

ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران؛ تحلیل فقهی-حقوقی با تأکید بر توازن حق و تکلیف والدین در حضانت

حجت الله دهقانی

مدرس گروه آموزش معارف اسلامی، دانشگاه فرهنگیان، صندوق پستی ۱۴۶۶۵-۸۸۹ تهران، ایران.

رایانامه: hojjatollahdehghani@chmail.ir

چکیده

مطالعه فقهی-حقوقی ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران - که حضانت فرزند را همزمان «حق» و «تکلیف» والدین می‌داند - ظرفیت بالایی در تبیین نهادهای اجتماعی پیچیده را نشان می‌دهد. این پژوهش با هدف تحلیل مبانی فقهی این ماده و تبیین چگونگی جمع همزمان جنبه‌های حق‌محور و تکلیف‌محور در نهاد حضانت، با روش توصیفی-تحلیلی و با استناد به منابع معتبر فقه امامیه انجام شده است. یافته‌ها حاکی از آن است که در مورد ماهیت حضانت، سه دیدگاه اصلی شکل گرفته است: ۱. نظریه حق محض؛ ۲. نظریه تکلیف (حکم) محض؛ ۳. نظریه ترکیبی کلاسیک. ارزیابی این دیدگاه‌ها نشان می‌دهد که یک خوانش نوین بر مبنای «وحدت ماهیت ولایی و دوگانگی ظرف اجرا» توانایی تبیین بهتری از پیچیدگی‌های این نهاد دارد. بر پایه این رویکرد، ماهیت حضانت، ولایی و تکلیف‌محور است. در ظرف رقابت والدین، این نهاد ولایی موضوع یک حق اولوی (حق الحضانة) قرار می‌گیرد، بی‌آنکه ماهیت آن تغییر یابد. در مقابل، در ظرف فقدان تشاح یا امتناع، همان تکلیف ولایی به‌صورت الزام‌آور و قهری بر عهده والد واجد شرایط گذاشته می‌شود. این الگو، ضمن انطباق با ادله فقهی، مصلحت کودک و واقعیات حقوق خانواده را لحاظ کرده و مبنای مناسبی برای سیاست‌گذاری و طراحی نهادهای حمایتی خانواده است.

کلیدواژه‌ها: حضانت، ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حق-تکلیف، فقه امامیه، حقوق خانواده، قانون مدنی.

خانواده به‌عنوان بنیادی‌ترین نهاد اجتماعی، همواره کانون توجه نظام‌های حقوقی و شرعی بوده است. در این میان، نهاد «حضانت» به‌عنوان یکی از اساسی‌ترین مباحث حقوق خانواده، نقش تعیین‌کننده‌ای در تضمین سلامت روحی، روانی و تربیتی کودک ایفا می‌کند. قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۸ — با الهام از مبانی فقه امامیه — مقرر می‌دارد: «نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است». این تعبیر به ظاهر دوگانه و ناسازگار، پرسش‌های بنیادینی را در خصوص ماهیت حقوقی حضانت پیش روی حقوقدانان و فقها قرار داده است.

پرسش اصلی این پژوهش آن است که ماهیت حقوقی حضانت از منظر فقه امامیه و حقوق ایران چیست و چگونه می‌توان نظریه «حق-تکلیف» مندرج در ماده ۱۱۶۸ را بر پایه مستندات فقهی تبیین نمود؟ پرسش‌های فرعی شامل موارد زیر است:

۱. ادله فقهی حضانت چیست و چه دلالت‌هایی بر جنبه حقی آن دارد؟ ۲. نظریه‌های رقیب در تبیین ماهیت حضانت (حق محض، تکلیف محض و نظریه ترکیبی کلاسیک) چه قوت‌ها و ضعف‌هایی دارند؟
۳. چگونه می‌توان با ارائه خوانشی نو مبتنی بر وحدت ماهیت ولایی و تمایز ظرف اجراء، به ابهامات موجود پاسخ داد و توازنی منطقی بین حقوق والدین و مصلحت کودک برقرار کرد؟

پیشینه پژوهش نشان می‌دهد که اگرچه آثار متعددی به بررسی ماهیت حضانت پرداخته‌اند، کمتر پژوهشی به‌صورت مستقل به «تحلیل مفهومی ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی» و حل تعارض میان حق و تکلیف در این زمینه توجه کرده است. به‌عنوان نمونه، خانلری (۱۴۰۱) با تأکید بر اولویت مصلحت طفل، حضانت را حقی برای والدین و در عین حال تکلیفی برای یکی از آنان در صورت امتناع هم‌زمان می‌داند؛ با این حال، تحلیل وی تنها وضعیت امتناع والدین را با تقدم دادن به حق طفل تبیین می‌کند و به پرسش بنیادین چگونگی تعلق «حق» به نهادی با ماهیت ولایی پاسخ نمی‌دهد. همچنین نحوه تبدیل ماهوی یک «حق» به «تکلیف» در این تحلیل تبیین نشده است. در نتیجه، پارادوکس ارتباط میان «حق والدین» و «ولایت بر کودک» همچنان باقی است. جعفری (۱۳۹۷) نیز با تفکیک میان پدر و مادر، حضانت را برای مادر «حق» و برای پدر «حق توأم با تکلیف» در نظر می‌گیرد؛ اما توضیح نمی‌دهد چگونه یک نهاد واحد می‌تواند هم‌زمان برای دو شخص، دو ماهیت حقوقی متفاوت داشته باشد، حال آنکه در سنت فقهی، حضانت عموماً در ذیل ولایت و با هدف حفظ مصلحت مولی‌علیه تعریف شده است. در مطالعه‌ای دیگر با عنوان «الزام والدین به حضانت طفل و آثار تربیتی آن در نظام حقوقی ایران»، نجم‌آبادی و پور عبدالله (۱۴۰۳) نیز به تبیین ماهیت حضانت و امکان‌سنجی الزام والدین امتناع‌کننده پرداخته‌اند. ایشان با تأکید بر معیار «مصلحت طفل» به‌عنوان ملاک نهایی در احکام حضانت، استدلال نموده‌اند که در صورت تعارض، این مصلحت طفل است که بر مصالح والدین تقدم می‌یابد. این پژوهش نیز، اگرچه به‌درستی بر جنبه الزام‌آور حضانت در وضعیت امتناع و نقش محوری مصلحت کودک انگشت گذاشته، پرسش بنیادین از چگونگی سازگاری این الزام (تکلیف) با وصف «حق» بودن حضانت برای والدین در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی را به صورت ریشه‌ای مورد کنکاش قرار نداده است. به عبارت دیگر، این مقاله به «چرایی» تقدم مصلحت طفل

می‌پردازد، اما "چگونگی" جمع منطقی میان دو سوی حق و تکلیف در ماهیت واحد این نهاد را — که به پارادوکس ظاهری ماده مذکور می‌انجامد — توضیح نمی‌دهد. از این رو، شکاف موجود در تبیین نظری ماهیت ترکیبی حضانت کماکان پابرجاست.

نوآوری این پژوهش در آن است که با ارائه «الگوی دوظرفی اجرا» بر مبنای وحدت ماهیت ولایی، نشان می‌دهد حضانت — برخلاف ظاهر ماده ۱۱۶۸ — دارای «ماهیتی واحد و ولایی» است و دوگانه «حق/تکلیف» صرفاً به دو وضعیت عملی متفاوت اشاره دارد، نه به دو ماهیت مستقل: • در وضعیت امتناع یا شانه‌خالی کردن والدین نسبت به حضانت، این نهاد برای آنان تکلیفی الزام‌آور می‌شود. در این حالت، اصطلاح «حضانت» به‌درستی به کار می‌رود و کاربرد تعبیر «حق‌الحضانه» نادرست است؛ زیرا هیچ تعارضی میان والدین بر سر تصدی حضانت وجود ندارد، بلکه مسئله اصلی، اجرای تکلیف ناشی از ماهیت ولایی حضانت است.

• در وضعیت تعارض یا رقابت والدین بر سر به‌دست‌آوردن حضانت، شارع برای رفع تزامم، «حق‌الحضانه» را جعل می‌کند؛ این امتیاز، صرفاً اولویتی برای تصدی یک امر ولایی است و ماهیت حضانت را تغییر نمی‌دهد.

بر این اساس، حضانت در هیچ وضعیتی از ماهیت ولایی خود خارج نمی‌شود. تنها در شرایط اختلاف بر سر درخواست حضانت، شارع برای رفع تزامم، حق اولویتی را جعل می‌کند. این جعل، حضانت را از ماهیت ولایی و تکلیفی بودن خارج نمی‌سازد. به بیان دیگر، «حق» در حق‌الحضانه، نه ذاتی نهاد حضانت، بلکه امتیازی عارضی و حل‌کننده تعارض در مرحله اجراست. اهمیت این تحلیل آن است که می‌تواند بسیاری از تعارضات موجود در رویه قضایی را برطرف کند. به‌عنوان نمونه، در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۰۵۳۵ مورخ ۱۱/۰۴/۱۳۹۳ شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادگاه با تأکید بر اینکه «سابقه سوء پدر مادر» ارتباطی به مادر ندارد و تا زمانی که خود وی دچار انحطاط اخلاقی یا کوتاهی در مواظبت نشده، حق‌الحضانه او باقی است، عملاً انحطاط اخلاقی را ملاک سلب حضانت قرار داده است. پرسش اساسی این است که مبنای این سلب چیست؟

الگوی دوظرفی اجرا با تفکیک دو وضعیت، پاسخ روشنی به این پرسش می‌دهد:

در وضعیت تشاح و رقابت والدین بر سر تصدی حضانت، شارع «حق‌الحضانه» را به‌عنوان امتیازی عارضی برای رفع تزامم جعل می‌کند. در این وضعیت، سقوط این حق محدود به مواردی چون ازدواج مادر یا مطالبه اجرت غیرمتعارف است و انحطاط اخلاقی در آن موضوعیت ندارد.

در وضعیت عدم تشاح (حتی بدون درخواست والد دیگر)، بحث بر سر «تکلیف ولایی» و «شانیت سرپرستی» متصدی حضانت است. در اینجا اگر مادر دچار انحطاط اخلاقی شود، سخن از «سقوط حق» نیست — چرا که حضانت اصالتاً حق نیست — بلکه مسئله آن است که وی توانایی ایفای تکلیف ولایی را از دست داده و تداوم سرپرستی‌اش به مصلحت کودک نیست. اهمیت این تحلیل آن است که با تمایز میان «حق عارضی در مقام تشاح» و «تکلیف ولایی در مقام ایفاء»، مبنای نظری منسجمی برای حل تعارضات رویه

قضایای—از جمله ملاک تقدم والدین، سقوط احقیّت، اسقاطپذیری حق حضانت و تعامل آن با مصلحت عالیّه کودک—ارائه می‌دهد.

پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر منابع کتابخانه‌ای انجام شده و ساختار آن بدین ترتیب است: بخش نخست مقاله به تبیین مفاهیم بنیادین اختصاص دارد. بخش دوم، ادلّه و مبانی فقهی حضانت را بررسی می‌کند؛ بخش سوم به نقد سه رویکرد اصلی می‌پردازد؛ بخش چهارم نظریه تلفیقی پیشنهادی را تبیین می‌کند؛ و در پایان، جمع‌بندی و نتایج ارائه می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

تبیین دقیق جایگاه فقهی-حقوقی نهاد حضانت، مستلزم روشن سازی سه مفهوم محوری حضانت، حق و حکم و نسبت‌سنجی میان آنهاست. این سه رکن، چارچوب تحلیلی لازم برای فهم ماهیت، آثار و احکام حضانت را تشکیل می‌دهند.

۱.۱. تحلیل معناشناختی واژه حضانت

این بخش به مفهوم‌شناسی سه محور بنیادین «حضانت»، «حق» و «حکم» می‌پردازد؛ محوری که تبیین نسبت میان آنها، شالوده تحلیل فقهی-حقوقی نهاد حضانت و تعیین آثار مترتب بر آن را تشکیل می‌دهد. واکاوی منابع لغوی و فقهی نشان می‌دهد که واژه «حضانت» سیر تحول معنایی تدریجی‌ای را از یک مفهوم عینی و فیزیکی به نهادی حقوقی و ولایی پشت سر گذاشته است.

در کاربردهای اولیه، ریشه این واژه به «حَضَن» به معنای فضای میان بغل و پهلو و فعل «احتضان» به معنای در آغوش گرفتن بازمی‌گردد؛ مفهومی که ناظر به کنشی ملموس، حمایتی و محافظتی است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج. ۳، ص. ۱۰۵؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۴۴۴). این دلالت عینی، ناظر به پیوند نزدیک جسمانی و عاطفی میان حاضن و کودک بوده است.

به تدریج، این معنا از سطح صرفاً فیزیکی فراتر رفته و به حوزه مراقبت و پرورش کودک گسترش یافته است؛ به گونه‌ای که «حاضن» به شخصی اطلاق می‌شود که عهده‌دار نگهداری، تربیت و صیانت از کودک است. ابن فارس عنصر معنایی مشترک در تمامی مشتقات این ریشه را «حفظ و صیانت» می‌داند؛ عنصری که زمینه انتقال مفهوم حضانت از یک کنش عاطفی به یک مسئولیت تربیتی را فراهم ساخته است (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج. ۲، ص. ۷۳).

در مرحله نهایی این تطور، مفهوم حضانت در متون فقهی به صورت یک نهاد حقوقی با ماهیت ولایی و سلطه‌آمیز سامان یافته و در قالب حقی قانونی یا حکمی شرعی مورد بحث قرار گرفته است. فقها با تعریف حضانت به مثابه نوعی «ولایت و سلطنت» بر کودک، آن را در منظومه نهادهای حقوق خانواده جای داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج. ۴، ص. ۱۲). این فرایند، بیانگر تکوین تدریجی یک مفهوم حقوقی از دل تجربه‌های زیستی، عرفی و اجتماعی در بستر تمدن اسلامی است.

۱,۲. مفهوم شناسی واژه «حق»

بررسی تاریخی-لغوی واژه «حق» نشان می‌دهد که این مفهوم، مسیری تکاملی از معنای فلسفی (ثبوت و مطابقت با واقع) به سمت معنای فقهی-حقوقی (استحقاق و سلطه) را پیموده است.

در منابع لغوی کلاسیک، معنای «حق» بر محور «ثبوت» و تقابل ذاتی با «باطل» استوار بوده است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج. ۱۰، ص. ۴۹؛ جوهری، ۱۴۱۰، ج. ۴، ص. ۱۴۶۰). مصطفوی نیز این هسته مرکزی را تأیید و تصریح می‌کند که «الحقّ هو الثبوت» (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج. ۲، ص. ۲۶۲).

از این بنیان معنایی، سه مؤلفه اصلی شکل گرفت: ۱. ثبوت و استقرار، ۲. مطابقت با واقع، و ۳. استحقاق. این مؤلفه‌ها، زمینه‌ساز انتقال مفهوم «حق» از یک مقوله هستی‌شناختی به یک «سلطه مشروع بر غیر» در اندیشه فقهی شد.

به نظر می‌رسد تحلیل فقهی مفهوم «حق» را می‌توان فراتر از تعاریف متعارف، با تأکید بر کارکرد آن در تنظیم روابط تعارض‌آمیز میان اشخاص بازخوانی کرد. در این چارچوب تحلیلی، «حق» به‌مثابه یک حکم وضعی امتیازی تلقی می‌شود که فرض تحقق آن، غالباً در فضای تشاح و نزاع میان طرفین شکل می‌گیرد و جعل آن ناظر به تأمین مصلحت شخص دارنده حق است.

بر اساس این تحلیل پیشنهادی، دو مؤلفه «فرض تعارض» و «محوریت مصلحت ذی‌حق» نقش بنیادین در تمایز حق از نهادهایی مانند «ولایت» ایفا می‌کنند. در ولایت، نه تنها فرض تشاح موضوعیت ندارد، بلکه ملاک جعل نیز لزوماً مصلحت شخص ولی نیست، بلکه مصلحت مولی‌علیه یا مصلحت نظام حقوقی مورد نظر شارع لحاظ می‌شود.

این تمایز مفهومی، در تحلیل نهادی مانند حضانت واجد آثار عملی است؛ به این معنا که تنها در صورتی می‌توان حضانت را در قالب «حق» تحلیل کرد که جعل آن ناظر به مصلحت دارنده حضانت (مانند مادر) باشد. در غیر این صورت، تفسیر حضانت به‌مثابه «ولایت» یا «تکلیف حمایتی» از انسجام تحلیلی بیشتری برخوردار خواهد بود.

۲. واکاوی ادله فقهی ماهیت دوگانه حضانت و تبیین جنبه‌های حق و تکلیف

مطالعات فقهی درباره حضانت والدین، نشان می‌دهد که روایات معتبر می‌توانند در سه محور اصلی دسته‌بندی شوند، که همگی بر اصل «اولویت مشروط» در نگهداری از فرزند تأکید دارند. این دسته‌بندی، چارچوبی تحلیلی فراهم می‌آورد که روابط میان حق، تکلیف و مصلحت کودک را روشن می‌کند.

۲,۱. دسته اول: احقیّت مادر، مشروط به عدم درخواست اجرت اضافی

روایات این دسته بر آن دلالت دارند که مادر تنها در صورتی نسبت به حضانت و شیردهی «أحقّ بالولد» است که اجرتی فراتر از مقدار متعارف مطالبه نکند؛ در غیر این صورت، اولویت با پدر خواهد بود. مجموعه‌ای از چهار روایت معتبر در منابع روایی، این مبنا را تقویت می‌کنند.

نخستین روایت، نقل داود بن حصین در *الکافی* و تهذیب است که در آن سلسله مراتب حضانت به صورت دقیقی تبیین شده است: تساوی والدین در دوران شیرخوارگی، تقدم پدر پس از آن، و تقدم مادر بر عصبه پس از فوت پدر (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۴۵؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۸، ص. ۱۰۴). در ادامه روایت، امام (ع) به پدر اجازه می‌دهند در صورتی که دایه‌ای با اجرت کمتر بیابد، کودک را از مادر جدا سازد، مگر آنکه حضانت مادر از جهت مصلحت کودک برتر باشد. وثاقت راویان این روایت—از جمله داود بن حصین—بر اساس ارزیابی رجالی نجاشی (۱۳۶۵، ص. ۹۲، ۹۳، ۶۲، ۲۸۱، ۱۵۹) و دیگران، موجب اعتبار سند آن است.

در روایت دیگری از امام صادق (ع) که کلینی نقل کرده است، بیان می‌شود زن مطلقه اگر حاضر باشد با اجرتی برابر با دیگر دایگان به فرزند خود شیر دهد، نسبت به کودک «أحقّ» خواهد بود و این حکم با استناد به آیه «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلَهَا» تبیین شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۱۰۳). با توجه به تصریح رجالیان به وثاقت تمامی راویان سلسله سند، از جمله راوی بی‌واسطه (حلبی)، این روایت از حیث سندی معتبر ارزیابی می‌شود. (نجاشی، ۱۳۶۵، ص. ۲۳۰). دلالت روایت به روشنی سه نکته را بیان می‌کند: نخست، اُحقیّت مادر از جنس «حق» است، نه تکلیف؛ دوم، این حق شامل همه کودکان می‌شود؛ و سوم، حق مزبور مشروط است و در صورت مطالبه اجرت غیر متعارف، ساقط خواهد شد.

روایت سوم، نیز از امام صادق (ع) در *الکافی* نقل شده و در آن تأکید می‌شود که اُحقیّت مادر در شیردهی، منوط به رضایت او به دریافت اجرت متعارف است؛ در غیر این صورت، پدر می‌تواند دایه‌ای با دستمزد کمتر برگزیند (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۴۴). با توجه به تصریح رجالیان به وثاقت راویان سلسله سند، این روایت از حیث سندی معتبر ارزیابی می‌شود. هرچند وثاقت محمد بن فضیل در میان رجالیان محل اختلاف است، اما بر اساس توثیق برخی از اعلام، از جمله شیخ مفید، و نیز پذیرش وثاقت وی نزد جمعی از متأخران، این اختلاف مانع از اعتبارسنجی سند تلقی نمی‌گردد (مفید، ۱۴۱۳، ص. ۲۵-۳۱؛ خویی، ۱۴۱۳، ج. ۱۸، ص. ۱۵۳). مضمون روایت بر ماهیت مشروط، قابل تعدیل و غیر مطلق بودن اُحقیّت مادر تأکید دارد.

چهارمین روایت، روایت فضل بن ابی‌العباس در *الکافی* است که در آن امام (ع) در پاسخ به پرسشی درباره اُحقیّت والدین، ابتدا می‌فرمایند «مرد أحقّ است»، اما بلافاصله تصریح می‌کنند که اگر زن مطلقه حاضر باشد با اجرتی مشابه دایگان شیر دهد، او أحقّ خواهد بود (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۴۴). بررسی رجالی سند نشان می‌دهد که راویان آن، از حیث وثاقت، مورد اعتماد رجالیان امامیه قرار گرفته‌اند. هرچند درباره مُعلی بن محمد گزارش‌هایی از اضطراب در نقل مطرح شده است، اما با توجه به کثرت روایت کلینی از وی - که دلالت بر اعتماد او به این راوی دارد - این ملاحظات خللی در اعتبار سند ایجاد نمی‌کند (زنجانی، ۱۴۱۹، ج. ۷، ص. ۲۰۷۶؛ خویی، ۱۴۱۳، ج. ۱۹، ص. ۲۸۰). دلالت روایت، ساختار دوگانه و شرطی اُحقیّت را آشکار می‌سازد: اُحقیّت ابتدایی برای پدر است، اما در فرض پذیرش اجرت متعارف از سوی مادر، اُحقیّت ثانویه به او منتقل می‌شود.

۲.۲. دسته دوم: روایات مشروط به عدم ازدواج مجدد

دسته دوم روایات، اَحْقِیتِ مادر در حضانت را مشروط به «عدم ازدواج مجدد» دانسته و در صورت تحقق ازدواج، انتقال این حق به پدر را مفروض می‌گیرد. نخستین روایت، نقل المنقری در الکافی است که امام صادق (ع) می‌فرماید: «الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مَا لَمْ تَنْزَوْجِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۴۵). با وجود دلالت روشن بر استمرار اَحْقِیتِ مادر تا زمان ازدواج، سند این روایت به دلایل متعدد مخدوش است: از جمله، تضعیف راوی بی‌واسطه (المنقری) از سوی نجاشی (۱۳۶۵، ص. ۱۸۴) و ابن‌غضائری (۱۴۲۲، ص. ۶۵)، ضعف دیگر راویان مانند علی بن محمد القاسانی و القاسم بن محمد، و نیز ارسال در سند «عمن ذکره». این عوامل، همان‌گونه که خویی (۱۴۱۳، ج. ۸، ص. ۲۵۸) و طوسی (۱۳۷۳، ص. ۳۸۸) اشاره کرده‌اند، روایت را از حیث ساقط می‌سازد. با این حال، از لحاظ دلالت، مضمون روایت بر اطلاق حق مادر نسبت به پسر و دختر دلالت دارد و ازدواج را معیار سقوط این حق معرفی می‌کند.

روایت دوم در همین دسته، روایت فضیل بن یسار در من لا یحضره الفقیه است که در آن امام صادق (ع) درباره زن آزادی که همسر برده است، می‌فرماید: مادامی که فرزندان آزادند، مادر اَحَقُّ است و با آزادی پدر، حق حضانت به او منتقل می‌شود (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۴۳۵). سند این روایت به دلیل وثاقت تمام راویان، از جمله «أبی ایوب» (ابراهیم بن عیسی) - که نجاشی (۱۳۶۵، ص. ۲۰) او را ثقه دانسته - معتبر است. از حیث دلالت نیز روایت، معیار اَحْقِیتِ را به وضعیت حقوقی والدین (آزاد یا برده بودن) گره می‌زند و نشان می‌دهد که انتقال حضانت تابع تغییر در وضعیت پدر است نه ازدواج مادر.

سومین روایت این دسته، روایت داود رُقَی است که کلینی آن را نقل کرده است. در وضعیتی مشابه روایت پیشین (زن آزاد و مرد برده)، امام (ع) می‌فرماید: در صورت طلاق و ازدواج مجدد مادر، پدر حق گرفتن فرزند را ندارد مگر پس از آزاد شدن؛ و تا آن زمان، مادر اَحَقُّ است (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۴۵). از حیث سند، داود رُقَی از سوی نجاشی (۱۳۶۵، ص. ۱۵۶) تضعیف شده است، در حالی که شیخ طوسی (۱۳۷۳، ص. ۳۳۶) او را توثیق می‌کند. این تعارض، به‌گفته خویی (۱۴۱۳، ج. ۷، ص. ۱۲۴)، می‌تواند به تساقط سند بینجامد، هرچند اتصال سند به حسن بن محبوب - که در منابع رجالی به‌عنوان یکی از اصحاب اجماع شناخته شده است - نشان‌دهنده اعتبار مشایخ اوست (شهید اول، ۱۴۱۸، ج. ۲، ص. ۴۱). از نظر دلالت، این روایت تفاوت اساسی با روایت المنقری دارد؛ زیرا سقوط حضانت را به صرف ازدواج مادر نمی‌داند، بلکه آن را منوط به زوال مانع حقوقی پدر (بردگی) می‌کند. بنابراین، معیار انتقال اَحْقِیتِ وضعیت پدر است نه ازدواج مادر.

۲.۳. دسته سوم: روایات مشروط به هفت سال

دسته سوم روایات، دوره اَحْقِیتِ مادر در حضانت را تا هفت‌سالگی کودک محدود می‌سازد و شامل دو روایت از ایوب بن نوح است. روایت نخست، که حر عاملی آن را نقل کرده، از امام (ع) چنین گزارش می‌کند: «الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ إِلَى سَبْعِ سِنِينَ، فَإِذَا بَلَغَ السَّبْعَ فَلِلْأَبِ أَحَقُّ بِهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۱، ص. ۴۷۲). این روایت از دو طریق نقل شده است: طریق الجوهری که به‌سبب تضعیف راوی از سوی نجاشی (۱۳۶۵، ص. ۸۵) و طوسی (۱۴۲۰، ص. ۷۸) معتبر شمرده نمی‌شود؛ و طریق الحمیری که به

دلیل وثاقت راوی نزد نجاشی (۱۳۶۵، ص. ۲۱۹) و طوسی (۱۴۲۰، ص. ۲۹۴) از اعتبار برخوردار است. از حیث دلالت، روایت به روشنی تقسیم زمانی حضانت را بیان می‌کند: مادر تا هفت‌سالگی و پدر پس از آن؛ و این تقسیم‌بندی می‌تواند ناظر به تفاوت نیازهای کودک در مراحل مختلف رشد باشد.

روایت دوم ایوب بن نوح، که در *من لا یحضره الفقیه* نقل شده، از امام صادق (ع) چنین گزارش می‌کند که در پاسخ به پرسشی درباره حضانت پس از جدایی فرمودند: «الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ سَبْعَ سِنِينَ إِلَّا أَنْ تَتَنَاءَ الْمَرْأَةُ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۴۳۵). این روایت از نظر سند کاملاً معتبر است، زیرا همه راویان آن ثقه‌اند. از نظر دلالت نیز افزون بر تأکید بر تحدید سنی حضانت، با ذکر استثنای «إِلَّا أَنْ تَتَنَاءَ الْمَرْأَةُ» بر ماهیت حقانی و قابل اسقاط بودن حضانت برای مادر دلالت صریح دارد.

۲.۴. جمع‌بندی کلان دلالت‌های ادله و صورت‌بندی مسئله ماهوی حضانت

واکاوی ادله‌ی فقهی، پیش از آنکه رامحلی قطعی برای تبیین ماهیت دوگانه «حق-تکلیف» در ماده‌ی ۱۱۶۸ قانون مدنی ارائه دهد، ماهیت مسئله و حدود پاسخ‌های قابل قبول را روشن می‌سازد. سه دسته‌بندی روایات، با محوریت مفهوم «أَحْقِیَّت» در حکم داده‌های هنجاری بنیادین عمل می‌کنند که هر تبیین نظری از ماهیت حضانت ناگزیر از انطباق با آنهاست.

الف) قاعده پذیرش جنبه حق‌مدارانه (نقد نظریه تکلیف‌محض)

محمد جواد فاضل لنکرانی (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹، ج. ۳، ص. ۲۸۷) با قائل شدن به نظریه تکلیف‌محض، باید توضیح دهد که چرا ادله از زبان حق و اولویت (أَحْقِیَّت) استفاده کرده‌اند و این حق، مشروط و قابل اسقاط («إِلَّا أَنْ تَتَنَاءَ الْمَرْأَةُ») است. این امر نشان می‌دهد حضانت در ساحت روابط متزاحم والدین، به‌صورت یک امتیاز اعطایی تنظیم شده، نه یک الزام صرف.

ب) قاعده تقدم مصلحت کودک (نقد نظریه حق محض)

نظریه حق‌محض که انصاری شیرازی (۱۴۲۹، ج. ۱، ص. ۳۱۶) از قائلان آن است، با این چالش اساسی مواجه است که نمی‌تواند توجیه کند چگونه حضانت—که ماهیتی ولایی دارد و هدف آن حفظ مصلحت کودک است—می‌تواند همزمان به‌عنوان حقی برای والد تلقی شود که به خواست وی پیوند خورده است. این حق، مشروط به رعایت شرایطی همچون عدم مطالبه اجرت غیرمتعارف و تأمین مصلحت کودک است و نظریه حق‌محض نمی‌تواند همزمان تعلق حق به والد و اولویت مصلحت کودک را به‌طور منطقی توجیه کند.

ج) قاعده وحدت موضوع و نیاز به تبیین دوسطحی (نقد نظریه ترکیبی کلاسیک): هر نظریه‌ای باید توجیه کند که چگونه یک نهاد واحد (حضانت) می‌تواند همزمان، هم در قالب حق و اولویت (در عبارت أَحْقِیَّت) ظهور یابد و هم در هیئت تکلیف و الزام (در وجوب نگهداری). این امر نیاز به یک تبیین ساختاری را ایجاب می‌نماید که میان «ماهیت پایه» و «تجلیات عملی» آن در شرایط متفاوت تمایز قائل شود.

۳. تبیین ماهیت حقوقی حضانت والدین: مطالعه‌ای در تحلیل نظریه‌های فقهی

در منظومه فقه خانواده، ماهیت حقوقی حضانت مادر به عنوان یکی از محوری‌ترین مباحث، در سه دیدگاه اصلی قابل دسته‌بندی است. این دیدگاه‌ها شامل نظریه حق محض، نظریه تکلیف محض و نظریه ترکیبی (حق-تکلیف) می‌باشد.

۳.۱. نظریه حق بودن حضانت برای مادر

برخی از فقیهان متقدم، از جمله شهید اول در کتاب الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (بی‌تا، ج. ۱، ص. ۳۹۶)، و نیز شماری از فقیهان معاصر، همچون محمدجواد فاضل لنکرانی در حاشیه موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹، ج. ۳، ص. ۲۸۷)، حضانت را به‌عنوان حقی برای مادر تلقی کرده‌اند. مدافعان این دیدگاه با استناد به دلایل متعدد فقهی، رویکرد حق‌محور نسبت به حضانت را تقویت می‌کنند. اهم مستندات این نظریه را می‌توان چنین برشمرد:

۳.۱.۱. استدلال اول: اختیاری بودن پذیرش حضانت

بر اساس این استدلال، مادر در قبول حضانت دارای اختیار است و نمی‌توان او را مجبور به پذیرش این مسئولیت نمود. طباطبایی حائری (۱۴۱۸، ج. ۱۲، ص. ۱۶۲) با استناد به عبارت شهید اول که می‌گوید: «لو امتنعت الأم من الحضانة صار الأب أولى به، و لو امتنعا معاً فالظاهر إيجاب الأب» (شهید اول، بی‌تا، ج. ۱، ص. ۳۹۶)، این دیدگاه را تقویت می‌کند.

۳.۱.۱.۱. نقد وارد بر استدلال اول

این استدلال با دو چالش اساسی مواجه است:

نخست، نظریه حق‌بودن حضانت تبیین روشنی از چگونگی جمع میان ماهیت ولایی و تکلیفی حضانت از یک سو و حق بودن آن از سوی دیگر ارائه نمی‌دهد. اگر حضانت دارای ماهیت ولایی و تکلیفی است، مادر چگونه می‌تواند از پذیرش آن امتناع ورزد یا آن را اسقاط کند؟ به بیان دیگر، اختیار مادر در پذیرش حضانت با الزام‌آوری نهادهای ولایی سازگاری ندارد و این استدلال پاسخی برای این ناسازگاری ارائه نمی‌کند.

دوم، از منظر منطق حقوقی، مفاد این استدلال مستلزم نوعی دوگانگی در ماهیت حضانت است. توضیح آنکه بر اساس دیدگاه یادشده، در فرض امتناع مادر و تمایل پدر، حضانت برای پدر به‌عنوان «حق» تلقی می‌شود، اما در فرض امتناع هر دو، پدر به‌اجبار به پذیرش حضانت ملزم می‌گردد که این معنایی جز تکلیف‌بودن حضانت برای او ندارد. بنابراین، بر اساس این دیدگاه، حضانت برای مادر حقی محض، برای پدر در شرایطی حق و در شرایطی تکلیف تلقی می‌شود. چنین رویکردی مستلزم آن است که یک نهاد حقوقی واحد (حضانت) دارای ماهیتی دوگانه و موقعیت‌مدار باشد؛ حال آنکه ماهیت نهادهای حقوقی، امری ثابت و مستقل از خواست و رفتار طرفین است. به عبارت دیگر، حضانت یا ماهیتاً حق است و یا تکلیف (ولایی)؛ نمی‌تواند بسته به وضعیت امتناع یا تمایل والدین، گاه حق و گاه تکلیف محسوب شود. این ناسازگاری درونی، اعتبار استدلال یادشده را با تردید جدی مواجه می‌سازد.

۲، ۱، ۳. استدلال دوم: استناد به ادله نقلی و تحلیل مفهومی

قائلان به نظریه حق بودن حضانت مادر، استدلال دوم خود را بر پایه شواهد نقلی و تحلیل مفاهیم پایهریزی می‌کنند. از جمله، محمدجواد فاضل در موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها (۱۴۲۹، ج. ۳، ص. ۲۸۷) با صراحت این دیدگاه را تقویت کرده است. این استدلال از دو بخش اصلی تشکیل می‌شود:

ادله نقلی دال بر حق بودن

طرفداران این دیدگاه، از جمله محمدجواد فاضل، در بخش ایجابی استدلال خود با تحلیل لسان ادله نقلی ناظر به حضانت مادر، بر این نکته تأکید می‌کنند که در متون روایی و فقهی مثبت حضانت، از واژه «حق» استفاده شده است. برای نمونه، کلینی در الکافی (۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۴۴) در مقام نقل حکم حضانت، تعبیر «حق» را به کار برده است. به باور ایشان، این نحوه تعبیر در ادله نقلی، دلالت بر ماهیت حقانی حضانت دارد و آن را از سنخ تکالیف الزام‌آور متمایز می‌سازد.

قد ادله ولایت و تبیین رویکرد تسامحی

در مقام پاسخ به ادله مخالفان که به استناد تعبیر «ولایت» در برخی متون فقهی استناد می‌کنند - از جمله فخرالمحققین (۱۳۸۷، ج. ۲، ص. ۱۳۹) - طرفداران این نظریه رویکردی انتقادی اتخاذ می‌کنند. به باور ایشان، کاربرد واژه «ولایت» در این زمینه فاقد دقت مفهومی است و صرفاً از باب تسامح در تعبیر صورت گرفته است.

نقد استدلال دوم:

در ادامه بررسی نظریه حق محض بودن حضانت مادر، استدلال دوم این دیدگاه که بر ادله نقلی و تحلیل مفهومی تکیه دارد، با چالشی جدی در عدم توجیه منطقی اطلاق عنوان «ولایت» بر نهاد «حضانت» مواجه است. ادعای «تسامحی بودن» این اطلاق، فاقد پشتوانه تحلیلی مستحکم است. مؤید این نقد، وجود همپوشانی گسترده در تعاریف ماهوی ارائه‌شده برای این دو نهاد حقوقی است. برای نمونه، فخرالمحققین (۱۳۸۷، ج. ۲، ص. ۱۳۹) حضانت را به معنای «سرپرستی و رسیدگی به امور فرزند» تعریف می‌کند، که با تعریف ولایت از منظر سید محمدکاظم یزدی (۱۴۱۴، ج. ۲، ص. ۲) به عنوان «سرپرستی و تدبیر امور مولی علیه» همسانی مفهومی آشکار دارد. این همسانی مفهومی در آثار فقهای بزرگی همچون محقق حلی در «شرائع الإسلام» (۱۴۰۸، ج. ۳، ص. ۲۲۷)، شیخ طوسی در «المبسوط» (۱۳۸۷، ج. ۳، ص. ۳۳۸) و علامه حلی در «تذکره الفقهاء» (۱۴۱۴، ج. ۷، ص. ۲۷) به صراحت تأیید شده است. بنابراین، ادعای تسامحی بودن این اطلاق، نادیده گرفتن انسجام درونی منظومه مفهومی فقه است.

۳.۱.۳. نقدهای مبنایی به نظریه حق محض بودن حضانت مادر

۳.۱.۳.۱. نقد اول: نقض غایت اصلی جعل حق حضانت (تعارض در مقام رفع تشاح)

نظریه تفکیک ماهیت حضانت برای پدر و مادر - به این صورت که حضانت برای مادر «حق» و برای پدر «حق تکلیف» تلقی شود - حتی در مقام رفع تعارض اولیه (تشاح) نیز کارآمد نیست. فرض بنیادین در

وضعیت تشاح، رقابت والدین بر سر تصدی واحد حضانت است و غایت شارع از جعل «حق الحضانه»، تعیین یک مسئول واحد و پایان دادن به نزاع است.

با این حال، اگر حضانت برای مادر تنها «حق» و برای پدر «تکلیف» فرض شود، در صورت اعمال این حق از سوی مادر، تعارضی ثانویه پدید می‌آید: مادر با استناد به حق خود خواستار تصدی حضانت است و پدر نیز با استناد به تکلیف قانونی خود مدعی الزام به حضانت می‌شود. این هم‌زمانی نه تنها تعارض را برطرف نمی‌کند، بلکه با ایجاد «تعدد مدعی حضانت»، عملاً کارکرد جعل حق را بی‌اثر می‌سازد. بنابراین، نظریه تفکیکی از تبیین منطقی سازوکار تعیین حاضن واحد ناتوان است و پارادوکس ماهوی آن به تعارض عملی می‌انجامد.

۳.۱.۳.۲. نقد دوم: ناسازگاری با روایات ناظر به حق پدر

در روایت فضل بن ابی‌العباس از امام صادق(ع) آمده است: «الرَّجُلُ أَحَقُّ بِوَلَدِهِ أَمَ الْمَرْأَةُ؟» و حضرت فرمودند: «الرَّجُلُ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۴۴). این تصریح به «أَحَقُّ بِوَلَدِهِ» ظهور در ثبوت «حق» برای وی دارد و با دیدگاهی که حضانت پدر را صرفاً «تکلیف محض» تلقی می‌کند، ناسازگار است. بود.

۳.۱.۳.۳. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری نهایی

با توجه به نقدهای مبنایی و استدلالی مطرح‌شده، مشخص می‌شود که نظریه حق محض بودن حضانت مادر دارای کاستی‌های ساختاری جدی است. این نظریه نه تنها در تبیین کلیه فروض و شرایط حضانت (مانند رفع تشاح) ناتوان است، بلکه با مفاد صریح برخی نصوص فقهی و منطق حاکم بر نهادهای حقوقی مشابه در تعارض قرار می‌گیرد.

۳.۲. نظریه حکم بودن حضانت: تحلیل مبانی فقهی و نقدها

در تقابل با نظریه پیشین، دیدگاه دوم با تأکید بر ماهیت حکمی حضانت، آن را در زمره احکام تکلیفی قرار می‌دهد. طرفداران این نظریه به دو دلیل اصلی استدلال کرده‌اند.

3.2.1. استدلال نخست: مبانی حکم‌بودن حضانت

انصاری شیرازی و همکاران (۱۴۲۹، ج. ۱، ص. ۳۱۶) از جمله صاحب‌نظرانی هستند که نظریه حکم بودن حضانت را تقویت کرده‌اند. تحلیل آنان بر دو مبنای بنیادین استوار است:

نخست، آنان با استناد به همسانی مفهومی حضانت و ولایت، استدلال می‌کنند که حضانت در حقیقت ذیل مقوله‌ی ولایت قرار می‌گیرد؛ نهادی که در نظام فقهی، ماهیت آن «حکمی» است نه «حقانه». بر اساس این دیدگاه، تعبیر «حق حضانت» در منابع فقهی، استفاده‌ای تسامحی است و نباید آن را ناظر به معنای اصطلاحی حق دانست (همان، ج. ۱، ص. ۳۱۶).

دوم، در تبیین دقیق‌تر این برداشت بیان می‌شود که حضانت واجبی کفایی است و اطلاق عنوان «حق» بر آن، تنها به معنای اختیار در انجام تکلیف است، نه دلالت بر حق مصطلح فقهی (همان، ج. ۱، ص. ۳۱۳).

بدین‌سان، اقدام یکی از والدین به حضانت موجب سقوط تکلیف از دیگری می‌شود؛ همانند سایر واجبات کفایی که با اقدام مکلف واحد، تکلیف از دیگران برداشته می‌شود.

نقد استدلال اول: نقد استدلال نخست: بررسی دلالت ادله و سنجش سازگاری نظریه با روایات احقیت

در ادامه ارزیابی نظریه حکم بودن حضانت، نقدهای متعددی بر ادله این دیدگاه وارد است که مهم‌ترین آنها را می‌توان در دو محور اصلی بررسی نمود:

۱، ۲، ۳. نقد اول: تقدّم استعمال حقیقی بر تسامحی

اصل اولیه در فهم متون فقهی، حمل الفاظ بر معانی حقیقی و اصطلاحی آنهاست. ادعای تسامحی بودن تعبیر «حق» در باب حضانت، مستلزم ارائه قرائن معتبری است که تاکنون به صورت قاطع ارائه نشده است. این در حالی است که کاربرد نظام‌مند واژه «حق» و مشتقات آن مانند «أحق» در روایات متعدد حضانت - از جمله در روایت داود بن حصین (طوسی، ۱۴۰۷، ج. ۸، ص. ۱۰۴) و روایت فضیل بن یسار (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ج. ۳، ص. ۴۳۵) - حاکی از اراده معنای اصطلاحی این واژه است.

۱، ۲، ۳. نقد دوم: ناسازگاری وجوب کفایی با ساختار ادله احقیت

مهم‌ترین چالش نظریه وجوب کفایی، ناتوانی آن در تبیین منطقی ادله «أحقیت» است. در ساختار واجبات کفایی، با اقدام یک مکلف، تکلیف از دیگران ساقط می‌شود و زمینه‌ای برای نزاع و تعیین اولویت باقی نمی‌ماند. این در حالی است که روایات متعددی - از جمله روایت داود رقی (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۴۵) - به صراحت به موارد نزاع والدین بر سر حضانت اشاره کرده و با تعیین «أحق» به رفع این نزاع پرداخته‌اند.

در روایت مذکور، امام (ع) تصریح می‌فرماید که با وجود ازدواج مجدد مادر، تا زمانی که پدر در بردگی قرار دارد، حق گرفتن فرزند را ندارد. این تصریح نشان می‌دهد که مسئله، فراتر از یک تکلیف کفایی ساده است و به تعیین اولویت‌های حقوقی در موارد تراحم می‌پردازد.

در نتیجه، این نقدها نشان می‌دهد که نظریه حکم بودن حضانت، هر چند دارای پشتوانه‌های استدلالی است، اما در تبیین کامل همه ابعاد این نهاد حقوقی با دشواری‌هایی مواجه است. ناتوانی این نظریه در توجیه منطقی ادله احقیت و همچنین عدم ارائه قرائن قاطع بر تسامحی بودن تعبیر «حق»، از ضعف‌های اصلی این دیدگاه محسوب می‌شود.

۱، ۲، ۳. استدلال دوم نظریه حکم بودن: تحلیل سه‌سطحی

حامیان نظریه حکم بودن حضانت (انصاری شیرازی و همکاران، ۱۴۲۹ق: ج ۱، ص ۳۱۶) برای تقویت مدعای خود، تحلیلی سه‌سطحی ارائه می‌کنند که در ادامه به صورت منظم بررسی می‌شود.

نخست اینکه مجموعه‌ای از روایات، مادر را در حضانت کودک «أحق» دانسته‌اند و از این جهت، تحقق اصل حق برای مادر امری مسلم است. اختلاف فقها نه در اصل ثبوت حق، بلکه در «مدت» آن است؛

چنان‌که گروهی حضانت مادر را نسبت به پسر تا دو سال و نسبت به دختر تا هفت سال می‌دانند، در حالی که برخی دیگر این مدت را برای هر دو جنس تا هفت سال ثابت می‌دانند. بنابراین، کارکرد این سطح، تثبیت وجود حق برای مادر است نه تعیین ماهیت حقوقی آن.

دوم اینکه استدلال می‌شود حضانت از حیث مفهوم، ناظر به سرپرستی، نگهداری و اداره‌ی امور کودک است؛ اموری که در فقه اسلامی ذیل عنوان «ولایت» تعریف می‌شوند. از این‌رو، حضانت نه رابطه‌ای صرفاً عاطفی یا قراردادی، بلکه ماهیتاً نوعی ولایت تلقی می‌گردد. به بیان دیگر، چون حضانت متضمن سلطه‌ی قانونی بر شئون کودک است، نمی‌تواند خارج از چارچوب ولایت تحلیل شود.

سوم اینکه استدلال نهایی بر قاعده‌ی فقهی «امتناع تعدد اولیاء» استوار است. مطابق این قاعده، جعل ولایت هم‌زمان برای دو فرد نسبت به یک مولی‌علیه با غرض تشریح ناسازگار است؛ زیرا غایت نصب ولی، تأمین مصلحت کودک و دفع ضرر از اوست، و تعدد اولیاء در عرض یکدیگر به اختلاف در تصمیم‌گیری، تراحم عملی و نهایتاً اضرار به کودک می‌انجامد. این مبنا در آثار فقهای برجسته مورد تأکید قرار گرفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج. ۷، ص. ۸۰؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج. ۲، ص. ۲۹۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج. ۱۷، ص. ۵۰۸).

در نتیجه، بر اساس این تحلیل سه‌سطحی، طرفداران نظریه‌ی حکم‌بودن حضانت نتیجه می‌گیرند که در دوره‌هایی که روایات، مادر را «أحق» دانسته‌اند، حضانت نه یک حق قابل اسقاط، بلکه نوعی ولایت شرعی تفویض‌شده به مادر است و پدر در این بازه‌ها فاقد هرگونه اختیار ولایی خواهد بود. بدین‌ترتیب، تقدم مادر در حضانت از باب «ولایت مطلقه» تفسیر می‌شود، نه از باب حق قابل اعمال یا ترک.

۱، ۲، ۳. نقد اساسی بر استدلال دوم: مغفول ماندن ماهیت حقانی

در ادامه ارزیابی نظریه حکم‌بودن حضانت، نقد بنیادین‌تری مبتنی بر مغفول ماندن مفهوم «حق الحضانه» قابل طرح است که به بررسی آن می‌پردازیم:

اشکال اصلی وارد بر استدلال طرفداران نظریه حکم‌بودن، عدم تفکیک دقیق بین دو مفهوم «حضانت» به عنوان یک نهاد حقوقی و «حق الحضانه» به عنوان اختیار اعمال این نهاد است. در حالی که تمرکز استدلال آنان صرفاً بر جنبه ولایتی حضانت معطوف شده، از تحلیل ماهیت حقانی آن غفلت ورزیده‌اند.

منابع فقهی متعددی بر اختیاری بودن حضانت برای مادر تصریح دارند. حر عاملی در وسائل الشیعه (۱۴۰۹، ج. ۲۱، ص. ۴۷۱) با جمع‌آوری روایات متعدد، ظاهر ادله را دال بر حق بودن حضانت می‌داند. این دیدگاه در آثار فقهای بزرگی چون نائینی (۱۳۷۳، ج. ۱، ص. ۴۲) و شهید اول (بی‌تا، ج. ۱، ص. ۳۹۶) نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

از مهم‌ترین آثار حق بودن حضانت، اختیاری بودن اعمال آن است. بر این اساس:

- مادر نمی‌تواند به اجبار وادار به اعمال حضانت شود
- امکان اسقاط اختیاری این حق برای مادر وجود دارد

• در صورت عدم تمایل، مادر می‌تواند از اعمال حق خود خودداری کند

این ویژگی‌ها با مبانی نظریه حکم بودن حضانت در تعارض است. اگر حضانت صرفاً «حکم» و «تکلیف» باشد، چگونه می‌توان اختیار مادر در اعمال یا عدم اعمال آن را توجیه نمود؟ این تعارض نشان‌دهنده ناتوانی نظریه حکم بودن در تبیین کامل ابعاد حقوقی حضانت است.

در نتیجه، نظریه حکم بودن حضانت، با وجود برخورداری از پشتوانه‌های استدلالی، در تبیین جنبه اختیاری و حقانی حضانت با چالش‌های جدی مواجه است. این نقیصه، ظرفیت این نظریه را برای ارائه تحلیلی جامع از ماهیت حقوقی حضانت محدود ساخته است.

۳،۳. نظریه ترکیبی: تحلیل ماهیت دوگانه‌ی حق-تکلیفی حضانت

نظریه ترکیبی با اتخاذ رویکردی تلفیقی، حضانت را نهادی مرکب از دو بُعد هم‌زمان حق و تکلیف می‌داند. مبنای اصلی این دیدگاه بر قاعده‌ی ملازمه‌ی حق و تکلیف استوار است؛ قاعده‌ای که بر اساس آن، هر حق، تکلیفی متناظر را ایجاد می‌کند و هر تکلیف نیز بر حقی قابل استناد مبتنی است. بر این اساس، حضانت نه صرفاً حق والدین است و نه صرفاً تکلیف آنان، بلکه نهادی است که از پیوستگی این دو شکل گرفته است. این نظریه برای تبیین وضعیت حضانت، تحلیل خود را در سه سطح سامان می‌دهد. در سطح حقوقی-اجتماعی، حضانت از یکسو به‌منزله‌ی حقی برای والدین تلقی می‌شود که از مداخله‌ی دیگران در شئون کودک جلوگیری می‌کند و از سوی دیگر، تکلیفی الزام‌آور برای مراقبت، تربیت و اداره‌ی امور طفل است. در سطح دوم که ناظر به رابطه‌ی سه‌جانبه‌ی والدین، کودک و جامعه است، حضانت به‌گونه‌ای تحلیل می‌شود که والدین دارای حق اعمال سرپرستی‌اند اما این حق هم‌زمان با تکلیف تربیت همراه است؛ کودک دارای حق برخورداری از مراقبت مناسب است؛ و جامعه نیز مکلف به حمایت از خانواده و پاسداشت مصالح عمومی است. در سطح سوم، که تحلیل فقهی-تربیتی را دربر می‌گیرد، مهم‌ترین پرسش درباره‌ی نوع وجوب حضانت (عینی یا کفایی) و حدود توزیع مسئولیت میان والدین و جامعه مطرح می‌شود و پاسخ به آن حدود الزام‌آوری حضانت را روشن می‌سازد (اعرافی، ۱۳۹۵، ج. ۱۷، ص. ۹۰).

نظریه ترکیبی به‌سبب چنین ساختاری، توانایی تبیین چندبعدی و منسجم ماهیت حضانت، انطباق با واقعیات اجتماعی و رفع کاستی‌های رویکردهای تک‌بعدی را دارد و با مبانی فقهی و ساختار حقوقی اسلام نیز هماهنگ است. از این رو، این نظریه با اتکا به ملازمه‌ی حق و تکلیف، تحلیلی جامع و واقع‌بینانه از حضانت عرضه می‌کند و تصویر روشن‌تری از ماهیت پیچیده‌ی آن ارائه می‌دهد.

نقد نظریه ترکیبی:

با وجود قوت‌های تحلیلی نظریه ترکیبی، سه نقد بنیادین بر آن وارد است که در این بخش به تفکیک بررسی می‌شوند.

۳،۳،۱. نقد اول بر نظریه ترکیبی: خلط مفهومی نسبت به واژه «حق»

مهم‌ترین نقد وارد بر نظریه ترکیبی، ابهام در تعریف و تحدید مفهوم «حق» است. به نظر می‌رسد طرفداران این نظریه در استفاده از واژه «حق» دچار خلط مفهومی شده‌اند. ایشان «منع دخالت دیگران» را که تنها یکی از آثار حق است، به عنوان خود حق اصطلاحی قلمداد کرده‌اند. این در حالی است که در نظام حقوقی، باید به روشنی بین «حق اصطلاحی»، «حکم وضعی» و «آثار حقوقی» تمایز قائل شد.

برای تبیین این تمایز، می‌توان به مثال مالکیت اشاره کرد. هنگامی که زید مالک خانه‌ای است، «منع دیگران از تصرف» تنها یک اثر از آثار مالکیت محسوب می‌شود، نه خود مالکیت. آنچه به عنوان «حق مالکیت» شناخته می‌شود، در واقع حکمی وضعی است که دارای آثار متعددی از جمله منع تصرف غیر می‌باشد. حق اصطلاحی نیز به اختیار دارنده حق در اعمال یا عدم اعمال آن اطلاق می‌گردد.

در تطبیق این تمایز بر مسئله حضانت، باید گفت: منع دیگران از دخالت در امر حضانت، تنها یک اثر است؛ خود حضانت حکمی وضعی است که برای سرپرستی کودک شده است؛ و اختیار مادر در قبول یا رد حضانت، در صورت وجود، حق اصطلاحی او محسوب می‌شود. نظریه ترکیبی بدون تمایز نهادن بین این سطوح سه‌گانه، استدلال خود را بر خلط مفهوم حق و آثار آن استوار ساخته است.

۲، ۳، ۳. نقد دوم بر نظریه ترکیبی: تعارض ذاتی حق و تکلیف

نقد دوم بر نظریه ترکیبی به تعارض درونی میان دو مفهوم «حق» و «تکلیف» باز می‌گردد؛ تعارضی که این نظریه در مقام تحلیل ماهیت حضانت به درستی از عهده حل آن برنیامده است. نخست آن‌که در اصطلاح حقوقی، «حق» و «تکلیف» از حیث ماهیت و کارکرد در دو سوی متقابل قرار دارند. حق، امتیازی است که به سود دارنده ایجاد شده و به او اختیار تصمیم‌گیری و ترک یا اعمال آن را می‌بخشد؛ حال آن‌که تکلیف، الزام و قیدی است که همواره به زیان مکلف وضع می‌گردد و او را ناگزیر به انجام امر معین می‌سازد. بنابراین اگر گفته شود مادر «حقّ الحضانه» دارد، این تعبیر ناظر به اختیار و سلطه‌ی او در این حوزه است و نمی‌توان در همان رابطه، او را هم‌زمان مکلف و ملزم به اعمال همان حق دانست. جمع میان اختیار و الزام در یک موقعیت حقوقی واحد، از حیث مفهومی ناسازگار است.

افزون بر این، ادعای نظریه ترکیبی مبنی بر آن‌که حضانت هم حق والدین و هم حق کودک است، ناشی از خلط میان دو رابطه‌ی حقوقی مستقل است. حق کودک بر تربیت و مراقبت، نیازمند جعل و تحلیل جداگانه‌ای است که از حیث ماهیت با حق والدین نسبت به حضانت تفاوت دارد. این دو حق، در دو سطح متفاوت از روابط حقوقی قرار گرفته‌اند و قابل ادغام در یک عنوان واحد نیستند. در نتیجه، انتساب هم‌زمان آنها به یک رابطه‌ی حقوقی مشخص، موجب اختلاط مبانی و ابهام در ساختار تحلیلی حضانت می‌شود.

برای روشن‌تر شدن این تعارض، می‌توان از نمونه‌های دیگر در حقوق استفاده کرد؛ از جمله «حقّ الخيار» در عقود. دارنده‌ی اختیار از اختیار کامل در اعمال یا ترک آن برخوردار است و هیچ الزامی بر او تحمیل نمی‌شود. اگر در مورد «حقّ الحضانه» نیز مادر به‌عنوان صاحب حق شناخته شود، الزام او به اعمال این حق، خلاف ماهیت حقوقی اختیار است و مشابه آن است که دارنده‌ی اختیار را مکلف به فسخ یا امضای عقد بدانیم؛ امری که از نظر منطقی و حقوقی ناممکن است.

بر این اساس، نظریه‌ی ترکیبی در تبیین ماهیت حضانت با تعارضات مفهومی قابل توجهی مواجه است. این نظریه نه تنها نتوانسته نسبت منطقی میان حق و تکلیف را در یک رابطه‌ی واحد سامان دهد، بلکه با آمیختن دو حوزه‌ی حقوقی مستقل، بر پیچیدگی بحث افزوده است و از ارائه‌ی چارچوبی سازگار و قابل اتکا بازمانده است.

۳,۳,۳. نقد سوم بر نظریه ترکیبی: غفلت از ماهیت تناوبی حق الحضانه

اشکال ساختاری دیگر بر نظریه ترکیبی، نادیده گرفتن ماهیت تناوبی و مرحله‌ای حق الحضانت است. بررسی ادله فقهی نشان می‌دهد که حق حضانت برای والدین به صورت متناوب و در دوره‌های زمانی مشخص شده است، به گونه‌ای که در هر مقطع تنها یکی از والدین از این حق برخوردار می‌باشد.

مطالعه روایات مربوط به حضانت - از جمله روایت داود بن حصین که می‌فرماید: «فَإِذَا فُطِمَ فَأَلَابُ أَحَقُّ بِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج. ۶، ص. ۴۴) و روایت ایوب بن نوح در تعیین حدّ هفت سالگی (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج. ۲۱، ص. ۴۷۱) - به وضوح نشان می‌دهد که حق الحضانت دارای سیری تناوبی است. در دوره شیرخوارگی، مادر از اولویت برخوردار است، پس از آن این حق به پدر منتقل می‌شود، و در نهایت با بلوغ کودک، ماهیت رابطه حقوقی دگرگون می‌گردد.

این ساختار تناوبی دارای آثار حقوقی مهمی است. نخست آنکه در هر مقطع زمانی، تنها یکی از والدین صاحب حق الحضانت است و دیگری از این حق محروم می‌باشد. دوم آنکه حقوق والدین در طول زمان در حال گذار و تحول است و نمی‌توان برای هر دو والد به طور همزمان و مطلق حق الحضانت قائل شد.

نظریه ترکیبی با نادیده گرفتن این ماهیت پویا و متغیر، حضانت را به صورت ایستا و ثابت تحلیل کرده است. این در حالی است که ادله فقهی به وضوح نشان می‌دهند که حق الحضانت نه یک حق دائم و مطلق، بلکه حقی مقید به زمان و شرایط خاص است که در طول دوران رشد کودک، بین والدین در گردش می‌باشد.

۴. نظریه برگزیده: وحدت ماهیت ولایی و دوگانگی ظرف اجرا در حضانت و تحقق توازن حقوق و تکالیف والدین

بر پایه تحلیل حاضر و با تصحیح خوانش رایج از ادله فقهی، نهاد حضانت در منظومه فقه امامیه و حقوق ایران، ذاتاً و ماهیتاً، نهادی ولایی و تکلیف‌محور است که بر محور مصلحت طفل استوار شده است. با این حال، کاربست عملی این ماهیت واحد، در دو ظرف اجتماعی کاملاً متمایز، به دو چارچوب اجرایی متفاوت می‌انجامد که در متون فقهی و ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی به «حق» و «تکلیف» تعبیر شده‌اند. کلید حل پارادوکس این ماده، در فهم درست ترکیب «حق الحضانه» نهفته است.

4.1. مغالطه‌زدایی از «حق الحضانه»

چالش نظریه‌های پیشین، ناشی از برداشتی نادرست از مفهوم «حق» در این اصطلاح است. در ترکیب «حق الحضانه»، اضافه «حق» به «حضانت»، از نوع اضافه بیانی (برای توصیف ماهیت حضانت)

نیست، بلکه یک اضافه مفعولی است. به بیان دقیق، «حق الحضانة» به معنای «حَقُّ [انجام] الحضانة» (حق [انجام] حضانت) است، نه «الحضانة حَقُّ» (حضانت حق است). در این ساختار، حضانت «مفعول» و متعلق حق قرار می‌گیرد؛ یعنی عملی که شخص نسبت به انجام آن اولویت (احقیقت) می‌یابد. بنابراین، جعل «حق الحضانة» به هیچ وجه به معنای تغییر ماهیت ولایی حضانت نیست، بلکه صرفاً اعطای امتیاز و اولویتی برای تصدی آن نهاد ولایی در شرایط خاص است.

4.2. الگوی دوظرفی اجرا بر پایه این خوانش:

4.2.1. ظرف تشاح و رقابت: هنگامی که والدین بر سر تصدی حضانت اختلاف دارند، شارع برای رفع تراحم و حفظ مصلحت طفل، اولویتی (حق اولویت) برای یکی از والدین مقرر می‌دارد. در این ظرف، نهاد ولایی حضانت، «موضوع یک امتیاز» قرار می‌گیرد. ادله فقهی ناظر به «أَحَقِّيَّت» (مانند روایت داود بن حصین) دقیقاً بر این جعل اولویت در مرحله اجرا دلالت دارند، نه بر ذاتی بودن حق برای حضانت.

4.2.2. ظرف فقدان تشاح یا امتناع: در شرایطی که رقابتی در کار نیست (مانند فوت، فقدان صلاحیت یا امتناع یک طرف)، تکلیف ناشی از ماهیت ولایی حضانت، بی‌واسطه و مستقیم ظاهر می‌شود. در اینجا، حضانت به صورت «تکلیفی الزام‌آور» بر عهده والد واجد شرایط گذاشته می‌شود. همسویی این دیدگاه با موادی مانند ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی (حضانت قهری پس از فوت)، ناشی از همین تجلی بی‌واسطه تکلیف ولایی است.

در نتیجه، بر این اساس، تعبیر ماده ۱۱۶۸ مبنی بر اینکه حضانت «هم حق و هم تکلیف ابوبن است»، نه ناظر به دوگانگی در ماهیت، که ناظر به دوگونه تجلی عملی یک ماهیت واحد (ولایی) در دو ظرف اجتماعی متفاوت است. این خوانش، پارادوکس تاریخی ماده را با ارجاع به اقتضانات اجرایی مرتفع می‌سازد و توازنی منطقی بین حقوق اولویت‌مند والدین در شرایط رقابت و تکالیف ولایی آنان در شرایط فقدان رقابت یا امتناع، با محوریت ثابت مصلحت عالیه کودک برقرار می‌کند.

4.3. بررسی یک اشکال فرضی و ارائه پاسخ سه‌سطحی

پس از تبیین نظریه وحدت ماهیت ولایی، اکنون شایسته است یک اشکال بالقوه و مهم که می‌تواند متوجه این دیدگاه شود، بررسی و پاسخی مستدل به آن ارائه گردد.

4.3.1. صورت‌بندی اشکال فرضی: فقدان دلیل صریح بر تکلیف‌محوری ذاتی حضانت

بر اساس یک خوانش ظاهرگرایانه، می‌توان چنین استدلال نمود که ادله فقهی حضانت (به‌ویژه روایات ناظر به «أَحَقِّيَّة») صرفاً بر اولویت (حق) والدین در شرایط اختلاف و رقابت (تشاح) دلالت دارند. این ادله فاقد هر گونه تصریح مستقیمی بر جنبه الزامی و تکلیفی حضانت، به‌ویژه در شرایط فقدان رقابت (مانند فوت یک طرف)، به نظر می‌رسند. بر این مبنا، دو چالش اصلی قابل تصور است:

۱. چالش نقص دلای: تحمیل تکلیف بر والدین در فرض فقدان تشاح، نیازمند دلایل خاص و صریح

است که در ادله احقیقت به چشم نمی‌خورد.

۲. **چالش اصل اولی:** با استناد به اصل اولی «عدم ولایت» در امور مربوط به غیر، ادله موجود که صرفاً بر احقیقت دلالت می‌کنند، برای اثبات ولایت تکلیف‌محور کافی به نظر نمی‌رسند.

4.3.2. پاسخ سه‌سطحی: تبیین نظام‌مند ماهیت ولایی و جایگاه ادله احقیقت

در پاسخ به این اشکال فرضی، می‌توان با ارائه تحلیلی سه‌سطحی و پیوسته، خوانش جامع‌تری از منظومه ادله و اصول ارائه داد که جنبه تکلیفی و ولایی ذاتی حضانت را استنباط می‌نماید و نشان می‌دهد ادله احقیقت، مکمل و تنظیم‌کننده آن در مقام اجرا هستند:

سطح اول (مبنای عقلی-کلی): وجوب ذاتی سرپرستی و تنظیم شرعی آن

مبنای این سطح، حکم عقل به وجوب جلوگیری از تضییع حقوق کودک و لزوم سرپرستی اوست. حضانت مصداق اتم این سرپرستی است. شارع مقدس این وجوب عقلی را با شناسایی اولیای خاص (پدر، مادر، اقربا) تنظیم کرده است. بنابراین، ذات عمل حضانت، به اتکای عقل و تأیید شرع، واجد وصف وجوب است و ادله شرعی در مرحله بعد، به تعیین مجری این تکلیف کلی می‌پردازند.

سطح دوم (تحلیل مفهومی ادله): دلالت «ذوی‌الحقوق» بر انحصار مستلزم تکلیف

در صدر ادله، پدر و مادر و سپس اقربا به عنوان «ذوی‌الحقوق» یا صاحبان حق معرفی شده‌اند. این تعبیر، علاوه بر اعطای اولویت، حاکی از انحصار استحقاق در این افراد است. در نظام حقوقی اسلام، به‌ویژه در امور ولایی که غایت آن مصلحت مولی‌علیه (کودک) است، چنین حق انحصاری بالقوه، در مقام تحقق خارجی و هنگام ضرورت، مستلزم تکلیف بالفعل برای دارنده آن است. شناسایی آنان به عنوان «صاحب حق»، به‌صورت ضمنی بر عهده‌داری تکلیف متناظر در شرایط لازم دلالت دارد.

سطح سوم (تبیین فقهی-اصولی نهایی): تحلیل ماهیت «واجب کفایی» و تبیین نقش ادله احقیقت

از جمع دو سطح پیشین و با توجه به انحصار ذکر شده، روشن می‌شود که حضانت، واجد کفایی بر عهده این دسته از اولیاست. در واجب کفایی، اصل، وجود تکلیف بر عهده همه مصادیق است و با اقدام یکی، تکلیف از دیگران ساقط می‌شود. در اینجا، نقش ادله «احقیقت» به روشنی تبیین می‌شود: این ادله ناظر به مرحله اجرا هستند و هنگامی وارد می‌شوند که چند نفر که همگی مکلف به این واجب کفایی هستند (یعنی در «ظرف تشاح» قرار دارند)، بخواهند همزمان آن را انجام دهند. در این صورت، ادله احقیقت، اولویت اجرایی را میان آنان مشخص می‌کند. بنابراین، این ادله نه نافی تکلیف اولیه، بلکه ناظر به تعیین اولویت در مقام اجرای همان تکلیف کلی هستند.

4.3.3. جمع‌بندی نهایی و رفع اشکال

بر اساس این تحلیل سطوحی:

- **نقص دلالتی برطرف می‌شود:** ادله احقیقت، در بستر یک تکلیف اولیه واجب کفایی (سرپرستی کودک) معنا می‌یابند. این ادله دلالت می‌کنند که اگر کسانی که مکلف به این امر هستند، همزمان

بخواهند آن را انجام دهند، چه کسی اولویت دارد. در شرایط فقدان رقابت (مانند فوت یک طرف)، همان تکلیف اولیه واجب کفایی به صورت مستقیم و بی واسطه بر عهده فرد واجد شرایط باقی می ماند و نیازی به دلیل جداگانه برای تکلیف در این حالت نیست.

• **تعارض با اصل اولی مرتفع می گردد:** اصل «عدم ولایت» با وجود دلیل بر وجوب کفایی سرپرستی (سطح اول) و انحصار استحقاق آن در اشخاص خاص (سطح دوم)، منافی می شود. ادله احقیقت (سطح سوم) به عنوان مؤید و مکمل، این ساختار ولایی را تکمیل می کنند.

بنابراین، این اشکال فرضی ناشی از نگاه جزئی نگر به ادله احقیقت، جدا از بستر کلی تر آن است. نظریه حاضر با ارائه خوانشی نظام مند و سطوحی، هماهنگی کامل ادله و اصول را نشان می دهد..

نتیجه گیری

این پژوهش با واکاوی مبانی فقهی و حقوقی ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، در صدد تبیین ماهیت به ظاهر دوگانه نهاد حضانت بود. یافته ها نشان داد که نظریه وحدت ماهیت ولایی با دوگانگی ظرف اجرا—بر خلاف نظریه های رقیب—تنها الگویی است که از ظرفیت کافی برای تبیین همه جانبه پیچیدگی های این نهاد و حل پارادوکس ماده ۱۱۶۸ برخوردار است.

مهم ترین دستاورد این تحقیق، ارائه «الگوی دوظرفی اجرا» به عنوان خوانشی نوین از نظریه ترکیبی بود. بر پایه این الگو، ماهیت اصیل و ثابت حضانت، ولایی و تکلیف محور است (به نمایندگی از مصلحت عالیه طفل). با این حال، تجلی عملی این ماهیت واحد، متناسب با ظرف اجتماعی متغیر است: در ظرف تشاح و رقابت، شارع برای رفع تزامم، اولییتی تحت عنوان "حق الحضانه" می آفریند که تجلی حق محورانه (امتیازی) تکلیف ولایی است. در ظرف فقدان تشاح یا امتناع، همان تکلیف ولایی به صورت مستقیم و الزام آور تجلی می یابد. این چارچوب تحلیلی نه تنها با ادله فقهی و مفاد قانون مدنی سازگاری نظام مند دارد، بلکه مصلحت کودک و واقعیات روانشناختی خانواده را نیز به طور همزمان لحاظ می کند.

با این حال، این پژوهش با محدودیت تمرکز بر تحلیل نظری و کتابخانه ای روبرو بود. از این رو، پیشنهاد می شود مطالعات آتی با رویکردهای میدانی و تطبیقی، به آزمون عملی این مدل و بررسی چگونگی تقویت سازوکارهای اجرایی برای تحقق هرچه بیشتر توازن بین حقوق اولویت مند والدین و تکالیف ولایی آنان در پرتو مصلحت کودکان بپردازند.

فهرست منابع

- ابن ادريس حلي، محمد بن منصور بن احمد. (١٤١٠ق). *السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى*. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- ابن بابويه، محمد بن علي. (١٤١٣ق). *من لا يحضره الفقيه*. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- ابن فارس، احمد. (١٤٠٤ق). *معجم مقاييس اللغة*. قم: دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم.
- ابن منظور، محمد بن مكرم. (١٤١٤ق). *لسان العرب*. بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.
- اعرافى، عليرضا. (١٣٩٥ش). *فقه تربيتي*. قم: مؤسسه فرهنگي هنري اشراق و عرفان.
- انصاري شيرازي، قدرت الله، و پژوهشگران مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام. (١٤٢٩ق). *موسوعة احكام الأطفال و أدلتها*. قم: مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام.
- آل عصفور بحراني، حسين بن محمد. (بي تا). *الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع*. قم: مجمع البحوث العلمية.
- تقى الدين حلي، حسن بن علي (ابن داود). (١٣٤٢ش). *كتاب الرجال*. تهران: دانشگاه تهران.
- جوهرى، اسماعيل بن حماد. (١٤١٠ق). *الصاحح، تاج اللغة و صحاح العربية*. بيروت: دار العلم للملايين.
- حر عاملي، محمد بن حسن. (١٤٠٩ق). *وسائل الشيعة*. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حسيني عاملي، سيد جواد بن محمد، (١٤١٩ق). *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط - الحديثة)*، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- حلي، فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف. (١٣٨٧ق). *ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد*. قم: مؤسسه اسماعيليان.
- خانلري بهنميري، حسين. (١٤٠١ش). *تقابل حق و تكليف حضانت با پذيرش اولويت مصلحت طفل از منظر فقه اسلامي و حقوق ايران. مطالعات تقريبي مذاهب اسلامي، ١٨ (٥٨)، ١٤٤-١٣٤*.
- خويي، ابوالقاسم. (١٤١٣ق). *معجم رجال الحديث و تفصيل طبقات الرواة*. بي جا: بي نا.
- زنجاني، سيد موسى شيبيري. (١٤١٩ق). *كتاب النكاح*. قم: مؤسسه پژوهشي راي پرداز.
- سبزواري، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن، (١٤٢٣ق). *كفاية الأحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه.
- شريفى، على. (١٣٩٧ش). *بررسی فقهی حقوقی حق حضانت اطفال. مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، ١ (١)، ١٧٠-١٤١*.

صاحب بن عباد، اسماعيل بن عباد. (١٤١٤ق). المحيط في اللغة. بيروت: عالم الكتاب.
صدر، سيد محمدباقر. (١٤١٨ق). دروس في علم الأصول. قم: مؤسسه النشر الإسلامى.
طباطبايى حائرى، سيد على بن محمد. (١٤١٨ق). رياض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
طباطبايى يزدي، سيد محمداظم. (١٤١٤ق). تكملة العروة الوثقى. قم: كتابفروشى داورى.
طوسى، محمد بن حسن. (١٣٧٣ش). رجال الطوسى. قم: مؤسسه النشر الإسلامى، جامعه مدرسين.
طوسى، محمد بن حسن. (١٣٨٧ق). المبسوط في فقه الإمامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
طوسى، محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). تهذيب الأحكام. تهران: دارالكتب الإسلامية.
عاملى (شهيد اول)، محمد بن مكى. (بى تا). القواعد و الفوائد. قم: كتابفروشى مفيد.
عاملى (شهيد ثانى)، زين الدين بن على، (١٤١٠ق)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلاتنر)، قم: كتابفروشى داورى.
علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى. (١٤١٤ق). تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى. (١٤٢٠ق). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
فراهيدى، خليل بن احمد. (١٤١٠ق). العين. قم: نشر هجرت.
كلينى، محمد بن يعقوب. (١٤٠٧ق). الكافى. تهران: دارالكتب الإسلامية.
محقق حلى، نجم الدين جعفر بن حسن. (١٤٠٨ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعيليان.
مصطفوى، حسن. (١٤٠٢ق). التحقيق في كلمات القرآن الكريم. تهران: مركز الكتاب للترجمة و النشر.
مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبى. (١٤١٣ق). الرد على أصحاب العدد - جوابات أهل الموصل. قم: كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد.
نائينى، ميرزا محمد حسين. (١٣٧٣ق). منية الطالب في حاشية المكاسب. تهران: المكتبة المحمدية.
نجاشى، احمد بن على. (١٣٦٥ش). رجال النجاشى. قم: مؤسسه النشر الإسلامى، جماعة المدرسين.
نجفى، محمدحسن (صاحب جواهر). (١٤٠٤ق). جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربى.

نجم‌آبادی، زهراسادات و پور عبدالله، کبری. (۱۴۰۳ش). الزام والدین به حضانت طفل و آثار تربیتی آن در نظام حقوقی ایران. دین و قانون، ۱۲(۴۳)، ۱۱۷-۱۳۸.

نسخه پیش از انتشار (ناوبر استه)