

● حضانت عبارت است از سرپرستی و نگهداری و مواظبت از طفل در تمامی ابعاد از جمله آموزش، پرورش، تربیت و... به نحوی که سلامت جسمی و روانی وی تأمین گردد.



● چه گونه می توان مدعی شد که کودک تا هفت سال نزد مادر بماند و به او از هر لحاظ وابستگی پیدا کند و بعد او را از مادر جدا کرده و به پدر واگذار کنیم و در این حالت به او ضربه روحی وارد نیاید؟

خانواده رکن اصلی جامعه و فرزند کمال مطلوب آن است. خانواده می تواند فرزند را به نحو شایسته در درون خود پروراند و به عنوان آینده ساز جامعه، به ثمر برساند یا موجب تباهی و شقاوت او شود. توجه و اهمیتی که قانون برای خانواده قائل است، به همین نکته باز می گردد. اما متأسفانه به خاطر اشکال های موجود در قوانین و مقررات مربوطه، در برخی موارد، حقوق کودکان، آنچنان که به مصلحت آنهاست، رعایت نمی شود. نظیر قوانینی که تکلیف حضانت کودک در درون خانواده یا بعد از انحلال آن یا قوانین مربوط به اداره امور کودک و مسئله نگهداری و تربیت او را بیان می کند.

حضانت به معنای «در دامن پروراندن»^۱ و منظور از آن، نگهداری و پرورش فرزند در آغوش مادر است. در حقیقت حضانت عبارت است از سرپرستی و نگهداری و مواظبت از طفل در تمامی ابعاد از جمله آموزش، پرورش، تربیت... به نحوی که سلامت جسمی و روانی وی تأمین شود.

آیت الله مرعشی در باب اهمیت مسئله حضانت از فرزند چنین می گوید: «مسئله ی حضانت از زمانی نیست که طفل متولد می شود بلکه از زمان انعقاد نطفه او است. چون نه فقط لازم است بچه در زمانی که به دنیا آمد از نظر تربیتی سرپرستی شود بلکه از موقعی که نطفه او منقذ و کامل می شود و وجود پیدا می کند، پدر و مادر مسؤلیت هایی نسبت به حفظ و تربیت او دارند. این است که در روایت آمده: «السعیّد سعید فی بطن اُمّه و الشقیّ شقی من بطن اُمّه» اگر بچه ای خوشبخت می شود به خاطر این است که در رحم مادرش خوب تربیت شده و اگر بچه ای شقی می شود از همان زمانی است که به وجود می آید و در رحم مادر قرار می گیرد.»

خواهد بود. ماده ی مذکور بیان کننده ی ترتیب اعمال حق حضانت طفل برای پدر و مادر است البته در زمانی که در مرحله ی طلاق و جدایی قرار می گیرند. یعنی در مورد فرزند دختر تا هفت سالگی و در مورد فرزند پسر تا دو سالگی، امر حضانت را به مادر واگذار می کند و بعد از آن فرزند را به پدر می سپارد تا زمانی که کودک به مرحله بلوغ برسد و قدرت انتخاب پیدا کند. اشکال موجود در ماده ی ۱۱۶۹ قانون مدنی نیز به همین ترتیب مقرر شده باز می گردد. در واقع از آن جایی که امر حضانت مهم ترین نکته، تأمین مصلحت طفل است، ماده ی مذکور فاقد این خصیصه است. بنابراین بررسی فقهی که در این زمینه انجام می دهیم و نیز مقایسه ی تطبیقی آن با مواد قانون حمایت از خانواده در نهایت با ذکر نقطه نظرات روان شناسان از بعد مسائل روحی و روانی کودک به این نتیجه خواهیم رسید که مادر در امر حضانت تا زمانی که طفل به سن بلوغ

تا زمانی که پایه های بنیادین یک خانواده، محکم و با ثبات است و زن و شوهر در کنار هم زندگی می کنند حضانت فرزند بر عهده هر دو ایشان است. زیرا ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است.» حضانت حق والدین است چون به آنها در اعمال و اجرای این مسؤلیت اختیاراتی می بخشد و نسبت به دیگران در حضانت از فرزند، حق تقدم و اولویت ایجاد می کند. و از سوی دیگر به عنوان تکلیفی بر دوش والدین به شمار می رود. زیرا هدف غائی از حضانت، رعایت مصلحت طفل است. با این وجود مقررات مربوط به حضانت، تأمین کننده مصلحت مذکور نیست. نمونه بارز آن ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی چنین می گوید: «برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او، اولویت خواهد داشت. پس از انقضا این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم، حضانت آنها با مادر

دکبر عهده‌ی کیستی؟

افسانه زمانی

تختاب برسد، سزاوارتر است و در این مورد، قی بین دختر و پسر وجود ندارد.

الف - بررسی موضوع از دیدگاه فقهی:

ابتدا به ذکر روایاتی می‌پردازیم که در باب حضانت، به ظاهر، پدر را سزاوارتر از مادر می‌داند. روایت اول از **فضل ابی العباس** است که می‌گوید: «از امام صادق (ع) پرسیده شد که آیا مرد نسبت به فرزند سزاوارتر و شایسته‌تر است یا زن؟ حضرت فرمودند: مرد سزاوارتر است ولی اگر زن به مردی که او را طلاق داده بگوید: من هم بچه را به همان مردی که دیگری می‌دهد، شیر می‌دهم، مادر شایسته‌تر است.» این روایت مستندینظر عده‌ای از فقها است که معتقدند، پدر نه در دوران شیرخوارگی طفل و چه پس از آن در امر حضانت شایسته‌تر است.

روایت دوم از **داود بن الحسین** است که می‌گوید: امام صادق در مورد آیه‌ی شریفه: «مادران بچه‌های خود را شیر می‌دهند» فرمودند: فرزند در دوران شیرخوارگی بین پدر و مادر به گونه‌ی برابر قرار می‌گیرد زمانی که از شیر گرفته شد، پدر سزاوارتر و شایسته‌تر است و اگر پدر فوت کرد، مادر از سایر بستگان سزاوارتر است. اگر پدر، کسی را پیدا کند که بچه را به چهار درهم شیر بدهد مادر به پنج درهم حاضر به شیر دادن باشد، پدر می‌تواند بچه را از او بگیرد. لیکن اگر بچه با مادر باشد بهتر و شایسته‌تر است.»

بر اساس این روایت، نظر عده‌ای از فقها بر این است که در اعمال حضانت، پدر، بعد از زمان شیر خوارگی کودک سزاوارتر است.

عده‌ی دیگری از فقها (که البته قول قانون مدنی نیز مبتنی بر این نظریه است) معتقدند پسر تا دو سالگی و دختر تا هفت سالگی تحت حضانت مادر است و بعد از آن به پدر واگذار می‌شود. مستند نظر ایشان جمع بین روایات‌ها است. (روایاتی که ناظر بر این است که فرزند تا دو سالگی (دختر و پسر) در حضانت مادر است و روایاتی که می‌گوید فرزند تا هفت سال (دختر و پسر) در حضانت مادر است.)

● بررسی روایت‌ها:

مکتبه‌ی مهمی که از مجموع این روایات‌ها استنباط می‌شود آن است که در حق مادر بر حضانت فرزند تا دو سالگی هیچ تردیدی وجود ندارد.

در مورد روایت فضل ابی العباس که ظاهراً حاکی از شایسته‌تر بودن پدر است با کمی دقت و تأمل در مضمون آن می‌توان فهمید که بیش‌تر ناظر به مسئله‌ی رضاع (شیرخوارگی) کودک است، نه در باب حضانت و بنابراین مضمون این روایت به آن اندازه صریح و متقن نیست و نمی‌تواند به عنوان یک دلیل قطعی و ثابت بر

اصل «حق حضانت مادر» خدشه وارد کند.

در مورد روایت دوم نیز باید گفت که سند آن ضعیف است. زیرا صاحب جواهر از آن به عنوان «خبر» یاد کرده است. حنا صاحب مدارک نیز از آن به عنوان روایت صحیح نام نبرده و اصلاً به حساب نیاورده است. از سوی دیگر این روایت درباره‌ی حق حضانت مادر سخنی نگفته است. زیرا علاوه بر آن که مضمون اصلی آن در مورد رضاع (شیر دادن) است و مربوط به حضانت نیست، دوران تا دو سالگی فرزند را که دوران شیرخوارگی است برای پدر و مادر در اعمال حق حضانت مساوی می‌داند و بعد از آن به طور مطلق (دختر و پسر) حضانت را به پدر واگذار می‌کند. بنابراین این روایت نیز نمی‌تواند دلیل متقنی برای خدشه وارد کردن بر اصل حضانت مادر باشد. در مورد نظریه سوم (قول قانون مدنی) باید توجه داشت جمع بین روایات‌ها که پدید آورنده نظریه‌ی مذکور است، مبتنی بر روایت خاصی نیست. یعنی ما هیچ روایتی نداریم که صراحتاً حضانت فرزند پسر را تا دو سالگی و دختر را تا هفت سالگی به مادر واگذار کرده باشد. از سوی دیگر با توجه به فلسفه‌ی حضانت که حفظ و رعایت مصلحت کودک است، تعیین سن خاصی برای پسر و دختر نمی‌تواند صحیح و به مصلحت باشد. زیرا در مراحل رشد بین پسر و دختر هیچ تفاوتی وجود ندارد. همان‌طور که یک دختر به تغذیه، پوشاک، بهداشت، تفریح، سرگرمی و مهم‌تر از همه، محبت مادر احتیاج دارد، به همان میزان نیز پسر به این‌ها نیازمند است و نمی‌توان گفت دوران دو سال (شیرخوارگی در مورد پسر) در کنار مادر برای او کفایت می‌کند. از سوی دیگر در مورد دختر نیز تعیین سن هفت سال صحیح به نظر نمی‌رسد. زیرا چگونه می‌توان مدعی شد که کودک تا هفت سال نزد مادر بماند و به او هر لحاظ وابستگی پیدا کند و بعد او را جدا کرده و به پدر واگذار کنند و در این حالت به او لطمه و ضربه‌های روحی وارد نیاید؟

اعطای حضانت به مادر مطلقاً (در مورد پسر و دختر) از هر لحاظ شایسته‌تر و مناسب‌تر است. چنان‌که امروزه می‌بینیم مری مهد کودک‌ها را زنان تشکیل می‌دهند و به خوبی از عهده‌ی وظیفه‌ی خود بر می‌آیند. پس ما نمی‌توانیم نظریه فوق را هم بپذیریم و با شرحی که بیان شد از درجه اعتبار می‌افتد.

عده‌ی دیگری از فقها نظرهای متعددی دارند و در باب حضانت مادر را نیز شایسته می‌دانند:

۱- تعدادی از این فقها معتقدند مادر تا هفت سالگی از هر کس در تربیت کودک سزاوارتر است. مستند این نظریه، دو روایت است که ذکر می‌گردد.

روایت اول: ایوب بن نوح می‌گوید: «شخصی از اصحاب به امام (ع) نوشت: «من همسری داشتم که از او صاحب فرزند هستم و او را طلاق داده‌ام.» امام (ع)

نوشته‌اند: «زن در نگهداری فرزند تا هفت سالگی سزاوارتر است.»

روایت دوم: ایوب بن نوح و بشر بن بشار به امام هادی می‌نویسند: «مردی با زنی ازدواج کرده و صاحب فرزند شده است و سپس از او جدا شده، چه زمانی می‌تواند بچه را از او بگیرد؟» حضرت فرمودند: «زمانی که فرزند هفت ساله بشود اگر بخواهد می‌تواند او را بگیرد.»

۲- عده‌ای دیگر معتقدند که مادر تا زمانی که ازدواج نکرده از هر کس شایسته‌تر است و در تبیین نظریه خود روایت‌های زیر را بیان می‌کنند:

الف - روایت مرسله منقوی: از امام صادق (ع) در مورد مردی که زنش را طلاق داده است و فرزندی دارند، پرسش شد که کدام یک نسبت به فرزند سزاوارتر است؟ حضرت فرمود: «مادر، تا هنگامی که ازدواج نکرده است.»

ب - حدیث نبوی: مادر تا زمانی که ازدواج نکرده در تربیت و نگهداری کودک خویش سزاوارتر است.

اکنون در بیانی قوی‌تر، به ذکر روایاتی می‌پردازیم که مادر را به طور مطلق سزاوارتر می‌دانند (در مورد پسر و دختر):

الف - حدیث نبوی: کسی که بین فرزند و مادرش جدایی بیندازد، خداوند بین او و دوستانش روز قیامت جدایی می‌اندازد.

ب - از حضرت علی (ع) در تفسیر کلمه «الرحمن» نقل شده است که فرمود: «از نشانه‌های رحمت خداوند این است که چون قدرت حرکت و تغذیه را از کودک گرفته، آن نیرو را در مادر قرار داده و او را نسبت به فرزند مهربان کرده است تا به تربیت و نگهداری او بپردازد. پس اگر مادر سنگدل شد، تربیت و نگهداری کودک بر دیگر مؤمنان واجب است.»

فقهای اهل سنت حضانت را به طور کلی حق مادر دانسته، او را شایسته‌تر می‌دانند. و علاوه بر روایاتی که مستند نظر ایشان است می‌گویند مهربانی و دلسوزی مادر به کودک بیش‌تر است.

فقهای مذهب مالکی معتقدند حضانت مادر در مورد پسر تا زمان بلوغ و نسبت به دختر تا زمانی است که ازدواج نماید. فقهای مذهب شافعی نیز معتقدند حضانت مدت معینی ندارد بلکه طفل باید نزد مادرش بماند تا زمانی که قدرت تمیز و انتخاب پیدا کند.

بنابراین در بررسی فقهی که در باب حضانت صورت گرفت، روشن شد که اصل در امر حضانت، حق مادر است و خارج شدن از این اصل به دلیل قطعی و محکمی نیازمند است و ملاحظه شد که در روایات ذکر شده دلایل متقن و محکمی که این اصل را خدشه‌دار کند، موجود نیست.

● از امام صادق (ع) در مورد
کس زنش را طلاق داده اند
فرزندى دارند، پرسش شد که
یک نسبت به فرزند سزاوار
است؟ حضرت فرمود: مادر
هنگامی که ازدواج نکرده است.

در صورت تمایل با خود برده و در همان روز به مادرش
تسلیم کند»^۲

نمونه دوم: در رأی دیگر در مورد پدری که زوجه
خود را طلاق داده و با زن دیگری ازدواج کرده و فرزند
نزد پدر مانده و بعد پدر، زن دیگری گرفته بود، مادر
فرزند درخواست انتقال حضانت را به خود کرده بود،
چنین آمده است: زن جدید (همسر دوم مرد) موافقت
در پذیرش طفل در خانواده و مواظبت و حراست از وی
دارد. لیکن تحقیقات این موافقت را تأیید نکرده است.
زیرا مواظبتی که می‌بایست از پسر سه ساله شود و
مراقبت‌های مستمری که چنین طفلی نیاز دارد (جدا
از محبت و احساس عاطفی شدید) در همسر جدید
پدر دیده نشده و سبب آن نداشتن انگیزه‌ی عاطفی در
خانواده پدر است. با رقت احساسی که در مادر طفل
است و با توجه به روحیات و عاطفه‌ی او و نیز موقعیت
خانواده مادر (وجود مادر بزرگ در منزل) حضانت و
مواظبت از طفل در نزد مادر تأمین بیش‌تری برای وی
ایجاد می‌نماید. بنابراین حضانت طفل از مادر سلب و
بدون اخذ هزینه (با توجه به تعهد مادر) به وی محول
می‌شود»^۴

همان‌طور که ملاحظه شد در آرای مذکور که
براساس قانون حمایت خانواده صادر شده بود،
مصلحت کودک مهم‌ترین عامل تصمیم‌گیری درباره
وضعیت او بود. ولی متأسفانه از آنجایی که در حال
حاضر مواد قانون حمایت خانواده فقط در آنجایی که
صراحتاً یا ضمناً موضوعی از مفاد قانون مدنی را نسخ
نکرده باشد قابل استناد است، ناچاراً این قسمت از
مواد قانون حمایت خانواده در باب حضانت قابلیت
اجرائی ندارد و دادگاه‌ها مجبورند از مفاد ماده‌ی ۱۱۶۹
قانون مدنی تبعیت کنند.

امید است قوانین در جهت اصلاح شود که
مصلحت کودک را تأمین کند و اشکال‌های موجود
مرتفع شود.

● ج - بررسی موضوع از دیدگاه روان‌شناسی: رشد روانی و اجتماعی کودک از

همان سنین طفولیت آغاز می‌شود و اگر با مانعی روبه‌رو
نشود به موازات رشد جسمی به سوی کمال می‌رود.
احساس امنیت و اطمینان خاطر از نیازهای اساسی
است که اگر در دوران کودکی و نوجوانی تأمین و برقرار
شود، پایه رشد مطلوب و سلامت تن و روان گذارده
می‌شود.

«کودک بیش از هر چیز به عشق و محبت نیاز دارد
و این احتیاج بالاتر از هر رضایت خاطر برای طفل
است»^۵ و خانواده، تنها محل و مأمن آرامش و محبت و
تأمین‌کننده‌ی نیازهای طفل است. اما در جایی که
اساس و شالوده‌ی خانواده متزلزل می‌شود و مهر و
محبت و گرمی از آن رخت برمی‌بندد بر پیکره خانواده
ضربه جبران‌ناپذیری وارد می‌شود که آثار آن در
فرزندان نمایان‌تر است.

در این موقعیت رعایت هرچه بیش‌تر مصلحت

● ب - بررسی موضوع از دیدگاه قانونی: در این جا به مقایسه قانون مدنی و مواد

قانون حمایت خانواده می‌پردازیم. در قانون مدنی
اولویت در امر حضانت فرزند پسر تا دو سالگی و در
مورد فرزند دختر تا هفت سالگی برای مادر شناخته
شده است اما در قانون حمایت خانواده از همان ابتدا
مسئله اولویت را منتفی دانسته بلکه مقرر داشته که
این مسئله با توافق والدین و تصمیم دادگاه حل
می‌شود.

ماده‌ی ۱۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۲
مقرر می‌دارد: «در کلیه مواردی که گواهی عدم امکان
سازش صادر می‌شود، دادگاه ترتیب نگاهداری اطفال و
میزان نفقه ایام عده را با توجه به وضع اخلاقی و مالی
طرفین و مصلحت اطفال معین می‌کند و اگر قرار شود
فرزندان نزد مادر یا شخص دیگری بمانند، ترتیب
نگاهداری و میزان هزینه آنان را مشخص می‌نماید».

ماده‌ی ۱۳ قانون فوق‌الذکر نیز می‌گوید: «در هر
مورد بر حسب اعلام یکی از والدین یا اقربای طفل یا
دادستان یا اشخاص دیگر تشخیص داده شود که تغییر
در وضع حضانت طفل ضرورت دارد و یا به طریق
اطمینان بخشی ترتیب نگاهداری و حضانت طفل داده
نشده باشد دادگاه پس از رسیدگی، حضانت طفل را به
هر کسی که مقتضی بداند محول می‌کند».

بنابراین طبق دو ماده‌ی مذکور، پس از وقوع طلاق
حضانت به دو طریق امکان‌پذیر است:

- ۱- ترتیب رضایت بخشی که والدین پیشنهاد می‌کنند.
- ۲- در غیر وجود چنین پیشنهادی دادگاه رأساً تصمیم
می‌گیرد.

پس ملاحظه می‌شود که در این موارد قانون
حمایت خانواده مصلحت کودک را بر همه چیز مقدم
دانسته و او را به کسی که شایسته‌تر است می‌سپارد.

رویه‌ی دادگاه‌ها نیز این گونه بود که الزامی به
رعایت ترتیب مندرج در قانون مدنی نمی‌دیدند و اغلب
اوقات خلاف آن عمل می‌شد یعنی در صورت توافق
والدین یا تصمیم دادگاه حضانت پسران بیش‌تر از دو
سال یا دختران بیش‌تر از هفت سال به مادر داده
می‌شد در این جا نمونه‌هایی ذکر می‌شود:

نمونه اول: دادگاه در مورد مردی که دارای دو
همسر بوده و از همسر اول دارای شش فرزند و از همسر
دوم صاحب یک فرزند بود و همسر دوم خود را طلاق
داده بود چنین حکم داد:

«حضانت فرزند زوجین (یک پسر پنج ساله) از
جهت این‌که از بدو تولد نزد مادر بوده و این که زوج،
عیال و فرزندان دیگری نیز دارد و مصلحت نیست که
طفل از مادر گرفته، به پدر سپرده شود و پدر طفل نیز
اظهار داشته که در مورد حضانت و هزینه طفل تابع
تصمیم دادگاه می‌باشد، بنابراین حضانت طفل به مادر
محول می‌شود و پدر مکلف است کماکان ماهیانه
مبلغی بابت هزینه‌ی طفل به مادر پرداخت کند و
می‌تواند هفته‌ای یک‌بار در روز جمعه طفل را ملاقات و

مواظبت و انحرافات اخلاقی را در موارد ذیل برشمرده است:

- ۱- اعتیاد زیان آور به الکل، مواد مخدر و قمار.
 - ۲- اشتها به فساد اخلاق و فحشا.
 - ۳- ابتلای به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی.
 - ۴- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مثل فساد و فحشا، تکدی‌گری و قاچاق.
 - ۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.
- هرچند موارد مذکور اطلاق ماده‌ی ۱۱۶۹ قانون مدنی را ساقط می‌کند ولی در هر حال امید است که گام‌های اساسی‌تری در جهت اصلاح قوانین مربوط به امر حضانت برداشته شود. □

پانویس:

- ۱- فرهنگ عمید
- ۲- گفت‌وگو با آیت‌الله سرعشی در باب «تعریف از حضانت» ص ۴۳، مجله حقوق و اجتماع، شماره ۸، خرداد و تیر ۱۳۷۷.

تمام روایت‌های مذکور از حائری ابراهیمی، «حق سرپرستی و نگهداری کودک» ص ۱۵۶ - ۱۵۲ - مجله فقه، شماره ۱۵ و ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۷۷.

- ۳- سید جواد مدبرنیا، حقوق کودک ص ۱۱۰.
- ۴- همان منبع، ص ۱۱۱.

- ۵- مرحوم دکتر مهدی کی‌نیا، روان‌شناس کودک، ص ۴۶ از مجله دادرسی شماره ۱۲، سال دوم، بهمن و اسفند ۷۷.
- ۶- کودکان فراموش شده «گروه اجتماع روزنامه همشهری» ص ۹۹، شهریار آریاشمس مستوفی، بهار ۱۳۷۶.
- ۷- «پدر بی صلاحیت» ص ۱۱، مجله حقوق و اجتماع، شماره ۳، سال اول.

- ۸- همان منبع.
- ۹- تحریر الوسیله، جلد دوم، مسأله ۱۷.

منابع:

- ۱- حضانت فرزندان پس از طلاق در حقوق ایران: نادر خاوندگار (پایان نامه تحصیلی ۷۵ - ۷۴).
- ۲- حضانت در حقوق اسلام و ایران: فرحناز اویسی (پایان نامه تحصیلی - ۷۰ - ۶۹).
- ۳- حقوق کودک: سید جواد مریدنیا.
- ۴- حقوق کودک: شبیرین عبادی، تهران: روشنگران ۱۳۷۱.
- ۵- حقوق کودک: علی اصغر فراسیون.
- ۶- کودکان، سرپرستی: علی قائمی.
- ۷- مجله فقه، شماره ۱۵ و ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۷۷، مقاله «حق سرپرستی و نگهداری کودک» حائری ابراهیمی.

- ۸- مجله دادرسی، شماره ۱۲، بهمن و اسفند ۱۳۷۷، «روان‌شناسی کودک» مرحوم دکتر مهدی کی‌نیا.

- ۹- روزنامه اطلاعات، ۲۶ آذر ماه ۱۳۷۷، «حضانت و ملاقات طفل» ابوذر اخگر.

- ۱۰- روزنامه اطلاعات، ۱۶ بهمن ماه ۱۳۷۶، «پایان حضانت» علی رادان جلیلی.

- ۱۱- مجله دادرسی، شماره ۴، شهریور و مهرماه ۷۶، «حضانت تا هفت سالگی مطلقاً با مادر است» آیت‌الله محمدحادی معرفت.
- ۱۲- جواهرالکلام، جلد نکاح، قسمت حضانت.
- ۱۳- مجله حقوق و اجتماع، شماره‌های ۳ و ۸.



نمونه‌ی دیگر دختر بچه‌ی نه ساله‌ای بود که به یکی از قضات دادگاه تهران پناه آورده بود می‌گفت چهارسال پیش پدر و مادرم جدا شدند و من پیش مادر ماندم وقتی هفت ساله شدم پدرم به دستور دادگاه مرا از مادرم جدا کرد و با خود به روستایی در آمل برد. در آن جا مرا به عمه‌ام سپرد و بعد خودش به تهران برگشت. چند ماه پیش عمه‌ام مرد و من بی‌سرپرست ماندم. مدتی در خانه دیگران ماندم و بعد با کمک همسایه‌ها به تهران آمدم تا مادرم را پیدا کنم حالا پدرم دوباره به سراغم آمده و می‌خواهد مرا از مادرم جدا کند.^۸

نتیجه‌ی بحث:

از جمع بندی مطالب چنین بر می‌آید که هر چند طبق قانون، حضانت طفل در زمان جدایی والدین (یا توجه به ترتیب سنی کودک) بر عهده‌ی هر دو ولی است اما رعایت مصلحت کودک ایجاب می‌کند که در انجام تکلیف حضانت مادر را سزاوارتر و شایسته‌تر بدانیم. بنابراین نمی‌توان مدعی شد که صلاحیت انجام امر حضانت در مورد مادر فقط تا دوسالگی برای پسر و تا هفت سالگی برای دختر است و بعد از آن نمی‌تواند این حق را اعمال کند. از طرف دیگر مدت تعیین شده خصوصاً در مورد پسر بسیار کوتاه است و جدا کردن

فرزند از مادر در این سن بسیار ناگوار است.

نگاهی اجمالی به سیر قانونگذاری در امر حضانت نشان دهنده‌ی بارقه‌های امید در جهت اصلاح ماده‌ی ۱۱۶۹ قانون مدنی است و مؤید این معناست که ماده‌ی مذکور مطلق نیست و در موارد زیر ساقط می‌شود:

۱- در صورت ایجاد عسر و حرج:

الف، سخن‌گوی شورای عالی قضایی در تاریخ ۶۲/۹/۱۰ بخشنامه‌ای صادر کرده بود که در صورتی که دوران حضانت مادر پایان یافته ولی جدایی مادر از فرزند باعث عسر و حرج و طاقت‌فرسا باشد، جلوی این کار گرفته شود.

ب، سوآلی نیز در این باب از حضرت امام (قدس سره) پرسیده شد: اگر جدا کردن فرزند از مادر پس از دو سال نسبت به پسر و هفت سال نسبت به دختر موجب مشقت غیر قابل تحمل برای او شود، آیا در این حالت هم دادگاه مادر را به تحویل دادن طفل به پدر ملزم می‌کند یا نه؟ حضرت امام در پاسخ فرمودند: «در این صورت پدر نباید فرزند را از مادر جدا کند»^۹

۲- اجرای ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی:

ماده‌ی مذکور مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحرافات اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا تقاضای مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند».

با توجه به آن که ماده مذکور به طور کلی بیان شده بود. قانون‌گذار برای حل این مشکل مصادیق عدم