

جایگاه مصلحت در اولویت حضانت مادر^۱

زهرة کاظمی^۲

چکیده

بررسی جایگاه اصل مصلحت و تأثیر آن در تشریح، به ویژه در حوزه روابط انسانی، مثل خانواده، امری است که نتیجه ارزش مندی برجای می‌گذارد. الگوی کلی قانونگذاری در اسلام، حرکت بر مبنای مصالح با هدف اصلاح جامعه و پیشگیری از افساد بوده است. این پژوهش در صدد است که تأثیر مصلحت‌اندیشی را در حضانت به عنوان یکی از مهم‌ترین و حساس‌ترین قوانین خانواده که تأثیر مستقیم در انسان‌سازی و پرورش نسل بشر دارد، مورد بررسی قرار دهد. بررسی مصلحت و جایگاه آن در شریعت و سپس بیان نظرات فقهی در خصوص اولویت مادر یا پدر در حضانت فرزندان (اعم از دختر و پسر) به خصوص زمانی که در این قضیه دچار اختلاف نظر شوند، نشان می‌دهد که مبنای روایات مورد استناد فقها، حفظ مصلحت کودک و توجه به نیازهای اوست و می‌توان با جمع‌بندی روایات، تداوم حضانت مادر را تا زمان بلوغ فرزندان در شرایط اجتماعی حاضر مشروط به صلاحیت مادر استنتاج کرد که موافق با نظر برخی از فقها در اولویت مادر در حضانت فرزند تا بلوغ است.

واژگان کلیدی

حضانت، مصلحت، نگهداری کودک، اولویت حضانت مادر، سن حضانت

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۳/۳/۲۰؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۳/۸/۱۶

zkazemea@yahoo.com

۲- دکتری مطالعات زنان از دانشگاه تربیت مدرس

مقدمه

مصلحت به معنای نیکی است، یعنی آنچه موجب آسایش و سود باشد. مصالح معاش و معاد به معنی چیزهایی است که خیر و مصلحت دنیا و آخرت با آن توأم است (دهخدا، ۱۳۲۵، ج ۱۲، ص ۱۸۵۴). در منابع دینی، از مصالح و مفاصد با مفاهیمی هم‌چون خیر و شر، نفع و ضرر، حسنات و سیئات نیز یاد شده است. تقابل بین دو مفهوم اصلاح و افساد چندین مورد در قرآن کریم آمده است^۱. همچنین واژه حسنات برای مصالح و سیئات برای مفاصد نیز به کار رفته است (عبدالسلام، ۱۹۸۶م، ج ۱، ص ۵).

مصلحت در اصطلاح علمای دین اسلام، شامل منافعی است که شارع حکیم برای بندگانش لحاظ نموده است که با مقاصد انسان در امور دنیوی یا اخروی و یا هر دو، موافق بوده و نتیجه آن به دست آوردن منفعت یا دفع ضرر است (حلی، بی‌تا، ص ۲۲۱). این منافع به ترتیب عبارتند از: حفظ دین، جان، عقل، نسل و اموال. منفعت نیز شامل لذت یا وسیله آن و برطرف کردن آلام یا وسیله رفع آلام است (بوطی، ۱۴۱۲هـ ص ۲۷). فقها در جستجوی مصلحت انسان و اجتماع در چارچوب داده‌های وحیانی با محوریت نصوص هستند (افتخاری، ۱۳۸۴، ص ۱۴). تعاریف ارائه شده برای مفهوم مصلحت، همگی حول یک محور قرار دارند و آن هم مفهوم منفعت است. منفعت در این جا هم معنای ایجابی کسب نفع و هم معنای سلبی دفع مفاصد و ضررها را دارد. این نوع نگرش به مصلحت بر محوریت شریعت و عقلانیت شرعی، با نگرش بر محور عقل مستقل بشری، از اساس متفاوت است. مصالح و مفاصد، عبارت از چیزی است که بود و نبود حکم شرعی بدان بستگی دارد و از آن به «مناطات احکام»، «ملاکات احکام» یا «علل و مقتضیات احکام» یاد می‌شود. علمای علم اصول، اعم از شیعه و اهل سنت، بنیاد مشروعیت تکلیف و احکام فقهی را مبتنی بر اصل مصلحت دانسته‌اند (حلی، ۱۴۰۱هـ ص ۴۳۷). تکلیف بندگان از آن جهت نیکوست که مشتمل بر مصالحی است که بدون تحمیل تکلیف

۱- وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ؛ «خدا تباهاکار را از درست‌کار باز می‌شناسد» (بقره، ۲۲۰). وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا؛ «و در زمین پس از اصلاح آن فساد مکنید» (اعراف، ۵۶)؛ إِنَّ اللَّهَ لَا يُصْلِحُ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ؛ «خدا کار مفسدان را تأیید نمی‌کند» (یونس، ۸۱).

حاصل نمی شود. فقها به تأثیر مصالح و مفسد در تشریح احکام فقهی اذعان کرده‌اند. در یکی از نظرات فقهی، نخستین مرحله از مراحل چهارگانه تشریح احکام فقهی، مرحله اقتضا و وجود مصالح و مفسد به شمار رفته است (خراسانی، بی تا، ص ۲۷۷). به این معنا که انشای حکم و سپس فعلیت و تنجز آن، مبتنی بر وجود مصلحت و مفسده است، به گونه‌ای که با فرض انتفا مصالح و مفسد، مراحل بعدی فاقد وجاهت شرعی است. پیش از تعلق حکم شارع، افعال و اشیا دارای مصالح و مفسد هستند و این امر، موجب جعل حکم مناسب با آن شده است. در این رابطه به آیات^۱، روایات^۲ و عقل^۳ استدلال شده است که فلسفه احکام شرعی را مصالح و مفسدی می‌داند که در افعال وجود دارند. بنابراین، حکم بدون ملاک، جعل نمی‌گردد. اما

۱- از جمله آیاتی که ملاک حکم در آن‌ها ذکر شده است می‌توان به این موارد اشاره کرد: «وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي» «و به یاد من نماز برپا دار» (طه، ۱۴). «وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ» «و نماز را برپا دار که نماز از کار زشت و ناپسند باز می‌دارد» (طه، ۱۴). «كَيْبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ ... لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» «ای کسانی که ایمان آورده‌اید روزه بر شما مقرر شده است ... باشد که پرهیزگاری کنید» (بقره، ۱۸۳). «وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا» «و به زنا نزدیک مشوید چرا که آن همواره زشت و بد راهی است» (اسراء، ۳۲). «سْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ» «چون خدا و پیامبر شما را به چیزی فرا خواندند که به شما حیات می‌بخشد آنان را اجابت کنید» (انفال، ۲۴).

۲- روایت منقول از نبی اکرم ﷺ «ای مردم، شما را از هر آنچه به بهشت نزدیک و از جهنم دور می‌سازد، امر کردم و از هر آنچه که شما را به آتش جهنم نزدیک و از بهشت دور می‌سازد نهی کردم» (حرعاملی، ۱۳۸۱ هـ ج ۱۷، ص ۴۵). محقق نائینی معتقد است این حدیث شریف، صراحت دارد که احکام شرعی از مصالح و مفسد در متعلقات افعال سرچشمه می‌گیرد (نائینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۷-۲۸). از امام باقر علیه السلام: خداوند که انسان‌ها را آفرید، نسبت به نیازهای ضروری بدن او و آنچه که برای او نفع و مصلحت دارد آگاه بوده است، در نتیجه آنها را بر وی مباح و حلال کرد و نسبت به آنچه که باعث ضرر و زیان اوست نیز آگاه بوده، در نتیجه آنها را بر وی حرام ساخته است (صدوق، ۱۴۰۸ هـ ج ۲، ص ۱۹۶). در این حدیث به وضوح احکام شرعی تابع مصالح و مفسد در افعال دانسته شده است.

در روایت دیگری آمده است: «هر چیزی که برای مردم جنبه غذایی داشته باشد و ادامه زندگی مردم به آن وابسته باشد و در جهات صلاح مردم باشد؛ از خوراکی، آشامیدنی، نکاح، آنچه که تملک می‌کنند و همه منافعی که به‌کار می‌گیرند و قوامشان وابسته به آن است و هر چیزی که به جهتی از جهات، دارای مصلحت باشد، خرید و فروش، نگهداری، استفاده، هبه و عاریه دادن آن‌ها حلال است. اما هر چیزی که مشتمل بر فساد بوده و مورد نهی شارع باشد، چه از جهت خوردن، آشامیدن، کسب و تجارت، نکاح، تملک، نگهداری، هبه، عاریه و هر چیزی که در آن، جهتی از جهات فساد باشد، همه این‌ها حرام و ممنوع است» (بحرانی، ۱۴۰۰ هـ ص ۳۳۱).

۳- مطابق عقل، حکم به حرمت، حلیت، طهارت، نجاست، صحت و بطلان عمل به خاطر مصالح و مفسدی است که در آن افعال موجود است وگرنه لازمه آن لغویت یا ترجیح بلامرجح است که صدور آن از خداوند حکیم، شایسته و معقول نیست. باید متعلق امر و نهی خداوند، مقتضی امر و نهی را داشته باشد و اگر چنین نباشد جعل وجوب، ترجیحی بر استحباب و جعل حرمت، ترجیحی بر وجوب یا استحباب نخواهد داشت (شریعت، ۱۳۸۰، ص ۱۳۵).

نباید تصور نمود که هر جا مصلحت و مفسده‌ای در کار بود، باید حکم شرعی فعلی جعل گردد؛ چه بسا مصلحت اهمی اقتضا کند که خداوند مدتی از جعل حکم صرف نظر نماید. چنان که مصلحت در صدر اسلام اقتضا می‌کرد با بودن مصلحت یا مفسده در پاره‌ای از افعال، شارع مقدس جعل احکام را به تأخیر بیندازد تا این‌که هر حکمی را در موعد زمانی و مکانی خاص و مناسب بیان نماید و یا مصلحت تسهیل بر بندگان موجب می‌شود که شارع در برخی موارد از احکام الزامی صرف‌نظر کند و مردم را در حالت رخصت باقی بگذارد.^۱

بدین ترتیب، مشروعیت تمام احکام فقهی و وضع و تقنین در حوزه‌های روابط انسانی از جمله احکام مربوط به خانواده باید مبتنی بر اصل مصلحت باشد. از آنجایی که اسلام برای نیازهای ثابت، قوانین ثابت و برای نیازهای متغیر، وضع متغیر در نظر گرفته است (مطهری، ۱۳۶۲، ص ۹۲)، باب تبدل احکام فقهی و بازنگری در تقنین در احکام اختلافی و غیرمنصوص بسته نیست. در مواردی با اعتماد بر نصوص شرعی یا قرائن قطعی، علت و ملاک حکم به دست می‌آید و در صورت احراز عدم جریان این ملاک یا حاکمیت ملاکی دیگر می‌توان نوعی بازنگری در برخی احکام شرعی اعمال کرد. احکام در گرو مصلحت‌ها هستند و مصلحت‌ها نیز در اثر تغییر زمان و اختلاف مکلفان قابلیت تغییر دارند (طی، ۱۴۱۵هـ ص ۳۵۸).

علاوه بر مصلحت، اصل سماحت یا مصلحت تسهیل، نه تنها از اصول بنیادین و راهبردی در اعتبار شرعی امارات است، بلکه بر کلیت ساختار فقه حاکم است (خویی، ۱۴۱۷هـ ج ۲، ص ۹۸). اگر تصور شود که شارع حکیم، مصلحت تسهیل را بر مصلحت احکام واقعی مقدم بدارد، قبیح به نظر نمی‌رسد. توجه به مصلحت تسهیل در قانونگذاری مورد تأکید است، به گونه‌ای که قانونگذاری مطلوب برآیندی از مصالح و مفاسد واقعی زندگی انسان است. چه بسا تصویب یک قانون موجب پیدایش هرج و مرج یا زمینه‌ساز برخی امراض

۱- به عنوان مثال می‌توان به این روایات اشاره نمود: پیامبر اکرم ﷺ می‌فرماید: «ان الله سکت عن اشیاء لم یسکت عنها نسیاناً لها فلا تتکفوها رحمه من الله لکم» (نهج‌البلاغه، حکمت ۱۰۲). همانا خداوند در مواردی از بیان تکلیف سکوت نمود، اما این سکوت از روی فراموشی نبوده، بلکه از روی لطف و رحمت بوده، پس خود را به تکلف و سختی نیندازید. امام صادق ﷺ می‌فرماید: «ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم» (صدوق، ۱۳۴۶هـ ص ۴۱۳). آنچه که خداوند از بندگان مخفی و محجوب نگه داشته از آن‌ها برداشته شده است.

روحي و رواني يا جسمي گردد. چه بسا يك قانون موجب تربيت نامناسب يا بي‌عاطفگي كودكان شود يا موجب گردد افراد فاقد احساسات پرورش يابند. همه اين‌ها عواملی است واقعي كه در عالم خارج از ذهن تحقق پيدا مي‌كنند (مصباح يزدي، ۱۳۸۱، ص ۵۷). بدین ترتیب، همه تكالیف و قوانینی كه متعلق آن‌ها دارای مصلحت یا مفسده است، در صورت عسرو حرج، الزام آن برداشته می‌شود.

از این رو، ولی امر مسلمین می‌تواند در حوزه احكام شرعی - از جمله احكام مربوط به خانواده - احكام حكومتي صادر نماید. بلكه می‌تواند در صورت اقتضای مصلحت اهم و اقوا، به نوعی در احكام شرعی بازنگری نماید. به تعبیر واضح‌تر می‌تواند جهت تأمین مصلحت اهم احكامی را صادر نماید كه با احكام اولیه شرعی همخوانی ندارد. در حدیثی آمده است كه حضرت علی (ع) «زن مرتدی» را به قتل محكوم كرد؛ در حالی كه چنین حكمی با احكام اولیه سازگاری ندارد؛ زیرا فقها به اتفاق، حكم زن مرتد را حبس دانسته‌اند؛ به همین دلیل، شیخ طوسی با نقل این حدیث، گمان می‌برد كه حضرت علی (ع) قتل زن مرتد را به مصلحت دانسته باشد (طوسی، ۱۳۶۵، ص ۱۴۳).

پژوهش حاضر تلاش دارد به تبیین جایگاه اصل مصلحت در خصوص اولویت حضانت كودك بپردازد. سؤال اساسی این است كه آیا می‌توان با تکیه بر مصلحت‌اندیشی و با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مكان، به نوعی بازنگری در قوانین حضانت كودكان دست زد و به نظر فقهی دست یافت كه با اصل حفظ مصلحت كودك سازگارتر باشد؟ در خصوص زمان پایان حضانت مادر، کدام يك از آرای فقهی به مصلحت طفل نزدیک‌تر است؟ بنابراین در پی دست‌یابی به نظری هم‌سو با مقتضیات عصر حاضر و اصل مصلحت، به بررسی آرای فقها درباره حضانت همت گماشته و مبنای فقهی ماده ۱۱۶۸ و ۱۱۶۹ قانون مدنی را به دست آورده و به تبیین اقتضای مصلحت در مورد پایان حق حضانت مادر نسبت به طفل در فرض متاركه زوجین پرداخته‌ایم.

آرا فقها

به طور طبیعی، كودك از زمان تولد به كسی احتیاج دارد كه به تربیت، نگهداری و پرورش

وی همت گمارد. مهم‌ترین حکمت حضانت را باید حمایت از طفل با رعایت مصلحت او دانست. مصلحت طفل اقتضا دارد که والدین با کمک هم به پرورش و تربیت کودک بپردازند. والدین درباره نگهداری کودک با توجه به سن او و شرایط خانواده آنچه که به مصلحت کودک باشد، اعمال می‌کنند، مثلاً در دوران شیرخوارگی، معمولاً مادر وظیفه به مراتب بیشتری نسبت به پدر برعهده می‌گیرد. در روایتی از امام صادق علیه السلام به اشتراک ابویین در حضانت و وظیفه هر دوی آنان در نگهداری از فرزند با توجه به مصلحت کودک، اشاره شده است.^۱ اختلاف فقهای امامی در دادن حق حضانت به یکی از والدین پس از متارکه است، یعنی زمانی که والدین به توافق نظری با توجه به بررسی شرایط خود و مصلحت فرزند دست نیافته باشند. این اختلاف نظر برآمده از اختلاف فقها در درک مصلحتی است که در ورای احادیث متعدد با مضامین مختلف درباره تربیت کودک و حق حضانت به دست می‌آید.

همه فقها به اتفاق با درک مصلحت شیرخوار، به اولویت مادر در نگهداری از او به طور مطلق، پسر یا دختر، اذعان کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۲هـ.ج، ۱۰، ص ۵۲۲؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۲۸۶)، اما درباره دوران پس از شیرخوارگی اختلاف نظر وجود دارد. در برخی روایات، مادر تا زمانی که ازدواج نکرده به طور مطلق احق است و در برخی دیگر تا هفت سالگی اولویت دارد. روایاتی نیز مادر را تا نه سالگی احق دانسته‌اند. در همه روایات تفاوتی بین دختر و پسر نیست (جبعی عاملی، ۱۳۱۴هـ.ج، ۱، ص ۴۲۲-۴۲۳):

۱- اولویت مادر در حضانت فرزند تا رسیدن او به بلوغ

مبنای حضانت اعمال مهربانی، شفقت، نگهداری و تربیت نیکوست که با توجه به شایستگی بیشتر زن مصلحت کودک ایجاب می‌کند که مادر در این زمینه اولویت داشته باشد (زیدان، ۱۴۰۲هـ.ص ۴۵۰). شایستگی مادر تا پیش از ازدواج مجدد از آن روست که

۱- و مادران، فرزندانشان را شیر دهند، تا زمانی که فرزند در شیرخوارگی است، پس (حضانت) او بین والدین مساوی است، و اگر از شیر گرفته شد پدر از مادر نسبت به فرزند احق است (جرعاعلی، ۱۳۸۱هـ.ج، ۱۵، ص ۱۹۱؛ حلی، ۱۴۰۷هـ.ج، ۳، ص ۴۲۳).

مهربانی و شفقت زن بیشتر است و خلقت زن به گونه‌ای است که مہیای پرورش و نگهداری کودک است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ.ج، ص ۴۲۱). به نظر ابن‌جنید، از فقهای هم‌دوره شیخ صدوق، حق حضانت مادر نسبت به فرزند پسر، تا هفت سالگی ادامه دارد و پس از آن نیز اگر رشد عقلی پیدا نکرد، همچنان در حضانت مادرش باقی است، ولی نسبت به دختر، تا مادرش شوهر نکرده، حق حضانت وی ادامه خواهد داشت. به نظر شیخ صدوق، حق حضانت به طور مطلق تا زمانی که مادر، شوهر نکرده، با اوست (صدوق، ۱۳۶۵، ج ۲، باب ۱۲۷، ص ۲۷۵). استناد او به روایتی از امام صادق علیه السلام است.^۱

۲- اولویت مادر در حضانت تا هفت سالگی و اولویت پدر پس از آن

تا هفت سالگی زمان پرورش جسمی و بازی کودک است و مادران در این دوره نسبت به حضانت کودکان محق‌ترند. علاوه بر روایات باب حضانت، احادیثی که درباره تربیت کودک روایت شده‌اند^۲، مرحله پرورش کودک را از مرحله ادب آموزی مجزا کرده‌اند. جز این نیست که پرورش کودک حق مادر و ادب نمودن او حق پدر است (فیض‌کاشانی، ۱۴۰۶هـ.ج، ص ۱۳۷-۱۳۷). این فقها روایاتی را که حضانت مادر را تا سن هفت سالگی فرزند محدود کرده‌اند، ترجیح داده‌اند؛ زیرا این روایات بیشتر و مشهورترند (جبعی عاملی، ۱۳۱۴هـ.ج، ص ۴۲۲-۴۲۳؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۹-۹۰؛ خویی، ۱۴۱۰هـ.ج، ص ۲۱۵). نیاز به تربیت و سرپرستی عاطفی تا هفت سالگی و نیاز به تربیت عقلانی پس از ورود کودک به سن تمییز پررنگ‌تر است. بهترین شکل سرپرستی وجود مکمل پدر و مادر برای پوشش دادن تربیت عقلانی و عاطفی است. شارع مقدس نیز اولویت حضانت تا ۷ سالگی (که نیازمندی به سرپرستی عاطفی مادر قوی‌تر است، بر عهده مادر قرار داده است. باید توجه داشت که در

۱- از امام صادق علیه السلام سؤال کردم؟ که اگر مردی همسرش را طلاق دهد و دارای فرزند نیز باشند، کدام یک حق حضانت دارد؟ امام فرمودند: تا زمانی که زن، شوهر نکرده، مقدم بر پدر است.

۲- «دَعُوْا يَلْعَبُ سَبْعًا وَّ الزَّمِمْ نَفْسَكَ سَبْعًا» (حرعاملی، ۱۳۸۱هـ.ج، ص ۴۷۲، باب ۸۲). در این روایت آمده است که فرزندان را هفت سال رها کن تا بازی کند و هفت سال او را با خودت همراه ساز. در روایت دیگر گفته شده است که هفت سال او را پرورش بده و هفت سال او را ادب کن.

هر صورت هزینه‌های حضانت و سرپرستی کودک بر عهده پدر است.

۳- اولویت مادر در حضانت پسر تا پایان شیرخوارگی و در حضانت

دختر تا هفت سالگی و اولویت پدر پس از آن

بیشتر فقهای امامی، در بحث از احکام اولاد، مادر را در دوران شیرخوارگی کودک بر حضانت اولویت داده‌اند تا فرزند از شیرگرفته شود، البته در صورتی که اجرتی بیش از دیگران مطالبه نکند و ازدواج نکرده باشد. در مورد دختر این حق اولویت تا رسیدن دختر به هفت سالگی ادامه می‌یابد و پس از آن پدر احق از مادر است (حرعاملی، ۱۳۸۱ هـ.ج ۱، ص ۱۹۰؛ نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۲۹۰-۲۹۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۲۱۲-۲۱۳). این فقها میان احادیثی که حضانت را تا هفت سالگی به طور مطلق (بدون تفاوت گذاردن میان دختر و پسر) حق مادر دانسته و احادیثی که حضانت را تا هفت سالگی به طور مطلق حق پدر شمرده (کلینی، ج ۶، ص ۴۵؛ صدوق، ۱۴۰۱ هـ.ج ۳، ص ۲۷۰)، جمع کرده‌اند، بدین ترتیب که احادیث دسته اول را بر حضانت دختر و احادیث دسته دوم را بر حضانت پسر حمل کرده‌اند. وجه این‌گونه جمع‌کردن میان احادیث، شایسته‌تر بودن مادر برای تربیت دختر و شایسته‌تر بودن پدر برای تربیت پسر است (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۲۹۰-۲۹۱).

۴- اولویت مادر در حضانت پسر تا دو سال و در حضانت دختر تا نه سال

شیخ مفید و سلار دیلمی، حق حضانت مادر را در مورد پسر تا دو سال و در مورد دختر تا نه سال دانسته‌اند (مفید، ۱۴۱۰ هـ.ج ۵۳۱؛ سلار دیلمی، ۱۴۱۴ هـ.ج ۱۶۶).

۵- اولویت مادر در حضانت پسر تا هفت سالگی و در حضانت دختر تا

نه سالگی (بلوغ) و اولویت پدر پس از آن

به نظر برخی فقها، اگر زنی از شوهرش جدا شده و فرزندی نیز از او دارد که رشید و ممیز نیست، هم‌چنان در حضانت مادر باقی است و اگر به مرحله رشد رسید، چنانچه پسر

است، تا هفت سالگی و اگر دختر است، تا نه سالگی حضانت او ادامه می‌یابد. برخی در دختر رسیدن به بلوغ را آورده‌اند، مگر آنکه مادر، شوهر کند، که به واسطه ازدواج، حق حضانت نسبت به دختر یا پسر ساقط می‌شود (طوسی، ۱۳۶۱، ج ۶، ص ۳۹؛ حلی، ۱۳۷۲، ج ۷، ص ۳۰۶).

حضانت کودک در حقوق ایران

قانون مدنی ایران از نظر مشهور فقهای امامی تبعیت کرده است. ماده ۱۱۶۸ مقرر داشته است: نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است. ماده ۱۱۰۴ نیز بیان داشته است: زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند. یعنی تا زمانی که زندگی خانوادگی مسیر طبیعی خود را طی می‌کند، نگهداری از فرزندان حق و تکلیف مشترک والدین است و زوجین موظفند با تشریک مساعی یکدیگر عهده دار امر حضانت اطفال خویش شوند. در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی آمده است: برای نگاهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ 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.

نزاع والدین متارکه کرده در صحن دادگاه‌ها برای گرفتن حق حضانت و سرپرستی اطفال که تسلیم پسر دو ساله و دختر هفت ساله را به پدر غیر عادلانه تصور می‌کردند، قانونگذار را بر آن داشت که به اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی بپردازد. بدین منظور، مجلس شورای اسلامی در صدد برآمد تا حضانت کودکان را بدون تفاوت میان پسر و دختر، تا سن هفت سالگی به مادر بسپارد، ولی از آنجا که ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، بر اساس نظر مشهور فقهای امامی تحریر شده بود، مورد تأیید فقهای شورای نگهبان واقع نشد و به مجلس عودت داده شد. مجلس که مصوبه خود را با مصلحت عمومی منطبق می‌دانست، آن را به مجمع تشخیص مصلحت نظام فرستاد و آن نهاد با اندکی اصلاحات، این مصوبه را به این صورت درآورد: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوبین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره: بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت

کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد» (اصلاحی ۱۳۸۲/۹/۱ مجمع تشخیص نظام).

یافته‌های پژوهش

بهترین شکل سرپرستی وجود مکمل پدر و مادر برای پوشش دادن تربیت عقلانی و عاطفی است. با رویکرد مصلحت‌اندیشی، طفل تازه از شیر گرفته شده، به دامن مهر مادر، بیش از پدر نیاز دارد و در عرف نیز کودک نزد مادر صاحب صلاحیت، احساس امنیت بیشتری دارد و نیازهای روحی و جسمی وی بهتر برآورده می‌شود. اما در شرایطی که اختلاف در حضانت کودک پیش آید، آنچه از احادیث برمی‌آید، مصلحت‌اندیشی در قبال کودک است. از این رو، حکم به اولویت حضانت مادر تا سن بلوغ در حالی که جداسازی او از مادر با مصلحت کودک منافات داشته باشد، چنانچه نظر برخی از فقها نیز بر آن تعلق گرفته است، با رویکرد قانونگذاری شرع در توجه به مناطات و ملاکات احکام، سازگارتر است.

برای تعیین سن حضانت توجه به نیاز جسمی، عاطفی و روحی، وضعیت فرهنگی و اجتماعی کودک لازم است. احادیثی که حضانت مادر را تا قبل از ازدواج بدون تعیین سنی برای فرزند اولویت داده‌اند، مؤید این نظر است. توجه به مصالح و مفاسد احکام، اولویت مادر را در حضانت تا هر سنی که مصلحت کودک باشد، تأیید می‌کند. از این رو، پیشنهاد می‌شود که ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی به این صورت اصلاح گردد: «حضانت و نگهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند تا سن هفت سالگی با مادر است».

تبصره: بعد از هفت سالگی نیز به تشخیص دادگاه، در صورت صلاحیت مادر و با رعایت مصلحت و خواست فرزند، حضانت پسر تا بلوغ و نگهداری از دختر تا ازدواج با مادر باشد».

منابع و مأخذ

- ❖ قرآن کریم
- ❖ نهج البلاغه، فیض الاسلام
- ❖ آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (بی تا)، کفایه الاصول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث
- ❖ انصاری، مرتضی محمدبن امین (۱۳۷۷)، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الإسلامی
- ❖ بحرانی، یوسف (بی تا)، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- ❖ بو طی، محمد سعید رمضان (۱۴۱۲ هـ)، ضوابط المصلحه فی الشریعه الإسلامیه، بیروت، مؤسسه الرساله
- ❖ جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ هـ)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه
- ❖ حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۸۱ هـ)، وسائل الشیعه (دوره بیست جلدی)، با تحقیق عبدالرحیم ربانی شیرازی، تهران، اسلامیه
- ❖ حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۵ هـ)، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، چاپ پنجم، تصحیح و تعلیق حسن حسن زاده آملی، قم، مؤسسه نشر اسلامی
- ❖ — (۱۳۳۳)، منتهی المطلب، تبریز، حاج احمد
- ❖ — (۱۳۷۲)، مختلف الشیعه، ج ۷، قم، انتشارات جامعه مدرسین، چاپ اول
- ❖ حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ هـ)، شرایع الاسلام، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
- ❖ — (بی تا)، معارج الاصول، قم، آل البيت
- ❖ حلّی، ابن فهد (۱۴۰۷ هـ)، عده الداعی و نجاح الساعی، بیروت، چاپ احمد موحدی قمی

- ❖ خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰هـ)، **أجود التقريرات فی علم الأصول**، تقریرات: محمدحسین نایینی، قم، کتابفروشی مصطفوی
- ❖ _____ (۱۴۱۷هـ / ۱۳۷۷)، **مصباح الفقاهه: تقریر اباحت سماحه آیه الله العظمی السید ابوالقاسم الموسوی**، محرر: توحیدی، محمدعلی، قم، داوری، چاپ اول
- ❖ دهخدا، علی اکبر (۱۳۲۵)، **لغت نامه**، تهران، دانشگاه تهران
- ❖ زیدان، عبدالکریم (۱۴۰۵هـ)، **احکام الذمیین و المستأمنین فی دار الإسلام**، بیروت، دار القدس - مؤسسه الرساله
- ❖ سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۱۴هـ / ۱۹۹۴م)، **المراسم العلویه فی الاحکام النبویه**، چاپ محسن حسینی امینی، بیروت
- ❖ شاطبی، ابواسحاق ابراهیم بن موسی (۱۴۲۳هـ)، **الموافقات**، ج ۲، المكتبة العصریه، بیروت
- ❖ شریعت، محمد صادق (۱۳۸۰)، **بررسی فقهی و حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام**، چاپ اول، قم، بوستان کتاب
- ❖ صدوق (ابن بابویه)، محمد بن علی (۱۳۴۶)، **التوحید «توحید صدوق»**، بیروت، دارالمعرفه
- ❖ _____ (۱۴۰۸هـ)، **علل الشرایع**، مؤسسه الأعلمی
- ❖ _____ (۱۳۶۵)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۳، باب ۱۲۷، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول
- ❖ _____ (۱۴۰۱هـ / ۱۹۸۱م)، **من لایحضره الفقیه**، چاپ حسن موسوی خراسان، بیروت
- ❖ طباطبائی، سید علی (۱۴۱۲هـ)، **ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل** (یازده جلدی)، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ❖ طوسی، ابوجعفر (۱۳۶۵)، **تهذیب الاحکام**، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم
- ❖ _____ (۱۳۶۱)، **المبسوط**، ج ۶، تهران، انتشارات مرتضوی، چاپ اول
- ❖ عابدی، احمد (۱۳۷۶)، **«مصلحت در فقه»**، مجله نقد و نظر، ش ۱۲

- ❖ عبدالسلام، عز الدین (۱۹۸۶م)، *قواعد الاحکام فی مصالح الآنام*، ج ۱، راجعه طه عبدالرؤوف سعد، القاهره، مکتبه کلیات الازهریه
- ❖ عبدالفتاح، سیف الدین (۱۹۸۹م)، *التجدید السیاسی والواقع العربی المعاصر*، رؤیه اسلامیة، القاهره، مرکز البحوث
- ❖ فیض کاشانی (ملا محسن)، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۶هـ)، *الوافی*، ج ۲۳، معلق: ضیاء الدین الحسینی «العلامه» الإصفهانی، چاپ اول، اصفهان، مکتبه الإمام أميرالمؤمنین علی علیه السلام العامه
- ❖ کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۱هـ)، *الکافی*، چاپ علی اکبر غفاری، بیروت
- ❖ مصباح یزدی، محمد تقی (۱۳۸۸)، *نظریه حقوقی اسلام*، به نگارش محمد مهدی، نادری قمی و محمد مهدی کریمی نیا، قم، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ سوم
- ❖ مطهری، مرتضی (۱۳۶۲)، *اسلام و مقتضیات زمان*، تهران، صدرا، چاپ دوم
- ❖ مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰هـ)، *المُفید*، قم
- ❖ موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۹۰هـ)، *تحریر الوسیله*، ج ۲، قم، دارالکتب العلمیه
- ❖ نائینی (محقق)، محمد حسین (بی تا)، *فوائد الاصول*، قم، مکتبه المصطفوی
- ❖ نجفی، محمد حسن (۱۳۶۵)، *جواهر الکلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- ❖ هاشمی شاهرودی، سید حسین (۱۳۸۱)، *مجمع تشخیص مصلحت نظام*، قم، مرکز مطالعات و پژوهش‌های فرهنگی حوزه علمیه، چاپ اول

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.

