارسال و فقدان سند معتبر، این روایت حجیت نداشته، نمی توان بر طبقش فتوا داد.

۴۷- روایت حلبی

پیش از این در شماره ۲۰ سند این روایت بررسی شد.

۴۸- روایت ابوبصیر

پیش از این در شماره ۲۳ سند این روایت بررسی شد.

۴۹- روایت ابی العباس

پیش از این در شماره ۱۹ سند این روایت بررسی شد.

۵۰- روایت دعائم الاسلام

پیش از این، در توضیح روایت شماره ۷، درباره اعتبار روایات کتاب دعائم الاسلام

- ۱- اختيار معرفه الرجال، ۱/۲۵۹: «انى معكم و لست اقاتل، ان ابى شكانى الى النبى صلى الله عليه و آله، فقال لى رسول الله: اطع اباك مادام حيا و لاتعصه، فأنا معكم و لست اقاتل»؛ براى اطلاع بيشر، ر.ك: همان، ۱/۱۵۶-۱۵۷ و ۱۹۷؛ نقد الرجال، ۳/۱۲۷، شماره ۱۹۳؛ الدرجات الرفيعه، ص ۲۷۱.
- ۲- مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۶۴، شماره ۱۷۸۶۹؛ عوالى اللئالى، ۳/۳۶۹-۳۷۰، شماره ۳۴۶.
- ۳- صنعانى، المصنف، ۷/۱۵۳، شماره ۱۲۵۹۸.
- ۴- كنز العمال، ۱۵/۵۷۶، شماره ۱۴۰۲۰.

بحث کردیم.

۵۱- روایت کنانی

پیش از این در شماره ۱۸ سند این روایت بررسی شد.

۵۲- روایت حماد بن عثمان

پیش از این در شماره ۸ سند این روایت بررسی شد.

۵۳- روایت ابی بصیر

پیش از این در شماره ۲۳ سند این روایت بررسی شد.

۵۴- روایت کنانی

پیش از این در شماره ۲۰ و ۲۱ سند این روایت بررسی شد.

۵۵- روایت داود بن حصین

پیش از این در شماره ۱۷ سند این روایت بررسی شد.

۵۶- روایت ابن سنان

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن الحسن بن محبوب عن ابن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام» (۱).

پیش از این درباره افراد واقع در این سند بحث شد.

سند شیخ طوسی: «الحسین بن سعید عن الحسن بن محبوب عن ابن ابی عمیر عن بعض اصحابنا عن زراره، قال: سألت ابا جعفر علیه السلام» (۲).

پیش از این درباره افراد واقع در این سند سخن گفتیم، و توضیح دادیم که مرسلات ابن ابی عمیر همچون مسندات او معتبر است.

طریق شیخ طوسی به حسین بن سعید نیز صحیح است (۳).

بنابر این، روایت ابن سنان به نقل کلینی و شیخ طوسی معتبر است.

۵۷- روایت عبید الله بن علی

١- الكافي، ٤١/٦، شماره ٧.

٢- تهذيب الاحكام، ١٠٦/٨، شماره ٣٥٦.

٣- معجم رجال الحديث، ٢٦٧/٦.

سند شیخ طوسی: «اخبرنا ابن الصلت، قال اخبرنا ابن عقده، قال اخبرني عبيد الله بن علي، قال: هذا كتاب جدی عبيد الله بن علي، فقرأت فيه: اخبرني علي بن موسى ابو الحسن عن ابيه عن جده جعفر بن محمد عن آباءه عن علي عليهم السلام» (۱).

شیخ حر عاملی این حدیث را با این سند چنین نقل می کند: «الحسن بن محمد الطوسی عن ابيه عن ابن الصلت عن ابن عقده عن عبيد الله بن علي عن الرضا عليه السلام» (۲).

اما به نظر می رسد نقل شیخ حر درست نباشد، زیرا عبيد الله بن علي از کتاب پدر بزرگ خود که نام او نیز عبيد الله بن علي است، روایت می کند.

۱- ابن الصلت: احمد بن محمد بن موسی بن صلت اهوازی، فاضل، بزرگوار و از

مشایخ شیخ طوسی است (۳).

۲- ابن عقده: احمد بن محمد بن سعید بن عقده، گرچه از شیعیان زیدی است، ولی از بزرگان روات و ثقة است (۴).

۳- عبيد الله بن علي: عبيد الله بن علي بن عبيد الله بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب عليهم السلام، گرچه در کتب رجالی توثیق نشده است، ولی کشی درباره پدر او یعنی علي بن عبيد الله بن علي روایتی نقل می کند (۵)، حاکی از اینکه حضرت رضا علیه السلام به سلیمان بن جعفر می فرماید: «ای سلیمان، علي بن عبيد الله، همسر و فرزندش از اهل بهشت هستند» (۶).

۴- عبيد الله بن علي: عبيد الله بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب عليهم السلام، در متون رجالی از او سخنی به میان نیامده است.

آن گونه که از سند این روایت بر می آید، نام او عبيد الله بن علي است، ولی نجاشی

ص: ۵۴۰

۱- طوسی، الامالی، ص ۳۴۲، شماره ۷۰۰/۴۰.

۲- وسائل الشیعه، ۱۵/۱۸۲، شماره ۴.

۳- معجم رجال الحدیث، ۳/۱۱۴؛ تهذیب المقال، ۳۱-۳۲.

۴- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۳۱، شماره ۹۶؛ معجم رجال الحدیث، ۳/۶۴.

۵- این روایت به نقل کلینی معتبر است، هرچند روایت کشی به واسطه مجهول بودن محمد بن حسن بندار که در طریق آن قرار دارد، معتبر نباشد؛ معجم رجال الحدیث، ۱۲/۸۹.

۶- اختیار معرفه الرجال، ۲/۵۷-۸۵۶، شماره ۱۱۰۹؛ الکافی، ۱/۳۷۷، شماره ۱.

در کتاب رجال هنگامی که در باره فرزند او یعنی علی گفتگو می کند، او را علی بن عبید الله بن حسین معرفی می کند(۱)، همچنان که در متن روایتی که کشتی در رجال و کلینی نقل می کنند نیز چنین است(۲)؛ بنابر این، می باید نام وی عبید الله بن حسین باشد.

اما آن گونه که شیخ حر عاملی و مرحوم بروجردی عنوان کرده اند(۳) و سید بحر العلوم

نیز از نجاشی نقل می کند(۴)، باید نام وی عبید الله بن علی بن حسین باشد.

با دقت در متون رجالی به نام افرادی بر می خوریم که احتمال اول (عبید الله بن الحسین بن علی) را تأیید می کند(۵).

عبید الله بن حسین بن علی بن حسین بن علی بن ابیطالب، ابو علی مدنی، از اصحاب امام صادق علیه السلام(۶) و معروف به عبید الله اعرج است(۷) که در عصر امام کاظم علیه السلام و در حالی که پدرش (حسین اصغر(۸)) زنده بود، در سن ۳۲ سالگی از دنیا رفت(۹).

بنابر این، عبید الله بن حسین بن علی نمی تواند کتابی داشته باشد که در آن از حضرت رضا علیه السلام روایت کند و حال آنکه در این روایت، نوه او از کتاب پدر بزرگش نقل می کند که در آن از ایشان روایت کرده است.

ص: ۵۴۱

۱- رجال نجاشی، ؛ معجم رجال الحدیث، ۱۲/۸۷، شماره ۸۳۰۱

۲- اختیار معرفه الرجال، ۲/۵۷-۸۵۶، شماره ۱۱۰۹؛ الکافی، ۱/۳۷۷، شماره ۱.

۳- ر.ک: وسائل الشیعه، ۲۰/۲۶۶، شماره ۸۱۲؛ طرائف المقال، ۱/۲۴۳، شماره ۱۵۳۴

۴- فوائد الرجالیه، ۲/۳۵.

۵- حمزه بن عبید الله بن الحسین بن علی بن ابی طالب طرائف المقال، ۱/۴۷۷، شماره ۳۸۱۸؛ یحیی بن الحسن بن جعفر بن عبید الله بن الحسین بن علی بن ابی طالب، ابو الحسین (رجال نجاشی، ص ۴۴۲، شماره ۱۱۸۹)؛ احمد بن علی بن ابراهیم بن مسند بن الحسن بن عبید الله بن الحسین بن علی بن ابی طالب، ابو العباس کوفی جوانی (نقد الرجال، ۱/۱۳۶، شماره ۲۶۷/۹۲)؛ الحسن بن محمد بن یحیی بن الحسن بن جعفر بن عبید الله بن الحسین بن علی بن الحسین بن علی بن ابی طالب، ابو محمد معروف به ابن اخی طاهر (طرائف المقال، ۱/۱۶۷، شماره ۸۶۲)؛ محمد بن الحسن بن عبید الله بن الحسن بن محمد بن محمد بن عبید الله بن الحسین بن علی بن الحسین بن علی بن ابی طالب، ابو عبد الله جوانی (رجال نجاشی، ص ۳۹۵، شماره ۱۰۵۸)؛ نقد الرجال، ۴/۱۷۸، شماره ۴۵۹۴/۲۳۸.

۶- نقد الرجال، ۳/۱۸۰، شماره ۳۳۲۳/۷.

۷- جامع الرواه، ۱/۵۲۷.

۸- معجم رجال الحدیث، ۱۱/۶۸-۶۹.

۹- تهذیب المقال، ۲/۳۵۴.

لازم به یادآوری است که شیخ طوسی در ۸ مورد دیگر از عید الله بن علی روایت می کند که در یک مورد سند آن، نظیر سند همین روایت است (۱).

در یک مورد سند آن چنین است: «اخبرنا ابن الصلت، قال: اخبرني ابن عقده، قال: اخبرني ابو عبيد الله بن علي، قال: هذا كتاب جدی عبيد الله، فقرأت فيه: اخبرني ابي عن علي بن موسى» (۲).

در بقیه موارد سند روایات آن چنین است: «حدثنا ابن الصلت، قال: اخبرنا ابن عقده، قال: اخبرنا علي بن محمد الحسيني، قال: حدثنا جعفر بن محمد بن عيسى، قال: حدثنا عبيد الله بن علي، قال: حدثنا علي بن موسى» (۳).

به هر حال، وضعیت این سند و مراد از عید الله بن علی چندان مشخص نیست؛ بنابر این، نمی توان بر مبنای آن فتوا داد.

۵۸- روایت ابن ابی جمهور

این روایت را ابن ابی جمهور احسایی بدون ذکر سند از پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله نقل می کند (۴) که فاقد اعتبار است.

۵۹- روایت صدوق

صدوق این حدیث را بدون سند از پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله نقل کرده (۵) که به واسطه ارسال، فاقد اعتبار است (۶)؛ اما برخی از فقها در مقام استدلال به این حدیث، مشکل سندی آن را از سه راه، حل کرده اند: ۱- شهرت آن بین مسلمانان (۷) ۲- عمل فقها و استدلال آنها به آن در موارد متعدد (۸) ۳- نسبت قطعی به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله توسط صدوق،

ص: ۵۴۲

۱- شیخ طوسی، الامالی، ص ۳۴۳، شماره ۷۰۳/۴۳.

۲- شیخ طوسی، الامالی، ص ۳۳۸، شماره ۶۸۸/۲۸.

۳- شیخ طوسی، الامالی، ص ۳۳۸، شماره ۶۸۹/۲۹ و ۶۹۱/۳۱ و ص ۳۴۰، شماره ۶۹۴/۳۴ و ص ۳۴۱، شماره ۶۹۶/۳۶ و ص ۳۴۲، شماره ۷۵۲/۴۲ و ص ۳۴۴، شماره ۷۰۹/۴۹.

۴- درر اللآلی، ۱/۴۵۷؛ مستدرک الوسائل، ۱۵/۱۵۹، شماره ۱۷۸۵۴.

۵- من لا يحضره الفقيه، ۴/۳۳۴، شماره ۵۷۱۹.

۶- مصباح الفقاهه، ۱/۴۹۰ و ۵/۹۰.

۷- خمینی، کتاب البیع، ۲/۵۴۴.

چرا که این نسبت جزمی، حاکی از ثبوت صدور این حدیث از پیامبر نزد صدوق دارد و گرنه چنین ادعایی دروغ خواهد بود(۱).

به نظر ما، گرچه این حدیث دارای شهرت فراوانی است، ولی این شهرت نمی تواند ضعف سندی آن را بر طرف کند، زیرا عمل فقها به آن، نه از این جهت است که حدیث مزبور را از نظر سندی معتبر می دانند، بلکه به این واسطه است که مضمون آن را، یعنی فراهم نیاموردن زمینه ای که موجب برتری کفار بر مسلمانان شود، به عنوان اصلی کلی پذیرفته اند.

به هر حال، ادعای جبران ضعف سندی این روایت به عمل اصحاب صغرا و کبرا مخدوش بوده، مستند به هیچ دلیل معتبری نیست و به همین جهت اضطراب فراوانی در سخنان مدعیان این انجبار وجود دارد(۲).

اما نقل بدون سند ولی قطعی آن از سوی صدوق و تفاوت گذاشتن میان مرسلاتی که با لفظ «قال» و بدون آن از سوی وی نقل شده، از جمله ادعاهایی است که هیچ شاهی بر صحت آن وجود نداشته، لازمه آن برتری مرسلات با لفظ «قال» بر مسندات صدوق است؛ افزون بر اینکه نقل حدیث با بیان سند آن از سوی بزرگانی چون کلینی، شیخ طوسی و حتی خود صدوق، به معنای تردید آنها در نسبت حدیث به معصوم علیه السلام نیست.

۶۰- روایت فضیل بن یسار

پیش از این در شماره ۴۰ سند این روایت بررسی شد.

۶۱- روایت داود رقی

پیش از این در شماره ۴۲ سند این روایت بررسی شد.

۶۲- روایت جمیل و ابن بکیر

سند کلینی: «علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن محمد بن ابی حمزه

ص: ۵۴۳

۱- خمینی، کتاب البیع، ۲/۵۴۴؛ فقه الصادق، ۱۳/۷۵ و ۲۱/۲۰۵.

۲- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: فقه الصادق، ۲/۳۳۳ و ۳/۳۰۷ و ۱۴/۱۵۷ و ۱۵/۶۰.

والحکم بن مسکین عن جمیل و ابن بکیر»(۱).

پیش از بررسی افراد واقع در این سند، توجه به دو نکته ضروری است:

اول، شیخ طوسی این روایت را به همین شکل و بدون ذکر نام کسی که از او پرسیده شده، در کتاب تهذیب نقل می کند(۲)؛ اما در کتاب استبصار با همین سند، ولی با ذکر مسؤول عنه چنین نقل می کند: «... عن جمیل و ابن بکیر عن ابی عبد الله علیه السلام، قال»(۳).

به هر حال، آنچه مسلم است، این روایت به نقل شیخ در استبصار می تواند به عنوان یک روایت از معصوم علیه السلام مطرح باشد.

دوم، آنچه که کلینی نقل می کند، علی رغم وجود دو «واو عاطفه» در میان آن، تنها یک سند است و شاهد آن نقل محدث عاملی است؛ وی سند این روایت را از کلینی چنین نقل می کند: «عنه عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن محمد بن ابی حمزه و الحکم بن مسکین جمیعا عن جمیل و ابن بکیر جمیعا»(۴).

۱- علی بن ابراهیم: ثقة است.

۲- ابیه: ابراهیم بن هاشم، ثقة است.

۳- ابن ابی عمیر: ثقة است.

۴- محمد بن ابی حمزه و حکم بن مسکین: محمد بن ابی حمزه ثابت بن ابی صفیه

ثمالی، ثقة است(۵)؛ حکم بن مسکین نیز - همان گونه که پیش از این توضیح دادیم - ثقة است.

۵- جمیل و ابن بکیر: جمیل بن دراج، از بزرگان روات شیعه و ثقة است(۶)؛ عبد الله بن

بکیر بن اعین، ابو علی شیبانی، گرچه از پیروان فرقه فطحیه است، اما ثقة است(۷).

با توجه به آنچه گذشت، روایت جمیل به نقل شیخ طوسی از کلینی در استبصار معتبر

ص: ۵۴۴

۱- الکافی، ۵/۴۹۲، شماره ۱.

۲- تهذیب الاحکام، ۷/۳۳۵، شماره ۱۳۷۴.

۳- الاستبصار، ۳/۲۰۲، شماره ۷۳۱.

۴- وسائل الشیعه، ۱۴/۵۲۹، شماره ۴.

٥- وسائل الشيعة، ٢٠/٣١٠، شماره ٩٥٧؛ معجم رجال الحديث، ١٥، ٢٥٠.

٦- وسائل الشيعة، ٢٠/١٥٦، شماره ٢٤٩.

٧- وسائل الشيعة، ٢٠/٢٣٣، شماره ٦٦٧.

است.

۶۳- روایت عبد الله بن عمرو بن العاص

پیش از این در شماره ۴۵ سند این روایت بررسی شد.

۶۴- حدیث نبوی صلی الله علیه و آله

این روایت به نقل اهل سنت (۱)، حجیت نداشته، از میان جوامع شیعی نیز تنها ابن ابی جمهور احسایی به نحو مرسل نقل می کند که حجیت ندارد.

۶۵- حدیث نبوی صلی الله علیه و آله

سند صدوق: صدوق این حدیث را با چهار سند نقل می کند:

سند اول: «روی عن سلیمان بن جعفر البصری عن عبد الله بن الحسین بن زید بن علی بن الحسین بن علی بن ابی طالب صلوات الله علیهم عن ابیه عن الصادق جعفر بن محمد» (۲).

۱- سلیمان بن جعفر بصری: سلیمان بن جعفر بصری از اصحاب امام صادق علیه السلام است (۳) و این غیر از سلیمان بن جعفر جعفری است که توثیق شده (۴).

سلیمان بن جعفر بصری (سلیمان البصری) مجهول است (۵).

۲- عبد الله بن الحسین بن زید: در کتب رجالی نامی از وی نیست (۶)، جز اینکه از

جمله روایات کتاب نوادر الحکمه است (۷).

البته در متون رجالی از فردی به نام عبد الله بن علی بن الحسین بن زید بن علی، یاد شده است (۸).

ص: ۵۴۵

۱- القواعد و الفوائد، ۱/۳۹۷؛ برای اطلاع بیشتر ر.ک: مسند احمد، ۲/۴۰۶؛ صحیح بخاری، ۷/۳۱؛ صحیح مسلم، ۷/۳۱؛ سنن

ابی داود، ۲/۲۳۱، شماره ۳۹۱۱؛ السنن الکبری، ۷/۱۳۵؛ عوالی اللثالی، ۱/۴۴۷، شماره ۱۷۵.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۵۵۷، شماره ۴۹۱۴.

۳- رجال شیخ طوسی، ص ۲۱۶، شماره ۲۸۴۴.

۴- رجال شیخ طوسی، ص ۳۳۸، شماره ۵۰۲۷.

۵- معجم رجال الحدیث، ۹/۲۴۷-۲۴۸؛ اصحاب الامام الصادق علیه السلام، ۲/۸۲، شماره ۱۴۹۷.

٦- معجم رجال الحديث، ١١/١٧٩.

٧- اصول علم الرجال، ص ١٤٢، شماره ٢٩٣-٢٩٤.

٨- ر.ك: رجال نجاشي، ص ٢٢٧، شماره ٥٩٩؛ طرائف المقال، ١/٢٤٢، شماره ١٥٢٣.

۳- حسین بن زید: حسین بن زید بن علی ذو الدمعه، توثیق نشده است(۱)؛ اما صرف نظر از ستایش شخصیت وی و روایت بزرگانی چون ابان، یونس و ظریف بن ناصح و وقوع در روات کتاب نوادر الحکمه(۲)، ابن ابی عمیر ثقه از او روایت کرده(۳) که حاکی از

وثاقت اوست(۴).

لازم به یادآوری است که صدوق در مشیخه فقیه، طریق خود به سلیمان بن جعفر بصری را بیان نمی کند، بلکه سه طریق به سلیمان بن جعفر جعفری دارد(۵).

سند دوم: «روی حماد بن عمرو و انس بن محمد عن ابیه جمیعا عن جعفر بن محمد علیه السلام»(۶).

۱- حماد بن عمرو: این عنوان مردد است بین حماد بن عمرو بن معروف، حماد بن عمرو الصنعانی و حماد بن عمرو النصیبی که مجهول هستند(۷).

۲- انس بن محمد: انس بن محمد ابو مالک، مجهول است(۸).

۴- ابیه: از این عنوان در کتب رجالی بحثی نشده است.

صدوق وصیت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله به امیر المؤمنین علیه السلام را به دو طریق از حماد بن عمرو و انس بن محمد نقل می کند(۹) که در آن افراد مجهولی وجود داشته، ضعیف هستند(۱۰).

سند سوم: «حدثنا ابی رضی الله عنه، قال: حدثنا سعد بن عبد الله عن ابراهیم بن هاشم عن الحسن بن الحسن القرشی عن سلیمان بن حفص البصری عن عبد الله بن الحسين بن زید بن علی بن الحسين بن علی بن ابی طالب علیهم السلام عن ابیه عن جعفر بن محمد علیه السلام»(۱۱).

۱- ابی: علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی (ابو الحسن)، از بزرگان فقهای شهر

ص: ۵۴۶

۱- رجال شیخ طوسی، ص ۱۸۲، شماره ۲۱۹۸؛ معجم رجال الحدیث، ۶/۲۶۱-۲۶۳.

۲- اصول علم الرجال، ص ۱۳۹، شماره ۱۷۷.

۳- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۴/۱۲۳.

۴- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: تهذیب المقال، ۲/۱۰۳-۱۱۰، شماره ۱۱۴.

۵- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۴/۴۲.

۶- من لا یحضره الفقیه، ۴/۳۵۲، شماره ۵۷۶۲.

۷- معجم رجال الحدیث، ۷/۲۳۶.

- ٨- معجم رجال الحديث، ٤/١٥١.
- ٩- من لا يحضره الفقيه، مشيخه، ٤/١٣٤.
- ١٠- معجم رجال الحديث، ٧/٢٣٥؛ جامع الرواه، ٢/٥٣٣.
- ١١- الخصال، ص ٥٢٠-٥٢١.

قم در عصر خود، ثقه است(۱).

۲- سعد بن عبد الله: سعد بن عبد الله بن أبي خلف، کمترین تردیدی در وثاقت و بزرگی وی نیست(۲).

۳- ابراهیم بن هاشم: ثقه است.

۴- حسین بن حسن قرشی: این عنوان در کتب رجالی ذکر نشده است، ولی بعید

نیست که به قرینه روایت ابراهیم بن هاشم از او و روایت او از سلیمان بن حفص(۳)، مراد «حسن بن حسین فارسی» باشد.

حسین بن حسن قرشی یا حسن بن حسین فارسی، مجهول بوده، در کتب رجالی توثیق نشده است(۴).

۵- سلیمان بن حفص بصری: مجهول است(۵).

۶- عبد الله بن حسین بن زید: همچنان که گذشت، وی مجهول است.

۷- حسین بن زید بن علی: با توجه به توضیحات گذشته، وی ثقه است.

این سند به واسطه مجهول بودن برخی از روات آن، معتبر نیست.

سند چهارم: «حدثنا محمد بن موسى بن المتوكل رضى الله عنه، قال: حدثنا سعد بن عبد الله، قال: حدثنا ابراهيم بن هاشم عن الحسين بن الحسن القرشي عن سليمان بن جعفر البصري عن عبد الله بن الحسين بن زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب عن أبيه عن الصادق جعفر بن محمد عليه السلام»(۶).

با توجه به مطالب گذشته، این سند معتبر نیست.

۶۶- روایت نصر بن قرواش الجمال

سند کلینی: «محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب،

ص: ۵۴۷

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۶۲، شماره ۷۹۰.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۰۵، شماره ۵۲۲.

۳- ر.ک: الکافی، ۶/۲۸۵، شماره ۳.

۴- معجم رجال الحدیث، ۵/۲۹۶، شماره ۲۷۹۱.

۵- ر.ک: اصحاب الامام الصادق علیه السلام، ص ۸۱، شماره ۱۴۹۸.

٦- صدوق، الأملی، ص ٣٧٧-٣٧٨، شماره ٤٧٨.

قال: اخبرنا النضر بن قرواش الجمال، قال«(۱).

پیش از این درباره افراد واقع در این سند توضیح دادیم.

نضر بن قرواش: نضر بن قرواش (قرواش) جَمَال کوفی از اصحاب امام باقر و صادق علیهما السلام است؛ گرچه وی در کتب رجالی توثیق نشده، ولی حسن بن محبوب ثقه از وی روایت می کند(۲).

بنابر این، روایت نضر بن قرواش از نظر سندی معتبر است.

۶۷- روایت عبد الله بن سنان

کلینی این روایت را با این سند نقل می کند: «علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابی عمیر

عن عبد الله بن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام»(۳).

پیش از این درباره افراد وقع در این سند توضیح دادیم.

عبد الله بن سنان: عبد الله بن سنان از بزرگان اصحاب و ثقه است(۴).

بنابر این، روایت عبد الله بن سنان از نظر سندی معتبر است.

۶۸- روایت أم عطیه

این روایت تنها در متون روایی اهل سنت نقل شده(۵)، فاقد اعتبار است.

۶۹- روایت امیر المؤمنین علیه السلام

این روایت تنها در متون روایی اهل سنت نقل شده(۶)، فاقد اعتبار است.

۷۰- روایت هشام بن حکم

سند کلینی: «علی بن ابراهیم عن ابيه؛ و محمد بن اسماعیل عن الفضل بن شاذان جمیعا، عن ابن ابی عمیر عن هشام بن الحکم عن ابی عبد الله علیه السلام»(۷).

۱- علی بن ابراهیم: ثقه است.

- ١- الكافي، ٨/١٩٦، شماره ٢٣٤.
- ٢- معجم رجال الحديث، ١٧٤/٢٠-١٧٥.
- ٣- الكافي، ٥/٤٩٣، شماره ٦.
- ٤- وسائل الشيعه، ٢٠/٢٣٧، شماره ٦٨٢.
- ٥- سنن أبي داود، ٢/٧٢، شماره ٣١٦٧؛ سنن ابن ماجه، ١/٥٠٢، شماره ١٥٧٧؛ مسند احمد، ٤٠٨/٦-٤٠٩.
- ٦- سنن ابن ماجه، ١/٥٠٢، شماره ١٥٧٨.
- ٧- الكافي، ٥/٢١٩، شماره ٣.

۲- ابیه: ابراهیم بن هاشم، ثقه است.

۳- محمد بن اسماعیل: محمد بن اسماعیل ابو الحسن بندقی نیشابوری، ثقه است (۱).

۴- فضل بن شاذان: فضل بن شاذان بن خلیل، ابو محمد ازدی نیشابوری، متکلم بلند

آوازه شیعه و ثقه است (۲).

۵- ابن ابی عمیر: ثقه است.

۶- هشام بن حکم: هشام بن حکم (ابو محمد)، از جمله بزرگان روات ائمه علیهم السلام و ثقه است (۳).

بنابر این، روایت هشام بن حکم از نظر سندی معتبر است.

۷۱- روایت معاویه بن عمّار

سند کلینی: «علی بن ابراهیم عن ابیه؛ و محمد بن اسماعیل عن الفضل بن شاذان جمیعا، عن ابن ابی عمیر عن معاویه بن عمار، قال: سمعت ابا عبد الله علیه السلام» (۴).

در شماره گذشته درباره افراد واقع در این سند توضیح دادیم.

معاویه بن عمار: معاویه بن عمار بن ابی معاویه، از بزرگان روات شیعه و ثقه است (۵).

سند صدوق: صدوق نیز این روایت را از معاویه بن عمار نقل می کند (۶) و طریق صدوق به معاویه (۷) صحیح است (۸).

سند شیخ طوسی: «عنه (علی) عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن معاویه بن عمار» (۹).

بنابر این، روایت معاویه به هر سه سند معتبر است.

۷۲- روایت سماعه

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن عثمان بن عیسی عن سماعه، قال» (۱۰).

ص: ۵۴۹

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۳۱۶، شماره ۹۸۴.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۹۳، شماره ۹۰۶.

۳- وسائل الشیعه، ۲۰/۳۶۱، شماره ۱۲۳۴.

- ٤- الكافي، ٥/٢١٨، شماره ١.
- ٥- وسائل الشيعة، ٢٠/٣٥١، شماره ١١٦٨.
- ٦- من لا يحضره الفقيه، ٣/٢١٨-٢١٩، شماره ٣٨١٠.
- ٧- من لا يحضره الفقيه، مشيخه، ٤/٥٠.
- ٨- معجم رجال الحديث، ١٩/٢٣٨.
- ٩- تهذيب الاحكام، ٧/٧٣، شماره ٣١٤.
- ١٠- الكافي، ٥/٢١٨-٢١٩، شماره ٢.

۱- محمد بن یحیی: ثقه است.

۲- احمد بن محمد: ثقه است.

۳- عثمان عیسی: عثمان بن عیسی ابو عمرو رواسی، از بزرگان فرقه واقفیه و ثقه است (۱).

۴- سماعه: سماعه بن مهران بن عبد الرحمن حضرمی، هرچند وابسته به فرقه واقفیه است، ولی ثقه است (۲).

سند شیخ طوسی: «احمد بن محمد عن عثمان بن عیسی عن سماعه» (۳).

طریق شیخ طوسی به احمد بن محمد بن عیسی صحیح است (۴).

این روایت از نظر سندی معتبر است، اما با توجه به استفاده از واژه «سألته» در آغاز آن، «مُضْمَرَه» بوده، معلوم نیست شخصی که از او این سؤال پرسیده شده است، امام معصوم علیه السلام باشد.

۷۳- روایت فقه الرضوی

این روایت به واسطه ارسال ضعیف است (۵).

۷۴- روایت عمرو بن ابی نصر

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن العباس بن موسی عن یونس عن عمرو بن ابی نصر، قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام» (۶).

۱- محمد بن یحیی: ثقه است.

۲- احمد بن محمد: ثقه است.

۳- عباس بن موسی: عباس بن موسی، ابوالفضل وراق، از اصحاب یونس و ثقه است (۷).

ص: ۵۵۰

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۵۲، شماره ۷۴۲.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۱۲، شماره ۵۵۸.

۳- تهذیب الاحکام، ۷/۷۳، شماره ۳۱۲.

۴- معجم رجال الحدیث، ۳/۸۹.

۵- فقه الرضا علیه السلام، ص ۲۵۱؛ مستدرک الوسائل، ۱۳/۳۷۵، شماره ۱۵۶۴۱.

٤- الكافي، ٥/٢١٩، شماره ٤.

٧- وسائل الشيعه، ٢٠/٢٢٣، شماره ٤١٤.

۴- یونس: یونس بن عبد الرحمن، از بزرگان روات شیعه و ثقه است (۱).

۵- عمرو بن ابی نصر: عمرو بن زید (زیاد) ابی نصر، از اصحاب امام صادق علیه السلام و ثقه است (۲).

بنابر این، روایت عمرو بن ابی نصر از نظر سندی معتبر است.

۷۵- روایت ابن سنان

سند کلینی: «محمد بن احمد بن محمد بن حسین بن سعید بن النضر بن سوید عن ابن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام» (۳).

۱- محمد: محمد بن یحیی ابو جعفر عطار قمی، ثقه است.

۲- احمد بن محمد: ثقه است.

۳- حسین بن سعید: ثقه.

۴- نضر بن سوید: نضر بن سوید صیرفی کوفی، ثقه است (۴).

۵- ابن سنان: این عنوان مشترک است بین عبد الله بن سنان و محمد بن سنان، ولی به قرینه روایت نضر بن سوید از او (۵)، مراد عبد الله بن سنان است؛ عبد الله بن سنان ثقه است؛ هرچند که محمد بن سنان نیز به نظر ما ثقه است.

سند شیخ طوسی: «عنه (الحسین بن سعید) عن النضر بن سوید عن ابن سنان» (۶).

طریق شیخ طوسی به حسین بن سعید - همچنان که گذشت - صحیح است (۷).

سند صدوق: صدوق نیز این روایت را از ابن سنان نقل می کند (۸) و طریق وی به عبد الله بن سنان (۹)، صحیح است (۱۰).

بنابر این، روایت ابن سنان از نظر سند، معتبر است.

۷۶- روایت ابو ایوب

ص: ۵۵۱

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۳۶۹، شماره ۱۲۸۴.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۷۷، شماره ۸۴۴.

۳- الکافی، ۵/۲۱۹، شماره ۵.

۴- وسائل الشیعه، ۲۰/۳۵۷، شماره ۱۲۰۷.

۵- ر.ک: مجمع الفائده، ۸/۲۵۶.

٦- تهذيب الاحكام، ٧/٦٧، شماره ٢٩٠.

٧- معجم رجال الحديث، ٦/٢٦٧.

٨- من لا يحضره الفقيه، ٣/٢٢٣، شماره ٣٨٧٢.

٩- من لا يحضره الفقيه، مشيخه، ١٧/٤-١٨.

١٠- معجم رجال الحديث، ١١/٢٢٦.

این روایت را در متون روایی شیعه، تنها ابن ابی جمهور احسایی به صورت مرسل از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل می کند که فاقد اعتبار است (۱).

۷۷- روایت أنس

این روایت تنها در جوامع اهل سنت نقل شده (۲)، فاقد اعتبار است.

۷۸- حدیث نبوی صلی الله علیه و آله

این روایت را مرحوم علامه مجلسی در باب «ما یمکن ان یرتبط من الآیات و الأخبار من متفرقات مسائل أصول الفقه»، از کتاب علم بحار الأنوار، به شکل مُرسل از عوالی اللثالی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل می کند؛ ابن ابی جمهور احسایی نیز این روایت را در چهار جا از کتاب خود نقل می کند که در همه آنها، روایت به طور مرسل از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده است (۳).

علاوه بر این، فقهای شیعه در بسیاری از ابواب فقه آن را نقل و به آن تمسک کرده اند - گاهی به عنوان قاعده سلطنت و گاهی به عنوان روایت نبوی (۴).

۷۹- روایت ابن سنان

پیش از این در شماره ۷۵ سند این روایت بررسی شد.

۸۰- روایت سماعه

پیش از این در شماره ۷۲ سند این روایت بررسی شد.

ص: ۵۵۲

۱- مسند احمد، ۵/۴۱۳؛ همچنین ر.ک: سنن دارمی، ۲/۲۲۸؛ سنن ترمذی، ۲/۳۷۶، شماره ۱۳۰۱ و ۳/۶۴، شماره ۱۶۱۳؛ السنن الکبری، ۹/۱۲۶۰؛ مسند شهاب، ۱/۲۸۰، شماره ۴۵۵-۴۵۶؛ عوالی اللثالی، ۲/۲۴۹، شماره ۲۰.

۲- الجامع الصغیر، ۲/۷۴۵، شماره ۹۸۷۲؛ کنز العمال، ۵/۵۷۶-۵۷۷، شماره ۱۴۰۲۳ و ۹/۷۵، شماره ۲۵۰۲۳؛ الکامل فی ضعفاء الرجال، ۶/۴۱۸؛ الفردوس بمأثور الخطاب، ۵/۱۳۱؛ السنن الکبری، ۸/۵؛ نصب الرایه، ۶/۲۶۶.

۳- بحار الأنوار، ۲/۲۷۲، شماره ۱؛ عوالی اللثالی، ۱/۱۹۵ و ۳۴۹ و ۲/۳۰۵.

۴- ر.ک: الخلاف، ۳/۱۷۶؛ الرسائل التسع، ص ۳۰۷؛ کشف الرموز، ۲/۴۳۳؛ مختلف الشیعه، ۱/۳۸۱؛ تذکره الفقهاء، ۱/۴۸۹؛ نهایه الاحکام، ۲/۵۲۱؛ ایضاح الفوائد، ۱/۴۴۴؛ المهذب البارع، ۲/۳۷۱؛ جامع المقاصد، ۹/۱۶۰؛ مسالک الأفهام، ۲/۱۲۵؛ مجمع الفائده و البرهان، ۹/۳۵۸؛ کفایه الاحکام، ص ۱۱۲؛ الحدائق الناضره، ۱۸/۳۹۶.

این روایت تنها در جوامع اهل سنت نقل شده (۱)، فاقد اعتبار است.

بررسی روایات بخش سوم

سند صدوق: «روی محمد بن علی الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام» (۲).

طریق صدوق به محمد بن علی حلبی (۳)، صحیح است (۴).

بنابر این، روایت حلبی از نظر سندی معتبر است.

سند شیخ طوسی: «محمد بن یحیی عن موسی بن عمر عن عبد الله بن المغیره عن حرّیز عن أبي عبد الله عليه السلام» (۵).

۱- محمد بن یحیی: ثقه است.

۲- موسی بن عمر: گرچه روایت محمد بن یحیی، محمد بن احمد بن یحیی و اشعری

از موسی بن عمر، و روایت او از عبد الله بن مغیره، ابن مغیره در متون حدیثی بی سابقه

نیست (۶)، ولی این عنوان مردد بین چند نفر است که معلوم نیست مراد از آن در این روایت کدامیک از آنهاست، افزون بر اینکه موسی بن عمر توثیق نشده است.

۳- عبد الله بن مغیره: عبد الله بن مغیره، ابو محمد بجلی کوفی، از اصحاب اجماع بوده، نجاشی و علامه حلی او را با عبارت هابی چون «هیچ کس به پای او در بزرگواری،

ص: ۵۵۳

۱- مستدرک حاکم، ۲/۵۵؛ السنن الکبری، ۹/۱۲۸؛ سنن دار القطنی، ۳/۵۷؛ همچنین ر.ک: تحفه الأحمودی، ۴/۴۲۲؛ نصب

الرایه، ۴/۴۹۱؛ منتهی المطلب، ۲/۹۳۰.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۱۰۵، شماره ۳۴۲۴.

۳- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۴/۱۳.

۴- معجم رجال الحدیث، ۱۷/۳۲۶.

٥- الإستبصار، ٣/٤٣، شماره ١٤٤؛ تهذيب الاحكام، ٦/٢٩٣، شماره ٨١٢.

٦- ر.ك: الخصال، ص ٢٤٧-٢٤٨، شماره ١٠٩ و ص ٣٢٩، شماره ٢٥؛ الإستبصار، ١/٣٢٦، شماره ١٢٦٦.

دیانت و پارسایی نمی رسد» ستوده اند(۱).

۴- حریز: حریز بن عبد الله سجستانی، ثقه است.

طریق شیخ طوسی به محمد بن یحیی العطار(۲)، صحیح است(۳).

سند صدوق: «حدثنا ابی و محمد بن الحسن رضی الله عنهما، قالوا: حدثنا محمد بن یحیی العطار و احمد بن ادريس جميعا عن محمد بن احمد عن موسى بن عمر عن عبد الله بن المغیره عن حریز عن ابی عبد الله علیه السلام»(۴).

روایت حریز به واسطه مجهول بودن و عدم توثیق موسی بن عمر، چه به نقل شیخ طوسی و چه به نقل صدوق، معتبر نیست.

۸۴- روایت ابی طالب

سند صدوق: «حدثنا محمد بن علی ماجیلویه رضی الله عنه، قال: حدثنا محمد بن یحیی العطار عن محمد بن احمد عن ابراهیم بن هاشم عن ابی طالب عن عده من اصحابنا یرفعونه الی ابی عبد الله علیه السلام»(۵).

روایت ابو طالب به نقل صدوق دست کم به واسطه ارسال، ضعیف است.

۸۵- روایت جمیل

سند شیخ طوسی: «جعفر بن قولویه عن جعفر بن محمد عن عبید الله بن نهیک عن ابن ابی عمیر عن علی عن جمیل عن بعض اصحابنا عن احدهما علیهما السلام»(۶).

روایت جمیل دست کم به واسطه ارسال ضعیف است.

۸۶- روایت عزرمی

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن عیسی عن علی بن الحکم عن عبدالرحمن العزرمی عن ابی عبد الله عن ابیه علیهما السلام، قال»(۷).

ص: ۵۵۴

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۴۴، شماره ۷۰۸.

۲- تهذیب الاحکام، مشیخه، ۳۳/۱۰-۳۴.

۳- معجم رجال الحدیث، ۱۹/۴۲.

۴- الخصال، ص ۲۴۷-۲۴۸، شماره ۱۰۹.

۵- علل الشرایع، ۲/۳۷۱، شماره ۱.

٦- الإستبصار، ٣/٤٣، شماره ١٤٥؛ تهذيب الاحكام، ٦/٢٩٣، شماره ٨١٥.

٧- الكافي، ٥/٢٢٥، شماره ٣.

۱- محمد بن یحیی: ثقه است.

۲- احمد بن محمد بن عیسی: ثقه است.

۳- علی بن حکم: علی بن حکم کوفی، ثقه و بزرگوار است (۱).

۴- عبد الرحمن عزمی: عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله عزمی فزاری، از اصحاب امام صادق علیه السلام و ثقه است (۲).

سند شیخ طوسی: «عنه (احمد بن محمد) عن علی بن الحکم عن عبدالرحمن العزمی عن ابی عبدالله علیه السلام» (۳).

طریق شیخ طوسی به احمد بن محمد بن عیسی، صحیح است (۴).

بنابر این، روایت عزمی از نظر سند معتبر است.

۸۷- روایت مدائنی

سند کلینی: «احمد بن محمد عن ابن فضال عن مثنی عن حاتم بن اسماعیل المدائنی عن ابی عبد الله علیه السلام» (۵).

۱- احمد بن محمد: احمد بن محمد بن عیسی ثقه است.

۲- ابن فضال: علی بن حسن بن فضال، ثقه است.

۳- مثنی: این عنوان مردد بین چند نفر است، ولی بعید نیست مراد از آن، مثنی بن ولید حنط باشد که گرچه در کتب رجالی توثیق نشده، ولی با جمله «لا بأس به» درباره او

قضاوت شده است (۶)؛ اما بهترین شاهد بر وثاقتش وقوع وی در اسانید کتاب نوادر الحکمه و روایت بزندی از اوست (۷).

۴- حاتم بن اسماعیل: حاتم بن اسماعیل مدنی، از جمله اصحاب امام صادق علیه السلام است که در سال ۱۸۶ هجری از دنیا رفته است (۸).

ص: ۵۵۵

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۶۳، شماره ۷۹۳.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۲۷، شماره ۶۴۲.

۳- تهذیب الاحکام، ۷/۷۸، شماره ۳۳۶.

۴- معجم رجال الحدیث، ۳/۸۹.

۵- الکافی، ۵/۲۲۴، شماره ۲.

٦- معجم رجال الحديث، ١٥/١٩١.

٧- اصول علم الرجال، ص ١٤٤، شماره ٣٨٠ و ص ٤٣٨، شماره ٥٨٨؛ معجم الثقات، ص ١٨٩-١٩٠، شماره ٣١٤-٣١٣.

٨- رجال نجاشي، ص ١٤٧، شماره ٣٨٢.

گرچه در کتب تراجم درباره مذهب وی بحثی به میان نیامده است، ولی ابن داود او را از اهل سنت دانسته (۱) و بر همین اساس برخی از متأخران او را از جمله ضعیف ترین محدثان اهل سنت به حساب آورده اند (۲).

مرحوم استاد ما در شرح خود بر رجال نجاشی به طور مفصل درباره وی سخن گفته، بیان داشته اند که از جمله دلایل وثاقت حاتم بن اسماعیل آن است که صدوق از او به دو

طریق از محمد بن ابی عمیر و عبد الله بن حجال روایت کرده است (۳).

سند شیخ طوسی: شیخ طوسی نیز این حدیث را با همین سند نقل می کند (۴) که طریق او به احمد بن محمد بن عیسی صحیح است (۵).

بنابر این، روایت حاتم بن اسماعیل از نظر سندی معتبر است.

۸۸- روایت مثنی

سند شیخ طوسی: «عنه (الحسین بن سعید) عن ابن ابی نجران عن المثنی عن ابی عبدالله علیه السلام» (۶).

۱- حسین بن سعید: ثقة است.

۲- ابن ابی نجران: عبد الرحمان بن ابی نجران، از حضرت رضا علیه السلام روایت کرده،

روایاتش قابل اعتماد و خودش نیز ثقة است (۷).

۳- مثنی: عنوان مثنی گرچه مردد میان سه نفر است، ولی بعید نیست مراد از آن - همان گونه که خواهد آمد - به قرینه مشیخه صدوق، مثنی بن عبد السلام باشد.

مثنی بن عبد السلام در کتب رجالی توثیق نشده، تنها با جمله «لا بأس به» درباره او قضاوت شده است (۸)؛ اما بهترین شاهد بر وثاقتش وقوع وی در اسانید کتاب نوادر الحکمه و روایت بزنی از اوست (۹).

ص: ۵۵۶

۱- رجال ابن داود، ص ۲۳۶، شماره ۱۰۱.

۲- اصحاب الامام الصادق علیه السلام، ۱/۳۲۵.

۳- تهذیب المقال، ۵/۳۳۴-۳۴۰.

۴- تهذیب الاحکام، ۷/۷۸، شماره ۳۳۷.

۵- معجم رجال الحدیث، ۳/۸۹.

٦- تهذيب الاحكام، ٨/٢٢٧، شماره ٨٢١.

٧- وسائل الشيعه، ٢٠/٢٢٥، شماره ٦٣٣.

٨- وسائل الشيعه، ٢٠/٣٠٧، شماره ٩٤٥.

٩- اصول علم الرجال، ص ١٤٤، شماره ٣٧٩ و ص ٤٣٨، شماره ٥٨٩؛ معجم الثقات، ص ١٨٩، شماره ٣١٢.

همچنان که پیش از این گذشت، شیخ طوسی نیز روایات خود را از حسین بن سعید به سه طریق نقل می کند که طریق وی صحیح است (۱).

سند صدوق: صدوق ذیل این حدیث را از مثنی نقل می کند (۲) و در مشیخه تنها یک طریق به مثنی بن عبد السلام دارد (۳) که صحیح است (۴).

۸۹- روایت محمد بن احمد

سند کلینی: «محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن محمد بن احمد، قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام» (۵).

افراد واقع در این سند ثقه هستند، تنها اشکال آن در محمد بن احمد است که مجهول بوده، مراد از آن معلوم نیست.

بعید نیست عبارت «بن احمد» در این سند به واسطه اشتباه نساخ اضافه شده باشد و شاهد بر آن سند شیخ طوسی است که در این صورت ممکن است مراد از «محمد»، «محمد بن مسلم» باشد (۶).

سند شیخ طوسی: «احمد بن محمد عن ابن محبوب عن محمد» (۷).

طریق شیخ طوسی به احمد بن محمد بن خالد و احمد بن محمد بن عیسی (۸)، صحیح است.

بنابر این، روایت محمد بن احمد، به واسطه مجهول بودن وی، معتبر نیست.

۹۰- روایت حریر

سند شیخ طوسی: «عنه (الحسین بن سعید) عن حماد بن عیسی عن حریر عن ابي عبد الله عليه السلام» (۹).

۱- حسین بن سعید: ثقه است.

ص: ۵۵۷

۱- معجم رجال الحدیث، ۶/۲۶۷.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۳/۱۴۵، شماره ۳۵۳۲.

۳- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۴/۱۲۰.

۴- معجم رجال الحدیث، ۱۵/۱۹۰.

۵- الکافی، ۵/۲۲۵، شماره ۴.

۶- الکافی، ۵/۲۲۵، حاشیه شماره ۱.

۷- تهذیب الاحکام، ۷/۷۸، شماره ۳۳۵.

٨- تهذيب الاحكام، مشيخه، ١٠/٤٢ و ٤٤.

٩- تهذيب الاحكام، مشيخه، ٨/٢٢٧ شماره ٨٢٠.

۲- حماد بن عیسی: حماد بن عیسی ابو محمد جهنی، در حدیث قابل اعتماد و بسیار راستگو بوده و از جمله اصحاب اجماع است (۱).

۳- حریر: حریر بن عبد الله سجستانی، ثقه است (۲).

طریق شیخ طوسی به حسین بن سعید (۳)، صحیح است (۴).

سند صدوق: «روی حماد بن عیسی عن حریر» (۵) که طریق او به حماد (۶) صحیح است (۷)؛ بنابراین، روایت حریر از نظر سندی معتبر است.

۹۱- روایت مدائنی

پیش از این در شماره ۸۷ سند این روایت بررسی شد.

۹۲- روایت عزرمی

پیش از این در شماره ۸۶ سند این روایت بررسی شد.

۹۳- روایت نبوی صلی الله علیه و آله

این روایت را تنها ابن ابی جمهور احساسی بدون سند از پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله نقل کرده (۸)، فاقد اعتبار است.

۹۴- روایت ابن مسکان

سند کلینی: «عده من اصحابنا عن احمد بن محمد بن خالد عن عثمان بن عیسی عن عبد الله بن مسکان عن بعض اصحابه عن ابی عبد الله علیه السلام» (۹).

این روایت به واسطه ارسال ضعیف است.

۹۵- روایت اول ابی بصیر

سند کلینی: «عنه (احمد بن محمد بن خالد) عن ابیه عن النضر بن سويد عن یحیی بن

ص: ۵۵۸

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۸۱، شماره ۴۱۱.

۲- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۶۲، شماره ۲۸۰.

- ٣- تهذيب الاحكام، مشيخه، ١٠/٦٣.
- ٤- معجم رجال الحديث، ٦/٢٦٧.
- ٥- من لا يحضره الفقيه، ٣/١٤٥، شماره ٣٥٣١.
- ٦- من لا يحضره الفقيه، مشيخه، ١٠-٤/٩.
- ٧- معجم رجال الحديث، ٧/٢٤٢.
- ٨- عوالي اللئالي، ١/٢٢٥، شماره ١١٦؛ مستدرک الوسائل، ١٧/٢٠٤، شماره ٢١١٥٤.
- ٩- الكافي، ٢/٣٨، شماره ٤.

عمران الحلبي عن ايوب بن الحر عن ابي بصير^(۱).

۱- احمد بن محمد بن خالد: ثقة است.

۲- محمد بن خالد: ثقة است.

۳- نصر بن سويد: نصر بن سويد صيرفي كوفي ثقة و داراي احاديث صحيح است^(۲).

۴- يحيى بن عمران: يحيى بن عمران بن على حلبي از اصحاب امام صادق و كاظم عليهما السلام است و در توصيف وي اين عبارت ها به كار رفته است: «ثقه ثقة»، «صحيح الحديث»^(۳).

۵- ايوب بن حر: ايوب بن حر جعفي، از اصحاب امام صادق عليه السلام و ثقة است^(۴).

۶- ابي بصير: ثقة است.

بنابر اين، روايت ابي بصير از نظر سندی معتبر است.

۹۶- روايت دوم ابي بصير

سند صدوق: «حدثني ابي رضى الله عنه، قال: حدثنا سعد بن عبد الله عن ابراهيم بن هاشم عن محمد بن ابي عمير عن جعفر بن عثمان عن ابي بصير»^(۵).

۱- ابي: على بن حسين بن موسى بن بابويه قمي (ابو الحسن)، از بزرگان فقهای شهر قم در عصر خود، ثقة است^(۶).

۲- سعد بن عبد الله: سعد بن عبد الله بن ابي خلف، كمتربن تردیدی در وثاقت و بزرگی وی نیست^(۷).

۳- ابراهيم بن هاشم: ثقة است.

۴- محمد ابن ابي عمير: ثقة است.

۵- جعفر بن عثمان: جعفر بن عثمان رواسی (جعفر بن عثمان بن شريك بن عدی

ص: ۵۵۹

۱- الكافي، ۲/۳۸، شماره ۵.

۲- وسائل الشيعه، ۲۰/۳۵۷، شماره ۱۲۰۷.

۳- وسائل الشيعه، ۲۰/۳۶۶، شماره ۱۲۶۱.

۴- وسائل الشيعه، ۲۰/۱۴۴، شماره ۱۷۴.

٥- الخصال، ص ٤١١، شماره ١٤.

٦- وسائل الشيعه، ٢٠/٢٤٢، شماره ٧٩٠.

٧- وسائل الشيعه، ٢٠/٢٠٥، شماره ٥٢٢.

کلابی)، ثقه است (۱).

۶- ابی بصیر: ثقه است.

بنابر این، روایت ابی بصیر از نظر سندی معتبر است.

۹۷- روایت سوم ابی بصیر

صدوق این روایت را با سند پیشین نقل می کند (۲).

۹۸- روایت عبد الله تمیمی صلی الله علیه و آله

سند صدوق: این حدیث را صدوق به دو سند نقل می کند:

سند اول: «حدثنا محمد بن عمر الحافظ، قال: حدثنا الحسن بن عبد الله التميمي،

قال: حدثني ابي، قال: حدثني سیدی علی بن موسی الرضا علیهما السلام» (۳).

۱- محمد بن عمر الحافظ: محمد بن عمر بن محمد بن سلمه، معروف به حافظ

جبائی، از بزرگان علمای شیعه در نقد احادیث و از مشایخ صدوق و ثقه است (۴).

۲- حسن بن عبد الله تمیمی: به قرینه سایر روایات (۵)، مراد ابو محمد حسن بن عبد

الله بن محمد بن عباس رازی تمیمی است

۳- عبد الله تمیمی: عبد الله بن محمد بن عباس رازی تمیمی، نسخه ای از حضرت رضا علیه السلام دارد (۶)، ولی هیچ توصیفی

درباره او وجود ندارد.

با توجه به توضیحات گذشته، این سند معتبر نیست.

سند دوم: «حدثني محمد بن موسى بن المتوكل قال حدثني محمد بن جعفر، قال: حدثني موسى بن عمران، قال: حدثني عمی

الحسين بن زيد عن حماد بن عمرو الصيني عن ابي الحسن الخراساني عن ميسره بن عبد الله عن ابي ضعبد الله عن ابي عايشه

السعدی عن يزيد بن عمر بن عبد العزيز عن ابي سلمه بن عبد الرحمن عن ابي هريره

ص: ۵۶۰

- ٢- معانى الاخبار، ص ٣٨١، شماره ١٠.
- ٣- عيون اخبار الرضا عليه السلام، ١/٦٩، شماره ٢٧٨.
- ٤- وسائل الشيعه، ٢٠/٣٣٨، شماره ١٠٩٤؛ معجم رجال الحديث، ١٨/٧٠-٧١.
- ٥- عيون اخبار الرضا عليه السلام، ١/٦٣، شماره ٢١٤.
- ٦- رجال نجاشى، ص ٢٢٨، شماره ٦٠٣.

و عبدالله بن عباس»(۱).

این سند به واسطه وقوع برخی از افراد در آن از جمله ابو هریره، ضعیف است.

بنابر این، روایت عبد الله تمیمی از نظر سندی معتبر نیست.

۹۹- روایت سکونی

سند کلینی: «علی بن ابراهیم عن ابيه عن النوفلي عن السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام»(۲).

۱- علی بن ابراهیم: ثقه است.

۲- ابيه: ابراهیم بن هاشم، ثقه است.

۳- نوفلی: حسین بن یزید بن محمد بن عبدالملک نوفلی، گرچه سنی است و در کتب رجالی نیز توثیق نشده، اما موثق بوده، روایات او قابل عمل است(۳).

۴- سکونی: اسماعیل بن ابی زیاد، گرچه سنی مذهب است، ولی ثقه می باشد(۴).

سند شیخ طوسی: شیخ طوسی این روایت را با سند کلینی نقل می کند(۵).

بنابر این، روایت سکونی از نظر سند معتبر است.

۱۰۰- روایت حسن بن راشد

سند شیخ طوسی: «عنه (علی بن الحسن بن فضال) عن العبدی عن الحسن بن راشد عن العسکری علیه السلام»(۶).

۱- علی بن حسن بن فضال: ثقه است.

۲- عبدی: به قرینه راوی و مروی عنه، عبیدی صحیح است و مراد از آن محمد بن عیسی بن عبید بن یقظین، ابو جعفر عبیدی، از بزرگان اصحاب ائمه علیهم السلام و ثقه است(۷).

۳- حسن

ص: ۵۶۱

۱- ثواب الاعمال، ص ۲۸۰.

۲- الکافی، ۷/۳۰۲، شماره ۱.

۳- برای اطلاع بیشتر، ر.ک: تهذیب المقال، ۲/۲۴.

۴- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۳۸، شماره ۱۴۴.

۵- الإستبصار، ۴/۲۸۷، شماره ۱۰۸۵؛ تهذیب الاحکام، ۱۰/۲۳۳، شماره ۹۲۲.

۶- تهذیب الاحکام، ۹/۱۸۳، شماره ۷۳۶.

۷- وسائل الشیعه، ۲۰/۳۳۸، شماره ۱۰۹۷.

و ثقہ است (۱).

بنابر این، روایت حسن بن راشد از نظر سندی معتبر است.

۱۰۱- روایت فضیل بن عثمان

سند صدوق: «روی فضیل بن عثمان الاعور عن ابی عبد الله علیه السلام» (۲).

فضیل بن عثمان: فضیل بن عثمان مرادی، ابو محمد اعور؛ ثقہ است (۳).

طریق صدوق به فضیل بن عثمان (۴)، صحیح است (۵).

بنابر این، روایت فضیل بن عثمان از نظر سند معتبر است.

۱۰۲- روایت حفص بن غیاث

سند شیخ طوسی: «الصفار عن علی بن محمد القاسانی عن القاسم بن محمد الاصفهانی عن سلیمان بن داود المنقری عن حفص بن غیاث، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام» (۶).

ص: ۵۶۲

۱- وسائل الشیعه، ۲۰/۱۶۵، شماره ۲۹۸؛ معجم رجال الحدیث، ۵/۱۵-۳۱۳.

۲- من لا یحضره الفقیه، ۲/۴۹، شماره ۱۶۶۸.

۳- وسائل الشیعه، ۲۰/۲۹۴، شماره ۹۰۹.

۴- من لا یحضره الفقیه، مشیخه، ۴/۲۴.

۵- معجم رجال الحدیث، ۱۴/۲۹-۳۲۸.

۶- تهذیب الاحکام، ۶/۱۵۱، شماره ۲۶۲.

پیش از این در توضیح روایت ۱۲ درباره وثاقت علی بن محمد قاسانی، قاسم بن محمد جوهری (اصفهانی)، سلیمان بن داود منقری و حفص بن غیاث توضیح دادیم.

محمد بن حسن صفار (ابن فروخ)، ثقه و بزرگوار است (۱) و طریق شیخ طوسی به او صحیح است (۲).

بنابر این، روایت حفص بن غیاث از نظر سند معتبر است.

۱۰۳- روایت عمرو بن خالد

سند شیخ طوسی: «عنه (محمد بن احمد بن یحیی) عن ابی جعفر عن ابی الجوزا عن الحسین بن علوان عن عمرو بن خالد عن زید بن علی عن آباءه عن علی علیهم السلام» (۳).

۱- محمد بن احمد بن یحیی: محمد بن احمد بن یحیی ابو جعفر قمی، ثقه است (۴).

۲- ابی جعفر: مراد از این عنوان به قرینه روایت محمد بن احمد بن احمد از او و روایت او از ابی الجوزاء، احمد بن محمد بن عیسی اشعری، ابو جعفر قمی است (۵) که از بزرگان

فقهای شیعه بوده، ثقه است (۶).

۳- ابی الجوزا: مُنبه بن عبد الله ابو الجوزا را علامه حلی توثیق کرده (۷)، نجاشی روایات او را صحیح دانسته (۸) که صحت حدیث ملازم با وثاقت ناقل آن است (۹).

۴- حسین بن علوان: حسین بن علوان از اصحاب امام صادق علیه السلام و چون برادرش

حسن ثقه است (۱۰).

۵- عمرو بن خالد: عمرو بن خالد واسطی به شهادت ابن فضال، ثقه است، هرچند احتمال انتساب وی به فرقه زیدیه نیز مطرح است (۱۱).

۶- زید بن علی: زید بن علی بن حسین بن علی بن ابی طالب علیهم السلام از اصحاب امام

باقر و صادق علیهما السلام بوده، روایات زیادی در بزرگداشت او نقل شده است (۱۲).

طریق شیخ طوسی به محمد بن احمد (۱۳)، صحیح است (۱۴).

لازم به یادآوری است که شیخ طوسی روایاتی را با همین سند نقل می کند که در برخی از آنها همچون سند بالا محمد بن احمد با واسطه ابی جعفر از ابو الجوزا روایت می کند (۱۵)، همچنان که در برخی موارد محمد بن احمد بدون واسطه از ابو الجوزا نقل می کند (۱۶).

- ١- وسائل الشيعة، ٢٠/٣٢٣، شماره ١٠١٤.
- ٢- معجم رجال الحديث، ١٦/٢٦٥.
- ٣- تهذيب الاحكام، ٨/٢٣٦، شماره ٨٥٢.
- ٤- وسائل الشيعة، ٢٠/٣١٥، شماره ٩٨٢.
- ٥- معجم رجال الحديث، ٢٢/١٠١، شماره ١٤٠٧٢ و ٢٢/١٠٨، شماره ١٤٠٨٣.
- ٦- وسائل الشيعة، ٢٠/١٣٢، شماره ١٠٣.
- ٧- خلاصه الاقوال، ص ٤٢٩، شماره ٣٨.
- ٨- رجال نجاشي، ص ٤٢١، شماره ١١٢٩.
- ٩- ر.ك: معجم رجال الحديث، ١٩/٣٥٣؛ طرائف المقال، ١/٢٦٢، شماره ١٦٩٥.
- ١٠- وسائل الشيعة، ٢٠/١٧٦، شماره ٣٧٥.
- ١١- وسائل الشيعة، ٢٠/٢٨٠، شماره ٨٤٩؛ معجم رجال الحديث، ١٤/١٠٢، شماره ٨٩٠٩.
- ١٢- وسائل الشيعة، ٢٠/٢٠٢، شماره ٥١١.
- ١٣- تهذيب الاحكام، مشيخه، ١٠/٧١.
- ١٤- معجم رجال الحديث، ١٦/٥٣.
- ١٥- الإستبصار، ٣/١٩٧، شماره ٧١٢ و ٣/٢٢١، شماره ٨٠٣ و ٣/١٣٥، شماره ٤٨٤ و ١/٢١٥، شماره ٦٧٥٨.
- ١٦- الإستبصار، ٣/١٤٢، شماره ٥١١ و ٤/٥٥، شماره ٥.

بنابر این، روایت عمرو بن خالد از نظر سند معتبر است.

۱۰۴- روایت عمرو بن خالد

پیش از این در شماره ۱۰۳ سند این روایت بررسی شد.

۱۰۵- روایت حسین بن سعید

سند شیخ طوسی: «الحسین بن سعید، قال: قرأت بخط رجل الى ابى الحسن الرضا عليه السلام»^(۱).

این روایت به واسطه ارسال، معتبر نیست.

ص: ۵۶۴

۱- تهذیب الاحکام، ۱۰/۱۳۹، شماره ۵۴۹؛ الإستبصار، ۴/۲۵۴، شماره ۹۶۴.

فهرست ها

اشاره

فهرست منابع

فهرست تفصیلی مطالب

ص: ۵۶۵

-۱

احكام القرآن، احمد بن على جصاص، دارالكتب العلميه، بيروت، ۱۴۱۵ق

-۲

احكام النساء، شيخ مفيد، تحقيق شيخ مهدي نجف، كنگره جهاني هزاره شيخ مفيد

-۳

اختيار معرفه الرجال، ابو جعفر طوسى، تحقيق سيد مهدي رجائى، مؤسسه آل البيت عليهم السلام

-۴

ارشاد الازهان الى احكام الايمان، علامه حلى، تحقيق شيخ فارس الحسون، مؤسسه نشر اسلامى

-۵

اصول علم الرجال بين النظرية و التطبيق، محمد على صالح المعلم، انتشارات نمونه، قم،

۱۴۱۶ق

-۶

اصول كافي، محمد بن يعقوب كلينى، دار الكتب، ۱۳۸۸ق

-۷

اطيب البيان فى تفسير القرآن، سيد عبد الحسين طيب، كتابفروشى اسلام، أفسٲ

-۸

اقبال الاعمال، سيد بن طاووس، تحقيق جواد قيومى، مكتب اعلام اسلامى، ۱۴۱۴ق

-۹

اقرب الموارد، سعيد خورى، انتشارات آيه الله مرعشى، قم، ۱۴۰۳ق

-١٠-

الإرشاد، محمد بن نعمان، مؤسسه اعلمى، بيروت

-١١-

الإستبصار، ابو جعفر محمد بن حسن طوسى، انتشارات النّجف فى النّحف، ١٣٧٥ق

-١٢-

الأم، ابو عبدالله محمد بن ادريس شافعى، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٣ق

-١٣-

الأمالى، محمد بن حسن طوسى، دار الثقافه، قم، ١٤١٤ق

-١٤-

الأمالى، محمد بن على بن حسين بابويه، مؤسسه اعلمى

-١٥-

البرهان فى تفسير القرآن، سيد هاشم حسيني بحرانى، بنياد بعثت، ١٤١٥ق

١٦- التّبيان فى تفسير القرآن، محمد بن حسن طوسى، دار احياء التّراث العربى، بيروت

-١٧-

التحرير الطاوسى، شيخ حسن زين الدين، انتشارات كتابخانه آيه الله مرعشى، ١٤١١ق

ص: ٥٦٧

١٨- التّحفة السّنيه في شرح النخبه المحسّيه، فيض كاشاني، عبد الله الجزائري، جزائري، مخطوط،

آستان قدس رضوى

-١٩

التفسير لكتاب الله المنير، محمد كرمي، انتشارات علميه، قم، ١٤٠٢ق

-٢٠

احكام القرآن، ابوبكر محمد بن عبد الله (ابن العربي)، دارالمعرفه، لبنان

-٢١

الجامع الصغير في احاديث البشير النذير، جلال الدين سيوطي، دار الفكر، بيروت

-٢٢

الجامع للشرايع، يحيى بن سعيد حلي، مؤسسه سيّد الشهداء عليه السلام، ١٤٠٥ق

-٢٣

الجديد في تفسير القرآن، محمد سبزواري، دار التعارف، بيروت، ١٤١٦ق

-٢٤

الجرح و التعديل، عبد الرحمن حنظلي رازي، مجلس دائره المعارف العثمانيه، حيدر آباد، هند

-٢٥

الجواهر الثمين في تفسير الكتاب المبين، سيد عبد الله شبر، انتشارات الفين، ١٤٠٧ق

-٢٦

الحدائق الناضرة في احكام العتره الطاهره، يوسف بحراني، مؤسسه نشر اسلامي، قم

-٢٧

الخصال، محمد بن علي بن بابويه، انتشارات حيدري، نجف، ١٣٩١ق

الخلافة، شيخ طوسي، مؤسسه نشر اسلامي، قم، ١٤٠٧ق

الدّر المثنور في التّفسير المأثور، جلال الدّين سيوطي، دار الفكر، ١٤٠٣ق

الدرجات الرفيعة في طبقات الشيعة، سيد علي خان مدني، انتشارات بصيرتي، ١٣٩٧ق

الرسائل التسع، جعفر بن حسن، تحقيق رضا استادي، ١٤١٣ق

الرسائل، الشريف المرتضى، به اشراف سيداحمد حسيني، انتشارات دار القرآن الكريم، قم، ١٤٠٥ق

الرواشح السماويه في شرح الاحاديث الاماميه، محمد باقر داماد، انتشارات كتابخانه آيه الله مرعشي

٣٤- الرّوضه البهيه في شرح اللّمعه الدّمشقيه، زين الدّين عاملي، انتشارات اسلاميه

السّرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، محمد بن منصور مكّي، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٠ق

السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعه اللجاج، ابراهيم قطيفي، مؤسسه نشر اسلامي، قم، ١٤١٣

السنن الكبرى، احمد بن حسين بيهقي، هند، ١٣٥٢ق

الصّحاح، اسماعيل بن حمّاد جوهرى، دار الكتب العربى، مصر

الصراط المستقيم، على بن يونس عاملى، انتشارات مرتضى، ١٣٨٤ق

العروه الوثقى و تكملتها، سيد محمد كاظم طباطبائى، مؤسسه اعلمى، ١٤٠٩ق

العناوين الفقهيّه، مير عبد الفتّاح مراغى، مؤسسه نشر اسلامى، ١٤١٧ق

العين، خليل بن احمد فرايدى، دار الهجره، قم، ١٤٠٥ق

الغدير فى الكتاب و السنّه و الأدب، عبد الحسين احمد امينى، دار الكتب العربى، بيروت

الغيبه، محمد بن ابراهيم نعمانى، تحقيق على اكبر غفّارى، انتشارات صدوق

الغيبه، محمد بن حسن طوسى، تصحيح آقا بزرگ طهرانى، انتشارات صادق، ١٣٨٥ق

الفايق فى رواه و اصحاب الامام الصادق عليه السلام، عبد الحسين شبستري، مؤسسه نشر اسلامى، ١٤١٨ق

الفايق فى غريب الحديث، محمد بن عمر الزمخشري، دار الكتب العلميه، بيروت، ١٤١٧ق

الفردوس بمأثور الخطاب، ابي شجاع شيرويه ديلمى، دار الكتب العلميه، بيروت، ١٩٨٦م

الفرق بين الفرق، عبد القاهر اسفراينى، تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد، انتشارات مدنى، مصر

الفوائد الرجاليه، وحيد بهبهانى، بى تا، بى نا

الفهرست، محمد بن حسن طوسى، مؤسسه نشر اسلامى

القاموس الفقهي، سعدى ابو جيب، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٨ق

القانون فى الطب، ابن سينا، دار صادر، بيروت

٥٤- القواعد و الفوائد، محمد بن مكى، تحقيق سيد عبد الهادى حكيم، انتشارات مفيد

الكاشف، محمد جواد مغنيه، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨١م

الكافى فى الفقه، ابو الصلاح حلبى، تحقيق رضا استادى

الكامل فى ضعفاء الرجال، عبد الله بن عدى جرجانى، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩ق

اللمعه الدمشقيه، محمد بن جمال الدين مكى عاملى، دار الفكر، قم، ١٤١١ق

-٥٩

المبسوط فى فقه الاماميه، شيخ طوسى، تحقيق محمد تقى كشفى، انتشارات مرتضوى

ص: ٥٦٩

-٦٠-

المجموع فى شرح المهذب، ابن نووى، دار الفكر

-٦١-

المختصر النافع فى فقه الاماميه، جعفر بن حسن حلى، مؤسسه بعثت، قم، ١٤١٠ق

-٦٢-

المراسم العلويه فى الاحكام النبويه، حمزه بن عبد العزيز ديلمى، انتشارات امير، قم، ١٤١٤ق

-٦٣-

المزار، شيخ محمد بن مشهدى، مؤسسه نشر اسلامى، قم، ١٤١٩ق

-٦٤-

المستدرک على الصحيحين، حاكم نيشابورى، دار المعرفه، بيروت

-٦٥-

المصنف، ابى شيبه كوفى، تحقيق سعيد محمد اللحام، دار الفكر، ١٤٠٩ق

-٦٦-

المصنف، عبد الرزاق صنعانى، تحقيق حبيب الرحمن الاعظمى، مجلس العلمى

-٦٧-

المعتبر فى شرح المختصر، مؤسسه سيد الشهداء، قم، ١٣٦٤ش

-٦٨-

المغنى، عبد الله بن احمد قدامه، دار الكتاب العربى

-٦٩-

المفردات فى غريب القرآن، راغب اصفهانى، انتشارات خدمات چاپى، ١٤٠٤ق

-٧٠-

المقتنيات الدرر، سيد علي حائري، دار الكتب الإسلامية، طهران، ١٣٣٨ش

-٧١-

المقنع، ابي جعفر صدوق، مؤسسه امام هادي عليه السلام، قم، ١٤١٥ق

-٧٢-

المقنعه، محمد بن محمد عكبري، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٠ق

-٧٣-

المكاسب، مرتضى انصاري، انتشارات اطلاعات، تبريز، ١٣٧٥ق

-٧٤-

الموسوعه الفقهيه الميسره، محمد علي انصاري، مجمع فكر اسلامي، قم، ١٤١٥ق

-٧٥-

المهذب البارع في شرح المختصر التافع، ابن فهد حلي، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤٠٧ق

٧٦- المهذب، قاضي عبدالعزيز بن براج طرابلسي، مؤسسه نشر

-٧٧-

الميزان في تفسير القرآن، محمد حسين طباطبائي، مؤسسه اسماعيليان، ١٣٩٣ق

-٧٨-

الناسخ و المنسوخ في القرآن الكريم، ابن حزم اندلسي، دار الكتب العلميه، بيروت، ١٤٠٦ق

-٧٩-

النوادر، فضل الله راوندي، انتشارات دار الحديث، ١٤٠٧ق

-٨٠-

النّهايه في غريب الأثر، ابن اثير، مؤسسه اسماعيليان، ١٣٦٤ش

-٨١

النّهايه في مجرد الفقه و الفتاوى، شيخ طوسي، انتشارات قدس محمدي، قم

-٨٢

النّهايه و نكتها، شيخ طوسي، محقق حلي، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤٠٧ق

-٨٣

الوافي، محمد محسن بن شاه مرتضي، انتشارات آيه الله مرعشي، قم، ١٤٠٤ق

ص: ٥٧٠

الوجيز فى تفسير القرآن العزيز، على بن الحسين جامع عاملی، دار القرآن الکریم، قم، ۱۴۱۳ق

الوسيله الى نيل الفضيله، ابن حمزه طوسی، نسخه کامپیوتری، برنامه معجم فقہی

الوصايا و المواريث، شيخ مرتضى انصاری، انتشارات باقری، قم، ۱۴۱۵ق

الهدايه الكبرى، حسين حمدان خصیبي، مؤسسه بلاغ، بيروت، ۱۴۱۱ق

الهدايه فى الاصول و الفروع، شيخ صدوق، تحقيق مؤسسه امام هادى عليه السلام، قم، ۱۴۱۸ق

امل الآمل، شيخ حر عاملی، تحقيق سيد احمد حسینی، انتشارات آداب، نجف

انوار العرفان فى تفسير القرآن، ابو الفضل داور پناه، انتشارات صدر، ۱۳۷۵ش

انوار درخشان در تفسير قرآن، سيد محمد حسینی همدانی، کتابفروشی لطفی، ۱۳۸۰ق

اولین دانشگاه و آخرین پیامبر، سيد رضا پاک نژاد، بنیاد فرهنگى شهيد دکتر پاک نژاد، يزد،

ایضاح الفوائد، محمد بن حسن حلی، انتشارات علمیه، قم، ۱۳۸۷ق

-۹۴

بارداری و زایمان ویلیامز، ترجمه بهرام قاضی جهانی، ویراست بیست و یکم، انتشارات گلبان

-۹۵

بحار الأنوار، محمد باقر مجلسی، انتشارات اسلامیة، ۱۳۹۲ق

۹۶- بدائع الصنائع، ابوبکر بن مسعود کاشانی، انتشارات حبیبیه، پاکستان، ۱۴۰۹ق

-۹۷

بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، قرطبی اندلسی، تحقیق خالد عطار، دار الفکر، بیروت، ۱۴۱۵ق

-۹۸

بلغه الفقیه، سید محمد آل بحر العلوم، انتشارات صادق، ۱۹۸۴م

-۹۹

بهجه الآمال، ملا علی علیاری، تصحیح هدایه الله مسترحمی، ۱۴۰۶ق

-۱۰۰

بیان السعاده فی مقامات العباده، سلطان محمد جنابذی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵ق

-۱۰۱

پرتوی از قرآن، سید محمود طالقانی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۵۸ش

-۱۰۲

تاج العروس فی جواهر القاموس، محمد مرتضی زبیدی، انتشارات الحیاه، بیروت

-۱۰۳

تبصره المتعلمین، حسن بن یوسف حلی، تحقیق سید احمد حسینی، ۱۳۶۸ق

تحرير الأحكام، حسن بن يوسف حلي، مؤسسه آل البيت عليهم السلام

ص: ٥٧١

-۱۰۵

تحفه الاحوذی بشرح جامع الترمذی، عبد الرحمن مبارکفوری، دار الکتب العلمیه، بیروت

-۱۰۶

تذکره الفقهاء، حسن بن یوسف حلّی، انتشارات رضوی

-۱۰۷

تعجیل المنفعه بزوائد رجال الائمة الاربعه، احمد بن حجر عسقلانی، دار الکتب العربی، بیروت

-۱۰۸

تغذیه مادر و کودک، سید محمد رضا نوری، انتشارات شهیدی پور، مشهد، ۱۳۸۱ش

-۱۰۹

تفسیر آسان، محمد جواد نجفی، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۲ش

-۱۱۰

تفسیر اثنی عشری، حسین بن احمد حسینی شاه عبد العظیمی، انتشارات میقات، ۱۳۶۳ش

-۱۱۱

تفسیر احسن الحدیث، سید علی اکبر قرشی، بنیاد بعثت، ۱۳۶۶ش

-۱۱۲

تفسیر البصائر، رستگار جویباری، انتشارات اسلامیة، قم، ۱۳۹۹ق

-۱۱۳

تفسیر الصّافی، مولی محسن فیض کاشانی، مؤسسه اعلمی، بیروت، ۱۴۰۲ق

-۱۱۴

تفسیر العیاشی، محمد بن مسعود سمرقندی، انتشارات علمیه اسلامیة، طهران

تفسیر القرآن العظیم، اسماعیل بن کثیر قرشی، دار المعرفه، بیروت

۱۱۶- تفسیر القرآن الکریم (تفسیر شبر)، سید عبد الله شبر، دار البلاغه، بیروت، ۱۴۱۲ق

تفسیر القمّی، علی بن ابراهیم قمی، تصحیح سید طیب موسوی جزائری، انتشارات نجف

تفسیر الکاشف، محمد جواد مغنیه، دار العلم، بیروت، ۱۹۸۱م

تفسیر ثعالبی (الجواهر الحسان فی تفسیر القرآن)، عبد الرحمن ثعالبی، دار احیاء التراث العربی

تفسیر خسروی، شاهزاده علی رضا میرزا خسروانی، انتشارات اسلامیة، ۱۳۹۷ق

تفسیر راهنما، اکبر هاشمی رفسنجانی، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۳ش

تفسیر شریف لاهیجی، شیخ علی شریف لاهیجی، مؤسسه مطبوعاتی علمی، ۱۳۶۳ش

تفسیر عاملی، ابراهیم عاملی، کتابفروشی باستان، ۱۳۶۳ش

تفسیر قرطبی (الجامع لاحکام القرآن)، محمد بن احمد انصاری قرطبی، دار احیاء التراث (

تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب، میرزا محمد مشهدی، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی،

۱۳۶۶ش

-۱۲۶

تفسیر گازر (جلاء الاذهان و جلاء الاحزان)، حسین بن حسن جرجانی، دانشگاه تهران، ۱۳۳۷ش

ص: ۵۷۲

-١٢٧-

تفسير منهج الصادقين في الزام المخالفين، ملافتح الله كاشاني، كتابفروشي اسلاميه، ١٣٤٤ش

-١٢٨-

تفسير مواهب عليه (تفسير حسيني)، حسين واعظ كاشفي، كتابفروشي اقبال، ١٣١٧ش

-١٢٩-

تفسير نمونه، ناصر مكارم شيرازي، دار الكتب الاسلاميه، ١٣٥٣ش

-١٣٠-

تقريب القرآن الى الاذهان، سيد محمد حسين شيرازي، مؤسسه الوفاء، بيروت، ١٤٠٠ق

-١٣١-

تكملة الرجال، شيخ عبد النبي كاظمي، تحقيق سيد محمد صادق بحر العلوم

-١٣٢-

توحيد، شيخ صدوق، تحقيق سيد هاشم حسيني، انتشارات جامعه مدرسين

-١٣٣-

تهذيب الأحكام، محمد بن حسن طوسي، تصحيح آخوندي، دار الكتب الإسلاميه

-١٣٤-

تهذيب المقال في تنقيح كتاب الرجال، سيد محمد علي ابطحي، قم، ١٤١٧ق

-١٣٥-

تهذيب سير اعلام النبلاء، محمد بن عثمان ذهبي، مؤسسه رسالت، بيروت

١٣٦- ثواب الاعمال و عقاب الاعمال، ابن بابويه، تصحيح علي اكبر غفاري، ١٣١٩ق

-١٣٧-

جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير طبري، دار الفكر للطباعة و النشر، ١٤١٥ق

-١٣٨

جامع الخلاف و الوفاق بين الاماميه و بين ائمه الحجاز و العراق، شيخ على قمي سبزواري،

انتشارات زمينه سازان ظهور امام عصر عليه السلام، ١٣٧٩ش

-١٣٩

جامع الزواه، محمد بن علي اردبيلي، انتشارات محمدي

-١٤٠

جامع المدارك في شرح المختصر النافع، سيد احمد خوانساري، انتشارات صدوق

-١٤١

جامع المقاصد في شرح القواعد، علي بن حسين كركي، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤٠٨ق

-١٤٢

جامع عباسي، شيخ بهاء الدين عاملي، انتشارات فرهاني، تهران

-١٤٣

جواهر العقود و معين القضاء و الموقعين و الشهود، محمد منهاجي اسيوطي، دار الكتب العلميه، بيروت، ١٤١٧

-١٤٤

جواهر الفقه، قاضي عبد العزيز بن براج طرابلسي، تحقيق بهادري، ١٤١١ق

-١٤٥

جواهر الكلام، محمد حسن نجفي، دار الكتب الإسلاميه، تحقيق شيخ عباس قوچاني

-١٤٦

حاشيه المكاسب، محمد كاظم آخوند خراساني، وزارت ارشاد اسلامي، ١٤٠٦ق

حاشيه كتاب المكاسب، محمد حسين غروي، انتشارات بصيرتي، قم، ١٣٦٣ق

ص: ٥٧٣

۱۴۸-

حاشیه مجمع الفائده و البرهان، محمد باقر وحید بهبهانی، مؤسسه علامه وحید بهبهانی، ۱۴۱۷ق

۱۴۹-

حجه التفاسیر و بلاغ الاکسیر (تفسیر بلاغی)، چاپ حکمت، ۱۳۴۵ش

۱۵۰-

حلیه العلماء فی معرفه مذاهب الفقهاء، محمد بن احمد شاشی، مؤسسه رسالت، بیروت، ۱۴۰۰ق

۱۵۱-

خصائص امیر المؤمنین علی بن ابی طالب، احمد بن شعیب نسائی، تحقیق محمد هادی امینی،

انتشارات نینوی

۱۵۲-

خصال، شیخ صدوق، تحقیق علی اکبر غفاری، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ق

۱۵۳- خلاصه الاقوال فی معرفه الرجال، علامه حلی، تحقیق جواد قیومی، مؤسسه نشر اسلامی،

۱۵۴-

دراسات فی علم الدرايه (تلخیص مقباس الهدایه)، علی اکبر غفاری، دانشگاه امام صادق علیه السلام

۱۵۵-

دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، حسین علی منتظری، مرکز جهانی اسلامیه

۱۵۶-

درسنامه جامع امامی، مهرداد صلاحی، انتشارات ایلیا، تهران، ۱۳۷۸ش

۱۵۷-

دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام، نعمان بن محمد تمیمی، دار المعارف، مصر

-۱۵۸

دلایل الامامه، محمد بن جریر طبری صغیر، مؤسسه بعثت، ۱۴۱۳ق

-۱۵۹

ذخائر العقبی فی مناقب ذوی القربی، احمد بن عبد الله طبری، انتشارات قدس، قاهره، ۱۳۵۶ش

-۱۶۰

رجال ابن داود حلّی، حسن بن علی بن داود حلّی، انتشارات دانشگاه تهران

-۱۶۱

رجال طوسی، محمد بن حسن طوسی، انتشارات حیدری، نجف اشرف، ۱۳۰۸ق

-۱۶۲

رجال علامه حلّی، تحقیق بحر العلوم، انتشارات رضی، قم، ۱۴۰۲ق

-۱۶۳

رجال کشی، محمد بن عمر کشی، تحقیق سید احمد حسینی، مؤسسه اعلمی

-۱۶۴

رجال نجاشی، احمد بن علی نجاشی، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ق

-۱۶۵

رسائل کرکی، علی بن حسین کرکی، انتشارات آیه الله مرعشی، قم، ۱۴۰۹ق

-۱۶۶

رساله ابی غالب زراری، زراری، غضائری، حسینی، مرکز تحقیقات اسلامی، ۱۴۱۱ق

-۱۶۷

روان جاوید در تفسیر قرآن مجید، میرزا محمد ثقفی تهرانی، انتشارات برهان، بی تا

روح القوانین، منتسکیو، ترجمه و نگارش علی اکبر مهتدی، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۴۹ش

روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن، حسین خزاعی نیشابوری، بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۳۶۶ش

روضه الطالبین، یحیی بن شرف نووی، دار الکتب العلمیه، بیروت

ریاض المسائل، سید علی طباطبائی، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۴ق

زاد المسیر فی علم التفسیر، عبدالرحمان بن علی جوزی، دار الفکر، ۱۴۰۷ق

۱۷۳- زبده البیان فی احکام القرآن، مقدس اردبیلی، تحقیق بهبودی، انتشارات رضوی

سبیل السلام، ابن حجر عسقلانی، انتشارات مصطفی الالبابی حلبی، ۱۳۷۹ش

سنن ابن ماجه، محمد بن یزید قزوینی، تحقیق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفکر

سنن ابی داود، سلیمان بن اشعث سجستانی، تحقیق سعید محمد اللّحام، دار الفکر

سنن الترمذی، محمد بن عیسی ترمذی، تحقیق عبد الوهاب عبداللطیف، دار الفکر

-١٧٨

سنن دار القطنى، على بن عمر الدار القطنى، دار الكتب العلميه، بيروت

-١٧٩

سنن دارمى، عبد الله بهرام دارمى، انتشارات اعتدال، دمشق

-١٨٠

شرايع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، محقق حلى، انتشارات استقلال، ١٤٠٩ق

-١٨١

شرح اصول كافى، مولى محمد صالح مازندرانى، با تعليقات ميرزا ابو الحسن شعرانى

-١٨٢

شرح الأخبار، النعمان بن محمد تميمى، تحقيق سيد محمد حسينى، مؤسسه نشر اسلامى، بى تا

-١٨٣

شرح مسلم، نووى، دار الكتب العربيه، بيروت، ١٤٠٧ق

-١٨٤

صحيح ابن حبان، بترتيب ابن بلبان، على بن بلبان فارسى، مؤسسه رسالت، ١٤١٤ق

-١٨٥

طرائف المقال، سيد على اصغر بروجردى، انتشارات آيه الله مرعشى، ١٤١٠ق

-١٨٦

عُدّه الأصول، محمد بن حسن طوسى، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤٠٣ق

-١٨٧

علل الشرايع، محمد بن على بابويه، انتشارات حيدرى، نجف اشرف، ١٣٨٥ق

عوائد الأيام، احمد نراقي، انتشارات مكتب الأعلام الإسلامى، ١٤١٧ق

عوالى اللئالى، محمد بن على (ابن ابى جمهور) احسائى، تحقيق مجتبى عراقى، ١٤٠٤ق

ص: ٥٧٥

-١٩٠-

عيون اخبار الرضا عليه السلام، محمد بن علي بابويه، منشورات اعلمي، طهران، ١٣٩٠ق

-١٩١-

غنيه النزوع، ابن زهره حسيني، انتشارات آيه الله مرعشي، ١٤٠٢ق

-١٩٢-

غياث اللغات، محمد غياث الدين، انتشارات مهدي، بمبيئي، ١٣٩٠ق

-١٩٣-

فتاوى ابن جنيد، شيخ علي پناه اشتهاردى، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٦

١٩٤- فتح الباري شرح صحيح بخارى، ابن حجر عسقلاني، دار المعرفه، بيروت

-١٩٥-

فتح القدير، محمد بن علي بن محمد شوكانى، دار المعرفه، بيروت

-١٩٦-

فَرْقُ الشَّيْعه، حسن نوبختى، تعليق صادق بحر العلوم، مكتب حيدري، ١٣٨٨ق

-١٩٧-

فقه الرضا، منسوب به حضرت رضا عليه السلام، تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام

-١٩٨-

فقه السنه، سيد سابق، دارالكتب العربى، بيروت

-١٩٩-

فقه الصادق فى شرح التبصره، سيد محمد صادق روحانى، انتشارات مهر استوار، قم

-٢٠٠-

فقه القرآن، قطب الدّین راوندی، انتشارات آیہ اللہ مرعشی، ۱۴۰۵ق

-۲۰۱

فلاح السائل، ابن طاووس، انتشارات حیدری، نجف اشرف، ۱۳۸۵ق

-۲۰۲

فیض القدیر، محمد عبد الرؤوف مناوی، دار الکتب العلمیہ، بیروت

-۲۰۳

قاعده لاضرر، سید علی حسینی سیستانی، انتشارات مهر، قم، ۱۴۱۴ق

-۲۰۴

قاموس المحيط، مجد الدّین محمد بن یعقوب فیروز آبادی، دار الجبل

-۲۰۵

قرب الإسناد، عبد اللہ بن جعفر حمیری، مؤسسه آل البيت علیہم السلام، قم، ۱۴۱۳ق

-۲۰۶

قلائد المرجان فی بیان الناسخ و المنسوخ فی القرآن، مرعی بن یوسف کرمی

-۲۰۷

قواعد الأحکام، حسن بن یوسف حلّی، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۳ق

-۲۰۸

قوانین الاصول، میرزا ابو القاسم قمی، چاپ سنگی

-۲۰۹

قوانین و مقررات مربوط به خانواده، تدوین جهانگیر منصور، انتشارات دوران، ۱۳۸۲ش

-۲۱۰

كامل الزيارات، ابن قولويه قمى، انتشارات صدوق، ۱۳۷۵ش

-۲۱۱

كتاب البيع، سيد روح الله خمينى، مؤسسه مطبوعاتى اسماعيليان، ۱۴۱۰ق

-۲۱۲

كتاب الطَّهارة، شيخ مرتضى انصارى، مؤسسه الهادى، قم، ۱۴۱۵ق

-۲۱۳

كتاب القضاء، ميرزا محمد حسن آشتيانى، منشورات دار الهجرة، قم، ۱۴۰۴ق

ص: ۵۷۶

-۲۱۴

كتاب النكاح، شيخ مرتضى انصاری، انتشارات باقری، قم، ۱۴۱۵ق

-۲۱۵

كتاب النكاح (مبانی عروه الوثقی)، محمد تقی خوئی، مدرسه دار العلم، ۱۴۰۷ق

۲۱۶- كتاب التّوادر، احمد بن محمد بن عيسى اشعري، مؤسسه امام مهدي عليه السلام، قم، ۱۴۰۸ق

-۲۱۷

كشف الحقائق عن نكت الآيات و الدقائق، محمد كريم علوی حسینی، ۱۳۹۶ق

-۲۱۸

كشف الرموز في شرح المختصر النافع، حسن بن ابی طالب يوسفی، مؤسسه نشر اسلامي، قم، ۱۴۰۸ق

-۲۱۹

كشف اللثام، محمد بن حسن فاضل هندی، انتشارات سيد مرعشی، قم ۱۴۰۵ق

-۲۲۰

كفايه الأحكام، محمد باقر بن محمد مؤن سبزواری، اصفهان، بی تا

-۲۲۱

کلیات فی علم الرجال، شیخ جعفر سبحانی، مؤسسه نشر اسلامي، قم، ۱۴۱۶ق

-۲۲۲

کنز العرفان فی فقه القرآن، مقداد بن عبد الله سیوری، انتشارات مرتضوی، ۱۳۸۴ق

-۲۲۳

کنز العمال، علی متقی هندی، مؤسسه رساله، ۱۴۰۹ق

-۲۲۴

لسان العرب، ابن منظور، ادب الحوزه، قم، ۱۴۰۵ق

-۲۲۵

مأه منقبه من مناقب امير المؤمنين على بن ابى طالب و الاثمه من ولده عليهم السلام من طرق العامه، ابن شاذان، مدرسه امام مهدي، قم، ۱۴۰۷ق

-۲۲۶

مبادئ فقه و اصول، على رضا فيض، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۶۹ش

-۲۲۷

مجمع البحرين، فخر الدين طريحي، انتشارات مرتضوى، ۱۳۶۵ش

-۲۲۸

مجمع البيان فى تفسير القرآن، فضل بن حسن طبرسى، دار احياء التراث العربى، ۱۳۷۹ق

-۲۲۹

مجمع الرجال، عنايه الله قهپائى، انتشارات روشن، اصفهان، ۱۳۸۷ق

-۲۳۰

مجمع الزوائد و منبع الفوائد، على هيثمى، دار الكتب العلميه، بيروت، ۱۴۰۸ق

-۲۳۱

مجمع الفوائد و البرهان، مولى احمد اردبيلى، منشورات جامعه مدرسين، قم، ۱۴۰۳ق

-۲۳۲

محاضرات فى اصول الفقه، محمد اسحاق فياض، مؤسسه نشر اسلامى، قم، ۱۴۱۹

-۲۳۳

مختصر المزنى، اسماعيل بن يحيى المزنى، دار المعرفه، بيروت، بى تا

مختلف الشیعه، علامه حلی، انتشارات نینوی، طهران، ۱۳۲۳ق

مخزن العرفان در علوم قرآن (کنز العرفان)، امین اصفهانی، نهضت زنان مسلمان، ۱۳۶۲ش

۲۳۶- مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، تحقیق مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۰۹ق

-۲۳۷

مسالك الأفهام، زين الدين بن علي عاملی، مؤسسه معارف اسلامي، قم، ۱۴۱۳ق

-۲۳۸

مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، حسين نوري طبرسي، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۰۸ق

-۲۳۹

مستدرک سفینه البحار، شيخ علي نمازي شاهرودي، مؤسسه نشر اسلامي، قم، ۱۴۱۹ق

-۲۴۰

مستطرفات السرائر، محمد بن منصور حلبي، مؤسسه نشر اسلامي، (مطبوع در آخر سرائر)، قم، ۱۴۱۱ق

-۲۴۱

مستمسک العروه الوثقى، سيد محسن حکيم، دار احياء التراث العربي، بيروت

-۲۴۲

مستند الشيعه في احكام الشريعة، احمد نراقي، انتشارات آيه الله مرعشي، ۱۴۰۵ق

-۲۴۳

مسند ابو يعلى موصلي، احمد بن علي بن تميمي، تحقيق حسين سليم اسد، دار المأمون للتراث، بي تا

-۲۴۴

مسند احمد، احمد بن حنبل، دار صادر، بيروت، بي تا

-۲۴۵

مسند شافعي، محمد بن ادريس شافعي، دار الكتب العلميہ، بيروت، بي تا

-۲۴۶

مسند شهاب، محمد بن سلامه قضاعي، مؤسسه رساله، بيروت، ١٤٠٥ق

-٢٤٧

مشايخ الثقات، غلام رضا عرفانيان، مؤسسه نشر اسلامي، قم، ١٤١٧ق

-٢٤٨

مصباح الفقاهه، محمد علي توحيدى، انتشارات حيدرى، نجف اشرف، ١٣٤٧ق

-٢٤٩

مصباح المنير، احمد بن محمد فيومى، تصحيح محمد محى الدين عبد الحميد، ١٣٤٧ق

-٢٥٠

معالم العلماء، ابن شهر آشوب، انتشارات حيدرى، نجف اشرف، ١٣٨٠ق

-٢٥١

معانى الأخبار، ابن بابويه قمى، تصحيح غفارى، انتشارات حيدرى، ١٣٧٩ق

-٢٥٢

معانى القرآن، ابى جعفر نحاس، تحقيق محمد على صابونى، دانشگاه ام القرى، عربستان سعودى، ١٤٠٨ق

-٢٥٣

معجم الثقات، ابى طالب تجليل تبريزى، مؤسسه نشر اسلامي، قم

٢٥٤- معجم الفاظ الفقه الجعفرى، دكتور احمد فتح الله، چاپ اول، ١٤١٥ق

-٢٥٥

معجم الفروق اللغويه، تحقيق مؤسسه نشر اسلامي، قم، ١٤١٢ق

ص: ٥٧٨

-۲۵۶

معجم رجال الحديث، سيد ابوالقاسم خوئي، انتشارات صدر، قم، ۱۴۱۰ق

-۲۵۷

معجم لغه الفقهاء، محمد قلعجي، دار النفائس، عربستان سعودی، ۱۴۰۸ق

-۲۵۸

مغنی المحتاج الى معرفه معانى الفاظ المنهاج، محمد شرييني، دار احياء التراث العربی، ۱۳۷۷

-۲۵۹

مناقب آل ابی طالب، رشید الدین محمد بن علی بن شهر آشوب، مطبعه حیدری، نجف، ۱۳۷۶ق

-۲۶۰

من لايحضره الفقيه، ابن بابويه قمی، تصحيح علی اکبر غفاری، انتشارات جامع مدرسين، قم، ۱۴۰۴ق

-۲۶۱

من وحی القرآن، محمد حسين فضل الله، دار الزهراء، بيروت، ۱۴۰۵ق

-۲۶۲

مواهب الرحمان في تفسير القرآن، عبدالاعلی موسوی سبزواری، انتشارات آداب، نجف، ۱۴۰۴ق

-۲۶۳

نصب الرايه لاحاديث الهدايه، جمال الدين زيعلي، دار الحديث قاهره، ۱۴۱۵ق

-۲۶۴

نضد القواعد الفقيهيه، مقداد بن عبد الله سيوري، انتشارات آيه الله مرعشي، قم، ۱۴۰۳ق

-۲۶۵

نظم درر السمطين في فضائل المصطفى و المرتضى و البتول و السبطين، محمد زرندي حنفي، انتشارات كتابخانه امام امير

-٢٦٦-

نقد الرجال، مير مصطفى تفریشی، چاپ سنگی، طهران، ١٣١٨ق

-٢٦٧-

نواسخ القرآن، عبد الرحمن جوزی قرشی، دار الكتب العلمیه، بیروت، بی تا

-٢٦٨-

نهايه الدرأيه، سيد حسن نصر، انتشارات مشعر، ١٣٥٤ق

-٢٦٩-

نهايه المرام، سيد محمد عاملی، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٣ق

-٢٧٠-

نهج البلاغه، تحقيق شيخ محمد عبده، دار المعرفه، بيروت، بي تا

-٢٧١-

نهج البيان عن كشف معاني القرآن، محمد بن حسن شيباني، طهران، ١٤١٣ق

٢٧٢- نيل الأوطار من حديث سيد الأخيار، محمد بن علي شوکانی، دار الجبل، بيروت، ١٩٧٣م

-٢٧٣-

وسائل الشيعه، محمد بن حسن حر عاملی، تحقيق رباني، انتشارات اسلاميه، ١٣٧٦ق

ص: ٥٧٩

فهرست تفصیلی مطالب

اهداء ۲۰۰۰

سپاس و تقدیر ۲۰۰۰

فهرست اجمالی ۳۰۰۰

پیش درآمد

روش تحقیق ۸۰۰۰

بررسی متون فقهی ۸۰۰۰

بررسی متون تفسیری ۸۰۰۰

بررسی متون روایی ۹۰۰۰

روش تدوین ۹۰۰۰

بیان آرای فقها ۹۰۰۰

گزینش و انتخاب ۹۰۰۰

ترجمه متون عربی ۱۰۰۰۰

نقد و بررسی رجالی ۱۰۰۰۰

مقایسه با قانون مدنی ۱۱۰۰۰

محتوا ۱۱۰۰۰

بررسی مسایل حقوقی شیردهی کودکان (رضاع) ۱۱۰۰۰

بررسی مسایل حقوقی نگهداری کودکان (حضانت) ۱۱۰۰۰

بررسی مسایل حقوقی کودکان سرراهی (لقیط) ۱۱۰۰۰

نقد و بررسی اسناد روایات ۱۲۰۰۰

نتایج ۱۲۰۰۰

سپاس و تقدیر ۲۰۰۰۰

ص: ۵۸۰

بخش اول: بررسی مسایل حقوقی شیردهی کودکان (رضاع)

فصل اوّل: جایگاه شیر مادر در متون دینی

پیشگفتار ۲۲۰۰۰

مواد سازنده شیر مادر ۲۳۰۰۰

۱- مواد پروتئینی ۲۳۰۰۰

۲- مواد چربی ۲۳۰۰۰

۳- مواد قندی (هیدروکربن ها) ۲۳۰۰۰

۴- آب ۲۴۰۰۰

۵- ویتامین ها ۲۴۰۰۰

۶- املاح و مواد معدنی ۲۴۰۰۰

ارزش شیر مادر در متون دینی ۲۵۰۰۰

شیر نخستین (آغوز) ۲۷۰۰۰

روش شیر دادن به کودکان ۲۹۰۰۰

فصل دوّم: بازه زمانی شیردهی مادر

پیشگفتار ۳۰۰۰۰

مدت شیردهی ۳۲۰۰۰

مدت شیردهی نباید کمتر از بیست و یک ماه باشد ۳۲۰۰۰

شیردهی پس از دو سالگی اثر حقوقی ندارد ۳۴۰۰۰

نبود تعهد در تأمین هزینه ها ۳۴۰۰۰

عدم ایجاد محرمیت ۳۵۰۰۰

پیشگفتار ... ۳۶

بررسی فقهی جمله «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ» ... ۳۹

«الوالدات» ... ۳۹

معنا شناسی ... ۳۹

احکام حقوقی ... ۴۰

نظریه اول، اختصاص به مادران طلاق گرفته ... ۴۰

نظریه دوم، فراگیری همه مادران ... ۴۱

نظریه سوم، اختصاص به مادران شوهر دار ... ۴۲

دیدگاه ما ... ۴۲

«یرضعن» ... ۴۳

معنا شناسی ... ۴۳

ص: ۵۸۱

اول، فهم عرفی - لغوی ۴۴ ...

مضمون روایات ۴۵ ...

احکام حقوقی ۴۶ ...

نظریه اول، وجوب شیر دادن ۴۶ ...

نظریه دوم، استحباب شیر دادن ۴۷ ...

نظریه سوم، اولویت مادر در شیر دادن ۵۰ ...

موارد استثناء ۵۱ ...

دیدگاه ما ۵۱ ...

«حولین کاملین» ۵۲ ...

معناشناسی ۵۲ ...

احتمال اول، دو سال تمام ۵۲ ...

احتمال دوم، دو سال شمسی ۵۳ ...

احکام حقوقی ۵۳ ...

نظریه اول، اختصاص به برخی از کودکان ۵۳ ...

نظریه دوم، فراگیری نسبت به همه کودکان ۵۴ ...

نظریه سوم، تقدیری برای تحریم ناشی از شیردهی ۵۶ ...

نظریه چهارم، تقدیری برای لزوم تأمین نفقه بر پدر ۵۷ ...

«لمن أراد أن یتّم الرضاعه» ۵۷ ...

معناشناسی ۵۷ ...

احتمال اول، مادر ۵۸ ...

احتمال دوم، پدر... ۵۸

احتمال سوم، وضعیت جسمی کودک... ۵۹

احکام حقوقی... ۵۹

حکم اول، وجوب شیردهی و استحباب تکمیل... ۶۰

حکم دوم، عدم جواز اجبار مادر بر شیر دادن به کودک خود... ۶۴

بررسی دلایل... ۶۵

نتیجه... ۶۶ بررسی فقهی جمله «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»... ۷۰

«علی المولود له»... ۷۰

معنا شناسی... ۷۰

احتمال اول، تعلق کودک به پدر... ۷۱

فصل چهارم: وظایف پدر در دوره شیردهی

ص: ۵۸۲

احتمال دوم، توجه به جنبه های عاطفی ... ۷۳

احتمال سوم، انگیزه از ایجاد فرزند ... ۷۴

احتمال چهارم، قراردادهای اجتماعی ... ۷۴

احتمال پنجم، قدرت جسمانی ... ۷۴

«رزقهن و کسوتهن» ... ۷۴

معناشناسی ... ۷۴

رزق ... ۷۴

کسوه ... ۷۵

احکام حقوقی ... ۷۵

نظریه اول، هزینه های مادران مطلقه شیرده ... ۷۵

نظریه دوم، هزینه های همسران ... ۷۵

نظریه سوم، هزینه های کودکان ... ۷۷

نسبت میان اجرت با خوراک و پوشاک ... ۷۷

«بالمعروف» ... ۷۹

معناشناسی ... ۷۹

احکام حقوقی ... ۸۰

نظریه اول، وضعیت اجتماعی مادر ... ۸۰

نظریه دوم، وضعیت مالی پدر ... ۸۰

بررسی فقهی جمله «لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» ... ۸۱

بررسی فقهی جمله «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» ... ۸۲

برقراری رابطه استیجاری میان زن و شوهر ... ۸۴

احتمال اول، عدم انعقاد قرارداد اجاره ... ۸۴

بررسی دلایل ... ۸۴

بررسی اشکالات ... ۸۷

احتمال دوم، انعقاد قرارداد اجاره ... ۸۹

بررسی دلایل ... ۸۹

دیدگاه ما ... ۹۱

اختیار و اولویت مادر در شیر دادن به کودک خود ... ۹۲

نظریه اول، دلالت بر تقدّم مادر بر سایر زنان ... ۹۳

نظریه دوم، عدم دلالت بر تقدّم مادر بر سایر زنان ... ۹۳

چگونگی دخالت مادر در شیردهی به کودک خود ... ۹۴

استفاده از غذاهای کمکی یا شیر حیوانی به جای شیر دادن ... ۹۴

ص: ۵۸۳

امکان واگذاری وظیفه شیر دادن به زنِ دیگر ... ۹۴

نظریه اول، جواز ... ۹۴

نظریه دوم، عدم جواز ... ۹۵

نظریه سوم، بررسی چگونگی قرارداد ... ۹۵

پرداخت هزینه های شیردهی ... ۹۶

مسئول پرداخت دستمزد مادر ... ۹۶

اول، پدرِ کودک ... ۹۶

دوم، خودِ کودک ... ۹۶

زمان پرداخت دستمزد مادر ... ۹۷

میزان دستمزد مادر ... ۹۸

عدم اعتبار اجره المثل ... ۹۸

بررسی دلایل ... ۹۹

گرفتن دستمزد برای شیر دادن به کودکِ دیگران ... ۱۰۲

نظریه اول، لزوم اجازه شوهر ... ۱۰۲

نظریه دوم، عدم لزوم اجازه شوهر ... ۱۰۳

بررسی دلایل ... ۱۰۳

نسبت میان شیردهی و نگهداری کودک ... ۱۰۳

نظریه اول، اجازه بر رضاع شامل حضانت نمی شود و بالعکس ... ۱۰۴

نظریه دوم، اجازه بر رضاع شامل حضانت می شود و بالعکس ... ۱۰۴

نظریه سوم، اجازه بر رضاع شامل حضانت می شود و نه عکس ... ۱۰۵

بررسی فقهی جمله «وَ اتَمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ» ... ۱۰۵

بررسی فقهی جمله «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» ... ۱۰۷

معیار تعیین دستمزد مادر ... ۱۰۷

اول، توان مالی پدر ... ۱۰۷

دوم، توان مالی پدر و نیاز مادر ... ۱۰۸

دیدگاه ما ... ۱۰۸

بررسی فقهی جمله «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا» ... ۱۰۹

فصل پنجم: وظایف متقابل پدر و مادر در دوره شیردهی

بررسی فقهی جمله «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ» ... ۱۱۱

معنا شناسی ... ۱۱۱

احتمال اول، آسیب زدن والدین به کودک ... ۱۱۱

مادر به فرزند خود ضرر نزنند ... ۱۱۲

ص: ۵۸۴

پدر به فرزند خود ضرر نزند... ۱۱۲

احتمال دوم، آسیب زدن والدین به یکدیگر... ۱۱۳

به مادر به واسطه فرزندش، ضرر زده نمی شود... ۱۱۳

به پدر به واسطه فرزندش، ضرر زده نمی شود... ۱۱۴

دیدگاه ما... ۱۱۵

فصل ششم: وظایف جانشینان پدر در دوره شیردهی

بررسی فقهی جمله «وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ»... ۱۲۰

«علی الوارث»... ۱۲۰

احتمال اول، وارث پدر... ۱۲۰

احتمال دوم، پدرِ کودک... ۱۲۱

احتمال سوم، یکی از پدر و مادر... ۱۲۲

احتمال چهارم، وارث هر یک از پدر و مادر... ۱۲۲

احتمال پنجم، وارث کودک... ۱۲۲

احتمال ششم، خودِ کودک... ۱۲۴

احتمال هفتم، قیم... ۱۲۴

«مثل ذلك»... ۱۲۵

احتمال اول، پرداخت هزینه های زندگی مادر (نفقه)... ۱۲۵

احتمال دوم، آسیب نزدن (ترک مضاره)... ۱۲۵

احتمال سوم، تأمین هزینه های مادر و آسیب نزدن به او... ۱۲۷

احتمال چهارم، نسخ شدن معنای آیه... ۱۲۸

بررسی دلایل ... ۱۲۸

احتمال پنجم، گرفتن دایه ... ۱۲۸

دیدگاه ما ... ۱۲۹

بررسی محتوایی روایات ... ۱۳۱

گروه اول، نفقه ... ۱۳۱

احتمال اول، پرداخت هزینه مادر از اموال شخصی خود ... ۱۳۱

احتمال دوم، اداره زندگی مادر ... ۱۳۲

گروه دوم، آسیب نزدن ... ۱۳۳

فصل هفتم: چگونگی گرفتن کودک از شیر

بررسی فقهی جمله «فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا» ... ۱۳۷

«فإن أرادا» ... ۱۳۷

احتمال اول، پدر و مادر ... ۱۳۷

ص: ۵۸۵

احتمال دوم، وارث و مادر ... ۱۳۸

احتمال سوم، پدر و مادر، وارث و مادر ... ۱۳۸

«فصلاً» ... ۱۳۸

احتمال اول، جدا شدن از خویشان پدر ... ۱۳۸

احتمال دوم، گرفتن از شیر ... ۱۳۹

گرفتن از هر شیری ... ۱۳۹

گرفتن از شیرِ مادر ... ۱۳۹

«عن تراض منهما و تشاور» ... ۱۴۰

اعتبار رضایت ... ۱۴۰

اعتبار مشورت ... ۱۴۱

مشورت پس از رضایت ... ۱۴۲

دیدگاه ما ... ۱۴۳

نسبت میان رضاع و فصال در قرآن ... ۱۴۵

مادر و خواستِ خود ... ۱۴۵

مادر و خواستِ پدر ... ۱۴۵

نسبت میان رضاع و فصال در روایات ... ۱۴۶

فصال بدون محدودیت زمانی ... ۱۴۷

فصال پس از کمینه شیردهی ... ۱۴۷

نتیجه ... ۱۴۸

فصل هشتم: سپردن کودک به دایه

بررسی فقهی جمله «وَ إِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ» ... ۱۵۱

«وَ إِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ» ... ۱۵۱

احتمال اول، پدران ... ۱۵۲

شرایط گرفتن دایه ... ۱۵۲

۱- رضایت پدر ... ۱۵۲

۲- ناتوانی مادر ... ۱۵۲

۳- درخواست مزد بیشتر ... ۱۵۳

احتمال دوم، پدران و مادران ... ۱۵۳

احتمال سوم، پدران و کسانی که به استرضاع محتاج هستند ... ۱۵۴

«إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ» ... ۱۵۴

نظریه اول، دادن مزد به مادر... ۱۵۴

نظریه دوم، دادن مزد به دایه... ۱۵۵

نظریه سوم، پذیرش سپردنِ کودک به دایه... ۱۵۵

نظریه چهارم، تسلیم امر خداوند شدن... ۱۵۶

نظریه پنجم، تعهد به آسیب نزدن... ۱۵۶

«بالمعروف»... ۱۵۶

دیدگاه ما... ۱۵۷

بررسی فقهی جمله «وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسْتَزِضِعْ لَهُ أُخْرَى»... ۱۵۹

بخش دوم: بررسی مسایل حقوقی نگهداری کودکان (حضانت)

پیشگفتار: نگهداری کودکان در قرآن کریم... ۱۶۳

کاربردهای قرآنی... ۱۶۳

کفالت خانواده حضرت موسی علیه السلام از او... ۱۶۴

نخوردن شیر از دایگان... ۱۶۴

بازگرداندن حضرت موسی علیه السلام به خانواده خود... ۱۶۴

کفالت حضرت زکریا علیه السلام از مریم علیها السلام... ۱۶۵

مفهوم کفالت... ۱۶۶

دلیل اختلاف بنی اسرائیل... ۱۶۶

اول، تعجب از تمایل همه بر کفالت مریم علیها السلام... ۱۶۶

دوم، تعجب از عدم تمایل به کفالت مریم علیها السلام... ۱۶۷

زمان اختلاف... ۱۶۷

احتمال اول، هنگام ولادت ... ۱۶۷

احتمال دوم، زمان یتیم شدن ... ۱۶۷

احتمال سوم، زمان بلوغ ... ۱۶۸

نتیجه ... ۱۶۸

فصل اول: مباحث مقدماتی

تعریف حضانت ... ۱۶۹

تعریف لغوی ... ۱۶۹

تعریف اصطلاحی ... ۱۷۰

نظریه اول، نداشتن حقیقت شرعی ... ۱۷۱

مطابقت با معنای لغوی ... ۱۷۱

تعمیم در معنای لغوی ... ۱۷۱

ص: ۵۸۷

نظریه دوم، داشتن حقیقت شرعی ... ۱۷۲

دیدگاه ما ... ۱۷۴

نتیجه ... ۱۷۵

حق یا حکم بودن حضانت ... ۱۷۶

تعریف حق و حکم ... ۱۷۶

احتمال اول، عدم تفاوت میان حق و حکم ... ۱۷۶

احتمال دوم، تفاوت میان حق و حکم ... ۱۷۷

نظریات مطرح در متون فقهی ... ۱۷۸

نظریه اول، حق بودن حضانت ... ۱۷۸

نظریه دوم، حکم بودن حضانت ... ۱۷۹

نظریه سوم، تفصیل میان موارد حضانت ... ۱۷۹

اول، حضانت پدر و مادر ... ۱۸۰

دوم، حضانت مُلتقط ... ۱۸۴

نتیجه ... ۱۸۵

اصل در حضانت ... ۱۸۶

فصل دوم: مراحل نگهداری کودکان

مرحله اول، حضانت کودک پیش از دو سالگی ... ۱۸۹

مضمون روایات ... ۱۹۰

گروه اول، اشتراک حضانت میان پدر و مادر ... ۱۹۰

گروه دوم، اختصاص حضانت به مادر ... ۱۹۰

۱- با موضوع شیردهی ... ۱۹۰

۲- با موضوعی غیر از شیردهی ... ۱۹۳

گروه سوم، اختصاص حضانت به پدر ... ۱۹۴

بررسی و جمع بندی روایات ... ۱۹۴

نتیجه ... ۱۹۹

ارتباط میان حضانت مادر و مباشرت در رضاع ... ۲۰۰

احتمال اول، از بین رفتن حق مادر در نگهداری کودک (حضانت) ... ۲۰۰

بررسی دلایل ... ۲۰۱

احتمال دوم، از بین رفتن حق مادر در نگهداری کودک (حضانت) ... ۲۰۱

بررسی دلایل ... ۲۰۲

نتیجه ... ۲۰۴

مرحله دوم، حضانت کودک پس از دو سالگی ... ۲۰۵

ص: ۵۸۸

فرض اول: زنده بودن پدر و مادر ... ۲۰۵

نظریه اول، عدم تفاوت میان پسر و دختر ... ۲۰۵

اول، اولویت مادر به حضانت کودک خود تا هفت سال ... ۲۰۶

بررسی دلایل ... ۲۰۶

دوم، اولویت مادر به حضانت کودک خود تا ازدواج کند ... ۲۰۶

بررسی دلایل ... ۲۰۶

نظریه دوم، تفاوت میان پسر و دختر ... ۲۱۲

اول، اولویت مادر به حضانت پسر تا دو و دختر تا نه سال ... ۲۱۲

دوم، اولویت مادر به حضانت پسر تا دو و دختر تا هفت سال ... ۲۱۴

بررسی دلایل ... ۲۱۴

نتیجه ... ۲۲۱

سوم، اولویت مادر به حضانت پسر تا هفت سال و دختر تا ازدواج کند ... ۲۲۱

چهارم، اولویت مادر به حضانت پسر تا بلوغ و دختر تا ازدواج کند ... ۲۲۲

پنجم، اولویت مادر به حضانت پسر تا بتواند به تنهایی غذا خورده، لباس بپوشد و دختر تا ازدواج کند ... ۲۲۲

ششم، اولویت مادر به حضانت کودک تا دو سال در صورت وجود درگیری و تا هفت سال در صورت عدم وجود درگیری ...

۲۲۳

هفتم، استحباب سپردن حضانت کودک به مادر تا هفت سال ... ۲۲۴

نتیجه ... ۲۲۵

فرض دوم: زنده بودن یکی از پدر و مادر ... ۲۲۶

۱- مرگ مادر ... ۲۲۶

احتمال اول، انتقال به پدر ... ۲۲۶

احتمال دوم، انتقال به مادر بزرگ مادری ... ۲۲۷

۲- مرگ پدر ... ۲۲۸

احتمال اول، انتقال به مادر ... ۲۲۸

بررسی دلایل ... ۲۲۸

نتیجه ... ۲۴۷

مانعیت ازدواج مادر پس از مرگ پدر ... ۲۴۸

بررسی دلایل ... ۲۴۹

احتمال دوم، انتقال به مادر بزرگ پدری ... ۲۵۰

احتمال سوم، انتقال به پدر بزرگ پدری ... ۲۵۱

احتمال سوم، انتقال به وصی پدر ... ۲۵۵

ص: ۵۸۹

نتیجه ۲۵۶ ...

فرض سوم: زنده نبودن هیچ یک از پدر و مادر ۲۵۶ ...

نظریه اول، انتقال به پدر بزرگ پدری ۲۵۷ ...

بررسی دلایل ۲۵۷ ...

نتیجه ۲۵۸ ...

حضانت کودک پس از مرگ پدر بزرگ ۲۵۹ ...

نظریه دوم، خویشاوندان کودک با رعایت مراتب ارث (اولی بمیراثه) ۲۶۲ ...

بررسی دلایل ۲۶۲ ...

حالت اول، وجود خویشاوندان در طبقه یکسان ۲۶۳ ...

حالت دوم، وجود خویشاوندان با ارث بری یکسان ۲۷۲ ...

دیدگاه ما ۲۷۳ ...

نظریه سوم، خویشاوندان پدری (عصبه) ۲۷۷ ...

نظریه چهارم، خاله ی کودک ۲۷۹ ...

نتیجه ۲۸۰ ...

فصل سوم: شرایط نگهداری کودکان

شرایط نگهداری کودک ۲۸۱ ...

اسلام ۲۸۱ ...

بررسی دلایل ۲۸۲ ...

عقل ۲۸۷ ...

انواع جنون ۲۸۷ ...

نظریه اول، عدم تفاوت ... ۲۸۷

نظریه دوم، تفاوت ... ۲۸۸

بیماری های مُزمن و مُسری ... ۲۸۹

آزادگی ... ۲۹۰

بررسی دلایل ... ۲۹۰

نتیجه ... ۲۹۲

حبس و تبعید مادر ... ۲۹۲

فارغ بودن از حقوق زوجیت ... ۲۹۳

بررسی دلایل ... ۲۹۳

نتیجه ... ۲۹۶

موقعیت زمانی ازدواج مادر ... ۲۹۷

احتمال اول، ازدواج در زمان حیات پدرِ کودک ... ۲۹۸

ص: ۵۹۰

احتمال دوم، ازدواج در زمان فوت پدر کودک ... ۳۰۰

نتیجه ... ۳۰۱

تجدید پذیری حق مادر ... ۳۰۱

نظریه اول، بازگشت ... ۳۰۱

بررسی دلایل ... ۳۰۲

نظریه دوم، عدم بازگشت ... ۳۰۴

بررسی دلایل ... ۳۰۴

دیدگاه ... ۳۰۵

امانت داری ... ۳۰۵

معنای امانت ... ۳۰۵

دلیل اعتبار امانت ... ۳۰۸

دیدگاه ... ۳۰۹

اقامت مادر ... ۳۱۲

نظریه شافعی ... ۳۱۲

نظریه ابو حنیفه ... ۳۱۲

دیدگاه ... ۳۱۳

تغییر محل سکونت پدر ... ۳۱۴

دیدگاه ... ۳۱۵

سلامت از بیماری های مزمن و مسری ... ۳۱۵

نظریه اول، سقوط حضانت مادر ... ۳۱۶

بررسی دلایل ... ۳۱۶

نظریه دوم، عدم سقوط حضانت مادر ... ۳۱۷

بررسی دلایل ... ۳۱۷

نتیجه ... ۳۲۱

از بین رفتن شرایط لازم برای نگهداری کودک ... ۳۲۲

از بین رفتن شرایط مادر ... ۳۲۲

نظریه اول، انتقال به پدر ... ۳۲۳

نظریه دوم، انتقال به مادر بزرگ مادری ... ۳۲۳

دیدگاه ما ... ۳۲۴

از بین رفتن شرایط پدر ... ۳۲۴

نظریه اول، انتقال به مادر ... ۳۲۴

بررسی دلایل ... ۳۲۵

ص: ۵۹۱

نظریه دوم، انتقال به پدر بزرگ پدری ۳۲۷۰۰۰

بازگشت دوباره شرایط ۳۲۸۰۰۰

بازگشت دوباره شرایط در پدر ۳۲۸۰۰۰

بازگشت دوباره شرایط در مادر ۳۲۸۰۰۰

فصل چهارم: روابط پدر و مادر در دوره نگهداری کودک

رابطه کودک با مادر ۳۳۱۰۰۰

اصول روابط کودک و مادر ۳۳۱۰۰۰

اول، دیدار با کودک ۳۳۱۰۰۰

دوم، پرستاری از کودک ۳۳۱۰۰۰

سوم، پرستاری از مادر ۳۳۲۰۰۰

چهارم، مراسم سوگواری کودک ۳۳۲۰۰۰

پنجم، مراسم سوگواری مادر ۳۳۳۰۰۰

رابطه کودک با پدر ۳۳۳۰۰۰

دیدگاه ما ۳۳۳۰۰۰

فصل پنجم: نگهداری از سایر افراد

حضانت دیوانگان ۳۳۵۰۰۰

حضانت سفیهان ۳۳۶۰۰۰

اعتبار رشد در امور مالی ۳۳۷۰۰۰

اعتبار رشد در خروج از حضانت ۳۳۸۰۰۰

حضانة افراد بالغ رشید... ۳۴۰

فصل ششم: کودکان در نظام برده داری

جدایی کوک از مادر... ۳۴۶

نظرات مطرح در متون فقهی... ۳۴۶

نظریه اول، حرمت جدایی... ۳۴۶

بررسی دلایل... ۳۴۶

نتیجه... ۳۵۱

نظریه دوم، کراهت جدایی... ۳۵۳

بررسی دلایل... ۳۵۴

جدایی کودک از سایر بستگان... ۳۵۵

نظریه اول، سرایت... ۳۵۵

بررسی دلایل... ۳۵۵

ص: ۵۹۲

نظریه دوم، عدم سرایت ... ۳۵۸

بررسی دلایل ... ۳۵۸

شرایط جدایی کودک از مادر ... ۳۵۹

اول، رضایت ... ۳۵۹

دوم، بی نیازی ... ۳۶۰

بررسی دلایل ... ۳۶۰

زمان بی نیازی ... ۳۶۱

سوم، بلوغ ... ۳۶۴

بررسی دلایل ... ۳۶۴

چهارم، رسیدن به هفت سال ... ۳۶۵

جدایی فرد بالغ از مادر و سایر بستگان ... ۳۶۵

بخش سوم: بررسی مسایل حقوقی کودکان سرراهی (لقیط)

فصل اول: مباحث مقدماتی

پیشگفتار ... ۳۶۸

تعریف واژه ها ... ۳۷۰

«صبی» ... ۳۷۱

جنسیت ... ۳۷۱

شمول شیرخواران ... ۳۷۲

تنوع کودکان نابالغ ... ۳۷۲

نظریه اول، شمول ... ۳۷۲

نظریه دوم، عدم شمول ... ۳۷۲

«ضایع» ... ۳۷۴

«کافل» ... ۳۷۴

نتیجه ... ۳۷۶

ضرورت نگهداری کودکان بی سرپرست ... ۳۷۷

نظریات موجود در متون فقهی ... ۳۷۷

نظریه اول، وجوب کفایی ... ۳۷۷

بررسی دلایل ... ۳۷۷

تبدیل وجوب کفایی به عینی ... ۳۸۰

احتمال اول، تبدیل ... ۳۸۱

بررسی دلایل ... ۳۸۱

ص: ۵۹۳

احتمال دوم، عدم تبدیل ... ۳۸۵

نظریه دوم، استحباب ... ۳۸۵

بررسی دلایل ... ۳۸۵

نظریه سوم، تفصیل میان استحباب و وجوب ... ۳۸۶

کسب اجازه ... ۳۸۷

گرفتن شاهد ... ۳۸۸

نظریه اول، وجوب گرفتن شاهد ... ۳۸۸

محدوده شهادت ... ۳۸۸

تأثیر نگرفتن شاهد ... ۳۸۹

نظریه دوم، عدم وجوب گرفتن شاهد ... ۳۸۹

بررسی دلایل ... ۳۸۹

نظریه سوم، تفصیل میان وجوب و عدم وجوب ... ۳۹۰

نظریه چهارم، استحباب گرفتن شاهد ... ۳۹۰

بررسی دلایل ... ۳۹۰

نتیجه ... ۳۹۲

فصل دوم: شرایط نگهداری از کودکان سرراهی

بلوغ و عقل ... ۳۹۳

رشد ... ۳۹۴

نظرات مطرح در متون فقهی ... ۳۹۶

نظریه اول، عدم اعتبار رشد ... ۳۹۶

بررسی دلایل ۳۹۶ ...

نظریه دوم، اعتبار رشد ۳۹۷ ...

بررسی دلایل ۳۹۷ ...

دیدگاه ما ۳۹۸ ...

عدالت ۳۹۹ ...

نظرات مطرح در متون فقهی ۳۹۹ ...

نظریه اول، اعتبار عدالت ۴۰۰ ...

نظریه دوم، عدم اعتبار عدالت ۴۰۰ ...

بررسی دلایل ۴۰۰ ...

نظریه سوم، تفصیل ۴۰۱ ...

دیدگاه ما ۴۰۱ ...

نتیجه ۴۰۳ ...

ص: ۵۹۴

اسلام ۴۰۶ ...

نظرات مطرح در متون فقهی ۴۰۶ ...

نظریه اول، شرط بودن اسلام ۴۰۶ ...

بررسی دلایل ۴۰۶ ...

نظریه دوم، شرط نبودن اسلام ۴۰۸ ...

بررسی دلایل ۴۰۸ ...

نظریه سوم، تفصیل ۴۱۰ ...

اول، غیر مسلمان نمی تواند از کودک مسلمان نگهداری کند ۴۱۰ ...

بررسی دلایل ۴۱۰ ...

دوم، غیر مسلمان می تواند از کودک غیر مسلمان نگهداری کند ۴۱۴ ...

بررسی دلایل ۴۱۴ ...

نتیجه ۴۱۷ ...

توانمندی های مالی ۴۱۷ ...

استقرار در یک مکان ۴۱۸ ...

نظرات مطرح در متون فقهی ۴۱۸ ...

نظریه اول، جواز تغییر مکان ۴۱۸ ...

بررسی دلایل ۴۱۹ ...

نظریه دوم، عدم جواز تغییر مکان ۴۱۹ ...

نظریه سوم، تفصیل ۴۲۰ ...

ملاحظه ویژگی های اخلاقی ۴۲۰ ...

ملاحظه نوع مکان ... ۴۲۱

زندگی با عشایر ... ۴۲۲

دیدگاه ما ... ۴۲۳

جنسیت ... ۴۲۴

دیدگاه ما ... ۴۲۴

آزادگی (حُریت) ... ۴۲۴

فصل سوم: مسایل حقوقی کودکان سرراهی

اموال همراه کودکان سرراهی ... ۴۲۷

انواع اموال کودک ... ۴۲۷

۱- اشیای مصرفی ... ۴۲۸

ص: ۵۹۵

۲- اشیای پیرامون ... ۴۲۸

نظریه اول، تعلق به کودک ... ۴۲۸

نظریه دوم، عدم تعلق به کودک ... ۴۲۸

۳- اشیای پنهان در زمین ... ۴۲۸

ملاحظه نوع مکان ... ۴۲۸

ملاحظه چگونگی محل دفن ... ۴۲۸

۴- همراه داشتن سند مالکیت اشیا ... ۴۲۹

نظریه اول، اماره بر ملکیت است ... ۴۲۹

نظریه دوم، می تواند اماره بر ملکیت باشد ... ۴۲۹

نظریه سوم، اماره بر ملکیت نیست ... ۴۲۹

دیدگاه ما ... ۴۲۹

تأمین هزینه زندگی کودکان سرراهی ... ۴۳۰

مرحله اول، تأمین هزینه های کودک از اموال شخصی خود ... ۴۳۰

نظریه اول، استقلال یابنده ... ۴۳۱

بررسی دلایل ... ۴۳۱

نظریه دوم، عدم استقلال یابنده ... ۴۳۲

امکان گرفتن اجازه از حاکم ... ۴۳۲

عدم امکان گرفتن اجازه از حاکم ... ۴۳۳

دیدگاه ما ... ۴۳۴

مرحله دوم، تأمین هزینه های کودک از سایر منابع ... ۴۳۸

نظریه اول، تأمین از منابع دولتی ... ۴۳۸

بررسی دلایل ... ۴۳۸

نظریه دوم، تأمین از منابع غیر دولتی ... ۴۴۰

راه اول، به صورت اعطای وام ... ۴۴۱

راه دوم، از بودجه در اختیار امام علیهم السلام ... ۴۴۱

راه سوم، توسط یابنده کودک (مُلْتَقَط) ... ۴۴۳

بررسی دلایل ... ۴۴۳

دیدگاه ما ... ۴۴۵

نتیجه ... ۴۴۶

انگیزه برداشتن کودکان سرراهی ... ۴۴۶

اول، حفظ جان و سلامت کودک ... ۴۴۶

دوم، بر عهده گرفتن سرپرستی کودک ... ۴۴۸

بررسی دلایل ... ۴۵۰

اختلاف در هزینه نگهداری کودکان سرراهی ... ۴۵۲

ص: ۵۹۶

اول، اختلاف در اصل هزینه ... ۴۵۲

دوم، اختلاف در میزان هزینه ... ۴۵۳

متعارف بودن ادعا ... ۴۵۳

غیر متعارف بودن ادعا ... ۴۵۴

بررسی دلایل ... ۴۵۴

دیدگاه ما ... ۴۵۵

فصل چهارم: مسایل کیفی کودکان سرراهی

جنایت بر کودکان ... ۴۵۶

اول، جنایت عمدی منجر به مرگ ... ۴۵۷

قصاص یا بخشش در ازای دریافت عوض ... ۴۵۷

قصاص یا بخشش بدون عوض ... ۴۵۷

قصاص ... ۴۵۸

دوم، جنایت خطایی منجر به مرگ ... ۴۵۹

سوم، جنایت عمدی منجر به قصاص بر بدن ... ۴۵۹

نظریه اول، درنگ تا رسیدن به بلوغ ... ۴۵۹

نظریه دوم، تفصیل بین انواع کودکان ... ۴۶۰

نظریه سوم، قصاص یا گرفتن دیه توسط امام معصوم علیه السلام ... ۴۶۱

چهارم، جنایت خطایی یا عمدی غیر منجر به قصاص بر بدن ... ۴۶۲

جرایم کودکان سرراهی ... ۴۶۲

اول، جرایم خطایی ... ۴۶۳

دوم، جرایم عمدی ... ۴۶۳

سوم، شبیه عمد ... ۴۶۴

فصل پنجم: اختلاف درباره کودکان سرراهی

معیارهای حل اختلاف ... ۴۶۵

معیار اول، بررسی دلایل (بینه) ... ۴۶۶

۱- یک نفر مدرک (بینه) دارد ... ۴۶۶

۲- هر دو نفر مدرک (بینه) دارند ... ۴۶۶

مدارک بدون زمان ... ۴۶۶

مدارک زمان دار ... ۴۶۶

مدارک متفاوت ... ۴۶۷

۳- هیچ یک از دو نفر مدرک (بینه) ندارند ... ۴۶۷

معیار دوم، بررسی ویژگی های افراد ... ۴۶۸

ص: ۵۹۷

نظریه اول، عدم بررسی صفات ... ۴۶۸

نظریه دوم، بررسی صفات ... ۴۶۸

تساوی در صفات ... ۴۶۸

عدم تساوی در صفات ... ۴۶۹

معیار سوم، بررسی وضعیت کودک ... ۴۷۱

۱- هیچ کدام اقدام به برداشتن کودک نکرده اند ... ۴۷۱

۲- هر دو نفر اقدام به برداشتن کودک کرده اند ... ۴۷۱

صلاحیت یک نفر ... ۴۷۱

صلاحیت هر دو نفر ... ۴۷۱

دیدگاه ما ... ۴۷۳

فصل ششم: رابطه خویشاوندی با کودکان سرراهی

ادعای رابطه نسبی با کودک ... ۴۷۴

ادعای وجود رابطه پدری با کودک ... ۴۷۴

اول، ادعا توسط یابنده کودک ... ۴۷۵

نظریه اول، پذیرش ادعا ... ۴۷۵

بررسی دلایل ... ۴۷۵

نظریه دوم، عدم پذیرش ادعا ... ۴۷۵

دوم، ادعا توسط فردی دیگر ... ۴۷۶

نظریه اول، پذیرش ادعا ... ۴۷۶

بررسی دلایل ... ۴۷۶

نظریه دوم، پذیرش مشروط ... ۴۷۷

سوم، ادعا توسط دو فرد بیگانه ... ۴۷۷

نظریه اول، نظریه فقهای شیعه ... ۴۷۸

نظریه دوم، نظریه فقهای سنی ... ۴۷۹

چهارم، ادعا توسط یابنده و فرد دیگر ... ۴۸۰

ادعای وجود رابطه مادری با کودک ... ۴۸۱

مقایسه میان زن و مرد در روش اثبات ادعا ... ۴۸۱

نظریه اول، عدم تفاوت میان زن و مرد ... ۴۸۱

نظریه دوم، تفاوت میان زن و مرد ... ۴۸۱

نظریه سوم، تفصیل ... ۴۸۲

روش حل اختلاف میان مدعیان مادری ... ۴۸۳

روش اول، هیچ کدام دلیل و گواه ندارند ... ۴۸۳

ص: ۵۹۸

روش دوم، یکی دلیل و گواه دارد ۴۸۳ ...

روش سوم، هر دو دلیل و گواه دارند ۴۸۳ ...

ادعای وجود رابطه پدری و مادری با کودک ۴۸۳ ...

انکار رابطه نسبی از سوی کودک ۴۸۴ ...

دیدگاه ما ۴۸۴ ...

نتیجه ۴۸۵ ...

فصل هفتم: خویشاوندی مجازی

راه های ایجاد خویشاوندی مجازی ۴۸۶ ...

اول، ولاء عتق ۴۸۶ ...

دوم، ولاء ضمان جریره؛ ۴۸۶ ...

سوم، ولاء امام ۴۸۶ ...

خویشاوندی مجازی برای کودکان سرراهی ۴۸۷ ...

نظرات مطرح در متون فقهی ۴۸۷ ...

نظریه اول، امام معصوم علیه السلام ۴۸۷ ...

نظریه دوم، خزانه دولت ۴۸۷ ...

نظریه سوم، یابنده کودک (مُلْتَقَط) ۴۸۸ ...

ولاء قهری ملتقط ۴۸۹ ...

فصل هشتم: دین و آیین کودکان سرراهی

پیشگفتار ۴۹۱ ...

پذیرش اسلام از سوی کودک همراه ۴۹۲ ...

نظریه اول، تبعیت از آیین پدر و مادر ... ۴۹۲

نظریه دوم، اسلام ظاهری ... ۴۹۲

نظریه سوم، اسلام واقعی ... ۴۹۳

ادعای اول، پذیرش اسلام ... ۴۹۳

ادعای دوم، اجرای حکم ارتداد ... ۴۹۴

نظریه اول، جواز اجرای حد ارتداد ... ۴۹۵

بررسی دلایل ... ۴۹۵

نظریه دوم، عدم جواز اجرای حد ارتداد ... ۴۹۷

بررسی دلایل ... ۴۹۷

روش تعیین دین کودک ... ۴۹۹

روش اول، تبعیت ... ۴۹۹

اول، اسلام ظاهری کودک پیش از بلوغ ... ۴۹۹

ص: ۵۹۹

بررسی دلایل ... ۴۹۹

دوم، ارتداد کودک پس از بلوغ ... ۵۰۱

احتمال اول، مرتد محسوب می شود ... ۵۰۱

احتمال دوم، مرتد محسوب نمی شود ... ۵۰۲

دیدگاه ما ... ۵۰۲

روش دوم، اسارت ... ۵۰۳

روش سوم، محل پیدا شدن کودک ... ۵۰۳

اول، کشورهای غیر اسلامی (دار الکفر) ... ۵۰۳

نظریه اول، غیر مسلمان است ... ۵۰۳

نظریه دوم، می تواند مسلمان باشد ... ۵۰۴

دوم، کشورهای اسلامی (دار الاسلام) ... ۵۰۵

نظریه اول، مسلمان است ... ۵۰۵

نظریه دوم، تفصیل میان نوع شهر ... ۵۰۵

سوم، شهرهای اشغالی ... ۵۰۶

دیدگاه ما ... ۵۰۷

بخش چهارم: نقد و بررسی اسناد روایات

بررسی روایات بخش اول ...

بررسی روایات بخش دوم ...

بررسی روایات بخش سوم ...

فهرست ها

فهرست منابع ...

فهرست تفصیلی مطالب ...

ص: ۶۰۰

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می
نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه
اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

