

دوفصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، مقاله پژوهشی، سال بیستم، شماره دوم (پیاپی ۵۰)، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، صص. ۵۲۷-۵۵۰

امکان سنجی بازگشت حضانت مادر با جدایی از همسر دوم

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۱۶

سیدسجاد محمدی*

سیدابوالفضل موسویان**

احمد مرتاضی***

چکیده

فقه‌های امامیه و عامه اتفاق نظر دارند اگر مادری که حق حضانت فرزند خود را بر عهده دارد، با شخص دیگری غیر از پدر فرزندش، ازدواج کند، حق حضانت مادر ساقط می‌شود. در صورتی که ازدواج مجدد مادر منحل شود، در بازگشت یا عدم بازگشت حق حضانت مادر اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری از فقه‌های امامیه و عامه و حقوق‌دانان معتقدند که با جدایی مادر از مرد اجنبی، حق حضانت وی برمی‌گردد. به نظر آنها ازدواج مجدد مادر، مانع اعمال حق حضانت است و با زوال مانع، ممنوع برمی‌گردد. در مقابل فقه‌های مالکی و برخی از فقه‌های امامیه عقیده دارند که با ازدواج مجدد مادر با مرد اجنبی، حق حضانت از بین می‌رود و با جدایی او برمی‌گردد. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز ازدواج مادر با مرد اجنبی را از موجب سقوط حق حضانت مادر دانسته است اما نسبت به برگشت‌پذیری یا ناپذیری این حق با جدایی مادر از همسر دوم خود ساکت است. این مقاله با روش توصیفی تحلیلی درصدد بررسی مبانی هر دو نظریه است. به نظر می‌رسد که ظهور روایات، قاعده برگشت‌ناپذیری حق ساقط شده و استصحاب سقوط، بر عدم بازگشت حق حضانت مادر با جدایی از همسر جدید، دلالت دارد.

واژگان کلیدی: حضانت، حق، حکم، برگشت‌ناپذیری امر ساقط، زوال مانع.

پژوهشگاه حقوق اسلامی
پرتال جامع علوم انسانی

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مفید، قم، ایران (نویسنده مسئول).

mohammadi646@yahoo.com

moosavian@mofidu.ac.ir

Ahmad_mortazi@yahoo.com

** استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مفید، قم، ایران.

*** استادیار فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

مقدمه

در صورتی که مرد و زن با هم زندگی کنند حضانت حق و تکلیفی است که بر گردن هر دو مستقر است اما در صورتی که زوجین از یکدیگر جدا شوند، درباره اینکه حضانت و نگهداری کودک حق زن است یا مرد، اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقها اعتقاد دارند که در پسر و دختر تا دو سال مادر احق است و بعد از دو سال و اتمام دوره شیردهی، اگر کودک پسر باشد، احقیت برای پدر و اگر دختر باشد، احقیت تا هفت سالگی او برای مادر و بعد از آن احقیت برای پدر است و بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۸۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۵۱ و علامه حلی، ۱۴۱۳ق، الف، ج ۳، ص. ۱۰۲). در مقابل شیخ طوسی معتقد است مادامی که طفل، ممیز نباشد؛ یعنی به هفت و یا هشت سالگی نرسیده باشد، مادر مطلقه شده، بر پدر احقیت دارد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۳۱). قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۱۴ نیز در این زمینه از مشهور فقها تبعیت نموده بود. و در ماده ۱۱۶۹ این قانون مقرر کرده بود: «برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از ولادت او اولویت خواهد داشت پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود». اما قانون‌گذار در اصلاحیه بعدی این ماده از نظر مشهور فقها عدول کرده و حضانت طفل را تا هفت سالگی برای مادر قرار داده است اعم از اینکه طفل دختر باشد یا پسر. به طوری که اصلاحیه سال ۱۳۸۲، ماده ۱۱۶۹ در این زمینه مقرر می‌دارد: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است».

با این وجود فقهای امامیه و اهل سنت اتفاق نظر دارد بر اینکه، مادری که حق حضانت فرزندش با اوست، اگر با مرد بیگانه ازدواج کند، حق حضانت وی ساقط می‌شود. شیخ طوسی در این زمینه گفته است: «اگر مادر ازدواج کند، حضانت وی نسبت به فرزندش از بین می‌رود و دلیل آن اجماع فقها و اخبار وارده از پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) است». این نظریه را به ابوحنیفه، مالک و شافعی نیز نسبت داده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۳۲). ابن ادریس، علامه حلی و معظم فقهای امامیه و اهل سنت به سقوط حق حضانت در صورت ازدواج مادر معتقد هستند (ابن ادریس،

۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۵۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص. ۱۲؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص. ۴۲؛ الخرشبی، بی تا، ج ۴، ص. ۲۱۷) و در توجیه این نظریه گفته‌اند: «زیرا زن با زناشوئی با مرد دیگری موظف به حسن معاشرت با شوهر خود و عهده دار تکالیف زناشوئی است و نمی‌تواند آن گونه که شایسته است از عهده تکلیفی که حضانت بر او تحمیل نموده برآید» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق.ب، مختلف، ج ۷، ص. ۳۰۹). این مسئله به تبعیت از فقه در ماده ۱۱۷۰ق.م نیز بازتاب یافته و قانون‌گذار در این ماده آورده است: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است... به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود». در مقابل برخی از پژوهشگران به این ماده که برگرفته از اتفاق نظر فقهای امامیه و عامه است، اشکال گرفته است. بعضی از محققین در این زمینه آورده‌اند: مستند سقوط حق حضانت مادر با ازدواج مجدد، روایاتی است که ضعف سندی دارند (رهبر، ۱۳۹۰، ص. ۷۶؛ ساعی و کامیاب، ۱۳۹۵، ص. ۷۹۰). اجماع موجود از نوع محتمل المدرک است و اعتبار ندارد. از طرف دیگر سقوط حق حضانت مادر در اثر ازدواج مجدد وی، او را از حق ازدواج باز می‌دارد و این موجب متضرر شدن مادر و خلاف مصلحت کودک است (رهبر، ۱۳۹۰، ص. ۷۶). برای اثبات ادعای خود به قاعده لاضرر و لا حرج استناد کرده و در این زمینه آورده است: «عدم جواز ورود ضرر به مادر مقتضی آن است که شرایط به گونه‌ای مهیا شود که مادر به دلیل فشارهای روحی ناشی از ترک فرزند مجبور به ترک تشکیل خانواده و ضرر زدن به خود نشود» (رهبر، ۱۳۹۰، ص. ۷۹). به عبارت دیگر اگر با ازدواج مجدد مادر، حق حضانت او ساقط شود، موجب ضرر و عسر حرج مادر می‌شود و چنین ضرری با «قاعده لاضرر» و «قاعده عسر و حرج» برداشته می‌شود. از طرف دیگر سقوط حق حضانت مادر در اثر ازدواج مجدد مادر بر خلاف مصلحت عالیله کودک است زیرا مصلحت کودک در این است که زیر نظر مادر تربیت و نگهداری شود (ساعی و کامیاب، ۱۳۹۵، ص. ۷۹۲). به نظر می‌رسد این نظریه ضعیف بوده و تاب مقاومت در برابر اتفاق نظر فقهای اسلام را ندارد زیرا اولاً. بر فرض ضعف سندی روایت وارده در این مسئله، همه فقهای امامیه و عامه به آن عمل کرده‌اند و مشهور فقها عقیده دارند که عمل اصحاب جبران کننده ضعف سند است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۶۵). ثانیاً. اجماع محتمل المدرک

نیست زیرا اگر به نظر اشکال‌کننده روایت ضعیف و غیر قابل اعتنا باشد، در این صورت روایت ضعیف نمی‌تواند اجماع را مدرکی کند. ثالثاً. قاعده لاضرر شامل چنین ضررهایی نمی‌شود و با استناد به این قاعده نمی‌توان گفت که سقوط حق حضانت مادر موجب ضرر او بوده و باید رفع شود زیرا شمول قاعده لاضرر و لاجرح در آنجا است که اصل حکم ضرری و حرجی نباشد. به عبارت دیگر اگر برای حکم دو حالت ضرری و بدون ضرر متصور باشد، حالت ضرری حکم به استناد قاعده لاضرر برداشته شود. این در حالی است که اصل حکم سقوط حق حضانت مادر در صورت ازدواج مجدد او با مرد بیگانه، یک حکم ضرری است و عنوان اولیه ندارد تا عنوان ثانویه آن به حکم قاعده لاضرر برداشته شود. رابعاً سقوط حق حضانت مادر با ازدواج مجدد وی همیشه بر خلاف مصلحت کودک نیست. زیرا غالباً مادری که ازدواج مجدد کرده و به خانه همسر جدید خود روانه می‌شود، شرایط مناسبی برای نگهداری فرزند خود در خانه مرد دیگر ندارد. و چه بسا چنین شرایطی برای پدر بچه منت محسوب شود و تحمل چنین منتهی برای او هیچ توجیه عقلی و عرفی ندارد. بر فرض اینکه در بعضی مواد، زندگی در خانه ناپدری و اعمال حق حضانت توسط مادر، برای طفل مصلحت داشته باشد، نمی‌تواند مجوز تغییر حکم موارد غالبی باشد. خامساً سقوط حق حضانت مادر در چنین شرایطی از مسلمات فقهی بوده و همه فقها مذاهب اسلامی به سقوط آن حکم داده‌اند و تنها اختلاف آنها در امکان بازگشت یا عدم بازگشت این حق با انحلال نکاح مادر است. در نتیجه می‌توان ادعا کرد که تسالم اصحاب - که از اجماع هم بالاتر است - بر سقوط حق حضانت مادر در صورت ازدواج مجدد با او اجنبی است. از طرف دیگر با وجود اینکه ازدواج مادر با مرد اجنبی، حق حضانت او را از بین برده و موجب ضرر مادر می‌شود، اما مادری که اقدام به ازدواج مجدد می‌نماید بر علیه حق خود اقدام کرده و موجب سقوط حق حضانت خود می‌گردد هر چند تمایلی به اسقاط حق حضانت خود نداشته باشد. بنابراین ازدواج مجدد مادر، اسقاط عملی حق حضانت است همچنان که اگر کسی دارای حق خیار باشد و در مبيع تصرف کند، حق خیار او ساقط می‌شود هر چند به سقوط حق خیار تمایل قلبی نداشته باشد.

حال سؤال این است که اگر زن بعد از ازدواج با مرد اجنبی، از او جدا شود، آیا حق حضانت وی برمی‌گردد یا نه؟ فقهای امامیه و اهل سنت در این باره اختلاف نظر دارند.

مشهور فقهای امامیه و فقهای حنفی، شافعی و حنبلی معتقد به برگشت‌پذیری حق حضانت سلب شده، هستند و برگشت‌پذیری آن را از باب قاعده زوال مانع می‌دانند. با این توجیه که با ازدواج زنی که حق حضانت فرزندش را بر عهده دارد، حق وی ساقط نمی‌شود بلکه مانعی برای اعمال حق وی به وجود می‌آید و با زوال مانع (طلاق) ممنوع (حق حضانت) برمی‌گردد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۳۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۹۰؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص. ۴۲؛ افندی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۸۱ و نووی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۱۰۱). از طرف دیگر برخی از فقهای امامیه و فقهای مذهب مالکی با استناد به قاعده «برگشت‌ناپذیری امر ساقط»، حق حضانت ساقط شده را برگشت‌ناپذیر می‌دانند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۵۱؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۲۹۵؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۲۱ و خرسی، بی‌تا، ج ۴، ص. ۲۱۷). اما قانون مدنی در این زمینه ساکت مانده و نسبت به بازگشت یا عدم بازگشت مادر با جدایی از شوهر دوم حکمی بیان نکرده است.

در زمینه موضوع حاضر چندین مقاله به رشته تحریر در آمده است که از آن جمله می‌توان به مقاله «حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر» نوشته سید محمدهادی ساعی و نیلوفر کامیاب منصوری، مقاله «ازدواج مجدد زن و حق حضانت فرزند» نوشته مهدی رهبر و صالح سعادت، مقاله «مبانی حق یا تکلیف بودن حضانت و احکام و آثار آن در فقه و حقوق» به قلم معصومه آقازاد و اصغر عربیان و مقاله «موانع اجرای حضانت در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه» به تحریر عباس کریمی و الهه محسنی اشاره کرد که در مقاله اولی سقوط حق حضانت مادری که ازدواج مجدد کرده است را بر خلاف مصالح عالیله کودک دانسته است. در مقاله دومی نیز ازدواج مجدد مادر مطلقه با مرد بیگانه را از موجبات سقوط حق حضانت زن نمی‌داند. مقاله سوم حق یا حکم بودن حق حضانت را بررسی کرده و در مقاله چهارم موانع اعمال حق حضانت به صورت تطبیقی از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه کنکاش شده است. مقالات دیگری با عنوان «بررسی حق و حکم در حضانت، نفقه و رجوع در طلاق» نوشته سیدمحمداسماعیل سید هاشمی و زهرا السادات مرتضوی و مقاله «بررسی تأثیر اراده در حضانت» اثر نیوشا مصلی‌نژاد اشاره کرد که در

هر دو مقاله ماهیت حضانت و قابلیت اسقاط و انتقال آن پرداخته شده است اما امکان بازگشت حضانت سلب شده در هیچ‌یک از آنها بررسی نشده است. بنابراین نوآوری مقاله حاضر در این است که برگشت‌پذیری یا ناپذیری حق حضانت ساقط شده مادر در صورت جدایی از همسر دوم، بررسی و کنکاش شده و مبانی هر دو نظریه در بوته نقد و بررسی قرار گرفته است. تحقیق حاضر به شیوه تحلیلی و توصیفی ماهیت حضانت را تشریح و برگشت‌پذیری یا ناپذیری حق حضانت ساقط شده مادر در صورت جدایی از مرد اجنبی را تبیین و ادله هر دو نظریه را بررسی کرده و در پایان نظریه مختار را ارائه نموده است.

۱. ماهیت حضانت

حضانت از ماده «حضان» و در لغت به معنی زیر بغل تا پهلو یا تهیگاه است (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۱۰۵)؛ به حفظ و نگهداری شیئی نیز حضانت اطلاق می‌شود (ابوالحسین، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۷۳). در باره ماهیت حضانت در اصطلاح فقه، بین فقها اختلاف وجود دارد. عده‌ای از فقهای امامیه و اهل سنت، حضانت را به ولایت بر نگهداری و تربیت کودک تعبیر کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص. ۱۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۲۸۴ و نووی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۹۸). صاحب جواهر در این زمینه گفته است: حضانت عبارت است از «ولایت و سلطنت بر تربیت کودک و آنچه متعلق به تربیت اوست؛ مانند حفظ و نگهداری او، قرار دادن او در تختش، سرمه کشیدن او، شست و شو دادن او، شستن لباس‌های او و کارهایی از این قبیل» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۲۸۴). به تصریح بعضی از فقهای حضانت هیچ ربطی به ولایت بر ازدواج طفل و اموال او ندارد و فقط مربوط به تربیت و حفظ و نگهداری کودک در مدتی است که او نیاز به چنین زنی دارد (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۳۷۷). در مقابل برخی دیگر از فقهای امامیه و فقهای مالکی، حضانت را از مقوله حق شمرده و معتقدند حضانت حق نگهداری و تربیت کودک است که برای پدر و مادر قرار داده شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۴۶۴؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص. ۱۶۲ و غرناطی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۵۹۷). تفاوت این دو دیدگاه در قابلیت حضانت برای اسقاط یا عدم اسقاط آن است. اگر حضانت از مقوله ولایت و سلطنت

والدین بر نگهداری طفل باشد، قابل اسقاط نخواهد بود. زیرا ولایت حکم تلقی می‌شود و حکم قابلیت اسقاط ندارد در نتیجه اطلاق حق بر آن از باب مسامحه است (موسویان، ۱۳۸۲، ص. ۸۱). با این وجود برخی از فقها حضانت بر طفل را از مقوله ولایت پنداشته‌اند اما آن را قابل اسقاط می‌داند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۲۸۴؛ الحطاب الرعینی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص. ۳۴). یکی از فقها در این باره می‌گوید: «اگر حضانت ولایت بر تربیت فرزند باشد، لازمه‌اش این است که مادر نتواند حق حضانت خود را ساقط کند همچنان که سایر ولایات‌ها قابل اسقاط نیست. در حالی که هیچ یک از ادله چنین اقتضایی ندارد. بلکه ادله بر خلاف آن دلالت دارد. و تعبیر به «احقیق»^۱ در روایات دلالت بر جواز اسقاط حق حضانت توسط مادر را دارد» (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص. ۴۷۲).

اگر حضانت مادر نسبت به فرزندش از مقوله حق باشد، اسقاط آن حق، بدون اشکال خواهد بود. زیرا فقها قوام حق را، به قابلیت آن برای اسقاط می‌دانند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۴۲). به تعبیر دیگر اگر حقی قابل اسقاط نباشد، اطلاق حق بر آن از باب مسامحه است. به نظر می‌رسد که فقهای امامیه حضانت را از مقوله حق می‌دانند تا جایی که برخی از آنها به حق بودن آن تصریح کرده‌اند (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص. ۱۶۲) و بسیاری از فقها حضانت مادر را قابل اسقاط می‌دانند (شهید اول، بی‌تا، ج ۱، ص. ۳۹۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص. ۲۸۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۳۰۶؛ شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج ۹، ص. ۱۸۶؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۸۶ و حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۰۳). برخی از حقوق‌دانان نیز بر این نظر صحه گذاشته و گفته است که عدم وجوب حضانت برای مادر، جواز اسقاط آن از سوی مادر، امکان انتقال و واگذاری حق حضانت به دیگری، جواز مطالبه اجرت توسط مادر در برابر حضانت و عدم امکان الزام مادر بر حضانت همگی بر دلالت دارد که حضانت برای مادر حق محسوب می‌شود (قربان‌نیا، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۱۵۶).

اما در اسقاط حق حضانت پدر اختلاف نظر دارند. شهید اول معتقد است که «اگر پدر و مادر هر دو از حضانت کودک خود امتناع کنند پدر بر حضانت کودک اجبار می‌شود» (شهید اول، بی‌تا، ج ۱، ص. ۳۹۶). صاحب ریاض در این زمینه آورده است:

«در حق بودن حضانت هیچ شبهه‌ای وجود ندارد اما در اینکه پدر می‌تواند حق حضانت خود را ساقط کند یا نه؟ دو نظریه وجود داد. اقتضاء اصل، جواز اسقاط است اما برخی معتقدند که اگر زن و مرد هر دو از اعمال حضانت امتناع کنند، مرد بر حضانت اجبار می‌شود». وی در ادامه اجبار مرد بر حضانت را قول نیکو دانسته و می‌فرماید: «اگر پدر بر اعمال حضانت مجبور نشود موجب تضييع حقوق طفل می‌شود» (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص. ۱۶۲). اما ایشان وجوب حضانت برای مرد را واجب کفایی می‌دانند نه واجب عینی و معتقد است که اخبار وارده در باب حضانت فقط بر اصل استحقاق مرد و زن بر اعمال حضانت دلالت دارند و از آنها وجوب استفاده نمی‌شود (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص. ۱۶۲). در مقابل صاحب جواهر پس از نقل ادعای صاحب ریاض بر عدم وجوب حضانت مرد بر، آن را ضعیف دانسته است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۲۸۴). برخی از فقها معاصر نیز تصریح کرده‌اند که مرد نمی‌تواند حق حضانت خود را ساقط کند و معتقدند که اسقاط حضانت توسط مرد نیاز به دلیل دارد و هیچ دلیلی وجود ندارد (حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۶۱؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۸۶ و روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص. ۳۰۵).

قانون مدنی ایران، نظری متمایز از فقه را اتخاذ کرده و در ماده ۱۱۷۲ مقرر می‌دارد: «هیچ‌یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست، از نگاهداری او امتناع کنند در صورت امتناع یکی از ابوین حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند». بنابراین قانون مدنی اعراض از حق حضانت را برای والدین غیرممکن می‌داند و در صورت اعراض او را مجبور به حضانت می‌کنند. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز این دیدگاه را پیش گرفته و جنبه تکلیف بودن حضانت را تأیید کرده است به طوری که در ماده ۵۴ این قانون برای خودداری مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر مجازات کیفری تعیین نموده است.^۲

نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در پاسخ به اینکه آیا پدر می‌تواند حضانت فرزندش، اسقاط نماید، بدین شرح است: «به موجب ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت

قابل اسقاط و یا مصالحه نیست؛ زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده است، برای مکلف جنبه امری دارد و اراده فردی نمی‌تواند چنین نکته را تغییر دهد. ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد که هیچ‌یک از ابویین حق ندارد در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است، از نگهداری او امتناع نماید و ماده ۱۱۷۵ تصریح دارد به اینکه طفل را نمی‌توان از ابویین یا از پدر و یا مادری که حضانت با اوست، گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی. بنابراین اسقاط تکلیف، جایز نیست» (بازگیر، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۵۹۵). حقوق‌دانان ایران نیز به تبع قانون مدنی جنبه تکلیف بودن حضانت را تقویت نموده‌اند (امامی، بی‌تا، ج ۵، ص. ۱۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۲، ص. ۱۳۶ و صفایی و امامی، ۱۳۹۵، ص. ۳۸۳).

یکی از پژوهشگران اهل سنت نیز معتقد هستند که حضانت مادر قابل اسقاط نیست چون حق حضانت در زمان اسقاط موجود نیست زیرا حضانت و نگهداری طفل آن‌ا فائاً و تدریجی به وجود می‌آید (زرقا، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۲۶۸) در نتیجه با اسقاط حق حضانت، حق حضانتی که در زمان‌های بعدی حادث می‌شوند، ساقط نمی‌شود. چرا که حقی که می‌خواهد ساقط شود، باید در حین اسقاط موجود باشد در نتیجه اسقاط حقی که در آینده موجود می‌شود، قبل از به وجود آمدن حق صحیح نیست. اما فقهای امامیه این اشکال را وارد ندانسته و در جواب آن گفته‌اند اعتباریات از مقولات عرضی نیستند که وجود آنها منوط به وجود خارجی موضوعشان باشد. بلکه حصول اعتباری آنها در تحقق‌شان کفایت می‌کند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۸). با این توضیح که هر چند در زمان اسقاط حق حضانت توسط حاضن، حضانت روزهای بعدی موجود نیست اما از آنجا که حضانت یک عنوان اعتباری است و اعتباریات صرفاً با اعتبار کردن به وجود می‌آید، بنابراین صرف اعتبار حق حضانت برای پدر و مادر برای تحقق حق حضانت برای آنها کافی است. و پس از تحقق اعتباری حضانت، اسقاط آن صحیح خواهد بود. از این رو بعضی از فقهای امامیه به جواز اسقاط حق حضانت نسبت به آینده تصریح کرده‌اند (حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۰۳؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۸۶ و سبزواری، بی‌تا، ص. ۵۷۳).

در مجموع می‌توان گفت که حضانت ماهیت حق‌گونه دارد زیرا اولاً. در روایت،

حضانة طفل برای پدر و مادر با عنوان احقیت آمده (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص. ۴۵) و این تعبیر با حق بودن ماهیت حضانة سازگار است. ثانیاً. اکثر فقهای امامیه سقوط حق حضانة را که یکی از ویژگی‌های منحصر به فرد حق است، امری مفروغ دانسته و در برگشت یا عدم برگشت حق ساقط شده بحث کرده‌اند. ثالثاً. فقها معتقد هستند که مادر می‌تواند برای حضانة طفل از پدر هزینه دریافت کند (صاحب‌جوهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۲۸۴)، این خود گواه است که حضانة حق است زیرا اگر حضانة حکم باشد، دریافت اجرت در مقابل آن ممکن نخواهد بود. رابعاً. دلیلی بر عدم جواز اسقاط حق حضانة توسط مادر وجود ندارد. و اگر پدر را مجبور به قبول حضانة طفل می‌کنند، وجوب آن، وجوب کفایی است نه وجوب عینی. بنابراین اگر پدر کودک از حضانة طفل خود سرباز زند ولی کس دیگری برای حضانة و نگهداری طفل موجود باشد، دیگر پدر اجبار نمی‌شود. در نتیجه حضانة از مقوله حق بوده و قابل اسقاط است.

۲. دیدگاه فقها در برگشت‌پذیری یا ناپذیری حق حضانة ساقط شده

پس از اثبات این نکته که حضانة حق است و با ازدواج مجدد مادر ساقط می‌شود، مسئله‌ای که نیاز به تحلیل و بررسی دارد این است که اگر حق حضانة مادر ساقط شود، حق ساقط شده قابل بازگشت است یا خیر؟ با بررسی کتب فقهی روشن می‌شود که در این مسئله بین فقها اختلاف نظر است. در این مجال اقوال فقها ادله آنها مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد و در پایان نظریه مختار ارائه می‌گردد.

۲-۱. دیدگاه اول: برگشت‌پذیری حق حضانة ساقط شده و ادله آن

اکثر فقها معتقد هستند که حق حضانة مادر با اسقاط حق و نیز ازدواج مجدد او ساقط می‌شود، اما بعد از از شوهر دوم، حق حضانة آنها برمی‌گردد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۳۲؛ محقق‌حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۹۰؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص. ۴۲؛ افندی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۸۱ و نووی، ۱۴۱۲ق، ج ۹، ص. ۱۰۱). بسیاری از حقوق‌دانان ایران نیز این نظر را پذیرفته‌اند (امامی، بی‌تا، ج ۵، ص. ۱۹۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۲، ص. ۱۵۸؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۵، ص. ۳۹۰ و قربان‌نیا، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۱۶۱).

طرفداران قول برگشت‌پذیری حق حضانت ساقط شده به ادله‌ای تمسک کرده‌اند که مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد:

۱-۱-۲. تعلیق بطلان حق حضانت به ازدواج مجدد مادر

شیخ طوسی معتقد است اگر مادر ازدواج نماید، حق حضانت وی ساقط می‌شود و با جدایی وی از شوهر دوم، حق حضانت او برمی‌گردد. دلیل برگشت حق حضانت، این است که پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) بطلان حق حضانت را به ازدواج مجدد مادر معلق کرده است. بنابراین اگر تزویج، زائل شود (یعنی مادر طلاق بگیرد یا نکاح او فسخ شود)، حق حضانت آن‌گونه که بود، باقی می‌ماند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۳۴). با این توضیح که در روایتی که از پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) نقل شده، آمده است که ایشان فرمودند: «مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است به حضانت فرزند احقیت دارد»^۳ (ابوداود، بی تا، ج ۲، ص. ۲۸۳). این روایت در منابع روایی شیعه نیز از امام صادق (علیه‌السلام) نقل شده است، در این روایت آمده است: «از امام درباره مردی که همسر خود را طلاق می‌دهد و بین آنها فرزندی است، سؤال شد که کدام یک نسبت به فرزند احق است امام فرمود مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است، به حضانت فرزند احقیت دارد»^۴ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص. ۴۵). در این روایات بطلان حق حضانت مادر به ازدواج مجدد معلق شده است بنابراین با ازدواج مادر حضانت وی باطل می‌شود. اما زمانی که معلق علیه (یعنی ازدواج) از بین رفت و مادر از ازدواج خود طلاق گرفت، احقیت او به حضانت برمی‌گردد یعنی با از بین رفتن معلق علیه، بطلان حضانت از بین می‌رود.

الف. تحلیل و بررسی

به نظر می‌رسد این استدلال اشکال دارد زیرا در این روایت برای احقیت مادر به حضانت، غایتی قرار داده شده است و آن غایت، عدم ازدواج او می‌باشد. بنابراین با حصول غایت و ازدواج مادر، شایستگی مادر از بین می‌رود. در نتیجه تعلیق بطلان حضانت به ازدواج مادر دور از ظهور روایت است. بلکه ظهور روایت در این است که غایت حق مادر، به ازدواج او است و با حصول غایت، شایستگی مادر از بین می‌رود.

۲-۱-۲. رجوع به حکم عام

اگر یک حکم عام ازمانی وارد شود و سپس مخصص ازمانی بعضی از مصادیق عام را از تحت عام خارج کند، در این صورت در شمول زمان‌های بعد از مخصص، در تحت حکم عام شک حاصل می‌شود. به عنوان نمونه. یک حکم عام ازمانی وجود دارد که می‌گوید، «مادر به حضانت طفل خود احق است» سپس یک مخصص زمانی، عام را تخصیص زده و می‌گوید «احقیّت مادر تا زمانی است که ازدواج نکرده باشد» بنابراین با ازدواج مادر، احقیّت او از بین می‌رود. حال اگر شک کنیم که مادر بعد از جدایی نسبت به حضانت طفل خود احقیّت دارد یا نه؟ اختلاف نظر وجود دارد. یکی از فقهای معاصر در بحث از برگشت‌پذیری یا ناپذیری حق حضانت مادر پس از جدایی از مرد اجنبی، معتقد است که حکم به برگشت‌پذیری یا ناپذیری حق حضانت مادر پس از جدایی، مبتنی بر این بحث اصولی است که اگر بعد از عام یک مخصص ازمانی وارد شود، بعد از مخصص، حکم مخصص استصحاب می‌شود یا به عموم عام عمل می‌شود؟ (سبحانی، بی تا، ج ۲، ص. ۳۳۴). سپس در یکی از کتب اصولی خود این بحث را پی گرفته و معتقد است که به حکم عام رجوع می‌شود (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۲۱۶).

از سخنان مرحوم کرکی در مسئله خیار غبن در باب تلقی رکبان نیز استفاده می‌شود که به عقیده ایشان نسبت به زمان‌های بعد از مخصص، از عموم عام استفاده می‌شود و نوبت به استصحاب حکم مخصص نمی‌رسد (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۳۸). در مقابل بعضی دیگر از فقهای عقیده دارند که حکم مخصص استصحاب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۱۹۰ و بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص. ۱۳۹). برخی از فقهای دیگر مانند شیخ انصاری قایل به تفصیل شده‌اند با این توضیح که اگر عموم ازمانی در خطاب مولی به صورت افرادی ملاحظه شده باشد، در اینجا به عام مراجعه می‌شود زیرا در این صورت حکم هر روز مستقلاً یک موضوع دارد و نمی‌توان حکم مخصص را استصحاب کرد، زیرا در این حال شرط استصحاب که همان وحدت قضیه مشکوک با متیقنه است مفقود می‌باشد. از طرف دیگر اگر به عام عمل نکنیم تخصیص اکثر لازم می‌آید زیرا هر روز که از تحت عام خارج شود به نوبه ی خود یک تخصیص مستقل به عام وارد می‌شود و به تعداد روزها به عام، تخصیص وارد می‌گردد. بنابراین در این حال

باید به عام تمسک کرد. اما اگر عموم ازمان در لسان دلیل صرفاً به منظور بیان استمرار، اخذ شده باشد یعنی فقط دلالت دارد که مطلوب مولی استمرار فلان عمل است نه ایجاد آن فقط یک بار و ترک آن برای بار دیگر، در این فرض اگر پس از مدتی، خاصی بیاید سپس نسبت به روزهای بعد از خاص شک شود که آیا مشکوک داخل در عموم عام می‌شود یا تحت خاص باقی می‌ماند، در این صورت حکم مخصص استصحاب می‌شود (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص. ۲۷۴). از باب نمونه محقق خویی معتقد است که در آیه شریفه «اوفوا بالعقود» از اطلاق حکم به وجوب وفاء به عقد [که مقید به زمان خاصی نشده] عموم ازمانی استفاده می‌شود و چنین عمومیتی ظهور در استمرار دارد و بنحو استمرار ملاحظه شده است. یعنی مطلوب مولی در جمیع آنات امر واحدی است و آن وفاداری به عقد است. به عبارت دیگر استمرار و تداوم وفاداری به عقد مطلوبیت دارد نه اینکه هر آن و لحظه‌ای مستقلاً موضوع برای وجوب وفاء باشد و در هر آنی این امر علی‌حده مطلوب مولی باشد به گونه‌ای که به تعدد آنات اطاعت‌ها و عصیان‌ها و ثواب‌ها و عقاب‌ها متعدد شود (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۲۴).

به نظر می‌رسد عرف نیز چنین حکمی دارد؛ از باب نمونه اگر کسی پای عقدش بایستد و هرگز فسخ نکند عرفاً نمی‌گویند که فلانی مثلاً هزار بار وفاء به عقد نمود، بلکه یک وفاء به عقد محسوب می‌شود که مستمر است.

الف. تحلیل و بررسی

در برگشت‌ناپذیری حق حضانت بعد از جدایی مادر نیز مسئله همین است به این بیان که در روایت «الام احق بالحضانه ما لم تتزوج» از اطلاق حکم به شایستگی مادر به حضانت که مقید به زمان خاصی نشده عموم ازمانی مستفاد است. و چنین عمومیتی ظهور در استمرار دارد یعنی مطلوب مولی در جمیع آنات امر واحدی است و آن شایستگی مادر به حضانت طفل است. متنها اصل وجود آن ولو در یک زمان مطلوب نیست بلکه استمرار و تداوم آن مطلوبیت دارد نه اینکه هر آن و لحظه‌ای مستقلاً موضوع برای شایستگی مادر به حضانت باشد. از طرف دیگر در عرف به مادری که ازدواج نکرده باشد و احقیق حضانت فرزندش را داشته باشد، نمی‌گویند که فلانی هزار روز احقیق برای حضانت را دارد بلکه یک احقیق به حضانت را دارد. بنابراین از

آنجا که عموم ازمان در لسان دلیل صرفاً به منظور بیان استمرار است، به نظر می‌رسد حکم منحصص، استصحاب می‌شود و در نتیجه بعد از جدایی نیز حق حضانت ساقط شده مادر بر نمی‌گردد.

۲-۱-۳. وجود مقتضی و نبودن مانع

حق حضانت ارفاقی است که برای کودک مقرر شده است. بنابراین زمانی که مادر ازدواج کند، به سبب اشتغال به حقوق زوجیت، حق حضانت وی ساقط می‌شود. اما با جدایی مادر از همسر خود، مانع حضانت (یعنی زوجیت) از بین می‌رود و مقتضی (یعنی بقای حق حضانت) بدون معارض می‌ماند بنابراین حق حضانت برمی‌گردد. به عبارت دیگر حق زوجیت مانع حق حضانت است که با جدایی، زوجیت از بین می‌رود و با برطرف شدن مانع، حق حضانت برمی‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق.ب، ج ۷، ص. ۳۰۹؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص. ۴۵ و بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۵، ص. ۹۳). به تعبیر دیگر مادامی که مادر در زوجیت اجنبی است، به دلیل وجود مانع، استیفا حق حضانت ممکن نخواهد بود اما با برطرف شدن مانع، چه دلیلی وجود دارد که مادر استحقاق حضانت را نداشته باشد، در حالی که او مادر طفل و مهربان‌ترین شخص به فرزندش است (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۳۵۳). شهید ثانی در این زمینه می‌گوید: «مادر با ازدواج مشغول حقوق زوجیت می‌شود و به دلیل اینکه حق زوجیت اقوی از حق حضانت است، حق زوجیت مانع اعمال حق حضانت می‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۴۶۳). در واقع با ازدواج مجدد مادر، حق حضانت او ساقط نمی‌شود بلکه ازدواج مجدد، مانع اعمال حق می‌گردد و در نتیجه، با زوال مانع، صاحب پیشین حق می‌تواند به حق خود رجوع کند. این استدلال مورد توجه بعضی از حقوق‌دانان نیز قرار گرفته و تصریح کرده‌اند که وجود مقتضی و فقدان مانع بر برگشت‌پذیری حق حضانت بعد از انحلال نکاح دلالت دارد (قربان‌نیا، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۱۶۱).

الف. تحلیل و بررسی

به نظر می‌رسد ازدواج مجدد مادری که حق حضانت با او است، مانع اعمال حق

حضانت نیست بلکه ازدواج از زمره مسقطات حق حضانت است. زیرا حقوق زوجیت با حق حضانت منافاتی نداشته و مانعی برای اعمال حق حضانت نیست. به دلیل اینکه اگر اعمال وظائف شوهرداری مانع وظایف مادری باشد، تالی فاسد این مسئله در باره پدر و مادری که با هم زندگی می‌کنند نیز باید وجود داشته باشد (ساعی و کامیاب، ۱۳۹۵، ص. ۷۹۱) به عبارت دیگر در همان موقع که زن در حباله شوهر خود (پدر بچه) بود نیز چنین منافاتی وجود داشته، در نتیجه، زن به سبب اینکه مشغول حقوق زوجیت است، هیچ حق و تکلیفی نسبت به حضانت و نگهداری فرزند خود در طول دوران زندگی مشترک نداشته باشد و حال آنکه بطلان چنین حرفی آشکار است. بنابراین حقوق شوهر به گونه‌ای نیست که مانع انجام دادن سایر وظایف زن باشد به خصوص در مواردی که مادر با اجازه و رضایت شوهر دوم این کار را انجام دهد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۲۹۰).

۲-۲. قول به برگشت‌ناپذیری حق حضانت ساقط شده و ادله آن

برخی از فقها در مسئله امکان برگشت‌پذیری یا ناپذیری حق ساقط شده، معتقدند که حق حضانت ساقط شده بر نمی‌گردد (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۵۱؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۲۹۵؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۸۶؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۲۱ و خرشی، بی‌تا، ج ۴، ص. ۲۱۷). پیشتر ادله قائلین به برگشت‌پذیری حضانت مورد مناقشه قرار گرفت اکنون در این مجال ادله قائلین به برگشت‌ناپذیری امر ساقط مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۲-۲-۱. ظهور روایات وارده در باب حضانت

مستند فقها برای احق بودن مادر نسبت به حضانت طفل اخباری است که از طریق عامه و خاصه نقل شده است. از آن جمله روایتی است که از طریق منقروی وارد شده است. در این روایت آمده است: «سئل أبو عبدالله (علیه‌السلام) عن الرجل يطلق امرأته و بینهما ولد أیها أحق بالولد؟ قال: المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج». از امام صادق (علیه‌السلام) درباره مردی که زن خود را طلاق می‌دهد و بین آنها فرزندی است، سؤال شد که کدام یک از مرد یا زن به حضانت فرزند احق است؟ امام (علیه‌السلام) فرمودند که مادر تا زمانی که

ازدواج نکرده است، به حضانت فرزند احق است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص. ۴۵).

درباره «ما» در روایت «المرأة احق بالولد ما لم تتزوج» دو احتمال وجود دارد. احتمال اول این است که «ما» مصدریه ظرفیه باشد در این صورت معنی روایت این است که «مادر نسبت به حضانت فرزند شایسته است تا زمانی که ازدواج نکرده باشد». بنابراین زمانی که زن ازدواج کند، حق حضانت وی ساقط است اما زمانی که ازدواج نکرده باشد (از ازدواج طلاق بگیرد یا اصلاً ازدواج نکند)، به حضانت احق است. به عبارت دیگر اگر «ما» در عبارت «ما لم تتزوج» را ظرفیه بگیریم، ازدواج مانع برای اعمال حضانت خواهد بود که با طلاق وی حق حضانت او بر می‌گردد. کسانی که این احتمال را تقویت می‌کنند، معتقد هستند در صورت ازدواج مادر با مرد اجنبی، حقوق زوجیت مانع اعمال حق حضانت می‌گردد. بنابراین مادر در مدتی که در عقد مرد اجنبی است، نمی‌تواند اعمال حضانت کند اما با طلاق، مانع برطرف می‌شود و دوباره شایستگی حق حضانت را خواهد داشت (بحرانی، بی‌تا، ج ۱۰، قسم ۲، ص. ۳۴۲).

ضعف این استدلال واضح است. چرا که مانع دانستن حق حضانت به دلیل تعارض آن با حقوق زوجیت استحسان عقلی بیش نیست. از طرف دیگر اگر «ما» موجود در روایت را «ما»ی مصدریه ظرفیه در نظر بگیریم، باز هم مانعیت ازدواج مادر برای حضانت اثبات نمی‌شود. بلکه ظهور روایت در این است که با ازدواج مجدد مادر حق حضانت او ساقط می‌شود، هر چند بعداً طلاق بگیرد. مفهوم غایت نیز که مشهور اصولیون آن را حجت می‌دانند (حیدری، ۱۴۱۲ق، ص. ۱۲۷)، این نظر را تقویت می‌نماید. با این بیان که احق بودن مادر به حضانت تا زمانی است که ازدواج نکند بنابراین بعد از ازدواج، مادر دیگر برای حضانت سزاوار نخواهد بود.

احتمال دوم این است که «ما» مای شرطیه باشد. در این صورت معنی روایت این است که «اگر مادر ازدواج نکند، نسبت به حضانت فرزند احق است» و مفهوم جمله شرطیه این است که با حصول نکاح، احقیت مادر منتفی می‌شود. و حق حضانت او ساقط می‌شود. و برگشت دوباره حق حضانت مادر بعد از طلاق نیاز به دلیل شرعی جدیدی دارد و چون دلیل جدید منتفی است لذا برگشت دوباره حق حضانت نیز منتفی خواهد بود. بحرانی از جمله فقهای است که «ما» در روایت «... ما لم تتزوج» را اظهر

در شرطیت می‌داند (بحرانی، بی‌تا، ج ۱۰، قسم ۲، ص ۳۴۲). صاحب جواهر نیز معتقد است که دلیل ظهور دارد که با وقوع نکاح احقیقیت مادر برای حضانت ساقط می‌شود هر چند بعد از ازدواج طلاق بگیرد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۲۹۵).

۲-۲-۲. قاعده الساقط لا یعود

برگشت‌ناپذیری امر ساقط یکی از قواعد مهم فقهی است. مفاد قاعده این است که حق ساقط شده بر نمی‌گردد. فقها امامیه در موارد بسیاری با تمسک به این قاعده به برگشت‌ناپذیری حق ساقط شده حکم کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۹۹؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۳۷؛ خویی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۷۱ و خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۸۶). بعضی از فقهایی که قائل به برگشت‌ناپذیری حق حضانت ساقط شده هستند، با استناد به مضمون این قاعده حکم داده‌اند. ابن ادریس در این باره معتقد است: «غایت استحقاق مادر برای حضانت طفل، ازدواج او قرار داده شده است و با ازدواج مادر حق حضانت از او خارج می‌شود و برگشت دوباره آن نیاز به دلیل شرعی دارد. و دلیل منتفی است» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۵۱). بنابراین حق حضانت بعد از سقوط، بر نمی‌گردد.

ممکن است به این استدلال اشکال شود که روایات دلالت دارند که با ازدواج مادر اولویت او نسبت به حضانت بچه‌اش از بین می‌رود اما اصل حق حضانت از بین نمی‌رود. شاهد این ادعا تعبیر احقیقیت در روایات وارده است. بنابراین با ازدواج مادر اصل حق حضانت از بین نرفته تا قابل به برگشت‌ناپذیری حق ساقط شده باشیم و فقط اولویت مادر از بین می‌رود و با جدایی مادر، اولویت سلب شده برمی‌گردد. در جواب گفته می‌شود که اولاً احتمال دارد که تعبیر از «احقیقیت» در روایت، بر معنی مصدری آن یعنی «حق» حمل شده است. ثانیاً بر فرض اینکه از این تعبیر معنی اولویت قصد شده باشد، باز هم اشکال فوق وارد نیست. با این توضیح که با ازدواج مادر اولویت او به حضانت از بین می‌رود و در صورت جدایی مادر، حق اولویت او بر نمی‌گردد. بنابراین قاعده برگشت‌ناپذیری حق ساقط شده دلالت بر عدم بازگشت حق اولویت او دارد.

همچنین ممکن است گفته شود که فقها معتقد هستند که اگر ولی مبتلا به جنون شود، حق ولایت او از بین می‌رود اما اگر از جنون خود بهبودی یابد، حق ولایت او باز

می‌گردد. بنابراین چگونه ممکن است که با زوال جنون حق ولایت باز گردد اما با جدایی مادر از ازدواج مجدد خود، حق حضانت برگشت پذیر نباشد؟ در جواب گفتنی است که اولاً. بازگشت حق ولایت اختلافی است و بعضی از فقها با استناد به قاعده برگشت‌ناپذیری امر ساقط، معتقد هستند که با بهبودی جنون حق ولایت باز نمی‌گردد. ثانیاً. از آنجا که ولایت حکم است در نتیجه قابل اسقاط نیست و با جنون ساقط نمی‌شود اما حضانت حق تلقی می‌شود و در نتیجه قابل اسقاط بوده و بعد از اسقاط ولو اسقاط فعلی، قابل بازگشت نخواهد بود.

۲-۲-۳. استصحاب سقوط

در صورتی که در بازگشت حضانت ساقط شده شک شود، سقوط حق، استصحاب شده و حکم به برگشت‌ناپذیری آن می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۵۵۲ و صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۲۹۰). با این توضیح که زمانی که مادر با مرد اجنبی ازدواج کند، حق حضانت او از بین می‌رود. این مطلب ظهور روایت است. در صورتی که در بازگشت حق حضانت ساقط شده شک حاصل شود، با استصحاب سقوط حق حضانت، حکم به برگشت‌ناپذیری حق حضانت ساقط شده می‌شود. برخی دیگر این‌گونه استدلال کرده‌اند که پس از انحلال نکاح با غیر، حق حضانت مادر عودت نمی‌یابد، زیرا سقوط آن در اثر ازدواج با غیر، محقق است و با تردید در عودت آن پس از انحلال مزبور، اصل عدم عودت است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۶۵۱ و امامی، بی‌تا، ج ۵، ص. ۱۹۷).
با امعان نظر در ادله مورد بررسی به دست می‌آید که ازدواج مادر با مرد بیگانه از مسقطات حق حضانت مادر است و همچنین روشن می‌شود که با جدایی مادر از همسر خود امکان بازگشت حق ساقط شده وجود ندارد. اما در صورتی که مصلحت کودک ایجاب کند و بازگشت حق حضانت به مصلحت او باشد، با رعایت قاعده مصلحت که عنوان ثانوی است، حکم به بازگشت حق حضانت مادر می‌شود. در چنین شرایطی اگر دادگاه تشخیص دهد که نگهداری و تربیت کودک توسط مادر به مصلحت طفل باشد، می‌تواند به حضانت مادر حکم دهد.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌های انجام شده و تحلیل مطالب نوشتار حاضر نتایج زیر قابل دستیابی است:

۱- در ماهیت حضانت اختلاف نظر وجود دارد عده‌ای از فقها آن را از مقوله حق دانسته و عده‌ای دیگر حضانت را ولایت بر فرزند پنداشته‌اند. اختلاف این دو دیدگاه در قابلیت حق حضانت برای اسقاط یا عدم اسقاط است. در مجموع می‌توان گفت که حضانت ماهیت حق گونه دارد زیرا اولاً. در روایت حضانت طفل برای پدر و مادر با عنوان احقیق آمده و این تعبیر با حق بودن ماهیت حضانت سازگار است. ثانیاً. اکثر فقهای امامیه سقوط حق حضانت را که یکی از ویژگی‌های منحصر به فرد حق است، امری مفروغ دانسته و در برگشت یا عدم برگشت حق ساقط شده بحث کرده‌اند. ثالثاً. فقها معتقد هستند که مادر می‌تواند برای حضانت طفل از پدر هزینه دریافت کند، این خود گواه است که حضانت حق است زیرا اگر حضانت حکم باشد، دریافت اجرت در مقابل آن ممکن نخواهد بود. رابعاً. دلیلی بر عدم جواز اسقاط حق حضانت توسط مادر وجود ندارد. و اگر پدر را مجبور به قبول حضانت طفل می‌کنند، وجوب آن، وجوب کفایی است. بنابراین اگر پدر کودک از حضانت طفل خود سرباز زند ولی کس دیگری برای حضانت و نگهداری طفل موجود باشد، دیگر پدر اجبار نمی‌شود. در نتیجه حضانت از مقوله حق بوده و قابل اسقاط است. اما قانون مدنی ایران، نظری متمایز از فقه امامیه را اتخاذ کرده و در ماده ۱۱۷۲ مقرر می‌دارد: «هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست، از نگاهداری او امتناع کنند در صورت امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند». بنابراین قانون مدنی اعراض از حق حضانت را برای والدین غیرممکن می‌داند. اکثر حقوق‌دانان نیز این نظریه را پذیرفته‌اند.

۲- از آنجا که حضانت حق است و قابلیت حق برای اسقاط از ویژگی‌های بارز حق بودن است، لذا حضانت در اثر بعضی از عوامل ساقط می‌شود که از آن جمله می‌توان به ازدواج مجدد مادر با شخصی غیر از پدر طفل اشاره کرد.

۳- در صورتی که حضانت ساقط شد، در برگشت‌پذیری یا ناپذیری آن در بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. شیخ طوسی و تابعین او معتقد به برگشت‌پذیری حضانت هستند به این دلیل که اولاً. مادر با ازدواج، به حقوق زوجیت مشغول می‌شود و حقوق زوج مانع می‌شود تا مادر نتواند حق حضانت خود را اعمال کند بنابراین با ازدواج مانع ایجاد می‌شود ولی بعد از زوال مانع، ممنوع (حق حضانت) برمی‌گردد. اما به نظر می‌رسد که این سخن استحسانی بیش نیست زیرا اگر حقوق زوجیت مانع حق حضانت باشد، در این صورت مادری که در حباله پدر فرزند می‌باشد حق حضانت ندارد. زیرا مشغول حقوق زوج خود می‌باشد. در حالی که ضعف این سخن معلوم است. ثانیاً. در روایت وارده از پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) بطلان حضانت به ازدواج مجدد مادر معلق شده است بنابراین با از بین رفتن معلق علیه حکم نیز از بین می‌رود. اما این استدلال بر خلاف ظهور روایت می‌باشد. ظهور این روایت این است که غایت استحقاق مادر برای حضانت عدم ازدواج وی می‌باشد. بنابراین با انتفای غایت، حکم نیز منتفی می‌شود. ثالثاً. عده‌ای از فقهای قائل به بازگشت حق حضانت ساقط شده، معتقد هستند که بعد از مخصص‌ازمانی، به حکم عام رجوع می‌شود و جایی برای استصحاب حکم مخصص نخواهد بود. لذا حق حضانت برمی‌گردد. ضعف این استدلال در این است که در روایت «الام احق بالحضانه ما لم تتزوج» از اطلاق حکم به شایستگی مادر به حضانت که مقید به زمان خاصی نشده عموم‌ازمانی مستفاد است. و چنین عمومیتی ظهور در استمرار دارد و از آنجا که عموم‌ازمان در لسان دلیل صرفاً به منظور بیان استمرار است، به نظر می‌رسد حکم مخصص استصحاب می‌شود و در نتیجه بعد از جدایی مادر نیز حق حضانت ساقط شده مادر برنمی‌گردد.

۴- در مقابل ابن ادریس و موافقین وی معتقد هستند که حضانت بعد از ازدواج مجدد مادر، ساقط شده و بعد از انحلال نکاح وی برنمی‌گردد. استناد این دسته از فقها به ظهور روایات، استصحاب سقوط و قاعده فقهی «الساقط لا يعود» است. نظر حق نیز همین است زیرا: اولاً. «ما» در روایت «ما»ی شرطیه است و مفهوم آن این است که مادر بعد از ازدواج حق حضانت ندارد. ثانیاً. حق حضانت با ازدواج مادر ساقط می‌شود و در هنگام شک در برگشت دوباره آن، سقوط حق، استصحاب می‌شود. ثالثاً.

بازگشت دوباره حق بعد از سقوط، نیاز به دلیل دیگر دارد که در اینجا منتفی است. مگر اینکه مصلحت طفل ایجاب کند که حضانت با مادر باشد در چنین شرایطی با رعایت قاعده مصلحت عنوان اولی تغییر کرده و حکم به حضانت مادر می‌شود

یادداشت‌ها

۱. المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج.
۲. هر گاه مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند یا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذی‌حق شود، برای بار اول به پرداخت جزای نقدی درجه هشت و در صورت تکرار به حداکثر مجازات مذکور محکوم می‌شود.
۳. الأم أحق بحضانته ابنها ما لم تتزوج.
۴. سئل أبو عبد الله عن الرجل يطلق امرأته وبينها ولد أيهما أحق بالولد قال المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج.

کتابنامه

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۳. ابو داود، سلیمان بن اشعث (بی تا). سنن أبي داود. بیروت: المكتبة العصرية صیدا.
۴. ابوالحسین، احمد بن فارس بن زکریا (۱۴۰۴ق). معجم مقائیس. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۵. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: أنوار الهدی.
۶. افندی، عبدالرحمن بن محمد بن سلیمان (بی تا). مجمع الأنهر فی شرح ملتقى الأبحر. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷. الحطاب الرعینی، شمس‌الدین (۱۴۱۲ق). مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل. بی جا: دارالفکر.
۸. امامی، سیدحسین (بی تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیة.

۹. انصاری شیرازی، قدرت الله (۱۴۲۹ق). موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها. قم: مركز فقهی ائمه اطهار (عليهم السلام).
۱۰. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). كتاب المكاسب. قم: كنگره جهانی.
۱۱. انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق). فرائد الأصول. قم: انتشارات مجمع الفكر.
۱۲. بازگیر، یدالله (۱۳۸۰). قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور (حقوق خانواده). تهران: انتشارات فردوسی.
۱۳. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق). بلغة الفقيه. تهران: منشورات مكتبة الصادق.
۱۴. بحرانی، حسین بن محمد (بی تا). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: مجمع البحوث العلمیة.
۱۵. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. حائری، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام).
۱۷. حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۱۸. حیدری، علی نقی (۱۴۱۲ق). اصول الاستنباط. قم: لجنه اداره الحوزه العلمیه.
۱۹. خرشی، محمد بن عبدالله المالکی (بی تا). شرح مختصر خلیل للخرشی. بیروت: دار الفكر للطباعة.
۲۰. خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۱ق). كتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمة الله علیه).
۲۱. خوانساری، سیداحمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینة العلم.
۲۳. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷ق). مصباح الأصول. قم: مكتبة الداوری.
۲۴. خویی، سیدابوالقاسم (بی تا). مصباح الفقاهه. بی جا: بی نا.
۲۵. روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (عليه السلام). قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق (عليه السلام).
۲۶. رهبر، مهدی و سعادت، صالح (۱۳۹۰). «ازدواج مجدد زن و حق حضانت فرزند». مطالعات راهبردی زنان، ۱۴(۵۴)، ۵۹-۸۹.

۲۷. زرqa، احمد (۱۴۰۹ق). شرح القواعد الفقهیه. دمشق: دارالقلم.
۲۸. ساعی، سیدمحمد هادی و کامیاب منصور، نیلوفر (۱۳۹۵). «حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر». مطالعات حقوق عمومی، ۴۶(۴).
۲۹. سبحانی، جعفر (۱۴۱۴ق). المحصول فی علم الأصول. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۳۰. سبحانی، جعفر (بی تا). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: بی نا.
۳۱. سبزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
۳۲. سبزواری، سیدعبدالأعلی (بی تا). جامع الأحكام الشرعیة. قم: مؤسسه المنار.
۳۳. سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
۳۴. شوشتری، محمدتقی (۱۴۰۶ق). النجعة فی شرح اللمعة. تهران: کتابفروشی صدوق.
۳۵. شهید اول، محمد بن مکی (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.
۳۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.
۳۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۳۸. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۹. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۵)، مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
۴۰. صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الهادی.
۴۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.
۴۲. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق. الف). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۴. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق. ب). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۵. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

۴۶. غرناطی، محمد بن یوسف (۱۴۱۶). التاج والإکلیل لمختصر خلیل. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۴۷. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). کتاب العین. قم: نشر هجرت.
۴۹. قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۴). بازپژوهی حقوق زن. تهران: انتشارات روز نو.
۵۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). حقوق خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۱. کاسانی، ابوبکر بن مسعود بن أحمد (۱۴۰۶ق). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۵۲. کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق). تحریر المجلة. نجف: المكتبة المرتضوية.
۵۳. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۵۴. محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۵۵. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۶. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۷. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الصادق (علیه السلام). قم: مؤسسه انصاریان.
۵۸. موسویان، سیدابوالفضل (۱۳۸۲). ماهیت حق. قم: عروج.
۵۹. نائینی، میرزاحمدحسین غروی (۱۳۷۳). منیة الطالب فی حاشیة مکاسب. تهران: المكتبة المحمدية.
۶۰. نووی، ابوزکریا محیی الدین یحیی بن شرف (۱۴۱۲ق). روضة الطالبین وعمدة المفتین. بیروت: المكتب الإسلامی.