



پوهنتون اسلام

پوهنځی شرعيات و قانون
پروگرام ماستري فقه و قانون



دولت جمهوري اسلامي افغانستان

وزارت تعليمات عالي

رياست پوهنتونيان خصوصي

حضانت در پرتو فقه و قوانين افغانستان

رساله ماستري

محقق: نجيب الله (خان)

استاد رئيسا: پير محمد (سجدي)

سال: ۱۳۹۷ هـ ش. - ۱۳۹۹ هـ ش.



پوهنتون سلام

پوهنځی شریعات و قانون

پروگرام ماستری فقه و قانون



دولت جمهوری اسلامی افغانستان

وزارت تحصیلات عالی

ریاست پوهنتونهای خصوصی

حضانة در پرتو فقه و قوانین افغانستان

رساله ماستری

محصل: نجیب الله "فایز"

استاد رهنما: وزیر محمد "سعیدی"

سال: ۱۳۹۷ هـ ش - ۱۴۳۹ هـ ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دپارتمنت فقه و قانون

بورد ماستری

تصدیق نامه

محترم نجیب الله ولد بسم الله ID نمبر Sh-msf-96-265 محصل دور پنجم فقه و قانون از رساله ماستری خویش زیر عنوان: حضرات در پرتو فقه و قوانین افغانستان به روز چهارشنبه تاریخ ۱۳۹۸/۰۵/۲ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیأت تحکیم مستحق ۸۵ (نمره به عدد) هستارونج (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیأت تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور عبد الباقي امین	عضو هیأت	
۲	استاد محمد یونس ابراهیمی	عضو هیأت	
۳	استاد وزیر محمد سعیدی	استاد رهنما و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... امر بورد ماستری

اهداء

رساله هذا را به خانواده‌ام اهداء می‌نمایم زیرا همواره مرا برای کسب علم تشویق نموده اند و خصوصاً به مرحوم پدر بزرگوارم که در مدت زمان طویل دوره تعلیم و تحصیل مرا با شفقت های مهربانانه تمویل مالی و معنوی نموده بود و برای مرحومه مادر مهربانم که همواره مرا در لحظات مشقت بار دوره تحصیلی رهنمای های مزید می‌نمود. و برای فرزندان ارجمندم که همواره در عرصه های پیشبرد امورات تحصیلی ام مرا یاری رسانده و همکاری نموده اند تا بتوانم اندوخته های علمی اندک خود را افزود نمایم. و برای همه استادان مهربانم که تا این دم با وجود داشتن مسئولیت های بیشتر مرا از دانش خود بهره مند ساخته اند.

نجیب الله (فایز)

سپاس گذاری

سپاس مر پروردگاری را که این جهان و آن جهان را آفرید و نخستین الهام آسمانیش را به خواندن و نوشتن آغاز نمود و مابنده‌گان را اندرین جهان پدیدار کرد.

ودرود بی‌پایان مر بهترین عالم را که سنگ تهداب مکتب یکتا پرستی را در برابر الحاد و کفر گذاشت و جهان را از شبستان جهالت به دبستان معرفت کشاند.

درود به آل و اصحاب اوشان که به خاطر اعلاى کلمت الله جان های شیرین خویش را فدای حضرت یکتا نموده اند. سپاس و تشکری از آن‌عده استادان که برای تعلیم و تقدیم شخصیت های متدین و متعهد در جامعه قلمداد شده اند و محصلین ایشان اکنون در صنوف استادان مجرب و با احساس در جامعه تقدیم شده اند. بدون شک اطفال امروز به عنوان با ارزشترین عطیه و بخشش الهی، مردان و زنان فردا و آینده سازان جامعه ای خویش اند که با پذیرش و بدوش کشیدن مسئولیت های خطیر و بزرگ اجتماعی، سیاسی، اقتصادی ... و غیره عملاً رهبری و اداره جامعه را بدست میگیرند .

اینک اثری را که تحت عنوان (حضانت در پرتو فقه و قوانین افغانستان) در دست دارید اثری است که به منظور تکمیل پایان نامه دوره ماستری ام نگارش یافته است و کوشیده ام تا در چوکات و محدوده توانمندی خویش، درین اثر، احکام حضانت را در روشنایی فقه اسلامی و قوانین مدنی کشور عزیز مان افغانستان به بررسی گرفته و زوایا و ابعاد مختلف آن را توزیع و تشریح نمایم .

در پایان بر خود لازم میدانم تا، با در نظر داشت فرموده پیامبر بزرگوار اسلام صلی الله علیه وسلم (لایشکرالله من لا یشکرالناس^۱) هر کس شکر گزار مردم نباشد شکر خداوند متعال جل جلاله را بجای نیاورده است، از همه نهاد ها و شخصیت های که در نگارش این اثر بنده را یاری و همکاری نموده اند، بطور عموم و از استادان و هیئت رهبری واداری پوهنحی شرعیات (مخصوصاًبورد ماستری) پوهنتون سلام،

^۱شعیب الارنوط فرموده است اسناده صحیح علی شرط مسلم. مسند احمد ابن حنبل(۲/۲۹۵)

بطور خاص از استاد بزرگوار و صاحب نظر در عرصه تحقیق و پژوهش، جناب محترم وزیر محمد "سعیدی" که با وجود مصروفیت های زیاد علمی، با صبر و حوصله مندی کامل جریان کار علمی، و پایان نامه بنده را همکاری نمودند و با ارایه رهنمایی ها و نظریات ارز شمند، توام با تشویق و ترغیب خویش، در شکل گیری و ترتیب این اثر نقش بسزایی داشتند، بطور خاص تر، اظهار امتنان و قدر دانی نموده و از بارگاه خداوند جل جلاله استدعا و درخواست مینمایم که برای همیشه ایشان را مورد فضل و رحمت بی پایان خویش قرا دهد .

با عرض حرمت

نجیب الله "فایز".

خلاصه بحث

رساله حاضر که تحت عنوان حضانت در پرتو فقه و قوانین افغانستان تحقیق و به رشته تحریر در آمده جهت اكمال درجه ماستری پوهنتون سلام در کابل میباشد که مشتمل بر مطالب ذیل است.

درین رساله که عنوان آن قبلاً ذکر گردیده در مورد حضانت بوده که این حضانت هم سرپرستی اطفال صغیر را در بر میگیرد و هم سرپرستی مجنون، صبیحه و سرپرستی زنان را نیز شامل میشود که بیشتر آن در موارد اطفال صغیر تا رسیدن به سن بلوغ میباشد که آنها باید تربیت بهتر شوند از مال و دارایی آنها طور شاید و باید محافظت صورت گیرد. و اینکه این سرپرستی حق کیها میباشد و کدام اشخاص و افراد در اولویت قرار دارند و اینکه از دارای این اطفال در کدام موارد حاضن میتواند استفاده کند تحت کدام شرایط. که در حق طفل هم ظلم صورت نگرفته باشد و این حضانت قبل از ظهور دین مقدس اسلام به چه شکل بوده و با ظهور دین مقدس اسلام چه شرایط و مقرراتی در آن وضع گردید. و این حضانت چه وقت پایان میابد همه و همه در روشنایی آیات قرآن کریم. سنت نبوی، فقه اسلامی نظریات ائمه اربعه، قول راجح آن و دیدگاه قوانین افغانستان تحت یک مقدمه و چهار فصل ترتیب گردیده که فصل اول شامل مبادی و کلیات حضانت، معرفی حضانت، مفهوم حضانت، الفاظ و کلمات مرتبط به آن و پیشینه حضانت تحقیق شده در فصل دوم در مورد احکام حضانت، دلایل مشروعیت حضانت، حکمت مشروعیت و مشخصات حضانت بحث شده. در فصل سوم در رابطه به مستحقین و شرایط حضانت، مستحقین حاضنیت و محضونیت در پرتو نظریات مذاهب فقهی و قوانین وضعی افغانستان، شرایط حاضنیت و محضونیت، حق و تکلیف بودن حضانت و سلب و انتقال حضانت در روشنی مذاهب فقهی و قوانین وضعی وضاحت داده شده و در فصل چهارم پیرامون آثار و احکام حضانت که شامل مدت و مکان حضانت، اجرت حضانت با نظریات مذاهب فقهی و قوانین وضعی افغانستان، به سفر بردن طفل محضون و روابط اجتماعی محضون در جریان و پایان دوره حضانت تحت مباحث و مطالب متعدد بحث صورت گرفته و در آخر با یک نتیجه گیری و پیشنهادات به پایان رسیده است.

فهرست موضوعات

صفحات	عناوین
ک	اسباب اختیار موضوع :
ل	اهمیت موضوع :
م	بیان مسئله و سوال اصلی تحقیق :
ن	سوال اصلی تحقیق :
ن	سوالات فرعی تحقیق :
ن	فرضیه های تحقیق :
س	پیشینه تحقیق
س	روش تحقیق
ع	خطه بحث :
ا	مقدمه

فصل اول

مبانی و کلیات حضانت

۴	مبحث اول : تعریف حضانت در لغت و اصطلاح
۴	مطلب اول - حضانت در لغت
۶	مطلب دوم - مفهوم حضانت در حدیث و آثار

مطلب سوم - حضانت در اصطلاح	۷
مبحث دوم: الفاظ و کلمات مرتبط و دارای پیوند	۱۳
مبحث سوم: پیشینه تاریخی حضانت	۱۶
مطلب اول - حضانت قبل از اسلام	۱۷
مطلب دوم - حضانت بعد از آمدن اسلام	۲۲

فصل دوم

احکام حضانت

مبحث اول: حکم حضانت	۲۳
مبحث دوم: دلایل مشروعیت	۲۶
مطلب اول - آیات قرآنی	۲۶
مطلب دوم - سنت نبوی	۳۰
مطلب سوم - اجماع امت	۳۲
مطلب چهارم - معقول	۳۳
مطلب پنجم - قوانین ملی و بین المللی	۳۳
مبحث سوم: حکمت مشروعیت حضانت	۳۸
مطلب اول - حکمت شرعی	۳۸
مطلب دوم - حکمت اجتماعی	۳۹
مبحث چهارم: مشخصات حضانت	۴۱
مطلب اول - خصایص، ویژگیها و مشخصات حضانت	۴۱

فصل سوم

مستحقین و شرایط حضانت

۴۵	مبحث اول: مستحقین محضونیت
۴۹	مبحث دوم: مستحقین حاضنیت
۵۲	مطلب اول - زنان مستحق حضانت (حاضنیت)
۵۲	الف - نظریه حنفی ها
۵۶	ب - نظریه مالکی ها
۶۰	ج - نظریه شوافع
۶۵	د - نظریه حنابله
۷۳	ه - نظریه قانون مدنی
۷۴	مطلب دوم - مردان مستحق حضانت
۷۴	الف - عصبات دارای محرمیت
۸۰	ب - محارم ذوی الارحام (نزدیکترین محارم مذکر غیر از عصبات)
۸۲	مطلب سوم - مستحقین حضانت بحکم حاکم و یا قاضی
۸۳	مطلب چهارم - نهاد های خیریه
۸۳	مبحث سوم: شرایط حضانت
۸۴	مطلب اول - شرایط محضونیت
۸۸	مطلب دوم - شرایط حاضنیت
۸۸	مطلب سوم - شرایط مشترک بین حاضنه و حاضن
۹۴	الف - شرایط ویژه حاضنه
۹۸	ب - شرایط ویژه حاضن
۱۰۰	مبحث چهارم: حق حضانت
۱۰۲	مبحث پنجم: سلب و انتقال حضانت
۱۰۳	مطلب اول - نظریه جمهور

مطلب دوم - نظریه فقهای مالکی ۱۰۴

فصل چهارم

آثار و احکام حضانت

مبحث اول: مدت و مکان حضانت ۱۰۵

مطلب اول - مدت حضانت ۱۰۵

مطلب دوم - مکان حضانت ۱۱۴

مبحث دوم: اجرت و هزینه حضانت ۱۱۵

الف - نظریه احناف ۱۱۵

ب - نظریه مالکی ها ۱۱۷

ج - نظریه شوافع و حنابله ۱۱۷

د - نظریه قانون مدنی ۱۱۸

مبحث سوم: به سفر بردن طفل محضون، توسط مادر و پدر ۱۱۹

مبحث چهارم: روابط اجتماعی و پایان حضانت ۱۲۲

مطلب اول - روابط اجتماعی در جریان حضانت ۱۲۲

نتیجه گیری تحقیق ۱۲۴

پیشنهادات ۱۳۱

فهرست آیات قرآنی ۱۳۲

فهرست احادیث ۱۳۳

فهرست اعلام ۱۳۴

فهرست مصادر و مراجع ۱۳۵

اسباب اختیار موضوع :

اسباب اختیار موضوع: بدون شک مسئله حضانت، به عنوان یکی از معضله های اجتماعی در ادوار مختلف مورد توجه بیشتر قرار گرفته است. پرسش ها و ابهام های پیرامون چگونگی نگهداری و سرپرستی اطفال و بگونه گسترده تر محزونین امروز هم از منظر فقهی و هم از منظر حقوقی به پاسخ های تفصیلی، قناعت بخش و هماهنگ نیاز دارند، البته عمده ترین این پرسش ها در باره نگهداری و سرپرستی از فرزندان پس از طلاق و فرو ریختن کاخ خانواده، یعنی در مواردی که پدر و مادر، جدا از هم زندگی میکنند، یا در نگهداری فرزندان اختلاف نظر دارند مطرح میگردد، به ویژه اینکه حق کدام یک از پدر و مادر مقدم است؟ این پرسشها و امثال آن اگر چه در فقه اسلامی و قانون مدنی پاسخ به آنها داده شده است. اما این پاسخگویی در فقه اسلامی از یکطرف در ضمن ابواب طلاق و آنهم به زبان عربی صورت گرفته است، و از طرف دیگر ساله های مستقلی که دانشمندان معاصر مانند رساله (الحضانه فی الاسلام) تالیف شیخ عبدالعزیز صالح، رضمیان و رساله (الحضانه فی شریعه الاسلامیه) تالیف د.ابوبکر ادریس. در مورد حضانت نوشته اند، نیز ضمن اینکه تنها جنبه فقهی دارند، به زبان عربی میباشد، و در قوانین وضعی نیز حضانت به صورت کلی و شبیه اجمال به بحث گرفته شده است. از اینرو با مراجعه به متون فقهی مذاهب چهار گانه و قانون مدنی کشور عزیز مان افغانستان به صورت همگون و مقایسوی مسئله حضانت را به تحقیق و پژوهش گرفتیم، که داشته های این پژوهش بیانگر آن است که میان فقه اسلامی و قانون مدنی کشور مان در تبیین باید ها و نبایدهای حضانت تا آنجائیکه تبیین گردیده همگونی قریب به اتفاق و وحدت دیدگاه وجود داشته، که همه و همه را درین تحقیق گرد آوری نموده ام تا از یک سو مسئولیت تکمیل پایان نامه خود را تکمیل نموده باشم و از سوی دیگر اثر مفید جهت استفاده بهتر از خود باقی گذاشته باشم.

اهمیت موضوع :

آنچه گفته میشود در میابیم که در تعالیم والای اسلام موضوع توجه به خانواده به ویژه اطفال و نگهداری و حضانت آنها، هم از جنبه مادی مطرح است و هم از جهت معنوی، به این معنا که نگهداری طفل شامل پرورش جسمی وی و فراهم نمودن امکانات لازم برای رشد او است، از جمله تهیه خوراک، پوشاک، مسکن و در صورت بیماری بهره مندی از طبیب و دارو و درمان، و به طور کلی هر آن چه برای دوام و بقای سالم طفل نیز ضروری است، شناخت محیط و آداب و رسوم و آشنایی با فرهنگ جامعه ای که خانواده در آن زندگی میکند و آشنایی با افتخارات فرهنگی این جامعه و امکان تحصیل که مهم ترین وسیله ی پرورش روحی و روانی طفل است به عنوان تربیت مطرح میشود.

این نکته نیز قابل ذکر است، تا هنگامی که بنیاد خانواده استوار و شیرازه آن از هم نپاشد، کودک تحت نظر و مراقبت والدین قرار داشته و درپناهگاه امن خانواده، تربیت و پرورش یافته و بزرگ میشود، مشکلی برای کودک مصئونیت نیست، اما با فرو ریختن این بنیان مستحکم، آن کس که بیش از همه متضرر میشود، کودک است، بنا بر این شریعت مطهر اسلام، به منظور حمایت از کودک و جلوگیری از تزیع آن به موضوع و مسئله حضانت اهمیت فراوانی داده است و در مورد، احکام مشخصی را بیان داشته است، پس با در نظر داشت شرایط و ظروف امروزی، به ویژه بلند رفتن آمار طلاق و فراهم شدن زمینه های فرقت و جدایی بین زوجین، جایگاه، اهمیت و ارزشی که حضانت، پرورش و نگهداری دارا میباشد، برجسته تر میشود، که تنها پرداختن به آن در ضمن قواعد و مقررات فقهی و حقوقی متعلق به خانواده کافی و بسنده نیست، بلکه ایجاب تحقیق مستقل و جداگانه ای به گونه گسترده تری را می نماید، ازین رو خواستم تا، تیزس و پایان نامه ماستری خویش را، که به تحریر و نگارش آن (بروفق لوایح و مقررات مورد ماستری پوهنهی شرعیات پوهنتون سلام که افتخار فراغت آنرا حاصل نمودم) درین مورد تحت عنوان (حضانت در پرتو فقه و قانون) تحریر و تقدیم علاقمندان و نیاز مندان این عرصه نمایم.

بیان مسئله و سوال اصلی تحقیق:

تحقیق حاضر، احکام حضانت در پرتو فقه و قانون مدنی کشور ما افغانستان بوده و این تحقیق در چهار فصل ترتیب شده که هر فصل به چندین مباحث و هر مبحث به چندین مطالب و اجزاء تقسیم بندی شده است.

در فصل اول آن معرفی حضانت، مفهوم حضانت در حدیث و آثار، تربیت، رضاعت، کفالت، وصایت، ولایت، حضانت قبل از اسلام، حضانت بعد از ظهور اسلام. در فصل دوم احکام حضانت، دلایل مشروعیت، قوانین ملی و بین المللی، حکمت مشروعیت حضانت، مشخصات حضانت، فرق بین حضانت و کلمات مرتبط به آن. در فصل سوم، مستحقین و شرایط حضانت، مستحقین محضونیت، مستحقین حاضنیت، زنان مستحق حضانت، نظریه حنفی ها، نظریه مالکی ها، نظریه شوافع، نظریه حنابله، نظریه قانون مدنی، عصبات دارای محرمیت، محارم ذوی الارحام (نزدیکترین محارم مذكر غیر از عصبات، مستحقین حضانت بحکم حاکم و یا قاضی، شرایط حضانت، حق و تکلیف بودن حضانت، سلب و انتقال حضانت. در فصل چهارم، آثار و احکام حضانت، مدت و مکان حضانت، اجرت و هزینه حضانت، نظریه حنفی ها، نظریه مالکی ها، نظریه شوافع و حنابله، نظریه قانون مدنی، به سفر بردن طفل محضون، توسط مادر و پدر، روابط اجتماعی و پایان حضانت مورد کاوش قرار گرفته و در پایان دیدگاه های مطرح شده در معرض بحث و مناقشه گذاشته و مسایل بحث انگیز حضانت بیان و در آخر با یک نتیجه گیری بحث پایان یافته، نتایج حاصله از تحقیق نشان میدهد که حضانت امری فراتر از نگهداری جسمی و پرستاری یک کودک بوده. در حقیقت، حضانت نوعی ولایت و سلطنت است بر حفظ، نگهداری و تربیت کودک و مجنون در یک مقطع زمانی معین و مشخص، هرچند حضانت در قول مشهور فقهی یک حق به شمار می آید، مع ذالک به جهتی، مسلماً، یک تکلیف نیز تلقی میشود. یعنی حضانت نسبت به محضون حق و نسبت به حاضن و حاضنه حق تکلیف شمرده شده است، با توجه به مباحث مطروحه در بحث، این حق و تکلیف، متوجه والدین و اقارب بوده و زمانی که پدر و مادر از هم جدا میشوند، مساله حضانت و اولویت هریک از آنها برای نگهداری و سرپرستی محضونه به گونه جدی تر مطرح میشود. اکثر فقهاء برآنند که مادر برای

حضانة به نسبت برخوردارى از كمال وفور شفقت، شايسته تر است در فقه اسلامى براى مشروعيت ووجوب حضانة، به آيات، و احاديث و اجماع و معقول استدلال شده است و قانون مدني نيز در اكثر موارد از فقه پيروي نموده است همچنان در فقه و حقوق براى تصدى امور حضانة شرايطى مطرح و مورد نظر است، كه فاقد آن از حق حضانة محروم ميشود. شرط محزون شدن نياز مندى و عدم استقلال در اجراء امور. و شرط حاضنيت، عقل و بلوغ، آزادى، امانت دارى، مصئونيت، عدم ارتداد و ... ميباشد، حضانة از منظر فقه و حقوق امريست موقت و مختص به زمان معين، نه دائمي و هميشگى. حضانة بر عهده هر كدام از والدين كه باشد. نميتواند از ملاقات ديگرى با فرزندش جلو گيرى به عمل آورد، و سرانجام در موضوع به سفر بردن محزون مصلحت همه جوانب زيدخل، به ويژه كودك مورد نظر است.

سوال اصلى تحقيق:

حضانة چيست، فقه و قانون مدني در مورد چه گفته است؟

سوالات فرعى تحقيق:

۱. مفهوم حضانة چيست و قانون مدني در مورد آن چه گفته؟

۲. حكمت حضانة از ديد شرع چه ميباشد؟

۳. چه وقت حضانة پايان ميابد؟

فرضيه هاى تحقيق:

۱. حضانة از كلمه حزن گرفته شده به معنى جانب، پهلو، در برگرفتن، حفظ، صيانت نگهدارى و

تربيت آمده است زيرا محزون نگهدارى و تربيت ميگردد. و قانون مدني هم در ماده (۲۳۶) خود حضانة را

حق اشخاصى دانسته كه توسط قانون تنظيم ميگردد.

۲. حکمت حضانت تربیت انسانی است که نمیتواند به تنهایی خود را اداره کند. و از سوی دیگر حضانت سبب بقای نسل انسانی شده از ضایع شدن نجات میابد.

۳. حضانت دختر پسر تا سن بلوغ و حضانت معتوه و مجنون تا وقت صحت مند شدن ادامه دارد و بعد آن پایان میابد.

پیشینه تحقیق :

در مورد سوابق پیشینه تحقیق پیرامون این موضوع، در فقه اسلامی در ضمن بحث های نظام خانواده تحت عنوان (کتاب الحضانه، باب الحضانه، فصل الحضانه) مانند: بدائع الصنایع، کاساسانی حنفی. و الشرح الکبیر، دردیر مالکی. والحاوی الکبیر، ماوردی شافعی. و الانصاف، مرداوی حنبلی. و بعضی رسائل مستقل فقهی مانند: رساله (الحضانه فی الاسلام) تالیف، شیخ عبدالعزیز رضمیان. و رساله (الحضانه فی الشریعه الاسلامیه) تالیف داکتر ابوبکر ادیس. و بعضی مقالات حقوقی، مانند: مقاله، (من احکام الحضانه) از زامل الرکاض. بحث های صورت گرفته که ضمن مقالات حقوقی، مانند: مقاله، (من احکام الحضانه) از زامل الرکاض. بحث های صورت گرفته که ضمن اینکه هر دو به زبان عربی بوده، اولی آن غالباً صیغه فقهی داشته و دومی اگر چه گاهی به موضوعات قانونی نیز پرداخته اما خیلی ها فشرده و مختصر میباشد، از این جهت نیاز به تحقیق و پژوهش همه جانبه ای به زبان دری و آنهم به گونه هماهنگ و مقایسوی بین فقه و قانون دیده میشود که انشاءالله درین پایان نامه به آن خواهیم پرداخت.

روش تحقیق :

در تالیف این رساله از روش تحقیق کتاب خانه ای استفاده نمودم، به این مفهوم که با مراجعه به کتاب خانه ها، نخست از قرآن کریم و سپس از کتب تفسیر مانند: تفسیر احکام القرآن، جساس، تفسیر احکام القرآن ابن عربی، تفسیر منیر از زحیلی، و کتب حدیث مانند: صحاح سته مسند احمد و ... و کتب فقهی مذاهب حنفی مانند بدائع الصنایع از کاسانی، شرح فتح القدیر سیوا سی. و مالکی مانند: التاج و

الاکلیل عبدری، الشرح الکبیردر دیر. و شافعی مانند: روضه الطالبین و عمدہ المفتین از نووی، الحاوی الکبیر ماوردی. و حنبلی مانند: اقناع فی فقه الامام احمد حجاوی، الانصاف از مرداوی. و همچنین از آراء و نظریات صحابه و تابعین، و به همین ترتیب از آراء نظریات فقهای معاصر مانند: زحیلی، ودائره المعارف های مختلف فقهی و اسلامی، که به رشت تحریر در آمده است مانند: الموسعه الفقهیه الکویتیة و تیزس ها و پایان نامه ها و مقالاتی که در رابطه به موضوع احکام حضانت، در مجله های تخصصی و علمی بچاپ رسیده است مانند پایان نامه ای: احکام الحضانه فی الشریعه الاسلامیه مقارنه بقانون الاحوال الشخصیه فی دولت العمارات العربیه المتحدہ و مقاله: لمن الحضانه از میمنی، که در (مجله الام القراء لعلوم الشرعیه و لغه العربیه و آدابها) نشر یافته. و در صورت نیاز از سایت های انترنتی مرتبط با موضوع، و از قوانین ملی مانند: قانون اساسی و قانون مدنی کشور. و قوانین بین المللی مانند: اعلامیه جهانی حقوق بشر، اعلامیه اسلامی حقوق بشر، اعلامیه جهانی حقوق کودک و کنوانسیون حقوق کودک استفاده نمودم، البته سعی نمودم تا تخریح احادیث و استنباط مسایل از این منابع با در نظر داشت، جایگاه و سلسله مراتب هر یک، بر وفق اصول پذیرفته شده تخریح استنباط صورت گیرد و حتی الوسع درجه و مرتبه احادیث را نیز بیان نمایند.

خطه بحث :

این رساله افزون بر مقدمه، که حاوی اهمیت و انگیزه انتخاب موضوع، اهداف و مقاصد تحقیق، پیشینه تحقیق، ساختار تحقیق و روش تحقیق و منابع مورد استفاده میباشد، در چهار فصل ترتیب شده و هر فصل در بر گیرنده مباحث و هر مبحث در بر گیرنده چندین مطلب خواهد بود که در فصل اول همانگونه که طبیعت تحقیق ایجاب مینماید به بیان مبادی و کلیات حضانت پرداخته، نخست تعریف (معنای لغوی و اصطلاحی حضانت را بیان سپس الفاظ مرتبط به حضانت را به بحث گرفته و با بیان پیشینه تاریخی حضانت، این فصل به پایان خواهد رسید و در فصل دوم احکام حضانت که در برگیرنده حکم تکلیفی، دلایل مشروعیت، حکمت مشروعیت و ویژگی آن. و در فصل سوم مستحقین حضانت، شرایط و حالات حضانت. و در فصل چهارم آثار و احکام آن مورد کاوش قرار گرفته است و در پایان با بیان

نتایج تحقیق دیدگاه های مطرح شده را در معرض نقد و مناقشه گذاشته موضوع با نتیجه گیری و آرایه پیشنهاداتی به پایان خواهد رسید. که اینک به تحقیق و پژوهش پیرامون موضوعات فوق الذکر، باستعانت از خداوند جل جلاله میپردازیم.

مقدمه

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا عدوان إلا على الظالمين ولا حول ولا قوة إلا بالله
العلي العظيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وأزواجه وأصحابه أجمعين

حضانة و سرپرستی اطفال از دیدگاه مکتب نجات بخش اسلام، دارای ارزش و اهمیت فوق العاده ای میباشد. زیرا که اصولاً نهاد خانواده در این مکتب، از قداست ویژه ای برخوردار است و تاکید فراوانی در جهت تشکیل خانواده و تحکیم و استقرار ارکان این نهاد مقدس در لابلای آیات قرآنی، احادیث نبوی و آثار اصحاب و یاران پیامبر بزرگوار اسلام وجود دارد. به گونه ای که الله جلّت عظمتة، به منظور تشکیل خانواده، به ازدواج دستور میفرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ». ^۱ ترجمه: و اگر می ترسید که (بهنگام ازدواج با دختران یتیم)، عدالت را رعایت نکنید، (از ازدواج با آنان، چشم پوشی کنید و) با زنان پاک (دیگر) ازدواج نمائید، دو یا سه یا چهار همسر و اگر می ترسید عدالت را (درباره همسران متعدد) رعایت نکنید، تنها یک همسر بگیرید، و یا از زنانی که مالک آنهاست استفاده کنید.^۲

پیامبر بزرگوار اسلام صلی الله علیه وسلم، نکاح را به عنوان زیر بنای تشکیل خانواده، سنت خود تلقی نموده. و رو گرداننده و خودداری کننده این عمل را از خود دفع میکنند، چنانچه فرموده است. «حَدَّثَنَا عِيسَى بْنُ مَيْمُونٍ، عَنِ الْقَاسِمِ، عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: النِّكَاحُ مِنْ سُنَّتِي، فَمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِسُنَّتِي، فَلَيْسَ مِنِّي، وَتَزَوَّجُوا، فَإِنِّي مُكَاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ، وَمَنْ كَانَ ذَا طَوْلٍ فَلْيَبْنِكْ، وَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَعَلَيْهِ بِالصَّيَامِ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءٌ». ^۳ ترجمه: نکاح کردن از جمله سنت و روش های من است، هرکس از سنت من روگرداند و به آن عمل نکند، از من نیست و ازدواج کنید، زیرا من به زیاد شدن شما امت بر سائر امتها افتخار میکنم، و هر که توانمندی دارد باید نکاح کند، و هر که توان نکاح را نداشت، باید که روزه بگیرد زیرا که برای آن (در مقابل شهوت) سپر است.

بدون شک هدف از ایجاد و تشکیل، این کانون مقدس نیز، هدف والا و ارزشمندی است و آن عبارت است از: تداوم و بقای نسل بشر، با ایجاد فرزندان، که در پرتو تعالیم حیات بخش

^۱ - النساء، آیه ۳

^۲ ترجمه قرآن ذکر سوره نساء آیه ۳

^۳ - سنن ابن ماجه، أبو عبدالله محمد بن یزید قزوینی، ج ۱ ص ۱۲۰ رقم (۱۸۴۶) (ب. ت) مکتبه ابي المعاطی بیروت. الشیخ البانی فرموده: این

حدیث حسن است

اسلام، باید با افرادی شایسته و صالح بار آیند، چرا که از دیدگاه اسلام هدف ازدواج صرفاً ارضای شهوات و تامین غرایز مادی نیست، بلکه نظر به شهادت صریح آیات قرآن که فرموده «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»^۱

ترجمه: و از نشانه‌های او اینکه همسرانی از جنس خودتان برای شما آفرید تا در کنار آنان آرامش یابید، و در میانتان مودت و رحمت قرار داد؛ در این نشانه‌هایی است برای گروهی که تفکر می‌کنند! ازدواج باید عامل سکون و آرامش و رمز مودت و رحمت باشد، بدین گونه قانون خانواده شور و گرمی خاصی یافته، به دنبال آرمان‌های والای خود، یعنی ایجاد و پرورش نسلی صالح و مفید تلاش می‌نماید. در چنین نظر گاهی است که بر مراعات و سعی در جهت استقرار و تحکیم پایه‌های خانواده و رشد و تعالی آن تاکید شده است، به گونه‌ای که قرآن عظیم الشان از یکطرف اولاد و فرزند را بصورت کل بدون اینکه بین جنس (پسر و دختر) تفکیک و فرقی قایل شود، موهبت و بخشش الهی دانسته می‌فرماید: «يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ - أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا ۗ وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا ۗ إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ»^۲ ترجمه: مالکیت و حاکمیت آسمانها و زمین از آن خداست؛ هر چه را بخواهد می‌آفریند؛ به هر کس اراده کند دختر می‌بخشد و به هر کس بخواهد پسر، یا (اگر بخواهد) پسر و دختر - هر دو - را برای آنان جمع میکند و هر کس را بخواهد عقیم می‌گذارد؛ زیرا که او دانا و قادر است.

و از جانب دیگر مال و اولاد را زینت زندگی دنیا شمرده می‌فرماید: «الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا»^۳ ترجمه: مال و فرزندان، زینت حیات و زندگی دنیا هستند.

تا با این عناوین گهربار (موهبت و زینت خواندن فرزند اعم از دختر و پسر) مهر بطلان، بر فرهنگ منحط و پست جاهلی زده و هر گونه تبعیض را محکوم طرد نماید.

بلی؛ در تعالیم والای اسلامی آداب و دستورات فراوانی، در باب نکاح، مراحل تشکیل، پرورش و رشد جنین، الی تولد آن، و توجه و عنایت به مقام ویژه فرزندان، وجود دارد.

و این مکتب، مکتبی است، که به نهایت دقت و مراقبت والدین، در همه این مراحل دستور داده و هرگونه ضرر رساندن به جنین را منع نموده است. بدون شک منظور تمامی توصیه‌های

۱ - الروم: آیه ۲۱.
۲ - الشوری، آیه ۴۹-۵۰.
۳ - کهف آیه ۴۶

والای اسلام در زمینه منع عقد نکاح با برخی از زنان و حق فسخ عقد و غیره تضمین رشد و سلامتی و صلاح حال اولاد و آینده است.

قرآن کریم خبر ولادت نوزاد را به عنوان خبری مسرت بخش با لفظ بشارت ذکر میکند، چنانچه در داستان حضرت ابراهیم علیه السلام فرموده: ﴿فَبَشِّرْنَاهُ بِغُلَامٍ حَلِيمٍ﴾^۱ ترجمه: ما او (ابراهیم) را به نوجوانی برده بار و پر استقامت بشارت دادیم.

وهمچنان به حضرت ذکریا علیه السلام در مقام اجابت دعایش چنین میفرماید: ﴿يَا زَكَرِيَّا إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَامٍ اسْمُهُ يَحْيَىٰ لَمْ نَجْعَلْ لَهُ مِنْ قَبْلُ سَمِيًّا﴾^۲

ترجمه: ای زکریا! ما تو را به فرزندی بشارت می‌دهیم که نامش «یحیی» است؛ و پیش از این، همنامش پیش از این نبوده است.

۱ - الصافات: آیه ۱۰۱

۲ - مریم: آیه ۷

فصل اول

مبادی و کلیات حضانت

در تحقیق و پژوهش پیرامون هر موضوع و پدیده‌ای، که محقق و پژوهش در صدد و جستجوی توضیح و تشریح آن بوده، و میخواهد که احکام و مسایل مربوطه و منوط به آنرا بیان دارد، نخست باید در مورد مبادی و کلیات آن، که غالباً حاوی و در برگیرنده تعریف، الفاظ و کلمات مرتبط، پیشینه تاریخی، آن میباشد، بحث‌های صورت گیرد، زیرا که شناخت و معرفت نسبی یک موضوع و پدیده، موقوف به شناسایی همین مبادی و کلیات میباشد. از اینکه در این بخش رساله طی سه مطلب جداگانه موضوعات و مسائل فوق‌الذکر، مربوط به حضانت را به گونه ذیل مورد تحقیق و پژوهش قرار خواهیم داد.

مبحث اول: تعریف حضانت در لغت و اصطلاح

در معرفت و شناسایی پدیده‌ها، عرف دانشمندان بر این است که نخست آن پدیده را از دیدگاه لغت و یا واژه تحت عنوان معنی لغوی (تفسیر یک کلمه به کلمه دیگری که مانوس تر از آن باشد بیان مینماید.

و سپس از منظر اصطلاح همان علم و فن مورد نظر، تحت عنوان معنی اصطلاحی (نقل لفظ از معنی لغوی به معنی دیگری از جهت مناسبتی که بین آن وجود دارد). به شناسایی و معرفت میگردند، که اینک با تاسی از همین روش و میتود، تعریف واژه و کلمه حضانت را از دیدگاه لغت و اصطلاح در ذیل بیان می‌داریم.

مطلب اول - حضانت در لغت:

حضانت (به کسر و فتح حاء) از ماده (حَضَنَ) بروزن (نَصَرَ) گرفته شده، واژه حَضَن در لغت عرب غالباً در دو معنی استعمال گردیده عبارت‌اند از:

۱: جانب، پهلو، کنار، وزیربغل: چنانچه وقتی پرنده، تخم خود را زیر بدن وبال خود قرار میدهد، عرب ها میگویند: (حَصَنَ الطَّائِرُ بَيْضَتَهُ) یعنی پرنده تخم خود را زیر بال گرفت.^۱

همچنان با تاسی از لسان عربی در لغت نامه ها و فرهنگ های فارسی نیز واژه حضانت در معانی: زیر بال گرفتن، در برگرفتن، در دامن پروراندن، دایگی، پرستاری کودک در روی تخم خوابیدن پرنده تا جوجه برآید، استعمال گردیده است.^۲

۲: حفظ، صیانت، نگهداری و تربیت: چنانچه عربها در مورد مرد وزنی که طفل خود را حفاظت، نگهداری و تربیت مینماید، میگویند که: (حَصَنَتِ الْمَرْأَةُ صَبِيَّهَا) و (حَصَنَ الرَّجُلُ الصَّبِيَّ) زیرا که (حَاضِنٌ وَ حَاضِنَةٌ) وظیفه و مسئولیت حفظ، صیانت، نگهداری و تربیت (محضون و محضونه) یعنی شخص مورد حضانت را بدوش دارند.^۳

چنانچه؛ کاسانی^۴ رحمه الله علیه میگوید: {فالحضانة في اللة تستعمل في معنيين: احدهما جعل الشيء اى اعتزله فجعله في ناحية منه، والثاني: الضم الى الجنب تقال: حضنته و احتضنته اذا ضمته الى جنبك، والحضن الجنب فحضانة الام ولدها هي ضمها اياه الى جنبها واعتزلتها اياه من آبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه.} ^۵

به این مفهوم که، حضانت در لغت در دو معنی، استعمال میشود، یکی گذاشتن و قرار دادن چیزی در گوشه، ناحیه، طرف و کناری. چنانچه گفته شده: (حَصَنَ الرَّجُلُ الشَّيْءَ) یعنی شخصی چیزی را کنار گذاشته و در ناحیه و گوشه ای قرار داد. ودوم بمعنی انضمام و پیوستن در پهلو و آغوش؛ گفته میشود (حَصَنَتْهُ وَاحْتَضَنْتَهُ إِذَا ضَمَمْتَهُ إِلَى جَنْبِكَ) یعنی در پهلو گرفتن فلان را.^۶

۱ . رازی، محمد بن ابی بکر مختارالصاحح، ص ۱۶۷ ناشرین بیروت. إبراهيم ابن أحمد الزيات. مصطفي، المعجم الوسيط ج ۲. ص ۱۸۲، دارالدعوة.

۲ . عمید، حسن، فرهنگ فارسی ج ۲. ص ۹۴۷، طبع ۱۳۸۳، انتشارات امیر کبیر تهران.

۳ . قنبری، محمدرواس، حامد صادق. المعجم لغة الفقهاء، ص ۱۸۱، طبع ۱۴۰۸ هـ دارالنفائس للطباعة. لسان العرب، ۱۰۸. محمد بن مكرم بن منظور الأفریقی مصری، ج ۱۳. ص ۱۲۲. ب.ت. دار صادر بیروت، الطبعة الأولى. المعجم الوسيط إبراهيم ابن أحمد الزيات مصطفي. ص ۱۸۲، التوفيق علی مهمات التعاریف ص ۲۸۲. دارالفکر المعاصر، دمشق.

۴ الشاشي، أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني علاء الدين الحنفي توفي بها سنة ۵۸۷. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي.

۵ . مناوی، محمد عبدالرؤف، التوفيق علی مهمات التعاریف، ص ۳۲۱. دارالفکر المعاصر، دمشق.

۶ . کاسانی، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص ۳۲۱. ب.ت.

مطلب دوم: مفهوم حضانت در احادیث و آثار:

ناگفته نباید گذاشت که؛ در احادیث رسول الله صلی الله علیه وسلم و آثار اصحاب کرام رضی الله عنهم نیز کلمه و واژه حضن در همین معانی و مفاهیم مورد استفاده قرار گرفته است، که به گونه نمونه برخی از آنها را ذیلاً بیان میداریم.

۱: جانب، کنار، آغوش و بدوش گرفتن: چنانچه در حدیث شریف آمده است، که (خَرَجَ مُحْتَضِبًا أَحَدَ ابْنَيْ ابْنَتِهِ)^۱ به این مفهوم که؛ پیامبر صلی الله علیه وسلم بیرون شد در حالیکه یکی از پسران دختر خود را به آغوش گرفته بود.

و در حدیث السقیفه آمده است که؛ (مَنْكُم يُرِيدُونَ أَنْ يَخْرُجُوا مِنْ أَصْلَانَا وَيَحْتَضِنُوا مِنَ الْأَمْرِ)^۲

به این مفهوم که بعضی از شما میخواهند، که ما را از اصل ما جدا ساخته و از این موضوع کنار بزنند و در حاشیه، گوشه و جانبی قرار دهند.

۲: تربیت و نگهداری: چنانچه عروه بن زبیر رضی الله عنه (عن أبي الأسود عن عروة بن الزبير قال : عجبت لقوم طلبوا هذا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا حضانا لأبناء الملوك)^۳

به این مفهوم که تعجب میکنم بر قومی که علم و دانش را طلب کردن تا اینکه آنرا بدست آوردند و سرانجام مربی و کافل فرزندان پادشاهان گردیدند.

درین اثر واژه و کلمه (حَضَان) جمع (حاضن) بوده به معنی تربیت دهنده و نگهدار است و (حاضنه) هم عبارت از زنی است که طفل را تربیت میدهد. و (حضانة، به فتح) تربیت را گویند.

با در نظر داشت آنچه که گفته شد بطور فشرده و خلاصه میتوان گفت که کلمه و واژه (حَضَنَ حَضُونًا، حَضَانًا وَ حَضَانَاتًا) به معنای تربیت، حفظ، صیانت و حمایت است. و در کتب لغت نیز به معنای (زیر بال گرفتن پرنده، تخم های خود را برای این که جوجه در آید) آمده. زیرا این عمل پرنده نوعی حفظ و صیانت محسوب میشود. و اگر از زیر بغل تا پهلو، را حضن گویند، به همین خاطر است، که حفاظت توسط این قسمت بدن به عمل می آید.

۱. الجامع الصحيح سنن الترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی ابن سوره ترمذی، ص ۳۱۷، ب.ت. دار احیاء التراث العربی- بیروت. النهاة فی الغریب الغریب الاحادیث والاثار، ابوالسعادات المبارک بن محمد جزری، ج ۱. ص ۸۷، ۱۲۹۹ طبع ه- ۱۹۷۹م، المكتبة العلمية. بیروت، مسند احمد، ابو عبدالله، احمد بن حنبل شیبانی، ص ۴۱۰، ب.ت، موسسه قرطیبه، القاہرہ.

۲. ابن جوزی، ابو الفرج عبدالرحمن بن علی بن محمد الغریب الحدیث، ج ۱. ص ۲۲۱، طبع ۱۹۸۵. دار الکتب العلمیہ-بیروت. مسند احمد ابو عبدالله، احمد بن حنبل شیبانی، ص ۵۶ النهاية فی غریب الحدیث والاثار، ابوالسعادات المبارک بن محمد جزری، ص ۹۹۱.

۳. ابوالسعادات المبارک بن محمد، جزری، النهاية فی غریب الحدیث والاثار ص ۹۹۱.

پس (حضانت) مصدر است بمعنی تربیت دادن و (حاضن و حاضنه) اسم فاعل مذکر و مونث است به معنی مرد و زن تربیت دهنده و (محضون و محضونه) اسم مفعول مذکر و مونث اند به معنی تربیت کرده شده. چنانچه ابن منظور رحمه الله علیه فرموده است: (الحضانه مصدر الحاضن والحاضنة والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه و يربانه)^۱

به این مفهوم که حضانت مصدر (حاضن و حاضنه) است و حاضن و حاضنه عبارت از مردی و زنی است که به منظور نگهداری و تربیه طفل گماشته شده اند.

وجه تسمیه:

وجه تسمیه و علت نامگذاری حضانت برای نگهداری و تربیت طفل این است که (حاضن) در لغت عربی، زیر بغل تا تهیگاه یا سینه و فاصله دوبازو، را گویند چون مادر، طفل خود را در موقع تربیت و نگهداری غالباً در بین بازوان و سینه (آغوش) خود قرار میدهد، از آن جهت حضانت نامیده شده است.

مطلب سوم - حضانت در اصطلاح:

در مورد تعریف اصطلاحی حضانت فقهای کرام رحمهم الله از تعاریف متعدد و عبارات مختلف و گوناگونی استفاده نموده اند که برخی از آنها را ذیلاً نقل نموده و مورد دقت و ارزیابی قرار میدهیم.

الف: تعریف فقهاء احناف:

از جمله فقهای احناف، ابن نجیم^۲ مصری رحمت الله علیه، حضانت را چنین تعریف نموده است {وهي بكسر الحاء وفتحها تربية الولد}.^۳

به این مفهوم که حضانت و حضانت: عبارت است از تربیت و پرورش طفل ویا کودک.

^۱ ابن منظور، محمد بن مکرم الأفریقی مصری السان العرب، ص ۱۲۲.

^۲ ابن نجیم المصری - زین الدین بن ابراهیم بن محمد ابن محمد بن ابی بکر مشهور به ابن نجیم المصری الفقیه الحنفی متولد سال ۹۲۶ و متوفی سنة ۹۷۰ آثارش . الاشباه والنظائر في الفروع . البحر الرائق شرح كنز الدقائق في الفروع . تحرير المقال في مسألة الاستبدال . التحفة المرضية في الاراضي المصرية . تعليق الانوار على اصول المنار للنسفی . حاشية على جامع الفصولین.

^۳ ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم مصری، ب.ت، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصری، المعرف بابن نجیم، (ب.ت)، ص ۱۸۵.

ابن عابدین^۱ رحمت الله عليه این تعریف را تعریف لغوی حضانت شمرده و در اصطلاح شرع حضانت: را چنین تعریف نموده است: {فهو تربيته الولد لمن له حق الحضانه}^۲ یعنی حضانت عبارت است از تربیه و پرورش طفل توسط کسی که حق حضانت را دارد.

شرح و مناقشه تعریف:

باید گفت که پس از جستجو و کاوش زیادی در کتب فقهی احناف مناسب تر از این دو تعریف دریافت کرده نتوانستم، از آنرو به شرح و مناقشه این دو تعریفی که احناف از حضانت نموده اند به گونه ذیل می پردازیم.

از اینکه حضانت مصدر است بمعنی تربیت، وجود خارجی آن نیاز مند موجودیت حاضن (تربیت دهنده) محضون (تربیت شونده) محضون به (گونه های تربیت) و مدت تربیت است، و تعریف آن هم زمانی کامل (جامع و مانع) میگردد که حاوی و در بر گیرنده همین موضوعات بوده باشد.

با در نظر داشت آنچه گفته شد، با صراحت میتوان گفت که تعریف ابن نجیم^۳ مصری رحمه الله علیه (تربیت الولد) جامع و مانع نیست زیرا که از یکطرف به گونه واضح و صریح در برگیرنده حاضن و مدت حضانت نبوده و از یک طرف صرف شامل یک نوع محضون (طفل) بوده و انواع دیگر آن (مجنون و معتوه) را در بر نمیگیرد.

البته گمان بر این است که ابن عابدین^۴ رحمه الله با در نظر داشت همین کوتاهی آنرا معنای لغوی شمرده است. اما تعریف ابن عابدین رحمه الله (تربیه الولد لمن له حق الحضانه) اگرچه در جمله (لمن له حق الحضانه) حاضن را به گونه واضح و صریح بیان داشته اما به نسبت عدم احتوای تمام محضونین اعم از طفل، مجنون و معتوه، عدم بیان چگونگی تربیت و مدت حضانت، جامع و مانع پنداشته شده نمی تواند. مگر اینکه گفته شود که ذکر کلمه (الولد) به اساس قاعده تغلیب بوده و مراد از آن محضون میباشد، زیرا که به گونه اغلب کسانی که مورد حضانت قرار میگیرند اطفال اند. و مدت حضانت اگر چه به گونه واضح و صریح در آن بیان

^۱ ابن عابدین السید محمد امین عابدین بن السید عمر عابدین بن عبد العزیز بن احمد بن عبدالرحیم الدمشقی الحنفی المفتی العلامة مشهور بابن عابدین متولد سال ۱۱۹۸ و توفی سنة ۱۲۵۲. له من التصانیف الابانة عن اخذ الاحرة على الحضانة صاحب رد المختار.

^۲ ابن عابدین، محمد امین بن عمر، الرد المختار علی در المختار، (ب، ت). ج ۱۳. ص ۲۱.

^۳ ابن نجیم المصری - زین الدین بن ابراهیم بن محمد ابن محمد بن ابی بکر مشهور بابن نجیم المصری الفقیه الحنفی متولد سال ۹۲۶ و توفی سنة ۹۷۰ آثارش . الاشباه والنظائر في الفروع . البحر الرائق شرح كنز الدقائق في الفروع . تحرير المقال في مسألة الاستبدال . التحفة المرضیة في الاراضي المصریة . تعليق الانوار علی اصول المنار للنسفی . حاشیة علی جامع الفصولین .

^۴ ابن عابدین السید محمد امین عابدین بن السید عمر عابدین بن عبد العزیز بن احمد بن عبدالرحیم الدمشقی الحنفی المفتی العلامة مشهور بابن عابدین متولد سال ۱۱۹۸ و توفی سنة ۱۲۵۲.

نشده اما از لابلای تعریف به گونه ضمنی میتوان آنرا دریافت نمود زیرا که از مفهوم حاضن و محضون مدت حضانت نیز تشخیص میگردد.

ب: تعریف فقهاء مالکی

از جمله فقهای مالکی نفرای^۱ رحمه الله علیه حضانت را، چنین تعریف نموده است:
{هی حفظ من لا تستقل باموره، و تربیة بما یصلحه}^۲

یعنی حضانت عبارت است از حفظ و نگهداری کسی که در امورات خود مستقل نیست، و پرورش دادن آن به آنچه به مصلحت آن است.

در تعریف دیگری از مالکی ها چنین آمده است: {وهی فی الشرع الکفالة، و التریبة، و القیام، بجمع امور الخضون و مصالحه}.^۳ یعنی حضانت در اصطلاح شریعت عبارت است از سرپرستی و تربیت و رسیدگی به تمامی امور و مصالح محضون (شخص مورد حضانت).

ج: تعریف فقهاء شوافع:

از جمله فقهای شافعی نووی^۴ رحمه الله علیه حضانت را چنین تعریف نموده است:
{الحضانة: هی القیام بحفظ من لا یمیز ولا یستقل بامرہ و تربیته بما یصلحه و وقایته عما یؤذیه}^۵ یعنی حضانت عبارت است از قیام و رسیدگی به حفاظت و نگهداری کسی که دارای نمیز نبوده و در امور خود مستقل نباشد، و پرورش آن به آنچه که به مصلحت آن است و وقایه و نگهداری او از آنچه به او ضرر می رساند.

و تعریف دیگر شوافع از حضانت این است: {حفظ من لا یستقل و تربیته}^۶

یعنی حضانت عبارت است از حفاظت، نگهداری و تربیت کسیکه دارای استقلال نباشد.

^۱ علامه المفتی سالم بن أحمد النفراوی المالکی الزهری المصری الضریر، متوفی ۱۱۶۸، ومن العجیب ما فی ترجمته من " عجائب الآثار " من أنه أخذ عن الشبراملسی والبابلی، فإذا صح یكون عمر فوق المائة، ولم یذكر ذلك من ترجمه، كما أنه غلط فجعل والده محمد مع انه أحمد. له ثبت خطی موجود بالمکتبة التیموریة بمصر فی قسم المصطلح تحت عدد ۱۲۲.

^۲ الفواکه الدوانی علی رسالۃ ابن ابی زید القیروانی، أحمد بن غنیم بن سالم نفرای، ب.ت. ج. ۳، ص ۱۰۲۷. مکتبة الثقافة الدینیة بیروت.

^۳ عدوی، علی بن احمد الصعیدی، حاشیة العدوی علی شرح کفایة الطالب الربانی، ب.ت. ج. ۵، ص ۴۰۹.

^۴ محمد نووی بن عمر الجاوی، الشافعی (أبو عبد الله) فقیه، مفسر، صوفی، متکلم، مشارک فی بعض العلوم. هاجر إلى مكة، وتوفي بها.

^۵ آثارش: مرقاة صعود التصدیق فی شرح من آثاره: مخزن الاسلام فی التصوف، وجواهر الاسرار.

^۶ دلیل الطالب لنیل المطالب، مرعی بن یوسف الحنبلی کرمی، ۱۴۲۵هـ - ۲۰۰۴م، أبوقتیبة نظر محمد الفاریابی، ص ۱۳۱. دارالنشر و التوزیع، الریاض، الطبعة الأول.

^۷ جصاص، احمد ابن علی المکنی بابی بکر الرازی الحنفی، احکام القرآن، ۱۴۰۴هـ ش، ج ۲، ص ۳۳، داراحیاء التراث العربی. بیروت. منهاج الطالبین وعمدة المفتیین، أبو ذکریا محیی الدین یحیی بن شرف. نووی، ب.ت. ج ۱. ص ۳۹۰.

د: تعریف فقهاء حنابله:

از جمله فقهای حنبلی مرداوی^۱ رحمه الله علیه حضانت را چنین تعریف نموده است:
{هی حفظ من لا يستقل بنفسه و تربيته حتى يستقل بنفسه.} ^۲

یعنی حضانت عبارت است از حفاظت، نگهداری و تربیت کسی که دارای استقلال در مورد نفس خود نبوده تا زمانی که مستقل گردد.

ه: تعریف فقهای معاصر

از جمله فقهای معاصر سید سابق^۳ رحمت الله علیه حضانت را چنین تعریف نموده است:
{عبارة عن القيام بحفظ الصغير، اوالصغيرة، اوالمعتوة الذي لا يميز ولا يستقل بامر، وتعهده، بما يصلحه، ووقايته مما يوذيه ويضره، وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً، يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسئولياتها.} ^۴

حضانت عبارت است از، نگهداری و سرپرستی طفل، اعم از پسر و دختر و یا سفیهی که اهل تمیز، نباشد و نتوانند که امورات خود را مستقلانه انجام دهند، به گونه یی که متضمن تامین مصالح و منافع و دفع و اضرار، زیان ها، اذیت و آزارها از آن بوده و باعث پرورش جسمی، روحی و عقلی شان گردد، تا توانمندی را دریافت نمایند که بتوانند در آینده خود، مسئولیت و وظایف و پیشبرد امورات زندگی خویش را بدوش گیرند.

و: تعریف قانون مدنی:

قانون مدنی افغانستان حضانت را چنین تعریف نموده است: {حضانت عبارت از حفاظت و پرورش طفل است در مدتی که طفل به حضانت و پرورش زن محتاج باشد.} ^۵

با در نظر داشت مقارنه و مقایسه بین تعریف فقها و قانون دانان به وضاحت درمیابیم که قانون مدنی در تعریف حضانت از فقه حنفی پیروی نموده است. چنانچه قبلاً محقق کتاب

^۱ المرادوي، علي بن سليمان بن أحمد بن محمد علاء الدين أبو الحسن المقدسي شيخ الحنابلة بدمشق المتوفى سنة ۸۸۵ له الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف مجلد ۴. تحرير المنقول وتهذيب الأصول في الفقه.

^۲ الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد ابن حنبل، علاء الدين أبو الحين علي بن سليمان المدشقي الصالحی. مرداوی، ۱۴۱۹ هـ ج ۹ ص ۳۰۷. دار إحياء التراث العربی بیروت، لبنان الطبعة الأولى.

^۳ فقه السنة، سید سابق رحمه الله تعالى من الكتب الجيدة التي ألفت في الفقه، وذلك لحسن أسلوبه، وسهولة عرضه للمسائل الفقهية، وجلب الأدلة عليها، وذكر الخلاف عند الحاجة أو في بعض الأحيان إذا دعت الحاجة لذلك، مع التطرق لجميع أبواب الفقه والتفريع أحياناً على أهم مسائل العصر، وذكر القوانين المعمول بها في بلده.

^۴ سید سابق، فقه السنة، ب.ت، ج ۴، ص ۳۳۸. دارلکتب، پشاور، پاکستان.

^۵ قانون مدنی افغانستان، ص ۲۳۶. جریده رسمی شماره (۳۵۳) مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ هـ ش.

الجوهرة النيرة حضانة را چنین تعریف نموده است: {الحضانة هي تربيته الولد في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً^۱ به این مفهوم که حضانة عبارت است از تربیت و پرورش طفل در مدتی که طفل به تربیت و پرورش زن نیاز مند است، توسط کسی که از منظر شریعت حق تربیت را دارد.

قانون مدنی افغانستان نیز برخی از همین عبارات را به زبان در تعریف خود در آورده است. و برخ دیگر آن را {ممن لها الحق في تربيته شرعاً} به گونه واضح در بند دوم همین ماده (۲۳۶) چنین آورده است: {حضانة حق اشخاصی است که باساس این قانون تنظیم گردیده است.}

البته صرف تفاوت اندکی بین تعریف قانون مدنی و تعریف برخی از فقها در دو مورد ذیل به ملاحظه میرسد.

مورد اول اینکه تعریف قانون مدنی صرف اطفال را مستحق حضانة دانسته نه اشخاص مجنون و معتوه کبیره را، در حالیکه برخی از فقهاء اشخاص مجنون و معتوه بزرگسالان را نیز مستحق حضانة شمرده اند.

و مورد، دوم اینکه در اخیر تعریف قانون مدنی از حضانة، چنین نگاشته شده است که (در مدتیکه طفل به حفاظت و پرورش زن محتاج باشد) که در آن دو قید (مدت حفاظت، و محتاج بودن به پرورش زن) آورده شده که قید اول میسراند که حضانة در زمان معین و مشخصی صورت میگیرد که تعریف فقها نیز بیان کننده این قید میباشد، و قید دوم خاطر نشان ساخته است که اینجا منظور، حضانة طفل توسط زن است، که درین صورت حضانة توسط عصبات و اقارب مذکر طفل، مانند پدر، کاکا، ماماو ... را در بر نمی گیرد، در حالیکه در تعریف فقه اسلامی و قوانین برخی از کشور ها حضانة به گونه عام بیان شده است که حاوی ودر برگیرنده سایر کسانیکه حضانة طفل به آنها واگذار گردیده، اعم از مرد وزن میشود، اگرچه در بند دوم همین ماده این نگرانی مرفوع گردیده اما اگر تعریف، موضوع را به گونه کلی و عام بیان میگرد بهتر و پاسخگوتر میبود، زیرا که جامع و مانع بودن تعاریف، در بین دانشمندان اصل پذیرفته شده ای است.

^۱ حدادی، ابوبکر بن علی بن محمدالعبادی الیمنی- الزبیدی الجوهرة المنیر ، ج ۴ ص ۲۲۷.

خلاصه اینکه به طور عموم از تعریف هایی که فقهاء و قانوندانان برای حضانت بیان کرده اند به دست می آید که حضانت ترجمه: اقتدار و تسلط بر طفل و یا کودک (محضون) در انجام کارها و ارائه خدماتی که در دو بعد پرورش جسمانی و تربیت عاطفی و اخلاقی آن لازم است.

البته به این مفهوم که خدماتی که برای کودک و یا طفل (محضون) ارائه میشود، بر دو گونه میباشد: برخی مربوط به نگهداری آن در بعد جسمانی است، نظیر شیر دادن و تغذیه، نگهداری در مکان مناسب، خوابانیدن در جای امن، و تمیز و پاک کردن، حمام بردن و شستن و شو در مواقع لازم، معالجه در مواقع بیماری، واکسین کردن، منع از چیزهای مضر و خطرناک اعم از خوردنی ها و غیره و پاره ای به بعد اخلاقی و عاطفی آن مربوط میشود، نظیر تعیین نوع پوشش و لباس، رفتن به مسافرت و گردش، تعیین زمان و مکان تفریح، تعلیم آداب و احکام و تامین امنیت روانی و غیره.

بنا بر این با صراحت میتوان گفت که حضانت از دیدگاه فقه اسلامی، تنها مطلق نگهداری از کودک، به هر گونه ممکن، و یافقط مواظبت کردن و پرورش دادن جسم طفل نیست، و تنها پاسخ به نیازهای عاطفی و روحی طفل و خرد سال را نیز حضانت نمیگویند، چنانچه که وسیله ارضاء احساسات و عواطف پدر و مادر نیز نیست. بلکه حضانت مجموعه این امور را با هم می گویند نه به صورت جداگانه و تنها تنها. پس در یک عبارت مختصر میتوان گفت که حضانت پرورنده و فرایند است که طفل و یا کودک (محضون) طی آن در همه ابعاد مادی و معنوی خود به خود رشد، نمو و بالنده گی میرسد، و سرانجام اینکه حضانت، پرورش و تربیت طفل (محضون) است به گونه ای که هم احساسات مادر و کودک (حاضن و محضون) جواب داده شود و هم طفل خرد سال (محضون) به خواست های جسمی و عاطفی و اخلاقیش برسد و تربیت شود. در قانون مدنی و در فقه حنفی تاکید بیشتر شده که باید حضانت به زن سپرده شود زیرا قانون مدنی که پیرو فقه حنفی است در بحث حضانت تنها کودکان را ذکر کرده اند و در تربیت و سرپرستی کودک زن حق اولویت را دارد زیرا زنان نسبت به مردان دلسوزتر و مهربان تر و مشفق تر میباشد.

ز: تعریف مختار و برگزیده:

پس از دقت و ژرف اندیشی در تعاریفی که از حضانت صورت گرفت به خوبی میتوان در یافت نمود که تعریف امام نووی^۱ رحمت الله علیه (حفظ من لا یستقل) تعریف مناسب و خوبی است زیرا که از یکطرف مختصر و کوتاه بوده و از طرف دیگر مخصوص اطفال نبوده بلکه محتوی و در بر گیرنده همه مستحقین حضانت (محضونین) اعم از طفل، مجنون و معتوه میباشد.

اما تعریف مرداوی^۲ رحمت الله علیه (هی حفظ من لا یستقل بنفسه و تربیتیه حتی یستقل بنفسه) بهتر، خوبتر و برگزیده تر است زیرا که بر علاوه از احتصار و کوتاهی عبارات، حاوی و در بر گیرنده همه ارکان حضانت (حاضن، محضون، محضون و مدت حضانت) نیز بوده و جامع و مانع میباشد، پس بجا خواهد بود که همین تعریف به عنوان تعریف مختار و برگزیده، انتخاب و گزیده شود. وبه گونه واضح تر باید گفت که در جمله فقهای مذاهب چهارگانه (حنفی، مالکی، شافعی، حنبلی) مرداوی^۳ رحمت الله علیه از جمله فقهای حنابله تعریف کامل (جامع و مانع) از حضانت نموده است که سرپرستی و تربیت کسی که دارای استقلال در مورد نفس خود نبوده (اعم از طفل مجنون و معتوه) تا زمانی که مستقل گردید. به همین منظور آنرا به عنوان تعریف مختار و برگزیده انتخاب نمودیم.

مبحث دوم - الفاظ و کلمات مرتبط و دارای پیوند

آنچه بعد از تعریف در معرفت و شناسایی پدیده ها و اصطلاحات مفید و موثر پنداشته شده همانا شناخت واژه ها و کلمات دارای پیوند و ارتباط با آنها میباشد، که اینک به منظور شناسایی هرچه بیشتر کلمه حضانت، درین بخش از تحقیق و پژوهش به معرفی واژه ها و کلمات مرتبط و دارای پیوند به آن خواهیم پرداخت، بناءً باید گفت که در کلمات و واژه های فقهی الفاظ و کلماتی وجود دارد که باهم دیگر مرتبط و دارای مفاهیم و معانی متقارب میباشدند، درین قسمت جهت تشخیص هرچه بیشتر حضانت، فرق بین آن و این کلمات را به بررسی گرفته و بیان میداریم.

^۱ محمد نووی بن عمر الجاوی، الشافعی (أبو عبد الله) فقیه، مفسر، صوفی، متکلم، مشارک فی بعض العلوم. هاجر إلى مكة، وتوفي بها. آثاره: مرقاة صعود التصديق في شرح من آثاره: مخزن الإسلام في التصوف، وجواهر الأسرار.
^۲ المرادوي، علي بن سليمان بن أحمد بن محمد علاء الدين أبو الحسن المقدسي شيخ الحنابلة بدمشق المتوفى سنة ۸۸۵ له الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج ۴. تحرير المنقول وتهذيب الأصول في الفقه.
^۳ المرادوي، علي بن سليمان بن أحمد بن محمد علاء الدين أبو الحسن المقدسي شيخ الحنابلة بدمشق المتوفى سنة ۸۸۵ له الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف مجلد ۴. تحرير المنقول وتهذيب الأصول في الفقه.

الف: فرق بین حضانت و تربیت

فرق اساسی بین حضانت و تربیت این است که از دیدگاه زمان و مورد حضانت خاص و مورد تربیت عام است زیرا تربیت شامل حال بیشتر از موجودات اعم از نباتات، حیوانات و انسانها میگردد اما حضانت خاص بوده شامل انسان های خاص در زمان خاص الی بلوغیت و یا زوال جنون میگردد.^۱

ب: فرق بین حضانت و رضاعت

عمده ترین فرق بین حضانت و رضاعت فرق زمانی است که مدت رضاعت دوسال اول بعد از به دنیا آمدن طفل میباشد که شامل بخشی از دوره حضانت نیز میگردد. و مدت حضانت الی رفع نیازمندی های طفل (هفت سالگی پسر و نه سالگی دختر) میباشد از همین جهت فقهای شافعی رحمهم الله رضاعت را حضانت کوچک و حضانت را حضانت بزرگ خوانده اند.^۲

ج: فرق بین حضانت و کفالت

اصطلاح رایج در استعمال فقهاء برای تعیین مفهوم نگهداری طفل واژه ای حضانت است، اما واژه ای که در قرآن از آن برای بیان سرپرستی و نگهداری اطفال استفاده شده کفالت است، مثلاً در مورد حضرت مریم رضی الله عنها آمده است که ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾^۳ و یا در مورد حضرت موسی علیه السلام آمده است که ﴿وَهَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ﴾^۴ از این آیات به وضاحت دانسته می شود که حضانت در اصطلاح قرآن عظیم الشان اختصاص به اطفال ندارد، همانگونه که اختصاص به سن خاصی ندارد، بلکه شامل هر فردی که به لحاظ اجتماعی و فردی نیاز به حمایت کسی دیگر داشته باشد می شود. مثلاً حضرت مریم رضی الله عنها با اینکه به سن رشد رسیده است باز هم تحت تکفل حضرت ذکریا علیه السلام قرار دارد، به لحاظ اینکه زنان قشر آسیب پذیر اند و نیاز به حمایت دارند. اما در کلمات فقهاء این اصطلاح به سرپرستی اطفال صغیر و احیاناً مجانبین اختصاص داده شده است و شامل دیگر اقشار نمی شود.^۵

^۱ . ادريس، ابوبكر، الحضانه في الشريعة الاسلاميه. الاستاذ بكلية الاداب بجامعة عمر المختار، ص ۴۵.

^۲ دمیاطی، ابوبکر (المشهور بالبکری) بن محمد شطاء، حاشیة اعانة الطالبین، ج ۳ ص ۱۲۹

^۳ آل عمران، ۳۷.

^۴ القصص، ۱۲.

^۵ . ادريس، ابوبكر، الحضانه في الشريعة الاسلاميه. الاستاذ بكلية الاداب بجامعة عمر المختار، ص ۴۶.

د: فرق بين حضانت و وصایت

فرق بين وصایت و حضانت این است که دراولی سفارش تصرف در اموال صورت میگیرد و در دومی سفارش تربیت اولاد.

ه: فرق بين حضانت و ولایت

اگرچه در استعمال فقهاء از حضانت نیز به نوعی ولایت تعبیر شده است لکن اطلاق ولایت بر حضانت، با ولایت اصطلاحی که قبلاً بیان شد فرق دارد، به این مفهومه همان گونه که در گذشته بیان شد، حضانت خاص بوده تنها ناظر به نگهداری خود کودک و یا محزون است اما ولایت، ولی می تواند به نمایندگی از سوی کودک اداره اموال او را به عهده بگیرد و در محدوده شریعت و قانون تصرف کند، درحالیکه به اساس حضانت و ولایت رابطه مستقیم وجود دارد و آن اینکه میزان توان مالی کودک و چگونگی مصرف آن در چگونگی حضانت، اثر مستقیم می گذارد.

ناگفته نباید گذاشت که فقهای شافعی رحمهم الله رشد کودک را از ابتدا تا رسیدن به سن رشد و بلوغ به چهار دوره تقسیم کرده و برای هر دوره نام مخصوصی قرار داده اند که عبارت اند از:

دوره اول را که از آغاز تولد الی دوسالگی است بنام دور رضاعت، دور دوم را که از دوسالگی تا سن تمیز یعنی حدود هفت سالگی است بنام دوره حضانت، دور سوم را که از سن هفت سالگی تا بلوغ است بنام دوره کفالت و دوره چهارم را که از آغاز بلوغ به بعد میباشد بنام دوره کفایت نامیده اند.

چنانچه ماوردی^۱ رحمه الله علیه فرموده است: { اعلم ان افتراق الابوين اذا كان بينهما ولد لا يخلو حالة معهما من اربع احوال: احداها: حال الرضاع. والثانية: حال حضانة. ولثالثة: حال كفالة. والرابعة: حال كفاية }^۲

ترجمه: فرزند پس از افتراق و جدایی پدر و مادر، نسبت به آنها دارای چهار حالت میباشد، که عبارت از: حالت رضاعت، حالت حضانت، حالت کفالت و حالت کفایت.

^۱ علی بن محمد بن حبیب الماوردی الإمام أبو الحسن البصري فقيه و مفسر الشافعي متولد سال ۳۷۰ و متوفی سال ۴۵۰ له من الكتب الأحكام السلطانية في مجلد مطبوع بمصر. أدب الدنيا والدين في مجلد مطبوع في الجوائب. أعلام النبوة. الإقناع في الفروع. أمثال القرآن. تسهيل النصر وتعجيل الظفر. الحاوي الكبير في الفروع سياسة الملك قانون الوزارة. النكت والعيون في التفسير وغير ذلك.
^۲ ماوردی، العلامة أبو الحسن علی بن محمد بن حبیب بصری البغدادی، الإقناع فی الفقه الشافعی، ج ۱ ص ۱۱۳۰.

به نظر من از لابلای این تقسیم بندی در می یابیم که: فرق بین حضانت و رضاعت این است که حضانت عبارت است از تربیت و نگهداری طفل بعد از دوسالگی الی هفت سالگی و رضاعت عبارت است از سرپرستی و شیردادن برای طفل از آغاز تولد الی دوسالگی.

و فرق بین حضانت و تربیت این است که حضانت مخصوص یک زمان مشخص و محدود پنجساله (دوسالگی الی هفت سالگی) میباشد و تربیت به این زمان محدود نبوده بلکه دوره کفایت را نیز شامل میگردد.

و فرق بین حضانت و کفالت این است که حضانت همان گونه که گفته شده مخصوص یک زمان مشخص و محدود پنجساله (دوسالگی الی هفت سالگی) میباشد و کفالت به معنای نگهداری و سرپرستی از کودک در دوره تمیز (هفت سالگی الی سن بلوغ) است.

و فرق بین حضانت و ولایت این است که حضانت ضمن اینکه مخصوص یک زمان مشخص و محدود پنجساله (دوسالگی الی هفت سالگی) میباشد مورد آن نیز خاص میباشد که عبارت است از رسیدگی به امور رشد بدنی و تربیتی کودک و ولایت همان گونه که مدت زمانی وسیع و گسترده ای را احتوا می نماید آن نیز عام بوده شامل امور بدنی و مالی میگردد.

و رفرق بین حضانت و وصایت این است که در حضانت سفارش به تربیت اولاد و در وصایت سفارش در مورد اموال صورت میگیرد.^۱

مبحث سوم - پیشینه تاریخی حضانت

یکی از موضوعات که در شناسایی مسایل و پدیده ها نقش بارز وارزنده ای دارد، شناخت و معرفت سوابق و پیشینه تاریخی آنها میباشد زیرا که با مطالعه و بررسی سیر تاریخی پدیده ها از چگونگی بر خورد، طرز استفاده و سر انجام جایگاه و ارزش آن در اطوار مختلف زمانی و مکانی در میان توده های مختلف مردم آگاهی حاصل نموده و بایک مقایسه کلی اهمیت، ارزش و جایگاه پدیده مزبور را در قلمرو زمانی، مکانی و مردمی خود، به گونه آسان و درست در می یابیم، که اینک به همین منظور در ذیل به مطالعه و بررسی پیشینه تاریخی حضانت به گونه مستند درد و مرحله قبل از اسلام و بعد از آمدن اسلام میپردازیم.

^۱ . ادريس، ابوبكر، الحضانه في الشريعة الاسلاميه. الاستاذ بكلية الاداب بجامعة عمر المختار، ص ۴۷.

مطلب اول - حضانت قبل از اسلام :

در این بخش از تحقیق و پژوهش نظر گذاری به بعضی از جوامع و نظام های کهن و گذشته (روم قدیم، چین، اسپارات، جامعه آخائی، جاپان، افریقای شمالی، مصر و عرب قبل از اسلام) داریم تا در نتیجه به میزان ارزش و اهمیت اطفال، و چگونگی حضانت، پرورش و نگهداری آنها در این جوامع پی ببریم.^۱

روم قدیم^۲:

در تمدن های روم قدیم، خانواده تابع اصول مذهبی همان عصر زمان بود و به صورت پدر شاهی و یا پدر سالاری اداره می شد، به این مفهوم که فرزندان تحت سلطه و ملکیت پدر بودند، قدرت پدری مانند قدرت اربابی حد و مرزی نداشت، پدر حق فروش، تنبیه و هر تصمیم دیگری را نسبت به فرزندش داشت، حتی حق حیات و مرگ فرزندان وابسته به پدر بود و او قاضی و مالک الرقاب حقیقی بود، اطفال اهلیت اموال را، اگر چه خودشان به دست می آوردند، نداشتند و این اموال متعلق به پدر خانواده بود.^۳ روابط حقوقی اطفال با پدرشان مانند روابط حقوقی بین ارباب و برده بود. اطفال در هر سنی تا پدر زنده بود تحت اختیار و قدرت او بودند، نه سن بالای پدر، اختیاراتش را سلب می کرد و نه سن بالای فرزند، او را از حکومت پدر می رهاوند. فرزند بعد از مرگ پدر و گاهی زود ترمی توانست صاحب حقوق خود گردد.

فروش پسر توسط پدر ناشی از حق تصرف پدر در اموال خانواده بود و پسر از جمله ی اموال خانواده محسوب می شد، چرا که وجودش وسیله ی ازدیاد ثروت خانواده بود، و پدر حق واگذاری او را به دیگری داشت و این عمل، را فروختن نام می گذاشتن. پدر در ضمن معامله می توانست با خریدار شرط کند، که فرزند را مجدداً به او بفروشد و پس از باز خرید دوباره

^۱ ۴۲. الحضانه فی الاسلام. شیخ عبدالعزیز بن صالح. ص ۵۷

^۲ یکی از کشور های بسیار با شکوه و قدرتمند جهان روم باستان بود که بخش محمی از اروپا، ترکیه و شام را شامل می شد. اکنون: این کشور به ایتالیا معروف است که به صورت شبه جزیره ای در جنوب اروپا قرار دارد. در قرون اولیه میلادی تمام شبه جزیره در تحت سلطه و حکمرانی شهر روم قرار گرفت. شهر روم را نخستین پادشاه آن قوم که موسوم به رومولوس بود در قرن هشتم قبل از میلاد تأسیس کرده است. پادشاهان ژولیوس سزار، پمپی، کراسوس در این سرزمین حکمرانی می کرده اند و و امپراطوری روم را تشکیل دادند. رومیان در هزاره اول قبل از میلاد در زمان رومولوس ترقی و پیشرفت خوبی داشتند. رومیان از گذشته های قدیم تاکنون در معماری، نقاشی، مجسمه سازی، ادبیات و فنون کشورداری سرآمد بودند. رومیان سه قرن پس از میلاد مسیح علیه السلام به مسیحیت گرویدند و برای ترویج آن، از تمدن باستانی خود بسیار سود جستند. (مراجعه کنید به سایت انترنتی: <http://daneshnamah.rosd.ir/mavara/mavara> دانشنامه رشد دین در روم باستان.)

^۳ کتابخانه الکترونیکی تبیان، جایگاه فرزند و حضانت او در گذشته.؟ <http://library.tabyan.net>

این حق را داشت که فرزند را در معرض فروش بگذارد. الواح دوازده گانه^۱ تا سه بار این عمل را جایز و تصریح می کند و می گوید هر گاه پسری را سه بار بفروشند اختیار پدر به کلی از او سلب می شود.

در قوانین روم قدیم پسران درخانه محاکمه می شدند و اساس حق ابوت، پدر خانواده قاضی محکمه بود و رای و نظرش قطعی و استیناف ناپذیر بود. مانند قاضی شهر می توانست مقصرا محکوم به اعدام سازد و هیچ مقامی در رأی او حق مداخله نداشت. کائی بزرگ می گوید: (پدر اختیار تنبیه و مجازات و هلاک زن و فرزندانش را دارد) لذا در تمدن های روم قدیم، اطفال مشابه اشیاء مملوک پدران بوده، به اختیار پدران در معرض فروش، قرض و کرایه قرار گرفته و یا به قتل می رسیدند.^۲

چین:

در زمان کنفوسیوس^۳ مردان در خانواده دارای قدرت مطلقه، بودند به گونه ای که پدر می توانست همسر و فرزندانش را به غلامی و کنیزی بفروشد و نیز می توانست فرزندانش را به قتل برساند و چیزی جز آرای عمومی قادر نبود مانع او از قتل فرزندش شود. پدر به تنهایی غذا می خورد و به ندرت زن و فرزندان را بر سر سفره می خواند و آنها را هم شان و هم پایه می خود نمی دانست. چینی ها غالباً نوزادان دختر را می کشتند، یا آنان را به صحرامی افگندند. اگر نوزاد متولد شده دختر بود، خویشان به خانواده می نوزاد تسلیم می گفتند.

^۱: مهم ترین متون قانونی که در روم تدوین شد، الواح دوازده گانه و مجموعه های ژوستینین بود. الواح دوازده گانه که در قرن پنجم پیش از میلاد تنظیم شد. شامل سه لوح در آیین دادرسی و دعاوی در حقوق خانواده، دولوح در حقوق اموال و پنج لوح در مورد جرائم بود (رجوع کنید به مسکونی، ص ۲۳-۳۷). تاریخ واقعی حقوق رم با تدوین الواح دوازده گانه در سالهای ۴۵۰-۴۵۱ ق.م آغاز میگردد به استسنای لوح هفتم که ۲۴ ماده داشته هر یک از سایر الواح مذکور شامل ۳ تا ۱۰ ماده بوده است که برعاج یا مفرغ نگاشته شده و پس از حمله قوم گل به رم ریزریز گردیده و آنچه که از طریق اطلاعاتی است که از آثار برخی نویسندگان از قبیل سیسرون بدست ما رسیده است. (رجوع کنید به مقاله عدالت کیفری از دیدگاه حمورابی نوشته: دکتر محمد آشوری دانش یار دانشکده حقوق و علوم سیاسی) سایت اینترنتی: <http://WWW.ghavanin.ir/paperDetail.asp?id=۳۴>

^۲ الحضانه فی الاسلام. شیخ عبدالعزیز بن صالح. ص ۵۸.

^۳ مشهور ترین فیلسوف، نظریه انداز سیاسی و معلم چینی است که در چین باستان زندگی میکرد وی در ۵۵۱ پیش از میلاد در روستای به نام تسو در ایالت کوچک قدیمی لو، که امروز بخشی از شهر جدید شاندونگ است متولد شد و در سال ۴۷۹ پیش از میلاد در گذشت. والدینش که در زمان کودکی او زندگی را بدروار گفتند، او را کونگ کوی نامیدند. کنفوسیوس از کلمه کونگ فوزی به معنای (استاد بزرگ) گرفته شده است. (مراجعه کنید به سایت اینترنتی:

<http://fa.wikipedia.org> ویکی پدیا، دانشنامه آزاد

اسپارت^۱ :

در آنجا سیاست خشن و بی رحمانه ای را در جهت اصلاح نژاد اعمال می کردند و طبق چنین سیاستی، شوهران برای اینک زنان خود در اختیار مردان نیرومند قرار دهند، مورد تشویق و ترغیب واقع میشدند. پدران حق قتل فرزندان خود را داشتند، علاوه بر این وقتی کودکی متولد می شد بازسان دولتی نیز کودکان رامعاینه کرده، اطفال ناقص و معیوب را به فرمان شورای بازرسان از بالای قله تا اوگتوس (taugetos) به زیر می افکندند.^۲

جامعه آخائی^۳ :

در جامعه آخائی پدر می توانست کودکان خود را بر فراز کوهها به دست هلاکت بسپارد یا در مذبح خدایان کشتار نماید.^۴

آفریقای شمالی^۵ : در آفریقای شمالی مردم بربر قبل از اسلام، خدایان قرطاجه ^۶مانند: (گورزیل و مستیمان) رامی پرستیدند، تر تولین^۷ چنین می آوردند: که مردم بربر اولاد خود را برای ستاره ی زحل که خدایش می خواندند، قربانی می کردند و آتش رامی پرستیدند.

^۱: اسپارت یا اسپارته یا اسپراتا یا لاکدمون (Lacedemone). شهر مشهور باستانی در شبه جزیره موریه واقع در یونان. این شهر مرکز و پایتخت ناحیه لاکونیا واقع در منتهای جنوبی شبه جزیره مذکور است و در محلی نامحور و کوهستانی در ساحل رود اوروتاس جای دارد. در نزدیکی این شهر پرتگاهی موسوم به باراترون بود. اسپارته ها اطفال سقط شده و عللی و ناتوان را در آنجا می افکندند. گفتنی است این شهر را پادشاه مسمی به اسپارتون در سال ۱۸۸۰ ق.م بنا نهاده و لاکدمون که یک از فرزندان پادشاه بوده در نزدیکی شهر قدیم، محله بزرگ موسوم به لاکدمون بنا کرده بمرور زمان شهر وسعت یافت و هردو بهم وصل شد و از این رو این شهر راگاه اسپارته و گاه لاکدمون میگفتند. (مراجعه کنید به سایت اینترنتی <http://fa.wikipedia.org> و یکی پدیا)

^۲ مقاله: آزادی و هویت فردی در یونان و روم باستان قسمت دوم، صفحه اول، سایت اینترنتی www.sama-ik.com

^۳ آخائیه نام شهری است در یونان باستان که باشندگان آنرا آخائی ها می نامند، و آخاییان قبله ای از قبایل یونان بودند که در حدود ۲۵۰ قبل از میلاد حکمرانی یونان را بدست گرفتند (مراجعه کنید به: فصلنامه علمی پژوهشی زن و فرهنگ، سال دوم شماره پنجم ۱۳۸۹ ص ۷۶) در سایت اینترنتی:

^۴: سایت اینترنتی <http://a-k.ir/index.php/> ۱۳۹۰ مقاله: غلبه عواطف و احساسات بر عقلانیت زن.

^۵: به آن بخش از قاره آفریقا که در شمال صحرای بزرگ آفریقا قرار گرفته آفریقای شمالی می گویند. مرزهای دقیقی برای این ناحیه تعریف نشده. در کل ۸۰ درصد از مردم آفریقای شمالی از نژاد سفید هستند. کشورها و قلمروهای واقع در آفریقای شمالی عبارتند از: الجزایر، تونس، مصر، لیبی، مراکش، سودان و جمهوری دموکراتیک صحرای غربی و سودان جنوبی. (مراجعه کنید به سایت اینترنتی و یکی پدیا، دانشنامه آزاد) [Http://fa.wikipedia.org](http://fa.wikipedia.org). آفریقای شمالی.

^۶: کارتاژ یونانی: گرفته شده از واژه فنیقی: قرت حدشت Kart-hadasht به معنای شهر نو: به عربی: قرطاج یا قرتاجه، به لاتین: Carthago (به فرانسوی Carthago) نام شهری باستانی در شمال آفریقا- جایی که اکنون کشور تونس جای گرفته است - تمدنی که با مرکزیت این شهر پدید آمد بود. جای این شهر خاوری در یا چه تونس در امتداد مرکز شهر تونس کنونی بوده، دین کارتاژی ها از این فنیقیان گرفته شده بود که دینی الهامی از نیرویفرایند های طبیعی بود. آنان خدایان بسیاری را میپرستیدند که آشنایی ما امروز از جاینام های است که به نام ایشان نامگذاری شده بود. (رجوع کنید به سایت اینترنتی و یکی پدیا، دانشنامه آزاد) [Http://fa.wikipedia.org](http://fa.wikipedia.org)

^۷: تر تولین Tertullian (۱۶۰-۲۴۰) که پسر یک افسر ارشد رومی، در سال ۱۶۰ میلادی تولد شد، در سال ۴۰ سالگی به آئین مسیحیت گروید و از پرحرارتی ترین ستایشگران او شد، او که در زمان سلطنت سبتیسیم سوروکراکالا می زیست دلیرانه بر علیه قساوت های زمام داران و افراطکاری های طبقه عوام نسبت به مسیحیان اعتراض نمود، گذشته از مدیحه اولی، سه کتاب از او باقی مانده است که همه حاکی شور حرارت و معرفت او به زمان خودش و گذشته است. او عقیده داشت که ایمان مافوق عقل است و در مدت بیس سال در تمام گفتگو هایی که از اربطبات آئین مسیح داشت

مصر:

در مصر نه تنها کودکان از جایگاه واهمیتی برخوردار نبودند بلکه فرزندان بزرگ به ویژه دختران نیز دارای ارزش واهمیتی نبودند، چنانچه قبل از فتح مصر توسط مسلمانان، در مصر رسم بر این بود که هر ساله جهت ازدیاد آب رود نیل دختری را باکسب رضایت والدین او زینت کرده، در آب نیل غرق می کردند تا اینکه عمرو بن عاص رضی الله عنه، فاتح مصر، موضوع رابه حضرت عمر رضی الله عنه، گزارش داد، جناب عمر بن خطاب رضی الله عنه گفت: یک سفالی برای من بیاورید؛ سریع برای او آوردند و بادست مبارکش بر روی آن سفال نوشت: اگر به امر خداوند جاری می شوی، پس جاری شو و اگر به امر خودت جاری می شوی ما کاری نداریم هر کاری می کنی بکن بعد از آن، این رود خانه دیگر رکود نکرد و مردم از رکود رود نیل راحت شدند.

که این واقعه بیانگر آنست که بصورت عموم فرزندان از جایگاه خاصی برخوردار نبوده اند، زیرا هنگامی که در یک جامعه فرزندان بزرگ ارزشی نداشته باشند، فرزندان کوچک هرگز اهمیتی نخواهد داشت.^۱

در جاهلیت عرب:

در شبه جزیره عربی و نواحی آن قبل و مقارن ظهور اسلام، همان گونه که عنوان جاهلیت را به خود اختصاص داده است، روابط و موفقیت نهاد خانواده، از میزان توجه به اطفال نیز متناسب با فرهنگ و آداب و رسوم جاهلی بود.

در قوانین و آداب و رسوم چنین جامعه ای مسامحه سهل انگاری زیادی نسبت به حیات و سرنوشت فرزندان مانند زنده به گور کردن دیده می شود که نمایانگرانه انتهای انحطاط درجه ی ارزش اطفال نزد والدین می باشد.

از پدیده های بسیار شوم این دوران، فرزندان به بهانه های مختلف بود، به این مفهوم که یا باید به پای خدایان موهوم (بتها) قربانی می شدند تا وسیله ی قرب و شفاعت برای والدین باشند و یا در پای احساسات بیجا و عصبیت کور پدر آن به هلاکت می رسیدند، یا بخاطر فقر یا نادار به انحاء مختلف کشته می شدند. به ویژه از بدو تولد یا سر می بردند، یا از بالای کوه

او مداخله داشت، در سال های آخر عمر که تمایلات پارسایانه اش وی رابه فرقه مننا نیست ها کشانید و به اتهام کفر محکوم گردید، تر تولین در ۲۴۰ میلادی در گذشت (رجوع کنید به مقاله مکاتب فلسفه، بخش فلاسفه {ت} سایت انترنتی آی کتاب: iketab.com)
^۱ الحضانه فی الاسلام. شیخ عبدالعزیز بن صالح. ص ۶۰.

بلندی به دره ی عمیقی پرتاب می کردند، ویا گاهی هم درآب غرق می کردند، ولی غالباً رایج و بسیار قبیح آن، یعنی زنده بگور کردند، به عمر فرزندانشان خاتمه می دادند.

علت ذکر این مطالب در اینجا این بوده که اطفال و افراد مجنون و سفیه به علت نیاز شان به کمک نیاز به حضانت و سرپرستی تا یک وقت معین دارند که علاوه به حق شرعی شان یک وجدان سالم چنین فیصله را انجام میدهد اما در جاهلیت عرب نه تنها که از این حق مستحق نمیشدند بلکه برخورد ظالمانه با آنها انجام میداند که در بالا ذکر شد و عوامل را هم به آن نسبت میداند.

این عمل ظالمانه دوره جاهلیت عرب انگیزها و عوامل گوناگونی داشت که از جمله میتوان از عوامل ذیل نام برد:

یکی از عوامل انگیزه قتل فرزندان، بیم از خطر فقر و قهطی نقل شده است که قرآن کریم نیز با تعبیراتی چون: «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا»^۱ ترجمه: ازبیم تنگ دستی فرزندان خود را نکشید، ماییم که به آنها و شما را روزی میبخشیم. آری کشتن آنان همواره خطای بزرگ است.

« وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِّنْ إِمْلَاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ »^۲ یعنی از جهت تنگ دستی فرزندان خود را نکشید، مایم که شما و آنها را روزی میبخشیم. به آن اشاره نموده است.

و در مورد انگیزه قتل دختران، عامل بیم عرب از الوده گی آنها نیز ذکر شده است، چرا که دختران توان رزمی کمتر داشته، سرانجام اسیر جنگ دشمن شده، اسباب ننگ و ذلت قبیله اش میگردد. و دیگری که به آن پرداخته اند، عامل تقرب به پروردگار و شفاعت بت ها نزد خداوند است.^۳

بهر حال این کار از رفتار های خیلی فجیع عرب آن وقت بود و قرآنکریم همه مکرراً فجاعت آنرا بیان و در سوره های (انعام و تکویر) آن را شدیداً محکوم و نکوهش می نماید.

قساوت و سخت دلی عرب در این آداب غیر انسانی به انجا رسیده که قیس بن عاصم رضی الله عنه به خدمت پیامر اکرم صلی الله علیه و سلم می گوید: « جاء قیس بن عاصم التمیمی إلی رسول الله (صلی الله علیه وسلم) فقال : إنی وأدت ثمان بنات لی فی الجاهلیة، فقال له النبی (صلی الله علیه وسلم): أعتق عن کل واحدة منهن رقبة، قال یا رسول الله : إنی صاحب إبل، قال : فانحر عن کل

^۱ الاسراء آیه ۳۱.

^۲ الانعام: آیه ۱۵۱.

^۳: منبع الکترونیکی: کتاب خانه انترنتی تبیان، مقاله، جایگاه فرزند و حضانت او در گذشته: <http://library.tebyan.net-newindex.a>.

واحدة منهن بدنة إن شئت» به این مفهوم که قیس بن عاصم نزد رسول الله صلی علیه وسلم آمده فرمود که ای رسول الله صلی علیه وسلم من دختران خود را در زمان جاهلیت زنده بگور کردم، رسول الله صلی علیه وسلم فرمود در بدل هریکی غلامی را آزاد کن، قیس فرمود که من صاحب شترها هستم، رسول الله صلی علیه وسلم فرمود که در بدل هریکی شتر را حلال کن.^۱

مطلب دوم - حضانت بعد از آمدن اسلام:

دین مقدس اسلام نخست با احکام و دستورات رسا و حکیمانه خویش مانند آیات کریمه: «وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ لَّحْنٌ نَّرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا»^۲ ترجمه: از بیم تنگ دستی فرزندان، خود را نکشید، ماییم که به آنها و شما را روزی می بخشیم. آری کشتن آنان همواره خطای بزرگ است.

«وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ لَّحْنٌ نَّرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ»^۳ ترجمه: از جهت تنگ دستی فرزندان خود را نکشید مایم که شما و آنها را روزی می بخشیم. «وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ»^۴ یعنی هنگامی که از شخص زنده به گور شده پرسیده شود که به کدامین گناه کشته شدند؟ که اشاره به توجه اسلام به حضانت و حفاظت یا سرپرستی به خصوص کودکان دارد.

حیات و زنده گانی در مرز خطر قرار گرفته کودکان و نوزادان به ویژه دختران را نجات بخشیده دضمین نمود، و بر اندیشه ها و ترز دید های خصمانه و کودک ستیزانه دوره های جاهلیت عرب برای ابد خط بطلان کشید و این رسم ظالمانه و بدرامحوه نمود. سپس باتدریج احکام معینی رادر باره حقوق اطفال و کودکان اعم از حق حیات، سلامت جسم و روان، داشتن پدر و مادر شایسته، ثبوت نسب، حرمت فرزند خواندگی، داشتن نام نیک، رضاع، تعلیم و تربیت، ولایت و وصایت وغیره وضع نمود و پیروان خویش رابه رعایت و تعمیل آن ملتزم داشته است، که یکی ازین احکام و دساتیر حکم حضانت میباشد، که درصدد تفصیل و بیان آن درین رساله میباشیم.

۱. جامع الاحادیث ج ۲۶ ص ۴۱۵ رقم ۲۹۳۷۰، مسند البزاز، ابوبکر احمد بن عمرو بن عبد الخالق. بزار، ص ۳۵۵. از ۱۹۸۸م، تا ۲۰۰۹م، المحقق: محفوظ الرحمن زین الله، (حقوق الاجزاء من ۱ الی ۹) و عادل بن سعد (حقوق الاجزاء من ۱۰ الی ۱۷) و صبری عبد الخالق الشافعی (حقوق الجزء ۱۸)، مکتبه العلوم والحکم - المدینه المنوره، الطبعة: الاولى.

۲. لاسراء آیه ۳۱.

۳. الانعام: آیه ۱۵۱.

۴. التکویر: آیه ۸-۹.

فصل دوم

احکام حضانت

چون درموقع بحث از مبادی و کلیات حضانت بر توجه دین مقدس اسلام (دربخش تشریح و قانونگذاری پیرامون حقوق اقشار محتاج و نیازمندان به ویژه اطفال و کودکان) در مورد حضانت و احکام آن ترکیز ورزیدیم، مناسب و بجا خواهد بود تا درین بخش از تحقیق و پژوهش پیرامون حکم تکلیفی، دلایل مشروعیت، حکمت مشروعیت و ویژگی های آن نیز بحث های داشته باشیم، تا با در نظر داشت آن، آنانیکه این حکم و تکلیف متوجه شان میباشد، در عمل و اداء آن پردازند، که اینک درین بخش در طی چهار مطلب جداگانه به گونه ذیل به بیان آن خواهیم پرداخت.

مبحث اول - حکم حضانت

حضانت و سرپرستی کودک و یا طفل اعم از اینکه دختر باشد و یا پسر، مجنون، سفیه و معتوه مانند نفقه آن واجب و یا فرض کفایی است و حتی در بعضی موارد (در صورتی که بیشتر از یک حاضن موجود نباشد و یا موجود باشد مگر کودک جز همان یکی دیگری را نپذیرد) واجب و یا قریب فرض میباشد. زیرا که اهمال، سهل انگاری، غفلت و عدم توجه در این مورد، ایشان را در معرض هلاکت قرار داده و باعث مرگ و از بین رفتن شان میگردد، و با حضانت و تربیت میتوان در عالم اسباب وحد توانمندی از این هلاکت جلوگیری نموده و به حفاظت و نگهداری آن پرداخت که این یک وجیبه و مسئولیت شرعی و ایمانی است، زیرا که منظور شرع از یک جانب بی توجهی در حضانت و تربیت کودک تا حدی که باعث زیان و ضرر، و یا ضیاع و هلاکت آن گردد حلال نیست، و از جانب دیگر پرداختن به حضانت و تربیت آن به منظور صیانت، حفظ و نگهداری آن از زیان و هلاکت به اساس آیه کریمه ﴿مَنْ أَجَلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾^۱ ترجمه (به همین جهت، بر بنی اسرائیل مقرر داشتیم که هر کس، انسانی را بدون ارتکاب قتل یا فساد در روی زمین بکشد، چنان است که گویی همه انسانها را کشته؛ و هر کس، انسانی را

^۱ المائده آیه ۳۲

از مرگ رهایی بخشد، چنان است که گویی همه مردم را زنده کرده است. و رسولان ما، دلایل روشن برای بنی اسرائیل آوردند، اما بسیاری از آنها، پس از آن در روی زمین، تعدی و اسراف کردند^۱ به مثابه حفظ حیات همگان است.

چنانچه ابن رشد^۲ رحمة الله عليه فرموده است که: {لا خلاف بين احد من الامة في ايجاب كفالة الاطفال الصغار لحاجتهم الى ذلك، لان الانسان خلق ضعيفا مفتقرا الى من يكفله يريه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته}^۳ به این مفهوم که در وجوب حضانت و کفالت اطفال خورد سال و صغیر بین هیچ یکی امت اختلافی وجود ندارد، زیرا که انسان ضعیف افریده شده و نیاز مند و محتاج است به کفالت و تربیت کس دیگری تا به خود کفائی برسد.

و همچنان ابو الحسن^۴ مالکی رحمة الله عليه فرموده است: {وهي فرض كفاية لا يحل ان يترك الطفل بغير كفالة فاذا قام به قائم سقط عن الباقيين ولا علا الاب او علا الاب على الام في حولى رضاعة ان لم يكن له اب ولا مال له او كان له مال و لكن لا يقبل غيرها}^۵ به این مفهوم که حضانت فرض کفایی بوده حلال نیست که کودک بدون کفالت و سپرستی گذاشته شود، هرگاه شخصی به آن پرداخت از احد دیگران ساقط میگردد، فرض عین نمیگردد مگر بر پدر، و یا بر مادر هنگام رضایت و شیر دهی در صورتی کودک پدر نداشته باشد، و یا مال نداشته باشد و یا مال هم داشته باشد اما کودک غیر از مادر کس دیگری را نپذیرد.

و همچنان امام نووی^۶ رحمة الله عليه فرموده است: {وان كان الولد صغيرا لا يميز وهو الذي له دون سبع سنين او كبرا الا انه مجنون او ضعيف العقل وجبت حضانتة، لانه لو ترك منفرد ضاع}^۷

ترجمه: هرگاه فرزند کوچک غیر تمیز کننده یعنی تحت سن هفت سال گی، یا بزرگ دیوان و دارای نا توانی عقلی، باشد حضانت نگهداری آن واجب است، زیرا که اگر تنها گذاشته شود ضایع هلاک میشود.

^۱ ترجمه قرآن ذکر سوره المائده آیه ۳۲.

^۲ ابن رشد: محمد بن أحمد بن رشد اندلسي مالكي قرطبي تولد ۴۵۰ وفات ۵۲۰ آثارش اختصار المبسوطه. اختصار مشكل الآثار للطحاوي. البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوحيد والتعليل. المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية وغيره ميباشند.

^۳ المقدمات الممهدة، محمد بن احمد، بن رشد قرطبي. ۱۴۰۸ هـ - ۱۹۸۸ م. ج ۱ صص ۵۶۲ - ۵۶۴، طبع دار الغرب الإسلامي، جزء ۳۰

^۴ علي بن أبي القاسم بن عبد الله بن علي السرقسطي أبو الحسن المالكي المتوفى سنة ۴۷۲.

^۵ حاشية العدوى على شرح كفاية الطالب الرباني، علي بن احمد الصعدي، عدوى. ج ۵ ص ۴۰۹

^۶ محمد نووي بن عمر الجاوي، الشافعي (أبو عبد الله) فقيه، مفسر، صوفي، متكلم، مشارك في بعض العلوم. به مکه هجرت کرده و در آنجا وفات نموده. و آثار بسیار دارد از جمله: مرقاة صعود التصديق في شرح من آثاره: مخزن الاسلام في التصوف، وجواهر الاسرار. وغيره ميباشند.

^۷ المجموع شرح المذهب، أبو ذكريا محيي الدين يحيى بن شرف. نووي، ج ۱۸ ص ۳۲۳. ب.ت.

وهمچنان ابن قدامه^۱ رحمه الله عليه فرموده است: {كفالة الطفل وحضانه واجبَةٌ: لانه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الانفاق عليه، وانجاؤه من مهالك... بهذا قال عطاء، والثوري، واصحاب الراي} ^۲ به این مفهوم که کفالت و حضانت کودک واجب است زیرا که ترک آن منجر به هلاکت آن میگردد، پس صیانت و نگهداری آن از هلاکت واجب است چنانچه انفاق بر آن به منظور جلوگیری از هلاکت آن واجب است. و این نظریه عطاء، ثوری، شافعی و احناف رحمهم الله است.

هم چنان محمد عثیمین^۳ رحمه الله عليه فرموده است: {وإنما تجب لان النبي صلى الله عليه وسلم امرنا بامر ابائنا بالصلاة لسبع سنين، وضرهم عليها لعشر^۴ وما ذلك الا لتقويهم، وإصلاحهم، وتعويدهم على طاعة الله، وإذا كنا مامورين بذلك فانا مامورون بما لا بد، والقاعدة المعروفة: (ان ما لا يتم الواجب الابيه فهو واجب)^۵ ولان تركهم اضاعة لهم، والقاء بهم الى التهلكة، وإذا كان يجب على الانسان ان يحفظ ماله فوجوب اولاده من باب اولي^۶ به این مفهوم که حضانت، تربیت و نگهداری کودک واجب است زیرا که پیامبر صلی الله علیه وسلم مارا دستور داده تافرزدان خود را در هفت سالگی دستور به ادای نماز دهیم و درده سالگی ایشان رابه نسبت بی توجهی در ادای نماز تادیب و سرزنش نمایم، منظور از مبادرت و رزیدن به این عمل جز تربیت، پرورش، اصلاح و رسیدگی به امور فرزندان، و باز گردانیدن شان به طاعت پروردگار، چیز دیگری نیست. هرگاه ما، مور و مکلف به کشاندن فرزندان به طاعت پروردگار باشیم، پس مامور به آنچه که کودک را به این طاعت می کشاند (تربیت و پرورش) به اساس قاعده مشهور (آنچه واجب بدون آن به پایه اکمال و اتمام نمی رسد واجب است) نیز می باشیم، و از جانب دیگر ترک تربیت و پرورش منجر به ضیاع کودک و انداختن آن در هلاکت میشود، هرگاه بر انسان حفظ و نگهداری اموالش از ضیاع و هلاکت واجب باشد، پس حفاظت و نگهداری فرزندان اش به طریق اولی واجب میباشد.

^۱ موفق الدین أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامه المقدسي الدمشقي (ت ۶۲۰ هـ).

^۲ المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل الشيباني، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، مقدسی، الشهير بابن قدامة. ب.ت. ج ۴ ص ۲۲۰

^۳ لفضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله المتوفى سال ۱۴۲۱ هـ.

^۴ اشاره به این حدیث شده است: قال رسول الله عليه وسلم علموا الصبي الصلاة ابن سبع [سنين] واضربوه عليها ابن عشر «سنن الترمذی شاکر+البانی - (۲/۲۵۹)»

^۵ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبدالطيف، عبدالرحمن بن صالح، ج ۹ ص ۱۹. ۱۴۲۳ هـ، البحث العلمي بالجامعة الاسلاميه، المدينة المنوره، الطبعة الاولى.

^۶ الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن محمد، عثيمين، ۱۴۲۲-۱۴۲۸ هـ، ج ۱۳ ص ۵۳۲. دار ابن الجوزي، الطبعة: الاولى.

مبحث دوم - دلایل مشروعیت

مشروعیت حضانت در آیات قرآنی، احادیث نبوی، اجماع امت، عقل و قوانین ملی و بین المللی ثابت شده است که اینکه هر یک رابه ترتیب در ذیل مینگاریم

مطلب اول - آیات قرآنی

اگر چه کلمه وواژه حضانت بطور صریح در آیات قرآنی نیامده است اما قرآن کریم برای بیان مفهوم و محتوای حضانت و سرپرستی، از مشتقات واژه کفالت کار گرفته است چنانچه در ارتباط با سرپرستی حضرت مریم رضی الله عنها فرمود است: « وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا »^۱ ترجمه: خداوند جلت عظمت، به طرز شایسته ای (نهال وجود) حضرت مریم را رویانید و کفالت او را به زکریا علیه السلام، سپرد و در همین مورد خطاب به پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه وسلم می فرماید: « وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ »^۲ ترجمه: و تو در آن هنگام که قلم های خود را (برای قرعه کشی) به آب می افگندند تا کدام یک کفالت او سرپرستی مریم را عهده دار شود، و (نیز) به هنگامیکه (دانش مندان بنی اسرائیل، برای کسب افتخار سرپرستی او) با هم کشمکش داشتند، حضور نداشتی.

و همچنان الله جل جلاله فرموده « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّى الرِّضَاعَةَ ۗ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۗ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْرِضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ »^۳ ترجمه: مادران (اعم از مطلقه و غیر مطلقه) دو سال تمام فرزندان خود را شیر می دهند هرگاه یکی از والدین خوستار تکمیل دوران شیرخوارگی شوند، بر آن کس که فرزند برای او متولد شده (یعنی پدر) لازم است خوراک و پوشاک مادران را (در آن مدت به اندازه توانائی) به گونه شایسته بپردازد. هیچ کس موظف به بیش از مقدار توانایی خود نیست، نه مادر به خاطر فرزندش، و نه پدر به سبب بچه اش باید زیاد ببیند (بلکه حق دیدار از فرزند برای هردو محفوظ است و بر پدر پرداخت عادلانه، و بر مادر پرورش مسلمانانه لازم است . چنانچه پدر بمیرد یابه سبب فقر از پرداخت حق حضانت عاجز باشد) بر وارث

^۱ آل عمران آیه ۳۷ .

^۲ آل عمران آیه ۴۴ .

^۳ البقره آیه ۲۳۳ .

فرزند چنین چیزی لازم است (و در صورت دارا بودن، باید آنچه بر پدر فرزند، از قبیل خوراک و پوشاک و اجرت شیرخوارگی لازم بوده است بپردازد) و اگر (والدین) خواسته با رضایت و مشورت همدیگر (کودک رازود تراز دو سال) از شیر بازگیرند، گناهی بر آنان نیست. و اگر (ای پدران) خواستید دایه‌گانی برای فرزندان خود بگیرید، گناهی بر شما نیست؛ به شرط این که حقوق آنان را به طور شایسته بپردازید. و از (خشم) خدا بپرهیزید و بدانید که خدا، بدانچه انجام می‌دهید، بینا است (لذا پدران و مادران خدا را در نظر دارند و به تربیت اولاد عنایت نمایند).

ابن عربی رحمه الله علیه در تفسیر این آیه کریمه چنین نگاشته است: {قال علماونا : الحضانة بدليل هذه الآيه للام والنصرة للاب، لان الحضانة مع الرضاع}^۱ به این مفهوم که علماء و دانشمندان ما با استدلال از این آیت گفته اند که حضانت بدوش مادر و یاری و نصرت بدوش پدر است زیرا که حضانت توأم با رضاعت بوده و رضاعت جزئی از مفهوم حضانت می‌باشد.

و همچنان جصاص رحمه الله علیه در تفسیر این آیت چنین نگاشته است: {وفى هذا دلالة على ان الام احق بامساک الولد ما دام صغيراوان استغنى عن الرضاع بعد ما يكون من من يحتاج الى الحضانة لان حاجته الى الام الرضاع كهي قبله فاذا كانت فى حال الرضاع احق به وان كانت المرضعة غيرها علمنا فى كونه عند الام حقاها وفيه حق للولد ايضاوهو ان الام ارفق به واحنى عليه}^۲

به این مفهوم که، آیت برین دلالت دارد که مادر حق اولویت حضانت و نگهداری فرزند خود را در جریان کودکی حتی پس از مدت رضاعت تا زمانی که کودک نیاز مند حضانت است نیز دارا می‌باشد، زیرا که نیازمندی کودک به مادر در حالت رضاعت و پس از آن یکسان است، پس هرگاه در حالت رضاعت، اگرچه مرضعه کس دیگری باشد، مادر سزاوارتر و شایسته تر برای حضانت و نگهداری کودک باشد، پس از رضاعت به مراتب سزاوارتر و شایسته تر خواهد بود، زیرا که این حق کودک است که نزد مادرش باشد چون دادر مهربان تر و نرم‌دل تر است.

چنانچه دانشمندی در مورد جایگاه و منزلت مادر، چه زیبا فرموده: «مادر کانون عاطفه و چشمه مهر و محبت است مادر با روحیات لطیف خود درک بهتر و بیشتری از نیاز های طفل دارد نیکتر میتواند از وی نگه داری و مواظبت کند»^۳

^۱ احکام القرآن، قاضی، محمد بن عبدالله أبوبکر بن العربی المعافر الأشبیلی المالکی. ب.ت. ج ۲ ص ۳۰۳

^۲ احکام القرآن، قاضی، محمد بن عبدالله أبوبکر بن العربی المعافر الأشبیلی المالکی. ب.ت. ج ۲ ص ۱۰۷

^۳: نیا احمد طاهری، نویسنده ایرانی: مقاله: پژوهشی در حضانت کودک. (ص ۱).

پس حق حضانت در این مدت از آن مادر است و این یک حق دو جانبه است که هم برای رعایت حال فرزند است و هم رعایت عواطف مادر.^۱

وهم چنان الله جل جلاله فرموده است که «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَمْرُهُمَا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعْ لَهُ أُخْرَى»^۲ ترجمه: پس اگر شیردهنده بخاطر شما پس بدهید به آنها مزد شان را، مشورت دهید هم دیگر را به نیکی، و اگر ضد کنید با هم دیگر پس شیر میدهد بخاط او کس دیگری.

دکتور زحیلی^۳ حفظه الله در تفسیر آیت فوق چنین نگاشته است {والایة دلیل علی ان اجرة الرضاع للاولاد علی الازواجه حق الحضانة علی الزوجات}^۴ به این مفهوم آیت دلیل است برای اینکه مزد رضاعت و شیر دهی برای فرزندان بر شوهران و حق حضانت و نگهداری آنها بر خانم ها است.

و علامه مفتی محمد شفع عثمانی رحمه الله علیه در تفسیر همین آیت نوشته است که: {اگر زن دیگری برای شیردادن مقرر گردد لازم است که او نزد مادر بیاید و کودک را شیر بدهد، جدا کردن او از مادرش جایز نیست زیرا حضانت یعنی پرورش او تحت مراقبت مادر، از روی احادیث صحیح، حق مادر است و گرفتن این حق از او جایز نیست}

و همچنان در دو آیه دیگر، در مورد حضانت، سرپرستی و نگهداری حضرت موسی علیه السلام آمده است: «إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ فَرَجَعْنَاكَ إِلَىٰ أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ»^۵ یعنی در آن هنگام که خواهرت (در نزدیکی کاخ فرعون) راه می‌رفت و می‌گفت آیا شما را بر کسی راه نمایم که او را نگه داری و پرستاری کند و به دنبال آن ما تو را به مادرت باز گردانیم تا چشمش به تو روشن شود، و غمگین نگردد.

دکتور زحیلی حفظه الله در تفسیر همین آیت نوشته است که: {وعودته الی امه للرضاع والحضانة}^۶ به این مفهوم باز گردانیدن موسی علیه السلام به مادرش به منظور رضاعت و حضانت بود.

^۱ برگزیده تفسیر نمونه، آیت الله مکارم. شیرازی، ب.ت، المحقق، احمد علی بابائی. ج ۲۶ ص ۱۷

^۲ . الطلاق آیه ۶.

^۳ الدكتور وهبة الزحيلي أستاذ الفقه بكلية الشريعة في جامعة دمشق.

^۴ التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، وهبة بن مصطفى، زحيلي، ص ۲۸۳

^۵ طه آیه ۴۰.

^۶ التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، وهبة بن مصطفى، زحيلي، ج ۱۶ ص ۲۰۸، ۱۳۱۸ هـ، دارالفكر المعاصر-دمشق، الطبعة: الثانية، عدد الاجزاء ۳۰.

در آیه دیگر الله جل جلاله فرموده است: «فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ»^۱ ترجمه: پس خواهر موسی علیه السلام گفت آیا شما را به خانواده های راهنمایی کنم که سرپرستی موسی را برای شما بپذیرند و خیرخواه او هستند. و حضانت هم جز، سرپرستی و خیر خواهی نسبت به کودک چیز دیگری نیست.

پس کلمه و واژه کفالت مصدر (کفل، یکفل) بوده و در لغت به معانی گوناگونی همچون ضمانت، سرپرست، سرپرستی و تربیت یتیم را به عهده گرفتن، بکار رفته است. وزن فاعل این ماده (کافل) بطور اغلب به معنای سرپرستی و نگهداری از انسان و وزن فاعیل (کفیل) آن به معنای ضامن و ضمانت کردن استعمال میشود. پس کفالت در هیئت و ترکیب فعلی (کفل، یکفل) در قرآن کریم به معنای سرپرستی از یتیم، یعنی مرادف با نگهداری م حضانت استعمال شده است و گویا که در استعمال آن تفاوتی، بین سرپرستی از فرزند، قبل از رسیدن به تمیز و بعد از آن نیست زیرا که این واژه، در قرآن کریم، هم برای سرپرستی حضرت موسی علیه السلام به کار رفته که به یقین در شیر خواره گی به چنگال فرعون علیه اللعنة گرفتار شده بود و هم برای حضرت مریم رضی اللع عنها که بعد از دوره رضاع و احتمالاً در سن تمیز به بیت المقدس آورده شده است. بنا بر این میتوان گفت: واژه کفالت در اصطلاح قرآن برای حضانت و نگهدار از کودک در ایام رضاع بعد از آن (دوره و مدت حضانت) بکار رفته است، که این خود دلیل واضحی است مشروعیت حضانت.

و همچنان الله جل جلاله فرموده « وَفَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۖ إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ۚ ۲۳ وَخَفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا ۚ »

ترجمه: پروردگارت مقرر داشت که جز او را نپرستید و به پدر و مادر نیکی کنید. اگر یکی از آن دو یا هر دو نزد تو به پیری رسیدند، به آنان «اف» مگو و آنان را از خود مران و به آنان سنجیده و بزرگ و ارانه سخن بگو و بال تواضع مهربانی را برایشان فرود آور (در برابر شان کاملاً فروتن باش، و برای آنان دست دعا به درگاه خدا بردار) بگو: پروردگارا! (اینک ضعیف و جز تو پناهی ندارند) بدیشان مر حمت فرما، همان گونه که آنان را در کوچکی تربیت (به ضعیف و کودکی من رحم کردند) و مراتب تربیت و بزرگ کردند.

^۱ القصص آیه ۱۲.
^۲ الاسراء آیه ۲۳، ۲۴.

محل استدلال در این آیه کریمه جمله (كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا) است زیرا که الله جل جلاله فرزندان رابه توجه و رعایت حال پدران و مادران در بزرگ سالی و کهولت به نسبت عاجزی و نیاز مندی شان به گونه ای که ایشان در طفولیت و کودکی به همین منظور در تربیت و حضانت فرزندان توجه داشته اند دستور داده که در حقیقت رویه بالمثل (پاداش احسان با احسان) بود پس دستگیری و توجه بر نیاز مندی اعم از اینکه کوچک باشد و یا بزرگ امریست لازمی، مرغوب و پسندیده.^۱

مطلب دوم - سنت نبوی :

یکی از دلایل تثبیت مشروعیت حضانت سنت گرانمایه رسول الله صلی الله علیه وسلم واصحاب کرام رضی الله عنهم اجمعین میباشد که اینک به گونه نمونه برخی از آنها را ذیلاً ارایه میداریم.

الف: عن علی قال: لما صدرنا من مكة اذا ابنه حمزة تنادى يا عم، يا عم، فتناولها علی فاخذها فقال لفاطمه دونك ابنه عمك، فحملها فاختصم فيها علی وجعفر وزید، فقال علی انا احق بها، وهی ابنه عمی وخالتها حتی وقال: اخی فقضى بها رسول الله صلی الله علیه وسلم خالتها وقال: الخالة بمنزلة الام وقال العلی: انت منی، وانا منك وقال جعفر: اشبهت خلقی وخلقی وقال زید: يا زید انت اخونا و مولانا.^۲

ترجمه: از حضرت علی کرم الله وجهه روایت است که هنگامی که از مکه بر آمدیم، دخترک حضرت حمزه رضی الله عنه از عقب ماندا سر می داد که ای کاکا، ای کاکا، پس حضرت علی کرم الله وجهه دخترک را به آغوش گرفته و به حضرت فاطمه رضی الله عنها گفت که متوجه دخترک کاکایت باش، درین هنگام حضرت علی، جعفر وزید رضی الله عنهم در مورد استحقاق سرپرستی آن اختلاف نمودند، حضرت علی کرم الله وجهه گفت، من برای حضانت آن سزاوار ترم، زیرا که دخترکاکای من است، حضرت جعفر رضی الله عنه فرمود که من سزاوار ترم، زیرا که از یک طرف دختر کاکای من است و از جانب دیگر خاله آن در قید نکاح من می باشد، حضرت زید رضی الله عنه گفت که من سزاوار ترم زیرا که برادر زاده من است، پس رسول الله صلی الله علیه وسلم حضانت وی را به خاله اش سپرده فرمود: که خاله

^۱ تفسیر معارف القرآن، علامه مفتی محمد شفیع عثمانی، دیوبندی، ج ۱ ص ۹۳. ۱۳۸۵. شیخ الاسلام احمدجام، تربیت جام، چاپ سوم، تهران ایران.

^۲ الجامع الصحیح، ابو عبدالله محمد بن اسماعیل بخاری، ج ۲ ص ۳. سنن الکبری نسائی، ابو عبدالرحمن أحمد بن شعیب بن علی نسائی ج ۶ ص ۴۳۳، ب.ت.

همچو مادر است، پس به حضرت علی کرم الله وجهه فرمود تو از من و من از تو هستم، و به حضرت جعفر رضی الله عنه گفت که در صورت وسیرت به من شباهت داری، و به حضرت زید رضی الله عنه گفت که تو سردار و آقای ما هستی.

البته محل استدلال در حدیث فوق این است که هنگامی سه نفر (علی، جعفر، زید) در مورد استحقاق و سرپرستی دخترک حمزه اختلاف کردند، پیامبر صلی الله علیه وسلم خاله وی را مستحق شمرده و علت این استحقاق را چنین بیان داشت، که خاله در شفت و نوازش همچو مادر است.

ب: به این مفهوم که عبدالله بن عمرو رضی الله عنهما روایت میکند که زنی گفت که ای رسول خدا: همانا شکمم برای این فرزندم ظرفی بوده که او را حمل کرده است، و پستانهایم برایش ظرف نوشیدنی، و آغوشم برای او ماوای بوده، و پدرش مرا طلاق داده است، حال می خواهد او را از من بگیرد: پیامبر صلی الله علیه وسلم به او فرمود: تا زمانی که ازدواج نکرده ای، تو به او سزاوار تری.

محل استدلال در حدیث (انت احق به ما لم تنکحی) است که در آن حضانت حق مادر شمرده شده است.

ج: «عن بن عباس قال طلق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم فلقبها تحمله بمحسر ولقبه قد فطم ومشى فأخذ بيده لينتزعه منها ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى وقال أنا أحق بابني منك فاختصما إلى أبي بكر ففضى لها به وقال ربحها وحرها وفرشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه»^۱

ترجمه: از حضرت عبدالله ابن عباس رضی الله عنه روایت است که حضرت عمر ابن خطاب رضی الله عنه زن انصاری خود را که مادر فرزندش عاصم بود را طلاق نمود، روزی دروادی محسر باوی روبرو شد در حالیکه فرزندش عاصم را که از شیر گرفته شده بود و راه می رفت، با خود داشت. حضرت عمر رضی الله عنه از دست طفل گرفت تا آنرا از مادرش گرفته و با خود ببرد، مادر طفل مقاومت و استادگی نمود، درین کشمکش به طفل آسیب رسید و گریه کرد، حضرت عمر رضی الله عنه گفت که من مستحق تر ام به فرزند خود نسبت به تو، دعوی را نزد حضرت ابوبکر صدیق رضی الله عنه بردند ایشان فیصله نمودند که طفل از مادر است و به

^۱ . مصنف عبدالرزاق، ابو بکر عبدالرازق بن همام صنعانی، ج ۷ ص ۱۵۲ رقم ۱۲۶۰۱. ۱۴۰۳، المکتب الاسلامی- بیروت، الطبعة الثانية.

حضرت عمر رضی الله عنه گفتند که نسیم و بوی، حرارت و گرمی و فرش مادر برای این طفل نسبت به تو بهتر است تا زمانی که جوان شود و انتخاب و اختیار نماید.

وجه استدلال در اثر فوق این است که ابوبکر رضی الله عنه مادر را برای حضانت کودک نسبت به پدرش ترجیح داد و حکم نمود تا کودک به مادرش سپرده شود.

مطلب سوم - اجماع امت:

از لابلائی متون فقها با صراحت دانسته میشود که امت در مورد مشروعیت حضانت اجماع نموده اند چنانچه گفته شده است که (اجتمعت الامة علی مشروعیة الحضانة).

وهمچنان زبعلی رضی الله عنه فرموده است: {ولان الصغار لما عجزوا عن مصالحهم جعل الشرع ولايتها الى غيرهم فجعل ولاية التصرف في النفس والمال الى الاء لانهم اقوى رايًا مع الشفقة الكاملة، ووجب النفقة عليهم لكونهم اقدر عليها، وجعل الحضانة الى الامهات لانهن اشفق وارفق و اقدر واصبر على تحمل المشاق بسبب الولد على طول الاعصار، وافرغ للقيام بخدمته فكان في تفويض الحضانة اليهن وغيرها من المصالح الى الاء زيادة امراته: ريجها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك، ولم ينكر عليه احد فكان اجماعاً.^۱

به این مفهوم که: چون کودکان در تحقق مصالح خویش عاجز و ناتوان اند شرع مبین اسلام این ولایت و مسئولیت را بدوش دیگران واگذار نموده است به گونه ای که تصرف و ولایت در مال و نفس و پرداخت نفقه را به دوش و عهده پدران گذاشته است زیرا که پدران در کنار کمال شفقت و نوازش درین عرصه از توانایی کامل بر خوردار میباشد و تصرف و مسئولیت تربیت و نگهداری را به مادران موکول نموده است زیرا که مادران در کنار بر خورداری از شفقت و نرمش کافی از توانایی کامل و تحمل، برده باری، صبر و شکیبایی در قبال پرورش فرزندان، و فراغت و وقت کافی نیز درین عرصه بر خوردارند. پس در تفویض حضانت بر مادران و سائر مسئولیت ها (تصرفات مالی، نفسی، و نفقه) بر پدران از یک طرف منافع و مصلحت های کودکان به گونه کامل رعایت گردیده و از جانب دیگر کمال شفقت و نوازشی که کودکان نیازمند آن میباشند در نظر گرفته شده است که این خود حکمت مشروعیت حضانت میباشد، از همین جا است که ابوبکر صدیق رضی الله عنه برای حضرت عمر رضی الله عنه هنگامی که میخواست کودک خانم طلاق شده اش را با خود داشته باشد فرمود که: بوی، تماس، دست

^۱ تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، فخرالدین عثمان بن علی، زبعلی، ج ۷ ص ۲۷۹.

کشیدن و آب دهن مادر از غسل و شهادی که نزد تو دریافت و تناول نماید بهتر و شیرین تر است، که این گفتار بحضور داشت جمعی از اصحاب کرام رضی الله عنهم بود که هیچ یکی از آنها در مورد مخالفت نوزیدن که این خود اجماع است برای مشروعیت حضانت.

وهمچنان ابن رشد الجد رحمه الله فرموده است: ﴿واما الاجماع فلا خلاف بين احد من الامة في ايجاب كفالة الاطفال الصغار، لان الانسان خلق ضعيفاً مفتقراً الى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه و يستغنى بذاته.﴾^۱ به این مفهوم که حضانت به اجماع امت ثابت است زیرا که هیچگونه اختلافی بین امت و در مودر واجب بودن کفالت و رسیدگی بر امور اطفال خورد سن وجود ندارد، چون انسان ضعیف آفریده شده نیاز مند به کسی است که از وی نگهداری و سرپرستی نموده و تازمان خودکفایی و سود جویی به تربیت و پرورش آن بپردازد.

مطلب چهارم - معقول

بدون شک دستگیری از بینوایان، نیاز مندان و در کل اقشار محروم جامعه بشری در همه عرصه ها به ویژه در عرصه تربیت و نگهداری به منظور نجات از هلاکت جسمی و معنوی امریست معقول و منطقی که هیچ طبع سلیم و شخص با احساس از آن انکار نمی ورزد. زیرا که انسان، موضوع محل ورسالت و تعالیم والای اسلامی بوده وبا تربیت، نگهداری، عنایت و توجه به پرورش آن میتوان زمینه هرچه بیشتر اهلیت و شایستگی پذیرس این رسالت و تعلیمات را به وی فراهم نمود که این خود دلیل واضح و آشکاری است برای معقولیت مشروعیت حضانت و پرورش کودکان که دین مقدس اسلام به ان توجه خاصی مبذول داشته است.

مطلب پنجم - قوانین ملی و بین المللی:

در عصر کنونی نیز، توجه به حقوق کودک در سطح داخلی و جهانی مطرح است، قوانین ملی و بین المللی درین راستا دستوراتی دارند، که مبین مشروعیت و قانونمندی حضانت و پرورش کودکان میباشد که اینک برخی از آنها را به گونه نمونه در ذیل نگاشته و مورد مذاقه قرار خواهیم داد.

^۱ المقدمات الممهديات، أبو الوليد محمد بن احمد، بن رشد قرطبي، ج ۱ ص ۵۶۴.

قوانین ملی:

در قوانین ملی و داخلی کشور عزیزمان افغانستان به حمایت، نگهداری، پرورش و تربیت اطفال توجه خاصی صورت گرفته است چنانچه قانون اساسی و قانون مدنی کشور درین راستا دساتیر دارند که به ترتیب در ذیل نگاهشته میشود.

الف: قانون اساسی:

ماده (۲۳) بیست و سوم قانون اساسی از حق حیات انسان که در بر گیرنده حیات کودک نیز میباشد حمایت نموده میفرماید: (زندگی موهبت الهی و حق طبیعی هر انسان است. هیچ شخصی بدون مجوز قانونی از این حق محروم نمی گردد. بدون شک یکی از اهداف عمده و اساسی حضانت نیز حفظ و صیانت حیات و زندگی کودک میباشد.

و همچنان ماده (۵۴) پنجاو چهار قانون اساسی خانواده را بطور عام و طفل و مادر، و تربیت اطفال را به گونه خاص مورد حمایت و عنایت قرار داده میفرماید: (خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل میدهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تامین سلامت جسمی و روحی خانواده بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم و مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم اتخاذ میکند).

که بدون شک ضمن فراهم نمودن زمینه مناسب برای سلامت خانواده و تربیت اطفال بروفق فقه اسلامی حتی حضانت هم در یک مرحله (در صورت عدم موجودیت حاضنین در سطوح مختلف پیش بینی شده) به گونه مباشر و مستقیم به عهده و دوش دولت واگذار میگردد.

چنانچه سید سابق^۱ رحمه الله علیه فرموده است: {فاذا ما یکن للصغیر قریب عین القاضی له حاضنة تقوم بتربته}.^۲ به این مفهوم که هرگاه کودک اقاری که از وی حضانت نماید نداشته باشد، قاضی حاضنه ای می گمارد تا به تربیت و پرورش آن بپردازد.

ب: قانون مدنی:

قانون مدنی کشور ما نیز با عنایت و توجهی که به مسئله حضانت داشت است ضمن اینکه در بند دوم ماده (۲۳۶) خویش حضانت را حق شمرده میفرماید: (حضانت حق اشخاصی

^۱ فقه السنة، سید سابق رحمه الله تعالی من الكتب الجيدة التي ألفت في الفقه في هذا العصر، وذلك لحسن أسلوبه، وسهولة عرضه للمسائل الفقهية، وجلب الأدلة عليها، وذكر الخلاف عند الحاجة أو في بعض الأحيان إذا دعت الحاجة لذلك، مع التطرق لجميع أبواب الفقه والتفريع أحياناً على أهم مسائل العصر، وذكر القوانين المعمول بها في بلده.

^۲ فقه السنة، سید سابق، ج ۴ ص ۳۴۱.

است که به اساس این قانون تنظیم گردیده است) تقریباً در (۱۹) نزده ماده (۲۳۶:۲۵۵) مسائل مربوط و منوط به آن ر امور بحث قرار داده است که درین رساله بطور مقایسوی بافقه اسلامی به ویژه فقه حنفی به توضیح و تشریح آن خواهیم پرداخت.

قوانین و کنوانسیون های بین المللی:

در قوانین بین المللی نیز در مورد حقوق اطفال اعم از حق حیات، حفاظت و نگهداری، تربیت و پرورش توجه صورت گرفته است که به گونه مثال از قوانین و کنوانسیون های (اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب (۱۰ دسامبر ۱۹۴۸). اعلامیه اسلامی حقوق بشر مصوب (۱۴ محرم ۱۴۱۱ قمری مطابق با ۵ اوت ۱۹۹۰ میلادی و ۱۵ اسد ۱۳۶۹ شمسی، اجلاس وزرای امور خارجه سازمان کنفرانس اسلامی قاهره). اعلامیه اسلامی حقوق کودک، مصوبه مجموعه عمومی سازمان ملل در (۲۹ عقرب ۱۳۳۸ مطابق ۲۰ نوامبر ۱۹۵۹ م). کنوانسیون حقوق کودک، مصوبه مجمع عمومی سازمان ملل در (۱۳۶۸ هـ مطابق ۱۹۵۹ م). میتوان نام برد که اینک مواد متعلق و مشیر به این موضوع (تربیت و پرورش کودکان) هر یک ذیلاً نگاشته شود.

الف: اعلامیه اسلامی حقوق بشر:

در ماده هفتم اعلامیه ای حقوق بشر اسلامی به گونه صریحتری مشروعیت حضانت بیان گردیده چنانچه فرموده است: (هر کودکی از زمان تولد، حقی برگردن والدین خویش و جامعه و دولت در محافظت دوران طفولیت و تربیت نمودن و تامین مادی و بهداشتی و ادبی دارد. در ضمن باید از جنین و مادران نگهداری شود و مراقبت های ویژه نسبت به آنها مبذول شود. ب: پدران و کسانی که از نظر قانون شرع به منزله پدرانند، حق انتخاب نوع تربیتی را که برای فرزندان خود می خواهند با مراعات منافع و آینده آنان در پرتو ارزشهای اخلاقی و احکام شرعی دارند. ج: برطبق احکام شرع فرزندان نسبت به والدین خود و اقوام نسبت به اقوام خود حقوقی بر گردن دارند.) (۷: ماده ۷).

ب: اعلامیه جهانی حقوق بشر:

در فقره ای سوم ماده بیست و ششم اعلامیه جهانی حقوق بشر حق حضانت والدین بر کودکان در عرصه تعلیم و تربیه به رسمیت شناخته شده است. و مطابق به این ماده، پدر و مادر

در تربیت و تعلیم اولاد خود از حق اولیت نسبت به سایرین بر خوردار اند. چنانچه فرموده است (والدین در گزینش نوع آموزش و فرزندانشان حق تقدم را دارند)^۱

و همچنان در بند دوم ماده بیست و پنجم حمایت اجتماعی از کودک را پشتیبانی نموده میگویند: (مادران و کودکان حق دارند که از کمک و مراقبت ویژه برخوردار شوند. همه ی کودکان، اعم از آن که در پی ازدواج یا بی ازدواج زاده شده باشند، حق دارند که از حمایت اجتماعی یکسان بهره مند گردند)^۲

اعلامیه جهانی حقوق کودک:

اعلامیه جهانی حقوق کودک در ماده دوم از حق حضانت اطفال حمایت نموده و مشروعیت آنرا چنین بیان نموده است (کودک باید از حمایت ویژه برخوردار شود و امکانات و وسایل ضروری جهت پرورش بدنی، فکری اخلاقی و اجتماعی وی به نحوی سالم و طبیعی و در محیط آزاد و محترم توسط قانون یا مراجع ذیربط در اختیار وی قرار گیرد. در وضع قوانین بدین منظور منافع کودکان باید بالاترین اولویت را داشته باشد).^۳

و در ماده ششم موضوع اولویت والدین بویژه مادر را در امر حضانت به گونه جدی تری مورد حمایت قرار داده میفرماید (کودک جهت پرورش کامل و متعادل شخصیتش نیاز به محبت و تفاهم دارد و باید حتی الامکان تحت توجه و سرپرستی والدین خود و به هر صورت در فضای پر از محبت در امنیت اخلاقی و مادی پرورش یابد. کودک خورد سال را بجز در موارد استثنایی، نباید از مادر جدا کرد، جامعه و مقامات اجتماعی موظف اند که نسبت به کودکان بدون خانواده و کودکان بی بضاعت توجه خاص مبذول دارند. کمک های نقدی دولت و دیگر تسهیلات جهت تامین و نگهداری فرزندان خانواده های پر جمعیت توصیه میشود).^۴

د: کنوانسیون حقوق کودک

کنوانسیون حقوق کودک در ماه (۶) حقوق ذاتی کودکان را به رسمیت شناخته و از فراهم نمودن امکانات برای بقا و پیشرفت آنها تضمین نموده میفرماید:

^۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر، مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸م (در مجمع عمومی سازمان ملل متحد در پاریس). ماده ۲۸.
^۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر. مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸م (در مجمع عمومی سازمان ملل متحد در پاریس). ماده ۲۵.
^۳ اعلامیه جهانی حقوق کودک، ۱۹۹۵م مصوب اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد ۲۹ عقرب ۱۳۳۸ مطابق بیستم نوامبر. اصل ۲.
^۴ اعلامیه جهانی حقوق کودک، ۱۹۹۵م مصوب اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد ۲۹ عقرب ۱۳۳۸ مطابق بیستم نوامبر. اصل ۶.

۱- کشورهای طرف کنوانسیون حق ذاتی هر کودک را برای زندگی به رسمیت خواهند شناخت. ۲- کشورهای طرف کنوانسیون (وجود) حد اکثر امکانات را برای بقا و پیشرفت کودک تضمین خواهند نمود.

و در ماده (۱۸) ضمن اینکه والدین را مسئول رشد و پیشرفت کودک شمرده دولت ها نیز مکلف به همکاری با والدین در جهت اجرای این مسئولیت ها برای تربیت کودک نموده چنین میفرماید:

- ۱- کشورهای طرف کنوانسیون بیشترین تلاش خود را برای تضمین به رسمیت شناخته شدن این اصل که هر دو والد کودک مسئولیت های مشترکی در مورد رشد و پیشرفت کودک دارند به عمل خواهند آورد. والدین و یا قیم های قانونی مسئولیت عمده را در مورد رشد و پیشرفت کودک به عهده دارند، اساسی ترین مسأله آنان (حفظ) منافع عالیه کودک است.
- ۲- کشورهای طرف کنوانسیون به منظور تضمین و اعتلای حقوقی که در این کنوانسیون بیان شده همکاری های لازم را با والدین و قیم های قانونی در جهت اجرای مسئولیت هایش برای تربیت کودک به عمل خواهند آورد و ایجاد مؤسسات تسهیلات و خدماتی را برای نگهداری کودکان تضمین خواهند کرد.^۱

^۱ کنوانسیون حقوق کودک، مصوبه مجمع عمومی سازمان ملل در ۱۳۶۸ هـ مطابق ۱۹۸۹ م. ماده ۶ و ۱۸

مبحث سوم: حکمت مشروعیت حضانت

مطلب اول - حکمت شرعی

مشروعیت حضانت در اسلام نیز مانند مشروعیت سایر احکام از یک طرف بر اساس رعایت مصالح بندگان استوار است. به این مفهوم که در این مسأله بیش از هر چیز مصالح کودک، تربیت و حفظ او در جامعه و انجام مسئولیت‌ها درین مورد، ملاک است.

چنانچه دکتور مصطفی^۱ فرموده است: {ان الحکمة من مشروعية الحضانة، انما هي تنظيم المسئوليات المتعلقة برعاية الصغار، وتربيتهم}^۲ ترجمه: حکمت مشروعیت حضانت همانا بهبودی و انسجام وجایب و مسئولیت‌های متعلق و مربوط به توجه بر کودکان و پرورش‌شان میباشد.

و از سوی دیگر شرع مبین اسلام هم عواطف مادری و نیاز طفل به مادر را در نظر گرفته و هم تفاوت فرزند دختر و پسر در میزان وابستگی به پدر و مادر را، و هم به بار مسئولیت نگهداری بچه و هزینه مالی آن و سایر امور، توجه کرده است. چنانچه گفته شده است: حق حضانت در این مدت از آن مادر است، هرچند ولایت بر اطفال صغیر به عهده پدر گذاشته شده است، اما از آنجا که تغذیه جسم و جان نوزاد در این مدت با شیر و عواطف مادر پیوند ناگسستنی دارد. این حق به مادر داده شده، علاوه بر این عواطف مادر نیز باید رعایت شود، زیرا او نمی‌تواند آغوش خود را در چنین لحظات حساسی از کودکش خالی ببیند و در برابر وضع نوزادش بی تفاوت باشد، بنابر این قرار دادن حق حضانت و نگهداری و شیر دادن برای مادر یک نوع حق دوجانبه است که هم برای رعایت حال فرزند است و هم مادر، و تعبیر (اولادهن) (فرزندانشان) در آیه قرآنی اشاره لطیفی به این مطلب است.^۳

از همین جهت پیامبر بزرگوار اسلام صلی الله علیه وسلم میفرماید (من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه احبته يوم القيامة)^۴ ترجمه: هرکسی که بین مادری و فرزندش جدای افکند خداوند جل جلاله بین وی و دوستانش در روز قیامت جدایی می‌افکند.

^۱ . مصطفی سعید بن محمد بن محمد السروجی متولد سال ۱۲۷۹ مصنف. انتخاب الفقهاء في الفروع در چهار جلد. جهادات. در مورد فضایل جهاد نوشته است.

^۲ الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي رحمه الله تعالى، مصطفی البغا وعلی الشربجي، ج ۴ ص ۱۳۷.

^۳ تفسیر نمونه، آیت الله مکارم. شیرازی، ج ۲۶ ص ۲۶، حکمت التشریح و فلسفته، جرجانی، علی احمد، ج ۲ ص ۶۹. ب.ت. المکتبه الحقانیه، پشاور، پاکستان.

^۴ الجامع الصحیح سنن الترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی ابن سوره ترمذی، ج ۴ ص ۱۳۳. مسند احمد بن حنبل، ابو عبدالله، احمد بن حنبل شیبانی، ج ۵ ص ۴۱۲. ابو عیسی فرموده این حدیث حسن و غریب است، شیخ البانی فرموده این حدیث حسن است، شعیب الانووط فرموده: این حدیث حسن است.

به این مفهوم که در ولایت و تصرفی که در غیر نماز است از جمله در حضانت محضون به گونه عاجل و مصلحت حاضن در آینده مورد نظر قرار داده شده است.

و صالح فوزان^۱ در مورد فرموده است: {والحكمة فيها ظاهرة، ذلك ان الصغير ومن في حكمه ممن يعرف مصالحه كالمجنون والمعتوه يحتاج الى من يتولاه ويحافظ عليه بجلب منافعه و دفع المضار عنه تربية السليمة}^۲ به این مفهوم که حکمت مشروعیت حضانت مبرهن و هویدا است اینکه کودک و کسانی که همچو کودک از درک مصالح خویش عاجز اند مانند مجنون و معتوه، نیازمند کسی اند که از ایشان سرپرستی و حفاظت نمایند، و در کنار جلب منفعت و دفع ضرر، به تربیه و پرورش سالم شان بپردازد.

مطلب دوم - حکمت اجتماعی

از لابلای تعاریفی که در گذشته از حضانت صورت گرفت عبارت از تربیت کسانی است که نمی توانند به تنهایی خود را اداره کنند. بدین وسیله جایگاه اجتماعی حضانت تربیت گردیده و متفخر میشود به اینکه می تواند کسانی را که در معرض هلاکت یا ضرر هستند حفظ، نگهداری و تربیت کند، پس حق حضانت و تربیت هدفی عالی، برجسته و والاتر دارد که با تحقق و عملی شدن آن شخص مورد حضانت یعنی محضون عضو مفیدی برای خود، خانواده و جامعه اسلامی میشود، که این هدف عالی همانا آماده کردن طفل و یا کودک از لحاظ بدنی، عقلی و روحی باشد، که اسلام عزیز جهت نائل شدن به این هدف ضمن تدارک دیدن تمامی حقوق طفل به این حق و در کنار آن به حق نفقه کودک به گونه ویژه و خاصی توجه نموده است زیرا که در حضانت حفظ و تربیت محضون، و در نفقه برآورده شدن هزینه ها زندگی، آبرومندان و کریمانه آن از زمان ولادت تا زمان وفات وی نهفته است.

چنانچه امام غزالی^۳ رحمه الله علیه میگوید: (بدان که راه و روش بچه ها از مهمترین امور و محکمترین آنهاست. فرزند نزد والدینش امانت میباشد و قلب پاک و ساده وی جوهر نفیسی است که خالی از هر نقش و صورتی است و قابلیت پذیرش هر نقشی را دارد. و هر آنچه که به وی نزدیک شود به طرف آن گرایش پیدا میکند اگر به خیر و علم وی بیانجامد در دنیا و

^۱ الشيخ صالح بن فوزان الفوزان - حفظه الله - بن العربي المالكي له مؤلفات جليلية في الحديث والتفسير ، وله الكتاب الجليل في الذنب عن الصحابة الذي سماه "العواصم من القواصم"، يدافع فيه عن الإسلام وعن صحابة رسول الله
^۲ الملخص الفقهي، صالح بن فوزان بن عبدالله، فوزان، ۲.. ج ۲ ص ۴۳۹. ۱۴۲۳هـ. دار العاصم، الرياض، الملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى.

^۳ محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، أبو حامد، حجة الإسلام: فيلسوف ومتصوف است و برایش دوصد مصنفات وجود دارد تولد و وفات اش در منطقه طابریان خراسان شده است باز از او سفر کرده است به نیشاپور باز به بغداد باز به حجاز و همچنان به شهر های شام و مصر هم سفر کرده است و باز دوباره به شهر خودش برگشت کرده است. نسبت به إلى صناعة الغزل.

آخرت خوشبخت میشود و والدینش را در ثواب آن شریک میکند، و اگر به شر گرائید و مانند حیوانات سست و بدبخت شد، هلاک میشود. و گناه وی برگردن قییم و ولی اوست. خداوند متعال جل جلاله میفرماید.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾^۱

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید خود و خانواده خویش را از آتشی که هیزم آن انسانها و سنگهاست نگه دارید؛ آتشی که فرشتگانی بر آن گمارده شده که خشن و سختگیرند و هرگز فرمان خدا را مخالفت نمی کنند و آنچه را فرمان داده شده اند (به طور کامل) اجرا می نمایند!

پس هر قدر پدر وی را از آتش دنیا حفظ کرده باشد، بدین ترتیب و به طریق اولی از آتش آخرت حفظ میشود، و حفاظت از وی به طوری است که او را ادب و تهذیب می کند و نیکوهای اخلاق را به وی یاد می دهد، و او را از همنشینان بد باز میدارد، از همین جهت واجب است که تربیت از همان آوان کودکی و پیدایش وی باشد که همان مرحله ولادت و شیردادن است، که باید در حضانت و شیردادن وی زنی متدین و حلال خور باشد، زیرا که شیری که از مال حرام حاصل شده باشد، برکتی ندارد. وقتی با این شیر بزرگ شد سرشت و طینت او با زشتیها و آلودگی ها سرشته می شود و طبع وی به آنچه که مناسب زشتی ها است، تمایل پیدا میکند)^۲.

پیامبر بزرگوار اسلام صلی الله علیه وسلم نقش والدین را در مورد برجسته نموده می فرماید:
(کل مولود یولد علی الفطرة فابواه یهودانه، او ینصرانه، او مجسانه)^۳.

یعنی هر طفلی با فطرت سالم به دنیا می آید، پس پدر و مادر است که (نسبت عدم توجه به تربیه سالم آن) آنرا یهودی، نصرانی و یا مجوس میگردانند.

چنانچه قاسم^۴ ابن محمد در مورد میگوید: {فانی اقول- ان الحضانة حق من الحقوق المشتركة بين الله تبارک و تعالی وبين العباد، ثم ان الجانب الثابت للعباد يشترك فيه اكثر من فرد، لكل مصلحة في هذا

^۱ . التحريم، ۶.

^۲ احياء علوم الدين، محمد بن محمد أبو، غزالي، ج ۳ ص ۷۰. ب.ت. دار المعرفه بيروت.

^۳ الجامع الصحيح، ابو عبدالله محمد بن اسماعيل بخاری ج ۲. ص ۱۲۵.

^۴ قاسم بن محمد بن علي الصنعاني من أئمة الزيدية متولد سال ۱۰۱۰ و متوفی سال ۱۰۷۹.

الجانب، فضلاً عن حق الله تعالى المتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع التي تتجلى في نشأة افراده
نشأة سليمة صالحة^۱.

به این مفهوم که وی میگوید: به نظر من حضانت از جمله حقوق مشترک بین خداوند و بنده
است، که علاوه از بخش حقوق الله بودن آن که در تحقق مصالح عام اجتماعی که پرتوی از
پرورش و تربیت سالم افراد آن میباشد تحقق میابد، بخش حق العبدی آن نیز در برگیرنده
حقوق و مصالح چنیدن فرد میباشد.

که سر انجام ثمره و نتیجه مثبت این همه تقدیم نمودن شخصیت سالمی به خانواده و جامعه
خواهد بود.

البته نقش مادر درین مورد برجسته تر است زیرا که اولین معلم کودک مادر است، که او بهتر
از هرکس می تواند در محیط سالم منزل کودکش را به نحو احسن تربیت کند و قدرت دارد
کارهای زشت و بی فضیلتی را از محیط زیست فرزندانش دور بسازد. بلی! با اجرای این
دستورالعمل اسلامی و تربیتی است که این مادر بهشتی و وظیفه شناس بهشت را برای
کودکش در زیر قدمهای خود دارد.

مبحث چهارم: مشخصات حضانت

درین بخش از پژوهش و تحقیق میخواهم باتبیین یک سلسله خصوصیات و ویژگی
های حضانت فرق بین آن و کلمات مرتبط و دارای پیوند به آن (تربیت، رضاعت، کفالت و
ولادت) رابه گونه بهتر و گسترده تر به معرفی بگیرم که اینک نخست به تبیین خصوصیات
عمده حضانت پرداخته و سپس فرق بین آن و واژه ها و کلمات مرتبط و دارای پیوند آنرا به
گونه ذیل به معرفی میگیریم.

مطلب اول - خصایص، ویژگی ها و مشخصات حضانت

خصایص کلمه و واژه عربی بوده جمع خصیصه است به معنی اوصاف و ویژگی های است که
آنرا به معرفی گرفته و مشخص نماید چنانچه گفته شده است (الخصیصة: الصفة التي تميز
وتحدده)^۲

^۱ . حقوق الاسرة في الفقه الاسلامي (۱۰).

^۲ المعجم الوسيط، ابراهيم ابن أحمد الزيات مصطفى. ج ۱ ۲۳۸.

پس خصایص حضانت عبارت است از: اوصاف، ویژگی ها و مشخصات که حضانت را بر کلمات و مفاهیم متشابه و قریب به آن تمیز و تشخیص میدارند که این مشخصات عبارتند از:

۱- **حضانت:** مربوط به تربیت بدن و روحی کودک است. یعنی رشد بدنی و رشد روحی او مشروط به حضانت است. کسی که حضانت محضون را به عهده می گیرد، باید در دوران کودکی شیر خواری و نیازمندی از طفل نگهداری کند، مراقب محیط تربیتی او باشد، از او در مقابل حوادث حمایت و حفاظت کند، خلاصه اینکه انجام این امور حضانت نامیده میشود. چنانچه سید سابق^۱ رحمه الله در بخشی از تعریف حضانت فرموده است: {وتربيته جسمياً ونفسياً وعقلياً}^۲

و همچنان صالح فوزان^۳ فرموده است: {وتربيته بعمل مصالحه البدنية والمعنوية}^۴

ترجمه: حضانت عبارت است از پرورش جسمی و روحی محضون بادر نظر داشت مصلحت آن.

۲- واژه و کلمه حضانت، اصطلاح رایج در کلمات فقهاء برای تبیین مفهوم نگهداری طفل است، اما واژه ای که در قرآن از آن برای بیان سرپرستی و نگهداری طفل و زنان استفاده شده است. چنانچه در مورد حضرت مریم رضی الله عنها در قرآن آمده است که ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا

ترجمه: کفالت و سرپرستی او را به ذکر یا علیه السلام سپرد.

۳- **وظیفه پیشبرد حضانت از همان اولین دقایق زندگی،** که طفل از کتم عدم پا به عرصه وجود می گذارد شروع میشود. زیرا که نیازمندی از همان جاه آغاز میگردد و حضانت هم جهت رفع نیازمندی شروع گردیده است.

۴- در مورد حضانت و نگهداری از کودک تمام فقهاء پذیرفته اند که ما در حق تقدم و برتری دارد زیرا که هرگز به نسبت کمال شفقت و نوازش درین مرحله از زندگی به گونه بهتری میتواند از کودک حمایت و نگهداری کند. چنانچه سرخسی رحمه الله علیه فرموده است: {وجعل حق الحضانة الى الامهات يرضعن في ذلك مع شفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت والظاهر ان الام احق واشفق من الاب بي الولد فتتحمل في ذلك من المشقة ما لا يتحملة الاب وفي تفويض ذلك اليها زيادة منفعة الولد}^۵

^۱ فقه السنة سید سابق رحمه الله تعالى من الكتب الجيدة التي ألفت في الفقه في هذا العصر، وذلك لحسن أسلوبه، وسهولة عرضه للمسائل الفقهية، وجلب الأدلة عليها، وذكر الخلاف عند الحاجة أو في بعض الأحيان إذا دعت الحاجة لذلك، مع التطرق لجميع أبواب الفقه والتفريع أحياناً على أهم مسائل العصر، وذكر القوانين المعمول بها في بلده.

^۲ فقه السنة، سید سابق، ص ۳۱

^۳ الشيخ صالح بن فوزان بن العربي المالكي له مؤلفات جلية في الحديث والتفسير، وله الكتاب الجليل في الذنب عن الصحابة الذي سماه "العواصم من القواصم"، يدافع فيه عن الإسلام وعن صحابة رسول الله

^۴ الملخص الفقهی، صالح بن فوزان بن عبدالله، فوزان، ج ۲ ص ۴۳۹

^۵ آل عمران، ۳۷.

^۶ المبسوط السرخسی، شمس الدین ابو بکر محمد ابن ابی سهل سرخسی، ج ۷ ص ۶۵. ۱۴۲۱ هـ ۲۰۰۰ م، دراسة و تحقیق: خليل محی الدین المیس، دارالفکر للطباعة والنشر والتوزيع، بیروت، لبنان، طبعه: الاول.

۵- حضانت ولایت همیشگی بر طفل ویا محضون نبوده بلکه با رشد طفل و رفع نیازمندی نیازمندان خاتمه و پایان می یابد. چنانچه سرخسی^۱ رحمه الله علیه فرموده است: {فانه بعد ما بلغ رشيداً لا حق للاب يد في ماله فكذلك في نفسه}^۲

ترجمه: هرگاه کودک به سن رشد برسد، چنانچه در حق تصرف در مال آنرا ندارد، همچنان حق تصرف بر نفس آنرا نیز دارا نمی باشد.

۶- حضانت، نگهداری و حمایت از طفل تنها به پدران و یا تنها به مادران اختصاص نداشته بلکه وظیفه مشترک هر دو بادر نظر داشت اصل احقیقت و اولویت میباشد. به این مفهوم که طفل تا یک مدت ضرورت به حضانت دارد، و عموماً حق حضانت در قدم اول مربوط به والدین است. اما بسا اوقات، پدر و مادر بنا به دلایل از هم جدا شده و مسئله احقیقت حضانت طفل شان مطرح میگردد. چنانچه ابن مازه^۳ رحمه الله علیه فرموده است: {فالام احق بالولد من الاب الى ان يستغني عنها، فاذا استغني عنها فالاب احق به.}^۴

ترجمه: مادر تا زمانی که کودک به آن نیازمند است از حق اولویت حضانت آن برخوردار است و پس از رفع این نیازمندی حق اولویت از آن پدر است.

و همچنان سید سابق^۵ علیه الرحمه فرموده است: {اسمى لون من الوان التريية هو تربية الطفل في حضان والديه، اذ ينال من رعايتهما وحسن قيامهما عليه ما يبنى جسمه وينمي عقله، ويذكي نفسه و يعده لحياة.}^۶

ترجمه: عالی ترین نوع از انواع تربیت همانا تربیه کودک در آغوش پدر و مادر میباشد، زیرا که در پرتو توجه و رسیدگی شایسته آنها به پرورش جسمی، رشد عقلی، و صفای روحی، که وی را آماده زندگی خوبی می سازد دسترسی پیدا می کند.

۷- سلسله و اقتدار پدر و مادر نسبت به فرزندان شان (به شمول دوره حضانت) مطلق نبوده بلکه رعایت مصلحت آنها درین عرصه معیار و ملاک اساسی است. چنانچه گفته شده است:

^۱ السرخسي: أبو علي زاهد بن أحمد بن عيسى سرخسي، فقيه شافعي شيخ خراسان متوفى سال ۳۸۹. آثارش العوالي في الحديث.

^۲ المبسوط سرخسي، شمس الدين ابو بكر محمد ابن ابى سهل سرخسي، ج ۷ ص ۷۷
^۳ ابن مازه: برهان الدين أبو المعالي محمود بن الصدر السعيد تاج الدين احمد بن برهان الدين عبدالعزيز بن عمر البخاري حنفي معروف به ابن مازه متولد سال ۵۵۱ و متوفى سال ۶۱۶ و آثارش: تنمة الفتاوى. التجريد في الفروع. ذخيرة الفتاوى ثلاث مجلدات. شرح أدب القضاء للحصاف. شرح الجامع الصغير للشيباني في الفروع. شرح الزيادات للشيباني. الطريقة البرهانية. فتاوى البرهاني. المحيط البرهاني في الفقه النعماني. الوقعات في الفقه. وجيز في الفتاوى.

^۴ محيط البرهاني، محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد برهان الدين مازه، ج ۳ ص ۳۵۹.
^۵ فقه السنة سيد سابق رحمه الله تعالى من الكتب الجيدة التي ألقت في الفقه في هذا العصر، وذلك لحسن أسلوبه، وسهولة عرضه للمسائل الفقهية، وجلب الأدلة عليها، وذكر الخلاف عند الحاجة أو في بعض الأحيان إذا دعت الحاجة لذلك، مع التطرق لجميع أبواب الفقه والتفريع أحياناً على أهم مسائل العصر، وذكر القوانين المعمول بها في بلده.

^۶ فقه السنة، سيد سابق، ص ۳۳۹.

(فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الاصلاح له، والانفع الاقامة او النقلة فايهما كان انفع له اصون او حفظ روعى)^۱

۸- نزد جمهور فقهاء موضوع حضانت طفل، مجنون ومعتوه می باشد. چنانچه گفته شده است: (وتجب الحضانة لحفظ صغير ومجنون ومعتوه).^۲ یعنی حضانت به منظور نگهداری کودک، مجنون و معتوه واجب است.

۹- غرض حضانت رفع نیازمندی نیازمندان و دستگیری از اقشار محروم و بینوا در جامعه بشری است. چنانچه گفته شده است: (وشرط المحضون عدم الاستقلال)^۳ یعنی شرط محضون شدن نیازمندی و عدم اسقلال است.

۱۰- غایه و هدف نهایی حضانت حفظ نظم عمومی و داشتن جامعه مرفه و مترقی میباشد زیرا که کودکان، از یک طرف مردان و زنان آینده اجتماع اند و حیات انسانی در عالم اسباب بر آنها تکیه دارد، و از جانب دیگر آنان امید و آرزوی نسل حاضرند.

از همین رو در شریعت اسلامی احکامی برای حفظ، بقا و رشد کودکان از زمان دمیده شدن روح بلکه قبل از آن تا هنگام جوانی و بلوغ تشریح شده است، که حراست مادی و معنوی کودک را تضمین می کند.

^۱ فقه السنة ، سید سابق، ص ۳۵۲

^۲ ارشیف ملتقى اهل الحديث، ص ۲۴، تم تحمیله: فی ۷ رمضان ۱۴۲۹ هـ = ۷ سبتمبر ۲۰۰۸م، هذا الجزء: يضم المنتدى الشرعى العام.

^۳ ارشیف ملتقى اهل الحديث ص ۴۰۰. تم تحمیله: فی ۷ رمضان ۱۴۲۹ هـ = ۷ سبتمبر ۲۰۰۸م، هذا الجزء: يضم المنتدى الشرعى العام.

فصل سوم

مستحقین و شرایط حضانت

پس از شناخت حکم تکلیفی، دلایل مشروعیت، حکمت مشروعیت و ویژگی های حضانت، شناسائی کسانی که مورد حضانت قرار میگیرند و کسانی که باید این عمل را انجام دهند ضروریست، زیرا چنانچه گفته شد واژه حضانت مصدر است به معنی سرپرستی، حفاظت، نگهداری و تربیه دادن، و تحقق، تعمیل و وجود خارجی هر مصدر نیاز به فاعل و مفعول دارد، پس فاعل و مفعول حضانت عبارت اند از حاضن و محضون، که به مجرد شنیدن این دو واژه سوال و پرسشی عرض اندام نموده و تقاضا و درخواست جواب و پاسخ را مینمایند، و آن اینکه: در فرایند حضانت چه کسی، با چه شرایطی، جایگاه حاضنیت و چه کسی، با چه شرایطی، جایگاه محضونیت را از آن خود کرده میتواند؟

که اینک به منظور دریافت پاسخ قناعت بخش این پرسش درین فصل پیرامون دو موضوع عمده و اساسی (مستحقین حضانت و شرایط حضانت) در طی دو مطلب جداگانه، تحقیق و پژوهش خواهیم نمود. البته به گونه ای که در مطلب اول در دو مورد جداگانه کسانی که باید از آنها حضانت صورت گیرد، و کسانی که باید این حضانت و سرپرستی را انجام دهند. و در مطلب دوم تحت عنوان شرایط حضانت به توضیح و تشریح یک سلسله شرایطی خواهیم پرداخت که بعضی مربوط به محضون (طفل) و بعضی مربوط به حاضنه (پرورش دهنده یعنی مادر) و بعضی دیگر هم مربوط به حاضن (پرورش دهنده یعنی پدر) میگردد که اینک به گونه ذیل نگاشته خواهد شد.

مستحقین حضانت (محضون، حاضن)

مبحث اول: مستحقین محضونیت

از اینکه محور اساسی و اصلی در پروسه و فرآیند حضانت محضونین و اشخاصی که مورد حضانت قرار میگیرند می باشد، ایجاب می نماید تا در قدم نخست به بحث و کاوش پیرامون معرفت و شناسایی آنها پرداخته شود، ازین رو باید گفت که از لابلای متون مورد استفاده فقهاء میتوان چنین استنباط نمود که به صورت کل اشخاصی، که حضانت برای شان ثابت گردیده و شایسته محضونیت شمرده شده اند سه گروه اند که عبارت اند از:

۱. اطفال صغير.

۲. مجنون بالغ.

۳. معتوه بالغ.

که در مورد اول (اطفال صغير) به اتفاق همه فقهاء حضانت برای طفل صغير ثابت گردیده و شایسته و مستحق محضونیت شمرده میشود.

اما در مورد دوم و سوم (مجنون، معتوه) همچنين به نظر فقهای شافعی و حنابله و به یک قول فقهای مالکی برای مجنون و معتوه بالغ حضانت ثابت گردیده. اما بر اساس نظریه مشهور فقهای مالکی با رسیدن ذکور به سن بلوغ اگرچه مجنون هم باشد استحقاق محضونیت قطع میگردد.

چنانچه نفرای^۱ مالکی رحمه الله علیه فرموده است: {صِفَةُ الْمَحْضُونِ (مَنْ تَبَتَ عَلَيْهِ الْحِصَانَةُ): تَثَبُّتُ الْحِصَانَةُ عَلَى الصَّغِيرِ بِاتِّفَاقِ الْفُقَهَاءِ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ - الْحَنْفِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ وَفِي قَوْلٍ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ - بِالنِّسْبَةِ لِلْبَالِغِ الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ وَالْمَشْهُورِ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ أَنَّ الْحِصَانَةَ تَنْقَطِعُ فِي الذُّكُورِ بِالْبُلُوغِ وَلَوْ كَانَ زَمْنَاً أَوْ مَجْنُونًا

یعنی به اتفاق فقهاء حضانت برای کودک ثابت میشود، همچنان به نزد جمهور احناف، شوافع، حنابله و روایتی از مالکی ها برای بالغی که مجنون و معتوه باشد نیز حضانت ثابت است، اما قول مشهور مالکی ها این است که با رسیدن به سن بلوغ حضانت از طبقه ذکور اگرچه مجنون و جامانده هم باشد قطع میگردد.

{وَالْحِصَانَةُ لِلْأُمِّ بَعْدَ الطَّلَاقِ إِلَى احْتِلَامِ الذَّكَرِ وَنِكَاحِ الْأُنْثَى وَذُحُوهَا ، وَذَلِكَ بَعْدَ الْأُمِّ إِنْ مَاتَتْ أَوْ نُكِحَتْ لِلْجَدَّةِ ثُمَّ لِلْخَالَةِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ ذَوِي رَحِمِ الْأُمِّ أَحَدٌ فَالْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ} ^۲

۱. علامه مفتی سالم بن أحمد النفراوی المالکی الزهري المصري الضرير، وانتهت إليه رئاسة المالكية بمصر وبها مات متوفى سال ۱۱۶۸، ومن العجيب ما في ترجمته من " عجائب الآثار " من أنه أخذ عن الشبراملسي والبابلي، فإذا صح يكون عمر فوق المائة، ولم يذكر ذلك من ترجمه، كما أنه غلط فجعل والده محمد مع انه أحمد. له ثبت خطي موجود بالمكتبة التيمورية بمصر في قسم المصطلح تحت عدد ۱۲۲.

۲ الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم نفرای، باب في بيان احكام العدة. ج ۳ ص ۱۰۷۱. و همچنان في موسوعة الفقهية الكويتية في باب حق الحضانة ج ۱۷ ص ۳۰۱.

۳. الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، باب استبراء الامة ج ۶ ص ۳۵۳.

ترجمه: حضانت مادر بعد از طلاق از پسر تا زمان احتلام و از دختر تا زمان ازدواج او است و بعد از آن هرگاه مادر وفات کرد و یا ازدواج کرد حضانت به مادر مادر میرسد بعد از آن به خاله او میرسد باز هم اگر ذوی رحم مادر موجود نبود برای برادران و کاکاها میرسد.

البته معیار استحقاق به نزد جمهور فقهاء احتیاج، نیازمندی و عدم استقلال در رسیدگی به امور متعلق و مربوط میباشد که این معیارهای در هر سه گروه به گونه وافر موجود است.

چنانچه ابن نجیم مصری رحمه الله علیه فرموده است: { اعلم ان الحضانة حق الصغير لا حاجة الي من يمسه }^۱

یعنی باید دانست که کودک مستحق و شایسته آن است که مورد حضانت قرار گیرد زیرا که نیازمندی کسی است که از وی حفاظت و دستگیری نماید.

درین عبارت ضمن مستحق شمردن کودک به علت و سبب این استحقاق نیز پرداخته شده است که محتاج بودن و نیازمندی آن میباشد، که بادر نظر داشت همین علت، مجنون و معتوه هم به مانند کودک شایسته محضونیت شمرده شده اند. چنانچه در فتاوی هندی آمده است: { والكبير المعتوه والمجنون بمنزلة الصغير بلغ مفیقاً ثم جن او بلغ مجنوناً عندنا. }^۲

یعنی شخص بزرگ سالی که معتوه و یامجنون باشد به مانند کودک شایسته حفاظت و دستگیری است، اعم از اینکه بعد از بزرگی دچار جنون و عته شده باشند و یا توأم با جنون و عته بزرگ شده باشد.

و همچنان ابن جزئی کلبی مالکی رحمه الله علیه فرموده است: { الخضون هو من لا يستقل كالصغير والمجنون والمعتوه و ان كانا کبیرین. }^۳

یعنی محضون کسی است که دارای استقلال نباشد مانند کودک، مجنون و معتوه اگرچه این دو (مجنون و معتوه) بزرگ سال هم باشند.

^۱ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن ابراهيم بن نجيم، مصري، ص ۱۸۵
^۲ الفتاوى الهندية الحنفية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين بلخي، ب. ت، ج ۳۲ ص ۳۱۴.
^۳ القوانين الفقهية، ابوالقاسم محمد بن احمد بن جزى الكلى، غرناطى، ج ۲ ص ۸۵.

و همچنان از فقهای شافعی زکریا انصاری^۱ رحمه الله علیه فرموده است: {المجنون كل صغير ومجنون ومختل وقليل التمييز}.^۲

یعنی محزون عبارت است از هر کودک، مجنون، بیهوش و شخصی که دارای تمیز اندک و کم باشد.

و همچنان از فقهای حنبلی بهوتی رحمه الله علیه در مورد محزون فرموده است: {تجب الحضانة لحفظ صغير و معتوه ای مختل العقل ومجنون لانهم يهلكون بتركها و يضيعون فلذلك وجبت انجاء من الهلكة}.^۳

یعنی حضانت به منظور حفظ و نگهداری کودک، معتوه (کم عقل) و مجنون واجب است زیرا که در صورت نپرداختن به آن ایشان ضایع و هلاک می شوند و نجات از هلاکت واجب است.

و از فقهای معاصر عبدالرحمن جزیری رحمه الله علیه در مورد محزون فرموده است: {الحضانة في الشرع: حفظ الصغير والعاجز والمجنون والمعتوه مما يضره بقدر المستطاع والقيام على تربيته ومصالحه من تنظيف واطعام وما يلزم راحته}.^۴

یعنی حضانت محزون عبارت است از حفظ و نگهداری کودک، ناتوان، دیوانه و کم عقل از آنچه که به آنها آسیب می رساند در حد توانمندی، و رسیدگی به تربیت و مصالح آن مانند رعایت نظافت، غذا دادن و لوازم آسایش و راحت شان.

و همچنان زحیلی^۵ حفظه الله در مورد محزون فرموده است: {المحزون: هو من لا يستقل بامور نفسه عمًا يوذیه لعدم تمیزه كطفل، وكبير مجنون او معتوه}.^۶

یعنی محزون شخصی است که به نسبت عدم تمیز، توانایی لازم را جهت اداره امور خویش نداشته باشد تا از آسیب ها و اضرار خود را نجات بخشد مانند کودک، و دیوانه و کم عقل بزرگ سال. پس نزد جمهور فقهاء معیار و شرط اساسی برای محزونیت عبارت است از نیازمندی

^۱ زکریا انصاری مصري شافعی متوفی سال ۹۲۶ .

^۲ انصاری. شیخ السلام زکریا، اسنی المطالب فی شرح روض الطالب، . ۱۴۲۲ هـ ۲۰۰۰، ج ۴ ص ۴۴۹، دار الکتب العلمیه بیروت الطبعة الاولى تحقیق محمد تامر و الغرر البهية فی شرح بهجة الوردیه، زکریا بن محمد بن زکریا الانصاری، زین الدین ابو یحی، سنیکی ص ۴۰۲ . ب.ت، هو شرح البهجة الوردیه لابن الوردی.

^۳ الروض المربع شرح زاد المستنقع فی اختصار المقنع، منصور بن یونس بن ادريس، ج ۱ ص ۴۰۹ . بهوتی. ب.ت، المحقق: سعید محمد الحام، والنشر - بیروت - لبنان.

^۴ الفقه على المذاهب الاربعة، عبدالرحمن، جزیری، ص ۲۸۴.

^۵ الدكتور وهبة الزحيلي أستاذ الفقه بكلية الشريعة في جامعة دمشق.

^۶ الفقه الاسلامی و ادلة، وهبة زحیلی، استاذ و رئیس قسم الفقه الاسلامی و اصوله بجماعه دمشق- کلیه الشریعه، ج ۱ ص ۴۹ .

مانند صغارت، جنون و معتوهیت و ناتوانی، اما بر مبنای قول مشهور مالکی ها معیار محزونیت تنها صغارت میباشد و بس.

قانون مدنی افغانستان: اگرچه در مورد معیار محزونیت در قانون مدنی ماده مستقلی به نظر نمی خورد اما با وجود این هم از نص فقره اول ماده (۲۳۶) که در آن حضانت چنین تعریف شده است (حضانت عبارت از حفاظت و پرورش طفل است در مدتی که طفل به حفاظت و پرورش زن محتاج باشد) (۳۲: ماده، ۲۳۶) با صراحت دانسته میشود که این قانون محزونیت را صرف برای اطفال صغیر اعم از پسر و دختر ثابت گردانیده و بس، نه برای اشخاص بالغی که مجنون و یا معتوه باشند. بناءً بر فوق قانون مدنی اشخاص بالغ اگرچه مجنون و معتوه هم باشند مستحق محزونیت شمرده نمی شوند.

و بند دوم ماده (۲۳۶) قانون مدنی (حضانت حق اشخاصیست که به اساس این قانون تنظیم گردیده است) (۳۲: ماده، ۲۳۶) با در نظر داشت اینکه حضانت حق محنون است، نیز صغارت محزون را تأیید نموده است زیرا که درین قانون صرف حضانت طفل و آنهم در مدتی که به حضانت پرورش زن محتاج است تنظیم گردیده است و بس و از مجنون و معتوه در بحث حضانت تذکری صورت نگرفته است.

البته قانون مدنی درین مورد پیروی از رأی و نظریه مشهور فقهای مالکی رحمهم الله، که گفته اند بارسیدن به سن بلوغ حضانت از طبقه ذکور اگرچه مجنون و جامانده هم باشد قطع میگردد نموده، نه از رأی و نظریه جمهور فقهاء، که گفته شده حضانت محزون از شخصی است که به نسبت عدم تمیز، توانایی لازم را جهت اداره امور خویش نداشته باشد تا از آسیب ها و اضرار خود را نجات بخشد مانند کودک، و دیوانه و کم عقل بزرگ سال. معیار و شرط اساسی برای محزونیت به علت نیازمندی مانند صغارت، جنون، معتوهیت و ناتوانی است و دلیل اصلی ترجیح هم شده میتواند در حالیکه هم از نظر قواعد ترجیح و هم از نظر قاعده مصلحت باید پیروی از رأی و نظریه جمهور فقهاء صورت میگرفت که نگرفته.

مبحث دوم: مستحقین حاضنیت

بدون شک هنگامی که طفل و یا کودک از دنیای تنگ و تاریک رحم، پا به جهان پهناور و گسترده زمین می گذارد، همه چیز برای او ناشناخته و نا آشناست چنانچه الله جل

جلاله میفرماید: ﴿وَاللّٰهُ أَخْرَجَكُمْ مِّنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا﴾^۱ ترجمه: و خداوند شما را از شکم مادرانتان خارج نمود در حالی که هیچ چیزی را نمی دانستید.

از نظر جسمی، هم ضعیف و ناتوان است: چنانچه الله جل جلاله میفرماید: ﴿اللّٰهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِّنْ ضَعْفٍ﴾^۲ ترجمه: خدا همان کسی است که شما را آفرید در حالی که ضعیف بودید.

پس طفل و نوزاد انسان، در آغاز بدون کمک و حمایت دیگران، قادر بر ادامه حیات و زندگی خویش نبوده بلکه به حیث یک موجود ضعیف، ناتوان و در عین زمان نا آشنا به دنیای اطراف خود نیاز به راهنمایی دارد که او را آرام آرام با دنیای جدیدی که در آن پابه عرصه وجود گذاشته است آشنا ساخته و آهسته آهسته و با تدریج از وی حضانت و سر پرستی نموده تا جسم ضعیفش را بام توانایی برساند و وی را بحیث فرد سالمی تقدیم جامعه نماید.

بی شک نزدیک ترین افراد برای حضانت، نگهداری و حمایت از این نهال نو با پدر و مادر هستند زیرا که تأمین و برآورده شدن نیازهای جسمی و روانی طفل در حد مطلوب، تنها در محیط گرم خانواده و آنهم با مشارکت و همکاری شفقت آمیز پدران و مادران، پدر و مادر به گونه بهتر و مناسبتر صورت گرفته میتواند، چون کودک که از هر نظر ضعیف و ناتوان است، از یک سوبه دامن پر مهر و محبت مادر و از سوی دیگر به حمایت و همکاری و همراهی پدر احتیاج دارد.

بر این اساس تا زمانی که بنیان خانواده مستحکم و پابرجاست و تا وقتی که هرکدام از والدین برای استحکام و برقراری و ادامه این بناء می کوشند و تا زمانی که کودک در پناه این سنگر مستحکم، آرامش دارد این پرسش که کدام یک از پدر و مادر بر حضانت کودک اولویت دارند، تجلی نخواهد داشت بلکه هردو، دوشادوش همدیگر، بادر نظر داشت میزان مؤثریت به گونه مشترک به حضانت و نگهداری کودک خویش میپردازند البته با در نظر داشت حق اولویت مادر. چنانچه سید سابق^۳ علیه الرحمه فرموده است: (اسمی لون من الوان التریبة هو التریبة الطفل فی احضان والديه، اذ ینال من رعایتهم وحسن قیامهم علیه مایینی جسمه وینمی عقله، ویزکی نفسه وبعده حیاة)^۴.

^۱ النحل: آیه ۷۸.

^۲ الروم: آیه ۵۴.

^۳ فقه السنة سید سابق رحمه الله تعالی من الكتب الجيدة التي ألفت في الفقه في هذا العصر، وذلك لحسن أسلوبه، وسهولة عرضه للمسائل الفقهية، وجلب الأدلة عليها، وذكر الخلاف عند الحاجة أو في بعض الأحيان إذا دعت الحاجة لذلك، مع التطرق لجميع أبواب الفقه والتفريع أحياناً على أهم مسائل العصر، وذكر القوانين المعمول بها في بلده.

^۴ فقه السنة، سید سابق، ج ۴ ص ۳۳۹.

ترجمه: عالی ترین نوع از انواع تربیت همانا تربیه کودک در آغوش پدر و مادر میباشد، زیرا که در پرتو توجه و رسیدگی شایسته آنها به پرورش جسمی، رشد عقلی و صفای روحی که وی را آماده زندگی خوبی میسازد دسترسی پیدا میکند.

اما موضوع بحث از اولویت استحقاق حضانت، زمانی به گونه جدی تر مطرح میگردد و ایجاب بحث و عمیق نگیری را می نماید که شیرازه و بنیان خانواده به سستی گراید و بنای آن در هم ریزد، زن و شوهر از هم جدا شوند یا به هر دلیلی به گونه جداگانه زندگی کنند.

پس میتوان گفت که مشکل اولویت استحقاق حضانت و نگهداری کودک، اولین نتیجه طبیعی و ثمره تلخ ویران شدن و ازهم پاشدن شیرازه و بنیان خانواده است.

به همین علت است که بحث از حق رضاع و حضانت در قرآن شریف در ردیف آیات طلاق مطرح می شود، بیشتر ویا تمام روایاتی که در ارتباط با حضانت کودک از پیامبر صلی الله علیه وسلم و اصحاب کرام رضی الله عنهم صادر شده، در ارتباط با زنان مطلقه است، و اکثر فقهاء نیز در مورد حضانت در پایان باب طلاق بحث کرده اند. که این امر نیز این سخن را تأیید می کند که بحث از حضانت کودک و اولویت پدر و مادر، در زمانی است که پدر و مادر از هم جدا شوند و کودک مجبور باشد با یکی از آنان زندگی کند.

چنانچه امام محمد بن حسن شیبانی رحمه الله علیه فرموده است: {فالام احق به الاصل فی هذا ان الفرقه متی وقعت بین الزوجین و بینهما ولد صغیر ذکرکان او انثی او اولاد صغار فالام ترید ان یکون الولد عندها والزوج یرید ان یکون الولد عنده فالام احق به هکذا قضی ابوبکر الصدیق رضی الله عنه ولم ینکر علیه احدٌ من الصحابة فکان اجماعاً واولاها علی حضانه الولد اقدر فکان الدفع الیها انظر.} ^۱

یعنی مادر برای حضانت از فرزندان خود حق تقدم و اولویت را دارد، اساس و قاعده درین مورد این است که هرگاه بین خانم و شوهر فرقت و جدایی صورت گیرد در حالیکه فرزند و یا فرزندان اعم از پسر و یا دختر داشته باشند و هریک از پدر و مادر بخواهند ک فرزند مذکور نزد وی باشد در چنین حالتی حق اولویت از آن مادر است، زیرا که همینگونه ابوبکر صدیق رضی الله عنه حکم و فیصله نمود و هیچ صحابه ای از آن انکار نورزیده که این خود اجماع است، و هم چنان در سپردن حضانت بر مادر مصلحت کودک به گونه بهتر رعایت می شود زیرا که مادر در مورد از توانایی بیشتری برخوردار است. و کسی اهلیت حضانت را دارد که

^۱ النافع الكبير شرح الجامع الصغير، ابو عبدالله محمد بن الحسن، شیبانی، ج ۱ ص ۲۳۶. ۱۴۰۶. عالم الکتب- بیروت لبنان.

عقل، بالغ، مسلمان، و به محضون محرمیت داشته باشد که درجات شان به نوبت طبق نظریات فقها توضیح داده شد.

با در نظر داشت آنچه که گفته شد میتوان گفت که در مجموع فقه اسلامی و قوانین وضعی چهار و یا پنج گروه را مستحق و شایسته حضانت (حاضنیت) شمرده اند که عبارت اند از: (زنان، مردان {عصبات، ذوالارحام} حاکم و قاضی و نهاد های خیریه) که اینک به بررسی، توضیح آنها در پرتو آرا و نظریات فقهاء و قانوندانان در ذیل میپردازیم.

مطلب اول - زنان مستحق حضانت (حاضنیت)

درین مورد نظریه مذاهب چهارگانه و قانون مدنی کشور را به گونه ذیل بیان و تشریح خواهیم نمود.

الف - نظریه حنفی ها

فقهای احناف رحمهم الله که استحقاق حضانت را به چهار مرحله (زنان، مردان {عصبات، ذوالارحام} و حاکم و قاضی) دسته بندی نموده اند، در مرحله اول به اساس احادیث و آثار، و بر مبنای وفرت، شفقت و مهارت و آمادگی برای تربیت و پرورش دادن مناسب برای کودکان حق اولویت حضانت را از آن زنان و آنها هم مادران میدانند، و زنانی را که حق حاضنیت را دارا می باشند بادر نظر داشت ترتیب درجه استحقاقشان چنین بیان داشته اند.

۱. مادر، مادرمادر و یا بالاتر از آن.

۲. مادر پدر.

۳. خواهر اعیانی (خواهر پدری و مادری)

۴. خواهر اخیافی (خواهر مادری)

۵. خواهر علاتی (خواهر پدری)

۶. دختر خواهر علاتی (دختر خواهر پدری)

۷. دختر خواهر اخیافی (دختر خواهر مادری)

۸. دختر خواهر علاتی (دختر خواهر پدری)
۹. خاله اعیانی (خواهر پدری و مادری مادر)
۱۰. خاله اخیافی (خواهر مادری مادر)
۱۱. خاله علاتی (خواهر پدری مادر)
۱۲. دختر برادر اعیانی (دختر برادر پدری و مادری)
۱۳. دختر برادر اخیافی (دختر برادر مادری)
۱۴. دختر برادر علاتی (دختر برادر پدری)
۱۵. عمه اعیانی (خواهر پدری و مادری پدر)
۱۶. عمه اخیافی (خواهر مادری پدر)
۱۷. عمه علاتی (خواهر پدری پدر)
۱۸. خاله اعیانی مادر (خواهر پدری و مادری مادر مادر)
۱۹. خاله اخیافی مادر (خواهر مادری مادر مادر)
۲۰. خاله علاتی مادر (خواهر پدری مادر مادر)
۲۱. عمه اعیانی مادر (خواهر پدری و مادری پدر مادر)
۲۲. عمه اخیافی مادر (خواهر مادری پدر مادر)
۲۳. عمه علاتی مادر (خواهر پدری پدر مادر)
۲۴. خاله اعیانی پدر (خواهر پدری و مادری مادر پدر)
۲۵. خاله اخیافی پدر (خواهر مادری مادر پدر)

٢٦. خاله علالتى پدر(خواهر پدرى مادرپدر)

٢٧. عمه اعيانى پدر(خواهر پدرى و مادرى پدر)

٢٨. عمه اخيافى پدر(خواهر مادرى پدر)

٢٩. عمه علالتى پدر(خواهر پدرى پدر).^١

چنانچه علاءالدين سمرقندى^٢ رحمه الله عليه فرموده است: {الولاية الى العصابات فى الجملة والحضانة الى ذوات الرحم المحرم لان الحضانة تبتنى على الشفقة والرفق بالصغار وذلك من جانب النساء اوفروهن بالتربية اعلم ويكون الاقرب فالاقرب اولى ثم الاقرب ههنا هى الام ثم الجدة ام الام ثم الجدة ام الاب ثم الاخوات فالاولاهن الاخت لاب وام ثم الاخت لام ثم الاخت الاب ثم بنات الاخت على هذا الترتيب ثم بنات الاخ وعلى هذا الترتيب وهذا على الرواية التى تقدم الاخت لاب على الخالة وهى رواية محمد عن ابى يوسف عن ابى حنيفة ورواية الحسن عن ابى يوسف وفى رواية عن ابى حنيفة وابى يوسف ان الخالة اولى من الاخت لاب وهو قول محمد وزفر ثم بعد الاخوات واولادهن من الاناث الخالات على الترتيب الخالة لاب وام ثم الخالة لاب ثم العمات على الترتيب العممة لاب وام ثم العممة لام ثم العممة لاب، فاما بنات العم والخال والعممة والخالة والخالة فلا حق لهن فى الحضانة لان لهن رحماً غير محرم^٣ ترجمه: ولايت به عصابات خلص اينكه حضانت اولاً تعلق ميگيرد به ذوات الرحم (محارم) زيرا حضانت بر شفقت و نرمى بر اطفال بناء يافته است و اين نرمش و شفقت از جانب زنها بيشتتر است و اين زنها عالم تر اند بر پرورش اطفال، هر کدام شان نزديك باشند بهتر است. قريب در اين جا مادر است بعد از آن مادر مادر، بعد مادر پدر بعد خواهران بهترشان خواهرى كه پدرى مادرى باشد بعد خواهر مادرى بعد خواهر پدرى بعد دختران خواهر به همين ترتيب است و بعد دختران برادر به همين ترتيب. اين به روايتى كه خواهر پدرى مقدم است بالاى خاله اين روايت محمد، ابويوسف و ابى حنيفة است، در روايت حسن از ابى يوسف و در ديگر از ابى حنيفة و ابى يوسف خاله بهتر است از خواهر پدرى کرده و اين قول محمد و زفر بعد از خواهران و اولاد شان از زنها خاله است به

^١ الفتاوى الهندية حنفى، نظام الدين، بلخى. ج ٣٢ ص ٣١٦.

^٢ علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد سمرقندي حنفي متوفى سنة ٥٤٠. صنف إيضاح القواعد لباب في أصول الفقه.

^٣ احياء العلوم الدين، محمد بن محمد، غزالي، ج ٣ ص ٢٢٩. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، سيواسى، ج ٩ ص ٣٩٣. ب.ت، دار الفكر، بيروت لبنان.

ترتیبی که ذکر شد بعد عمه ها به ترتیب ذکر شدند هر چه دختران کاکا، ماما، خاله و عمه حق از برای شان در حضانت نیست زیرا ایشان غیر محرم هستند.

همچنان ابن الهمام^۱ رحمه الله علیه فرموده است: {تدفع بعد الاخت لاب الی بنت الاخت الشقیقة، ثم الی بنت الاخت لام، ثم الی بنت الاخت لاب، ثم الی الخالة الشقیقة، ثم الی الخالة لام ثم الاب، ثم العمات علی هذا الترتیب، ثم الی خالة الام لاب و ام، ثم لام ثم لاب، ثم الی عماتها علی هذا الترتیب، وخالة الام اولی من خالة الاب عندنا، ثم خالات الاب وعماته علی هذا الترتیب.} ^۲ ترجمه: ابن الهمام رحمه الله علیه فرموده است: بعد از خواهر پدری به دختر خواهر پدری و مادری داده شود و بعد از آن به دختر خواهر مادری و بعد از آن به دختر خواهر پدری، بعد از آن به خاله ای که پدری و مادری باشد سپس از آن به خاله مادری و سپس از آن به خاله پدری به همین ترتیب بعد از آن به عمه ها داده شود، بعد از آن به خاله مادر که پدری و مادری باشد داده شود بعد از آن به مادری و بعد از آن به پدری بعد از آن به عمه های مادر به همین ترتیب و خاله های مادر در نزد ما مستحق تر اند از خاله های پدر، بعد از آن حق خاله های پدر و عمه های پدر است به همین ترتیب.

و کاسانی^۳ رحمه الله علیه فرموده است: {و بنات الاخت اولی من بنات الاخ لان الاخ لا حق له فی الحضانة، ولاخت لها حق فیها فکان ولد الاخت اولی والحالات اولی من بنات الاخ لان بنت الاخ تدلی بقرباة الذکر والخالة تدلی بقرباة الام، فکانت الخالة اولی، وبنات الاخ اولی ومن العمات، و ان کانت کل واحده منهما اعنی: بنت الاخ والعمة تدلی بذکر لکن بنت الاخ اقرب، لانها ولد الاب والعمة ولد الجدة فکانت بنت الاخ اقرب فکانت اولی} ^۴ ترجمه: دختران خواهر بهتر است نسبت به دختران برادر زیرا برادر حق برایش در حضانت نیست و از برای خواهر حق حضانت است بنائاً ولد خواهر بهتر است و خاله ها هم بهتر اند نسبت به دختران برادر زیرا دختر برادر نزدیک است به قرابت مذکر و خاله نزدیک است به قرابت مادر از این جهت خاله بهتر است. و دختران برادر بهتر اند نسبت به عمه ها، گرچه هر کدام از ایشان، مقصود دختر برادر و عمه نزدیک به مذکر است لکن دختر برادر نزدیک تر است زیرا او ولد پدر است و عمه ولد پدر پدر از این جهت دختر برادر نسبت به عمه اولی شده است. هرگاه از

^۱ عبد الرزاق الصنعاني (۱۲۶ - ۲۱۱ هـ) (۷۴۴ - ۸۲۶ م) عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني، الحميري، اليمني (أبو بكر). محدث، حافظ، فقیه. أخذ عنه البخاري، وتوفي في نصف شوال وله من العمر ۸۵ سنة. له من الكتب: السنن في الفقه، المغازي، تفسير القرآن، الجامع الكبير في الحديث، وتزكية الأرواح عن مواقع الأفلاح.
^۲ فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، سيواسي، ج ۹ ص ۳۹۹.
^۳ أبو بكر بن مسعود بن أحمد كاساني علاء الدين شاشي حنفي متوفى سال ۵۸۷. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبين في أصول الدين.
^۴ كاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ۸ ص ۲۳۵.

سه گروهی که ذکر گردید موجود نبود و یا اهلیت حضانت را نداشتند موضوع واگذار میگردد به قاضی و یا حاکم که حضانت را به کی میسپارد تا از محضون سرپرستی و وارثی بهتر و مثمر تر صورت گیرد.

ناگفته نباید گذاشت که از لابلای مجموع عبارات فقهی سه گانه فوق ترتیب درجات بروفق مذهب احناف به گونه بهتر صورت گرفته میتواند، زیرا که در برخی از این عبارات قیدهایی مفیدی به ملاحظه میرسد، که بر برخ دیگری به نظر نمی خورد، ازین جهت آوردن هر سه متن فقهی را مناسب دانستم.

ب: نظریه مالکی ها

فقههای مالکی رحمهم الله مستحقین حاضنیت را به چهار گروه تقسیم نموده اند که عبارتند از: مادر و زنانی که با محضون از جانب آن قرابت دارند، زنانی که با محضون از جانب پدر آن قرابت دارند، (وصی و عصبه) چنانچه ابو عبدالله محمد بن یوسف العبدری رحمه الله علیه فرموده است: «الاول الام و نساوها. الثاني نساء الاب. الثالث الوصى. الرابع العصبه»^۱

یعنی چهار گروه از حق حضانت (حاضنیت) برخوردارند که عبارتند از:

مادر و زنان دارای قرابت با محضون از طریق آن، زنان دارای قرابت با محضون از طریق پدر، وصی و عصبه.

که ترتیب آنها به گونه اجمال قرار ذیل است:

۱. مادر.
۲. مادر مادر.
۳. خاله.
۴. مادر پدر.
۵. خواهر.
۶. عمه.

^۱ التاج ولاکلیل لمختصر خلیل، ابو عبدالله محمد بن یوسف الشهیر، عبدری، ج ۶ ص ۳۲۲.

٧. دختر برادر.

٨. وصی.

٩. عصبه.

چنانچه ابن جزى كلبى غرناطى مالكى رحمه الله فرموده است: { والحضانة للام ثم للجدة للام ثم الخالة ثم الجدة للاب و ان علت ثم الاخ ثم العمه ثم ابنة الاخ ثم للافضل من العصبه وهذا الترتيب ان كان الاول مستحقاً للحضانة فان لم يكن انتقلت الى الذى يليه وكذلك ان سقطت حضانتها او كان معدوماً^١

و ترتيب آنها به گونه مفصل و مشرح قرار ذيل است.

١. مادر.

٢. مادر مادر.

٣. مادر مادر مادر.

٤. مادر پدر مادر.

٥. مادر مادر مادر مادر.

٦. مادر مادر پدر مادر.

٧. خاله اعيانى.

٨. خاله اخيافى.

٩. خاله علاتى.

١٠. خاله اعيانى مادر.

١١. خاله اخيافى مادر.

١٢. خاله علاتى مادر.

١٣. عمه اعيانى مادر.

^١ القوانين الفقيهيه، ابوالقاسم محمد بن احمد بن جزى الكلى، غرناطى، ج ٢ ص ١٤٩.

۱۴. عمه اخیافی مادر.
۱۵. عمه علاتی مادر.
۱۶. مادر پدر.
۱۷. مادر مادر پدر.
۱۸. مادر پدر پدر.
۱۹. مادر مادر مادر پدر.
۲۰. مادر مادر پدر پدر.
۲۱. پدر.
۲۲. خواهر اعیانی.
۲۳. خواهر اخیافی.
۲۴. خواهر علاتی.
۲۵. عمه اعیانی.
۲۶. عمه اخیافی.
۲۷. عمه علاتی.
۲۸. عمه اعیانی پدر.
۲۹. عمه اخیافی پدر.
۳۰. عمه علاتی پدر.
۳۱. دختر برادر اعیانی.
۳۲. دختر برادر اخیافی.
۳۳. دختر برادر علاتی.
۳۴. دختر خواهر اعیانی.
۳۵. دختر خواهر اخیافی.

۳۶. دختر خواهر علاتی.

۳۷. وصی.

۳۸. برادر.

۳۹. پدر کلان.

۴۰. پسر برادر.

۴۱. کاکا.

۴۲. مولی اعلى (معتق) آزاد کننده.

۴۳. مولی اسفل (معتق) آزاد کرده شده.

چنانچه ابو عبدالله محمد بن يوسف عبدرى رحمه الله فرموده است: {احق الناس بالحضانة بعد الام: الجدة للام ثم ام الجدة ثم ام ايها ثم ام امها ثم ام ام ايها ثم اخت الام وهى الخالة والشقيقة الولى، ثم التى للام ثم التى للاب ثم اخت الجدة للام وهى عمه وهى عمه الخالة والشقيقة اولى، ثم التى للام ثم التى للاب، فان انقطع قرابات الام فالجدة للاب ثم ام جدة الاب ثم ام اب الاب ثم ام ام الامة ثم ام امايه ثم الاب ثم اخت المحضون الشقيقة ثم التى للام ثم التى للاب ثم الاب وهى العمه والشقيقة اولى كما تقدم، ثم اخت الجدة وهى الجدة عمه الاب على الترتيب المذكور، ثم بنات الاخوة ثم بنات الاخوات.... ثم الوصى، اللخمى: الوصى مقدم على سائر العصبة والموالى..... روى محمد الاخ ثم الجدة ثم العم ثم المولى الاعلى ثم الاسفل.} ^۱ ترجمه: مستحق ترين كس به حضانت بعد از مادر جده مادری است و بعد از آن مادر جده است بعد از او مادر پدر او و بعد از او مادر پدر او بعد از او خواهر مادر است و او خاله است كه خاله مادری و پدری مستحق تر است و بعد از آن خاله مادری و بعد از آن خاله پدری است و بعد از آن خواهر جد مادری است كه عمه عمه مادر و خاله میشود هر کدام آن كه پدری و مادری باشد مستحق تر است و بعد از آن مادری و بعد از آن پدری میباشد. وقتیکه قریب های مادر تمام شد بعد از آنها جده پدری مستحق تر است، و بعد از آن مادر جده پدر و بعد از آن مادر پدر پدر و بعد از او مادر مادر مادر او سپس از آن مادر مادر پدر آن مستحق تر است و بعد از آنها پدر مستحق تر است، و بعد از آن خواهر پدری و مادری بعد از او خواهر مادری و بعد از او خواهر پدری مستحق میباشد. و بعد از او خواهر پدر كه عمه میباشد مستحق

^۱ التاج ولاكليل لمختصر خليل، ابو عبدالله محمد بن يوسف الشهير، عبدرى، ج ۶ ص ۳۲۱.

است که پدری و مادری آنها مستحق تر است و بعد از آن به همین ترتیب که قلاً در خواهر ها ذکر شد و بعد از آنها خواهر های جد که عمه های پدری میشود به ترتیب فوق مستحق اند، بعد از آنها دختران برادرها و بعد از آنها دختران خواهر ها مستحق اند و بعد از آنها وصی است و وصی بالای دیگر عصبه ها و موالی (باداران) مستحق تر اند. محمد روایت کرده است برادر را و بعد از آن جد و بعد از آن عم (کاکا) را و بعد از آن باداران بالا و پایین را.

ج - نظریه شوافع

فقه های شافعی رحمهم الله در قدم نخست اقاربی را اعم از ذکور و اناث مستحق حاضنیت شمرده اند، سپس این مستحقین را به سه نوع (اناث محض، اناث و ذکور) تقسیم و دسته بندی نموده و درجه استحقاق حاضنیت هریک را بالترتیب بطور اجمال به گونه ذیل بیان نموده اند:

۱- صرف اناث: به این مفهوم که هرگاه مستحق حاضنیت تنها زنان باشند حق اولویت از آن مادر و به تعقیب آن مادر مادر و ... میباشد.

۲- صرف ذکور: در صورتیکه مستحقین حاضنیت تنها طبقه ذکور باشند درین صورت حاضنیت از آن اقاربی است که وارث باشند اگرچه محرم هم نباشند مانند پسرکاکا، نه از اقاربی که محرم باشند اما وارث نباشند مانند پدر مادر، ماما و غیره.

۳- ذکور و اناث: در صورتیکه مستحقین حاضنیت از هر دو طبقه ذکور و اناث باشند حق اولویت از آن مادر سپس مادران مادر ... به تعقیب آن پدر سپس مادران پدر و به تعقیب آن با در نظر داشت قاعده (الاقرب فالاقرب) درجه بندی صورت میگیرد.

چنانچه سلیمان بجیرمی^۱ شافعی فرموده است: {وان تمحض اناثاً قدمت الام فامهاتها الی آخر ماتقدم، وان تمحض ذکوراً ثبتت الحضانة لكل قریب وارث ولو غیر محرم کابن العم، ولا تثبت لمحرم غیر وارث کابی الام والخال، وان اجتمع الذکور، والاناث قدمت الام، ثم امهاتها، ثم الاب ثم امهاته، ثم الاقرب فالاقرب} ^۲ و این اجمال را به گونه مفصل و مشرح چنین ترتیب و درجه بندی نموده اند.

^۱ سلیمان بن محمد بن عمر بجیرمی مصری شافعی متولد سال ۱۱۳۱ و متوفی سال ۱۲۲۱. آثارش التجرید لنفع العبید حاشیه علی شرح المنهج للقاضی زکریا فی الفروع أربع مجلدات. تحفة الحبيب علی شرح الخطیب حاشیه علی الإقناع فی حل ألفاظ أبي شجاع فی الفروع.
^۲ تحفة الحبيب علی شرح الخطیب، سلیمان بن عمر بن محمد، بجیرمی، ج ۱۱ ص ۴۳۲. ب.ت، (حاشیته البحر می علی الخطیب) حاشیه علی کتاب الخطیب الشریفی السمی الإقناع فی حل ألفاظ أبي شجاع.

۱: اناث محض

به این مفهوم که هرگاه اشخاصی که دارای حق حاضنیت اند تنها از قشر اناث باشند به ترتیب ذیل درجه بندی میگردند:

۱. مادر.
۲. مادر مادر و مادران آن...
۳. مادر پدر و مادران آن ...
۴. مادر پدرکلان و مادران آن ...
۵. خواهر اعیانی.
۶. خواهر علاتی.
۷. خواهر اخیافی.
۸. خاله اعیانی.
۹. خاله علاتی.
۱۰. خاله اخیافی.
۱۱. دختر خواهر اعیانی.
۱۲. دختر خواهر علاتی.
۱۳. دختر خواهر اخیافی.
۱۴. دختر برادر اعیانی.
۱۵. دختر برادر علاتی.
۱۶. دختر برادر اخیافی.
۱۷. عمه اعیانی.
۱۸. عمه علاتی.
۱۹. عمه اخیافی.
۲۰. دختر خاله اعیانی.

٢١. دختر خاله علاتی.
٢٢. دختر خاله اخیافی.
٢٣. دختر عمه علاتی.
٢٤. دختر عمه علاتی.
٢٥. دختر عمه اخیافی.
٢٦. دختر کاکای اعیانی.
٢٧. دختر کاکا علاتی.
٢٨. دختر ماما.

چنانچه بجیرمی^١ شافعی رحمه الله فرموده است: { واعلم: ان الاقسام ثلاثة: اجتماع اناث فقط ذكور فقط اجتماع الصنفين. وحاصل القسم الاول، انه يقدم الام ثم امهاتها، ثم امهات الاب، ثم الاخت مطلقاً، ثم الخالة مطلقاً، ثم بنت الاخت مطلقاً، ثم بنت العمه مطلقاً، ثم بنت الخالة، ثم بنت العمه ثم بنت العم لابوين، او لاب، ثم بنت الخال. }^٢

٢: اجماع ذكور و اناث

به این مفهوم که هرگاه اشخاصی که دارای حق حاضنت اند از هر قشر ذکور و اناث باشند به ترتیب ذیل درجه بندی میگردند:

١. مادر.
٢. مادران مادر...
٣. پدر.
٤. مادران پدر.

^١ سلیمان بن محمد بن عمر بجیرمی مصری شافعی متولد سال ١١٣١ و متوفی سال ١٢٢١. آثارش التجرید لنفع العیبد حاشیة علی شرح المنهج للقاضي زكريا في الفروع أربع مجلدات. تحفة الحبيب علی شرح الخطيب حاشیة علی الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع في الفروع. ^٢ تحفة الحبيب علی الشرح الخطيب، سلیمان بن عمر بن محمد، بجیرمی، ج ١٥ ص ٤٣٨.

۵. پدرکلان.
۶. مادران پدرکلان.
۷. خواهر اعیانی.
۸. خواهر علاتی.
۹. خواهر اخیافی.
۱۰. برادر اعیانی.
۱۱. برادر علاتی.
۱۲. برادر اخیافی.
۱۳. خاله اعیانی.
۱۴. خاله علاتی.
۱۵. خاله اخیافی.
۱۶. دختر خواهر اعیانی.
۱۷. دختر برادر اعیانی.
۱۸. دختر خواهر علاتی.
۱۹. دختر برادر علاتی.
۲۰. پسر برادر اعیانی.
۲۱. پسر برادر علاتی.

٢٢. دختر ماما.

٢٣. عمه اعیانی.

٢٤. کاکای اعیانی.

٢٥. کاکای علاتی.

٢٦. عمه اخیافی.

٢٧. دختر خاله اعیانی.

٢٨. دختر خاله علاتی.

٢٩. دختر خاله اخیافی.

٣٠. دختر عمه اعیانی.

٣١. دختر عمه علاتی.

٣٢. دختر عمه اخیافی.

٣٣. پسر کاکای اخیافی.

چنانچه ابن الملقن^١ رحمه الله فرموده است: {وتقدم الام ثم امهاتها باولاد الاناث القربى بالقربى ثم الاب ثم امهاته كذلك ثم ولد الابوين ثم لاب ثم لام ثم الخالات لابوين ثم لاب ثم الام ثم ولد الابوين ثم بنت الام ثم بنت الابن الاخت ثم بنت الام ثم ولد الجد لابوين ثم لاب ثم العمه الام ثم بنات الخالات ثم بنات العمات بترتيب اصولهن ثم ولد العم الوارث تقدم انثى كل رتبة على الذكر منه.^٢}

^١ ابن ملقن: سراج الدين أبو حفص عمر بن علي ابن أحمد الأنصاري الشافعي المصري (ت ٨٠٣هـ)
^٢ تذكرة في الفروع على المذهب الشافعي، امام سراج الدين عمر بن علي المعروف با بن الملقن، انصاري، ص ١٤٠.

ج - نظریه حنابله

فقه‌های حنبلی رحمهم الله چهارگروه را مستحق حضانت شمرده اند که

عبارتند از:

۱. مردانی که عصبه اند. (پدر، پدرکلان، برادر و کاکا)
۲. زنانی که به گونه مستقیم وارث (ذوالفروض) اند (مادر، مادرکلان، خواهر) زنانی که ذریعه میراث منسوب به محضون اند (خاله، دختران خواهران) و زنانی که ذریعه عصبه منسوب به محضون (دختران برادر، دختران کاکا).
۳. ذورحم و اقارب دیگر. (کاکای اخیافی، جد اخیافی، برادر اخیافی)
۴. حاکم.

چنانچه حجاوی^۱ رحمه الله فرموده است: {ومستحقها رجل عصبه وامراة وارثة او مدلیة بوارث الاخوانه وبنات الاخوان او مدلیة بعصبه کبنات الاخوان والاعمام وذوی رحم غیره من تقدم وحاکم}^۲ که بطور اجمال این چهار گروه را ذیلاً ترتیب و تنظیم نموده اند:

۱. مادر، مادران آن...
۲. پدر، مادران آن...
۳. پدرکلان، مادران آن...
۴. خواهران.
۵. خاله ها.
۶. عمه ها.
۷. سائر زنان مستحق بادر نظر داشت درجه قرابت.
۸. عصبات.
۹. حاکم.

^۱ شرف الدین موسی بن احمد بن موسی بن عیسی بن سالم مقدسی ثم الصالحی الواعظ الحنبلی معروف به حجاوی متوفی فی ربیع الأول سال ۹۶۸ و آثارش: الإقناع لطالب الانتفاع. زاد المسئع فی مختصر المقنع. شرح القصیة الدالیة لشمس الدین المرادوی.
^۲ الإقناع فی فقه الامام احمد ابن حنبل، شرف الدین موسی بن احمد بن موسی ابو النجا. حجاوی، ج ۴. ۱۵۷. ب. ت، محقق، عبدالطیف محمد موسی سبکی، دارالمعرفه بیروت- لبنان.

چنانچه ابن قدامة مقدسى^۱ رحمه الله فرموده است: {احق الناس بالطفل امه ثم امهاتها وان
علون ثم الاب ثم امهاته ثم الجد ثم امهاته ثم الاخوت من الابوين ثم الاخوت من الاب ثم الاخوت من الام
ثم الحالة ثم العمة ثم الاقرب فالاقرب من النساء ثم عصباته الاقرب فالاقرب}^۲

وبه گونه تفصیلی و مشرح آنها را قرار ذیل ترتیب نموده اند:

۱. مادر.
۲. مادران مادر...
۳. پدر.
۴. مادران پدر.
۵. پدرکلان.
۶. مادران پدرکلان.
۷. خواهر اعیانی.
۸. خواهر اخیافی.
۹. خواهر علائی.
۱۰. خاله اعیانی.
۱۱. خاله اخیافی.
۱۲. خاله علائی.
۱۳. عمه اعیانی.
۱۴. عمه اخیافی.
۱۵. عمه علائی.
۱۶. خاله اعیانی مادر.
۱۷. خاله اخیافی مادر.

^۱ موفق الدین أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة مقدسي دمشقي (ت ۶۲۰هـ)
^۲ اسنى الطالب فى شرح روض الطالب، ۱۲. شيخ السلام زكريا، انصارى، ج ۳ ص ۱۱۴، القواعد والضوابط الفقهيہ المتضمنة للتيسير،
عبدالطيف، عبدالرحمن بن صالح، ج ۲ ص ۱۱۵. ۱۴۲۳هـ، نيعماده، البحث العلمى بالجامعة الاسلاميه، المدينه المنوره، الطبعة الاولى،

۱۸. خاله علاتی مادر.
۱۹. خاله اعیانی پدر.
۲۰. خاله اخیافی پدر.
۲۱. خاله علاتی پدر.
۲۲. عمه اعیانی پدر.
۲۳. عمه اخیافی پدر.
۲۴. عمه علاتی پدر.
۲۵. دختر برادر اعیانی.
۲۶. دختر برادر اخیافی.
۲۷. دختر برادر علاتی.
۲۸. دختر خواهر علاتی.
۲۹. دختر خواهر اخیافی.
۳۰. دختر خواهر علاتی.
۳۱. دختر کاکای اعیانی.
۳۲. دختر کاکای اخیافی.
۳۳. دختر کاکای علاتی.
۳۴. دختر عمه اعیانی.
۳۵. دختر عمه اخیافی.
۳۶. دختر عمه علاتی.
۳۷. دختر کاکای اعیانی پدر.
۳۸. دختر کاکای اخیافی پدر.
۳۹. دختر کاکای علاتی پدر.

۴۰. دختر عمه اعیانی پدر.

۴۱. دختر عمه اخیافی پدر.

۴۲. دختر عمه علاتی پدر.

چنانچه بیهوتی رحمه الله فرموده است: {الاحق بالحضانة (ام ثم امهاتها القربى ثم اب ثم امهاته) كذلك القربى فالقربى (ثم جد ثم امهاته كذلك) القربى فالقربى، ويقدم ايضاً من الاجداد الاقرب فالاقرب (ثم اخت لابوين ثم) (اخت الام الام) اخت (الاب ثم خالة لابوين ثم) خالة (الام ثم) خالة (لاب ثم عمات كذلك) اى تقدم من الابوين ثم لام ثم الاب (ثم خالات امه) كذلك ثم خالات ابيه ثم عمات ابيه كذلك (ثم بنات اخوته و) بنات (اخوته) كذلك (ثم بنات الاعمامه و) بنات عماته كذلك (ثم بنات اعمام ابيه وبنات عمات ابيه كذلك على التفصيل المتقدم تقدم من لابوين ثم من لام ثم من لاب. }^۱

ناگفته نباید گذاشت که در ترتیب مستحقین حضانت فقهای حنبلی رحمهم الله در بعضی موارد آراء و نظریات مختلف و متفاوت دارند اما آنچه بیان نمودیم نظریه صحیح مذهب حنبلی است.

چنانچه مرداوی^۲ رحمه الله فرموده است: {الصحيح من المذهب فى ترتيب من يستحق الحضانة فيمن تقدم: ان احقهم بالحضانة : الام، ثم امهاتها الاقرب فالاقرب منهن. ثم الجد وان علا، ثم امهاته الاقرب الاقرب. ثم الاخت للابوين. ثم بنات اعمامه وعماته، على ما تقدم من التفصيل. ثم بنات اعمام ابيه، وبنات عمات ابيه. وهلم جراً. }^۳

البته این ترتیب در صورتی است که تنها زنان مستحق حاضنیت باشند و یا پدر و پدرکلان نیز در زمره ایشان باشند، اما در صورتی که زنان به نسبت عدم موجودیت و یا عدم تکمیل شرایط مستحق حاضنیت شمرده نشوند حضانت از آن عصابات بوده و با در نظرداشت ترتیب میراث به گونه ذیل ترتیب و درجه بندی میگردند:

۱. پدر.

^۱ النهاية في غريب الحديث والأثر، ابو الفرج عبدالرحمن بن علي بن محمد ابن جوزي، بن علي ابن عبيدالله بن حمادى بن احمد بن جعفر. ج ۱ ص ۴۶۸.

^۲ المرادوي، علي بن سليمان بن أحمد بن محمد علاء الدين أبو الحسن مقدسي شيخ حنابلة بدمشق متوفى سنة ۸۸۵ آثارش: في معرفة الراجح من الخلاف مجلد ۴. تحرير المنقول وتهذيب الأصول في الفقه.

^۳ الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل، علاء الدين أبوالحين على بن سليمان دمشقى الصالحى. مرداوى، ج ۱۴ ص ۴۶۸.

۲. پدر کلان (پدر پدر و بالاتر از آن...)

۳. برادر اعیانی.

۴. برادر علای.

۵. پسر برادر اعیانی.

۶. پسر برادر علای.

۷. کاکای اعیانی.

۸. کاکای علای.

چنانچه بهاء‌الدین مقدسی^۱ حنبلی فرموده است: { فاذا انقضت النساء فالحضانة للعصبات من الرجال واولادهم الاب ثم الجدة ابو الاب وان علا ثم الاخ للابوين ثم الاخ للاب ثم بنوهم وان سفلو ثم العم للابوين ثم العم للاب علی حسب تقدیمهم فی المیراث. }^۲

و همچنان قاضی امام فخرالدین خان فرموده است: { احق الناس بحضانة الصغير حال قيام النكاح وبعد الفرقة الام. }^۳ ترجمه: قاضی امام فخرالدین فرموده است: مستحق ترین کس در حال وجود نکاح و بعد از جدایی مادر است.

و همچنان ابن رشد قرطبی مالکی^۴ رحمه الله فرموده است: { لا اختلاف بين احد من اهل العلم الام احق بالحضانة من الاب و من سائر الاولیاء من الرجال والنساء، لقول النبی - صلی الله علیه وسلم: انت احق به مالم تنکحی }^۵ ترجمه: این رشد رحمه الله علیه فرموده است: در این جا بین اهل علم اختلاف نیست که مادر مستحق تر است به حضانت نسبت به پدر و دیگر اولیا از مردان و زنان نظر به قول پیامبر صلی الله علیه وسلم که تو به آن مستحق تر هستی به آن تا وقتی که نکاح نکرده ای.

^۱ عبدالرحمن بن ابراهیم بن احمد بن عبدالرحمن ابن اسماعیل بن منصور مقدسی بهاء‌الدین أبو محمد فقیه حنبلی متولد سال ۵۰۵ و توفی سنة ۶۲۲. صنف شرح العمدة لموفق الدین . شرح المقنع کذا

^۲ العدة شرح العمدة، عبدالرحمن بن ابراهیم بن أحمد، أبو محمد بن بهاء‌الدین، مقدسی، ج ۲ ص ۷۷. ۱۳۲۶ هـ - ۲۰۰۵ م. { وهو الكتاب شرح العمدة الفقه، لموفق الدین بن قدامة المقدسی }، محقق: صلاح بن محمد العویضة، دارالکتب علمیه، الطبعة الثانية.

^۳ فتاوی قاضی امام فخرالدین خان، ابی حسان حسن بن قاضی منصور بن العزیز معروف به قاضی امام فخر الدین خان اوزجندی. ج ۱ ص ۲۰۶.

^۴ ابن رشد: محمد بن أحمد بن رشد القاضي أبو الوليد الأندلسي المالكي القرطبي قاضي الجماعة بها متولد سال ۴۵۰ و متوفی سال ۵۲۰ آثارش: الكتب اختصار المبسوطه اختصار مشكل الآثار للطحاوي. البيان والتحصیل لما في مستخرجة من التوحيد والتعلیل. تلخیص كتاب الحسن والقبح للحکیمی. المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصیلات المحکمات لأمهات مسائل المشکلات وغير ذلك.

^۵ المقدمات الممهدة، أبو الوليد محمد بن احمد، بن رشد قرطبی، ج ۱ ص ۵۶۵.

وهمچنان ماوردی^۱ شافعی رحمه الله فرموده است: {و اذا كان الابوان مجتمعين فالولد بينهما
تحضنه الام الى ان يدب ثم تكفله الى ان يشب وينفق عليه الاب حتى يبلغ فان افترقا فالام اولى به
فى زمان الحضانة والكفالة حتى يستكمل سبع سنين ذكراً كان او انثى اذا اجتمع فى الام شروط
الحضانة}^۲

و همچنان حجاوی^۳ حنبلی رحمه الله فرموده است: {فاذا افترق الزوجان ولهم طفل او معتوه او
مجنون ذكر او انثى فالحق الناس بحضانة امه كما قبل الفراق مع اهليتها وحضورهما وقبولها}^۴

و در مورد بخش دوم (تفصیل و ترتیب زنانی که مستحق حاضنیت اند) با پیروی نسبی از
فقه‌های احناف چنین نگاشته است (زنانیکه حق حضانت طفل را دارند به ترتیب درجه
استحقاق عبارتند از:

۱. مادر، مادرمادر ویا بالاتر از آن.

۲. مادر پدر.

۳. خواهر اعیانی.

۴. خواهر اخیافی.

۵. خواهر علاتی.

۶. دختر خواهر اعیانی.

۷. دختر خواهر اخیافی.

۸. دختر خواهر علاتی.

۹. خاله اعیانی.

۱۰. خاله اخیافی.

۱۱. خاله علاتی.

^۱ علی بن محمد بن حبیب الماوردی امام أبو الحسن بصري فقيه مفسر شافعي متولد سال ۳۷۰ و متوفی سال ۴۵۰ آثارش: الأحكام
السلطانية في مجلد مطبوع بمصر. أدب الدنيا والدين في مجلد مطبوع في الجوائب. أعلام النبوة. الإقناع في الفروع. أمثال القرآن. تسهيل
النصر وتعجيل الظفر. الحاوي الكبير في الفروع سياسة الملك قانون الوزارة. النكت والعيون في التفسير وغير ذلك.

^۲ كتاب الحاوي الكبير، العلامة أبو الحسن الماوردی، ج ۱۱ ص ۱۰۲، دارالفکر بیروت.
^۳ شرف الدين موسى بن احمد بن موسى بن عيسى بن سالم مقدسي صالح الواعظ حنبلي معروف به حجاوي متوفى في ربيع الأول سال
۹۶۸. آثارش: الإقناع لطالب الانتفاع. زاد المسنقع في مختصر المقنع. شرح القصيدة الدالية لشمس الدين المرادوي.

^۴ كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن ادريس، بهوتی. ب. ت، ج ۱۹ ص ۴۷۶.

١٢. خاله اعيانى پدر.

١٣. خاله اخيافى پدر.

١٤. خاله علاتى پدر.

١٥. عمه (كودك)

١٦. عمه مادر.

١٧. عمه پدر.

چنانچه حدادى^١ فرموده است {واختلفت الرواية فى الاخت من الاب والحالة فروى محمد عن حنيفة وابى يوسف ان الحالة اولى وهو قول محمد وزفر لقوله عليه السلام (الحالة والدة) وروى ابو يوسف عن ابى حنيفة ان الاخت اولى، لانها بنت الاب والحالة بنت الجد والقربى اولى^٢}

و همچنان ناگفته نبايد گذاشت كه دختران كاكاه، دختران ماما، دختران عمه و دختران خاله مستحق حاضنيت نمى باشند زيراكه براى استحقاق حاضنيت قرابت و محرميت هردو، شرط است و اينها داراى رحم(قرابت) هستند اما داراى محرميت نمى باشند. چنانچه حدادى^٣ رحمه الله فرموده است: {فاما بنات العم وبنات الحال وبنات العمه وبنات الحالة فلا حق لهن فى الحضانة، لانهن رحيم بلا محرم^٤}

و همچنان اين رشد قرطى مالكى رحمه الله فرموده است: {النساء يستوجبن الحضانة بوضعين: احدهما: ان يكن ذوات رحم منه. الثانى: ان يكن محرمات عليه. فان كن ذوات رحم منه ولم يكن محرمات عليه كبنات الحالة وبنات العمه وما اشبههما لم يكن لهن حق فى الحضانة^٥}

^١ الحداد العبادي، أبو بكر بن علي بن محمد اليمني فقيه حنفي متوفى سال ٨٠٠. آثارش الجوهر المنير مختصر السراج الوهاج له. الرحيق المختوم شرح قيد الأوابد في الفقه. سراج الظلام وبدر التمام في شرح المنظومة الهاملية لأستاذه. السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج في شرح مختصر القدوري. كشف التنزيل في تحقيق المباحث والتأويل في تفسير القرآن مجلدين. النور المستنير في شرح منظومة النسفي في الخلاف وغير ذلك.

^٢ الجوهر المنير، ابوبكر بن علي بن محمد العبادى اليمنى- الزبيدى حدادى، ج ٤ ص ٣٥٣.

^٣ الحداد العبادي، أبو بكر بن علي بن محمد اليمني فقيه حنفي متوفى سال ٨٠٠. آثارش الجوهر المنير مختصر السراج الوهاج له. الرحيق المختوم شرح قيد الأوابد في الفقه. سراج الظلام وبدر التمام في شرح المنظومة الهاملية لأستاذه. السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج في شرح مختصر القدوري. كشف التنزيل في تحقيق المباحث والتأويل في تفسير القرآن مجلدين. النور المستنير في شرح منظومة النسفي في الخلاف وغير ذلك.

^٤ الجوهر المنير، ابوبكر بن علي بن محمد العبادى اليمنى- الزبيدى حدادى، ج ٤ ص ٣٥٤.

^٥ المقدمات الممهدهات، أبو الوليد محمد بن احمد، بن رشد قرطبي، ج ١ ص ٤١٤ و ٥٦٤.

اما فقهای شافعی رحمهم الله دختران کاکا، دختران عمه و دختران خاله را با وجود عدم محرمیت مستحق حاضنیت شمرده اند زیرا که بر مبنای قرابت از شفقت و بر اساس انوئیت از هدایت و تربیه دادن برخوردار اند.

چنانچه زکریا انصاری^۱ شافعی فرموده است: {لینت الحاله ثم لینت العمه ثم لینت العم لغیر ام حضانه فکل انثی قریبه لم تدل بذکر غیر وارث لها الحضانه وان لم تکن محرماً لشفقتها بالقرابة وهدایتها بالانوئة}^۲

اما دختران ماما را مستحق حاضنیت نمی شمارند زیرا که از شفقت کافی و قرابت قوی برخوردار نمی باشند. چنانچه ماوردی^۳ شافعی رحمه الله فرموده است: {کل مدلیة بذکر لا یرث کام ابن الام، و بنت الحال و بنت ابن الاخت، فلا حضانه لهن لادلائهن بذکر قد فقد آلة التریبة من الانوئة، وعدم قوة القرابة لسقوط الميراث}^۴

و اما نظریه فقهای حنبلی رحمهم الله را درین مورد با اینکه به کتبی که از ایشان در دسترس بنده قرار داشت مراجعه نمودم دریافت کرده نتوانستم.

قول راجح: از لابلاي مجموع عبارات فقهی سه گانه فوق ترتیب درجات برفوق مذهب احناف به گونه بهتر به چهار مرحله صورت گرفته میتواند، زیرا که مطابق احادیث و آثار بر مبنای وفرت صورت گرفته و در برخی از این عبارات قیدهایی مفیدی مانند شفقت و مهربانی، مهارت و آماده گی برای تربیت و پرورش دادن مناسب برای کودکان را ذکر کرده و اولویت را از آن زنان و آنهم مادران دانسته است به ملاحظه میرسد، چون شفقت، مهارت و آماده گی برای تربیت کودک که موضوع اهم در حضانت است و شفقت بیشتر از طرف زنان نسبت به مردان به کودک میرسد احناف آنرا اولویت داده اند و این دلیل ترجیح بوده که در برخی دیگری به نظر نمی خورد و دلایل هر یکی با تفصیل در دیدگاه شان ذکر گردید.

^۱ زکریا الانصاري المصري الشافعي الممتوفى سال ۹۲۶ ست و عشرين وتسعمائة
^۲ انصاری. شیخ السلام زکریا، اسنی المطالب فی شرح روض الطالب، ج ۳. ص ۴۵۲.
^۳ علي بن محمد بن حبيب الماوردی امام أبو الحسن البصری فقیه مفسر شافعی متولد سال ۳۷۰ و متوفی سال ۴۵۰ و آثارش. الأحكام السلطانية في مجلد مطبوع بمصر. أدب الدنيا والدين في مجلد مطبوع في الجوانب. أعلام النبوة. الإقناع في الفروع. أمثال القرآن. تسهيل النصر وتعجيل الظفر. الحاوي الكبير في الفروع سياسة الملك قانون الوزارة. النكت والعيون في التفسير وغير ذلك.
^۴ كتاب الحاوي الكبير، العلامة أبو الحسن الماوردی، ج ۱۱ ص ۱۱۶۸.

ه - نظریه قانون مدنی

قانون مدنی هم درین مورد در بخش اول (حق اولویت حضانت زنان و آنهاهم مادران) با پیروی کامل از فقه مذهب احناف در ماده (۲۳۷) چنین فرموده است (مادر نسبی در خلال زوجیت و بعد از تفریق به حفاظت و پرورش طفل حق اولویت را دارد. مشروط بر اینکه واجد شرایط حضانت باشد)^۱ که این عبارت قانون مدنی ترجمه متن فتاوی هندی حنفی است که فرموده است. (احق الناس بحضانة الصغیر حال قیام النکاح او بعد الفرقة الام ان لا تكون مرتدة او فاجرة غیر مامونة)^۲

ترجمه: مادر جریان زوجیت و پس از تفریق در صورتی که مرتد، بدکار و غیرمصئون نباشد، از حق اولویت و برتری برخوردار است.

البته تفاوتی که درینجا بین فقه حنفی و قانون مدنی دیده میشود این است که قانون مدنی کلی گویی نموده، تمام زنانی را که مستحق حضانت میباشند به گونه تفصیلی، بیان نکرده است بلکه برخی از آنها را نام گرفته است، روی همین علت پیروی آنرا از فقه پیروی نسبی شمردیم نه پیروی مطلق و کامل.

قابل تذکر اینکه در مورد اولویت استحقاق حضانت و تقدم خواهر علاتی و خاله بریکدیگر در بین فقهای احناف اختلاف روایت وجود دارد و آن اینکه به اساس روایت امام محمد رحمه الله علیه از امام ابوحنیفه و امام ابویوسف رحمه الله علیهما خاله حق اولویت را دارد زیرا که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده است: {الحالة بمنزلة الام}^۳

و به اساس روایت اما ابویوسف رحمه الله علیه از امام ابوحنیفه رحمه الله علیه خواهر علاتی حق اولویت را دارد زیرا که وی دختر پدر است و خاله دختر پدرکلان پس قریب مستحق تر است نسبت به بعید.

^۱ قانون مدنی افغانستان ماده ۲۳۷.

^۲ الفتاوی الهندیة، نظام الدین، بلخی، ج ۱۱ ص ۳۱۵.

^۳ السنن الکبری، ابوبکر احمد بن الحسین بن علی، بیهقی، ج ۷ ص ۴۳۳. ۱۳۴۴ هـ. ذیله الجوهر النقی، مجلس دائرة المعارف النظامیة الکاکنة فی الهند بلدة حیدرآباد، الطبعة: الاول.

مطلب دوم: مردان مستحق حضانت (حاضنیت)

در مرحله دوم حق حضانت از آن مردان بوده که این مردان نیز در دو مرحله ازین حق برخوردار میگردند که عبارتند از:

الف: عصبات دارای محرمیت

در زمره مردانی که مستحق حاضنیت میباشند در مرحله اول عصباتی که دارای محرمیت اند از حق اولویت برخوردار اند به این مفهوم که هرگاه زنان مذکور وجود نداشته باشد و یا موجود باشند اما دارای اهلیت حضانت (حاضنیت) که قبلاً ذکر گردید نباشند درین صورت حق حضانت به عصبات دارای محرمیت طفل به ترتیب ارث انتقال می نماید، که این عصبات عبارتند از:

پدر، پدرکلان، برادر اعیانی، برادر علاتی، پسر برادر اعیانی، پسر برادر علاتی، کاکای اعیانی، کاکای علاتی، پسرکاکای اعیانی. (در صورتی که محزون پسر باشد)، پسرکاکای علاتی. (در صورتی که محزون پسر باشد)، کاکای اعیانی پدر، کاکای علاتی پدر، کاکای اعیانی پدرکلان و کاکای علاتی پدرکلان.

چنانچه کاسانی^۱ رحمه الله علیه فرموده است: {فالأقرب الأب ثم الجد ابوه وان علا ثم الاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وام ثم العم لاب ثم ابن العم لاب، ان كان الصبی غلاماً وان كانت جاریة فلا تسلیم الیه، لانه لیس بمحرم منها، لانه یجوز له نکاحها فلا یومن علیها. واما الغلام فانه عصبه واحق به ممن هو ابعده منه ثم عم الاب لاب وام ثم عم الاب لاب ثم عم الجد لاب وام ثم عم الجد لاب.} ^۲

و همچنان ابو محمد بهاءالدین مقدسی^۳ حنبلی فرموده است: {فاذا انقرض النساء فالحضانة العصبات من الرجال واولادهم الاب ثم الجد ابو الاب وان علا ثم الاخ للابوين ثم الاخ للاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم العم للابوين ثم العم للاب علی حسب تقدیمهم فی المیراث.} ^۴

^۱ الشاشی، أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاسانی علاء الدین الحنفی نزیل حلب توفي بها سال ۵۸۷. و آثارش: بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع فی شرح تحفة الفقهاء لأستاذہ السمرقندی. السلطان المبین فی أصول الدین.

^۲ کاسانی، أبو بكر بن مسعود بن احمد اعلاء الدین، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ص ۲۴۲، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، مصری. ص ۱۸۳.

^۳ عبدالرحمن بن ابراهیم بن احمد بن عبدالرحمن ابن اسماعیل بن منصور المقدسی بهاء الدین أبو محمد فقیه حنبلی متولد سال ۵۰۵ و متوفی سال ۶۲۲. صنف شرح العمدة لموفق الدین. شرح المقنع کذا

^۴ العدة الشرح العمدة، عبدالرحمن بن ابراهیم بن احمد، أبو محمد بن بهاء الدین، مقدسی. ص ۷۷.

قانون مدنی در ماده (۲۴۰) با اقتباس از فقه اسلامی {چنین فرموده است که (هرگاه اشخاص مندرج ماده (۲۳۹) این قانون وجود نداشته یا فاقد شرایط اهلیت حضانت باشند، حق حضانت به عصبات طفل به ترتیب میراث انتقال می نماید) ^۱

چنانچه زیلعی رحمه الله علیه عین عبارت چنین فرموده است: {اذا لم يكن للصغير امرأة تكون الحضانة للعصبات على ترتيبهم في الارث.} ^۲

ناگفته نباید گذاشت که در استحقاق حضانت عصبات محرم بودن حاضن برای محضون شرط حتمی است تا مصئونیت آن کامل گردد از همین جهت در صورتی که محضون دختر باشد. پسرکاکا، پسرماما، و در صورتیکه محضون پسر باشد. دخترکاکا، دختر عمه، دخترماما و دختر خاله حق حضانت آنها ندارند، زیرا که پسرکاکا، پسرماما و پسرعمه محرم دخترکاکا، دخترماما و دخترعمه نیست و در حضانت در کنار عصوبت محرمیت نیز شرط است.

چنانچه حدادی ^۳ رحمه الله علیه فرموده است: {ولا حق لابن العم وابن الخال في كفالة الجارية ولهما حق في كفالة الغلام، لانهما ليسا بمحرم لها فلا يؤمنان عليها.} ^۴

و همچنان از فقهای مالکی رحمه الله در دیررحمة الله فرموده است: {ويشترط في الحاضن الذكر لمطيقه ان يكون محرماً لها ولو في زمن الحضانة كان يتزوج بامها والا فلا حضانة له ولو ماموناً ذا اهل عند مالک.} ^۵

و همچنان از فقهای شافعی رحمه الله ابو إسحاق شیرازی رحمه الله فرموده است: {فان كان العصبه ابن عم لم يسلم اليه البنت} ^۶

و همچنان حنبلی محمد عثیمین ^۷ رحمه الله فرموده است: {اذا كانت المحضونة انثى، وثم لها سبع سنين، فلا بد ان يكون الحاضن لها من محارمها، فان لم يكن من محارمها فلا حق له في الحضانة، كابن العم وابن الخال وما اشبه ذلك} ^۸

^۱ قانون مدنی افغانستان ماده ۲۴۰. جریده رسمی شماره (۳۵۳) مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ هـ ش.

^۲ تبیین الحقایق شرح کنز الدقائق، فخرالدین عثمان بن علی، زیلعی، ج ۷ ص ۳۰۰.

^۳ أبو بكر بن علي بن محمد الحداد العبادي يمني فقيه حنفي متوفى سال ۸۰۰. آثارش: الجوهر المنير مختصر السراج الوهاج له. الرحيق المختوم شرح قيد الأوابد في الفقه. سراج الظلام وبدر التمام في شرح المنظومة الهاملية لأستاذة. السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج في شرح مختصر القدوري. كشف التنزيل في تحقيق المباحث والتأويل في تفسير القرآن مجلدين. النور المستنير في شرح منظومة النسفي في الخلاف وغير ذلك.

^۴ حدادی، ابوبکر بن علی بن محمدالعبادی الیمنی- الزبیدی، الجوهر المنیر، ج ۴ ص ۳۵۴.

^۵ عدوی، ابوالبرکات احمد بن محمد، الشهير بالدرديري، الشرح الكبير، ب.ت، ج ۲ ص ۵۲۹.

^۶ التنبیه فی الفقه الشافعی، ابراهیم بن علی بن یوسف الفیروز، آبادی ابو اسحاق، شیرازی، ج ۱ ص ۲۱۹.

^۷ لفضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله الممتوفى سال ۱۴۲۱ هـ

^۸ الشرح الممتع على زاد المستنقع، محمد بن صالح بن محمد، عثيمين. ص ۵۳۵.

قانون مدنی

قانون مدنی نیز اگر چه در ماده (۲۴۰) عصابات را مطلق ذکر نموده و از محرم بودن شان چیزی نگفته است اما در آخر ماده (۲۴۱) با در نظر داشت قید محرمیت در عصابات و ذوی الارحام چنین نگاشته است (دخترکاکا، دخترعمه، دخترماما و دختر خاله در صورتیکه طفل پسر باشد، همچنان پسرکاکا، پسرعمه، پسرماما و پسرخاله در صورتیکه طفل دختر باشد، حق حضانت وی را ندارد)^۱

البته این عبارت قانون مدنی مأخوذ گرفته شده از فقه حنفی است چنانچه کاسانی^۲ رحمه الله علیه فرموده است: {فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العمه وبنات العمة وبنات الخالة، لان مبني الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة}^۳

معیار ترجیح

شایان ذکر اینکه هرگاه از جمله عصباتی که حق حضانت را دارامیباشند هم زمان چند نفر که در درجه و قوت قرابت باهم مساوی باشند، مانند سه برادر اعیانی و یا سه کاکای اعیانی موجود باشد، فقهاء جهت ترجیح یکی از آنها معیارهای در نظر گرفته اند که قرار ذیل است.

۱- نظریه احناف

احناف رحمهم الله سه چیز را معیار برای ترجیح یکی از آنها جهت استحقاق حضانت قرار داده اند که عبارتند از:

۱: اصلح (مصلحت اندیشتر)

۲: ورع (تقوا و پرهیزگاری)

۳: کبرسن (بزرگسالی)

به این مفهوم که از جمله آنها در قدم نخست هریکی که خوب مصلحت اندیشتر باشد حق اولویت حضانت را دارد زیرا که مبنای حضانت مصلحت محضون است، هرگاه درین

^۱ قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی شماره (۳۵۳) مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ ه. ش، مانه ۲۴
^۲ الشاشی، أبو بکر بن مسعود بن احمد الکاسانی علاء الدین الحنفی نزیل حلب توفي بها سنة ۵۸۷. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبین في أصول الدین.
^۳ کاسانی، أبو بکر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدین، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص ۲۳۴.

خصوصیت مساوی و یکسان باشند در مرحله دوم کسیکه متقی و پرهیزگارتر باشد شایسته حضانت شمرده میشود زیرا که خداوند عزوجل فرموده است ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾^۱ ترجمه: گرامیترین شما نزد خداوند با تقواترین شماست.

و اگر درین صفت و ویژگی هم مساوی بودند در قدم سوم هر یکی که بزرگسالتر باشد مستحق حضانت محسوب میگردد. زیرا که هنگامی که عبدالرحمن بن سهل رضی الله عنه در جمعی از اصحاب که خوردسال شان بود در مورد برادر خود با پیامبر صلی الله علیه وسلم صحبت نمود. رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود: (عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَتْمَةَ وَرَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَّ مُحَيِّصَةَ بِنَ مَسْعُودٍ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنِ سَهْلِ انْطَلَقَا قِبَلَ خَيْبَرَ فَتَفَرَّقَا فِي النَّخْلِ فَقَتِلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلِ فَاتَّهَمُوا الْيَهُودَ فَجَاءَ أَخُوهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ وَابْنَا عَمِّهِ حُوَيْصَةُ وَمُحَيِّصَةُ إِلَى النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- فَتَكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ فِي أَمْرِ أَخِيهِ وَهُوَ أَصْغَرُ مِنْهُمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « كَبِيرُ الْكَبِيرِ - أَوْ قَالَ - لَيْدَةُ الْكَبِيرِ ». فَتَكَلَّمَا فِي أَمْرِ صَاحِبَيْهِمَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « يُقْسِمُ حَمْسُونَ مِنْكُمْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ فَيُدْفَعُ بِرُمَّتِهِ .»^۲ یعنی بگذار که بزرگتر شما صحبت را آغاز نماید.

ابن حبان رحمه الله علیه در شرح همین حدیث چنین نوشته است که: {وفیه ارشاد الی ان الاکبر احق بالاکرم وبالبدایة بالكلام.} ^۳

یعنی درین حدیث ارشاد و رهنمایی است بر اینکه شخصی که بزرگسالتر باشد شایسته عزت و مستحق آغاز نمودن سخن است.

چنانچه ابن نجیم مصری رحمه الله علیه فرموده است: {واذا اجتمع مستحقو الحضانة فی درجة کالاحوة والاعمام فاصلحهم اولی، فان تساوا فاورعهم، فان تساوا فاسنهم} ^۴

یعنی هرگاه اشخاصی که دارای حق مساوی حاضنیت اند، جمع شوند، پس حق اولویت در قدم نخست، از آن مصلحت اندیشتر آنها، سپس، برای پرهیزگارترشان و سرانجام از آن بزرگ سالترشان میباشد.

^۱ الحجرات: ۱۳.

^۲ صحیح المسلم ج ۵ ص ۹۸ رقم ۴۴۳۵.

^۳ صحیح ابن حبان بترتیب ابن بلبان، محمد بن حبان بن احمد بن حبان بن معاذ بن معبد، التمیمی، ابوحاتم، الدرهمی، بستنی، ص ۳۶۱. ب.ت، مؤسسة الرسالة.

^۴ ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم مصری، ب.ت، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، مصری، ص ۲۰۲.

و همچنان کاسانی^۱ رحمه الله عليه فرموده است: {ولو كان لها ثلاثة اخوة كلهم على درجة واحدة بان كانوا كلهم لاب وام او لاب، او ثلاثة اعمام كلهم على درجة واحدة، فافضلهم صلاحًا وورعًا اولى فان كانوا في ذلك سواءً، فأكبرهم سنًا اولى بالحضانة^۲}

و همچنان حدادی^۳ رحمه الله عليه به عبارت عام تر در مورد فرموده است: {واذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة واحدة فاوورعهم اولى ثم أكبرهم سنًا.}⁴

۲: نظریه مالکی ها

فقه‌های مالکی در مورد در مرحله نخست کمال و وفرت نگهداری و شفقت و در مرحله دوم بزرگ سالی، و در مرحله سوم قرعه را معیار قرار داده، تجویز ی توصیه نموده اند. چنانچه در دیر رحمه الله عليه فرموده است: {وقدم في المتساويين من رجال كعمين ونساء كخالتين بالصيانة والشفقة فان تساوي فيهما قدم الاسن فان تساوي فالقرعة.}⁵

۳: نظریه شوافع

فقه‌های شافعی رحمهم الله درین صورت معیار ترجیح دو چیز را قرار داده اند که عبارت از:

۱- تفویض صلاحیت گزینش برای کودک.

۲- برگزیدن ذریعه قرعه.

چنانچه ماوردی^۶ رحمه الله عليه فرموده است: {فان تساوی اثنان في عصبة لاخوين او اثنان من قراباته كالاختين الا حق بالحضانة ففيه وجهان: احدهما: یخیر بينهما. والثانی: یقرع بينهما ولا یخیر ویستحقه من قرع منهما.}⁷

۴: نظریه حنابله

فقه‌های حنبلی رحمهم الله درین مورد فقط یک چیز را معیار ترجیح قرار داده اند که عبارت است از برگزیدن ذریعه قرعه.

۱ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن احمد علاء الدين الشاشي حنفي نزلي حلب توفي بها سنة ٥٨٧. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبين في أصول الدين.

۲ كاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص ٢٤٢.

۳ الحداد العبادي، أبو بكر بن علي بن محمد اليماني فقيه حنفي متوفى سال ٨٠٠. آثارش الجوهر المنير مختصر السراج الوهاج له. الرحيق المختوم شرح قيد الأوابد في الفقه. سراج الظلام وبدر التمام في شرح المنظومة الهاملية لأستاذة. السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج في شرح مختصر القدوري. كشف التنزيل في تحقيق المباحث والتأويل في تفسير القرآن مجلدين. النور المستنير في شرح منظومة النسفي في الخلاف وغير ذلك.

۴ حدادی، ابوبکر بن علی بن محمد العبادي اليماني- الزبيدي، الجوهر المنير، ج ٤ ص ٣٥٤.

۵ عدوی، ابوالبركات احمد بن محمد، الشهير بالدرديري، الشرح الكبير، ص ٥٢٨.

۶ علي بن محمد بن حبيب ماوردي امام أبو الحسن البصري فقيه مفسر مذهب شافعي متولد سال ٣٧٠ و متوفی سال ٤٥٠ آثارش. الأحكام السلطانية في مجلد مطبوع بمصر. أدب الدنيا والدين في مجلد مطبوع في الجوائب. أعلام النبوة. الإقناع في الفروع. أمثال القرآن. تسهيل النصر وتجميل الظفر. الحاوي الكبير في الفروع سياسة الملك قانون الوزارة. النكت والعيون في التفسير وغيره.

۷ ماوردی، العلامة أبو الحسن الماوردی، كتاب الحاوي الكبير، ج ١١ ص ١١٩٥.

چنانچه مرداوی^۱ حنبلی رحمه الله فرموده است: {و اما قبل السبع فاذا استوی فی استحقاق حضانتہ رجلان کاخوین او امراتین کاخین فانه یعین احدهما بالقرعة ایضاً.} ^۲

۵: نظریه قانون مدنی

قانون مدنی درین مورد یک چیز را معیار قرار داده که عبارت است از مصلحت طفل چنانچه ماده (۲۴۲) آن در مورد چنین حکم می کند (هرگاه بیش از یک نفر حق حضانت طفل را داشته باشد، محکمه می تواند هر کدام را که بیشتر به مصلحت طفل باشد، انتخاب نماید) ^۳

به نظر من قانون درینجا موضوع را از فقه حنفی به عبارت متفاوت و به گونه غیر مستقیم اقتباس نموده است زیرا که مصلحت طفل را معیار ترجیح قرار داده که بدون شک شخص اصلح، پرهیزگار و بزرگسال بیشتر و خوبتر مصلحت طفل را رعایت می نماید. چنانچه بابرتهی رحمه الله علیه فرموده است: {فان اجتماع اخوة لاب و ام فاصحهم دیناً و ورعاً احق به لان ضمة الیه انفع یتخلق باخلاقه، فان تساوا واکبرهم سنا احق به لان حقه اسبق ثبوتاً فعند التعارض یترجح به.} ^۴

^۱ المرادوی، علی بن سلیمان بن أحمد بن محمد علاء الدین أبو الحسن المقدسی شیخ الحنابلة بدمشق متوفی سنة ۸۸۵ آثارش: فی معرفة الراجح من الخلاف مجلد ۴. تحریر المنقول و تهذیب الأصول فی الفقه.

^۲ مرداوی، علاء الدین أبو الحین علی بن سلیمان دمشقی صالحی. الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الامام احمد ابن حنبل، ج ۹ ص ۳۱۷.

^۳ قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی شماره (۳۵۳) مورخ ۱۳۵۵/۱۰/۱۵ هـ ش، ماده ۲۴۲.

^۴ العناية الشرح الهدایة، محمد بن محمد. بابرتهی، ص ۱۴۶.

جدول تعیین معیارهای ترجیح در صورت تجمع مستحقین حضانت

شماره	مذاهب	معیارهای ترجیح			ملاحظات
		۱	۲	۳	
	احناف	مصلحت اندیشی	پرهیزگاری	بزرگسالی	
	مالکی ها	کمال شفقت	بزرگسالی	گزینش ذریعه قرعه	
	شافعی ها	گزینش از طرف کودک	گزینش ذریعه قرعه	+	
	حنبللی ها	مصلحت	+	+	

ب: محارم ذوی الارحام (نزدیکترین محارم مذکر غیر از عصبات)

در زمره مردانی که مستحق حاضنیت میباشند در مرحله دوم محارمی که ذوالارحام یعنی غیر عصبات اند ازین حق برخوردار اند، به این مفهوم که در صورتی که عصبات دارای محرمیت وجود نداشته و یا موجود باشند اما دارای اهلیت حضانت نباشند حق حضانت به نظر احناف به نزدیکترین محارم از ذوی الارحام (آن عده محارم مذکری که غیر از عصبات اند) انتقال می کند که عبارت اند از:

پدرمادر، برادر اخیافی، پسر برادر اخیافی، کاکای اخیافی، مامای اعیانی و مامای علاتی
 ۱. مامای اخیافی.

دخترکاکا، دختر عمه، دخترماما و دختر خاله در صورتیکه طفل پسر باشد، همچنان پسرکاکا، پسر عمه، پسر ماما و پسر خاله در صورتیکه طفل دختر باشد، حق حضانت وی را ندارد.

چنانچه ابن همام^۱ رحمه الله عليه فرموده است: {واذا لم يكن للصغيرة عصبه تدفع الى
الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام، ثم الى الخال لاب وام، ثم لاب ثم لام، لان لهؤلاء ولاية
عند ابي حنيفة رحمه الله في النكاح.} ^۲

و همچنان در فتاواي هندیه آمده است: {واذا لم يكن للصغيرة عصبه تدفع الى الاخ لام ثم
الى ولده ثم الى العم لام، ثم الى الخال لاب وام، ثم لاب ثم لام . ابو الام اولی من الخال ومن
الاخ لام كذا في السراج الوهاج.} ^۳

قانون مدنی درین مورد در ماده (۲۴۱) چنین فرموده است (هرگاه اشخاص مندرج
مواد (۲۳۹: و ۲۴۰) این قانون وجود نداشته باشد، طفل جهت حفاظت و پرورش به
نزدیکترین محرم از ذوی الارحام وی به ترتیب درجه استحقاق، به اشخاص ذیل
سپرده می شود.

۱. پدر مادر.
۲. پسر برادر اخیافی.
۳. پسر برادر اخیافی.
۴. کاکای اخیافی.
۵. مامای اعیانی.
۶. مامای علاتی.
۷. مامای اخیافی.

که این ماده قانون مدنی عین عبارت فقهای کرام رحمهم الله است چنانچه سید
سابق^۴ رحمه الله عليه فرموده است: {فاذا لم يوجد من عصبته من الرجال المحارم احدا، او
وجد وليس اهلاً للحضانة، انتقل حق الحضانة الى محارمه من الرجال غير العصبه. فيكون للجد
لام، ثم للاخ لام، ثم لابن الاخ لام، ثم للعم لام، ثم للخال الشفيق، فالخال لاب، فالخال لام.} ^۵

^۱ عبد الرزاق الصنعاني (۱۲۶ - ۲۱۱ هـ) (۷۴۴ - ۸۲۶ م) عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني، الحميري، اليميني (أبو بكر).
محدث، حافظ، فقيه. أخذ عنه البخاري، وتوفي في نصف شوال وله من العمر ۸۵ سنة. له من الكتب: السنن في الفقه، المغازي، تفسير
القرآن، الجامع الكبير في الحديث، وتزكية الأرواح عن مواقع الافلاح.

^۲ فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، سيواسي، ص ۴۰۲.
^۳ بلخي، نظام الدين، الفتاوى الهندية حنفي، ص ۳۲۱.

^۴ كتاب فقه السنة لمؤلفه سيد سابق رحمه الله تعالى من الكتب الجيدة التي ألفت في الفقه في هذا العصر، وذلك لحسن أسلوبه، وسهولة
عرضه للمسائل الفقهية، وجلب الأدلة عليها، وذكر الخلاف عند الحاجة أو في بعض الأحيان إذا دعت الحاجة لذلك، مع التطرق لجميع
أبواب الفقه والتفريع أحياناً على أهم مسائل العصر، وذكر القوانين المعمول بها في بلده.

^۵ سيد سابق، ب.ت، فقه السنة، دارلكتب، پشاور، پاکستان. ص ۳۴۱.

ج: ذکور محض

به این مفهوم که هرگاه اشخاصی که دارای حق حاضنت اند تنها از قشر ذکور باشند به ترتیب ذیل درجه بندی میگردند:

۱. پدر.
۲. پدر کلان.
۳. برادر اعیانی.
۴. برادر علای.
۵. برادر اخیافی.
۶. پسر برادر علای.
۷. کاکای اعیانی.
۸. کاکا علای.

چنانچه بجیرمی^۱ شافعی رحمه الله فرموده است: { و اما اجتماع الذکور فیکدم الاب، ثم الجد، الاخ باقسامه الثلاثة، ثم ابن الاخ لابوین، او لاب ثم العم لابوین، }^۲

مطلب سوم: مستحقین حضانت بحکم حاکم و یا قاضی

در مرحله چهارم یعنی در صورت عدم موجودیت زنان و مردان مستحق حضانت، قاضی صلاحیت دارد تا شخصی را بادر نظر داشت مصلحت کودک برای حضانت و سرپرستی آن تعیین و توظیف نماید.

چنانچه مولانا محمد عاشق الهی در مورد فرموده است: «نگهداری و سرپرستی کودکان قبل از هرکس بر عهده پدر و مادر آنان واجب است. و چنانچه پدر و مادر فوت کنند، نگهداری و سرپرستی کودک بر نزدیکترین فامیل او، واجب می گردد. و چنانچه خویشاوندی نداشت، حکومت باید از آنان سرپرستی نماید»^۳

^۱ سلیمان بن محمد بن عمر البجیرمی المصری الشافعی متولد سال ۱۱۳۱ و متوفی سال ۱۲۲۱ إحدى وعشرين ومائتين وألف. آثارش التجريد لنفع العبيد حاشية على شرح المنهج للقاضي زكريا في الفروع أربع مجلدات. تحفة الحبيب على شرح الخطيب حاشية على الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع في الفروع.

^۲ تحفة الحبيب على شرح الخطيب، سليمان بن عمر بن محمد، بجيرمی، ج ۱ ص ۴۳۹.

^۳ الهی، مولانا محمد عاشق، سیری در مسایل قدوری فقه النکاح، ترجمه: فیض محمد بلوچ، ص ۲۳۳. چاپ انتشارات مستقبل، کابل، افغانستان.

و همچنان ابن نجیم مصری رحمه الله فرموده است: {وان لم يكن لها اب ولا عصبه او كان لها عصبه مفسد فللقاضى ان ينظر فى حالها، فان كانت مامونة خلاها تنفرد بالسكنى سواء كانت بكرًا او ثيبا والا وضعها عند امراة امينة ثقة تقدر على الحفظ، لانه جعل ناظرًا للمسلمين} ^۱

همچنان دانشمندی فرموده است: « حقوق کودک در اصل به والدین تعلق میگیرد، سپس اقارب و بستگان، بعد از آن به مسلمانانی که برای پرورش او صدقه کند، اگر دسته های مذکور وجود نداشت یا توان نفقه و پرورش آنها را نداشتند، در آن صورت دولت شرعاً در برابر کودکان مذکور مسئولیت دارد»

مطلب چهارم: نهادهای خیریه

در مرحله پنجم یعنی در صورت عدم موجودیت زنان و مردان مستحق حضانت، و عدم توجه حکومت و قضاء مسئولیت حضانت، نگهداری و سرپرستی کودک بدوش گروه های اسلامی و نهاد های خیریه میباشد چنانچه مولانا محمد عاشق الهی در مورد فرموده است. « چنانچه حکومت درین مورد احساس مسئولیت نمی کرد، بر جماعت و گروه های اسلامی واجب است که از کودکان بی سر پرست نگهداری نماید.» ^۲

مبحث سوم: شرایط حضانت

ازین که هدف اساسی حضانت تأمین منافع مادی و معنوی و دستگیری از اقشار بینوا و نیازمند جامعه بشری مانند کودکان، مجانین و معتوهین، به گونه مناسب و شایسته آن میباشد، جهت برآورده شدن هرچه بیشتر این هدف هم فقه اسلامی و هم قانون مدنی برای کسانی که مستحق محضونیت (طفل، مجنون و معتوه) و کسانی که مستحق حاضنیت اند اعم از زنان و مردان (حاضنه و حاضن) یک سلسله شرایطی را در نظر گرفته اند که بعضی از آن ها مربوط به محضونیت و بعضی مربوط به حاضنیت میشود البته آنچه مربوط به حاضنیت است برخی شرایط مشترک بین حاضنه و حاضن میباشد و برخی مخصوص حاضنه و برخی هم مخصوص حاضن، که اینک درین بخش از تحقیق و پژوهش طی دو عنوان جداگانه (شرایط محضونیت و شرایط حاضنیت) به بررسی آنها در ذیل میپردازیم.

^۱ بن نجیم، زین الدین بن ابراهیم مصری، ب.ت، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ص ۲۱۴.
^۲ الهی، مولانا محمد عاشق، سیری در مسایل قدوری فقه النكاح، ترجمه: فیض محمد بلوچ ص ۲۳۴.

اما پیش از ورود به بررسی شرایط، تذکر یک نکته ضروری به نظر می رسد، و آن اینکه حضانت با اموری ثابت میشود که برخی از آنها مثل عقل و قدرت، وجودی و از قبیل شرایط اند، و برخی مثل ازدواج مادر، عدمی و از قبیل موانع اند. کتاب های فقهی نیز این امور را گاهی مانع و گاهی شرط یاد کرده اند. برای مثال، برخی از فقهاء (ازدواج مادر) را مانعی برای حضانت مادر دانسته اند و پاره های نقیض آن (عدم ازدواج مادر) را شرایط حضانت قرار داده اند و گفته اند: شرط حضانت مادر، آن است که (بعد از طلاق) با شوهر دیگری ازدواج نکرده باشد. یا برای نمونه: برخی (جنون) را مانع حضانت دانسته اند و برخی دیگر، نقیض آن (عقل) را شرط حضانت قرار داده اند. بنابر این، به یک اعتبار، موانع حضانت را می توان به شرایط عدمی برگرداند و در موضوع شرایط حضانت، از آن بحث کرد. به همین سبب، در این بخش همه اموری که در باب حضانت مطرح است، تحت (شرایط حضانت) بررسی می شود.^۱

مطلب اول - شرایط محضونیت

طوری که در گذشته هم گفته شد، (محضون کسی است که به طور استقلال قادر به انجام امورات خود نباشد، مانند صغیر، صغیره، کبیر مجنون و معتوه)^۲ در فقه اسلامی جمهور فقهاء سه گروه را مستحق محضونیت شمرده اند که عبارت اند از کودک، مجنون و معتوه بزرگ، پس میوان گفت که به نزد جمهور فقهاء شرایط محضونیت سه چیز است که عبارت اند از:

۱. صغارت: به این مفهوم که در حضانت شرط است که شخصی مورد حضانت، سرپرستی و نگهداری قرار میگیرد باید صغیر بوده باشد، و صغیر در لغت بمعنی چیزی ویا کسی که دارای جسم، حجم و سن کم و کوچک باشد و در اصطلاح فقهاء به کسی گفته میشود که دارای صفت صغر و یا صغارت باشد که عبارت است از (وضعیت کودک از زمان تولد به بلوغ) و صغیر بر دو قسم است:

۱: صغیر ممیز: شخصی که به سن بلوغ نرسیده باشد اما سود و زیان را تشخیص و منافع و اضرار را فرق کرده بتواند.

۲: صغیر غیر ممیز: شخصی که بر علاوه از اینکه به سن بلوغ نرسیده باشد، سود و زیان را تشخیص و منافع و اضرار را نیز فرق کرده نتواند. چنانچه گفته شده است. {الصغیر: فتح

^۱ بن صالح، عبدالعزیز، ب.ت، الحضانه فی الاسلام. ص ۸۵.
^۲ توضیحی بر قانون مدنی افغانستان (حقوق فامیل)، قاضی عبدالصیر، فایز، ص ۲۷۳. (۱۳۸۸). انتشارات سعید، چاپ اول جاده آسمانی، کابل، افغانستان.

فكسر، صغار صغراء، القليل الجسم اول الحجم، الصغير المميز: الصبي دون البلوغ الذى يفرق بين الضار والنافع. ولرابح والحسارة الصغير غير المميز: الصبي دون البلوغ ولا يفرق بين الربح والحسارة ولا بين الضار والنافع...¹ ترجمه: الصغير به فتح صاد و كسر عين از صغار و صغراء است، به معنى كم جسم و كم حجم، الصغير المميز خورد يا طفل مميز كودكى را گویند كه به بلوغ نرسیده باشد اما بين ضرر و منفعت و بين سود و زیان فرق کرده بتواند، و صغير غير مميز كودكى را گویند كه به بلوغ نرسیده باشد و بين سود و زیان و ضرر و منفعت فرق کرده نتواند.

و در مجله الاحكام العدلیة چنین آمده است: { الصغير غير المميز هو الذى لا يفهم البيع والشراء ترجمه: من لا يعرف ان البيع سالب للملكية والشراء جالب لها ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغريف فى العسرة خمسة وبين الغبن اليسير ويقال يميز ذلك: صبي مميز² ترجمه: و در مجله الاحكام آمده است: صغير غير مميز انرا گویند كه خرید و فروش را نفهمد، يعنى شخصى كه نداند كه فروش و خرید سلب كننده ملكيت است، و خریدن جلب كننده ملكيت میباشد و فرق بين غبن زیاد و غبن كم و اندك کرده نتواند و شخص بين آنها فرق كند آنرا صغير مميز گویند.

به این مفهوم كه صغير غير مميز كسى است كه خرید و فروش را نفهمد، يعنى نداند كه فروش باعث سلب و خرید باعث جلب ملكيت میشود، و فرق بين غبن فاحش و غبن اندك و ساده کرده نتواند، و صغير ممیزه كسى گفته میشود كه این فرق و تمیز را کرده بتواند.

۲. جنون: یکی از شرایط محضون شدن جنون و دیوانگی است به این مفهوم كه در صورتیکه شخصى مجنون و یا دیوانه باشد به نسبت نداشتن تمیز از رسیدگی به امورات خویش عاجز و ناتوان میباشد از آنجائیکه منظور و هدف از حضانت رسیدگی به اقشار محروم و نیازمند و رعایت مصلحت آنها میباشد پس جمهور فقهاء كرام رحمهم الله مجنون را نیز مستحق و شایسته حضانت شمرده اند. زیرا كه مجانین در نیازمندی و احتیاج به مانند اطفال و حتى در پاره ای از موارد محتاج تر و نیازمند تر نسبت به آنها میباشدند.

¹ مبادی واصطلاحات علم فقه، جلال، جلالی زاده، ص ۲۰۷، ۱۳۷۸، نشر احسان، چاپ اول تهران- ایران. ص ۱۷۲. القاموس الفقهی لغة واصطلاحاً، ابوحیب، سعدی. ۱۴۰۸ هـ ۱۹۸۸ م، دار الفكر دمشق-سوریه، الطبعة: تصویر ۱۹۹۳ م الطبعة الثانية،
² مجلة الاحكام العدلیه، الجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فى الاخلاق العثمانية، ص ۱۸۴. ب.ت. نورمحمد، كار خانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشى.

البته مجنون به کسی گفته میشود که صفت جنون (اختلال عقل به گونه ای که مانع اجرای گفتار و کردار به شیوه عاقلانه آن گردد) در آن نهادینه شده باشد. و به نزد احناف به دو نوع است که عبارتند از:

۱: جنون مطبق: به نزد احناف بنابر قول صحیح عبارت از جنونی است مدت یکسال استمرار و دوام یابد. و یا بنا بر قول جمهور عبارت از جنونی است که مدت یک ماه استمرار و دوام داشته باشد. بنابر روایتی عبارت از جنونی است که حد اقل مدت زیادتر از یک شبانه روز استمرار و دوام پیدا کند.

۲: جنون غیر مطبق: عبارت از جنونی است که کمتر از یکسال بنابر قول صحیح، و کمتر از یکماه و کمتر از یکشبانه روز بنابر روایتی استمرار و دوام یابد.^۱

و مجله الاحکام العدلیه در مورد چنین فرموده است {المجنون علی قسمین: احدهما: المجنون المطبق وهو الذی يستوعب جنونه جميع اوقاته، والثانی: المجنون غیر المطبق وهو الذی یکون فی بعض الوقات مجنوناً ویفیک فی بعضها}^۲

به این مفهوم که مجنون به دو قسم است که عبارت اند از: مجنون مطبق و آن کسی است که همیشه جنون داشته باشد. و مجنون غیر مطبق و آن کسی است که گاهی جنون و گاهی هم هوشمند باشد.

۳: معتوهیت: یکی از شرایط محزون شدن معتوه بودن است به این مفهوم که هرگاه شخصی معتوه (ساده لوح، دارای فهم ضعیف و کلام مختل و ناموزون) باشد از رسیدگی به امور خویش ناتوان و عاجز و نیازمند دستگیری و سرپرستی میباشد بناءً بادر نظر داشت این نیازمندی و احتیاجات از منظر جمهور فقهاء شایسته ولایق محزونیت شمرده شده است.

آنچه دلیل واضح و مبرهن برای مشروطیت محزونیت به این شرایط شده میتواند تعریف برخی از فقهاء از حضانت به گونه ای است که محتوی و دربرگیرنده همه کسانی که دارای صغارت، جنون، عته و سفاهت اند میباشد. چنانچه دکتور زحیلی^۳ حفظه الله میفرماید: (حضانت به معنی سرپرستی و تربیت آنهاست که به خاطر عدم تمیز و تجربه لازم، توانایی اداره امور خویش را ندارند، مانند کودکان و افراد دیوانه و سفیه)^۴

^۱ التعریفات، علی احمد ابن علی جرجانی، ج ۱ ص ۱۰۷. سعدی، ابوحیب، القاموس الفقہی لغتاً و اصطلاحاً، ص ۲۶۱.

^۲ مجلة الاحکام العدلیه، الجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فی الاخلاق العثمانیة، ص ۱۸۵.

^۳ الدکتور و هبة الزحیلی أستاذ الفقه بکلیة الشریعة فی جامعة دمشق.

^۴ زحیلی، و هبة. (۱۳۹۴ هـ ش). فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه: عبدالعزیز سلمی. چاپ اول (دیجیتال). ص ۲۳۵.

و همچنان ابن جزى کلبى مالکى رحمةً عليه فرموده: {الخصون هو من لا يستقل كالصغير والجنون والمعتوه وان كانا كبيرين} ^۱ به اين مفهوم که محضون کسی است که در امور خویش مستقل نباشد مانند کودک، مجنون و معتوه اگرچه بزرگ هم باشند.

البته معتوه به کسی گفته میشود دارای فهم اندک، سخن پراکنده و تدبیر فاسد باشد اما کسی را مورد دشنام و لت و کوب (ضرب و شتم) قرار ندهد. ^۲

مجلة الاحكام العدلية در مورد چنین فرموده است: {المعتوه هو الذى اختل شعوره بان كان فهمه قليلا كلامه مختلطا وتدبيره فاسدا} ^۳

برخی از فقهاء شخص سفيه را نیز مستحق حضانت دانسته و محضون قرار داده اند که درین صورت سفاهت نیز از جمله شرایط محضونیت محسوب میگردد. و سفاهت عبارت است از دگرگونی است که در نتیجه فرحت و یا غصب برای انسان پیش آید و او را به انجام اعمالی که برخلاف مقتضی و خواست عقل و شرع است وادار سازد. ^۴

و یا به عبارت دیگر سفيه کسی است که مال و دارایی خود را بی مورد مصرف و ضایع نموده و اسراف و زیاده روی نماید. ^۵

چنانچه مجلة الاحكام العدلية در مورد چنین فرموده است: {السفيه هو الذى يصرف ماله فى غير موضعه ويذر فى مصروفاته ويضيع امواله ويتلفها بالاسراف والذين لا يزالون يغفلون فى اخذهم واعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وقتعهم بحسب بلاهتهم وخلق قلوبهم يعدون ايضا من السفهاء} ^۶

باید گفت که قانون مدنی کشورمان با وجود اینکه در مورد شروط محضونیت سکوت اختیار نموده اما از ماده (۲۳۶) آن به خوبی میتوان استنباط نمود که برای محضونیت صرف صغارت را شرط نموده و حضانت را برای صغار و یا کودکان اعم از پسر و دختر ثابت گردانیده و پس بروفق قانون مدنی حضانت برای اشخاص بالغ مجنون و معتوه ثابت نمی گردد.

البته بادر نظر داشت، اصل دینی (وجوب دستگیری از نیازمندان و اقشار محروم جامعه) باید در قانون مدنی نیز بر وفق فقه اسلامی ساحه محضونیت از انحصار اطفال بیرون و توسعه و گسترش داده شود تا مجانین و معتوهین را نیز در بر گیرد و هدف حضانت که همانا

^۱ غرناطی، ابوالقاسم محمد بن احمد بن جزى الكلى، القوانين الفقهية، ج ۲، ص ۸۱.

^۲ التعريفات، على احمد ابن على جرجانى، ج ۱ ص ۲۸۲. القاموس الفقهى لغتاً واصطلاحاً، ابو حبيب، سعدى، ص ۲۴۲.

^۳ مجلة الاحكام العدليه، اللجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فى الاخلاق العثمانية، ص ۱۸۵.

^۴ التعريفات، على احمد ابن على جرجانى، ج ۱ ص ۱۸۵.

^۵ القاموس الفقهى لغتاً واصطلاحاً، ابو حبيب، سعدى، ص ۱۷۴.

^۶ مجلة الاحكام العدليه، اللجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فى الاخلاق العثمانية، ص ۱۸۵.

رسیدگی به نیازمندان در یک مرحله خاص زمانی است به گونه بهتر و کاملتر برآورده گردد.^۱

مطلب دوم - شرایط حاضنیت

چون حاضنیت مسئولیت بزرگ و خطیری است که هرکسی به آسانی از عهده آن به گونه مناسب بیرون بر آمده نمی تواند، زیرا که دستگیری از ائمه محروم (محضون) و رسیدگی به امور جسمی و روحی آنها کار ساده و پیش پا افتاده ای نیست. ازینرو فقهاء کرام و دانشمندان حقون یک سلسله شروطی را به آن در نظر گرفته اند که برخی ازین شروط بین حاضنه و حاضن (زن و مرد سرپرستی کننده) مشترک بوده یعنی وجود آن در هر دو ضروری و حتمی است و برخی ازین شروط محضون حاضنه و برخی دیگری هم صرف مخصوص حاضن میباشد که در طی سه عنوان جداگانه به گونه ذیل به توضیح و تشریح آنها خواهیم پرداخت.^۲

مطلب سوم - شرایط مشترک بین حاضنه و حاضن

شروط مشترک به آن شرطی گفته میشود که برای مستحق شدن حاضنیت شخص اعم ازینکه زن باشد و یا مرد (حاضنه و حاضن) موجودیت آنها حتمی پنداشته شده باشد که این شروط عبارت اند از:

۱: عقل

به این مفهوم که جهت مراعات حق محضون و سلامت جسمی و روانی او شخصی که وظیفه نگهداری و سرپرستی محضون به آن سپرده میشود اعم ازینکه زن باشد و یا مرد باید عقل و هوشیار باشد، پس اشخاص مجنون و معتوه، مستحق حاضنیت شده نمی توانند، زیرا که از یکطرف این اشخاص توانایی رسیدگی به امور خود را ندارند پس نمی توانند که رسیدگی به امور دیگران را به عهده گیرند. و از طرف دیگر به طور کلی، عقل چیزی است که انسان را شایسته مسئولیت پذیری می کند. به همین سبب، ثبوت وظایف و تکالیف، در هر مکتب و مذهبی، مشروط به این شرط است. مکتب نجات بخش اسلام نیز بلوغ و عقل را از شرایط عمومی تکالیف قرار داده و به همین سبب، مجانین (دیوانه ها) وظیفه و تکلیفی بر دوش ندارند، چنانچه در حدیث شریف آمده است: {رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى یکبر، وعن المجنون حتى

^۱ مقاله علمی الحضانه فی الاسلام. عبدالعزیز بن صالح ص ۸۸.

^۲ مقاله علمی الحضانه فی الاسلام. عبدالعزیز بن صالح ص ۸۹.

يعقل، اوفيق} ^۱ به این مفهوم که قلم مؤاخذه خداوند جل جلاله از سه نفر برداشته است، از شخصی که خواب باشد تا زمانی که بیدار شود، از کودک تا زمانی که به سن بلوغ برسد و از دیوانه تا زمانی که به هوش آید.

ازینکه در مورد تکلیف و حق بردن حضانت بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد که پیرامون آن در موضع اش بحث خواهیم نمود ایجاب می نماید که درینجا پرسشی را مطرح نموده به پاسخ آن بپردازیم و آن اینکه:

اکنون سؤال این است که حق حضانت چگونه است؟

قبلاً گفته بودیم که: حضانت، ولایت بر کودک و تدبیر شئون اوست. بعداً خواهیم گفت که حضانت مانند حق شفعه و حق خیار ...، حق محض نیست بلکه حقی است همراه با تکلیف، یعنی پس از آنکه پدر یا مادر، سرپرستی کودک را به عهده گرفت، مراقبت از طفل، وظیفه و تکلیف وی می شود.

در نتیجه میتوان گفت که حضانت هم از آن جهت که نوعی تدبیر و ولایت است و هم از آن جهت که حقی همراه با تکلیف به شمار میرود، برای کسی ثابت است که از عقل و اندیشه و توان کافی برای انجام این مهم برخوردار باشد.

پس اگر پدر یا مادری، مبتلا به جنون بوده و توان اداره و تدبیر کودک و شخص مورد حضانت را نداشته باشند، نه تنها شایستگی استیفا (اجرای حق حضانت) این حق را ندارند بلکه اهلیت تمتع (بهره مندی از حق حضانت) را نیز نخواهند داشت.

از همین جهت اکثر فقهاء که شرایط حضانت را بیان داشته اند، به شرطیت عقل نیز توجه و به لزوم آن تصریح کرده اند. پس دریک جمله میتوان گفت که همه فقهاء اتفاق نظر دارند که سرپرست و مربی کودک (محضون) باید عقل باشد، بنابر این اگر عهده دار امر حضانت، دیوانه شود، خواه جنون او ادواری باشد یا اطلاق، حق حضانت او زایل می گردد.

علت عدم ولایت مجنون بر طفل این است که مجنون خود نیاز به کسی دارد که از او سرپرستی کند و امور او را بر عهده بگیرد، پس چگونه از دیگران سرپرستی نماید، زیرا که مقوله مشهور عربی است که (فاقد الشی لایعطیه) یعنی کسی که فاقد چیزی است، نمی تواند آنرا به کسی بدهد.^۲

^۱ سنن ابن ماجه، أبو عبدالله محمد بن یزید ابن ماجه قزوینی، ج ۳ ص ۱۹۸.
^۲ ابن صالح، عبدالعزیز الحضانه فی الاسلام، ص ۹۰.

۲: بلوغ

به این مفهوم که شخصی که وظیفه نگهداری و سرپرستی محزون به آن سپرده میشود اعم از اینکه زن باشد و یا مرد باید بالغ باشد زیرا که از یکطرف شخص نابالغ اگرچه اهل تشخیص و تمیز هم باشد، نمی تواند حضانت و پرورش دیگری را به دوش گیرد زیرا که وی از رسیدگی به امور خویش ناتوان است پس چگونه به امور دیگران رسیدگی نماید، و از جانب دیگر بلوغ از جمله شرایط اساسی اهلیت و تکلیف محسوب میگردد و حضانت هم از دید برخی از فقهاء نوعی تکلیف میباشد.

البته ناگفته نباید گذاشت که در موردی که حضانت بر عهده پدر یا مادر باشد، ذکر نمودن این شرط لازم نیست و شاید به همین دلیل برخی از فقهاء آن را مطرح نکرده اند، با این همه، بر مبنای اینکه اکثر فقهاء اصولاً زنان خویشاوند را در حضانت مقدم بر مردان می دانند، این شرط معقول است. مثلاً، در صورت وجود عمه یا خاله نابالغ از یک سو و پدر یا جد پدری از سوی دیگر، شرط بلوغ معنا پیدا میکند.^۱

۳: حر و آزاد بودن (برده نبودن)

به این مفهوم که شخصی که وظیفه نگهداری و سرپرستی محزون به آن سپرده میشود اعم از اینکه زن باشد و یا مرد باید حر و آزاد باشند، زیرا که حضانت نوعی ولایت است و شخصی که آزاد نباشد بر خود ولایت ندارد، پس چگونه بر دیگران ولایت داشته باشد. البته ناگفته نباید گذاشت که اگرچه این شرط در زمان ما موضوعیت ندارد، زیرا عصر بردگی و برده داری نیست، ولی بازهم اشاره اجمالی به آن خالی از فایده نخواهی بود.

۴: قدرت و توانمندی نگهداری

به این مفهوم که شخصی که وظیفه نگهداری و سرپرستی محزون به آن سپرده میشود، اعم از اینکه زن باشد و یا مرد باید قدرت و توانمندی حفاظت و نگهداری، محزون را دارا باشد، زیرا که هدف حضانت صیانت، تربیت و نگهداری محزون است، و کسی توانمندی آنرا دارا نباشد شایستگی و لیاقت حضانت را نیز ندارد، پس اشخاصی که بن سن کهولت و بزرگ سالی رسیده باشد و یا دارای مریضی مزمنی که مانع تربیت و رسیدگی به محزون گردد باشند مستحق حاضنت شده نمی توانند زیرا که قدرت و توانمندی به طور کلی، چیزی است که انسان را شایسته مسئولیت پذیری می کند. به همین سبب، ثبوت وظایف و تکالیف در هر

^۱ بن صالح، عبدالعزیز الحضانه فی الاسلام، ص ۹۰.

مکتب و مذهبی، مشروط به این شرط است. مکتب اسلام نیز قدرت و توانمندی را از شرایط عمومی تکالیف قرار داده و به همین سبب، اشخاص فاقد قدرت و توانمندی وظیفه و تکلیفی بر دوش ندارند. زیرا که الله جل جلاله فرموده است: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (البقره: ۲۸۶) ترجمه: خداوند هیچ کس را، جز به اندازه توانائی اش، تکلیف نمی کند.

و پیامبر صلی الله علیه وسلم فرموده است که «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلی حتى یبرأ وعن الصبی حتى یکبر»^۱ ترجمه: از سه کس قلم تکلیف و مؤاخذه برداشته شده است، از خوابیده تا بیدار شود، از دیوانه تا عاقل شود و از کودک تا به سن بلوغ برسد.^۲

۵: عدالت و شایستگی اخلاق

این شرط را برخی از فقهاء تحت عنوان عدالت و برخی تحت عنوان عفت، امانت، فاسق نبودن و ... آورده اند.

بدون شک فقه اسلامی پرورش و تربیت اخلاقی کودکان را بسیار مورد توجه قرار داده است. و به همین سبب در آن سفارش های بسیاری، در باره رسیدگی به تربیت اخلاقی اطفال و کودکان همت بگمارند، پس چگونه می توان از آنان انتظار داشت تا فرزندان خود را به آداب و دستوره های دینی و اخلاقی توجه دهند و تربیت کنند، کسی که فاقد چیزی است، نمی تواند آنرا به کسی بدهد. فاسدان اخلاقی خود فاقد اخلاق اند، چگونه میتوانند به فرزندان خود اخلاق بیاموزند، بنابر این، این افراد نه تنها نخواهند توانست نسبت به پرورش اخلاقی کودک اقدامی کنند بلکه به توجه به تأثیر عمیق رفتار پدر و مادر در کودک، آنان را نیز دچار خطاء و انحطاط اخلاقی خواهند کرد. و این بالاترین ضرر به کودک است. و منظور از حضانت دفع ضرر از محضون است نه ضرر رسانیده به آن.

۶: سکونت در محل ثابت (مقیم بودن)

برخی از فقهاء گفته اند که مادر وقتی عهده دار حضانت از کودک می شود باید محلی ثابت ساکن باشد، یعنی کودک را به مسافرت نبرد، غالب فقهای هم گفته اند. مادر نمی تواند کودک را به سفر ببرد، و اگر بخواهد مسافرت کند باید بچه را نزد ولی او بگذارد، این

^۱ سنن ابی داود، ابوداود سلیمان بن الاشعث، سجستانی، ج ۲ ص ۲۴۳.

^۲ ابن صالح، عبدالعزیز الحضانه فی الاسلام. ص ۹۲

موضوع در بحث سفر با محضون تشریح خواهد شد.^۱ اگر کوچی بودند مشکل ندارد زیرا به سفر رفتن از عادات معمول زندگی شان است.

۷: رعایت مصلحت طفل (محضون)

یکی از شرایط حاضنیت مراعات نمودن مصالح محضون میباشد زیرا مبنای اصلی و اساسی مشروعیت حضانت همانا رعایات مصلحت محضون است چنانچه در تعاریفی که در گذشته از حضانت صورت گرفت با صراحب دیده میشود که (و تربیة بما یصلحه ووقایته عما یوذیه).

و قانون مدنی کشورمان نیز این شرط را تضمین نمود و در ماده (۲۵۱) میفرماید (هرگاه ثابت گردد شخصیکه حضانت طفل را بعهده دارد اگرچه پدر نیز باشد، به مصلحت طفل تمام نمی شود، محکمه می تواند طفل را جهت حفاظت و پرورش به شخصیکه به درجه دوم مستحق حضانت است تسلیم نماید).

و در مورد شرایط فوق الذکر بان عابدین رحمه الله علیه فرموده است: {ویشترط فی الحاضنة ان تكون حرة بالغة عاقلة امينة قادرة، وان تخلو من زوج اجنبی، وكذا فی الحاضن الذکر سوی الشرط الاخیر.} ^۲

از فقهای مالکی ابو الحسن^۳ مالکی فرموده است: {ولها شروط مشتركة ومختصة فالمشتركة العقل والا يكون زمناً ولا عاجزاً وان يكون منزلة حرراً بالنسبة الى الانثى، وان يكون ماموناً فی دینه والا يكون به جذام ولا برص مضران وان يكون رشيداً ولا يشترط الاسلام، والمختصة بالذكر اين يكون عنده من يحضن الطفل من زوجة، او سرية وان يكون عاصباً لا غيره، الا الاخ للام، والمختص بالانثى اين تكون خالية من زوج اجنبی من المحضون دخل بها وان تكون ذات رحم محرمة عليه فبنت الخالة ونحوها لا حضانة لها.} ^۴ ترجمه: ابوالحسن از فقهای مالکی فرموده است: حضانت شرایط مشترک و شرایط خاص دارد از شرایط مشترک ان عقل است واینکه تکلیف عصبی نداشته باشد و نه عاجز باشد و نه اینکه نگهبان باشد برای طفل مونث و اینکه امین باشد در دینش و اینکه مبتلاء به مرض جزام براص نباشد یعنی (پیس و چیچک) واینکه رشید باشد و اسلام

^۱ بن صالح، عبدالعزیز الحضانه فی الاسلام. ص ۹۳.

^۲ ابن عابدین، محمد امین بن عمر، رد المختار علی در المختار، ج ۱۳ ص ۲۱ و البحر الرائق شرح کنز الدقائق، زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، مصری، ص ۱۸۹.

^۳ علی بن ابي القاسم بن عبد الله بن علي السرقسطي أبو الحسن مالكي المتوفى سنة ۴۷۲. قال ابن بشكوال له تأليف.

^۴ حاشية الحدوی علی شرح كفاية الطالب الرباني، علی بن احمد الصعیدی، عدوی، ص ۴۰۹.

شرط نیست و شرایط خاص به مرد اینکه شخصی که حضانت طفل را میکند زن داشته باشد و یا فامیل داشته باشد و اینکه عصبه باشد نه غیر از آن، غیر از برادر مادری و شرط خاص برای زن اینکه فارغ از شوهر بیگانه ای برای طفل محضون باشد که با وی دخول کرده است و اینکه این زن محرم طفل محضون باشد پس دختر خاله مانند آن حق حضانت ندارند.

و از فقهای شافعی دکتور مصطفی^۱ فرموده است: {وشرائط الحضانة سبع العقل والحرية والدين والعفة والامانة والاقامة والحلو من زوج فان اختل منها شرط سقطت.} ^۲ ترجمه: دوکتور مصطفی فرموده است. شرایط حضانت هفت اند. عقل آزادی، دین، پاکدامنی، امانت داری، مقیم بودن و خالی بودن از شوهر و اگر یکی از این شرایط مختل شد حق حضانت ساقط میشود.

و از فقهای حنبلی محمد عثیمین^۳ رحمه الله فرموده است: {فالشروط هي: الحرية، والعدالة، والاسلام اذا كان المحضون مسلماً، والبلوغ فيشترط ان يكون الحاضن بالغاً، فاذا كان شخص عمره اربع عشرة سنة، وله اخوة صغار، فليس له حق الحضانة، لان غير البالغ يحتاج الى ولي. الشرط الخامس: ان يكون عاقلاً، فالجنون لا ولاية له، لانه يحتاج الى ولاية له، لانه يحتاج الى ولاية السادس: ان يكون محرماً لين بلغت سبعا. الشرط السابع: ان يكون قادراً على القيام بواجب الحضانة، فان كان غير قادر، كرجل عاجز ليس له شخصية، لان بعض الناس عنده القدرة على الحضانة، لكنه مهمل لا يبالي، سواء صلح هذا المحضون ام لم يصلح.} ^۴ ترجمه: عثیمین رحمه الله فرموده است: شرایط این است آزادی، عدالت، اسلام، اگر محضون مسلمان بود، بالغ بودن یعنی اینکه حاضن بالغ باشد اگر شخص ۱۴ سال داشت و او برادران خورد داشت او حق حضانت ندارد بخاطریکه نا بالغ ضرورت به ولی و سرپرست دارد، شرط پنجم اینکه حاضن عاقل باشد پس برای دیوانه حق ولایت نیست بخاطریکه که خود وی به ولی و ولایت ضرورت دارد، شرط ششم اینکه محرم باشد اگر محضون به هفت سالگی رسیده بود، و شرف هفتم اینکه توانمندی ادای واجبات حضانت را داشته باشد، اگر ناتوان بود مانند مرد عاجزی که شخصیت ندارد، زیرا بعضی اشخاص توان حضانت را دارند اما بی پروا میباشد و باکی نمیکند، برابر است که صالح برای این محضون باشد و یا صالح نباشد.

۱. سروجی، مصطفی سعید بن محمد بن محمد، متولد سال ۱۲۷۹ مصنف. انتخاب الفقهاء في الفروع در چهار جلد. جهادات. در مورد فضایل جهاد نوشته است.

۲. التذهيب في ادلة متن الغاية والتقريب، مصطفی، ديب البغاء، ص ۲۹۳، سنة النشر: ۱۳۸۹ هـ، دار الامام البخاری، مكان النشر: دمشق.

۳. لفضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله الممتوفى سال ۱۴۲۱ هـ

۴. عثیمین، محمد بن صالح بن محمد، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ص ۵۳۹.

و قانون مدنی در ماده (۲۳۸) این شرایط را مخصوص زنان (حاضنه) شمرده میفرماید) زنیکه حضانت طفل را بعهده می گیرد باید عاقله، بالغه و امنیه بوده که خوف ضیاع طفل نسبت عدم واریسی وی متصور نباشد و توان حفاظت و پرورش طفل داشته باشد).

اما در مورد شرایط مردان (حاضن) صرف در ماده (۲۵۱) از شرط رعایت مصلحت محضون نامبرده و نسبت به سائر شرایط سکوت اختیار نموده است که این خود یکی از موارد تخلف آن از فقه به شمار می آید، و در ضمن اصل عمومی بودن قاعده حقوقی نیز در آن در نظر گرفته نشده است.

الف - شرایط ویژه حاضنه

منظور از شرایط ویژه و مخصوص حاضنه شرایطی است که موجودیت آن صرف برای زنان شرط استحقاق حاضنیت شمرده شده است که این شرایط ویژه قرار ذیل اند:

۱: داشتن قرابت و خویشاوندی دارای محرمیت (ذات رحم محرم) با محضون: یکی از شرایط استحقاق حاضنیت برای زنان این است که با شخص مورد حضانت قرابت و خویشاوندی که سبب محرمیت بین حاضنه و محضون گردد بوده باشند به این مفهوم که ازدواج محضونه با آنها جائز نباشد زیرا که معیار اصلی درحضانت شفقت و نوازش محضون است و درین نوع خویشاوندان این معیاروافر می باشد، پس دختر کاکا، ماما و عمه به نسبت فقدان شرط فوق مستحق حضانت نمی باشند، چنانچه کاسانی^۱ رحمه الله علیه فرموده است {اما التي للنساء فمن شرائطها ان تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العمه وبنات الخالة لان مبنی الحضانة على الشفقة، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة} ^۲ ترجمه: کاسانی رحمه الله فرموده است: شرایطی که مربوط زنهاست یکی از آن شرایط این است که زن محرمیت آن اطفال را داشته باشد، برای دختران کاکا، دختران ماما، دختران عمه و دختران خاله حق حضانت نیست بخاطری که حضانت بر اساس شفقت بنا گردیده است و رحم محرم (محرمیت) مخصوص به شفقت است.

^۱ أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني علاء الدين الشاشي حنفي نزيل حلب توفي بها سنة ٥٨٧. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبين في أصول الدين.

^۲ عثيمين محمد بن صالح بن محمد، الفتاوى هندية حنفي، ص ٣١٦، كاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص ٢٣٤.

و همچنان ابن رشد قرطبی مالکی^۱ رحمه الله علیه فرموده است: {و يستحق النساء الحضانة بوصفين، احدهما ان يكن ذوات رحم المحضون، والثاني ان يكن محرمات عليه، فان كن ذوات رحم منه ولم يكن محرمات عليه كبننت الخالة، وبننت العممة، لم يكن لهن حضانة، وان كن محرمات عليه، ولم يكن ذوات رحم منه، كالام من الرضاعة، والمحرمات بالصهر، لم يكن لهن حضانة ايضاً^۲ }

و قانون مدنی در بخش اخیر ماده (۲۴۱۹) با بیروی از فقه و اقتباس از نظریه احناف چنین حکم می نماید (دختر کاکا، دختر عمه، دختر ماما و دختر خاله در صورت که طفل پسر باشد، همچنان پسر کاکا، پسر عمه، پسر ماما و پسر خاله در صورتیکه طفل دختر باشد، حق حضانت وی را ندارد.)^۳

۲: عدم ازدواج (ازدواج نکردن حاضنه) :

به این مفهوم که یکی از شرط های ویژه ای حاضنیت زنان این است که حضانت شان مشروط به عدم ازدواج با همسر دیگری غیر از خویشاوندان و محارم محضون است، یعنی اگر زنی از همسرش جدا شد و فرزند خرد سالی داشت این زن تا زمانی شایسته تر بر نگهداری این کودک است که ازدواج نکند، اما اگر در این میان با همسری بیگانه (غیر از خویشاوندان و محارم کودک) ازدواج کند، حق حضانت او ساقط خواهد شد، زیرا که از عبدالله بن عمرو رضی الله عنه روایت است که: {عَنْ أَبِي عَمْرٍو - يَعْنِي الْأَوْزَاعِيَّ - حَدَّثَنِي عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ وَتُدْبِي لَهُ سِقَاءٌ وَحَجْرِي لَهُ حِوَاءٌ وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي »^۴

به این مفهوم که که زنی نزد رسول الله صلی الله علیه وسلم آمد و گفت یا رسول الله صلی الله علیه وسلم این فرزند من است که در شکم من پرورش یافته است و در آغوشم آرمیده و از پستانم شیر خورده و پدرش میخواهند او را از من جدا کند پیامبر صلی الله علیه وسلم فرموده: تا وقتی که مجدداً ازدواج نمایی، به حضانت وی مسحق تر هستی.

^۱ ابن رشد، محمد بن احمد بن رشد القاضي أبو الوليد الأندلسي مالكي قرطبي قاضي الجماعة بها متولد سال ۴۵۰ و متوفی سال ۵۲۰. له من الكتب اختصار المبسوط. اختصار مشكل الآثار للطحاوي. البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوحيد والتعليل. تلخيص كتاب الحسن والقبح للحكيمي. المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائل المشكلات وغير ذلك.

^۲ ابن رشد، أبو الوليد محمد بن احمد، قرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل المسائل المستخرجة، ص ۴۱۴. ۱۴۰۸ هـ - ۱۹۸۸ م. دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطبعة: الثانية.

^۳ ادریس، ابوبکر، الحضانه فی الشریعه السلامیه. الاستاذ بكلية الاداب بجامعة عمر المختار، ص ۴۳.

^۴ سنن ابی داود، ابوداود سليمان بن الاشعث، سجستانی، ج ۲ ص ۲۵۱ رقم ۲۲۷۸.

و همچنان از امام محمد رحمه الله عليه پرسیده شد: {اذا اجتمع النساء ولهن ازواج قال: يضعه القاضی حیث شاء لانه لا حق لهن کمن لا قرابة له} ^۱

و امام شافعی رحمه الله عليه در مورد فرموده است: {واذا نکحت المرأة فلا حق لها فی کینونة ولدها عندها} ^۲. ترجمه: هر گاه زن نکاح کرد بعد از آن حق بودن فرزندش را نزد خود ندارد. به این مفهوم هنگامی که زن شوهر کرد حق نگداری فرزند خود را (که از شوهر قبلی باشد) ندارد. البته این شرط مخصوص مادران نبوده بلکه مربوط تمام زنانیکه مستحق حضانت اند میباشد.

اما نا گفته نباید گذاشت که سقوط حق حضانت در موردی است که زن (حاضنه) با مرد بیگانه ای ازدواج کند، بنا بر این در صورتی که حاضنه با یکی از نزدیکان و خویشاوندان محزون که از جمله محارم آن باشد مانند کاکا و... ازدواج کند حق حضانت وی ساقط نمی گردد زیرا که این نوع اقارب خود دارای حق حضانت بوده و در نتیجه ازدواج زن و شوهر در تربیت و نگهداری طفل ب تعاون همدیگر خواهند پرداخت، اما در صورتی که حاضنه با مرد بیگانه ای ازدواج کند حق حضانت وی ساقط میگردد زیرا که درین صورت از یکطرف به نسبت عدم توجه و علاقمندی مرد بیگانه به تربیت و پرورش محزون و از طرف دیگر به نسبت مصروفیت مادر (حاضنه) به امور زنا شویی حق محزون ضایع و مصلحت آن به گونه شایان رعایت نمی شود.

چنانچه در فتاوی هندیه آمده است: {وإنما یبطل حق الحضانة لهؤلاء النسوة بالتزوج اذا تزوجن باجنبی، فان تزوجن بذی رحم محرم من الصغیر كالجدة اذا كان زوجها جداً لصغیر او الام اذا تزوجت بعم الصغیر لا یبطل حقها} ^۳.

یعنی حق حضانت زنان با ازدواج با مردانی که از اقارب محزون نباشد باطل می شود، اما اگر ازدواج شان با اقارب داری محرمیت محزون باشد چنانچه شوهر جده (مادر کلان) جد (پدر کلان) محزون باشد و یا مادر طفل محزون با کاکایش ازدواج کند درین صورت حق حضانت آن باطل نمیگردد. و امام محمد بن حسن شیبانی رحمه الله عليه در مورد فرموده است: {هذا اذا كان الزوج اجنبیا فان كان الزوج عم الصغیر یقی فی حجر الام} ^۴

^۱ موصلی، عبدالله بن محمود بن مودود الحنفی، الختیار لتعلیل المختار، ج ۴ ص ۱۵.

^۲ بهوتی منصور بن یونس بن ادریس، کشاف القناع عن متن الاقناع، ج ۱۹ ص ۳۰۳.

^۳ بلخی، نظام الدین، الفتاوی هندیه حنفی، ج ۳۱۶.

^۴ شیبانی، ابو عبدالله محمد بن الحسن، النافع الکبیر شرح جامع الصغیر، ج ۱ ص ۲۳۶.

یعنی ازدواج حاضنه زمانی مانع استحقاق حضانت میگردد که شوهر بیگانه باشد (از اقارب محضون نباشد) اگر شوهر جدید حاضنه کاکای محضون بود محضون در آغوش مادر باقی میماند.

و شمس الاثیمه سرخسی رحمه الله علیه حکمت و سبب محروین مادر از حاضنیت را در صورتی که با بیگانه ای ازدواج نماید چنین بیان داشته میفرماید: **{ولانها لما تزوجت فقد اشتغلت بخدمة زوجها فلا تتفرغ لتربية الولد والوالد في العادة يلقيه الجفاء والمذلة من زوج الام}**.^۱

یعنی زن هنگامی که ازدواج کرد مصروف خدمت شوهر میگردد و برای تربیه فرزند فرصت نمی یابد و فرزند عادتاً از جانب شوهر بیگانه مادر متضرر میگردد.^۲

۳: عدم ارتداد:

به این مفهوم که از نظر احناف اگر چه مسلمان بودن حاضنه در حضانت شرط نیست بلکه حضانت زن کافره جواز ندارد، زیرا که حضانت از جانب زنان جز شیر دادن و خدمت طفل چیز بیشتری نیست و اجرای آن توسط کافره رواست چنانچه در واقعه رافع بن سنان رضی الله عنه آمده است (عن عبد الحمید بن جعفر قال حدثني أبي عن جدي أبي الحكم رافع أنه أسلم وأبت امرأته الإسلام فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ابنتي قال هذه فطيم أو شبه الفطيم فقال أبو الحكم يا رسول الله ابنتي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحيته وقال لها اقعدي ناحيته واقعد الصبي بينهما ثم قال أدعواه فمالت الصبية إلى أمها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت إلى أبيها)^۳ به این مفهوم که رافع بن سنان رضی الله مسلمان شد زوجه اش از پذیرش اسلام امتناع ورزیده سپس رافع و زوجه اش هر دو نزد پیامبر صلی الله وسلم آمدند و هر دو خواهان حضانت و گرفتن دختر خویش شدند پیامبر صلی الله علیه وسلم دختر را مخیر گردانیده فرمود خداوندا ویرا هدایت فرما و دختر متمایل به پدر گردید.

اما مرتده نبودن آن شرط است یعنی در صورتی که حاضنه مرتده گردد حضانت وی ساقط میگردد، مگر اینکه دوباره اسلام را بپذیرد، زیرا مرتده مستحق حبس میگردد و باعث صدمه و

^۱ کاسانی، أبو بکر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين، بدائع الصنائع في الترتيب الشرائع، ص ۲۳۶، المبسوط للسرخسی، شمس الدين ابو بکر محمد ابن ابی سهل سرخسی. ج ۷ ص ۱۷۳.

^۲ ادريس، ابوبکر، الحضانه في الشريعة السلاميه. الاستاذ بكلية الاداب بجامعة عمر المختار، ص ۴۵.

^۳ سنن نسائي كبرى، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي نسائي، ج ۴ ص ۸۳ رقم ۶۳۵۲.

زیان به محضون می‌گردد. چنانچه کاسانی^۱ رحمه الله علیه فرموده است: {ومنها: عدم ردتها حتی لو ارتدت عن الاسلام بطل حقها فی الحضانه، لان المرتدة تحبس فیتضرر به الصبی}^۲

۴: امتناع نورزیدن حاضنه از حضانت طفل بدون عوض در صورت معسر (تهیدست) بودن پدر: به این مفهوم که از نظر احناف آمادگی حاضنه برای حضانت بدون عوض در صورت عدم توانایی مالی پدریکی از شرایط استحقاق حاضنیت حاضه شمرده می شود، پس در موردی که پدر محضون معسر باشد و حاضنه از حضانت بدون عوض امتناع ورزد، حق حضانت وی ساقط گردیده و به حاضنه ای که بعد از وی قرار دارد انتقال می نماید.

چنانچه در فتاوی هندی ذکر شده است {واذا كان الاب معسراً وابت الام ان تربي الا باجرة وقات العمة: انا اربي بغير اجرة فان العمة اولى هو الصحيح}^۳

۵: عدم از اقامت حاضنه با محضون در منزل و یا خانه کسی که محضون را بد ببیند، چنانچه بعد از ازدواج مادر، مادر مستحق حضانت میباشد اگر با محضون در خانه شوهر جدید مادر که از اقارب محضون نباشد اقامت نماید، استحقاق حضانت آن به نسبت فقدان یکی از شروط حاضنیت به نزد احناف ساقط می‌گردد، زیرا که ضرری که از ناحیه بیگانه بودن شوهر متصور بود درین صورت نیز متصور میباشد.^۴

ب - شرایط ویژه حاضن:

منظور از شرایط ویژه حاضن شرایطی است که موجودیت آنها برای استحقاق حاضنیت مردان حتمی و ضروری پنداشته شده است و مردانی که فاقد این شرایط باشند از حق حاضنیت استفاده کرده نمی توانند که این شرایط قرار ذیل اند:

۱: عصوبت دارای محرمیت:

به این مفهوم که آن‌عه از مردان مستحق حاضنیت شده می‌توانند که از جمله عصبات دارای محرمیت باشند، زیرا که با داشتن این نوع قرابت مراعت مصالح محضون به گونه شایان آن

^۱ الشاشي أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني علاء الدين الحنفي نزيل حلب توفي بها سنة ٥٨٧ سابع وثمانين وخمسائة. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبين في أصول الدين.

^۲ کاسانی، أبو بكر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين، بدائع الصنائع في الترتيب الشرائع، ص ۲۳۷.

^۳ بلخی، نظام الدين، الفتاوى الهندية، ص ۳۳.

^۴ ادریس، ابوبکر، الحضانه فی الشریعه السلامیه. الاستاذ بكلية الاداب بجامعة عمر المختار، ص ۴۸

صورت گرفته میتواند، چنانچه کاسانی^۱ رحمه الله عليه فرموده است: {فمن شرائطها العصبية فلا تثبت الا للعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب فالاقرب^۲}

یعنی از جمله شرایط حضانت برای مردان قرابت توام با محرمیت میباشد از اینرو این حق از آن عصبیات با در نظر داشت درجه قرابت شان میباشد.

۲: اتحاد دین:

یکی از شرایط استحقاق حضانت مردان اتحاد دین و یا همدینی بین حاضن و محضون میباشد البته این شرط از لوازم شرط قبلی (عصبیت) است زیرا که اختلاف دین مانع عصبیت بوده در حالیکه عصبیت برای استحقاق حضانت مردان از جمله شرایط اساسی محسوب میگردد. حتی اگر دو برادر یکی یهودی و دیگری مسلمان باشند، و برادر سومی شان که طفل است نیز یهودی باشد حضانت آن به برادر یهودی اش میرسد زیرا که عصبه است نه به برادر مسلمانش. چنانچه کاسانی^۳ رحمه الله عليه فرموده است: {ومنها: اتحاد الدين فلا حق للعصبة في الصبي الا ان يكون على دينة كذا ذكر محمد وقال: هذا قول ابي حنيفة وقياسه، لان هذا الحق لا يثبت الا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالو في الاخوين اذا كان احدهما مسلما والاخر يهوديا والصبي يهودي: ان اليهودي اولى به، لانه عصبه لا للمسلم^۴} پس هرگاه محضون مسلمان باشد مسلمان بودن حاضن برای استحقاق حضانت شرط است زیرا که از یکطرف اتحاد دین شرط عصوبت است. و عصوبت و توارث، معیار استحقاق حضانت مردان است زیرا که شفقت مردان نسبت به زنان ضعیف تر است چنانچه گفته شده (يشترط في الحاضن ان يكون متحدا مع المحضون في الدين، لان الشفقة التي تقوم عليها حضانة النساء غير متوفرة هنا، كما ان حق الرجال في الحضانة مبني على الحق في التوارث، ولا توارث بين المختلفين ديناً).

از جانب دیگر حضانت از جانب مردان نوعی ولایت، اقتدار و سلطه بر کودک است و واگذار کردن حضانت کودک مسلمان به حاضن کافر مستلزم مسلط کردن وی بر مسلمان خواهد بود، در حالی که بر اساس آیه کریمه: ((وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا^۵))

^۱ الشاشي أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني علاء الدين الحنفي نزيل حلب توفي بها سنة ٥٨٧ سيع وثمانين وخمسائة. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبين في أصول الدين.

^۲ كاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين، بدائع الصنائع في الترتيب الشرائع، ص ٢٤٢.

^۳ الشاشي، أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني علاء الدين الحنفي نزيل حلب توفي بها سنة ٥٨٧ سيع وثمانين وخمسائة. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبين في أصول الدين.

^۴ كاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين، بدائع الصنائع في الترتيب الشرائع، ص ٢٤٣.

^۵ النساء، آیه ١٤١

کافر هیچ گونه سلطه ای برای مسلمان ندارد. بنابراین، حاضن کافر حق نگهداری و سرپرستی این کودک را ندارد.

مبحث چهارم: حق حضانت

قبل از پراختن به توضیح و تشریح این مطلب ایجاب می نماید که تعریفی از کلمه حق داشته باشیم تا با بصیرت و آگاهی تام، و دور از هر گونه ابهام، غموض و پیچیدگی وارد تحقیق و پژوهش پیرامون موضوع حق حضانت گردیم.

حق: منظور از حق در این جا همان اقتدار و اعتباری است که از سوی شارع و قانونگذار به شخص واگذار می شود.

در باره ماهیت حقوقی حضانت و اینکه آیا حضانت حق حاضن است یا محضون یا اصولاً از مقوله حقوق نیست، در منابع فقهی و حقوقی بحث شده است. از عبارت فقهاء بر می آید که آنان حضانت را نوعی حق برای حاضن می دانسته اند، زیرا از آن با تعبیر حق حضانت سخن گفته اند.

همچنین بسیاری از فقهای متاخر تصریح کرده اند که اسقاط پذیر بودن حضانت، که در برخی احادیث هم تایید شده است، نشان می دهد که احضانت نوعی حق است از این رو، قابل نقل و انتقال هم هست.

و از فتوهای فقهی نیز می توان دریافت که حضانت حق مادر است و وی می تواند از پذیرفتن آن خود داری کند در حدیثی نبوی {انت احق به مالم تنکحی}^۱ نیز پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم حضانت کودک را حق مادرش دانسته است، مشروط بر آنکه وی مجدداً ازدواج نکند. برخی از فقهای مالکی، حضانت را نوعی واجب کفایی دانسته اند به این معنا که با پذیرش حضانت کودک از سوی یک نفر، این مسئولیت از عهده دیگران برداشته می شود، مگر اینکه کسی جز مادر یا جز پدر برای حضانت کودک وجود نداشته باشد که در این صورت نگهداری کودک بر آنان واجب است، این نظر را می توان موید نظریه ای دانست که حضانت را بنفسه نوعی حق اولویت برای حاضن می داند، همچنان که تعبیر اولویت نیز در سخنان فقها بسیار به چشم می خورد. ولایت بودن حضانت نیز چنین مفهومی را در بر دارد.

^۱ نیشاپوری، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاکم، المستدرک علی الصحیحین، ج ۴ ص ۲۲۵. ۱۴۱۱ - ۱۹۹۰، دار الکتب العلمیة، بیروت، الطبعة الأولى، تحقیق: مصطفی عبدالقادر عطا.

در برابر، این دیدگاه، دیدگاه دیگری در فقه اسلامی مطرح شده است که حضانت در واقع حق طفل (محضون) به شمار می رود، زیرا خود داری والدین و هر حضانت کننده دیگر از حضانت کودک موجب مرگ یا ضرر رسیدن به طفل می شود. در این صورت، حضانت، بیشتر نوعی تکلیف برای حاضن است تا دربر دارنده حقی برای او، به نظر فقهاء در مواردی مادر یا پدر طفل نمی توانند از پذیرفتن حضانت کودک تن زنند و نگاهداری کودک بر آنان لازم است. براین اساس، میتوان گفت که حضانت در واقع هم حق کودک را تامین می کند و هم حق حاضن را، زیرا اعطای نوعی ولایت و اختیار به حضانت کننده و دارای هر دو جنبه است. برخی از فقهاء و حقوقدانان نیز به این ویژه گی حضانت توجه کرده و آن را دربر دارنده هر دو جنبه و آمیز ای از حق و تکلیف دانسته اند.

چنانچه ابن عابدین^۱ رحمه الله علیه فرموده است: {اختلف في الحضانة، هل هي حق الحاضنة، او حق الولد فقيل بالاول فلا تجبر اذا امتنعت و رجحة غير واحد. وعليه الفتوى وقيل بالثاني فتجبر، واختاره الفقهاء الثلاثة ابو الليث والهندواني و خواهر زاده^۲} ترجمه: ابن عابدین رحمه الله فرموده است: در مورد حضانت اختلاف است که آیا این حق حضانت کننده است و یا حق طفل گفته شده است که حق حضانت کننده است و اگر امتناع ورزید از حضانت مجبور کرده نشود و بیشتر از یک عالم آنرا ترجیح داده اند و فتوا به آن است. گفته شده است که حق طفل است و اگر حضانت کننده امتناع ورزید مجبور کرده شود و این قول را فقهای سه گانه ابوليث، هندوانی و خواهر زاده اختیار کرده اند.

وهمچنان ابن عربی رحمه الله علیه فرموده است: {قد اختلفت فيه رواية علمائنا على ثلاثة اقوال: احدها: ان الحضانة حق لله سبحانه. الثاني: انها حق للام. الثالث: انها حق للولد.} ^۳ ترجمه: و ابن عربی رحمه الله فرموده است (روایات علماء مایان در مورد حضانت مختلف است به سه قول یک حضانت حق الله سبحانه و تعالی است، دوم آن حق مادر است، سوم حق طفل است.

پس از لابلاي آنچه که گفته شد چنین استنباط میگردد که به صورت کل در پاسخ به این پرسش که: آیا حضانت حق است یا تکلیف و یا هر دو؟ با در نظر داشت این اگر حضانت را مطلقاً حق بدانیم در آن صورت والدین (حاضنه و حاضن) در اعمال آن مختار خواهند بود و

^۱ ابن عابدین، السيد محمد امين عابدین بن السيد عمر عابدین بن عبد العزيز بن احمد بن عبدالرحيم دمشقي الحنفي المفتي العلامة مشهور بابن عابدین متولد سال ۱۱۹۸ و توفی سنة ۱۲۵۲. له من التصانيف الابانة عن اخذ الاحرة على الحضانة صاحب رد المختار.

^۲ ابن عابدین، محمد امين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، ج ۱۳ ص ۳۳.

^۳ جصاص، احمد ابن علی المکنی بابی بکر الرازی الحنفي، احكام القرآن، ج ۲ ص ۶۲.

تعهدی در قبال اطفال (محضون) نخواهند داشت، البته برخی، حضانت را حقی نه برای والدین، بلکه برای صغیر قلمداد کرده اند که در واقع، همان تکلیف برای والدین خواهد بود.

و اگر حضانت را مطلقاً حکم قانونگذار یا تکالیف ناشی از این حکم بدانیم، حضانت در زمره احکام یا قوانین امری قرار می گیرد و کسی که سرپرستی طفل بر او امر مقرر شده (حاضنه و حاضن) نمی تواند از این تکلیف، شانه خالی کند و یا اجرای آن را محدود سازد و یا به دیگری واگذارد.

پس می توان گفت که حقیقت این است که حضانت و نگهداری محضون نسبت به خود محضون به اتفاق همه فقهاء و حضوقدانان حق است، اما نسبت به حاضنه و حاضن هم حق است و هم تکلیف به این مفهوم که حضانت دارای دو وجه و چهره میباشد یعنی که هر چهره ایی از حق دارد و هم چهره ایی از تکلیف.

حق است به دلیل اختیاراتی که به سرپرست طفل میدهد و حق تقدیمی را که برای او به وجود می آورد.

و تکلیف است به جهت این که هدف از ایجاد آن حفظ حقوق عمومی بویژه رعایت مصلحت کودک است.

از همین جهت یوسف قاسم در مقاله خود چنین فرموده است: {فانی اقول- والله اعلم - : ان الحضانة حق من الحقوق المشتركة بين الله- تبارک و تعالی- وبين العباد، ثم ان الجانب الثالث للعباد يشترك فيه اكثر من فرد، لكل مصلحة في هذا الجانب، فضلاً عن حق الله تعالى المتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع التي تتجلى في نشأة افراده نشأة سليمة صالحة} ¹

مبحث پنجم: سلب و انتقال حضانت

یکی از موضوعات قابل بحث مربوط حضانت موضوع سلب و انتقال و یا سقوط و عودت حضانت میباشد، این مفهوم که همانطوریکه قبلاً گفته شد استحقاق حاضنیت مشروط به داشتن یک سلسله شرایط و یا نبود یک سلسله موانع میباشد، که در صورت عدم موجودیت شرطی ازین شرایط و یا موجودیت مانعی ازین موانع، استحقاق حاضنیت ساقط میگردد، به گونه مثال هر گاه حاضنه با شخصی غیر از اقارب و خویشاوندان محضون ازدوج نماید، و یابه سرزمین دوری سفر نماید، و یا حاضن و حاضنه گرفتار جنون، عته، مرض مضر، فسق گردند و

¹ . مقاله: حقوق اسرة فی الاسلام، نوشته یوسف قاسم، سایت انترنتی: ستار تایمز. www.startimes.com

یابه سن بلوغ نرسیده باشند، و یا غلام و کنیز باشند یا حاضنه مرده گردد و یا حاضن کافر باشد.

اما پرسشی که باید به آن پاسخ گفته شود این است که در صورت اعاده، بازگشت و موجود شدن شرایط معدوم زوال و از بین رفتن موانع موجود استحقاق حاضنیت بازگشت و عود می نماید و یا خیر؟

در پاسخ این پرسش باید گفت که درین مورد فقهاء اختلاف نظر دارند که ذیلاً به بیان آن می پردازیم.

الف - نظریه جمهور:

جمهور فقهاء (احناف، شوافع، حنابله) می گویند که هنگامیکه حضانت در اثر فقدان شرطی از شرایط و یا وجود مانعی از موانع آن ساقط گردد در صورت موجود شدن شرط مفقود و زایل شدن مانع موجود حضانت در باره به صاحب و مستحق آن اعاده میگردد اعم از اینکه فقدان شرط و یا وجود مانع اضطراری باشد و اختیاری، زیرا که اصل فقهی این است که {اذا زال المانع عاد الممنوع}^۱ هر گاه مانع زائل شد ممنوع بازگشت میکند.

چنانچه حدادی^۲ رحمه الله فرموده است: {وكل من سقط حقها من هولاء بالتزويج فمات عنها زوجها او ابانها عاد حقها لزوال المانع}^۳

و همچنان زیلعی رحمه الله فرموده است: {تعود الحضانة لو زالت بجنون وردة، ثم زال المانع} و به گونه عام تر فرموده است: {ويقول الحق بزوال مانعه}^۴

از فقهای شافعی زکریا الانصاری^۵ رحمه الله فرموده است: {لو اسلمت الكافرة او تعتقت الامة او طلقت من سقط حقها بالنكاح او افاقت المجنون او رشدت الفاسقة ولو رجعيا او افاقت المجنونة او رشدت الفاسقة استحققت الحضانة لزوال المانع}.^۶

^۱ مجلة الاحكام العدليه، اللجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، ص ۱۹.
^۲ الحداد العبادي، أبو بكر بن علي بن محمد اليمني فقيه حنفي متوفى سال ۸۰۰. آثارش الجوهر المنير مختصر السراج الوهاج له. الرحيق المختوم شرح قيد الأوابد في الفقه. سراج الظلام وبدر التمام في شرح المنظومة الهاملية لأستاذة. السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج في شرح مختصر القدوري. كشف التنزيل في تحقيق المباحث والتأويل في تفسير القرآن مجلدين. النور المستنير في شرح منظومة النسفي في الخلاف وغير ذلك.

^۳ حدادی، ابوبکر بن علی بن محمدالعبادی الیمنی- الزبیدی، الجوهرة النيرة، ج ۴ ص ۳۵۵.

^۴ ابن عابدين، محمد امين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، ج ۱۳ ص ۵۱.

^۵ زکریا انصاری مصري شافعي متوفى سال ۹۲۶.

^۶ مقدسی، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل لشیبانی. ج ۱۸ ص ۲۴۶.

و از فقهای حنبلی ابن قدامه رحمه الله فرموده است: {وكل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع، كرق، او كفر، اوفسوق، او جنون، اوصغر، اذا زال المانع، مثل ان عتق الرقيق، واسلم الكافر، وعدل الفاسق، وعقل المجنون، وبلغ الصغير، عاد حقهم من الحضانة لان سببها قائم و انما امتنعت لمانع، فاذا زال المانع، عاد الحق بالسبب السابق الملازم، كالزوجة اذا طلقت} ^۱

ب - نظریه فقهای مالکی:

فقهای مالکی میگویند: که هر گاه حضانت به سبب اضطرار و ناچاری مانند خوف، مرض، سفر حج و غیره سقوط نماید در صورت زوال آن (تحقیق امن شفا یافتن، برگشتن از سفر) دوباره به وی اعاده میگردد زیرا که مانع حضانت عذر است و مبنای عذر اضطرار و ناچاری، هنگامی که مانع زائل گردد ممنوع باز میگردد. اما هر گاه فقدان شرط و یا ایجاد مانع به اختیار خود حاضن و یا حاضنه صورت گیرد مانند اینکه حاضنه با اجنبی غیر محروم ازدواج نماید و یا ارزوی اختیار سفر نماید، با زائل شدن این نوع مانع حضانت دوباره اعاده و بازگشت نمی کند زیرا که سقوط حضانت با اختیار او صورت پذیرفته و آن عذر موجه پنداشته نمی شود.

چنانچه در دیر الله فرموده است: {فاذا زال العذر عادت الحضانة بزواله} ^۲ و قانون مدنی با پیروی و متابعت از نظریه جمهور فقهاء در ماده (۲۴۳) در مورد چنین حکم می نماید (هر گاه حق حضانت به سببی از اسباب قانونی ساقط گردد، با از بین رفتن سبب مذکور، این حق دوباره اعاده میگردد.)

^۱ مقدسی، أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد، المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل لثیبانی. ج ۱۸ ص ۲۴۶.
^۲ عدوی، ابوالبرکات احمد بن محمد، الشهیر بالدردیری، الشرح الکبیر. ج ۲ ص ۵۳۳.

فصل چهارم

آثار و احکام حضانت

پس از شناختن مستحقین و شرایط حضانت که در بخش گذشته پیرامون آن به گونه مفصل بحث و تحقیق صورت گرفت، شناسای آثار و احکام آن که حاوی و در بر گیرنده موضوعات مانند: زمان و یا مدت حضانت، مکان حضانت، اجرت و هزینه حضانت چگونگی روابط اجتماعی در جریان حضانت و سر انجام پایان حضانت میباشد ضروریست ازینرو، درین بخش ضمن مطالب جداگانه به تحقیق و پژوهش پیرامون همین موضوعات به گونه ذیل خواهیم پرداخت.

مبحث اول: مدت و مکان حضانت

بدون شک انسان ها در انجام هر عمل و تکلیفی نیاز به زمان و مکان دارند از آنجائیکه حضانت نیز عمل و یا تکلیفی است که باید آنرا حاضنه و یا حاضن انجام دهد، ضرورت است تا درین بخش از تحقیق زمان و مکان حضانت را به بررسی و مطالعه بگیریم.

مطلب اول - مدت حضانت:

منظور از زمان و یا مدت حضانت این است که حضانت از چه زمانی آغاز و چه زمانی خاتمه می یابد، و یا به عبارت دیگر اینکه محضون از چه وقت تا به کدام وقت مستحق آن است که مورد حضانت، سرپرستی و نگهداری حاضنه و یا حاضن قرار گیرد و یا از چه زمانی و تا به کدام زمانی حاضنه و حاضن حق و یا تکلیف و مسولیت حضانت، سرپرستی و نگهداری محضون به دوش دارد.

چنانچه در گذشته گفته شد حضانت در حقیقت دستگیری و رسیدگی به گروهی از اقشار محروم و نیاز مند جامعه بشری در یک مقطع زمانی مشخص و معین می باشد؛ پس با درنظر داشت این مفهوم میتوان گفت که به اتفاق نظر فقهاء حضانت از زمان بروز و ظهور نیاز مندی محضون (طفل، مجنون، معتوه) آغاز و شروع میگردد که این نیاز مندی در اطفال از موقع ولادت و به دنیا آمدن، و در مجنون و معتوه، از موقع ابتلاء و گرفتاری به جنون و عته بروز

وظهور می نماید، و میان پسر و دختر درین مرحله تفاوتی وجود ندارد. ولی در مورد انتها و پایان زمان حضانت فقهاء اختلاف نظر دارند؛ که به گونه ذیل به بحث و بررسی گرفته میشود.

نظریه احناف:

فقهای حنفی رحمهم الله میگویند: که هر گاه محزون پسر باشد؛ مدت حضانت آن زمانی خاتمه می یابد که از خدمات و سرپرستی زنان بی نیاز گردد و بتواند امور خویش را به گونه مستقلانه انجام داده و انسجام بخشد؛ که معمولاً سن هفت سالگی میباشد.

چنانچه حدادی^۱ رحمه الله فرموده است: {الام و الجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده و يلبس وحده ويستنجى وحده، قدره الخصاص بسبع سنين اعتباراً للغالب.} ^۲

اما اگر محزون دختر باشد مدت حضانت آن تا رسیدن به سن حیض ادامه یافته تا بتواند چگونگی حیض را از دارنده گان آن یعنی زنان حایضه حاضنه بیاموزد، و با رسیدن محزونه به سن حیض مدت حضانت آن خاتمه و پایان می یابد؛ که معمولاً سن نه سالگی میباشد. چنانچه زیلعی رحمه الله می فرماید که امام ابویوسف رحمه الله فرموده است: {إذا بلغت الجارية حد الشهوة فالاب احق بها، وهي لا تشتهي حتى تبلغ تسع سنين، وعليه الفتوى.} ^۳

بعد از سپری شدن این مدت حق اولویت سرپرستی و رسیدگی به فرزند از آن پدر است چنانچه ابن مازه^۴ رحمه الله می فرماید که امام محمد رحمه الله علیه فرموده است: {إذا كان لرجل ولدٌ صغير وقد فارق امه، فالام احق بالولد من الاب الى ان يستغنى عنها، فاذا استغنى عنها فالاب احق به.} ^۵ و هر گاه محزون اعم از اینکه پسر باشد و یا دختر؛ مجنون و یا معتوه بود، بعد از بلوغ نیز، نزد

^۱ أبو بكر بن علي بن محمد الحداد العبادي اليمني فقيه حنفي متوفى سال ۸۰۰. آثارش الجوهر المنير مختصر السراج الوهاج له. الرحيق المختوم شرح قيد الأوابد في الفقه. سراج الظلام وبدر التمام في شرح المنظومة الهاملية لأستاذه. السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج في شرح مختصر القدوري.

^۲ حدادی، ابوبکر بن علی بن محمدالعبادی الیمنی- الزبیدی، الجوهرة النيرة. ج ۴ ص ۳۵۷.

^۳ زیلعی، فخرالدین عثمان بن علی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، ج ۷ ص ۳۸۰.

^۴ ابن مازه، الإمام برهان الدين أبو المعالي محمود بن الصدر السعيد تاج الدين احمد بن برهان الدين عبد العزيز بن عمر البخاري الحنفي المعروف به ابن مازه متولد سال ۵۵۱ و متوفی سال ۶۱۶ ست عشرة وستائة له من التصانيف تنمة الفتاوى. التجريد في الفروع. ذخيرة الفتاوى ثلاث مجلدات. شرح أدب القضاء للحصاف. شرح الجامع الصغير للشيباني في الفروع. شرح الزيادات للشيباني. الطريقة البرهانية. فتاوى البرهاني. المحيط البرهاني في الفقه النعماني. الوقعات في الفقه. وجيز في الفتاوى.

^۵ مازه. محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد برهان الدين نجارى، المحيط البرهان. ج ۸ ص ۳۵۹.

مادر باقی میماند، چنانچه حدادی^۱ رحمه الله فرموده است: {ومن بلغ معتوها كان عند الام سواء كان ابنا او بنتاً}^۲

نظریه مالکی ها:

فقه‌های مالکی رحمه الله در مورد میگویند: که مدت حضانت محزون که پسر باشد از زمان تولد آن آغاز و تا زمان بلوغ آن ادامه می یابد و مدت حضانت محزونی که دختر باشد از زمان تولدش آغاز و تا زمان ازدواج آن ادامه می یابد، به این مفهوم که حضانت پسر با بلوغ و حضانت دختر با ازدواج آن پایان و خاتمه می یابد.

نظریه شافعی ها :

فقه‌های شافعی رحمه الله در مورد میگویند: که انجام و پایان حضانت مدت معین و معلوم ندارد، بلکه طفل محزون نزد مادرش تا زمانی باقی میماند که دارای تشخیص و تمیز گردد که بتواند یکی از والدین را برای بود و باش خود انتخاب نماید. چنانچه زکریا انصاری^۳ رحمه الله فرموده است: {وتستدام الحضانة علی من بلغ سنی التدبیر لنفسه}^۴

سپس محزون اختیار دارد تا یکی از والدین را (در صورتی که هر دو اهلیت حضانت را داشته باشند) انتخاب نماید. چنانچه انصاری^۵ رحمه الله فرموده است: {الطفل بعد التمییز یخیر بین ابویه ان افترقا وصلحاً للحضانة ویكون عند من اختار منهما}^۶

درین مرحله اگر پسر مادر را انتخاب نمود، باید شب را نزد او سپری نماید و روز را نزد پدر، تا پدر به امور تعلیمی و تربیتی آن بپردازد. چنانچه انصاری رحمه الله فرموده است: {واما الذکر اذا اختارها فیکون عندها لیلاً وعند الاب نهاراً لیعلمه الامور الدینیة والدنیویة علی ما یلیق به ویودبه بها ولا یهمله باختیاره الام لان ذالک من مصالحه.} و اگر دختر، مادر را، انتخاب کرد شب و روز نزد او می ماند، زیرا که امور تعلیمی و تربیتی دختر مربوط مادر میباشد، و پدر به باز دید و زیارت آن

^۱ الحداد العبادي، أبو بكر بن علي بن محمد اليمني فقيه حنفي متوفى سال ۸۰۰ ثمانمئة. آثارش الجوهر المنير مختصر السراج الوهاج له. الرحيق المختوم شرح قيد الأوابد في الفقه. سراج الظلام وبدر التمام في شرح المنظومة الهاملية لأستاذة. السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج في شرح مختصر القدوري. كشف التنزيل في تحقيق المباحث والتأويل في تفسير القرآن مجلدین. النور المستنير في شرح منظومة النسفي في الخلاف وغير ذلك.

^۲ حدادی، ابوبکر بن علی بن محمد العبادي اليمني- الزبيدي، الجوهرة النبيرة. ج ۴ ص ۳۵۷.

^۳ زکریا الانصاري المصري الشافعي الممتوفى سال ۹۲۶ ست وعشرين وتسعمائة

^۴ انصاری. شيخ السلام زکریا، اسنى المطالب فی شرح روض الطالب، ج ۳ ص ۴۴۹.

^۵ زکریا الانصاري المصري الشافعي الممتوفى سال ۹۲۶ ست وعشرين وتسعمائة.

^۶ انصاری. شيخ السلام زکریا، اسنى المطالب فی شرح روض الطالب، ج ۳ ص ۴۵۰.

طبق معمول بیاید. چنانچه زکریا انصاری^۱ رحمه الله فرموده است: {وان اختيرت الام والولد انثى كانت عندها ليلاً ونهاراً لاستواء الزمان في حقها ويزورها الاب على العادة ولا يطلب احضارها عنده.}^۲

و اگر پسر و یا دختر، پدر را انتخاب نمود، باید شب و روز با آن سپری نمایند؛ درین صورت پسر اجازه دارد تا به زیارت و دیدار مادر برود، اما دختر اجازه رفتن را نداشته بلکه مادر به دیدن آن بیاید. زکریا انصاری^۳ در مورد چنین فرموده است: {الاب ان اختير منع الانثى لا منع الذكر من زيارة الام لتالف الصيانة وعدم البزور والام اولى منها بالخروج لزيارتها لسنها وخيرتها لا من عيادتها لشدة الحاجة اما الذكر فلا يمنعه من شيء من ذلك لتلا يالف العقوق و لانه ليس بعورة فهو اولى منها بالخروج والام زيارتها في بيته في يوم من الايام يومين فاكثر على العادة لا في كل يوم}^۴

و اگر فرزند خواه پسر باشد و یا دختر هر دو (پدر و مادر) را انتخاب کرد، میان آن دو قرعه انداخته می شود. (فان اختارهما اقرع بينهما ويكون عند من خرجت قرعته منهما) و اگر فرزند سکوت اختیار کرد و هیچ یکی را انتخاب نکرد، درین صورت حضانت از آن مادر است. چنانچه زکریا انصاری^۵ رحمه الله علیه در مورد فرموده است: {ولو خير الولد بين ابويه مثلاً فسكت فالام اولى لانه لم يختر غيرها وكانت الحضانة لها فيستصحب ما كان وكذا لو اختار غيرها.}^۶

نظریه حنبلی ها:

فقهایی حنبلی رحمهم الله در مورد میگویند که زمان ومدت انجام و پایان حضانت اعم از اینکه محضون پسر باشد و یا دختر رسیدن به سن هفت سالگی است، پس از آن محضون اگر پسر باشد در انتخاب یکی از والدین اختیار دارد و تحت حضانت کسی قرار میگیرد که انتخاب کند، خواه پدر باشد و یا مادر. چنانچه ابن قدامه مقدسی^۷ رحمه الله فرموده است: {ان الغلام اذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه، خير بين ابويه، اذا تنازعا فيه، فمن اختاره منهما، فهو اولى به.}^۸

^۱ زکریا الانصاري المصري الشافعي متوفى سال ۹۲۶

^۲ انصاری. شيخ السلام زکریا، اسنى المطالب فى شرح روض الطالب، ج ۳ ص ۴۵۰.

^۳ زکریا الانصاري المصري الشافعي، متوفى سال ۹۲۶

^۴ انصاری. شيخ السلام زکریا، اسنى المطالب فى شرح روض الطالب، ج ۳ ص ۴۴۹.

^۵ زکریا الانصاري المصري الشافعي متوفى سال ۹۲۶.

^۶ القواکه الدوانی علی رساله ابن ابی زید القيروانی، أحمد بن غنیم بن سالم نفرأوی، ج ۱۳ ص ۴۵۱.

^۷ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامه المقدسي الدمشقي (ت ۶۲۰ هـ).

^۸ مقدسی، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل لشیبانی، الشهير بابن قدامة. ج ۱۸ ص ۲۲۵.

و اگر محزون دختر باشد حق اولویت از آن پدر است یعنی باید نزد پدرش باقی بماند. {و اذا بلغت الجارية سبع سنين، الاب احق بها... ان الغرض بالحضانة الحظ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند ابیها، الا انها تحتاج الى حفظ، والاب اولی بذالك} ^۱

و اگر محزون مجنون و یا معتوه بود نزد مادرش باقی میماند {فان كان معتوها كان عند الام، ولم یخیر، لان المعتوه بمنزلة الطفل و ان كان كبيراً ولذالك كانت الام احق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه} ^۲

هر گاه محزون پسر باشد و در انتخاب یکی از والدین اختیار داده شد، هیچ یکی از آنها را انتخاب نکرد و یا هر دو را انتخاب کرد؛ درین صورت ذریعه قرعه یکی از آنها ترجیح داده میشود. {وان خیرناه، فلم یختر واحداً منهما، او اختارهما معاً، قدم احدهما بالقرعة، لانه لا مزیة لاحدهما علی صاحبه، ولا یمكن اجتماعهما علی حضانتہ، فقدم احدهما بالقرعة} ^۳

و هر گاه دختر نزد یکی از پدر و یا مادر باشد، شب و روز نزد آن میباید زیرا که نیازی به بیرون شدن آن دیده نمی شود و نزد هر یکی که بود، دیگر در آنجا به زیارت و دیدار آن میروند. {اذا كانت الجارية عند الام او عند الاب، فانها تكون عنده لیلأ و نهاراً، لان تادیبها و تخریجها فی جوف البیت، من تعلیمها الغزل و الطبخ و غیرهما، ولا حاجة بها الی الاخراج منه، ولا یمنع احدهما من زیارتها عند الاخر، من غیر ان یخلو الزوج بامها، ولا یطیل، ولا یتبسط، لان الفرقة بینهما تمنع تبسط احدهما فی منزل الاخر و ان مرضت، فالام احق بتمریضها فی بیتها} ^۴ ترجمه: هر گاه دختر به نزد پدر و یا مادر بود پس نزد اول شب و روز باشد، بخاطریکه تربیه تعلیم او دوختن ملابسه، و پختن غذا و غیره آن میباید که ضرورت به بیرون کردن او از آن خانه میباید، و هیچ کدام از پدر و مادر از ملاقات کردن به آن دختر در نزد دیگری منع نشود بدون اینکه شوهر با مادر او خلوت نماید. در وقت ملاقات دیر و زمان زیادی سپری نکند و فراخی و تبسط نکند، بخاطری که جدایی بین آنها فراخی یکی از آنها را در منزل دیگری منع میکند. و اگر این دختر مریض شد پس مادر به پرستاری او در خانه خود مستحق تر است.

^۱ مقدسی، أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد، المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل لشیبانی، الشهیر بابن قدامة ج ۱۸ ص ۲۳۰.

^۲ مقدسی، أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد، المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل لشیبانی، الشهیر بابن قدامة ج ۱۸ ص ۲۳۰.

^۳ مقدسی، أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد، المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل لشیبانی، الشهیر بابن قدامة ج ۱۸ ص ۲۳۰.

^۴ مقدسی، أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد، المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل لشیبانی، الشهیر بابن قدامة ج ۱۸ ص ۲۳۰.

و هر گاه پسر از هفت سالگی بودن نزد مادر را انتخاب نماید، درین صورت شبانه نزد او میباید و روزانه نزد پدر تا علم و هنر بیاموزد. {وان كان الغلام عند الام بعد السبع لاختياره لها، كان عندها ليلاً وياخذة الاب ثاراً ليسلمه في مكتب او في صناعة، لان القصد حظ الغلام وحظه فيما ذكرناه} ^۱

و هر گاه پسر، بودن نزد پدر را انتخاب نماید درین صورت شب و روز نزد او میباید، و پدر مانع رفتن آن به زیارت و دیدار مادرش نمی گردد. {وان كان عند الاب، كان عنده ليلاً وثاراً، ولا يمنع من زيارة امه، لان منعه من ذلك اغراءً بالعقوق، وقطيعة للرحم} ^۲

مناقشه مذاهب:

در مورد آغاز و انجام حضانت که نظریات فقها با دلایل شان ذکر گردید به اتفاق همه آغاز حضانت از طفل وقت تولد است از مجنون و معتوه از موقع گرفتاری آن میباید شد و اختلاف فقها در انجام حضانت میباید شد. که احناف گفت حضانت زمانی انجام می یابد که محضون از خدمات و سرپرستی زنان بی نیاز گردد و بتواند امور خویش را به گونه مستقلانه انجام داده و انسجام بخشد که معمولاً سن هفت سالگی میباید. و اگر محضون دختر باشد مدت حضانت آن تا رسیدن به سن حیض ادامه میباید تا بتواند چگونگی حیض را از دارنده گان آن یعنی زنان حایضه حاضنه بیاموزد، و با رسیدن محضونه به سن حیض مدت حضانت آن پایان می یابد؛ که معمولاً سن نه سالگی میباید. و مالکی ها گفته اند که حضانت پسر تا زمان بلوغ و از دختر الی ازدواج ادامه میباید که دلایل شان هم ذکر گردید. و شوافع گفته اند که انجام حضانت مدت معین ندارد تا زمان که تشخیص نموده پدر و یا مادر را برای نگهداری انتخاب نماید نزد مادر میماند و بعداً اگر پدر را انتخاب نمود میتواند مادر را هم ملاقات کند و اگر مادر را انتخاب نمود شب نزد مادر و روز نزد پدر باشد که دلایل شان هم ذکر گردید. درینجا نظریه احناف ترجیح دارد زیرا گذاشتن قید تا زمانی که محضون از نیاز مندی خدمت و سرپرستی بی نیاز میگردد خاتمه میباید گذاشته شده و معمولاً هفت سالگی و نه سالگی گفته شده که اگر باز هم امور خویش را بگونه مستقلانه انجام ندهد پایان نمیاید تا زمان تکمیل شدن این قید که دیگر دلایلش هم ذکر گردید. (نظر نویسنده)

نظریه قانون مدنی :

قانون مدنی کشور مان در مورد نظریه احناف را اختیار نموده در ماده (۲۳۰) چنین فرموده است

: (مدت حضانت پسر با سن هفت و از دختر با سن (۹) سالگی تمام خاتمه پیدا میکند.) و صلاحیت

^۱ مقدسی، أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد، المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل لثیبانی، الشهیر بابن قدامة ج ۱۸ ص ۲۳۰.

^۲ مقدسی، أبو محمد موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد، المغنی فی الفقه الامام احمد ابن حنبل لثیبانی، الشهیر بابن قدامة ج ۱۸ ص ۲۳۰.

تمدید این مدت را تا دو سال دیگر به محکمه تفویض نموده در (ماده ۲۵۰) چنین فرموده است: (محکمه میتواند مدت حضانت مندرج ماده (۲۴۹) این قانون را تمدید نماید. مشروط بر اینکه مدت تمدید شده از دو سال تجاوز نکند.)

جدول تبیین آغاز و انجام زمان حضانت

ملاحظات	مدت زمانی حضانت			محضون	حاضن	مذهب	شماره
	پس از انجام	انجام	آغاز				
	نزد پدر	هفت سالگی	پس از تولد	پسر	مادر	احناف	۱
	نزد پدر	الی نه سالگی	پس از تولد	دختر	مادر		
	نزد مادر	الی صحت یابی و نجات از جنون و عته	از آغاز گرفتاری به جنون و عته	مجنون و معتوه	مادر		
	نزد پدر و یا مادر	الی بلوغ	پس از تولد	پسر		مالکی ها	۲
	نزد پدر و یا مادر	الی ازدواج	پس از تولد	دختر			
	نزد پدر و یا مادر	الی بلوغ و ازدواج	از آغاز گرفتاری به جنون و عته	مجنون و معتوه			
دو انتخاب قرعه، سکوت حق اولویت از مادر	صلاحیت اگزینش از آن فرزند است	تازمانی که دارای تشخیصی و تمیزی گردد	پس از تولد	پسر	در اولویت مادر	شافعی ها	۳

ملاحظات	مدت زمانی حضانت			محضون	حاضن	مذهب	شماره
	پس از انجام	انجام	آغاز				
دو انتخاب قرعه، سکوت حق اولویت از مادر	صلاحیت اگزینش از آن فرزند است	تازمانی که دارای تشخیصی و تمیزی گردد	پس از تولد	دختر	حق اولویت مادر		۵
			از آغاز گرفتاری به جنون وعته	مجنون و معتوه			
	صلاحیت گزینش	هفت سالگی	پس از تولد	پسر			
	نزد مادر	هفت سالگی	پس از تولد	دختر	مادر		
	نزد مادر	الی صحت و یابی و نجات از جنون و عته	از آغاز گرفتاری به جنون وعته	مجنون و معتوه	نزد مادر	حنبلها	۴
	سکوت	هفت الی نه سالگی	پس از تولد	پسر	انتخاب از محضون		
		نه الی یازده سالگی	پس از تولد	دختر		قانون مدنی	۵
		سکوت	سکوت	مجنون و معتوه			

مطلب دوم - مکان حضانت :

بعد از شناسایی زمان حضانت معرفت و شناسایی مکان حضانت ضروریست، زیرا که در فرایند و پروسه حضانت حاضن و محضون نیاز به مکانی دارند تا آنجا عملیه حضانت و امور متعلق و مربوط به آن پیش برده شود، در این بخش از تحقیق و پژوهش به مطالعه و بررسی آن می پردازیم.

بدون شک مکان و محل بری حضانت همان مکانی است که مادر و پدر شخص مورد حضانت (محضون) به عنوان زوجین در آن زیست و زندگی می کنند، که عبارت از منزل و مسکن پدر محضون است، به این مفهوم که هر گاه حاضنه، مادر محضون باشد، و رابطه زوجیت و زنا شویی بین او پدر محضون قایم و استوار باشد؛ یا در عدت طلاق و یا وفات باشد، درین صورت مکان حضانت همان مکانی است که حاضنه با شوهرش زندگی و بود باش می نماید. چنانچه کاسانی^۱ رحمه الله فرموده است: {فمکان الحضانة مکان الزوجین اذا کانت الزوجية بينهما قائمة}^۲ پس انتقال طفل از آن مکان توسطه زوجه (حاضنه) به مکان دیگری جواز ندارد، زیرا که از دید گاه شرع مبین اسلام زن در حال قیام زوجیت، به اطاعت و پیروی از شوهر و اقامت در محل اقامت آن ملزم میباشد. و معتده اعم از اینکه در عدت طلاق باشد و یا وفات، در جریان سپری نمودن عدت، خواه فرزند داشته باشد و یا خیر، مکلف به باقی ماندن در مسکن شوهر است چنانچه الله جلّت عظمته فرموده است ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾^۳ ترجمه: ای پیامبر! هر زمان خواستید زنان را طلاق دهید، در زمان عدّه، آنها را طلاق گویند [زمانی که از عادت ماهانه پاک شده و با همسرشان نزدیکی نکرده باشند]، و حساب عدّه را نگه دارید؛ و از خدایی که پروردگار شماست بپرهیزید؛ نه شما آنها را از خانه‌هایشان بیرون کنید و نه آنها (در دوران عدّه) بیرون روند، مگر آنکه کار زشت آشکاری انجام دهند؛ این حدود خداست، و هر کس از حدود الهی تجاوز کند به خویشتن ستم کرده؛ تو نمی دانی شاید خداوند بعد از این، وضع تازه (شاید خدا بعد از طلاق و قبل از سر آمدن عدّه حادثه ای پدید آورد و شوهر به همسرش بر گردد). فراهم کند! اما در

^۱ الشاشی، أبو بکر بن مسعود بن احمد الکاسانی علاء الدین الحنفی نزیل حلب توفي بها سنة ٥٨٧ سبع وثمانين وخمسائة. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبین في أصول الدين.

^۲ بلخی، نظام الدین، الفتاوی الهندیه، ج ۱۱ ص ۳۳۵، الکاسانی، أبو بکر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين، بدائع الصنائع في الترتيب الشرائع، ج ۸ ص ۲۴۶.

^۳ الطلاق ایه ۱

صورتی که مادر(حاضنه) مورد طلاق قرار گرفته باشد و زمان عدت را نیز سپری نموده باشد، درین صورت محل حضانت همان محل اقامت شوهر بوده و حاضنه نمیتواند طفل مورد حضانت را به شهر دیگری که فاصله به حدی بوده باشد که مانع زیارت و بازدید شوهر آن از طفل گردد ببرد، مگر در صورت تحقق دوش شرط برده می تواند و آن اینکه آن شهر وطن زوجه (حاضنه) باشد، و عقد ازدواج شان نیز در همان شهر صورت گرفته باشد.

چنانچه قدروی رحمه الله فرموده است: {وإذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فلیس لها ذالک الا ان تخرجه الی وطنها وقد کان الزوج تزوجها فیہ} ^۱

همچنان در صورتی که حاضنه غیر از مادر (مادر کلان، خاله، عمه) باشد، بطور مطلق نمی تواند، بدون اجازه و رضایت پدر، محضون را با خود به سفر ببرد، و در صورت ارتکاب و مبادرت به چنین عملی حق حضانت وی ساقط میگردد. زیرا که این عمل هم به طفل و هم به پدر زیانبار است. ^۲

مبحث دوم: اجرت و هزینه حضانت

یکی از موضوعات که در باب حضانت باید مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد همانا موضوع اجرت و هزینه حضانت است، به این مفهوم که آیا کسانی که حضانت، سرپرستی و نگهداری محضون را به دوش دارند، مستحق اجرت میباشند و یا خیر؟ اگر نمی باشند چرا؟ و اگر می باشند، مسئولیت پرداخت آن به دوش کیست؟ و شخص مکلف و مسئول چه مقداری را، چگونه پرداخت نماید؟ که اینک درین بخش از تحقیق پژوهش به مطالعه و بررسی اجرت و هزینه حضانت می پردازیم، تا لابلای آن پاسخ قناعت و حاضنه مستحق در یافت اجرت حضانت میگردد و یا خیر؟ را دریافت نماییم.

باید گفت که در زمینه اجرت و هزینه حضانت فقهای کرام رحمهم الله نظریات مختلفی دارند، که به گونه ذیل به توضیح و تشریح این نظریات خواهیم پرداخت:

الف - نظریه احناف :

فقهای حنفی رحمهم الله میگویند: که اجرت برای حاضنه اعم از اینکه مادر محضون باشد و یا غیر آن، ثابت است، و این اجرت غیر اجرت رضاع و نفقه طفل است، به این مفهوم که

^۱ البغدادی، أبو الحسن أحمد بن محمد، الحنفی قدوری. ج ۱ ص ۹۶.
^۲ ادریس، ابوبکر، الحضانه فی الشریعه السلامیه. الاستاذ بکلیه الاداب بجامعه عمر المختار، ص ۵۶.

نزد احناف برپدر محضون و یا مسئول تامین نفقه طفل، سه نوع هزینه و پرداخت لازم است که عبارت از: اجرت حضانت، اجرت رضاع و نفقه طفل.

اما با وجود این همه، فقهای حنفی میان حاضنه ای که مادر محضون است و حاضنه ای که مادر محضون نیست تفکیک نموده و فرق قایل اند، به این مفهوم که حاضنه ای را که غیر از مادر محضون است به گونه مطلق مستحق دریافت اجرت حضانت در برابر عمل حضانت می شمارند، اما حاضنه را که مادر محضون (زوجه پدر محضون) باشد به گونه مطلق نه، بلکه به گونه مقید مستحق دریافت اجرت حضانت می شمارند، به این مفهوم که حاضنه ای که مادر محضون باشد، دارای یکی از دو حالت می باشد، یا رابطه زوجیت آن با پدر محضون قائم و استوار است یعنی در قید نکاح و یا عدت طلاق رجعی آن قرار دارد و یا رابطه زوجیت آن با پدر محضون از هم گسیخته و قطع گردیده است، پس در صورت اول (حاضنه تا وقتی که زوجه و یا معتده طلاق رجعی پدر محضون باشد) مستحق دریافت اجرت در برابر انجام عمل حضانت نمیگردد، زیرا که نزد احناف اجرت حضانت مانند اجرت رضاع و شیر دادن طفل است، چون مادر تا زمانی که در قید نکاح و یا سپری نمودن عدت طلاق رجعی باشد در برابر شیر دادن به کودک مستحق دریافت اجرت نمیگردد، پس در برابر عمل حضانت نیز مستحق دریافت اجرت حضانت نمیگردد چنانچه الله جلت عظمته فرموده است: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^۱

و همچنان یک دلیل دیگری برای عدم استحقاق اجرت حضانت درین صورت این است که: چون مادر محضون از نفقه نکاح و یا نفقه عدت استفاده می کند مستحق اجرت حضانت نبوده و نمی تواند اجرت حضانت را مطالبه نماید.^۲

اما در صورت دوم (انقطاع کامل رابطه زوجیت حاضنه با پدر محضون) حاضنه همانطوریکه مستحق دریافت اجرت ارضاع و شیر دادن برای کودک می باشد، مستحق دریافت اجرت در برابر انجام عمل حضانت نیز می باشد زیرا که خداوند جلت عظمته فرموده است: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَمْرُهُمَا بَيْنَكُمْ مَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمَ فَسُتْرُوعٌ لَهُ الْآخَرَى﴾^۳

^۱ البقره آیه ۲۳۳

^۲ عدالتخواه، پوهندوی عبدالقادر، حقوق فامیل، ص ۲۶۴. (کتاب درسی)، بنگاه انشارات و مطبعه میوند، چاپ اول، کابل افغانستان.

^۳ الطلاق، آیه ۶

چنانچه محمد علاء الدين بن على حصكفي رحمه الله عليه فرموده است: (وتستحق الحاضنة اجرة الحضانة اذا لم تكن منكوحه ولا معتدة لايه وهي غير اجرة ارضاعه ونفقته)^١

ب- نظريه مالكي ها :

فقهائى مالكي رحمهم الله ميگویند: كه حاضنه اعم از اينكه مادر محضون باشد و يا غير از آن، در برابر انجام عمل حضانت مستحق در يافت اجرت نمى گردد، زيرا كه موصوف تكليف و مسئوليت قانونى خود را انجام داده است. چنانچه نفرأوى^٢ رحمه الله فرموده است: {ولا تستحق الحاضنة شيئا لاجل حضانتها لا نفقة ولا اجرة حضانه، الا ان تكون الحاضنة ام المحضون وهي فقيرة والمحضون موسر، والا وجب لها اجرة الحضانة، لانها تستحق النفقة فى ماله من حيث فقرها، ولو لم تحضنه.}^٣

و همچنان در دير رحمه الله فرموده است: {ولا شىء لحاضن زيادة على السكنى لاجلها اى الحضانة، واما بقطع النظر عن الحضانة فقد يجب لها شىء كالام الفقيرة فى مال ولدها المحضون.}^٤

ج- نظريه شوافع و حنابله

فقهائى شافعى و حنبلى رحمهم الله ميگویند كه حاضنه اعم از اينكه مادر محضون باشد و غير از آن در برابر انجام عمل حضانت مستحق در يافت اجرت ميگردد، و اجرت حضانت نزد ايشان غير از اجرت ارضاع و مستقل است، ازينرو در صورتى كه مادر هر دو عمليه ارضاع حضانت را انجام دهد، مستحق دريافت دو اجرت جدا گانه تحت عنوان اجرت ارضاع و اجرت حضانت ميگردد.

چنانچه زكريا انصارى^٥ شافعى رحمه الله فرموده است: {مونة الحضانة فى ماله ثم على الاب لانها من اسباب الكفالة كالنفقة فتجب على من تلزمه نفقته.}^٦

^١ حصكفي، محمد علاء الدين بن على، الدر المختار شرح تنوير الابصار فى فقه مذهب الامام ابى حنيفه، ج ٤ ص ٥٦٠، ١٣٨٦ هـ ش، دارالفكر، بيروت.

^٢ هو الإمام العلامة المفتي سالم بن أحمد النفراوي المالكي الزهري المصري الضريير، وانتهت إليه رئاسة المالكية بمصر وبها مات سنة ١١٦٨، ومن العجيب ما في ترجمته من " عجائب الآثار " من أنه أخذ عن الشيراملسي والبابلي، فإذا صح يكون عمر فوق المائة، ولم يذكر ذلك من ترجمه، كما أنه غلط فجعل والده محمد مع انه أحمد. له ثبت خطي موجود بالمكتبة التيمورية بمصر في قسم المصطلح تحت عدد ١٢٢.

^٣ نفرأوى، أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدوانى على رسالة ابن ابى زيد القيروانى، ج ٤ ص ١٠٧٦.

^٤ عدوى، ابوالبركات احمد بن محمد، الشهير بالدرديري، الشرح الكبير، ص ٥٣٤.

^٥ زكريا الانصاري المصري الشافعي الممتوفى سال ٩٢٦

^٦ انصارى، شيخ السلام زكريا، اسنى المطالب فى الشرح روض الطالبج ٣ ص ٤٤٧. بجيرمى، سليمان بن عمر بن محمد، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج ١١ ص ٦٣

و همچنان ابو عبدالله، شمس الدین مقدسی^۱ حنبلی فرموده است: {هل حضانة حق للحاضن او عليه فيه قولان في مذهب احمد، وبنی علیهما هل لمن له الحضانة ان يسقطها، وينزل عنها علی قولین، وانه لا يجب عليه خدمة الولد ايام حضانة الا باجرة ان قلنا الحق له، والا عليه خدمته مجاناً، وللفقير الاجرة علی القولین.}

قابل تذکر اینکه بروفق مذهب جمهور (احناف، شوافع و حنابله) که دریافت اجرت در برابر انجام عمل حضانت را حق حاضنه می شمارند، این اجرت از مال محضون باید پرداخته شود اما در صورتی که محضون دارای مال نباشد، اجرت حضانت را مانند نفقه، باید پدر و یا شخصی که تأمین نفقه محضون بروی لازم است، بپردازد.

د - نظریه قانون مدنی:

قانون مدنی کشور مان نیز با پیروی از نظریه احناف ضمن اینکه پرداخت اجرت در برابر انجام عمل حضانت را تجویز نموده، اجرت حضانت را غیر از اجرت رضاعت و نفقه کودک شمرده، و پدر را مکلف به پرداخت آن از مال محضون، و یا تبرعاً از مال خودش و در صورتی که محضون دارای مال نباشد الراماً از مال خودش گردانیده، در ماده (۲۴۴) می فرماید: (اجرت حضانت غیر از اجرت رضاع و نفقه بوده و پدر طفل به پرداخت آن مکلف می باشد. در صورتیکه طفل مالک دارائی شخصی باشد، این اجرت از دارائی وی پرداخته میشود. مگر اینکه پدر تبرعاً آنرا بپردازد.)

و با پیروی از فقه حنفی حاضنه ای را که غیر مادر محضون است به گونه مطلق مستحق دریافت اجرت حضانت در برابر عمل حضانت می شمارند، اما حاضنه را که مادر محضون (زوجه پدر محضون) باشد به گونه مطلق نه بلکه به گونه مقید مستحق دریافت اجرت حضانت می شمارند، به این مفهوم که حاضنه ای که مادر محضون باشد، دارای یکی از دو حالت میباشد، یا رابطه زوجیت آن با پدر محضون قائم و استوار است یعنی در قید نکاح و یا عدت طلاق رجعی آن قرار دارد و یا رابطه زوجیت آن با پدر محضون از هم گسیخته و قطع گردیده است، پس در صورت اول (حاضنه تا وقتی که زوجه و ویا معتده طلاق رجعی پدر محضون باشد) آنرا مستحق دریافت اجرت در برابر انجام عمل حضانت ندانسته در بند اول ماده (۲۴۵) می

^۱ المقدسی، عبدالرحمن بن ابراهیم بن احمد بن عبدالرحمن ابن اسماعیل بن منصور بهاء الدین أبو محمد الفقیه الحنبلی متولد سال ۵۰۵ و توفی سنة ۶۲۲. صنف شرح العمدة لموفق الدین . شرح المقنع کذا

فرماید: (مادر تا وقتیکه در قید نکاح یا عدت طلاق رجعی زوج باشد، مستحق اجرت حضانت نمگردد.)

اما در صورت دوم (انقطاع کامل رابطه زوجیت حاضنه با پدر محضون، عدت طلاق بائن، یا با شخصی که محرم طفل است ازدواج کرده باشد، یا معتده او باشد) حاضنه را مستحق دریافت اجرت در برابر انجام عمل حضانت شمرده در بند دوم ماده (۲۴۴) می فرماید: در صورتیکه در عدت طلاق بائن بوده یا با شخصی که محرم طفل است ازدواج کرده و یا معتده او باشد، مستحق اجرت حضانت می گردد.)

ویادر نظر داشت اینکه برای حاضنه حق اخذ اجرت در برابر انجام عمل حضانت را پیش بینی نموده در صورتی که شخص مکلف به پرداخت اجرت معسر بوده و قادر به پرداخت اجرت حضانت نباشد و یکی از محارم حاضر باشد تا حضانت طفل را تبرعاً بعهده گیرد، حاضنه را اختیار داده در ماده (۲۴۶) می فرماید: (هر گاه شخص مکلف به پرداخت اجرت حضانت، معسر بوده و یکی از محارم حضانت طفل را تبرعاً بعهده گیرد، حاضنه مخیر است که حضانت را بدون اجرت بعهده گرفته و یا او را به متبرع واگذار شود.)

اما در صورتی که شخص مکلف بپرداخت اجرت حضانت، موسر بوده و طفل نیز مالک دارائی باشد، طفل در طفل در مقابل اجرت مثل، بمادر تسلیم میگردد، چنانچه در ماد(۲۴۷) فرموده است که: (هر گاه شخص مکلف به پرداخت اجرت حضانت، موسر بوده و طفل نیز مالک دارئی باشد، طفل در مقابل اجرت مثل به مادر تسلیم میگردد. گرچه این اجرت از دارائی صغیر پرداخته شود.)

مبحث سوم: به سفر بردن طفل محضون، توسط مادر و پدر

یکی از موضوعات متعلق و مربوط به حضانت، موضوع به سفر بردن محضون توسط مادر و پدر آن در جریان فرایند و پروسه حضانت میباشد، به این مفهوم که از یک طرف محضون نیاز مند نوازش و شفقت بوده، از طرف دیگر مادر و پدر آن حق دارند، تا غریزه اشفاق و نوازش دادن خویش را با بازدید و زیارت نمودن از محضون و کشاندن آن به آغوش شفقت و نوازش پدرانه و مادرانه، اشباع نمایند، از ینرو هر عمل و حرکتی که باعث ایجاد فاصله، دوری، تفرقه و جدایی بین حاضنه و محضون گردد، باید مورد مطالعه و پژوهش قرار داده شود تا باعث ضیاع حقی از حقوق طرفین حضانت یعنی حاضن و محضون نگردد، از همین جهت فقهاء و

حقوقدانان در ضمن باب حضانت موضوع به سفر بردن محضون را به بررسی گرفته اند، که اینکه درین بخش خویش به گونه ذیل به توضیح و تشریح آن خواهیم پرداخت.

بروفق فقه حنفی حضانت حق حاضنه به ویژه مادر محضون است، پس پدر ووصی طفل بطور مطلق نمی توانند طفل محضون را خود به سفری به بیرون از شهری که محل اقامت و بودباش حاضنه است بدون رضایت و اجازه آن ببرند، زیرا که این عمل (به سفر بردن) باعث اسقاط حق حاضنه میگردد، و حضانت حق حاضنه بوده و هیچ کسی به شمول ولی طفل نمیتواند آن را ساقط نماید. چنانچه کاسانی^۱ رحمه الله فرموده است: {لو اراد الزوج ان يخرج من البلد و اراد ان ياخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ليس له ذلك حتى يستغنى عنها لما ذكرنا انها احق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من ابطال حقها فضلاً عن الاخراج من البلد.} ^۲

قانون مدنی کشور نیز با پیروی از فقه حنفی درین این مورد در ماده (۲۵۴) چنین فرموده است: (پدر طفل نمی تواند در خلال مدت حضانت بدون اجازه حاضنه، طفل را با خود به سفر ببرد.)

و همچنان بروفق فقه حنفی مادر(حاضنه) نیز تا مدت زمانی که در قید نکاح پدر محضون و یا در عدت طلاق رجعی او باشد نمی تواند طفل خود را بدون اجازه پدر آن به سفر ببرد، چنانچه کاسانی^۳ رحمه الله فرموده است: {وان ارادت المرأة ان تخرج من المصر الذي هي فيه الى غيره فللزواج ان يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد او لم يكن، لان عليها المقام في بيت زوجها، وكذلك اذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه} ^۴

و همچنان علاء الدین سمرقندی^۵ رحمه الله فرموده است: {فان كانت زوجته فلزواج حق المنع من الخروج بنفسها وبولدها.} ^۶

و قانون مدنی کشور مان نیز با پیروی از فقه حنفی درین مورد در ماده (۲۵۲) چنین فرموده است (مادر تاوقتی که در قید نکاح یا عدت باشد، نمی تواند بدون اجازه پدر، طفل را با خود به سفر ببرد.)

^۱ الشاشي، أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني علاء الدين الحنفي نزيل حلب توفي بها سنة ٥٨٧ . له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبين في أصول الدين.

^۲ كاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٨ ص ٢٤٦.

^۳ الشاشي، أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني علاء الدين الحنفي نزيل حلب توفي بها سنة ٥٨٧ سبع وثمانين وخمسائة. له بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع في شرح تحفة الفقهاء لأستاذة السمرقندي. السلطان المبين في أصول الدين.

^۴ كاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٨ ص ٢٤٦.

^۵ السمرقندي، علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد الحنفي متوفى سنة ٥٤٠. صنف إيضاح القواعد لباب في أصول الفقه.

^۶ احياء العلوم الدين، محمد بن محمد أبو، غزالي، ج ٣ ص ٢٣١.

همچنان در صورتی که حاضنه غیر از مادر (مادر کلان، خاله، عمه باشد) بطور مطلق نمی تواند، بدون اجازه و رضایت پدر، محضون را خود به سفر ببرد، و در صورت ارتکاب و مبادرت به چنین عمل حق حضانت وی ساقط می‌گردد، زیرا که این عمل هم به طفل و هم به پدر زیانبار است، چنانچه ابن‌الهمام^۱ رحمه الله فرموده است: {اما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجددة فليس لها ان تنتقل بالولد الى مصرها لانه لا عقد بين الاب وام الولد.} ^۲

قانون مدنی کشور نیز با پیروی و الهام گیری از فقه حنفی درین مورد ماده (۲۵۳) چنین فرموده است: (حاضنه غیر از مادر نمی تواند بدون اجازه ولی، طفل را با خود به سفر ببرد.)

همچنان قانون مدنی کشور در اخیر بحث حضانت به صورت عموم به پاسخ پرسشی پرداخته است که در جریان مطالعه امور متعلق و مربوط به حضانت به ذهن انسان خطور می‌کند و مقتضی پاسخ می‌باشد و آن اینکه نفقه زن به شمول حاضنه در صورتی که شوهر داشته باشد بالای شوهر است، هر گاه زن به شمول حاضنه شوهر نداشته باشد در صورتی توانمندی داشته باشد نفقه اش بالای خودش است، اما در صورت نداشتن شوهر و توانمندی مالی نفقه آن بالای کیست؟ در ماده (۲۵۵) فرموده است: (زنیکه توانمندی مالی نداشته و نتواند تامین معیشت نماید، نفقه وی را ولی محرمش تا زمانی می‌پردازد که مشار الیها در مسکن ولی محرم مذکور سکونت داشته باشد.) چنانچه ابن‌همام^۳ رحمه الله علیه فرموده است: {والنفقة لكل ذی رحم محرم اذا كان صغيراً فقيراً او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً او اعمى} لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، والفاصل ان يكون ذا رحم محرم، وقد قال الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وفي قراءة عبدالله بن مسعود وعلى الوارث ذی الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر و الاثوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز، فان القادر على الكسب غنى بكسبه.} ^۴ ترجمه: این حمام فرموده است: نفقه هر ذی رحم محرم هرگاه صغیر فقیر باشد یا زن بالغ فقیر باشد، یا مذکر یک زمان فقیر باشد و یا نابینا باشد لازم است، بخاطری که وصل در قرابت قریب باشد واجب است نه در قرابت بعید و وصلت کننده باید ذی رحم محرم باشد یعنی خویشاوند محرم باشد و خداوند جل جلاله فرموده است: ترجمه (بالای وارث مانند آن لازم است، و در قرابت

^۱ عبد الرزاق الصنعاني (۱۲۶ - ۲۱۱ هـ) (۷۴۴ - ۸۲۶ م) عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني، الحميري، اليماني (أبو بكر). محدث، حافظ، فقيه. أخذ عنه البخاري، وتوفي في نصف شوال وله من العمر ۸۵ سنة. له من الكتب: السنن في الفقه، المغازي، تفسير القرآن، الجامع الكبير في الحديث، وتزكية الأرواح عن مواقع الأفلاح.

^۲ سيواسي. كمال الدين محمد بن عبدالواحد، فتح القدير، ج ۹ ص ۴۱۳.

^۳ عبد الرزاق الصنعاني (۱۲۶ - ۲۱۱ هـ) (۷۴۴ - ۸۲۶ م) عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني، الحميري، اليماني (أبو بكر) محدث، حافظ، فقيه. أخذ عنه البخاري، وتوفي في نصف شوال وله من العمر ۸۵ سنة. له من الكتب: السنن في الفقه، المغازي، تفسير القرآن، الجامع الكبير في الحديث، وتزكية الأرواح عن مواقع الأفلاح.

^۴ سيواسي، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، فتح القدير، ج ۱۰ ص ۱۴.

عبدالله ابن مسعود آمده است که در بالای وارثی که ذی رحم باشد مانند آن لازم است. و در نفقه باید ضرورت و احتیاج خوردی (طفولیت) زمان نابینایی که نشانه محتاج بودن و محقق بودن، عجز و ناتوانی او می باشد وجود داشته باشد، زیرا شخصی که توان کسب را داشته باشد او با کسب خود بی نیاز است.

مبحث چهارم: روابط اجتماعی و پایان حضانت

در مباحث گذشته پیرامون مدت زمانی (آغاز و انجام) حضانت تحقیق و پژوهش صورت گرفت، که بیانگر دیدگاه مذاهب چهار گانه فقهی درین رستا بود، موضوع دیگری که ایجاد تحقیق و بررسی را می نماید، موضوع چگونگی رابط اجتماعی محضون در جریان همین محدوده زمانی (دوران حضانت) و موضوع چگونگی سر نوشت محضون بعد از پایان و خاتمه یافتن این مدت میباشد، به این مفهوم که با آگاهی از اینکه فرآیند حضانت به عنوان حق و یا تکلیف در محدوده زمانی مشخص و معینی مورد اجرا قرار میگیرد، دو پرسش عمده و اساسی عرض اندام نموده، ایجاب و تقاضای پاسخ و جواب مناسب و قناعت بخش را می نمایند، و آن اینکه: روابط اجتماعی محضون (دید وادید با آن) چه حکم داشته و چگونه باید صورت گیرد؟ و سر نوشت محضون پس از این مدت چه می شود؟ که اینک به گونه ذیل توضیح و تشریح آن خواهیم پرداخت.

مطلب اول - روابط اجتماعی در جریان حضانت:

باید توجه داشت که محضون در دوران حضانت، سرپرستی و نگهداری، در زندان نیست، بلکه تنها حق نگهداری و سرپرستی آن به شخص دیگری به عنوان حاضن یا حاضنه سپرده شده است، که این نگهداری باید با در نظر داشت مصلحت محضون و طور متعارف صورت گیرد، به این مفهوم که در مدت نگهداری با توجه به فلسفه آن، حفظ و رابط اجتماعی محضون، باید در نظر باشد. پس حاضن، سر پرست و نگهدارنده محضون حق ندارد که او را از ملاقات با پدر یا مادر و یا حتی سایر خویشاوندان باز دارد. بلکه به اتفاق نظر همه فقهاء حق دیدن و ملاقات با محضون برای هر یک از زوجین و دیگر اقارب شرعاً ثابت است. چنانچه دکتور زحیلی^۱ حفظه الله فرموده است: (چیزی که علما در مورد آن اتفاق نظر دارند، حق ملاقات و خبر گیری پدر و مادر با کودکی است که تحت حضانت و پرورش دیگری قرار دارد. و

^۱ الدكتور وهبة الزحيلي أستاذ الفقه بكلية الشريعة في جامعة دمشق.

دفعات آن بستگی به نیاز کودک دارد، زیرا توجه به مسائل عاطفی کودک تاثیر بسیار مهمی دارد در تکوین شخصیت، عواطف و احساسات او را ارتباط با پدر و مادر دارد.^۱

پس در ایام سر پستی هر کدام از پدر مادر، اگر دیگری خواست بچه اش را بنیند یا اینکه به او چیزی برساند، یا مشکل یا ضرری را از او بر طرف کند، و یا اینکه مدتی در کنار هم باشند، دیگری نباید مانع شود.

البته فقهای کرام در روط اجتماعی، بیش تر بر حرام بودن قطع رحم تکیه کرده اند که با این توجه به فایده تربیتی دیدارها، منطقی به نظر می رسد.

^{۱۱} زحیلی، وهبه. (۱۳۹۴ ه.ش). فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه: عبدالعزیز سلمی. چاپ اول (دیجیتال). ص ۲۶۳.

نتیجه تحقیق

تحقیق در مورد هر پدیده ای به منظور دست یابی به یک سلسله نتایج و دست آورد های صورت میگیرد، که اینک نتایج و دست آورد های خویش را از تحقیق و پژوهش که پیرامون حضانت در پرتو فقه اسلامی و قانون وضعی انجام دادیم، به گونه موجز و مختصر در سلک تحریر در آورده و مینگاریم.

۱. با در نظر داشت جایگاه و اهمیت بالای انسان، این موجود که با عظمتی که به عنوان انسان، تاج کرامت و عزت از جانب پروردگار جهان بر مبنای آیه کریمه ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾^۱ بر سرش نهاده شده است، طبیعی مینماید که از همان آوان و لحظات آغازینی که پا به عرصه وجود میگذارد، مورد حضانت، نگهداری و پرورش قرار گیرد، که چنین هم است.

۲. موضوع حضانت، نگهداری و تربیت اقشار نیاز مند به حضانت (محضونین) در طول تاریخ زندگی بشریت مراحل مختلفی را پیموده، وفراز و نشیب های کمی و کیفی را نیز در قبال داشته، و به تجربه گرفته است.

۳. ادیان سماوی و مکاتب وضعی در مورد چگونگی حضانت و نگهداری اقشار نیاز مند و محروم دارای یک سلسله معیار ها، و باید و نبایدهای بوده اند، که در همان مقطع زمانی مورد استفاده و بهره برداری قرار گرفته است.

۴. دین مقدس اسلام به عنوان کاملترین ادیان الهی نیز موضوع حضانت را به گونه جدی تری مورد بحث قرار داده است چنانچه با مراجعه به کتاب های فقهی روشن می شود که فقهای مذاهب مختلف، در هر عصری در باره حضانت و احکام آن بحث کرده اند. لذا مسئله حضانت، پیشینه دیرینه ای در فقه اسلامی دارد.

۵. البته حکم حضانت در اسلام نیز مانند سایر احکام الهی بر اساس مصالح بندگان وضع شده است. در این مساله بیش از هر چیز مصالح کودک و تربیت و حفظ او در جامعه ملاک است.

۶. طفل تا یک مدت ضرورت به حضانت دارد، و عموماً حق حضانت در قدم اول مربوط به والدین است. اما بسا اوقات، پدر و مادر بنا به دلایل از هم جدا شده و مسئله حضانت طفل شان مطرح میگردد.

^۱ الاسراء، ۷۰.

۷. حضانت نوعی ولایت و سلطنت است بر حفظ، و نگهداری تربیت کودک و مجنون زمانی که پدر و مادر کودک از هم جدا می شوند مسئله حضانت و اولویت هر یک از آنها برای نگهداری و سرپرستی فرزند مطرح می شود.

۸. آراء فقها در به سزاتر بودن هر یک از پدر و مادر در سنین کودکی مختلف است، مشهور فقها بر آنند که مادر برای حضانت از فرزند در صورتی که پسر باشد تا هفت سال و در صورتی که دختر باشد تا نه سال شایسته تر است.

۹. قوانین وضعی نیز به مسئله حضانت پرداخته و از آن چنین تعریف نموده اند، حضانت از ریشه حضن به معنای دامن گرفته شده است که کنایه از نگهداری و پرورش فرزند خرد سال در دامن مادر است و در اصطلاح به معنای اقتداری است که قانون به منظور نو نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است بطوری که درین اقتدار حق و تکلیف به هم آمیخته است. و مطابق به قانون مدنی افغانستان، "حضانت عبارت از حفاظت و پرورش از طفل است در مدتی که طفل به حفاظت و پرورش زن محتاج است. و فقره ای دوم این ماده، حق حضانت را به اشخاصی داده است که در ماده ای دوصد سی و نهم این قانون، به ترتیب مستحق حق حضانت طفل شناخته است. اما شرط است که، زنیکه حضانت طفل را بعهده می گیرد باید عاقله، بالغه و امنیه بوده که خوف ضیاع طفل نسبت عدم واریسی وی متصور نباشد و توان حفاظت و پرورش طفل را داشته باشد.

۱۰. به جهت مراعات حق محزون و سلامت جسمی و روانی او در فتاواهی فقهی و قوانین مدنی شرایطی برای حضانت در نظر گرفته شده است. بعضی امین بودن، و بعضی فاسق نبودن را شرط حضانت دانسته اند نیز بعضی، شرط حضانت را نداشتن امراض مسری یا جنون ذکر کرده اند. قانون مدنی هم این شرایط را ذکر مینماید. همه این ملاحظات و توجهات برای مراعات حق محزون به عنوان یک انسان است.

۱۱. دین نجات بخش اسلام، یگانه دین ربانی کامل و شاملی است، که رسیدگی به اقشار محروم و آسیب پذیر و دستگیری از نیاز مندان، در راس برنامه های آن قرار دارد. چنانچه؛ اطفال و کودکان قبل از ظهور اسلام، به عنوان یکی از اقشار آسیب پذیر و نیازمند، از تمامی حقوق الهی و بشری خود محروم بودند، به گونه ای که یا زنده به گور می شدند و یا هم مورد برخورد های زشت، خشونت آمیز و وحشیانه قرار میگرفتند، که طلوع و درخشش خورشید تابان اسلام، به این محرومیت ها نقطه پایان گذاشته شد، از یکطرف ذریعه آیات

کریمه ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾^۱ از بیم و تگندستی فرزندان خود را مکشید، ماییم که به آنها و شما را روزی می بخشیم. آرای کشتن آنان همواره خطایی بزرگ است. ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾^۲ از جهت تگندستی فرزندان خود را نکشید، ماییم که به شما و آنها روزی میبخشیم. ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ، بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾^۳ هنگامیکه شخص زنده بگور شده پرسیده شود که کدامین گناه کشته شد (حیات کودکان تضمین گردید، و از جانب دیگر احکام معینی در مورد آنها فرستاد شد، که علاوه از حقوق پس از تولد، یک سلسله حقوقی را قبل از تولد نیز به ایشان تضمین نمود، البته حقوق کودک پس از تولد و زاده شدن مادر، که حراست مادی و معنوی کودک را تضمین می کند، عبارت است از: نسبت، رضاع، حضانت، ولایت و نفقه و غیره. پس حضانت نیز یکی از این حقوق نوزاد پس از زاده شدن آن بوده که مورد توجه اسلام عزیز قرار دارد.

۱۲. حضانت در لغت از ریشه حزن گرفته شده است به معنی نگهداری مادی و معنوی محزون (طفل، مجنون و معتوه) توسط کسانی که شرع و قانون مقرر داشته است. و مطابق به قانون مدنی افغانستان، (حضانت عبارت از حفاظت و پرورش از طفل است در مدتیکه طفل به حفاظت و پرورش زن محتاج است).

اما تعریف مختار و برگزیده همان تعریف مرداوی^۴ رحمه الله علیه است که فرموده (هی حفظ من لا مستقل بنفسه و تربیته حتی مستقل بنفسه) یعنی حضانت عبارت از حفاظت، نگهداری و تربیت کسی که دارای استقلال در مورد نفس خود نبوده تا زمانی که مستقل گردد. زیرا که بر علاوه از اختصار و کوتاهی عبارات، محتوای و در برگیرنده همه ارکان حضانت (حاضن، محزون به مدت حضانت) نیز بوده و جامع و مانع میباشد.

۱۳. اصطلاح رایج در عبارات فقهی و حقوقی برای تبیین مفهوم نگهداری طفل واژه حضانت است، اما واژه ای که در قرآن از آن برای بیان سرپرستی و نگهداری طفل و زنان استفاده شده کفالت است، مثلاً در مورد حضرت مریم علیها سلام آمده است که ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾^۵ و یا در مورد حضرت موسی علیه اسلام آمده است که ﴿هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ﴾

۱. الاسراء، ۳۱

۲. الانعام، ۱۵۱

۳. التکویر، ۸-۹

۴. المرادوي، علي بن سليمان بن أحمد بن محمد علاء الدين أبو الحسن المقدسي شيخ الحنابلة بدمشق المتوفى سنة ۸۸۵ خمس وثمانين وثمانائة له الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف مجلد ۴. تحرير المنقول وتهذيب الأصول في الفقه.

۵. آل عمران آیه ۳۷.

﴿۱﴾ از این آیات بدست می آید که حضانت در اصطلاح قرآن اختصاص به اطفال ندارد، همانگونه که اختصاص به سن خاصی ندارد، بلکه شامل هر فردی که به لحاظ اجتماعی و فردی نیاز به حمایت کسی دیگر داشته باشد می شود. مثلاً حضرت مریم با اینکه به رشد رسیده است باز هم تحت تکفل حضرت ذکریا قرار دارد، به لحاظ اینکه زنان قشر آسیب پذیر اند و نیاز به حمایت دارند. اما در کلمات فقهی و حقوقی این اصطلاح به سرپرستی اطفال صغیر و احياناً مجانین اختصاص داده شده است و شامل دیگر اقشار نمی شود.

۱۴. حضانت، محضون ابوین (پدر و مادر) و اقرباء طفل است که با رعایت سلسله مراتب قرابت قابل اجرا می باشد، و در صورت نبودن عدم موجودیت آنها موضوع به حاکم و یا نهاد های خیریه موکول میگردد.

۱۵. البته در تربیت فرزند اعم از دختر یا پسر، پدر نقش اساسی و سازنده دارد، و فقدان هر یک از پدر و مادر در زندگی کودک، موجب نابسامانی های میشود، اما در مقام انتخاب یکی از پدر و مادر، مادر به جهت رحم و شفقت بیشتر و حرص و علاقه ای که در حفظ و نگهداری فرزند دارد چنانچه شرایط اهلیت را دارا و داوطلب این کار باشد برای سرپرستی شایسته تر است.

۱۶. حضانت حق مسلم محضون بود اما در مورد حاضن، در آن حق تکلیف به هم آمیخته است. به این مفهوم که نسبت به ممتنع از نگهداری طفل، حضانت تکلیف است و نسبت به دیگران حق است. پس مادر در صورت پذیرش، به آن مکلف می شود، پدر هم احکام تکلیفی ویژه ای را دارد. در پروسه و فرایند حضانت باید به حفظ مادی (جسم) و تربیت اخلاقی و معنوی (روحی) طفل مناسب شوون و حالت او پرداخته شود.

۱۷. در تعالیم اسلامی علاوه بر تکلیف عمومی که زن و شوهر نسبت به یکدیگر دارند باید به مبانی خانواده و تربیت فرزندان کمال همکاری را داشته باشند. لذا در فقه اسلامی نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف به شمار می آید. از نظر تعالیم اسلامی نگهداری تربیت طفل را حضانت می گویند. نگهداری طفل عبارت است از ایجاد زمینه ای مناسب برای بقاء، نمو، صحت و بهداشت روانی و جسمی، ارضا کامل تمایلات باطنی کودک و توجه به تمام جهات شخصیت او، فقط در محیط خانواده میسر است، آغوش گرم مادران و دامن پر مهر پدران می تواند این وظیفه را بر عهده بگیرد.

۱۸. در کلمات واژه های فقهی الفاظ و کلماتی وجود دارد که با هم دیگر مرتبط و داری مفاهیم مشترک و معانی متقارب میباشند. که کلمات (تربیت، رضاعت، کفالت، وصایت، ولایت) از جمله کلمات مرتبط و دارای پیوند با کلمه حضانت میباشند. از نظر حکم تکلیفی حضانت واجب و حتی در مواردی فرض کفایی میباشد و مشروعیت آن ذریعه، کتاب الله، سنت رسول الله و اجماع و عقل ثابت شده. و همچنان قوانین و کنوانسیون های در سطح ملی و بین المللی از آن، حمایت و بر رعایت آن ترکیز ورزیده اند.

۱۹. با استنباط از عبارات فقهی و حقوقی می توان گفت که : حکمت اساسی و هدف اصلی از حضانت، نگهداشت و رعایت مصلحت کودک است، زیرا که کودک از زمان تولد به کسی احتیاج دارد تا نسبت به تربیت، رشد، نگهداری و انجام کار هایش اقدام کند تا زمانی که بی نیاز شود و سزاوار ترین مردم نسبت به حضانت، مادرش می باشد، برای این که وی از همه نسبت به کودک مهربانتر است و از همه توانا تر، پس همین جهت در درجه اول حق حضانت برای مادر ثابت است و بعد از مادر، زنان محارم کودک خویش نزدیکتر طبعاً مقدم خواهند بود. چون ملاک حضانت اعمال مهربانی، شفقت، نگهداری و تربیت نیکو بوده است، از این رو مادر را سزاوارتر دانسته است. از اینکه معیار استحقاق محضونیت نیاز مندی و عدم استقلال در رسیدگی به امور خود، میباشند نزد جمهور فقهاء اطفال صغیر بطور عموم، و بزگسالانی که مجنون و معتوه اند مستحق محضونیت دانسته شده اند.

۲۰. از اینکه حاضنیت مسئولیت بزرگ و خطیری است که هر کسی به آسانی از عهده آن به گونه مناسب بیرون بر آمده نمی تواند، زیرا که دستگیری از اقرار محرم (محضون) و رسیدگی به امور جسمی و روحی آنها کار ساده و پیش پا افتاده ای نیست از اینرو فقهاء کرام و دانشمندان حقوقی یک سلسله شروطی را به آن در نظر گرفته اند که عبارت اند از: عقل: بلوغ، آزاد بودن، قدرت و توانمندی نگهداری، عدالت و شایستگی اخلاقی، سکونت در محل ثابت، ازدواج نکردن مادر، رعایت مصلحت طفل و غیره.

۲۱. طفل تا یک مدت ضرورت به حضانت دارد، و عموماً حق حضانت در قدم اول مربوط به والدین است. اما بسا اوقات، پدر و مادر بنا به دلایل از هم جدا شده و مسئله حضانت طفل شان مطرح می گردد، از مجموع آراء و نظریات ارایه شده، می توان این نتیجه را گرفت که : با توجه به طبیعت انسان، افزودن این که اصل در نگهداری و سرپرستی مادر است، روایاتی هم دلالت می کنند فرزند تا یک مدتی (هفت، نه و یازده) سال باید در اختیار مادر باشد. از نظر مضمون و دلالت قوی هستند و روایاتی که به گونه ای دلالت بر سزاوارتر بودن پدر دارند، پیش تر ناظر به جنبه های ولایتی هستند، از این روی، هرگاه بین پدر و مادر جدایی افتاد،

نگهداری در مدت هفت سال اول زندگی کودک، در صورتی که پسر باشد و نه سال در صورتی دختر باشد، یا سن تمییز، او را باید به مادر سپرد و پس از آن به عهده پدر است، البته؛ با توجه به شرایط سرپرست و نگهدارنده و نگهداشت مصالح کودک. در صورتی فقدان شرایط و بروز موانع حق حضانت ساقط گردیده و بازوال و از بین رفتن موانع با در نظر داشت قاعده فقهی (اذال المانع عاد الممنوع) این حق دوباره بازگشت میماند.

۲۲. آنچه که فقهاء و حقوقدانان و حتی کار شناسان مسایل اجتماعی بدان تاکید دارند، این است که مدت حضانت پسرالی هفت سالگی و از دختر الی نه سالگی میباشد و این دوره از طرف محکمه برای یک مدتی که بیشتر از دو سال نباشد تمدید شده میتواند.

۲۳. پس از سپری شدن این مدت، پسر بر وفق نظریه برخی از فقهاء (احناف و مالکی ها) تا رسیدن به سن بلوغ و دختر تا هنگام ازدواج نزد پدر میباشد، و برخ دیگری از فقهاء (شافعی ها حنبلی ها) فرزند را اعم از اینکه پسر باشد و یا دختر در انتخاب و گزینش یکی از والدین اش، جهت سکونت و بود باش با آن مختار می دانند.

۲۴. آیا مادر و یا عم بصورت حاضنه می توان برای نگهداری و زحمتی که نسبت به حضانت فرزند متحمل می شود جدایی از نفقه فرزند، اجرت حضانت را مطالبه کند و یا خیر؟ در صورت استوار بودن رابطه زوجیت میان فقهاء اختلاف آراء دیده می شود. برخی، مادر را مستحق اجرت نمی دانند و دلیل آن را واجب بودن حضانت بر مادر دانسته اند، استحقاق اجرت مادر در مورد حضانت را با واجب بودن عمل متنافی می دانند. بعضی دیگر هم، مادر را مستحق اجرت دانسته و حق مادر در حضانت فرزند را همچون حق وی در رضاع دانسته و میگویند وی می تواند در برابر حضانت فرزند، اجرت مطالبه کند. اما در صورت از هم پاشیده رابطه زوجیت و فرق کامل مادر مستحق اجرت حضانت می باشد، زیرا شاعری که برای زن اجرت المثل کار های زن در خانه شوهر را از نظر دور نداشته است. چگونه از کنار اجرت حضانت مادر می گذرد؟ علاوه بر این که اصل، عدم تبرع میباشد.

۲۵. در باره مقدار اجرت گفته شده است در صورتی که مادر به مقدار اجرت المثل یا کمتر از آن طلب کند، حق دارد، اما بیشتر از اجرت المثل را نمی تواند مطالبه کند. در مورد پرداخت کننده اجرت حضانت نیز برخی گفته اند: اگر فرزند خودش مالی داشته باشد، اجرت المثل را از اموال او بر می دارند و اگر مالی ندارد از پدر یا جد پدری یعنی کسانی که مسئولیت نفقه آنرا دارند، مطالبه می شود. در مدت نگهداری با توجه به حکمت آن، حفظ روابط اجتماعی کودک، باید در نظر باشد. سرپرست و نگهدارنده او حق ندارد کودک را از ملاقات با پدر یا مادرو یا حتی سایر خویشاوندان باز دارد. البته فقهاء در این زمینه، بیش تر ملاقات با

مادر یا پدر را مطرح کرده اند، اما با در نظرداشتن رعایت مصلحت محضون، این حکم عام است.

۲۶. در جهان امروز اندیشه ای محترم شمردن حقوق کودک و نوجوان به ویژه حق حضانت به عنوان اندیشه ای اساسی در تربیت و حمایت و مساعدت همه جانبه در رشد فکری سلامت روحی و روانی آنان به شمار می رود، از اینرو بر علاوه از متون شرعی در قوانین وضعی نیز به آن پرداخته شده چنانچه قانون مدنی کشور عزیز مان افغانستان نیز طی (۱۹) ماده (از ماده ۲۳۶ الی ۲۵۵) حضانت را به عنوان یکی از فروغ حقوق کودک توضیح و تشریح نموده است.

۲۷. خوشبختانه اکثریت نزدیک به کل موادی که پیرامون حضانت در قانون مدنی کشور مان آمده مستنبط و برگرفته شده از فقه اسلامی و متون دینی میباشد. البته موضوع حضانت اکثراً در فقه اسلامی در ضمن مباحث نکاح و طلاق مورد گفتگو و مباحثه قرار گرفته است و در قوانین وضعی در بخش حقوق خانواده. و سرانجام با توجه به رعایت حقوق نیاز مندان و اقشار محروم به ویژه حق حضانت اطفال، میتوان شخصیت های سالمی به خانواده و جامعه تقدیم نموده، آسایش مادی و معنوی آنها تضمین نمایم.

پیشنهادات

در بخش آخر تحقیق و پژوهش، پیرامون حضانت موارد ذیل را پیشنهاد میدارم:

۱. چون کودکان، مردان و زنان آینده اجتماع اند و حیات انسانی بر آنها تکیه دارد. پیشنهاد میدارم که در پرورش و تربیه سالم مادی و معنوی آنها توجه همه جانبه صورت گیرد.
۲. از اینکه موضوع حضانت یکی از مباحث پیچیده حقوق فامیل و فقه خانواده می باشد که با وجود مطالعات گسترده پیرامون آن از سوی فقهاء و حقوقدانان، هنوز هم مسائلی از آن ناشناخته مانده است، بنأ تدوین مجموعه های که مسقلاً به بررسی حقوق کودک به ویژه حضانت در فقه و قانون وضعی اختصاص داشته باشد، ضروری است و تا هنوز جای آن خالی می باشد.
۳. مطالعات نشان دهنده آن است که در شریعت اسلامی احکامی برای حفظ بقای کودکان از زمان دمیده شدن روح بلکه قبل از آن تا هنگام جوانی و بلوغ تشریح شده است، که حراست مادی و معنوی کودک را تضمین می کند، پس بر ماست تا آنرا بیاموزیم و در پرتو آن به حضانت، نپگهداری و تربیت اطفال خویش بپردازیم.
۴. از اینکه به اساس عوامل مختلف سطح بی سوادی در کشور مان خیلی ها بلند است، در رساندن مسائل و موضوعات مورد نیاز، بهبودبخشیدن نظام خانواده و اجتماع، تنها استفاده از ابزار تحریریو طباعتی بسنده و کافی نبوده، پیشنهاد میدارم تا استفاده از همه وسائل ممنکه (صوتی، تصویری و طباعتی) به تنویر اذهان عامه در مورد پرداخته شود، تا ازیکطرف نیازمندی ها مرفوع و ازجانب دیگر زمینه زندگی مرفع و با آسایش را در سطح خانواده ها از آن طریق برای جامه مساعدو فراهم سازسم.
۵. و در پایان ضمن اظهار سپاس و امتنان مجدد، از همه کسانیکه در تربیت این اثر، بنده رایاری نمودند، به شمار خواننده عزیز! پیشنهاد میدام، در صورتی که در جریان مطالعه این اثر، به نواقص، کمی و کاستی های علمی در آن متوجه شدید، با درنظر داشت اصل امانت علمی، بنده را در جریان قرار دهید، تا به اصلاح آن پرداخته و مرهون احسان شما قرار گیرم.

فهرست آیات قرآنی

شماره	سوره	آیات	صفحه
۱	الروم	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا	۲
۲	الكهف	الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا	۲
۳	مريم	يَا زَكَرِيَّا إِنَّا نُبَشِّرُكَ بِغُلَامٍ اسْمُهُ يَسَّىٰ	۳
۴	آل عمران	وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا	۱۳۰، ۴۹، ۱۷، ۲۹
۵	آل عمران	وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُتْلُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ	۳۰
۶	النساء	فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثَلًا لِمَا ثَلَاثَ	الف
۷	المائدة	وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ	۱۶
۸	النساء	يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ	۱۸
۹	المائدة	وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا	۲۸
۱۰	المائدة	وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ	۱۸
۱۱	الانعام	وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِمَّنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ	۱۲۹، ۲۶، ۲۵
۱۲	التوبة	وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ	۱۹
۱۳	النحل	وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا	۵۵
۱۴	الاسراء	وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا	۳۱
۱۵	الاسراء	وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ حَشِيَّةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ	۱۲۹، ۲۶، ۲۵
۱۶	الاسراء	وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ	۱۲۵
۱۷	البقره	لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا	۹۲
۱۸	النساء	وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا	۹۹
۱۹	طه	هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ ۖ فَرَجَعْنَاكَ إِلَىٰ أُمِّكَ	۳۰
۲۰	القصص	هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ	۱۳۰، ۴۹، ۳۰
۲۱	البقره	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ	۱۱۳، ۳۱

شماره	حدیث	صفحه
۱	عن أبي الأسود عن عروة بن الزبير قال : عجبت لقوم طلبوا هذا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا حضاناً لأبناء الملوك	۶
۲	حَدَّثَنَا عَمْرُو بْنُ زُرَّارَةَ أَخْبَرَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي حَازِمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَهْلِ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا وَأَشَارَ بِالسَّبَابَةِ (بِالسَّبَّاحَةِ) وَالْوُسْطَى وَفَرَّجَ بَيْنَهُمَا شَيْئًا	۱۵
۳	جاء قيس بن عاصم التميمي إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال : إني وأدت ثمان بنات لي في الجاهلية، فقال له النبي (صلى الله عليه وسلم): أعتق عن كل واحدة منهن رقبة، قال يا رسول الله : إني صاحب إبل، قال : فانحر عن كل واحدة منهن بدنة إن شئت	۲۳
۴	عن ابن عباس قال طلق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم فلقيها تحمله بمحسر ولقيه قد فطم ومشى فأخذ بيده لينتزعها منها ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى وقال أنا أحق بابني منك فاختصما إلى أبي بكر ففضى لها به وقال ريجها وحرها وفرشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه	۳۳
۵	كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه، او ينصرانه، او يمجسانه	۴۲
۶	فَجَاءَ أَخُوهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ وَإِنَّا عَمَّهُ حُويصَةٌ وَمُحَيصَةٌ إِلَى النَّبِيِّ -صلى الله عليه وسلم- فَتَكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ فِي أَمْرِ أَخِيهِ وَهُوَ أَصْغَرُ مِنْهُمْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « كَبِّرِ الْكُبْرَ - أَوْ قَالَ - لِيُبْدِ الْأَكْبَرُ ». فَتَكَلَّمَا فِي أَمْرِ صَاحِبَيْهِمَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « يُقْسِمُ حَمْسُونَ مِنْكُمْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ فَيُدْفَعُ بِرُمَّتِهِ	۸۰
۷	رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل، او يفيق	۹۰-۹۳
۸	عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ وَتَدْبِي لَهُ سِقَاءٌ وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءٌ وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي	۹۷
۹	عن عبد الحميد بن جعفر قال حدثني أبي عن جدي أبي الحكم رافع أنه أسلم وأبت امرأته الإسلام فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ابنتي قال هذه فطيم أو شبهه الفطيم فقال أبو الحكم يا رسول الله ابنتي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحيته وقال لها اقعدي ناحيته واقعد الصبي بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية إلى أمها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اهداها فمالت إلى أبيها	۹۸

شماره	اعلام	صفحه
-------	-------	------

۵	کاسانی	۱
۸	ابن عاب الدین	۲
۹	نفر اوی	۳
۱۰	سید سابق	۴
۱۴	ابن مازہ	۵
۱۷	جرجانی	۶
۲۶	بن رشد	۷
۲۷	نوی	۸
۲۹	زحیلی	۹
۳۲	عثمانی	۱۰
۴۵	سرخسی	۱۱
۴۹	ماوردی	۱۲
۵۳	انصاری	۱۳
۵۷	شیبانی	۱۴
۶۵	بجیرمی	۱۵
۷۵	حدادی	۱۶
۸۲	مرداوی	۱۷
۸۵	الهی	۱۸
۱۱۱	مقدسی	۱۹
۱۱۸	عدالتخواه	۲۰

مصادر و مراجع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن جوزی، ابو الفرج عبدالرحمن بن علی بن محمد بن علی ابن عبیدالله بن حمادی بن احمد بن جعفر. ۱۹۸۵، غریب الحدیث، الجلد: ۱، دار الکتب العلمیه-بیروت، الطبعة الاولى، تحقیق: د. عبدالمعطی امین قلجی، عدد الاجزاء: ۲.
۳. ابن سیده، ابو الحسن علی بن اسماعیل النحوی اللغوی الاندلسی. ۱۴۱۷هـ - ۱۹۹۶ م، المخصص، الجلد: ۵، دار احیاء التراث العربی، بیروت - الطبعة: الاولى.
۴. ابن عابدین، محمد امین بن عمر ب، ت. رد المختار علی الدر المختار، الجلد: ۱۳، شرح تنویر الابصار.
۵. ارشیف ملتقی اهل الحدیث - ۱ تم تحمیلہ: فی ۷ رمضان ۱۴۲۹ هـ = ۷ سبتمبر ۲۰۰۸ م، هذا الجزء: یضم المنتدی الرشرعی العام.
۶. اسیوطی، شمس الدین محمد بن احمد بن علی بن عبد الخالق، المنها جی ثم القاہری الشافعی ۱۴۱۷ هـ - ۱۹۹۶ م، جواهر العقود و معین القضاہ و الموقعین و الشہود، دار الکتب العلمیه بیروت - لبنان، الطبعة: الاولى.
۷. اعلامیہ اسلامی حقوق بشر مصوب ۱۴ محرم ۱۴۱۱ قمری، مطابق با ۵ اوت ۱۹۹۰ میلادی و ۱۵ اسد ۱۳۶۹ شمسی (اجلاس و زرای امور خارجه سازمان کنفرانس اسلامی در قاہرہ).
۸. اعلامیہ جهانی حقوق بشر، مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ م (در مجمع عمومی سازمان ملل متحد در پاریس).
۹. اعلامیہ جهانی حقوق کودک . ۱۹۹۵ م مصوب اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد ۲۹ عقرب ۱۳۳۸ مطابق بیستم نوامبر.
۱۰. الہی، مولانا محمد عاشق، سیری در مسائل قدوری فقہ نکاح، ترجمہ: فیض محمد بلوچ، چاپ انتشارات مستقبل، کابل، افغانستان.
۱۱. انصاری، الامام سراج الدین عمر بن علی المعروف با بن املقن، التذکرہ فی الفروع علی مذهب الشافعی، الجلد: ۱۰.
۱۲. انصاری، شیخ السلام / زکریا. ۱۴۲۲ هـ - ۲۰۰۰ - اسنی المطاب فی شرح روض الطالب، الجلد: ۳، دار الکتب العلمیہ بیروت الطبہ الاولى تحقیق د محمد تامر
۱۳. اوزجندی ایی الحسن بن القاضی منصور بن العزیز المعروف بقاضی امام فخر الدین خان فتاوی قاضی امام فخرالدین خان. الجلد: ۱.

١٤. بابر تي، محمد بن محمد. ب. ت، العناية شرح الهداية، المجلد: ٤، و هو شرح لكتاب الهداية للمرغيانى (المتوفى ٥٩٣ هـ).
١٥. بجيرمى، سليمان بن عمر بن محمد. ب. ت، تحفة الحبيب على شرح الخطيب الجد: ١١ (حاشيته البحرى على الخطيب) حاشيه على كتاب الخطيب الشرينى السمى الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع {
١٦. بخارى، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن تامغيره ابو عبدالله. ١٤٠٧ - ١٩٨٧. الجامع الصحيح، المجلد: ٢. حسب ترقيم فتح البارى، دارالشعب - القاهرة، الطبعة: الأولى.
١٧. بخارى، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، ابو عبدالله. ١٤٠٧ - ١٩٨٧. الجامع الصحيح، المجلد ٧، حسب ترقيم فتح البارى، دارالشعب - القاهرة، الطبعة: الأولى.
١٨. بخارى، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، ابو عبدالله ١٤٠٧ - ١٩٨٧. الجامع الصحيح، المجلد: ٩، حسب ترقيم فتح البارى، دارالشعب - القاهرة، الطبعة: الأولى.
١٩. بزار، ابوبكر احمد بن عمرو بن عبدالخالق. از ١٩٨٨م، تا ٢٠٠٩م، مسند البزار، المجلد: ١، (المطبوع باسم البحر الزخار)، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله، (حقق الاجزاء من ١ الى ٩) و عادل بن سعد (حقق الاجزاء من ١٠ الى ١٧) و صبرى عبدالخالق الشافعى (حقق الجزء ١٨)، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، الطبعة: الأولى، عدد الاجزاء: ١٨.
٢٠. بستى، محمد بن حبان بن احمد بن حبان بن معاذ بن معبد، التميمى، ابوحاتم، الدرهمى. ب. ت، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بليان، مؤسسة الرسالة.
٢١. بلخى، لجنة علماء برئاسة نظام الدين. ب. ت، الفتاوى الهندية {الحنفى}. المجلد: ١١.
٢٢. بلخى، لجنة علماء برئاسة نظام الدين. ب. ت، الفتاوى الهندية {حنفى}. المجلد: ٣٢.
٢٣. بهوتى، منصور بن يونس بن ادريس. ب. ت، الروض المربع شرح زاد المستنقع فى اختصار المقنع، المجلد: ١، المحقق: سعيد محمد الحام، والنشر - بيروت - لبنان.
٢٤. بهوتى، منصور بن يونس بن ادريس. ب. ت، كشاف القناع عن متن الاقناع. المجلد: ١٩.
٢٥. بيهقى، ابوبكر احمد بن الحسين بن على. ١٣٤٤ هـ السنن الكبرى المجلد: ٨ فى ذيله الجوهر النقى، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة فى الهند بلدة حيدرآباد، الطبعة: الاول.
٢٦. بيهقى، احمد بن الحسين، معرفة السنن والآثار، المجلد: ١١، المحقق: عبدالمعطى امين قلجى، دارالنشر: جامعه الدراسات الاسلاميه، دارالوعى، دارقريبه.
٢٧. ترمذى، محمد بن عيسى ابو عيسى السلمى، الجامع الصحيح سنن الترمذى، المجلد: ٢، داراحياء التراث العربى - بيروت، تحقيق: احمد محمدشاکر و آخرون.

٢٨. ترمذی، محمد بن عیسیٰ ابو عیسیٰ السلمی، الجامع الصحیح سنن الترمذی، المجلد: ٤، داراحیاء التراث العربی - بیروت، تحقیق: احمد محمدشاکر و آخرون.
٢٩. ترمذی، محمد بن عیسیٰ ابو عیسیٰ السلمی، الجامع الصحیح سنن الترمذی، المجلد: ٥، داراحیاء التراث العربی - بیروت، تحقیق: احمد محمدشاکر و آخرون.
٣٠. جرجانی، علی احمد، حکمت التشريع وفلسفه، المجلد: ٢، المكتبه الحقانيه، پشاور، پاکستان.
٣١. جرجانی، علی احمد ابن علی، التعريفات، المجلد: ١، تحقیق: ابراهیم الیاری، دار الكتاب العربی - بیروت.
٣٢. جریده رسمی شماره (٣٥٣) مورخ ١٥/١٠/١٣٥٥ هـ ش، قانون مدنی افغانستان.
٣٣. جریده رسمی شماره (٨١٨) مورخ ٨ دلو ١٣٨٢، قانون اساسی افغانستان، مصوب لویه جرگه مورخ (٢ قوس - ١٤ جدی) ١٣٨٢ هـ ش.
٣٤. جزری، ابوالسعادات المبارک بن محمد. ١٢٩٩ هـ - ١٩٧٩ م، النهایه فی غریب الحدیث والاثار، المجلد: ١، المكتبه العلمیه - بیروت، تحقیق: طاهر احمد الزاوی - محمود محمد الطناحی.
٣٥. جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه (الصفحات مرقمه آلیا).
٣٦. جصاص، احمد ابن علی المکنی بابی بکر الرازی الحنفی ١٤٠٤ هـ ش احکام القرآن للجصاص، المجلد: ٢ (نسخه محققه) داراحیاء التراث العربی. بیروت، سنه الطبع.
٣٧. جلالی زاده، جلال. ١٣٧٨، مبادئ و اصطلاحات علم فقه، نشر احسان، چاپ اول تهران - ایران.
٣٨. حجاوی، شرف الدین موسی بن احمد بن موسی ابو النجا. ب. ت، الاقناع فی الفقه الامام احمد ابن حنبل، المجلد: ٤، محقق، عبدالطیف محمد موسی السبکی، دارالمعرفه بیروت - لبنان.
٣٩. حدادی، ابوبکر بن علی بن محمد العبادی الیمنی - الزبیدی. الجوهرة النیره، المجلد ٢٠.
٤٠. حدادی، ابوبکر بن علی بن محمد العبادی الیمنی - الزبیدی. الجوهرة النیره، المجلد ٤٠.
٤١. حصکفی، محمد علاء الدین بن علی. ١٣٨٦ هـ ش، الدر المختار شرح التنویر الابصار فی فقه مذهب الامام ابی حنیفه، المجلد ٣، دارالفکر، سنه النشر، بیروت.
٤٢. حمد، ابوبکر ادیس، الاستاذ بکلیه الاداب بجامعه عمر المختار، الحضانه فی الشریعه السلامیه.
٤٣. خن، مصطفی، و مصطفی البغا و علی الشریجی، الفقه المنهجي علی مذهب الامام الشافعی رحمه الله تعالی. المجلد ٤٠.
٤٤. دمیاطی، ابوبکر (المشهور بالبکری) بن محمد شطاء (المتوفی: بعد ١٣٠٢ هـ) حاشیه اعانه الطالبین، هو حاشیه علی حل الفاظ فتح المعین لشرح قره العین بمهمات الدین، المجلد ٣. لزیّن الدین بن عبدالعزیز المعبری الملیاری (المتوفی: ٩٨٧ هـ).

٤٥. ديب البغاء، مصطفى، ١٩٧٨م التذهيب في ادله متن الغايه والتقريب، دار الامام البخارى، سنه النشر: ١٣٨٩هـ مكان النشر: دمشق، عدد الاجزاء: ١.
٤٦. رازى، مجمد بن ابى بكر بن عبدالقادر، مختار الصحاح، المجلد ١، تحقيق: محمود خاطر، مكتبه لبنان ناشرون-بيروت.
٤٧. رازى، محمد بن العمر المعروف بفخرالدين، مفاتيح الغيب المجلد ٢١، نسخه محققه، دار احياء التراث العربى. بيروت، عدد الاجزاء ٣٢.
٤٨. رضميان، فضيله الشيخ عبدالعزيز بن صالح، الحضانه في الاسلام.
٤٩. زحيلي، وهبه بن مصطفى، ١٣١٨هـ التفسير المنير في العقيدته والشريعه و المنهج، المجلد ١٦، دار الفكر المعاصر-دمشق، الطبعة: الثانيه، عدد الاجزاء ٣٠.
٥٠. زحيلي، وهبه بن مصطفى، ١٣١٨هـ التفسير المنير في العقيدته والشريعه و المنهج، المجلد ٢٨، دار الفكر المعاصر-دمشق، الطبعة: الثانيه، عدد الاجزاء ٣٠.
٥١. زحيلي، وهبه استاذ و رئيس قسم الفقه الاسلامى و اصوله بجماعه دمشق - كليه الشريعه، الفقه السلامى و ادلته، المجلد ١٠، دار الفكر - سوريه - دمشق، الطبعة الرابعه، عدد الاجزاء: ١٠.
٥٢. زحيلي، وهبه (حوت) ١٣٩٤ هـ ش جمادى الاول ١٤٣٧ هـ ق). فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه: عبدالعزيز سلمى. چاپ اول (ديجيتال)
٥٣. زيعلى، فخرالدين عثمان بن على، ب. ت، تبين الحقايق شرح كنزالدقائق، المجلد ٧.
٥٤. سجستاني، ابوداود سليمان بن الاشعث، سنن ابى داود، المجلد ٢، دارالعربى. بيروت، عدد الاجزاء ٤.
٥٥. سرخسى، شمس الدين ابو بكر محمد ابن ابى سهل. ١٤٢١هـ ٢٠٠٠ م، المبسوط للسرخسى، المجلد ٧، دراسه و تحقيق: خليل محى الدين الميس، دار الفكر للطباعه والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، طبعه: الاول.
٥٦. سعدى، ابوحبيب. ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م، القاموس الفقهي لغته واصطلاحا، دار الفكر دمشق-سوريه، الطبعة: تصوير ١٩٩٣م الطبعة الثانيه، عدد الاجزاء: ١.
٥٧. سلمى، ابو محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام بن ابى القاسم بن الحسن دمشقى، الملقب بسلطان العلماء. ب.ت، قواعد الاحكام فى المصالح الانام، المجلد ٢، المحقق: محمود بن التلاميذ الشنقيتى، دار المعارف بيروت-لبنان.
٥٨. سمرقندى، علاءالدين. ب.ت، تحفه الفقهاء، المجلد ٢، دارالكتب العلميه، سنه النشر: ١٤٠٥ - ١٩٨٤، بيروت.

٥٩. سنيكى، زكريا بن محمد بن زكريا الانصارى، زين الدين ابو يحيى. ب.ت، الغرر البهية فى شرح البهجة الوردية، هو شرح البهجة الوردية لابن الوردى، عمر مظفر.
٦٠. سيد سابق، ب.ت، فقه السنه، المجلد ٤، دارلكتب، پشاور، پاكستان.
٦١. سيواسى، كمال الدين محمد بن عبدالواحد. ب.ت، فتح القدير، المجلد ٩، دارالفكر، بيروت.
٦٢. سيواسى، كمال الدين محمد بن عبدالواحد. ب.ت، فتح القدير، المجلد ١٠، دارالفكر، بيروت.
٦٣. شربينى، محمد الخطيب، ب.ت، مغنى المحتاج الى معرفه معانى الفاظ المنهاج، المجلد ١٥، دارالفكر، مكان النشر بيروت.
٦٤. شيبانى، ابو عبدالله محمد بن الحسن، ١٤٠٦هـ. النافع الكبير شرح الجامع الصغير، المجلد ١، عالم الكتب-بيروت.
٦٥. شيبانى، احمد بن حنبل ابو عبدالله. ١٤٠٣هـ-١٩٨٣، فضايل الصحابه، المجلد ٢، موسسه الرساله-بيروت، الطبعة الاولى، تحقيق. وصى الله محمد عباس، عدد الاجزاء ٢.
٦٦. شيبانى، احمد بن حنبل ابو عبدالله، ب.ت، مسند الامام احمد بن حنبل، المجلد ١، موسسه قرطبيه، القاهره، عدد الاجزاء ٦.
٦٧. شيبانى، احمد بن حنبل ابو عبدالله، ب.ت، مسند الامام احمد بن حنبل، المجلد ٥، موسسه قرطبيه، القاهره، عدد الاجزاء ٦.
٦٨. شيبانى، احمد بن حنبل ابو عبدالله، ب.ت، مسند الامام احمد بن حنبل، المجلد ٦، موسسه قرطبيه، القاهره، عدد الاجزاء ٦.
٦٩. شيرازى، ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز، آبادى ابو اسحاق. ب.ت، التنبيه فى الفقه الشافعى، المجلد ١.
٧٠. شيرازى، آيت الله مكارم. ب.ت، برگزیده تفسير نمونه، جلد ١٢، المحقق، احمد على بابائى.
٧١. شيرازى، آيه الله مكارم و جمعى از فضلا. ب.ت، تفسير نمونه، جلد ٢٦، عدد الاجزاء ٢٧.
٧٢. صنعانى، ابو بكر عبدالرازق بن همام. ١٤٠٣، مصنف عبدالرازق، المجلد ٧، المكتب الاسلامى-بيروت، الطبعة الثانية.
٧٣. طبرانى، ابوالقاسم سليمان بن احمد، المعجم الاوسط، المجلد ٢، دار الحرمين-القاهره ١٤١٥، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبدالحسن بن ابراهيم الحسينى.
٧٤. طبرانى، سليمان بن احمد بن ايوب بن مطير اللخمى، الشامى، ابوالقاسم، ب.ت، المعجم الكبير، المجلد ١٣.
٧٥. عبدرى، ابو عبدالله محمد بن يوسف الشهير بالمواق، ب.ت، التاج و الاكليل المختصر خليل، المجلد ٦.

٧٦. عبدالطيف، عبدالرحمن بن صالح، ب.ت، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنه للتيسير، المجلد ٢، نيعماده، البحث العلمى بالجامعه الاسلاميه، المدينه المنوره، الطبعه الاولى، ١٤٢٣هـ عدد الاجزاء ٢.
٧٧. عبدالله، نظام الدين. ١٣٨٩هـ شرح قانون مدنى افغانستان حقوق فاميل (نظريه هاى عمومى) انتشارات سعيد، چاپ دوم، كابل افغانستان.
٧٨. عثمانى، علامه مفتى محمد شفيح ديوبندى، تفسير معارف القرآن، جلد ١٤، شيخ الاسلام احمد جام، تربت جام، چاپ سوم، ١٣٨٥، ايران.
٧٩. عثيمين، محمد بن صالح بن محمد، ١٤٢٢-١٤٢٨هـ الشرح الممتع على زاد المستقنع، المجلد ١٣، دار ابن الجوزى، الطبعه: الاولى، عدد الاجزاء ١٥.
٨٠. عدالتخواه، پوهندوى عبدالقادر، حقوق فاميل، (كتاب درسى)، بنگاه انتشاراتى و مطبعه ميوند، چاپ اول، كابل افغانستان.
٨١. عدوى، ابوالبركات احمد بن محمد، الشهير بالدرديرى، ب.ت، الشرح الكبير، المجلد ٢.
٨٢. عدوى، على بن احمد الصعيدى، ب.ت، حاشيه العدوى على شرح كفايه الطالب الربانى المجلد ٥.
٨٣. عميد، حسن، فرهنگ فارسى عميد، جلد ٢، موسسه انتشارات امير كبير، چاپ ١١، ١٣٨٣هـ تهران، ايران.
٨٤. غرناطى، ابوالقاسم محمد بن احمد بن جزى الكلى، القوانين الفقيهيه المجلد ٢.
٨٥. غزالى، محمد بن محمد أبو، إحياء علوم الدين، المجلد: ٣، دارالمعرفه - بيروت، عدد الأجزاء: ٣.
٨٦. فايز، قاضى عبدالبصير، توضيحى برقانون مدنى افغانستان (حقوق فاميل)، انتشارات سعيد، چاپ اول ١٣٨٨، جاده آسمانى، كابل، افغانستان.
٨٧. فرابى، أبو نصير إسماعيل بن حمام الجوهرى، الصحاح فى اللغة. المجلد: ١.
٨٨. فوزان، صالح بن فوزان بن عبدالله، الملخص الفقهى، المجلد: ٢، دارالعاصمه، الرياض، الملكة العربيه اسعوديه، الطبعه: الاولى، ١٤٢٣هـ عدد الأجزاء: ٢.
٨٩. قاضى، محمد بن عبدالله أبوبكر بن العربى المعافر الاشبيلى المالكى. ب.ت. أحكام القرآن، المجلد ١.
٩٠. قاضى، محمد بن عبدالله أبوبكر بن العربى المعافر الاشبيلى المالكى. ب.ت. أحكام القرآن، المجلد: ٢.
٩١. قدورى الإمام أبو الحسن أحمد بن محمد، البغدادي، الحنفى الكتاب. المجلد: ١.

٩٢. قرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد، بن رشد. ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المجلد ٥، حققه: د محمد حجي و آخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثانية، عدد الأجزاء ٢٠ (١٨ ومجلدان للفهارس).
٩٣. قرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد، بن رشد. ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م. المقدمات المهدات، المجلد: ١، دار الغرب الإسلامي، الطبعة: عدد الأجزاء ٣٠.
٩٤. قزويني، ابن ماجه أبو عبدالله محمد بن يزيد . ب.ت. سنن ابن ماجه، ٣، مكتبة أبي المعاطي.
٩٥. قلعجي، محمدرواس، حامد صادق قنبيبي. ١٤٠٨هـ معجم الغة الفقهاء، المجلد: ١، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الثانية.
٩٦. كاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين ب.ت. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المجلد: ٨.
٩٧. كاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد اعلاء الدين ب.ت. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المجلد: ١٢.
٩٨. كرمي، مرعي بن يوسف الحنبلي. ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م دليل الطالب لنيل المطالب، أبوقتيبة نظر محمد الفاريابي، دار النشر و التوزيع، الرياض، الطبعة الأولى.
٩٩. كفومي، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني، كتاب الكليات. لأبي البقاء الكفومي، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويشي - محمد المصري، عدد أجزاء: ١٠.
١٠٠. كنوانسيون حقوق كودك، مصوبه مجمع عمومي سازمان ملل در ١٣٦٨هـ مطابق ١٩٨٩م.
١٠١. لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الاخلاق العثمانية. ب.ت. المجلة الأحكام العدلية، نورمحمد، كار خانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، عدد الأجزاء: ١٠.
١٠٢. ماوردى، العلامة أبو الحسن على بن محمد بن حبيب بصرى البغدادي، الإقناع في فقه الشافعي المجلد: ١.
١٠٣. ماوردى، العلامة أبو الحسن الماوردى، كتاب الحاوى الكبير. المجلد: ١١، دار الفكر بيروت، عدد الأجزاء: ١٨٠.
١٠٤. مرداوى، علاء الدين أبوالحين على بن سليمان المدشقى الصالحى. ١٤١٩هـ الإنصاف في معرفه الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المجلد: ١٤، دار إحياء التراث العربى بيروت، لبنان الطبعة الأولى.
١٠٥. مرداوى، علاء الدين أبوالحين على بن سليمان المدشقى الصالحى. ١٤١٩هـ الإنصاف في معرفه الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المجلد: ١٤، دار إحياء التراث العربى بيروت، لبنان الطبعة الأولى.

١٠٦. مرزوى، الحسن بن الحسن بن حرب أبو عبدالله .ب.ت. البر والصلوة المجلد: ١، (عن ابن المبارك و غيره)، المشكول نسخه الجامع السنة.
١٠٧. مصرى، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، المعرف باب نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المجلد: ٣٠.
١٠٨. مصرى، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، المعرف باب نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المجلد: ٤.
١٠٩. مصرى، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، المعرف باب نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المجلد: ١١.
١١٠. مصرى، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقى.ب.ت. لسان عرب المجلد: ١٣، دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى، الأجزاء: ١٥.
١١١. مصطفى، إبراهيم. أحمد الزييات. حامد عبدالقادر. محمد النجار. ب.ت. المعجم الوسيط، المجلد: ٢، دارالدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية، عدد الأجزاء: ٢.
١١٢. معين، دكتور محمد، فرهنگ فارسى معين، مؤسسه انتشارات اميركبير، چاپ بيست و چهارم، ١٣٨٦، تهران، ايران . جلد: ١.
١١٣. معين، دكتور محمد، فرهنگ فارسى معين، مؤسسه انتشارات اميركبير، چاپ بيست و چهارم، ١٣٨٦، تهران، ايران . جلد: ٤.
١١٤. مقدسى، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة.ب.ت. المغنى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيبانى، المجلد: ١٨.
١١٥. مقدسى، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة. ١٣٢٥هـ - ٢٠٠٤م. عمدة الفقه المجلد: ١، المحقق: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية.
١١٦. مقدسى، عبدالرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بن بهاء الدين. ١٣٢٦هـ - ٢٠٠٥م. العمدة شرح العمدة (وهو الكتاب شرح العمدة الفقه، لموفق الدين بن قدامة المقدسى)، المجلد: ٢، المحقق: صلاح بن محمد العويضة، دارالكتب العلمية، الطبعة الثانية.
١١٧. مناوى، محمد عبدالرؤف، التوفيق على مهمات التعاريف، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، دارالفكر المعاصر، دارالفكر - بيروت - دمشق.
١١٨. موسى، سيد حسن راد لاهيجى، پدر، مادر، معلم مرا خوب تربيت كنيد، مكتبة الشاملة، كتب التربية.

١١٩. موسى، عبدالله بن محمود بن مودود الحنفى ١٣٢٦هـ - ٢٠٠٥م، الاختيار لتعلييل المختار، المجلد: ٢ دارالكتاب العليمه، بيروت، لبنان - الطبعة الثالثة، تحقيق: عبداللطيف محمد عبدالرحمن.
١٢٠. موسى، عبدالله بن محمود بن مودود الحنفى ١٣٢٦هـ - ٢٠٠٥م، الاختيار لتعلييل المختار، المجلد: ٤ دارالكتاب العليمه، بيروت، لبنان - الطبعة الثالثة، تحقيق: عبداللطيف محمد عبدالرحمن.
١٢١. موسى، عبدالله بن محمود بن مودود الحنفى ١٣٢٦هـ - ٢٠٠٥م، الاختيار لتعلييل المختار، المجلد: ٥ دارالكتاب العليمه، بيروت، لبنان - الطبعة الثالثة، تحقيق: عبداللطيف محمد عبدالرحمن.
١٢٢. ميمنى، جنات عبدالرحيم الاستاذ المساعد بقسم الدراسات الاسلاميه كليه تربيئه لاعداد المعلمات، مكة المكرمة، لمن الحضانه؟ مجله ام القرى لعلوم الشرعيه واللغه العربيه وآدابها، ج١٥ ع ٢٧ جمادى الثانيه ١٣٢٤هـ ق. (سايات انترنتى uqu.edu.as/maajalat/shariaramag/mag27/pdf/doc7.pdf)
١٢٣. نجارى، محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد برهان الدين مازه، المحيط البرهانى، المجلد: ٣، دارإحياء التراث العربى، عددالأجزاء: ١١.
١٢٤. نجارى، محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد برهان الدين مازه، المحيط البرهانى، المجلد: ٨، دارإحياء التراث العربى، عددالأجزاء: ١١.
١٢٥. نسائى، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن على.ب.ت. السنن الكبرى المجلد: ٦، تحقق: حسن عبدالمنم حسن شلبى.
١٢٦. نسائى، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن على.ب.ت. السنن الكبرى المجلد: ٧، تحقق: حسن عبدالمنم حسن شلبى.
١٢٧. نسائى، أحمد بن شعيب أبو عبدالرحمن. ١٤٠٦ - ١٩٨٦. المجتبى من السنن، المجلد: ٦، مكتب المطبوعات الإسلاميه - حلب، الطبعة الثانية، الاعددالأجزاء: ٨.
١٢٨. نايسابورى، أبوالحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم، الجزء: ٨، دارالجيليل بيروت + دارالأفق الجديده. بيروت، عددالأجزاء: ثمانية أجزاء فى أربع مجلدات.
١٢٩. نايسابورى، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم. ١٤١١ - ١٩٩٠، المستدرک على الصحيحين، المجلد: ٢، دارالكتب العلميه، بيروت، الطبعة الأولى، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، عددالأجزاء: ٤.

١٣٠. نفرأوى؁ أأمد بن غنيم بن سالم. ب.ت. الفواكه الدوانى على رساله ابن أبى زىء القىرونى؁ المجلء: ٣؁ المءقق: رضا فرءاء؁ مكءبه الأءافه الءىنىه.
١٣١. نووى؁ أبو ذكرىا مءىى الءىن ىءىى بن شرف. شرف. ب.ت. المجموع شرح المهبء {هو شرح النووى الكءاب المهبء للشىرازى} . المجلء: ١٨.
١٣٢. نووى؁ أبو ذكرىا مءىى الءىن ىءىى بن شرف. شرف. روضه الطالبىن و عمءه المءءىن؁ المجلء: ٩؁ المكءبه الأسلامى؁ سنه النشر: ١٤٠٥؁ بىروء.
١٣٣. نووى؁ أبو ذكرىا مءىى الءىن ىءىى بن شرف. شرف. ب.ت. منءاآ الطالبىن و عمءه المءءىن؁ المجلء: ١.
١٣٤. وزارة الأوفاق المءرىه موسوعه الفقه الإسلامى.
-

Summary of the discussion

The present thesis under the title of custody in the light of jurisprudence and laws of Afghanistan has been investigated and written for the completion of master degree in salaam university in Kabul, which includes the following subjects under a preface and four chapters which in the first chapter regarding fundamentals and generalities of custody, the introduction of custody, concept of that, the history of custody investigated.

In the second chapter regarding the precepts of custody, reasons of the legitimacy of custody, wisdom of legitimacy and specifications of custody discussed.

In the third chapter regarding the rights and conditions of the custody, conditions of custody, rights of light of the opinions of Hazanat and mahzoniat in the light of the opinions of jurisprudential religions and laws of Afghanistan, the conditions of Hazanat and mahzoniat of the right and duty of custody and the abandonment and transfer of custody are clarified in the light of jurisprudence and laws of Afghanistan.

In the fourth chapter about the effects and precepts of custody which includes the duration and place of custody with the views of the jurisprudential religions and laws of Afghanistan, taking the mahzoon child for traveling and social relations of the magzoon child during the custody period and conclusion of custody under the discussion and numerous subjects discussed and at the end with a conclusion and suggestions has been ended.



Salaam University

Faculty of Sharia and law

Master Program in jurisprudence and law



Islamic Republic of Afghanistan

Ministry of Higher Education

private Universities Presidency

Hazanat in the light of jurisprudence and law of Afghanistan

A master's thesis

Student: Najibullah (Fayez)

Supervised: wazer Mohammad (sayedi)

Year: ۲۰۱۹



Kabul University
Faculty of Health and Law
Master Program in Jurisprudence & Law



Islamic Republic of Afghanistan
Ministry of Higher Education
Private University Presidency

Hazanat in the light of jurisprudence and laws of Afghanistan

A Master's Thesis

Author: Najatullah / Farid

Supervisor: Wazir Muhammad / Farid

Year: 2019