

بحث تطبیقی در باب حضانت و احکام آن

در مذاهب پنجگانه اسلامی

دکتر سید اسعد شیخ الاسلامی

تعریف: حضانت به فتح و کسر در لغت در کنار گرفتن و پرورش دادن کودک را گویند، و در اصطلاح شرع به معنی پرستاری طفلی است که شخصاً قادر به انجام امور روزمره زندگی خویش نباشد و همچنین نتواند خود را از زیان و یا تهدیدی که متوجه او است حفظ نماید. بنابراین، حضانت، امری است که وجود آن بستگی به دو شخص دارد یکی حاضن «پرستار» و دیگری محضون «پرستاری شده». محضون طفل صغیر را گویند ولی حاضن یا زن است یا مرد.

صغیر نیازمند پرستاری است که این درباره وی حق است زیرا او است که از عمل پرستاری بهره‌مند می‌گردد اما پرستار مکلف به این عمل است و بر او واجب است چون برای انجام این عمل شایستگی و اهلیت دارد.

آیا حضانت حق است یا واجب؟ به عنوان مثال: هرگاه شخص معینی مانند مادر را بنگریم می‌گوئیم او برای پرستاری طفلش از هر کسی شایسته‌تر است. مادامی که مانعی وی را از این عمل باز ندارد. پس اگر تصدی این کار را بعهده گرفت بر او واجب می‌گردد و اگر در قبال شخص صالح‌تری از این مقام ساقط شود صحیح است و این موضوع بدان معنی

است که حضانت برای مادر عنوان حق دارد، و هر گاه شخص شایسته‌تری از وی پیدا نشد مادر را به پرستاری فرزندش مجبور خواهند کرد و چنانچه در ازاء چیزی آنرا عوض نماید صحیح نیست چون همانطور که گفتیم حضانت بر او واجب است بنابراین، میتوانیم بگوئیم که پرستاری حق هر يك از حاضن و محضون است اگر چه به نسبت محضون قوی‌تر میباشد زیرا در همه حال واجب است که محضون واجد این حق باشد خواه پرستار يك نفر باشد و خواه پرستاران، متعدد باشند. چنانچه پرستار منحصر به يك نفر باشد در این صورت مجرد حق بحساب نمی‌آید بلکه بر او واجب هم می‌شود، اما اگر پرستاران متعدد باشند حضانت حق کسی است که در درجه اول قرابت قرار دارد و این حق از او ساقط نمی‌گردد مگر اینکه دیگری پیدا شود که برای پرستاری صالح‌تر باشد.

علیهذا، می‌بینیم اختلافی که مابین فقهای حنفی مشاهده می‌گردد که پرستاری فقط حق صغیر و یا صرفاً حق پرستار است با حقیقت پرستاری «حضانت» که جز در صورت وجود حاضن و محضون پیدا نمی‌شود تطبیق نمی‌کند زیرا این حق درباره هر دو نفر ثابت است با اینکه در مورد محضون قوی‌تر می‌باشد چون درباره محضون حق محض است و در هیچ حالتی ساقط نمی‌شود. اما نسبت به پرستار «حاضن» حقی است که پذیرش سقوط و یا خودداری از قبول دارد و چه بسا ممکن است واجب شود که در این صورت چنانچه معین شود این حق قابل اسقاط نیست.

اگر حضانت را حقی برای طفل صغیر فرض کنیم احکام زیر بر آن مترتب می‌گردد:

۱- هر گاه بمنظور پرستاری طفل، مادر و یا غیر مادر تعیین شود در هر صورت امتناع، حاکم شرع وی را مجبور خواهد کرد تا حق طفل از بین نرود.

۲- هر گاه زن با شوهرش بشرطی که سرپرستی طفل را به پدرش بسپارد خلع نماید این خلع صحیح و شرط باطل است زیرا حق صغیر را در حضانت باطل می‌کند و مادر طفل با اینکه می‌تواند حق خود را در حضانت باطل نماید اما بر ابطال حق صغیر تملك ندارد.

۳- اگر مادر طفل با شوهرش روی این موضوع که در مقابل دینی که بر ذمه زن دارد حق خود را در حضانت اسقاط کند صلح نماید، چنین صلحی باطل خواهد بود چون اسقاط حق صغیر بر آن مترتب می‌شود و روی این اصل، اگر زن در مورد اسقاط حقی با شوهرش مصالحه کند که دستمزد حضانت را در مقابل دینی که بر ذمه دارد محاسبه نماید این صلح صحیح است زیرا آن دستمزد حق خالص زن است.

اگر حضانت را حقی برای «حاضنة» پرستار بدانیم احکام زیر بر آن مترتب خواهد شد:

۱- پدر و یا شخص دیگری نمی‌تواند طفل را از کسی که حق پرستاری وی را دارد بگیرد و بدون مجوز شرعی به پرستار دیگری که در مورد این حق در مرتبه بعدی قرار دارد بسپارد. زیرا پس گرفتن طفل در این حالت تفویت حق پرستاری پرستار اولی است.

۲- هرگاه شیردهنده طفل فرد دیگری بجز پرستار باشد شیردادن به طفل برای او واجب می‌گردد پنحوی که حق پرستاری پرستار اصلی ترضیع نشود به این معنی که پرستار، طفل را با حضور خود به شیردهنده بدهد که پس از آن به پرستار برگرداند.

۳- اگر پرستار اصلی با وجود شخص دیگری که پرستاری طفل را تقبل می‌نماید از پرستاری طفل خودداری کند وی را مجبور نخواهند کرد زیرا او حق خود را ساقط کرده بدون اینکه حقی از صغیر تفویت شده باشد.

مذهب امامیه :

در اینکه حضانت حق است یا واجب آراء فقهای مذهب امامیه با فقهای مذهب حنفی تا حدودی نزدیک است. شهید ثانی در کتاب «روضه البهیة» می‌گوید: تردیدی نیست که حضانت حق پدر و مادر و در صورت نبودن این دو سایر اقربا است اما آیا با وجود این بر پدر واجب است و یا می‌تواند حق حضانتش را اسقاط کند؟

اصل در حقوق جواز اسقاط آن است و مصنف (شهید اول) در کتاب قواعد بدان تصریح کرده است بر این اساس گفته است: اگر مادر از حضانت سرباز زند پدر برای تصدی آن اولی است. هرگاه پدر و مادر از

پرستاری طفل خودداری کنند ظاهرأ پدر را مجبور خواهند کرد. شهید اول از برخی از اصحاب نقل کرده که حضانت واجب است. این نظر خوبی است درجائی که ترك آن موجب از بین رفتن طفل گردد جزآنکه پرستاری طفل در این هنگام واجب کفائی می باشد مانند دیگر افراد مضطر (۱). سپس شهید ثانی گوید: دراینکه حکم وجوب به صاحب حق اختصاص پیدا کند بی اشکال نیست، زیرا اخبار حضانت صرفاً برای اثبات حق حضانت وارد شده، اما اینکه آیا حضانت حکم شرعی است غیر قابل اسقاط، یا قابل اسقاط، در اخبار چیزی در این باره نیامده است (۲).

مذهب حنبلی :

فقهای این مذهب می گویند: کفالت و حضانت طفل از طرفی واجب است زیرا اگر طفل سرپرستی نشود از بین خواهد رفت بنابراین، جلوگیری از هلاک کودک امری ضروری و واجب است همانطور که تامین هزینه های وی نیز واجب می باشد. از طرف دیگر، حقی را برای اقربای او ثابت می کند چون در حضانت، ولایت بر طفل نهفته است که حق به آن تعلق می پذیرد (۳).

حق حضانت صغیر برای چه شخصی ثابت می شود؟

زمانی که طفل پایه عرصه حیات میگذارد از انجام هر کاری ناتوان است و در این حال نیازمند شخصی است که سرپرستی کلیه امور وی را بعهده بگیرد. وقتی که به حد تمیز رسید و توانست برخی از شئون خود را عهده دار شود طبیعی است که در بعضی از مسائل دیگر از قبیل تعلیم و تربیت و محافظت خویش از ارتکاب مفسد و سایر مشکلات که به تنهایی قادر به برطرف کردن آنها نمی باشد نیازمند نوعی دیگر از خدمت است. بلاشک نوع اول نیازهای او را زنان بهتر می توانند برآورده سازند چون در انجام آنها خبره هستند و شارع در مورد حق حضانت، زنان را بر

۱- شهید ثانی: الروضة البهية. ج ۵، ص ۴۶۴.

۲- رسایل، کتاب نکاح، باب ۷۳ از ابواب احکام فرزندان، که درین باره احادیثی ذکر شده است.

۳- ابن قدامه: المغنی. ج ۷، ص ۶۱۲.

مردان مقدم داشته است و مردان در نوع دوم نیاز طفل تواناتر و شایسته-ترند بنابراین، زنان و مردان در سرپرستی و پرستاری طفل مسئولیت مشترکی دارند. از آنجا که مادر با توجه به طبیعت مادری از هر شخص دیگری نسبت به فرزندش دارای عطوفت و شفقت بیشتری است از نظر حضانت در مرتبه اول قرار گرفته است که داوری رسول اکرم (ص) و اصحاب وی بر همین منوال قرار دارد و در این باب مخالفتی بچشم نمی خورد.

امام احمد و ابوداود از عبدآبن عمرو بن عاص روایت کرده اند: زنی به پیغمبر (ص) گفت: ای پیغمبر این بچه من است شکم من پناهگاه وی و غار من نگهدارنده وی می باشد و پستانهایم وی را سیراب کرده اند پدر وی مرا طلاق داده و می خواهد بچه را از من بگیرد. پیغمبر (ص) فرمود: مادام که شوهر دیگری اختیار نکنی تو از هر کسی برای طفل شایسته تر هستی» (۴).

روایت شده که عمر بن خطاب زنش «ام عاصم» را طلاق داد و سپس نزد وی رفت و دید عاصم را بغل کرده خواست بچه را از مادرش بگیرد ولی او از تسلیم طفل به پدرش خودداری کرد و در نتیجه میان آندو بر سر این موضوع کشمکش در گرفت و طفل بگریه افتاد به ناچار او را نزد ابوبکر بردند، ابوبکر در حضور عده ای از صحابه گفت: مادام که بچه قادر به اداره امور خود نباشد حتی نامهربانی مادرش از مهربانی تو برای بچه بهتر است (۵).

حق حضانت طفل برای مادرش ثابت می گردد خواه زن پدر صغیر یا معتده او و یا غیر معتده باشد مادام که برای سرپرستی و پرستاری طفل اهلیت داشته باشد و مانعی وی را از حضانت منع نکند، مانند ازدواج مجدد با فردی بیگانه و یا با قریبی غیر محرم.

هر گاه مادر بمیرد و یا مانعی وی را از پرستاری طفل باز دارد حضانت، به زنان اقارب که از محارم صغیر باشند منتقل می گردد. سپس به جد مادری و بالاتر و بعد به مادر و بالاتر منتقل می شود. اگر از جدات کسی پیدا

۴- شوکانی: نیل الاوطار. ج ۶، ص ۳۴۹. محمدالصنعانی: سبل السلام. ج ۳، ص ۲۲۶.

۵- ابن الهام: فتح القدير. ج ۳، ص ۳۱۴.

نشود پرستاری طفل به خواهران انتقال می‌یابد، ابتدا خواهر پدري و مادري و سپس خواهر مادري و در صورت عدم وجود او خواهر پدري (با توجه به روایت راجح در مذهب حنفی) (۶).

چنانچه از خواهران صالح برای حضانت پیدا نشود حق پرستاری به دختر خواهر پدري و مادري و سپس خواهر مادري انتقال می‌یابد و به ترتیب در صورت نبودن اصناف گذشته به خاله‌ها (پدري و مادري، مادري، پدري) و چنانچه از این صنوف هم کسی یافت نشود این حق به دختر خواهر پدري انتقال می‌یابد و بعد از اینها به دختران خواهران با توجه به تقدم دختر برادر تني سپس دختر برادر مادري و بعد دختر برادر پدري، و اگر هیچیک از افرادی که اهلیت حضانت داشته باشند یافت نشود حق حضانت طفل به عمه‌ها منتقل می‌گردد. هرگاه از عمه‌های صالح برای پرستاری طفل کسی یافت نشود این حق به خاله‌های مادر منتقل می‌شود، سپس خاله‌های پدر که به ترتیب خاله پدري و مادري، خاله مادري و خاله پدري، سپس عمه‌های مادر به ترتیب سابق و بعد عمه‌های پدر به ترتیب گذشته.

بطوری که ملاحظه می‌شود قرابت مادري مقدم بر قرابت پدري در همه اصناف و در حالتی است که در يك درجه از قرابت باشند، زیرا مادر در حضانت بر پدر مقدم است بنابراین، از لحاظ قرابت هم، چنین خواهد بود و نیز عاطفه مادر نسبت به فرزند از عاطفه پدر بیشتر است.

بطور کلی، مراتبی که قبلا ذکر شد بعلت شدت و ضعف عواطف اصناف مذکور و هم چنین میزان محرمیت آنان نسبت به طفل صغیر است البته اگر اهلیت در آنها وجود داشته باشد.

چنانچه هیچکدام از افراد اصناف نامبرده شده و یا حتی عصبه وجود نداشته باشد مسئله حضانت به قاضی ارجاع می‌شود تا وی طفل را به مرد یا زنی که صالح و قادر برای پرستاری باشد بسپارد.

در صورتیکه زنان یا مردانی که استحقاق پرستاری طفل را دارند متعدد بوده و از لحاظ قرابت در درجه‌ای واحد و قوتی واحد قرار گرفته

باشند مانند برادران یا اعمام شقیق، خالات و یا خواهران شقیقه، صالح-ترین آنها بمنظور تربیت طفل وتواناترین آنان برای مواظبت طفل انتخاب می‌شوند و چنانچه در صلاحیت مساوی باشند پرهیزکارترین آنها و با وجود این صفت سالخورده‌ترین آنها که دارای تجربه بیشتری است اختیار می‌شود.

این بود آراء فقهای مذهب حنفی.

صاحبان حق حضانت در مذهب امامیه :

فقهای امامیه از لحاظ تصدی امر حضانت، ابتدا این حق را برای مادر و سپس برای پدر ثابت می‌دانند، چنانچه این دو نباشند و یا فاقد اهلیت برای پرستاری باشند این حق به اقارب انتقال می‌یابد به ترتیبی که در بعضی از صور آن اختلاف کرده‌اند.

حضانت، در حالت بقای زناشوئی میان مادر و پدر مشترك می‌باشد. اما چنانچه مادر طفل مطلقه گردد وی شایسته‌تر از پدر برای پرستاری است. مدت این پرستاری برای طفل مذکر ۲ سال که همان مدت شیر-خوارگی است و برای مونث ۷ سال و بنابه قولی ۹ سال می‌باشد (۷).

برخی از فقها گفته‌اند مادام که مادر مطلقه طفل، شوهر دومی اختیار نکرده باشد از پدر شایسته‌تر برای پرستاری طفل است ولی رأی اول اظهر است. این حق پس از مادر به پدر منتقل می‌شود.

هرگاه پدر بمیرد یا فاقد اهلیت برای حضانت باشد این حق به مادر برمی‌گردد زیرا وی برجد مقدم است.

چنانچه مادر فوت کند و یا قبل از انقضای مدت حضانت فاقد اهلیت شود این حق به پدر، مادام که وجود داشته باشد، انتقال می‌یابد و تا زمانی که پدر موجود است شخص دیگری صلاحیت احراز این حق را

ندارد، و چنانچه پدر وجود نداشته باشد حق حضانت برای مادر باقی میماند با اینکه شوهر کرده باشد (۸).

اگر مادر بمیرد یا فاقد اهلیت شود حق پرستاری به جد (پدر پدر) منتقل می شود چون فی الجمله پدر است و او اولی می باشد و هم چنین چون جد در موارد اموال ارجح است در مورد حضانت هم ارجحیت دارد (۹).

اگر جد وجود نداشته باشد و یا وجود دارد ولی قائل به ترجیح وی نشویم، چنانچه علامه در کتب مختلف الشیعه، پس از والدین هیچکس را بر دیگری ترجیح نداده و فقط گفته است حکم آنان از آیه اولوالارحام... دانسته می شود. و شهید ثانی این قول را بهتر دانسته است. و این حق، بقول مشهور، به اقارب بترتیبی که در ارث ملحوظ است منتقل میشود به دلیل آیه «و اولوالارحام بعضهم اولی ببعض» (۱۰).

جده پدر و یا مادر هر قدر بالاتر رود مقدم بر عمه و خاله است، همانطور که این دو بر دختر عمه ها و دختر خاله ها مقدم می باشند، و همچنین جده نزدیک و عمه و خاله مقدم بر همین افراد در درجه دورتر هستند، و نیز ذکور هر مرتبه ای. پس اخوات بر اولاد برادران و خواهران ترجیح دارند، سپس خاله ها و دائی ها و عمه ها و عموها و بعد اولاد عموها و دائی ها، و سپس خاله های مادری و خاله های پدری و عمه های مادری و عمه های پدری.

۸- فان تزوجت والاب موجود سقطت حضانتها للنص والاجماع. فان طلقت عادت الحضانة على المشهور لزوال المانع منها و هو تزوجها واشغالها بحقوق الزوج التي هي اقوى من الحضانة، و اما تعود بمجرد الطلاق اذا كان بائنا والافبعدة ان بقى لها شى من مدة الحضانة، وقيل لاتعود لخروجها من الاستحقاق بالنكاح فيستصحب ويحتاج عوده اليها الى دليل اخر وهو مفقود. شهيد ثانی: الروضة البهية ج ۵، ص ۴۶۳.

۹- ويشكل بان ذلك لو كان موجبا لتقديمه لاقتضى تقديم ام الام عليه لانها بمنزلة الام وهي مقدمة على الاب. وولاية المال لادخل في الحضانة، والالكان الاب اولى من الام. وانما استعيذ حكمهم من آية «و اولوالارحام بعضهم اولى ببعض» وهي لاتدل على تقديمه على غيره ممن في درجته. قال: وبهذا جزم في المختلف وهو اوجود. شهيد ثانی: الروضة البهية: ج ۵، ص ۴۵۹.

هرگاه اقرب یکنفر باشد حضانت حق او است و در صورت تعدد مابین آنان قرعه می‌کشند، چون اشتراك آنها در امر حضانت موجب اضرار طفل است و دراین حال رجحان یکی بردیگری مورد توجه قرار نمی‌گیرد.

در صورت اجتماع مذکر و مؤنث، قولی بر آنست که مؤنث بر مذکر تقدم خواهد داشت و مأخذ این قول تقدم مادر بر پدر است و اینکه زن در تربیت اولاد، مهربان‌تر و به‌مصلح طفل آشنا تر می‌باشد و اطلاق دلیلی که از آیه مستفاد می‌گردد مقتضی تساوی در ارث است. بعضی گفته‌اند خواهر پدری و مادری «ابوینی» مقدم بر خواهر مادری «امی» است و خواهر پدری مقدم بر خواهر مادری می‌باشد و نیز مادر پدر بر مادر مادر ترجیح دارد. عمه بعلمت نزدیکی بیشتر و زیادی نصیب مقدم بر خاله است. براین رأی ایراد وارد است چون مفاد آیه آنان را مساوی دانسته‌است (۱۱).

از مطلبی که گذشت چنین مستفاد می‌شود که در مذهب جعفری در مورد اقارب که در يك درجه باشند مانند دو خواهر، دو عمه و دو خاله و برادرزادگان و خواهرزادگان دو قول به چشم می‌خورد: یکی اینکه میان آندو تساوی وجود دارد، صرف نظر از قوت قرابت یا جهت پدری یا مادری، چون دلیل دراین خصوص اطلاق دارد، و قول دوم دراین مورد قوت قرابت و قرابت پدری را مقدم می‌شمارد.

هرگاه محرمی برای حضانت پیدا نشود و یا پیدا شود ولی اهلیت نداشته باشد طفل به صاحب رحم غیر محرم سپرده می‌شود مانند دختران عمه و عمه و دختران دائی و خاله و اگر قریبی از ارحام وجود نداشته باشد به وصی و در غیر اینصورت بر حاکم شرع است که وی را به شخصی موثوق به بسپارد.

صاحبان حق حضانت در مذهب شافعی :

شافعیه می‌گویند: مستحقین حضانت دارای سه حالت هستند:
حالت اول آنست که اقارب ذکور با اناث جمع شوند.

۱۱- شهید ثانی: الروضة البهیة. ج ۵، ص ۴۱۶ و ۴۶۲.

محقق حلی: شرایع الاسلام. ج ۲، ص ۴۵.

حالت دوم فقط اجتماعی از اناث باشند.

حالت سوم تنها جمعی از ذکور وجود داشته باشند.

فاما در حالت اول، مادر برپدر مقدم است و سپس مادر مادر هر قدر بالاتر برود بشرطی که وارث باشد. مادر پدر مادر حق پرستاری طفل را ندارد چون وارث نیست.

پس از اینان نوبت به پدر می رسد و بعد مادر و بعد مادر پدر و بعد مادر پدر و سپس مادر مادرش هر قدر بالاتر رود چنانچه وارث باشد. حضانت حق مادر پدر مادر نیست زیرا وی وارث محسوب نمی شود. چنانچه این چهار صنف (مادر و مادران مادر، و پدر و مادران پدر) وجود نداشته باشند و ذکور و اناث مجتمع شوند اقرب، مقدم است به این معنی که ابتدا نزدیکان اناث و سپس ذکور، برای مثال: اگر اجتماعی از برادران و خواهران و خاله و عمه وجود داشته باشد، خواهران مقدم هستند چون اینان نزدیکترند و بعد برادران چون از خاله و عمه نزدیکترند سپس خاله و بعد عمه. در حالتی که اجتماع آنان از نظر قرابت و ذکورت و انوشت مساوی باشند مانند خواهران و برادران، مابین خواهران به قید قرعه یک نفر انتخاب و بر سایرین رجحان داده می شود.

حالت دوم: حالتی است که صاحبان حق پرستاری فقط طبقه نسوان باشند. در این حال مادر مقدم است و سپس به ترتیب مادران مادر، مادران پدر، خواهر، خاله، دخترخواهر، دختر برادر. عمه، دخترخاله، دختر عمه، دختر عمو، دختردائی. در این اصناف قرابت ابویینی مقدم بر پدری یا مادری است و قرابت پدری بر قرابت مادری ترجیح دارد.

حالت سوم: حالتی است که مستحقین حضانت فقط طبقه ذکور باشند. در این حال پدر مقدم است و سپس به ترتیب، جد، برادر ابویینی، برادر پدری، برادر مادری، پسر برادر ابویینی یا پدری، عموی ابویینی، عموی پدری، پسر عموی ابویینی یا پدری، اما طفلی که شاید مردان در وی رغبت کنند به او تسلیم نخواهد شد چون محرم نیست بلکه به شخص مطمئنی که او تعیین کند سپرده خواهد شد مانند دخترش. اگر این دختر مجنون و کبیر باشد و دختری داشته باشد او بعد از مادر مقدم بر جدات خواهر بود و چنانچه دختر مذکور صغیر بوده و شوهری داشته باشد این

دختر برای حضانت بر همه اصنافی که ذکر شد ترجیح دارد بشرطی که بتواند وی را تحمل نماید (۱۲).

مذهب مالکی :

مالکیه می گویند: اقارب صغیر، اناث و ذکور به ترتیبی که بیان می شود استحقاق حضانت را خواهند داشت. شایسته ترین آنان مادر طفل است سپس به ترتیب مادر مادر هر قدر بالا رود، خاله پدری و مادری (ابوینی). خاله مادری، عمه مادری، مادر پدر، مادر مادر و مادر پدرش، در هر صورت قرابت مادری مقدم بر قرابت پدری است. سپس بعد از جدّه از ناحیه پدر، حضانت به پدر منتقل می گردد و بعد به خواهر، عمه صغیر، عمه پدرش، خواهر جدش، خاله پدرش، دختر برادر ابوینی، دختر برادر مادری، دختر برادر پدری، دختر خواهر. هرگاه این جماعت وجود داشتند صالح ترین آنها برای حضانت انتخاب می شود. چنانچه هیچکدام از افراد مذکور موجود نباشند حضانت به وصی انتقال می یابد سپس به ترتیب برادر صغیر، پسر برادر. در این جا جد مادری بر پسر برادر رجحان دارد و بعد عمو و پسرعمو (۱۳).

مذهب حنبلی :

چنانکه معتقدند که حق حضانت در درجه نخست برای مادر طفل مقرر است و سپس به ترتیب مادر مادر، مادر مادر مادر، پدر، مادر پدر هر قدر بالا رود، جد، مادران جد، خواهر ابوینی، خواهر مادری، خواهر پدری، خاله پدری و مادری (ابوینی) خاله مادری، خاله پدری، عمه ابوینی، عمه مادری، عمه پدری، خاله های مادر طفل (ابوینی، امی، ابی) خاله های پدر طفل، (به ترتیب سابق) عمه های پدر طفل (به ترتیب سابق) دختران خواهران، دختران برادران طفل، دختران عمه ها، دختران عمه های طفل، دختران اعمام مادر طفل، دختران اعمام پدر طفل. در تمام این اصناف ترتیب ابوینی، مادری، پدری باید ملحوظ گردد (۱۴).

۱۲- خطیب شربینی: مغنی المحتاج. ج ۳، ص ۴۶۰.

۱۳- حاشیه دسوقی. ج ۲، ص ۴۶۸.

۱۴- الجزیری: الفقه علی المذهب الاربعه. ج ۴، ص ۵۹۶.

شروط اهلیت حضانت

از آنجا که هدف از حضانت تحقق مصالح طفل و دفع هر گونه ضرر و زیانی از او است برای پرستار زن و مرد صفات معینی در نظر گرفته شده که اهلیت حضانت را متحقق می‌سازد. بنابراین، چنانچه یکی از این شروط در شخصی که به‌عنوان پرستار بمنظور پرستاری طفل تعیین می‌گردد مختل شود حق حضانت وی ساقط و به‌نفر بعدی انتقال می‌یابد.

شروط اهلیت زن برای پرستاری :

۱- زن باید بالغ باشد زیرا غیر بالغ با اینکه ممیز باشد در حالی که نمی‌تواند کلیه امور خود را انجام دهد چگونه می‌تواند عهده‌دار اجرای کارهای شخص دیگری بشود.

۲- زن باید عاقل باشد چون بی‌عقل نمی‌تواند شئون صغیر را بخوبی انجام دهد و نه تنها منافع وی را تشخیص نمی‌دهد بلکه بیم آن می‌رود که به‌وی زیان برساند، روی این اصل، اهلیت حضانت را ندارد.

۳- زن باید اعمالی را که برای حضانت ضرورت دارد بتواند انجام دهد، چنانچه به‌عللی از قبیل کبر سن یا بیماری و یا نابینائی از انجام امور طفل ناتوان باشد اهلیت حضانت را نخواهد داشت و اگر توانائی انجام وظیفه را داشته باشد ولی دارای مرضی باشد که بیم ابتلای طفل و در نتیجه تلف شدن وی رود باز هم اهلیت نخواهد داشت. بطور کلی پرستار طفل نباید حرفه‌ای داشته باشد که بحال وی مضر بوده و یا وی را از پرستاری طفل بازدارد در این صورت حق او ساقط خواهد شد.

۴- زن باید اخلاق طفل را فاسد نگرداند و از این جهت امین باشد مثلاً دارای حرفه رقص و یا قمار نبوده و از ارتکاب به‌فواحش دوری گزیند در غیر این صورت به‌دلیل حق وی ساقط می‌شود: یکی اینکه نمیتواند امور طفل را اداره کند و نسبت به‌حسن انجام آن اهمال خواهد کرد. دوم بیم آن می‌رود که طفل صغیر از اخلاق وی متاثر گردد.

۵- زن نباید به غیر ذی رحمی که محرم صغیر نباشد شوهر کند بلکه باید یا شوهر اختیار نکند و یا با قریبی ازدواج کند که با طفل محرم باشد مانند عمو و یا جد او (۱۵).

هرگاه مادر با فردی بیگانه و یا با قریبی غیر محرم مانند پسر عمه طفل، یا با محرمی غیر قریب مانند برادر رضاعی او ازدواج کند حق او ساقط می‌گردد، چون غالباً این طبقه عطوفتی مانند قریب محرم نسبت به صغیر ندارند، در این مورد شخص بیگانه نه تنها محبتی ابراز نمی‌کند بلکه نسبت به طفل خشم هم روا می‌دارد زیرا شوهر غالباً فرزند زنش را دوست ندارد و طفل در محیطی مملو از خشم و نفرت رشد می‌کند. و هم‌چنین وقت زن، علی‌القاعده، باید صرف شوهرش بشود نه در جهت طفلی که هیچ ارتباط نسبی با او ندارد به‌خلاف شوهری که محرم صغیر است زیرا محرمیت نزدیک‌انگیزه‌ای برای ابراز شفقت و حمیت می‌باشد.

فقهای جعفری می‌گویند زن پرستار مطلقاً نباید شوهر داشته باشد ولو شوهر محرم صغیر باشد چون حدیث در این خصوص اطلاق دارد. فقهای مذکور، بین ازدواج مادر و غیر مادر فرقی قائل نشده‌اند بجز اینکه مادر چنانچه شوهر کند و پدر طفل وجود نداشته باشد حق پرستاری وی ساقط نمی‌گردد چون بعد از پدر، او برجد ترجیح دارد.

۱۵- شوکانی: نیل‌الوطار. ج ۶، ص ۳۴۹. محمدالصنایی: سبل‌السلام. ج ۳، ص ۲۲۶. رسول‌اکرم (ص) خطاب به زن مطلقه‌ای که شوهرش می‌خواست طفل او را بگیرد گفت «انت احق به‌مالم تتزوجی. مادام که شوهر اختیار نکنی شایسته‌تر از هر کسی برای پرستاری طفل هستی.» وقتی که مادر طفل بمجرد ازدواج حقیق ساقط گردد در این مورد دیگری بطریق اولی ذی‌حق نخواهد بود و مقتضی این امر آنست که مطلقاً ازدواج مادر حقیق را ساقط می‌کند. اما فقهای حنفیه و مالکیه به حکمت این موضوع توجه کرده‌اند که بخاطر آن، ازدواج مانع حضانت می‌شود و آن اینست که شوهر از فرزند زنش متنفر است و میل ندارد با زنش باشد باوجود این ازدواج با قریب محرم را مستثنی کرده‌اند زیرا این محرم نسبت بر طفل مهربان است و او را چون فرزند خویش می‌نگرد. در این جا اقوال دیگری وجود دارد که مطلقاً حق حضانت بمجرد ازدواج ساقط می‌گردد و آن قول امامیه و شافعیه است چون حدیث تفصیل نداده است.

۶- زن نباید صغیر را نزد کسی که نسبت به او خشمگین است نگهدارد، با اینکه قریب طفل باشد چون مشروعیت حضانت بمنظور مصلحت صغیر است و سکونت زن نزد کسی که نسبت به طفل بغض دارد چنان است که پنداری او را در معرض آزار و زیان قرار داده باشد. بنابراین، چنانچه او را به خانه دیگری نبرد حق وی ساقط خواهد شد.

جعفریه این موضوع را مسقط حق حضانت نمی‌دانند در صورتیکه زن قادر به حفظ و صیانت طفل باشد.

۷- زن نباید مرتد از اسلام باشد. اگر زن، مسلمان بوده و سپس مرتد شود حق پرستاری وی ساقط می‌گردد زیرا مرتده از نظر حنفیه باید زندانی شود تا به اسلام برگردد و یا بمیرد و امثال این اشخاص توانائی انجام اعمال حضانت را نخواهد داشت. از طرف دیگر اسلام را شرط پرستار نمیدانند خواه مادر و خواه غیر مادر، پس اهل کتاب استحقاق حضانت را دارد زیرا اساس حضانت اظهار شفقت نسبت به طفل است و این موضوع را هرپرستاری حائز است و دین در این خصوص تاثیری ندارد. طفل تا پایان مدت حضانت با او خواهد بود مگر اینکه در خلال این مدت احساس شود که این پرستار در وی تاثیر می‌گذارد و یا وی را به خوردن گوشت خوک و یا نوشیدن شراب وادار می‌کند که در این صورت طفل به شخص دیگری سپرده خواهد شد.

فقهای امامیه معتقدند که غیر مسلمان نباید امر حضانت را تصدی نماید چون ممکن است صغیر بادینی غیر از اسلام مألوف شود. حاضنه (پرستار) باید دارای شرایط زیر باشد:

آزاد. مسلمان. عاقل. شوهر نکرده (بی‌شوهر). در این چهار شرط اختلافی مابین فقهای امامیه وجود ندارد و هم‌چنین پرستار باید از بیماریهای واگیر بدور باشد. فاجره و هتاک نباشد و نسبت به رعایت و حفظ مصالح طفل اهمال نرزد (۱۶).

شروط اهلیت مرد برای حضانت :

مرد پرستار باید بالغ و عاقل و قادر به انجام امور صغیره بوده،

امانت را در تربیت طفل مرعی و منظور دارد. در دین با محضون متحد باشد چون حضانت نوعی ولایت بر نفس است و در مسئله ولایت نباید اختلاف وجود داشته باشد و نیز حق حضانت برای مردان مبنی بر میراث است و میدانیم که توارث با وجود اختلاف دین جریان نخواهد داشت. هرگاه برای صغیر دو نفر قریب در درجه‌ای واحد باشند و در دین اختلاف داشته باشند حضانت حق آنست که باوی همدین باشد. بطور کلی باید به این نکته توجه داشت چنانچه حق پرستاری مرد یا زنی که بواسطه سببی از اسباب مذکور ساقط گردد و سپس آن سبب از بین برود مجدداً می‌تواند پرستاری صغیر را بعهدہ بگیرد.

شافعیه می‌گویند:

حضانت ۷ شرط دارد:

- ۱- پرستار باید عاقل باشد بنابراین دیوانه حق پرستاری ندارد مگر اینکه دیوانگی وی مدت قلیلی باشد مثلاً یک بار در سال.
- ۲- پرستار باید آزاد باشد در این صورت بنده شایستگی تصدی پرستاری صغیر را ندارد.
- ۳- اسلام، پس حضانت کافر برای مسلمان درست نیست اما پرستاری کافر برای کافر و مسلمان برای کافر صحیح است.
- ۴- پرستار باید عقیف باشد، علیهذا فاسق را حق پرستاری نیست.
- ۵- امانت، بنابراین پرستاری که در یکی از امور مربوط به طفل خیانت کند حقیق ساقط خواهد شد.
- ۶- مادر صغیر نباید به شخصی که با طفل نامحرم است شوهر کند. چنانچه با محرمی مانند عمو و یا پسرعموی وی ازدواج کند اگر شوهر او به این امر رضایت دهد حق حضانت مادر ساقط نمی‌شود (۱۷).

۱۷- خطیب شربینی: مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج. ج ۳، ص ۴۵۴

مذهب مالکی (۱۸):

مالکیه اولین شرط پرستار را عقل میدانند روی این اصل، دیوانه نمیتواند پرستار شود با اینکه گاهی در حال افاقه باشد و حتی سبک عقل را نیز شایسته نمیدانند. شرط دوم از نظر مالکیه توانائی پرستار نسبت به انجام امور طفل است علیهذا شخص ناتوان نمیتواند سرپرستی صغیر را تعهد نماید مانند زنی که به سن شیخوخت رسیده باشد و یا مردی که خیلی پیر است مگر اینکه در نزد آنها کسی باشد که بتواند کارهای طفل را تحت نظارت و اشراف آنان انجام دهد و از این قبیلاند: ناپینا. کر. لال. بیمار. زمین گیر. شرط سوم آنست که پرستار مکانی داشته باشد که بتواند دختر بچه را که به سن بلوغ رسید وی را از فساد محفوظ بدارد و چنانچه محل مورد نظرامنیت نداشته باشد حق پرستاری وی ساقط می گردد. شرط چهارم در نزد فقهای مالکیه آنست که پرستار از لحاظ دین امین باشد بنابراین، شراب خوار و فاسق و کسی که شهرت زنا دارد حق حضانت ندارد. شرط پنجم را عدم ابتلاء پرستار به بیماری هائی از قبیل برص و جذام میدانند. ششمین شرط آنست که پرستار رشید باشد، پس سفیه مبذر که موجب اتلاف مال صغیر شود شایستگی ندارد. شرط هفتم مالکیه عدم ازدواج مادر طفل است اما اگر با محرم طفل ازدواج کند اشکالی ندارد. از نظر فقهای مالکیه اسلام پرستار شرط نیست. در صورتیکه بیم آن رود که پرستار به طفل شراب بنوشاند و یا گوشت خوک به او بدهد پرستار را به مسلمانها می سپارند تا مواظب وی باشند و بهمین دلیل طفل را از او نمی گیرند. از این لحاظ میان ذمی و مجوس فرقی قائل نیستند غیر محرمی مانند پسر عمو حق پرستاری دختر بچه ای که در معرض رغبت مردان قرار گیرد ندارد مگر با مادر وی ازدواج کند.

مذهب حنبلی:

فقهای حنابله می گویند: ۱- پرستار باید عاقل باشد بنابراین؛ دیوانه نمی تواند سرپرستی طفل را بعهده بگیرد. ۲- پرستار نباید برده باشد. ۳- ناتوان نباشد، مانند نابینا زیرا با این وصف توانائی پرستاری صغیر را آنطور

۱۸- حاشیه د سوقی: ج ۲، ص ۴۷۰. الجزایری: الفقه علی المذاهب الاربعه. ج ۴،

که منظور نظر است نخواهد داشت، و حتی کسی که دارای ضعف بینائی است. منظور نظر است نخواهد داشت، و حتی کسی که دارای ضعف بینائی است. ۴- پرستار نباید مبتلی به بیماری امثال جذام باشد در صورت ابتلاء حق حضانت وی ساقط می‌گردد، ۵- پرستار نباید به شخصی که با طفل بیگانه است شوهر کند، اما اگر با کسی مانند جد طفل ازدواج نماید میتواند سرپرستی صغیر را تقبل کند (۲۰).

اجرت حضانت و مستحق آن:

از آنجا که حضانت در خدمت طفل و انجام امور مربوط به وی بکار میرود پس عمل مشروعی است و میتواند عوض داشته باشد. فقهای اسلامی این عوض را به عنوان اجرت حضانت نام می‌برند.

حنفیه میگویند: زن پرستار یا مادر طفل است و یا غیر مادر، اگر پرستار غیر مادر باشد مادام که مجاناً قبول نکند استحقاق اجرت دارد. اگر مادر، طفل را پرستاری کند چنانچه همسر پدر صغیره یا معتده او از طلاق رجعی باشد، تمام فقهای حنفی وی را مستحق اجرت حضانت نمی‌دانند. در یکی از دو روایتی که از حنفیه نقل شده چنین برمی‌آید که در مورد معتده از طلاق بائن هم، اجرت تعلق نمی‌گیرد، چون زن در این حالات استحقاق نفقه را از پدر صغیر دارد و مستحق نفقه دیگری نظیر پرستاری فرزند نمی‌باشد.

چه شخصی باید اجرت حضانت را بپردازد:

اجرت حضانت بر کسی واجب است که نفقه صغیر را می‌پردازد چون حضانت قسمتی از نفقه صغیر است مانند اجرت شیرخوارگی. اگر صغیر دارا باشد از مال او تادیه می‌شود، در غیر این صورت اجرت را باید پدرش ادا کند. حال چنانچه پدر گشاده دست باشد او را به پرداخت اجرت به پرستار مجبور خواهند کرد و اگر تنگدست باشد دو حالت دارد یا توانائی کسب و کار دارد یا قادر به کار نیست. در صورت اول بر او واجب گشته و به عنوان دین بر ذمه او ثابت خواهد بود به این معنی که از شخصی که پس از پدر عهده‌دار نفقه صغیر است خواسته می‌شود که بجای پدر طفل اجرت پرستاری را بپردازد تا زمانی که پدر تمکن پرداخت آنرا پیدا خواهد

کرد.

هرگاه پدر تنگدست، از کسب و کار عاجز باشد عنوان معدوم خواهد داشت و اجرت را کسی متعهد می‌شود که باید نفقه صغیر را بپردازد.

امامیه می‌گویند :

مادر، احق واولی برای پرستاری است و نباید او را مجبور کرد که مجاناً پرستاری کند بنابراین، می‌تواند درخواست اجرت نماید در این حال پدر مخیر است که یا طفل را از وی بگیرد و یا به‌وی دستمزد بدهد چون حق پرستاری بعد از مادر حق پدر است و برپدر واجب نیست آنچه را مادر می‌خواهد اجابت کند مگر در حالتی که نتواند امر پرستاری را تصدی نماید و شخص دیگری که تبرعاً عهده‌دار آن گردد پیدا نشود زیرا مادر برای این امر و بمنظور صیانت از صغیر، معین می‌باشد.

هرگاه مادر دستمزدی بیشتر از دیگران را درخواست نماید مورد قبول واقع نخواهد شد. دراینکه آیا بجز اجرت شیرخوارگی اجرت دیگری برای پرستاری واجب می‌شود یا نه در مذهب امامیه بعلت نبودن نص دو قول وجود دارد (۲۱).

حال اگر شخصی تبرعاً آمادگی و توانائی تصدی امر پرستاری صغیر را داشته باشد، ولو نسبت به طفل بیگانه باشد، و یا پدر قادر به انجام امور صغیر بوده اگرچه از خدمتکار و یا زنش برای پرستاری یاری بجوید، وجود داشته باشد به‌مادر که خواهان اجرت است پیشنهاد می‌شود که یا مجاناً حضانت طفل را بعهده بگیرد و یا او را به‌پدر و یا به‌شخص متبرع واگذار نماید بدیهی است چنانچه بطور مجانی پرستاری صغیر را عهده‌دار نشود طفل، به‌پدر و یا متبرع سپرده خواهد شد در این صورت نباید مادر را از خدمت و یا رؤیت صغیر منع نمود.

اجرت پرستاری از مال صغیر داده می‌شود در صورتیکه صاحب مال باشد والا برپدر است که اجرت را بپردازد.

هرگاه مادر پرستاری طفل را تصدی نماید و برای اقامت خود و صغیر فقیر در آن، مسکنی خواسته باشد برپدر واجب است که نسبت به

تهیه مسکن مناسب اقدام نماید و چنانچه طفل با وجود پرستار نیازمند خدمتکار باشد بازهم پدر ملزم خواهد بود که در صورت گشادهدستی خدمتکاری برای طفل در نظر بگیرد. حنفیه هم در این خصوص با امامیه نظر واحدی دارند. حال در مورد پرستار دیگری بجز مادر، چنانچه مجاناً آمادگی پرستاری نداشته باشد و تقاضای اجرت نماید و متبرعی هم پیدا نشود باید به چنین شخصی برای نگهداری طفل اجرت داده شود (۲۲).
شافعیه می گوید:

اجرت حضانت برای هر پرستاری حتی مادر ثابت است و اضافه بر اجرت شیرخوارگی می باشد. هرگاه مادر طفل را شیردهد ولی اجرت شیرخوارگی و پرستاری را درخواست کند به این درخواست پاسخ مثبت داده می شود. اگر صغیر صاحب مال و ثروت باشد اجرت پرستاری از مال او و در غیر این صورت پرداخت آن بعهده پدر و یا شخصی است که نفقه صغیر را می پردازد (۲۳).

مذهب مالکی :

فقهای مالکیه می گویند: پرستار اجرتی در قبال پرستاری طفل دریافت نمی کند، خواه مادر باشد یا غیر مادر، اما اگر مادر طفل فقیر بوده و فرزندش تمول داشته باشد می توان، به دلیل فقر نه بسبب حضانت، از مال طفل بهوی کمک کرد. پرداخت نفقه صغیر بعهده پدر است که پرستار آنرا تحویل می گیرد و به مصرف هزینه طفل می رساند. بنابراین، پدر نمی تواند به پرستار بگوید: بچه را نزد من بفرست تا غذا بخورد و برگردد. میزان نفقه با نظر حاکم شرع و به تناسب حال پدر برای طفل تعیین می گردد.

در مورد تهیه مسکن برای پرستار، قاضی وضع مالی زوجین را را مد نظر دارد چنانچه زن بی نیاز و متمول باشد تدارک مسکن بر پدر طفل واجب نیست، در غیر این صورت پدر باید نسبت به تامین مسکن اقدام کند (۲۴).

۲۲- شهید ثانی: الروضة البهیة. ج ۵، ص ۴۵۷.

۲۳- خطیب شربینی: مغنی المحتاج. ج ۳: ص ۴۵۴.

۲۴- حاشیه وسوقی: ج ۲، ص ۴۷۲.

مذهب حنبلی :

پرستار می‌تواند درخواست اجرت نماید و مادر طفل از هر کسی برای پرستاری شایسته‌تر است. اگر مادر ثروتمند باشد باید طفل را مجاناً پرستاری کند ولی در عین حال نباید مادر را به این کار مجبور کرد. هرگاه زنی برای شیرخوارگی یا سرپرستی طفل بوسیله قراردادی اجیر شد چنانچه در قرارداد فقط شیر دادن قید شده بود پرستاری هم به تبع آن لازم می‌آید اما اگر تنها مسئله حضانت ذکر شده بود شیر دادن لزوم پیدا نمی‌کند (۲۵).

آیا پرستار می‌تواند با طفل مسافرت کند؟

حنفیه می‌گویند: در این مسئله سه صورت وجود دارد.

صورت اول - اینکه مادر مطلقه بوده و پدر هم موجود باشد و مادر بخواهد با طفل به شهر یا مکان دیگری منتقل شود، در این حال انتقال او دو شرط دارد: یکی آنکه مطلقه به طلاق بائن و یا رجعی بوده و عده‌اش مقتضی شده باشد. اما اگر عده‌اش به پایان نرسیده باشد حق انتقال طفل را تا تمام مدت عده نخواهد داشت. شرط دوم آنست که مکانی که می‌خواهد به آنجا برود نباید آنقدر دور باشد که با محلی که پدر طفل در آن سکونت دارد فاصله زیادی داشته باشد بنحوی که پدر نتواند در یک روز به دیدن طفل برود و شب به محل اقامت خویش مراجعت نماید، صرف نظر از سرعت برخی از وسائط نقلیه امروز. چنانچه بخواهد به شهر دوری با فاصله زیاد منتقل شود دو شرط دارد: یکی اینکه در آنجا عقد شده باشد. دوم، شهری که می‌خواهد به آن انتقال یابد و وطنش باشد.

صورت دوم - اینکه پدر موجود است و پرستار، شخصی بجز مادر میباشد مانند جده، خاله و امثال آندو از سایر پرستاران. این افراد بهیچوجه بدون اجازه پدر صغیر حق انتقال به شهر دیگری ندارند زیرا همانطور که گفته شد چیزی که موجب شد مادر به وطنش منتقل گردد عقد نکاح او در آنجا بود زیرا رضایت زوج به عقد، در آن شهر بمنظور اقامت در آن محل است.

صورت سوم - اینکه پدر طفل وفات کند و مادر در زمان عده وفات باشد در این حال مادر نمی‌تواند از آن محل خارج شود مگر به اجازه ولی طفل که در حقیقت جانشین پدر او است.

اما پس از پایان مدت عده، رأی قاطعی از طرف فقهای حنفی بچشم نمی‌خورد.

برخی گفته‌اند بر اولیاء طفل است که او را از این کار منع کنند. از ظاهر امر چنین برمی‌آید که در این حالت مسأله باید به اجتهاد قاضی موکول گردد تا نسبت به اقامت در محل یا انتقال صغیر آنچه را مصلحت می‌داند اقدام نماید.

مذهب امامیه :

از آنجا که فقهای امامیه، معتقدند حضانت حق مادر و سپس پدر و بعد جده و بالاخره اقارب به ترتیبی که قبلاً بیان شد، می‌باشد و پرستاری مادر حق خالص او است علیهذا، بنا بر رأی مشهور نزد آنان مادر، مطلقاً، حق دارد که طفل را انتقال دهد خواه پدر راضی باشد یا رضایت نداشته باشد، دور باشد یا نزدیک، شهر یا قریه، مادام که در این انتقال ضرری متوجه طفل و پدر طفل نشود. اما اگر این اقدام مضر باشد این انتقال جز با رضایت پدر جایز نخواهد بود.

قول دیگر از شیخ طوسی نقل شده که ایشان معتقد است نباید طفل بجائی منتقل شود که فاصله آن در حد قصر نماز باشد و یا این انتقال از شهر به قریه صورت پذیرد چون معمولاً تعلیم و تربیت در قراء در سطح پائینی است (۲۶). این رأی را برخی از فقها پذیرفته‌اند چون ضامن رعایت حق ولایت پدر، فرزند خواهد بود (۲۷). در عین حال می‌گویند: پدر نمی‌تواند طفل را از مادرش بگیرد و در حال حضانت او را با خود به سفر ببرد چون حق حضانت اختصاص به مادر دارد که به لحاظ حق مادر و طفل، این حق از او گرفته نخواهد شد (۲۸).

۲۶- رضا الحلّی: الاحکام الجعفریه. فی الاحوال الشخصیه: م ۳۹۳، ص ۱۰۲.

۲۷- محمد جواد مغنیه: فقه الامام جعفر. ج ۵، ص ۳۱۵.

۲۸- همان کتاب.

شافعیه می گویند:

هر گاه پرستار یا ولی طفل بنا بر ضرورت و یا بمنظور تجارت مسافرت نماید صغیر نزد قیم باقی خواهد ماند تا مسافر از سفر مراجعت کند، چنانچه طفل بحد تمیز رسیده باشد در این صورت می تواند نزد هر کدام از آندو که بخواهد باقی بماند. اما اگر پرستار یا ولی صغیر بخواهد به قصد انتقال یا توطن سفر کند طفل تابع عاصب است پدر یا غیر او، خواه مسافر باشد یا مقیم، مشروط به اینکه امنیت راه و شهر مورد نظر مورد اطمینان باشد والا مادر مقدم است. در خصوص مسافرتی که به انتقال منجر گردد عصبه محارم مانند جد و برادر و عمو مانند پدر هستند و بر مادر مقدم می باشند ولی محرمی که عصوبت نداشته باشد مانند پدر مادر و دائی و برادر مادری نمی تواند طفل را بمسافرت ببرد چون از لحاظ نسب حقی ندارد (۲۹).

مذهب مالکی :

مالکیه معتقدند که پرستار جز در شرائط معینی نمی تواند با طفل به مکانی که پدر یا ولی طفل در آنجا نباشد مسافرت کند. این شروط عبارتند از :

- ۱- مسافرت نباید از چهار فرسخ تجاوز نماید.
- ۲- قصد از مسافرت، اقامت و توطن باشد، اما اگر منظور از سفر، تجارت و یا برآوردن حاجتی باشد می تواند طفل را با خود به مسافرت ببرد که در این صورت حق حضانت وی ساقط نمی گردد و بر ولی طفل است که او را سوگند دهد که قصد انتقال یا توطن ندارد.
- ۳- مسافرت پرستار با طفل در مسافرت های کوتاه بشرطی که راه و مقصد امن باشد مانعی نخواهد داشت.

۴- هر گاه ولی طفل به قصد اقامت به شهر دیگری نقل مکان کند چنانچه پرستار با مسافرت موافقت نکند ولی می تواند طفل را بشرطی که پستان دیگری را بگیرد از او بستاند در این حال حق حضانت پرستار

۲۹- خطیب شربینی: مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج. ج ۳، ص ۴۵۸ و

ساقط می‌شود. ولی اگر پرستار به مسافرت با طفل رضایت دهد حق پرستاری وی محفوظ می‌ماند. لازم به تذکر است که منظور از سفر مسافتی بیش از ۴ فرسخ است والا اگر کمتر از ۴ فرسخ و یا سفر به قصد تجارت باشد حق پرستاری او از بین نخواهد رفت (۳۰).

مذهب حنبلی :

حنابله می‌گویند: اگر یکی از ابوین قصد مسافرت به شهر دیگری داشته باشد طفل نزد او باقی خواهد ماند خواه مسافر باشد خواه مقیم. در این خصوص شروطی قائل شده‌اند به این شرح:

۱- مسافرت بین دو شهر به اندازه و یا بیشتر از مسافرت قصر باشد.

۲- راه و محل مورد نظر امن باشد.

۳- سفر باید بمنظور انتقال و توطن باشد.

۴- قصد مسافرت یکی از آندو نباید به دلیل اضرار دیگری و پس گرفتن طفل صورت گیرد. هر گاه هر دو در شهر دیگری قصد اقامت کنند حق پرستاری مادر محفوظ می‌ماند (۳۱).

«مدت حضانت»

مدت پرستاری از وقت ولادت طفل آغاز می‌گردد ولی پایان آن به نسبت ذکور و اناث متفاوت است. اگر طفل مذکر باشد پرستاری او تا زمانیکه از خدمت زنان بی‌نیاز شود و شخصاً بتواند نیازهای اولیه خود را بر طرف سازد مانند خوردن و آشامیدن و لباس پوشیدن و نظافت بدن استمرار پیدا خواهد کرد زیرا طفل بعد از این مرحله احتیاج به آموزش و پرورش و تخلق به اخلاق مردان دارد و از این بابت پدر از مادر تواناتر است. مدت مفتی‌به در مذهب حنفی ۷ سال است چون غالباً پسر بچه‌ها بعد از این سن از خدمت زنان بی‌نیاز می‌شوند. پرستاری دختر - بچه تا رسیدن به سنی که در معرض رغبت مرد قرار گیرد ادامه خواهد

۳۰- حاشیه دسوقی: ج ۲، ص ۴۷۳.

۳۱- ابن‌قدامه: المغنی. ج ۷، ص ۶۱۸.

یافت خواه پرستار او مادر یا مادر مادر و غیر این دو باشد زیرا دختر وقتی که به این حد سنی رسید نیازمند حفظ و صیانت است که در این مورد مردان توانا تر از زنان هستند. رأی راجح در مذهب حنفیه این سن را تا ۹ سالگی می‌داند (۳۲).

بدیهی است فقها این تحدید را با توجه به حالات عادی طفل و غالب آن در نظر گرفته‌اند و مسلماً این تقدیر شامل صور غیر عادی نخواهد شد.
مذهب امامیه :

قول مشهور در مذهب امامیه مدت حضانت را برای مادر به نسبت پسر بچه دو سال که حداکثر مدت شیرخوارگی است تعیین کرده‌اند و پس از این مدت طفل به پدر سپرده خواهد شد در صورتی که موجود باشد، چنانچه وجود نداشته و یا فاقد اهلیت باشد نزد مادرش باقی می‌ماند چون مادام که موجود است و اهلیت آنرا دارد شخص دیگری حق حضانت را ندارد. اما در مورد دختر بچه، قول مشهور در مذهب امامیه بر آنست که مدت حضانت مادر طفل تا ۷ سال ادامه خواهد داشت ولی در قولی غیر مشهور مدت حضانت برای مذکر ۷ سال و برای مؤنث ۹ سال تعیین شده است (۳۳).

شافعیه عقیده دارند که حضانت مدت معلومی ندارد بنابراین، زمانی که بچه، پدر و مادرش را از هم تمییز دهد و یکی از آن دو را اختیار نماید نزد او خواهد ماند و هم‌چنین طفل تمییز مابین مادر و جد و غیر جد یا بین پدر و خواهر مادری و یا خاله‌اش مختار خواهد بود و می‌تواند پس از انتخاب هر کدام، نزد دیگری هم برود.

هر گاه دختر بچه پدرش را اختیار نمود، پدر حق دارد فرزندش را از دیدار مادرش منع کند، اما نمی‌تواند مانع دیدار مادر از فرزندش گردد مشروط بر اینکه دیدارش به درازا نکشد.

۳۲- ابن‌الهام: فتح‌القدير. ج ۳، ص ۳۱۶ و بعد از آن. زیلعی: تبیین‌الحقایق ج ۳، ص

۴۸. ابن‌النجیم: الجرارائق شرح کنزالدقایق. ج ۴، ص ۱۶۹.

۳۳- محمد جواد مغنیه: فقه‌الامام جعفر. ج ۵، ص ۳۱۳ و ۳۱۴.

هر گاه طفلی مریض شود - در صورتیکه پدر راضی باشد - مادرش از هر کسی برای پرستاری وی صالحتر است و می تواند در منزل پدر از وی مراقبت نماید ولی چنانچه پدر رضایت ندهد مادر می تواند طفل مریض را در منزل خود پرستاری و پس از بهبودی به نزد پدرش برگرداند البته در صورتیکه با مادر طفل خلوت نکند. اگر پسر بیچه مادرش را بمنظور حضانت انتخاب نماید شب می تواند نزد مادر و روز را با پدر بسربرد تا نسبت به تعلیم او اقدام کند. اما اگر دختر بیچه مادرش را انتخاب کند شب و روز می تواند نزد وی بماند و چنانچه هم پدر و هم مادرش را انتخاب نماید بین آندو قرعه می کشند و اگر در مورد انتخاب سکوت کند مادر اولی و احق است (۳۴).

مذهب مالکی :

فقهای مالکیه را عقیده بر آنست که مدت حضانت پسر بیچه از حین ولادت او تا رسیدن به سن بلوغ است. اگر در این مدت مادر، طفل را پرستاری کند حق حضانت وی پس از بلوغ ساقط می گردد. اما مدت پرستاری دختر بیچه تا زمانی است که مادرش ازدواج نکرده و یا عمل مقاربت انجام نگرفته باشد (۳۵).

مذهب حنبلی :

حنابله می گویند: مدت حضانت برای مذکر و مؤنث ۷ سال است اما اگر بیچه به سن ۷ سالگی رسید و پدر و مادرش توافق کردند که نزدیکی از آندو بماند درست است ولی اگر به توافق نرسند کودک در انتخاب یکی از آنها آزاد خواهد بود. هر گاه پدرش را اختیار کند شب و روز نزد او باقی خواهد ماند ولی نباید او را از دیدن مادرش منع نماید. چنانچه پسر بیچه مریض شود مادر می تواند در منزلش به پرستاری وی بپردازد زیرا در این خصوص از پدر شایسته تر است. حال اگر پسر بیچه مادرش را انتخاب نماید شبها نزد وی میماند و در خلال روز با پدرش خواهد بود تا

۳۴- ابن حجر: تحفة المحتاج بشرح المنهاج. ج ۸، ص ۳۶۱.

۳۵- حاشیه دسوقی: ج ۲، ص ۴۷۲. الجزیری: الفقه علی المذاهب الاربعه. ج ۴، ص

نسبت به تعلیم و تربیت او اقدام شایسته بعمل آورد. هر گاه هیچکدام را به تنهایی اختیار ننمود و هر دو را انتخاب کرد به قید قرعه یکی از آندو انتخاب می شود و اگر در ظرف این مدت کسی را که قرعه به نام او اصابت نکرده اختیار نمود به او سپرده خواهد شد. مسلماً این در صورتی است که پدر و مادرش اهلیت حضانت داشته باشند.

اما دختر بچه، چنانچه به سن ۷ سالگی یا بیشتر برسد تا زمان بلوغ و حتی زفاف نزد پدر خواهد ماند با اینکه مادر تبرعاً پرستاری وی را بعهده بگیرد، زیرا هدف از حضانت طفل محافظت او است و در این مورد پدر شایسته تر می باشد. هر گاه دختر بچه نزد پدر باقی بماند شب و روز با او می ماند ولی نباید از ملاقات با مادرش منع شود و هم چنین اگر نزد مادر بماند شب و روز پیش مادر خواهد بود و پدر هم می تواند به دیدن او برود (۳۶).

وضع طفل پس از اتمام مدت حضانت :

هر گاه مدت حضانت زنان پایان برسد طفل (مونت یا مذکر) به پدر سپرده می شود در صورتیکه موجود بوده و اهلیت نگهداری طفل را داشته باشد، پس چنانچه پدر وجود نداشته و یا در صورت وجود، فاقد اهلیت سپردن طفل به وی باشد این حق به عصبات (الاقرب فالاقرب) به ترتیب سابق منتقل می گردد.

بدیهی است که باید این مطلب را در نظر گرفت که دختر بچه به عاصب غیر محرم مانند پسرعمو سپرده نخواهد شد چون دختر بچه در سنی است که شاید مردان در وی رغبت کنند و ممکن است از این لحاظ ضرری متوجه وی گردد. اما در مورد پسر بچه این شبهه منتفی است.

در این واگذاری هیچیک از پدر، عاصب و طفل خیار ندارند چون در این خصوص فقط شارع است که بخاطر مصلحت وی این حکم را صادر کرده است. پسر بچه تا زمانیکه کاملاً قادر به انجام امور روزمره خود نباشد نزد پرستار خواهد ماند. اما دختر بچه تا وقتیکه ازدواج نکرده نزد پرستار میماند و چنانچه ازدواج نکند و بکر باشد نزد پدرش یا عاصب

محرم باقی میماند و همچنین اگر بیوه بوده و بر نفس خویش مسلط نباشد، اما چنانچه بیوه بر نفس خود تسلط داشته و صاحب درایت و تدبیر بوده و عقیقه باشد خود می تواند سرپرستی خویش را بعهده بگیرد و هیچکس نمی تواند وی را به اقامت با شخص دیگری مجبور نماید. این عقیده حنفیه است.

اما مذهب امامیه می گویند:

پسربچه پس از گذشت دو سال از سن كودك، یعنی مدت حضانت مادر، به پدرش سپرده خواهد شد در صورتیکه موجود بوده و اهلیت داشته باشد، در غیر اینصورت نزد مادرش زندگی است تا زمان بلوغ نزد هر کسی که به وی سپرده شده باقی بماند و وقتی که عاقل شد می تواند تنها زندگی کند یا نزد حاضن بماند.

اما دختر بچه پس از پایان حضانت مادرش در هفت سالگی (قول راجح) یا ۹ سالگی یا پس از ازدواج مادر، آنطور که عقیده شیخ طوسی است، به پدرش سپرده می شود و او را مجبور خواهند کرد تا زمانی که بر نفس خود مسلط نشده و قدرت اداره خویش را ندارد نزد پدرش باقی بماند خواه بکر باشد یا بیوه (۳۷).