بسم الله الرحمن الرحيم

# مقدمه

گفته شد كه در تربيت طبيعي و جسماني عناويني وجود دارد كه يكي رضاع بود كه بحث شد و ديگري حضانت است. كه در موسوعة الاحكام الاطفال جلد اول لغت و اقوال آن را ملاحظه خواهيد كرد.

# حضانت در لغت و در فقه

مقصود از حضانت در معناي لغوي و فقهي رسيدگي به امور طبيعي و جسماني فرزند است. حضن همان دامن و بغل شخص است و حضانت هم اين است كه او را در دامن و كنف خود قرار دهد و از لحاظ نيازهايي كه دارد و خطراتي كه متوجه اوست مراقبت داشته باشد. حضانت در معناي لغوي بعد سلبي و بعد ايجابي دارد. هم رسیدگی‌هایی از نظر غذا و ... و هم جنبه مواظبت از مخاطرات و آسیب‌هایی كه متوجه او شود، را شامل می‌شود.

## حكم شرعي حضانت و ادله آن

در مورد حضانت چند بحث داريم كه بحث اول حكم حضانت است كه اين بحث، بحث تربيتي مهمي است كه آيا حضانت يك امر واجب است يا مستحب يا هیچ‌کدام؟ كلمات فقها خيلي واضح نيست كه بگويند واجب است. اما از بعضي كلمات استظهار وجوب هم می‌شود. آن چه كه مهم است اين است كه ببينيم ادله اين مسئله چيست؟ يك دليل می‌تواند آيه مضاره باشد.

## ادله موجود در قرآن

ما در بحث هاي تربيت خانوادگي حدود ده آيه يا گروهي از آيات را ذكر كرديم كه از ميان اين مجموعه سه آيه از آيات مهم و اساسي در تربيت اولاد است: يكي آيه مضاره است كه آيه 233 سوره بقره است. دومي آيه **«وَ أْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوف‏**» است كه آيه 6 سوره طلاق است و سومي آيه وقايه است كه آيه 9 سوره تحريم است و از همه مهم تر است. اين سه آيه مخصوصاً آيه وقايه از غُرَرِ آيات تربيتي است كه احكام گوناگون تربيتي در اين ها وجود دارد. كه در مورد هر كدام حدود بيست مطلب را عرض كرديم كه بحث هاي خيلي مبسوط تفصيلي فقهي بود. در هر بحث تربيت خانوادگي اولين توجه بايد اين باشد كه اين آيات در آن زمينه مطلبي دارند يا نه؟ ما هر يك از اين سه آيه را مبسوط و به طور مفصل بحث كرديم.

### آيه مضاره ( آیه233 سوره بقره )

در بحث حضانت هم ما سراغ اين سه آيه می‌رویم كه اولين آيه، آيه مضاره است «**لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِه‏**» مي‌شود به اين آيه براي وجوب حضانت استدلال كرد و يا اين كه اگر حضانت را ترك كنند حرام است چون آيه می‌فرماید نبايد مادري به فرزندش و پدري به فرزندش ضرر برساند و يكي از ضررها اين است كه حضانت او را ترك كنند. يعني ترديدي نيست اگر بچه‌ای را از پدر و مادرش جدا كنند حتي اگر به او رسيدگي شود باز ضرر می‌کند بنابراین می‌شود به اين آيه براي وجوب حضانت تمسك كرد.

در اين جا دو سه نكته كه به بحث ما ربط دارد در بررسي آيه بيان می‌کنیم؛ اولين دليل براي وجوب حضانت آيه 233 سوره بقره است كه استدلال آن را توضيح داديم و در بررسي آن چند نكته را بيان می‌کنیم:

#### قرائت «لاتضارَّ» يا «لاتضارُّ»

 يك نكته اين بود كه در «**لا تُضَارَّ والِدَةٌ»** هم قرائت **لا تضارَّ** داريم و هم **لاتضارُّ** كه مشهور همان‌طور كه در قرآن  **لا تضارَّ** است. اگر **لاتضارُّ** باشد نفي می‌شود ولي اگر **لا تضارَّ** باشد نهي می‌شود كه اين دو قرائت خيلي مهم نيست چون اگر نهي باشد دلالت بر حرمت می‌کند و اگر نفي باشد جمله خبريه‌اي است كه مفيد حكم است و افاده حكم می‌کند بلكه همان‌طور كه در اصول گفته‌اند ابلغ و آكد في التحريم يعني جمله خبريه در مقام انشاء ابلغ و آكد در حكم است البته با قرينه و دلايلي كه در اصول گفته‌شده است. در هر صورت چه **لا تضارَّ** باشد و چه **لا تضارُّ** هر دو مفيد حكم است و در واقع انشاء است منتهي **لا تضارَّ** مستقيم انشاء است ولي **لا تضارُّ** خبريه اي است كه در مقام انشاء است.

نكته دوم اين است كه اين حكم چه **لا تضارَّ** و چه **لا تضارُّ** باشد يك حكم تحريمي است و حرمت را می‌رساند يعني نواهي ظهور در حرمت دارند و جمله خبريه در مقام انشاء مفيد حرمت است. پس نكته اول اين است كه در هر حال مفيد حكم شرعي است و نكته دوم اين است كه اين حكم يعني حرمت يك حكم الزامي است.

#### لا تضارُّ از باب مفاعله است

نكته سوم اين است كه است ولي اين مفاعَله‌اي كه طرفيني باشد نيست چون باب مفاعله گاهي مثل مقاتله است يعني جنبه طرفيني به كار مي‌رود ولي گاهي هم است كه هم باب مفاعله و هم تفاعل فعل متبادله بين طرفين است يعني مشاركت در فعل است و دو فاعل در مقابل هم هستند ولي گاهي هم از معناي مشاركت فاصله می‌گیرد. در اين جا هم جمله «**لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها**» يعني مادر به فرزند ضرر نرساند اين معناي مشاركت ندارد بلكه معناي تعدي به ضرر غير را دارد مثل **«تَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوى‏ وَ لا تَعاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوان‏»**مائده/2كه بعضي ها می‌گویند **لا تعاونوا** باب تفاعل مشاركت است ولي گفتيم كه اين به معناي اصل اعانه هم می‌آید ، تعاون يعني كمك كردن ولو يك طرفه باشد و این‌طور نيست كه هميشه باب مفاعله يا تفاعل مربوط به تشارك و مشاركت باشد. بلكه گاهي يك طرفه هم صدق می‌کند و در اين جا هم همان‌طور است. «**لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها**» ولي اضرار است البته از نظر ادبي يك جهت در آن منظور است براي اين كه ضرري كه به ديگري می‌رساند خودش هم به نوعي ضرر می‌کند .

دليل كاربرد مفهوم مفاعله يا تفاعل در مواقعي كه كار يك طرفه است چيست؟ چرا در اين جا لاتضرُّ نيامده و لا تضارُّ آمده است؟ دليلش اين است معمولاً ضرري كه زده می‌شود يك طرفه نيست بلكه هر كاري باز گشتي دارد و گرنه از لحاظ معناي ظاهري فقهي «**لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها**» يعني اين كه ضرر نرساند.

#### مفهوم «اضرار» در آیه مضاره

نكته چهارم خود مفهوم اضرار است. اضرار ايراد نقصي در مال و جان و جهتي از جهات شخص ديگر است يعني اين كه نقصي به او وارد كند و لطمه‌اي به او بزند كه اين ايراد نقص و خلل در ديگري است و اين ايراد نقص و خلل از يك جهت مطلق است يعني اگر ضرر جسماني باشد يا روحي باشد همه را در برمی‌گیرد و از طرف ديگر ضرر غير از عدم النفع است در **لاتضار** نمی‌گوید كه از عدم النفع فاصله بگير بلكه منظورش اين است كه ضرر متوجه او نكن نه اين كه نفعي به او برسان. هر جايي كه ترك ضرر با نفعي ميسر می‌شود آن از باب مقدمه است يعني بايد نفع را انجام دهد تا او ضرر نبيند ولي از **لا تضارُّ** نمي‌شود استفاده كرد كه هر كار خوبي را برايش انجام بدهيد بلكه كارها و نیکی‌هایی را انجام دهد كه اگر انجام ندهيد نقص وارد می‌شود چون منظور اصلي آيه اين است كه نقص وارد نكنيد منتهي براي اين كه نقص وارد نشود گاهي بايد نفع‌هایی به او برسانيد. پس نكته مهمي كه در اين جا وجود دارد اين است كه آيه نهي از اضرار می‌کند. گاهي افاده نفع مقدمه اين است كه به او ضرر نرساند. ولي آيه نفع مطلق را واجب نمی‌کند چون گاهي ممكن است اگر خانواده بعضي از رسيدگي ها را انجام ندهد كودك ضرر می‌کند. مثلاً اگر واكسن نزند فلج می‌شود كه اين جا بايد نفع برساند يعني واكسن را بزند ولي مثلاً اگر يك آمپول ويتامين به او تزريق كند كودك شاد و قوي خواهد شد ولي اگر تزريق نكند كودك مثل بقيه مردم رشد خواهد كرد كه در اين جا می‌تواند تزريق نكند پس در اين آيه ضرر با عدم النفع فرق دارد.

#### وجوب رساندن نفع‌هایی كه مقدم ترك ضرر است در آیه مضاره

نكته پنجم اين است كه آيه نفع‌هایی را واجب می‌کند كه از باب مقدمه ترك ضرر است ولي مطلق نفع ها را واجب نمی‌کند يعني نفع‌هایی را واجب می‌کند كه اگر انجام نپذيرد كودك ضرر می‌کند اما نفع‌هایی را كه اگر انجام نپذيرد كودك ضرري نمی‌کند واجب نمی‌کند. پس نفع رساندن و اقداماتي از قبيل واكسن زدن و شير دادن و ... يعني اقدامات ايجابي انتفاعي، واجب است در حدي كه اگر آن ها نباشد تضرر الطفل والسبيل.

#### « لَا تُضَارَّ» اشاره به ضرر عرفي است

نكته ششم اين است كه در اين جا ضرر يك ضرر عرفي و متعارف است چون با يك معناي عميق هميشه عدم النفع يك نوع نقص است ولي دليل اين كه ما عدم النفع را با نقص جدا می‌کنیم، اين است كه نقص و ضرر متعارف عرفي را می‌گوییم . مفاهيم عرفي كه در لسان شرع وارد می‌شود حمل بر معاني لغوي و عرفي می‌شود اما غالب اين مفاهيم كه شارع هم در آن با ادله خاصه توسعه داده است كه اين ادله شرعي حاكم بر اين ادله می‌شود. مثل **الطواف صلاة**. يعني شارع بعضي چيزها را می‌گوید كه ضرر است يا ضرر نيست پس در خيلي از مفاهيم عرفي و لغوي شارع تصرفي به تضيق يا توسعه كرده است.

#### « لَا تُضَارَّ» فعل معلوم يا مجهول

نكته هفتم اين است كه لاتضار ممكن است معلوم باشد و ممكن است مجهول باشد كه اگر معلوم باشد **والدةٌ** فاعلش می‌شود و **بولدها** مفعولش می‌شود و اگر مجهول باشد **والدةٌ** نائب فاعل می‌شود يعني نبايد به مادر به خاطر فرزند ضرر وارد شود كه در اين جا با، باي سببيه است و فاعلش پدر است يعني نبايد به خاطر علاقه‌ای كه به فرزند دارد مادر را اذيت كند. پس بنا بر احتمال اول يعني احتمال معلوم نبايد مادر به كودك ضرر بزند. اما بنا بر احتمال مجهول كه از بحث ما جدا می‌شود پدر نبايد به خاطر فرزند به مادر فشار وارد كند . و در **مولودٌ له بولده** هم همين دو احتمال وجود دارد يعني مولودٌ هم می‌تواند فاعل باشد و هم می‌تواند نائب فاعل باشد.

براي هر يك از اين دو احتمال قرائني در آيه 233 بقره وجود دارد گرچه شايد بشود احتمال اول را تقويت كرد و اگر امر فعلي در جايي مردد بين معلوم و مجهول شود بهتر اين است كه حمل بر معلوم شود چون وقتي می‌گوییم مجهول يعني چيزي محذوف است و مقدر است و اصل عدم تقدير است يعني علاوه بر دوران امر بين معلوم و مجهول بعيد نيست كه بگوييم حمل فعل بر معلوم اولي تر است و لذا احتمال اول اظهر است. البته ما استعمال لفظ از معنا را جايز می‌دانیم و اگر قرینه‌ای پيدا شود مانعي ندارد منتها قرينه خاصه لازم دارد.

بنابراین نتيجه بحث اين است كه اگر ما در اين بحث احتمال اول را تقويت كنيم آن وقت می‌توانیم به اين آيه براي بحث خودمان استدلال كنيم.

#### ترك فعل مضر و ترك ضرر رساندن

نكته هشتم اين است كه وقتي می‌گوییم پدر و مادر به فرزندشان ضرر نرسانند منظور اين است كه ضرر رساندن گاهي با فعل است و گاهي با ترك است گاهي عملي را انجام می‌دهند كه به طفل مضر است و گاهي تركي انجام می‌دهند كه مضر است مثلاً واكسن نمی‌زنند و موجب فلج شدن او می‌شوند و گاهي او را به شكلي می‌زنند و موجب می‌شوند كه او فلج شود . پس چه فعل ضرري و چه ترك ضرري مشمول آيه است. آن كارهايي را كه اگر انجام بدهيد موجب زيان جسمي و روحي فرزند است بايد ترك كنيد و همچنين ترک‌هایی كه موجب ضرر است بايد ترك كنيد.

نكته نهم اين است كه آيه می‌گوید ضرر نرسان يعني كاري كه احراز می‌کنید ضرر است بايد ترك بكنيد . يعني حكم هميشه تابع احراز موضوع است . مثلاً وقتی گفته می‌شود أكرم العالم بايد احراز بكنيد عالم است تا اكرم بالاي سرش قرار بگيرد ولي اگر احتمال بدهيد اكرم نمی‌آید چون بايد احراز موضوع شود ثم الحكم يجري.

در اين جا وقتي می‌گوید ضرر رساندن حرام است بايد بداند فعل يا ترك عملي مضر است اما در جايي كه احتمال ضرر می‌دهد در اين صورت اين آيه مشمول آن نمی‌شود و آن را الزام نمی‌کند البته هميشه در اين نوع موارد بهتر است احتياط كرد چون فی‌الواقع ممكن است ضرر باشد و حكم فعلي وجود داشته باشد ولي حكم منجّز نمی‌شود و لذا در اين جا منظور ضررهاي مطمئن است نه ضررهاي احتمالي ولي در مورد ضررهاي احتمالي احتياط بهتر است چون ممكن است در آن جا حكم فی‌الواقع وجود داشته باشد.

نكته دهم اين است كه ضرر رساندن بر همه حرام است يعني هيچ كس نبايد به كودك و يا به كس ديگري ضرر برساند ولي اين حكمي كه در اين جا خطاب به پدر و مادر آمده است طبعاً يك حكم خاصي علاوه بر مطلق حرمت است . يك مطلق حرمت اضراري به طور كلي همه جامعه را شامل می‌شود يعني هيچ كس نبايد به ديگري ضرر برساند . در اين جا لا تضار از باب قاعده عامه نيست بلكه قاعده و حكم خاص در باب فضاي خانواده است و لذا در فضاي خانواده پدر و مادر حكم ویژه‌ای دارند كه متفاوت است و نسبت به حكم عمومي مؤكد است.

در اين جا يك علاقه و پيوندهاي ویژه‌ای است كه شارع به طور خاص اين نهي را می‌کند كه اين غير از لا ضررَ و لا ضرار است چون در لا ضررَ و لا ضِرار گفته‌شده است كه لا ضرر همان نفي حكم ضرري است و لا ضرار يعني اضرار . در قاعده لا ضرر و لا ضرار گفته شد كه نبايد به ديگري ضرر رسانده شود كه بحث می‌شود كه لا ضرر هم نفي است و هم نهي است . در واقع يك لا ضرار داريم كه نبايد به يكديگر ضرر برسانيد كه عمومي جامعه است و يكي هم لا ضرار خانوادگي داريم.

اگر دليل آورده و می‌گوید **لا تُكرِمِ الفُسّاق** و يا **لا تُكرِمِ الكَذّاب** در اين جا **لا تكرم الفساق** عام است و همه فساق و حتي دروغ گو ها را هم شامل می‌شود و در لا تكرم الكذاب نوعي از فساق را می‌گوید. در اين جا حمل مطلق و مقيد نمی‌شود چون نافيه اين است چون در اصول گفته‌شده اگر لحنش يكي باشد حمل نمی‌شود . پس در لا تكرم الكذاب دو احتمال وجود دارد: يك احتمال اين است كه مصداق آن را ذكر می‌کند مثلاً يكي از مصاديق لا تكرم الكذاب می‌شود لا تكرم الكاذب. احتمال دوم اين است كه اين حكم ديگري است و اگر حكم ديگري باشد چون در موردي دو حكم نمی‌تواند باشد نتيجه آن تأكيد می‌شود و ما هميشه می‌گوییم دومي درست است چون شارع علاوه بر جهت عامه‌ای كه گفته است يك جهت ویژه‌ای هم گفته است كه تأكيد می‌کند.

نتيجه اين است كه آيا می‌شود با اين تفاصيل ، حضانت را به دست آورد؟ به نظر می‌آید كه می‌شود به اين آيه استدلال كرد . اصل حضانت يعني اين كه پدر و مادر در قبال سلامت و رشد وعدم نقص جسمي و عاطفي فرزند مسئول‌اند از اين آيه اثبات می‌شود يعني اگر پدر و مادر به كودك رسيدگي نكنند زيان می‌بیند و لذا اصل حضانت واجب می‌شود البته واجب مقدمي است يعني حكمي كه اين جا وجود دارد اين است كه ترك حضانت حرام است. پس اگر پدر و مادر قيام به حضانت نكنند فقها گفته‌اند كه حضانت بر حكومت واجب است يعني حضانت تكليف خاص خانواده است ولي اگر خانواده به اين تكليف قيام نكنند يا هر دو فوت بكنند حكومت و عموم جامعه در قبال كودك تكليف خواهند داشت و يك واجب كفايي است.

كودك يك حق عمومي از همه مكلفين به عنوان يك واجب كفايي دارد كه همه بايد از كودك در برابر ضررها دفاع بكنند و يك حق خاص در خانواده دارد كه بر عهده پدر و مادر قرار دارد.

ممكن است در اين جا كسي بگويد كه لا تضار می‌گوید كاري كه ضرر دارد را انجام ندهيد و ترك ضرر را شامل نمی‌شود . اما در اين جا قرينه بحث رضاع و تطبيق آن با بحث شير دادن ، قرینه‌ای می‌شود كه در اين جا ضرر اعم از ضرر فعلي است يا تركي است كه به نظر می‌آید قرینه‌های ویژه‌ای در اين جا است كه ترك را هم شامل می‌شود كه اگر ما آن را بپذيريم بر حضانت منطبق می‌شود.

ممكن است كسي بگويد كه ظهور اين ها همان فعل ضرري است ولي به دليل اين كه در اين جا به رضاع و مسائل ديگر تكليف كرده است می‌گوید كه ترك هاي ضرري هم بايد ترك شود كه در واقع در فضاي خانواده يك وجه ویژه‌ای می‌شود كه البته روي اين بحث تأمل تكميلي خواهيم داشت. و در جايي هم كه گفته‌اند اين قاعده با قاعده لا ضرار عمومي فرق دارد يكي از دلايلش همين است يعني ممكن است بگوييم لا ضرار عمومي فقط به فعل هاي ضرري تعلق می‌گیرد و ترك را شامل نمی‌شود ولي لا ضرار خانوادگي ترك ها را هم شامل می‌شود كه ادامه بحث را در جلسه بعدي عرض خواهيم كرد.