

حضانة در پرتو مصلحت كودك در زمان ازدواج مجدد مادر

سید محمدهادی ساعی^۱، نیلوفر کامیاب منصوری^{۲*}

چکیده

طبق قانون مدنی ایران، صرف ازدواج مجدد مادر از موانع حضانة فرزندان است و در این صورت حضانة فرزندان مطلقاً به پدر آنها واگذار می‌شود. با توجه به فلسفه و هدف حضانة كودكان، كه حفظ بالاترین مصلحت آنهاست، صدور حکم مطلق برای جدایی كودك از مادر، به علت ازدواج مجدد مادر، بدون در نظر گرفتن جمیع شرایط، می‌تواند برخلاف مصلحت كودك باشد. آنچه از اسناد بین‌المللی در زمینه حقوق كودك برمی‌آید لزوم قرار دادن محوریت منافع كودكان در کلیه تصمیم‌گیری‌های مربوط به آنهاست. با سلب حضانة از مادر، به علت ازدواج مجدد، این سؤال مطرح می‌شود كه در این صورت آیا هدف حضانة، كه برآوردن بالاترین مصلحت كودك است، تأمین می‌شود یا در هر مورد باید با در نظر داشتن جمیع اوضاع و احوال حضانة كودك را تعیین كرد. با بررسی ریشه فقهی و هدف حضانة متوجه می‌شویم در تصمیم‌گیری برای حضانة باید مصلحت كودك به مثابه مهم‌ترین معیار در تعیین حضانة رعایت شود. با توجه به اینکه مصلحت اطلاق بردار نیست، باید بالاترین مصلحت كودك را به صورت موردی بررسی كرد. موانع حق حضانة با عوامل سقوط حضانة متفاوت و احكامشان از هم جداست. نظر به اینکه ازدواج مجدد مادر از قسم اول است، تحت حکم این دسته، یعنی بررسی موردی با اعمال بالاترین مصلحت كودك در تعیین حضانة، قرار می‌گیرد و با هدف برآوردن مصلحت كودك نمی‌توان در این زمینه حکم مطلق سلب حضانة از مادر را به علت ازدواج مجدد صادر كرد.

کلیدواژگان

ازدواج مجدد، بالاترین مصلحت كودك، حضانة، موانع و عوامل سقوط حضانة.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی تهران (نویسنده مسئول).
Email: niloofarkamyab@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۱/۲۲، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۵/۴

مقدمه

تا زمانی که کانون خانواده سیر طبیعی خود را طی می‌کند و فرزندان در کنار پدر و مادر خویش زندگی می‌کنند نگهداری و تربیت طفل حق و تکلیف مشترک آنان است (م ۱۱۶۸ ق.م) و زن و شوهر مکلف به تشییید مبانی خانواده‌اند (م ۱۱۰۴ ق.م). با این حال ممکن است کانون گرم خانواده از هم پاشیده شود و بین زن و مرد جدایی بیفتد. در این زمان موضوع ادامه زندگی کودک با پدر یا مادر خود مطرح می‌شود.

برای تعیین مسئول حضانت از فرزندان، در نظام‌های حقوقی مختلف، معیارهای متفاوتی مد نظر قرار می‌گیرد؛ از قبیل سن، جنس، مصلحت کودکان، یا تلفیقی از همه این معیارها و البته شرایط پدر و مادر. هدف اصلی و فلسفه حضانت حفظ مصلحت کودکان است و هر چه برخلاف این هدف باشد مانع حضانت می‌شود. طبق قانون، از جمله موانع حضانت عبارت‌اند از انحطاط و عدم صلاحیت اخلاقی پدر یا مادر (م ۱۱۷۱ ق.م)، و ازدواج مجدد مادر (م ۱۱۷۰ ق.م). بدیهی است احکام حضانت باید با توجه به مینا و هدف آن، یعنی حفظ بالاترین مصلحت کودک، تنظیم شود. حال این سؤال به ذهن می‌رسد که آیا سلب حضانت از مادر مطلقاً به علت ازدواج مجدد او (م ۱۱۷۰ ق.م)، بدون در نظر گرفتن اوضاع و شرایط کودک، می‌تواند بالاترین مصلحت کودک را تأمین کند؟

با ریشه‌یابی احکام حضانت باید میان موانع حق حضانت و عوامل سقوط آن تفکیک قائل شد و احکامشان را از هم جدا کرد. ازدواج مجدد مادر در زمره موانع حق حضانت باید تحت حکم مربوط به این دسته، یعنی اعطای اختیار به قاضی جهت تأمین بالاترین مصلحت کودک، قرار گیرد.

در این مقاله برآنیم تا علاوه بر بررسی فقهی و حقوقی حکم سلب حضانت از مادر لزوم بررسی موردی در تعیین حضانت کودکان را با توجه به روایات و منابع فقهی، اسناد بین‌المللی، قوانین، و یافته‌های روانشناسی به اثبات برسانیم. جهت رعایت مصلحت کودک اصل بر حضانت مادر است؛ مگر مصلحت کودک به نحوی دیگر اقتضا کند که این موضوع نیازمند بررسی جمیع اوضاع و احوال از سوی قاضی است و به نظر می‌رسد اطلاق بردار نیست.

در این نوشتار، ضمن بررسی تفصیلی مواد قانونی مربوط به حضانت کودکان، روش تحقیق کتابخانه‌ای مد نظر قرار گرفته است.

مبحث اول. تعریف حضانت

از نظر لغوی «حضانت» از ریشه «حضان» گرفته شده و به «در آغوش گرفتن مادر (فرزندش را) و چسباندن او به سینه‌اش» اطلاق می‌شود؛ که کنایه از نگهداری و تربیت جسمی و

روحي کودک است. به همين دليل، به کسی که حضانة کودک را بر عهده گرفته «حاضنه» می‌گویند. در زبان عربي به مهد کودک «الحضانه» گفته می‌شود. جالب اینکه به عمل پرندۀ ای که روی تخمش خوابیده تا از آن جوجه برآید نیز حضانة می‌گویند (معلوف، ۱۹۷۳: ۱۳۹).

قانون تعريفی از «حضانة» ارائه نداده است. از لحاظ حقوقی حضانة عبارت است از «اقتداری که قانون به منظور نگه‌داری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است.» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۳۹؛ امامی، ۱۳۷۵: ۱۸۷). حضانة در فقه امامیه سلطۀ والدین برای تربیت و نگه‌داری طفل و مجنون به منظور حفظ مصلحت اوست (شهید ثانی، ۹۱۱-۹۶۶ ق: ۴۲۱).

مبحث دوم. تفاوت حضانة و ولایت

در تعاریف برخی فقها، از جمله شهید ثانی، در تعريف حضانة از واژه ولایت استفاده شده است^۱ (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق: ۵۸۱). اما در فقه و حقوق ایران میان حضانة و ولایت تفاوت وجود دارد. اولاً، از لحاظ موضوع، حضانة به نگه‌داری و پرورش جسمی و فکری و روحی کودک مربوط است، درحالی که ولایت به معنای خاص فقهی به نظارت بر اموال و حقوق مالی و ازدواج مجبورین مربوط است. ثانیاً، از لحاظ اشخاص به‌عهده‌گیرنده، حضانة امری است که اصولاً بر عهده ابویین گذاشته می‌شود، درحالی که ولایت قهری بر عهده پدر و جد پدری (یا وصی منصوب از سوی آنها) قرار می‌گیرد. به همين دليل است که خود فقها تأکید می‌کنند ولایت استفاده‌شده در تعريف حضانة با ولایت مرسوم در زبان فقه فرق دارد (نجفی، بی‌تا: ۲۸۳).

با توجه به تعاریف یادشده، مادر طفل، گرچه می‌تواند حضانة طفل را بر عهده داشته باشد، ولی قهری طفل نیست. اما ممکن است از جانب پدر یا جد پدری به‌عنوان وصی طفل تعیین شود که در این صورت ولی خاص طفل می‌شود. اختیار پدر و مادر برای تصمیم‌گیری و اقدام، در بسیاری از زمینه‌ها، به دلخواه آنان واگذاشته شده است. اگر پدر و مادری درباره شیوه تربیت و تحصیل و اداره اموال فرزند تصمیمی بگیرند، تا جایی که انحطاط اخلاقی یا خیانت و بی‌لیاقتی آنان احراز نشده باشد، هیچ دادگاه یا مقام دیگری حق بازرسی از آنها را ندارد (مستفاد از ماده ۷۳ امور حسبی). اما این اقتدار و حق والدین مطلق نیست و هرگاه مصلحت کودک ایجاب کند دادگاه می‌تواند درباره حضانة تصمیم دیگری بگیرد؛ همان‌طور که در ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات

۱. الحضانه بفتح الحاء ولایة علی الطفل و المجنون لفائدة تربيته و مايتعلق بها من مصلحته من حفظه و جعله فی سريره و رفعه و کحله و دهنه و تنظيفه و غسل خرقة و ثیابه و نحو ذلك.

دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است. اطلاق این ماده در بردارنده تصمیم‌گیری در زمینه حضانت اطفال هم هست.

مبحث سوم. حق یا تکلیف بودن حضانت

برخی از فقها بر آن‌اند که حضانت حق است نه تکلیف و قانون‌گذار اسلام آن را برای افراد مقرر کرده تا در سایه آن کودک را تربیت و نگهداری کنند (طباطبایی، ۱۴۰۴ ق: ۵۲۲). برخی دیگر بر جنبه صرفاً تکلیفی و برخی بر حق و تکلیف بودن حضانت نظر دارند. بنابراین، حضانت قابل اسقاط یا انتقال یا عوض در طلاق خلع نخواهد بود و مادری که وظیفه خود را در این زمینه انجام می‌دهد نمی‌تواند اجرت بگیرد (مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ۱۴۱۳ ق: ۵۸۱).

به نظر می‌رسد حضانت ماهیتی دوگانه دارد؛ یعنی از طرفی برای والدین حق است تا بتوانند این مهم را در قبال فرزندانشان انجام دهند و از طرف دیگر بر آن‌ها تکلیف است تا مصلحت و حق فرزند خود را رعایت کنند و از بار مسئولیت شانه خالی نکنند. (حکیمیان، ۱۳۸۱: ۱۳۰). و در این زمینه باید گفت جنبه حق یا تکلیف بودن حضانت نسبت به پدر و مادر است، اما حضانت نسبت به حضانت‌شونده (یعنی کودک) حق است. حق کودک است که حضانت او را افرادی به عهده بگیرند که قانون‌گذار مشخص می‌کند. زیرا قانون‌گذار به سرنوشت کودک حساس است. در نتیجه حضانت از طرفی مسئولیت و تکلیف و از طرف دیگر حق است. جنبه مسئولیتی آن نیز به‌طور مطلق و بدون قید نیست، بلکه دارای شرایطی است که قانون‌گذار مشخص کرده است و یکی از شرایط آن شایستگی حضانت‌کننده است. در نتیجه، اگر حضانت‌کننده شایستگی نداشته باشد، این مسئولیت از او گرفته و به فرد دیگری واگذار می‌شود (حسینی‌مقدم، ۱۳۸۹: ۳۰).

با توجه به مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ قانون مدنی باید گفت جنبه حق و تکلیف بودن حضانت در قانون مدنی رجحان دارد.^۱

۱. در ماده ۱۱۶۸ نگاه‌داری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبن است و در ماده ۱۱۷۲ هیچ‌یک از ابوبن حق ندارد در مدتی که طفل به عهده آن‌هاست از نگاه‌داری او امتناع کند. در صورت امتناع یکی از ابوبن حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی‌العموم نگاه‌داری طفل را به هر یک از ابوبن که حضانت به عهده او است الزام کند.

مبحث چهارم. مبنای فقهی حضانة

بند اول. آیه قرآن

آیه ۲۳۳ سورة بقره مستند فقها در باب حضانة^۱ قرار گرفته است. این آیه به شیر دادن مادر کودک را به مدت دو سال اشاره می‌کند و اگر حق حضانة نیز از آن فهمیده شود، به جهت ملازمت عرفی و طبیعی بین آن دو است. بنابراین، شاید بتوان گفت از ظاهر آیه فهمیده می‌شود که شیر دادن به کودک تا دو سال حق مادر است و از مصادیق حضانة به شمار می‌رود (طاهری‌نیا، ۱۳۸۳: ۱۲۳). به تبع این تفسیر است که فقها به حق حضانة مادر تا دو سال قایل شده‌اند و پس از آن حق را به پدر داده‌اند.

همچنین از استدلال برخی فقها^۲ در زمینه اصل وجوب حضانة، به اطلاق آیه کریمه «لاتضار والدۀ بولدها» (بقره/ ۲۳۳) نیز می‌توان این معنی را استنباط کرد که دور کردن طفل از دامن پرمهر مادر به ضرر کودک است و اطلاق آیه آن را دربرمی‌گیرد. نظریات مطروحه در باب حضانة بر اساس این آیه را در مجموع می‌توان به دو دسته تقسیم کرد. یکی نظر مشهور فقها که ماده ۱۱۶۹ سابق قانون مدنی نیز مطابق آن بود؛ بدین ترتیب که حضانة پسر بعد از دو سال و حضانة دختر بعد از هفت سال به عهده پدر قرار می‌گرفت. نظر دیگر قول صاحب حدائق است که می‌فرماید: «اگر نزاع بین پدر و مادر نباشد، حضانة فرزند اعم از پسر و دختر به عهده مادر است و اگر نزاع باشد، بعد از دو سال حضانة به عهده پدر است.» (البحرانی، ۱۲۳۳ ق: ۸۹). با توجه به روایات شاهد قوی بر این نظر وجود ندارد.

نظر مشهور نظریه‌ای متقن است و قانون‌گذار بدان توجه دارد. هرچند ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی سابق، که بر اساس نظر مشهور امامیه وضع شده بود، با تلاش فراکسیون زنان، که به نوعی خود را ذی‌نفع در موضوع می‌دانستند، با تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام، تغییر کرد.^۳ بنابراین می‌توان گفت هدف اصلی حضانة حفظ مصلحت کودک است. در حقیقت، از نظر شرعی حضانة با فطرت بشری هم‌هنگ است (الموسوی السبزواری، ۱۴۱۷ ق: ۲۷۶).^۴

۱. الوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد ان یتیم الرضاعة و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف لا تکلف نفس الا وسعها لا تضار والدۀ بولدها و لا مولود له بولده و علی الوارث مثل ذلک فإن ارادا فصلا عن تراض منهما و تشاور فلا جناح علیهما ان تسترضعوا اولادکم فلا جناح علیکم اذا سلتمت ما اتیتکم بالمعروف و اتقوا الله و اعلموا ان الله بما تعلمون بصیر. (بقره/ ۲۳۳)

۲. السید عبدالعلی الموسوی السبزواری، مهذب الاحکام، قم، مؤسسه المنار، ج ۴، ج ۲۵، ۱۴۱۷ ق، ص ۲۵ و ۲۷۶.
 ۳. ماده ۱۱۶۹ ق. م.: برای حضانة 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، حضانة طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد.

۴. «الحضانة هی حماية الطفل و رعایتته و انها فی الجملة من الامور الطبیعة التي جعلها الله تعالی - بین الام و

بند دوم. نظریه فقها

در زمینه حضانت، فقها نظرات متعددی ارائه داده‌اند. نظر شیخ طوسی این است که کودک، چه پسر باشد چه دختر، تا زمانی که به سن تمییز، که حدود هفت یا هشت سالگی است، نرسیده باشد، در اختیار مادر خواهد بود و وی در این مورد مقدم بر پدر است. درباره پسر، پس از رسیدن به سن تمییز، تا زمان بلوغ در اختیار پدر خواهد بود. اما درباره دختر باید گفت تا موقعی که مادر دوباره ازدواج نکرده است حق حضانت وی ادامه خواهد داشت (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ ق: ۳۹). ولی نظر محقق حلی این است که حق حضانت مادر درباره پسر تا دوسالگی (مدت رضاع) و درباره دختر تا هفت سالگی است (نجفی، بی تا، ج ۳۱: ۲۹۰ - ۲۹۱). همین عقیده مشهور است که قانون مدنی ما آن را پذیرفته بود^۱ و فقهای معاصر نیز غالباً از آن پیروی کرده‌اند و آن را مقتضای جمع میان روایات وارده دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۲۶ ق، ج ۲: ۲۷۹، مسئله ۱۶).

با دقت در نظرات مذکور می‌بینیم که در همه روایات به جنبه عاطفی مادر توجه کامل شده است و در همه مذاهب اسلامی حق حضانت را تا دو و هفت سالگی از آن مادر دانسته‌اند. اسلام، در عین توجه به عاطفه مادر، به مصلحت فرزند کاملاً توجه کرده است (مشایخی، ۱۳۸۱: ۲۹۱).

مبحث پنجم. اهمیت رعایت مصلحت کودک طبق اسناد بین‌المللی

بسیاری از حامیان و طرفداران حمایت از حقوق کودک از دیرباز به حقوق کودک توجه کرده‌اند. کودک، با توجه به شرایط خاص جسمی و روحی، آسیب‌پذیر است. هر روز گزارش‌های تکان‌دهنده‌ای از بی‌توجهی به حقوق کودکان و بهره‌کشی از آن‌ها منتشر می‌شود. توجه به حقوق کودک موضوع جدیدی نیست و در ادوار گذشته مطرح بوده است و ادیان الهی نیز بدان توجه کرده‌اند. دین مبین اسلام، به سبب جامعیت و گستردگی‌اش، در موارد بسیار به حقوق کودک اشاره کرده و فقهای بزرگ در مباحث مختلف فقهی حقوق کودک را برشمرده‌اند و مبانی آن را تجزیه و تحلیل کرده‌اند (حسینی مقدم، ۱۳۸۹: ۲۴).

اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق بشر و حقوق کودک بر محوریت رعایت بالاترین مصلحت کودک در همه تصمیم‌گیری‌های مربوط به وی، از جمله تصمیم‌گیری درباره حضانت، تأکید دارد. مهم‌ترین اسناد بین‌المللی در این زمینه عبارت‌اند از:

۱. اولادها لِحمايتِها - فی الحيوان فضلاً عن الانسان کلّ بحسبه.

۱. همان‌طور که گفته شد، ماده ۱۱۶۹ ق. م. اصلاح و حضانت کودکان، اعم از دختر و پسر، تا هفت سال به مادر واگذار شد.

بند اول. کنوانسیون حقوق کودک^۱

در بند ۱ از ماده ۳ کنوانسیون، بر تأمین منافع کودکان در کلیه اقدامات مؤسسات رفاه اجتماعی عمومی یا خصوصی، دادگاهها، مقامات اجرایی، و ارگان‌های حقوقی تأکید شده و با توجه به عمومیت عبارت «کلیه اقدامات» این اقدامات شامل تصمیم‌گیری در زمینه مراقبت و حضانة کودک هم هست. همچنین، طبق بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون، تصمیم‌گیری در خصوص مراقبت از کودکان باید با محوریت منافع کودکان باشد.^۲

در بند ۱ ماده ۹ آمده است: حکومت‌ها موظف‌اند به مسئله حضانة توجه داشته باشند و اطمینان بدهند که والدین را از کودک جدا نکنند، مگر در مواردی که جدایی کودکان پدر و مادر به نفع کودک باشد؛ مثل آنکه مورد سوءاستفاده والدین قرار گیرد.

ماده ۹ کنوانسیون حقوق کودک اولین ماده‌ای است که به موضوع حضانة و سرپرستی کودکان پرداخته است. برخی مفسران از ماده ۹ کنوانسیون با عنوان «حق جدا نشدن کودک از والدین» یاد می‌کنند.^۳ طبق ماده ۹ کنوانسیون حقوق کودک، بالاترین مصلحت کودک بودن در کنار والدین یا یکی از آنهاست و اثبات خلاف آن از سوی ذی‌نفع می‌تواند موجبات رد حکم یادشده را فراهم کند. خود پاراگراف اول ماده ۹ اولین استثنا را بر حق کودک بر عدم جدایی از والدینش ایجاد می‌کند. شرایط اعمال این استثنا با توجه به فحواي ماده ۹ کنوانسیون حقوق کودک این است که اولاً جدایی برای تأمین بالاترین مصلحت کودک لازم باشد، ثانیاً رسیدگی قضایی از سوی مقام صلاحیت‌دار صورت بگیرد، ثالثاً همه اشخاص درگیر در امر حضانة کودک در رسیدگی قضایی شرکت داشته باشند، رابعاً امکان ارتباط منظم و مستقیم کودک با والدین فراهم باشد، و خامساً کودک یا اقربای او از محل نگه‌داری فرد غایب از محیط خانواده، که از سوی دولت زندانی شده‌اند، در اولین فرصت ممکن مطلع شوند (ناطق نوری، ۱۳۸۹: ۱۵۷). در

۱. کنوانسیون حقوق کودک (مصوب ۱۹۸۹) به حقوق کودک توجهی ویژه کرد و با تکیه بر اصل رعایت مصلحت کودک به موضوع مراقبت و حضانة کودکان هم پرداخت. از نظر این کنوانسیون، افراد انسانی کمتر از هجده سال کودک محسوب می‌شوند. (ماده ۱)

۲. کشورهای طرف کنوانسیون متقبل می‌شوند حمایت‌ها و مراقبت‌های لازم را برای رفاه کودکان، با توجه به حقوق و وظایف والدین آنها یا قیم یا سایر افرادی که قانوناً مسئول آنان هستند، تضمین کنند و در این زمینه اقدامات اجرایی و قانونی مناسب معمول خواهد شد.

3. Section 1 of article 9 of the crc: 1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

ماده ۱۲۰ کنوانسیون حقوق جهانی کودک، موضوع حمایت کودک در دوران جدایی از والدین مطرح شده است و حکومت‌ها را مکلف کرده است در این دوره به کودک کمک کنند. همچنین به کفالت یا فرزندخواندگی چنین کودکانی از طرف افراد یا اشخاص صلاحیت‌دار توجه شده است. در بند ۲ ماده ۲۲۷ کنوانسیون نیز تأمین شرایط مطلوب برای کودک نخستین وظیفه والدین و سرپرست اوست.

جمهوری اسلامی ایران نیز از کشورهای است که کنوانسیون حقوق کودک را در ۵ سپتامبر ۱۹۹۰ امضا و در اگوست ۱۹۹۴ (اسفند ۱۳۷۲) تصویب کرده است. روند مصوبات قانونی پس از تصویب کنوانسیون حقوق کودک بیانگر مطابقت روزافزون قوانین داخلی با اسناد بین‌المللی در زمینه حقوق کودک است؛ از جمله تجدیدنظر در قانون مدنی درباره سن نکاح مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۱ (اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ ق.م.)، تجدیدنظر در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی درباره حضانت اطفال مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در آذرماه ۱۳۸۲ مبتنی بر اینکه سن حضانت اعم از پسر و دختر تا هفت‌سالگی با مادر است، پیش‌بینی آیین دادرسی خاص ویژه کودکان بزهکار زیر هجده سال در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۷۸، و قانون مهم «حمایت کودکان و نوجوانان» مصوب ۲۹ مردادماه ۱۳۸۱ که از نه ماده تشکیل شده است. طبق ماده ۱ آن، اشخاص زیر هجده سال شمس از حمایت‌های این قانون بهره‌مند می‌شوند. در این قانون، هر گونه اذیت و آزار کودکان و نوجوانان، که سلامت جسم یا روان آنان را به مخاطره بیندازد، ممنوع است. طبق ماده ۴، هر گونه صدمه و اذیت و آزار و شکنجه جسمی و روحی کودکان و نادیده گرفتن عمدی سلامت و بهداشت روانی و جسمی و ممانعت از تحصیل آنان ممنوع است. در ضمن، کودک‌آزاری از جرایم عمومی محسوب می‌شود و نیاز به شاکه خصوصی ندارد (ماده ۵ قانون) و اشخاص و مؤسسات و مراکزی هم که به نحوی مسئولیت نگاه‌داری و سرپرستی کودکان را بر عهده دارند مکلف‌اند به محض مشاهده کودک‌آزاری به مقامات صالح قضایی جهت پیگرد اطلاع دهند (پورقهرمانی گل تپه، ۱۳۸۳: ۸۳).

۱. ماده ۲۰:

۱. یک کودک که به‌طور موقت یا دائم از آغوش خانواده محروم شده یا به دلیل نفع خودش باید خانواده را ترک کند حق استفاده از کمک‌ها و حمایت ویژه حکومتی را دارد.
 ۲. حکومت‌ها برپایه حقوق جاری و قوانین داخلی خود اشکال مختلف کمک به چنین کودکی را به کار می‌گیرند.
 ۳. قبول کفالت یا فرزندخواندگی کودک از طرف اشخاص دارای صلاحیت شکلی از سرپرستی و مواظبت از کودک است. در این رابطه باید به ریشه‌ها و نیازهای فرهنگی، مذهبی، و قومی کودک توجه و تربیت و پرورش بدون انقطاع کودک تأمین شود.
۲. بند ۲ ماده ۲۷: تأمین شرایط مطلوب برای کودک، در مرتبه نخست، وظیفه والدین یا سرپرست اوست.

روند تطابق قوانین داخلی با مقررات اسناد بین‌المللی نشان‌دهنده درک قانون‌گذار از محوریت مصلحت كودك در کلیه تصمیم‌گیری‌های حقوقی و کیفری است و در صورتی که مواد قانونی این مهم را به نحو احسن تأمین نکنند باید بازبینی و اصلاح شوند.

بند دوم. اعلامیه جهانی حقوق كودك^۱

اصل ۶ اعلامیه جهانی حقوق كودك به سرپرستی و حضانة كودك توجه و بر آن تأکید کرده است و وظیفه نگاه‌داری از كودك در مرحله نخست به عهده پدر و مادر، با رعایت مصلحت كودك، است.

طبق این اصل «كودك جهت پرورش كامل و تعادل شخصیتش نیاز به محبت و تفاهم دارد و باید حتی الامكان تحت توجه و سرپرستی والدین خود و به هر صورت در فضایی پرمحبت در امنیت اخلاقی و مادی پرورش یابد. كودك خردسال را به جز در موارد استثنایی نباید از مادر جدا کرد. جامعه و مقامات اجتماعی موظف‌اند به كودكان بدون خانواده و كودكان بی‌بضاعت توجه کنند. كمك‌های نقدی دولت و دیگر تسهیلات جهت تأمین و نگاه‌داری فرزندان خانواده‌های پرجمعیت توصیه می‌شود.»

بنابراین، مراقبت از كودك در وهله اول بر عهده پدر و مادر طفل است؛ با تأکید بر اینکه جدایی مادر و فرزند ممنوع است، مگر در موارد استثنایی. این خود نشان‌دهنده اهمیت سرپرستی مادر بر فرزند و تأکید بر نیاز كودك به محبت مادری است. هرچند تصمیمات مجمع عمومی سازمان ملل متحد مادام که به تصویب مجالس مقننه داخلی نرسیده باشد برای ممالک عضو ایجاد تعهد و مسئولیت سیاسی و قانونی نمی‌کند و صرفاً جنبه توصیه دارد، از جهتی دیگر اگر هنگام رأی‌گیری و تصویب اعلامیه‌ای در جلسه مجمع عمومی کشوری رأی موافق داده باشد از نظر عرف بین‌المللی برای او مسئولیت اخلاقی جهت اجرای آن اعلامیه ایجاد می‌کند و بدین ترتیب مصوبه مجمع عمومی سازمان ملل متحد به طور غیرمستقیم جزء منابع حقوق داخلی است. بنابراین، با توجه به مراتب فوق و با عنایت به اینکه نماینده دولت ایران در جلسه مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۵۹ مجمع عمومی حضور داشته است و به اعلامیه حقوق كودك رأی موافق داده است، می‌توان ادعا کرد «اعلامیه جهانی حقوق كودك» از منابع غیرمستقیم حقوق داخلی است (عبادی، ۱۳۷۱: ۲۰۸) و در مصوبات قانونی داخلی مربوط به حضانة تأثیر می‌گذارد.

۱. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در اجلاس ۱۹۵۹ اعلامیه جهانی حقوق كودك (declaration of the rights of child 20 november 1959) را تصویب کرد. کلیه اصول اعلامیه جهانی حقوق كودك بر اولویت منافع كودك در تصمیم‌گیری‌ها تأکید می‌کند.

بند سوم. اعلامیه جهانی حقوق بشر^۱

از آنجا که در این اعلامیه جهانی حق همه افراد از حیث برخورداری از حقوق مندرج در آن شناسایی شده و به دیگر سخن مفاد اعلامیه حالت اطلاق دارد، می‌توان گفت کلیه کودکان بدون تبعیض مشمول مقررات مصرح در این سند بین‌المللی‌اند (برادری، ۱۳۸۸: ۱۲۹). در بند ۲ ماده ۲۵ اعلامیه توجه به حقوق کودک تصریح شده است. طبق این بند «دوره مادری و دوره کودکی سزاوار توجه و مراقبت ویژه است. همه کودکان، اعم از آنکه با پیوند زناشویی یا خارج از پیوند زناشویی به دنیا بیایند، می‌بایست از حمایت اجتماعی یکسان برخوردار شوند.» آنچه اهمیت دارد رعایت حقوق اجتماعی کودک در جامعه و حمایت قانون از او در برابر سایر افراد است. زیرا کودک امکان دفاع از خود را بدون پشتیبانی قانون‌گذار ندارد و عدم توجه به بالاترین مصلحت کودک در همه احکام مربوط به او، از جمله حضانت و سرپرستی، می‌تواند آسیب‌های جبران‌ناپذیر به او بزند.

بند چهارم. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی^۲

در این میثاق مواد مرتبط با لزوم رعایت تساوی حقوق زنان و مردان^۳ و همچنین توجه به مصلحت کودکان در تصمیم‌گیری مربوط به آنها وضع شده است. طبق بند ۱ ماده ۲۴ این میثاق «هر کودکی بدون هیچ‌گونه تبعیض از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، مکتب، یا نسب باید از تدابیر حمایتی که به اقتضای وضع صغیر بودنش از طرف خانواده او و جامعه و حکومت کشور او باید به عمل آید برخوردار گردد.» در این سند بین‌المللی حقوق بشری نیز به حقوق کودکان و اهمیت منافع آنان توجه شده است.

۱. اعلامیه حقوق بشر ((universal declaration of human rights (1948)) سه سال پس از تأسیس سازمان ملل متحد در مجمع عمومی این سازمان با سی ماده در تاریخ ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ (روز بین‌المللی حقوق بشر) با چهل و هشت رأی مثبت، از جمله رأی دولت ایران، به تصویب رسید. این اعلامیه، که برای سنجش رفتار کشورها به کار می‌رود، یک پیمان بین‌المللی است و هدف آن ایجاد تضمین حقوق و آزادی‌های برابر برای همه مردم است. (دبیری اصفهانی، ۱۳۸۹: ۱۲۹)
۲. یکی از عهدنامه‌های سازمان ملل متحد، بر پایه اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (International covenant on Civil and Political Rights) مصوب ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل متحد است. دولت ایران در سال ۱۹۶۸ این میثاق را امضا کرد و در سال ۱۹۷۵ از تصویب گذراند و به این ترتیب به آن اعتبار قانونی بخشید و خود را به آن متعهد ساخت.
۳. بر اساس ماده ۳، دولت‌های طرف این میثاق متعهد می‌شوند تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از حقوق مدنی و سیاسی پیش‌بینی‌شده در این میثاق تأمین کنند.

بند پنجم. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی^۱

این میثاق در زمینه حقوق بشر حقوق كودكان را نیز دربرمی‌گیرد. در بند ۳ ماده ۱۰ می‌بینیم «تدابیر خاص در حمایت و مساعدت به نفع کلیه اطفال غیرمتمیز و متمیز بدون هیچ‌گونه تبعیض به علت نسب یا علل دیگر باید اتخاذ بشود. اطفال غیرمتمیز و متمیز باید در مقابل استثمار اقتصادی و اجتماعی حمایت شوند. واداشتن اطفال به کارهایی که برای جهات اخلاقی یا سلامت آن‌ها زیان‌آور است یا زندگی آن‌ها را به مخاطره می‌اندازد یا مانع رشد طبیعی آنان می‌گردد باید به موجب قانون قابل مجازات باشد.»

آنچه اهمیت دارد حفظ سلامت جسمانی و روانی كودك است و هر آنچه بخواهد این مهم را به مخاطره بیندازد ممنوع است؛ خواه رفتار اطرافیان و جامعه باشد خواه قانونی که بدون توجه به بالاترین مصلحت كودك وضع شده باشد. با جمیع موارد مذکور، باید به محوریت مصلحت كودك توجه شود و این امر از اسناد بین‌المللی حقوق كودك هم قابل استنباط است. بدین ترتیب، اگر اصل رعایت بالاترین مصلحت كودك باشد، اصلاح قوانین نیز محدود به حذف اماره سنی موجود در ماده ۱۱۶۹ نمی‌شود؛ بلکه در زمینه وضعیت مالی كودكان پس از طلاق، فوت، یا عدم صلاحیت یکی از والدین بر حضانة نیز قابل اعمال است.

اگر هدف نهایی در همه تصمیم‌های مرتبط با امور كودك تأمین و حفظ بالاترین مصلحت او باشد، در این صورت همه مواد قانونی متضمن تعیین حضانة بر اساس سن كودك، جنس كودك، از بین رفتن حق حضانة مادر در صورت ازدواج، عدم امکان حضانة پدر یا مادر غیرمسلمان از كودك، و مسائل مشابه آن قابلیت تفسیری متفاوت پیدا می‌کند که محاکم ما به‌هیچ‌وجه با آن آشنا نیستند. چنین تفسیری در مورد هر كودك و هر پرونده حضانة به صورت موردی بررسی می‌شود. این سؤال به ذهن می‌رسد که آیا با توجه به اوضاع و احوال موجود درباره حضانة تکیه بر سن كودك به رعایت مصلحت كودكان نزدیک‌تر است یا خیر؟ در این صورت، حکم مطلق سلب حضانة از مادر به علت ازدواج مجدد او بدون بررسی اوضاع و احوال دیگر نه تنها عامل تعیین‌کننده حضانة طفل در نظر گرفته نمی‌شود، بلکه تعیین وضعیت حضانة كودك فقط بر اساس سن او می‌تواند خلاف اصل اولیه رعایت بالاترین مصلحت كودك باشد. در چنین شرایطی قاضی رسیدگی‌کننده به موارد حضانة موظف می‌شود گروهی از عوامل، از جمله سن كودك، وضعیت روحی و رفتاری و مالی والدین و تمایلات آن‌ها، نوع

۱. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی (International covenant on Economic Social and Cultural Rights) به همراه میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و پروتکل اختیاری آن در ۱۹۶۶ میلادی تصویب شد و جهت امضای دولت‌ها مفتوح ماند. میثاق مذکور به دنبال تودیع سی و پنجمین سند آن در ۱۹۷۶ میلادی لازم‌الاجرا شد. (شریفیان، ۱۳۸۰: ۱۱۸). دولت ایران در سال ۱۹۶۸ این سند را امضا کرد و پس از تصویب آن در سال ۱۹۷۵ بدان پایبند شد.

ارتباط کودک با هر یک از والدین، و اطلاعاتی را که اعضای خانواده یا روانشناسان یا مشاوران در اختیار او قرار می‌دهند در کنار هم قرار دهد و با ارزیابی همه آن‌ها حضانت کودک را تعیین کند (ناطق نوری، ۱۳۸۹: ۱۶۶).

مبحث ششم. رعایت مصلحت کودک در قانون مدنی و قانون حمایت از خانواده

قانون‌گذار در مصوبات و مواد قانونی متعددی به حقوق کودک پرداخته است. تا زمانی که پدر و مادر با هم زندگی مشترک دارند، سرپرستی و نگهداری کودکان هم حق و هم تکلیف آنان است (م ۱۱۶۸ ق.م.). اما زمانی که پدر و مادر به هر دلیلی، از جمله طلاق یا فوت، از هم جدا شدند، کودکان نیز به تبع با پدر یا مادر خود زندگی خواهند کرد. برای تعیین مسئول حضانت بر کودکان معیارهای متعددی، از جمله سن کودک و رعایت مصلحت وی، مورد نظر است. با توجه به رویه‌ای که اسناد بین‌المللی در این زمینه در پیش گرفته‌اند نیز می‌توان گفت باید بر اساس منابع غنی فقهی برخی قوانین اصلاح شوند.

بند اول. ماده ۱۱۷۳ و ۱۱۷۰ قانون مدنی

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مصداق بارز محوریت مصلحت کودک برای تعیین حضانت است. در صورتی که دادگاه به این تشخیص برسد که ماندن طفل کنار خانواده به سلامت و تربیت وی لطمه می‌زند و به مصلحتش نیست، می‌تواند در مورد حضانت او تصمیم دیگری بگیرد. در جهت تأمین همین هدف، قانون‌گذار در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مقرر داشت: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای مدعی‌العموم هر تصمیم را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند.»

مصادیقی که در قسمت دوم ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی ذکر شده است جنبه تفسیری دارد و حصری نیست. درواقع، ممکن است قاضی بنا بر مورد رفتارهای دیگری را مشمول عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی دارنده حضانت بداند (صفایی و امامی، ۱۳۹۱: ۳۵۲). آنچه در اینجا به نظر می‌رسد این است که ماده ۱۱۷۳ با ماده ۱۱۷۰ در تعارض است. بدین ترتیب که ماده ۱۱۷۰

۱. ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود.»

قانون مدني از مادري كه ازدواج مجدد كرده است سلب حضانة مي كند و ماده ۱۱۷۳ هم از پدر يا مادري كه صلاحيت اخلاقي ندارد سلب حضانة مي كند. حال اگر مادر طفل ازدواج مجدد كند و پدر طفل فاقد صلاحيت اخلاقي باشد، تكليف كودك چيست؟ مي توان در پاسخ گفت ماده ۱۱۷۰ به صورت مطلق سلب حضانة كرده است و ماده ۱۱۷۳ قاضي را در اين تصميم مختار گذاشته است. بنابر اين، تعارضی پيش نمی آيد. از مجموع اين مواد اين گونه برداشت می شود كه در صورت جمع فروض بالا (ازدواج مجدد مادر و عدم شايستگي پدر) از مادر سلب حضانة می شود و طبق ماده ۱۱۷۳ اگر يكي از اقربا يا قيم يا رئيس حوزه قضايي به علت عدم شايستگي پدر تقاضاي تغيير حضانة كند، قاضي به اين موضوع رسيدگي می كند. اما آيا به واقع اين تصميم تأمين كننده بالاترين مصلحت كودك است يا اينكه صرفاً خود را با بازی با كلمات قانون بدون توجه به هدف اصلي حضانة درگير ساخته ايم. مدتي را فرض كنيم كه از مادري، كه امكان سرپرستي شايسته فرزند خود را داشته، سلب حضانة شده و او تا در پيچ و تاب پرونده حضانة در دادگاه بخواهد شايستگي خود و عدم شايستگي پدر كودك را ثابت كند مدتي قابل توجه می گذرد و می تواند آثاري جبران ناپذير بر زندگي كودك بگذارد. درحالي كه اگر در ابتدا با جميع اوضاع و احوال سرپرستي كودك تعيين شود، از وقوع اين جريانات هم جلوگیری خواهد شد. نکته ديگر اينكه مادر صرفاً از حق قانوني خود به عنوان يك انسان استفاده كرده است و اين مسئله نبايد به قيمت از دست دادن سرپرستي كودك خود بدون توجه به شرايط و آثار آن تمام شود.

آنچه معقول می نمايد بررسی مجموع اوضاع و احوال و شرايط است. زيرا طبق ماده ۱۱۷۳ قانون مدني «... محكمه ... هر تصميمی را كه برای حضانة طفل مقتضي بداند اتخاذ كند.» با بررسی شرايط، اگر مادر كودك محق به نگاهداری او با فرض بالاترين مصلحت او بود، حضانة به وی واگذار شود و اگر غير از اين بود، حضانة به پدر يا شخص ديگري واگذار شود. زيرا در اينجا برای قاضي تكليف به اعطای حضانة به والدين نشده است و اين حكم موافق با رعايت بالاترين مصلحت كودك است كه حتى ممكن است در مواردی منجر به اعطای حضانة به شخصي غير از پدر و مادر كودك شود.

در انتها به نظر می رسد ماده ۱۱۷۳ قانون مدني بر ماده ۱۱۷۰ حكومت دارد؛ به اين صورت كه حكم ماده ۱۱۷۰ قانون مدني با فرض شايستگي پدر است و در صورت عدم شايستگي او مورد مشمول ماده ۱۱۷۳ قانون مدني می شود و قاضي با جميع اوضاع و احوال آن را تعيين می كند.

بند دوم. ماده ۱۱۶۹ قانون مدني

طبق ماده ۱۱۶۹ قانون مدني ايران «برای حضانة و نگاهداری اطفالي كه ابوين او جدا از

یکدیگر زندگی می‌کنند مادر تا هفت سال اولویت دارد و پس از آن با پدر است.» می‌بینیم که در این ماده ملاک تعیین حضانت سن کودک است. طبق تبصره همین ماده، بعد از هفت سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت کودک با رعایت مصلحت او به تشخیص دادگاه است که ملاک تعیین حضانت را به صورت مشروط رعایت مصلحت کودک در نظر گرفته است. این تبصره طی اصلاحات ماده ۱۱۶۹ به این ماده اضافه شده است. اصلاحات مواد حضانت کودکان و وضع مواد جدید (ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده)، با لحاظ محوریت جهانی مصلحت کودکان در تعیین حضانت، حاکی از هم‌سو شدن قوانین ایران با توافقات بین‌المللی است.

طبق صورت جلسه ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی نظر به لزوم توجه به مصلحت کودک این ماده تغییر کرد. «با توجه به لزوم توجه عاطفی به اطفال و اقتضای تربیت فرزندان زیر هفت سال توسط مادران، که هم از لحاظ پزشکی و روانشناسی ضرورت آن اعلام و هم از لحاظ شرعی منعی بر آن مترتب نشده است، لذا جهت رعایت غبطه اطفال زیر هفت سال طرح زیر تقدیم می‌گردد ... ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی: برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند مادر تا 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 است.»

در صورت جلسه اصلاحی ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی در مجمع تشخیص مصلحت نظام علت اصلاح ماده رعایت غبطه و توجه به مصلحت کودک اعلام شده است. بنابراین محور تعیین حضانت در این ماده، با حفظ معیار سن، بالاترین مصلحت کودک است.

بند سوم. ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی

طبق ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی «در صورت فوت یکی از ابوی حضانت با آن که زنده است خواهد بود؛ هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قییم معین کرده باشد.» بنا به نظر برخی منع قانونی تداوم حضانت مادر به لحاظ ازدواج وی جهت رعایت مصالح کودک است؛ در حالی که این نظریه اگر مطلقاً درست بود، با توجه به اینکه ولایت بر عهده جد پدری کودک است، امکان اعطای حضانت بدو هم بود، ولی با تعریفی که از حضانت داشتیم آن را از ولایت جدا کردیم. بخش عظیمی از حضانت کودکان برآورده ساختن نیازهای عاطفی و روحی آنان است که هیچ‌کس به اندازه والدین او نمی‌تواند آن را برآورده سازند.

از ماده ۱۱۷۱ می‌توان استنباط کرد که سلب حضانت از مادر به علت ازدواج مجدد او به صورت مطلق تأمین‌کننده مصلحت او نیست؛ و گرنه در این ماده هم باید حضانت کودک در صورت ازدواج مادر او به جد پدری یا شخص دیگری واگذار می‌شد که مصلحت کودک را تأمین

می‌کرد. اما این امر بدیهی است که هیچ‌کس چون مادر دلسوز كودك نیست و مصلحت او را نمی‌تواند تأمین کند. با اینکه این ماده با فرض فوت پدر مقرر شده است، سلب حضانة از مادر بدون توجه به انحطاط اخلاقی پدر یا اوضاع و احوال مضر به حال كودك نیز بر اساس محوریت مصلحت كودك در تعیین حضانة نیست.

همچنین اطلاق ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی دربرگیرنده وضعیت ازدواج مجدد مادر هم هست. یعنی حتی در صورت ازدواج مادر حضانة كودك با مادر است. در تبصره ۲ ماده واحد قانونی، مصوب ۱۳۶۴/۵/۱۲، حضانة كودكانی که پدرانشان شهید شده‌اند به مادرانشان واگذار شده است. طبق این ماده واحد «حضانة فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده و یا فوت شده باشند با مادران آنها خواهد بود و هزینه متعارف زندگی این فرزندان چنانچه از اموال خودشان باشد، در اختیار مادرانشان قرار می‌گیرد؛ مگر آنکه دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر حکم به عدم صلاحیت کند. تبصره یک. مقصود از محجور در این قانون مجنون یا سفیهی است که حجرش متصل به صغر باشد. تبصره دو. ازدواج مادرانی که در ماده واحد ذکر شده است مانع از حق حضانة آنها نمی‌شود. تبصره سه. حدود هزینه متعارف توسط دادگاه معین و به مادر یا نماینده قانونی او پرداخت خواهد شد. تبصره چهار. در مواردی که تعیین حدود هزینه متعارف یا عدم صلاحیت مادر به فرزند شهدا در دادگاه مطرح باشد، بنیاد شهید موظف است کارشناس خود را به دادگاه معرفی کند.»

تبصره دوی این ماده واحد قانونی در واقع مهر تأییدی بر ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی است و می‌توان چنین برداشت کرد که در سرپرستی بر كودك مادر از هر شخصی شایسته‌تر و دلسوزتر به حال فرزند است. این در حالی است که اگر قانون‌گذار ازدواج مادر را در حاق واقع و به صورت مطلق به ضرر كودك می‌دید، می‌توانست حضانة طفل را به ولی قهری او، اعم از جد پدری یا وصی منصوب از جانب او، بسپارد؛ درحالی که می‌بینیم ابوین كودك از هر کسی به حضانة و سرپرستی او مناسب‌تر و دلسوزترند. حال آیا درست نیست که در زمان تعیین مسئول حضانة برای كودك، حتی با ازدواج مجدد مادر در زمان حیات پدر، بالاترین مصلحت كودك را در نظر گرفت و دید که از بین پدر و مادر چه کسی به حضانة سزاوارتر است؟ فرضاً مادر كودك با دیگری ازدواج کرده و پدر طفل همسر دیگری برگزیده است. اگر بخواهیم طبق قانون فعلی حضانة كودك را تعیین کنیم، اولویت با پدر است. اما آیا این تصمیم بر مبنای بالاترین مصلحت كودك است؟ چه تضمینی برای اینکه كودك نزد پدر خود از آرامش بیشتری برخوردار است وجود دارد؟ درحالی که كودكان بیشتر ساعات روز خود را در کنار مادر هستند اگر مادر نباشد، چه کسی جای او را پر می‌کند؟ آیا به‌واقع این بالاترین مصلحت كودك است؟ با طرح این سؤالات می‌خواهیم به این نتیجه برسیم که برای تضمین بالاترین مصلحت

کودک نمی‌توان حکم مطلق صادر کرد و صرفاً وضع یا سلب حضانت کرد؛ بلکه باید بالاترین مصلحت کودک بنا بر شرایط و دلایل موجود توسط قاضی تعیین و بر اساس آن حکم حضانت صادر شود. درست است پروسه قضایی طولانی‌تری طی می‌شود، اما آیا زندگی و آینده یک کودک و در پی آن آینده یک جامعه ارزش این به‌سازی را ندارد؟ تأسیس دادگاه‌ها و دادرها برای ایجاد نظم در جامعه بوده است. حال با تصمیمات بنیادین می‌توان از بی‌نظمی‌های آینده جلوگیری کرد.

بند چهارم. ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱

طبق ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگه‌داری، و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند.» ملاک تعیین حضانت، از سوی دادگاه، مصلحت کودک است. این در حالی است که طبق اعلامیه جهانی حقوق کودک^۱ و نظام حقوقی بین‌المللی نیز تصمیم‌گیری برای سرپرستی کودک باید با توجه به نیازهای روحی و جسمی و مصلحت کودک باشد. ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده، در سال ۱۳۹۱، خود دلیلی است بر اینکه قانون‌گذار مبنای تعیین حضانت را مصلحت کودک قرار داده است و بر مبنای آن برای قاضی در تعیین ناظر بر پدر و مادر طفل، که سرپرست قانونی کودک‌اند، اختیار قائل شده است و این نشان‌دهنده اولویت مصلحت کودک است تا بدانجا که دیگر حق پدر و مادر در حضانت مطلق نیست.

بند پنجم. ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱

ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده حکم مطلق را به رعایت مصلحت کودک داده است. طبق این ماده «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است.» اطلاق این ماده دربردارنده تصمیمات مربوط به حضانت کودکان هم هست. در نگاه اول، اطلاق ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده معارض مواد حضانت در قانون مدنی است. از نظر اصولی ماده قانونی خاص نمی‌تواند ناسخ قانون عام باشد. با این حال، با

۱. اصل ۶ اعلامیه جهانی حقوق کودک: کودک جهت پرورش کامل و تعادل شخصیت به محبت و تفاهم نیاز دارد و باید تا جای ممکن تحت توجه و سرپرستی والدین خود و به هر صورت در فضایی پرمحبت و در امنیت اخلاقی و مادی پرورش یابد.

نگاهی عمیق‌تر درمی‌یابیم که ماده ۴۵ هم‌گام با اسناد بین‌المللی در زمینه حقوق كودك حكم مطلق را صرفاً بر اساس مصلحت كودك و نه چیز دیگری داده است و مصلحت را هم با توجه به جميع اوضاع و احوال باید سنجید. اطلاق این ماده صرفاً بر اساس مصلحت كودك و نه چیز دیگر بیان شده است؛ در حالی که در ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی سلب حضانة از مادر به علت ازدواج مجدد او آمده است. از آنجا که قانون حمایت از خانواده تازه تصویب شده و با اسناد بین‌المللی هماهنگ است، به نظر می‌رسد اگر این اطلاق را به نفع حفظ مصلحت كودك تفسیر کنیم، به رعایت بالاترین مصلحت كودك نزدیک‌تر می‌شویم.

مبحث هفتم. موانع حضانة

هرگاه عاملی حق حضانة پدر یا مادر را در حال تعلیق نگاه دارد، به این معنا که تا آن عامل وجود دارد نتوان حضانة را به صاحب حق واگذار کرد، ولی پس از زوال عامل دوباره وضع به حال عادی بازگردد، آن را مانع اجرای حضانة نامند. لیکن، چنانچه حادثه‌ای حق نگهداری و تربیت فرزند را برای همیشه از بین ببرد، مانند مرگ حضانة‌کننده یا كودك تحت حضانة، باید آن را از عوامل سقوط حق حضانة شمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵۷).

موانع اعمال حضانة با شرایط اعمال آن لازم و ملزوم یک‌دیگرند؛ به نحوی که اگر یکی از والدین فاقد شرایط اعمال حضانة باشد، از حضانة كودكان خود محروم و این فقدان مانع اعمال حضانة می‌شود. عقل، بلوغ، آزاد بودن (نجفی، بی‌تا، ج ۳۱: ۲۸۷)، اسلام، شایستگی اخلاقی، قدرت بر نگهداری و سرپرستی (وهبة الزحیلی: ۷۲۶)، سکنی در محل ثابت (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ ق: ۴۰)، و عدم ازدواج مادر، که موضوع این مقاله است، از شرایطی هستند که برای اعمال حق حضانة بر شمرده‌اند و به تبع آن جنون، صغر، فسق، عدم صلاحیت اخلاقی، عدم توانایی بر نگهداری كودك، و ازدواج مادر از موانع حق حضانة‌اند. اهم موانع اعمال حق حضانة در ادامه بررسی می‌شود.

گفتار اول. موانع حق حضانة

بند اول. کفر: مشهور فقهای امامیه بر این باورند که کافر نمی‌تواند حضانة كودك را بر عهده داشته باشد؛ هرچند مادر او باشد. بنابراین، چنانچه مرد مسلمان با زن غیر مسلمان ازدواج کند و پس از بچه‌دار شدن از یک‌دیگر طلاق بگیرند یا یکی از زوجین کافر اسلام آورد یا یکی از زوجین مسلمان کافر یا منافق شود، در حالی که كودک‌انی در حضانة خود دارند، حضانة پدر یا مادر کافر ساقط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶۰). از دلایل اشتراط اسلام در حضانة‌کننده عبارت‌اند از:

۱. تأثیرگذاری بر کودک و ایجاد زمینه انحراف او از اسلام (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ق: ۵۵۱)
 ۲. آیه نفی سبیل در نفی ولایت کافر بر مسلم؛ یعنی شخص غیرمسلمان بر مسلمان به اقتضای آیه شریفه «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» (نسا/ ۱۴۱) ولایت ندارد.

در حقوق ایران قانون گذار به شرط اسلام برای دارنده حضانت اشاره نکرده است. لیکن حقوق دانان درباره شرط بودن آن اختلاف کرده اند عده ای از حقوق دانان با توجه به ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی قائل به شرطیت اسلام در حاضن و حاضنه است (صفایی و امامی، ۱۳۹۱: ۳۵۸) و بنا بر نظر عده ای دیگر در قانون مدنی ظاهراً بنا به ملاحظاتی به عمد کفر در زمره موانع حضانت نیامده است و راه حل به رویه قضایی واگذار شده است. با وجود این، در هر موردی که به دلیل انحطاط اخلاقی پدر و مادر سلامت جسمی یا روحی فرزندان در خطر باشد دادگاه باید نگرانی از او را به دیگری بسپارد. همچنین، در محاسبه مصالح و مفاسدی که سپردن طفل به پدر یا مادر دارد، دادرس اعتقادات مذهبی آنان را یکی از عوامل مهم اخلاقی در نظر می گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶۱). بنا بر نظر دوم می توان گفت در واقع با عدم ذکر اسلام در شرایط حضانت اعطای حضانت یا سلب آن باید با در نظر گرفتن بالاترین مصلحت کودک به صورت موردی از سوی قاضی تعیین شود.

از همین جا می توان نتیجه گرفت در صورت پذیرش نظر دوم تصمیم گیری بر اعطای حضانت به پدر یا مادر کافر بنا بر رعایت مصلحت کودک به نظر قاضی واگذار شده و در خصوص آن حکمی مطلق صادر نشده است. بنابراین، در سایر موارد، از جمله ازدواج مجدد مادر، به طریق اولی باید رعایت مصلحت کودک در اولویت قرار بگیرد. بعدتر به این موضوع پرداخته می شود.

بند دوم. جنون: در این مورد باید گفت لازمه سرپرستی از کودک عاقل بودن است. در واقع اگر شخصی عاقل نباشد، خود نیازمند این است که تحت سرپرستی دیگری باشد. بنابراین، نمی تواند حضانت کودک را بر عهده بگیرد؛ وگرنه مصالح کودک به خطر می افتد و فلسفه حضانت از بین می رود. جنون پدر نیز در حکم جنون مادر و سبب سقوط حق حضانت می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: شماره ۴۰۱ و ۴۰۲) و در این صورت حضانت طفل تا سن بلوغ به عهده مادر است. در این مورد باید گفت فرقی میان جنون ادواری و جنون دائمی وجود ندارد و از اطلاق ماده قانون مدنی هم همین برداشت می شود. این در حالی است که در خصوص ولایت بین جنون ادواری و دائمی فرق می گذارند.

بند سوم. فسق و انحطاط اخلاقی: یکی دیگر از شرایط حضانت شایستگی اخلاقی است که فقها آن را با صفت امانت برای پدر و مادر شناخته اند. بنابراین، فسق از موانع حضانت است. دلایلی که برای اشتراط امانت می توان برشمرد عبارت اند از:

۱. تنافی با ولایت: کسانی که حضانة را ولایت خوانده‌اند آن را منافی فسق می‌دانند؛ چه اینکه فاسق ولایت ندارد.

۲. عدم اطمینان و ترس از خیانت شخص فاسق در امور كودك.

۳. ایجاد زمینه بدآموزی و انحراف طفل (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق: ۴۲۴).

۴. پیدایش عسر و حرج: تکلیف به تسلیم كودك به شخص غیرآمین مستلزم عسر و حرج است (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۴۶۹).

علاوه بر صفت امانت، برخی فقها صفت عدالت را هم برای حضانة لازم می‌دانند. همان‌طور که شیخ طوسی در *المبسوط* اذعان می‌دارد عادل بر فاسق برتری دارد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ ق: ۴۰).

در نهایت، در مقام جمع میان عدم اشتراط عدالت و اشتراط عدم فسق می‌توان گفت صرف اینکه عدم فسق ظاهر باشد کافی است و اثبات عدالت لازم نیست (نجفی، ۱۴۴ ق: ۲۸۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق: ۴۲۴). در همین زمینه، مطابق ماده ۱۱۷۳ قانون حمایت از خانواده «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانة اوست صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای مدعی‌العموم هر تصمیم را که برای حضانة طفل مقتضی بداند اتخاذ کند.» بنابراین، فسق و عدم صلاحیت اخلاقی پدر و مادر از موارد سلب حق حضانة است و این حکم بالاترین مصلحت كودك را در نظر می‌گیرد. زیرا به مصلحت كودك نیست تحت سرپرستی شخصی باشد که دارای انحطاط اخلاقی است و ممکن است موجب انحراف كودك هم بشود.

بند چهارم. صغیر بودن: یکی از شرایط دارنده حق حضانة بلوغ است. با توجه به آیات قرآن^۱ و روایات، بلوغ در اسلام به معنای رسیدن كودك به سنی است که در آن قوای جسمی و غریزه جنسی او نمو یافته و آماده توالد و تناسل است (مرعشی، ۱۳۷۱: ۶۰). فقهای شیعه این مورد را در زمره شرایط دارنده حضانة مطرح نکرده‌اند، شاید بدین دلیل که نظر به تعریف بلوغ در فقه شیعه و قانون مدنی ایران مصداقی برای این مورد، یعنی والدین صغیر دارای فرزند یافت نمی‌شود؛ هرچند پیش از اصلاح ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی ایران و با توجه به تعریف بلوغ و تعیین سن هجده برای آن این شرط موضوعیت داشت (کریمی و محسنی، ۱۳۹۳: ۳۱۰).

با این حال، یکی از شرایط مذکور برای حضانة بلوغ است. به کسی که به سن بلوغ نرسیده است صغیر می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: مدخل صغیر). هرچند بلوغ از شرایط عامه

تکلیف است، در مورد حضانت، که نوعی سلطه و ولایت محسوب می‌شود، از شرایط اجماعی است (لطفی، ۱۳۸۹: ۲۷۲).

بند پنجم. ازدواج مجدد مادر: طبق ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی اگر مادر در مدتی که حضانت کودک با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود. دلایل این مدعا عبارت‌اند از:

۱. روایات. از دیدگاه برخی فقها، مادر تا وقتی ازدواج نکرده است حضانت را بر عهده دارد (شیخ مفید، ۱۴۱۰ ق: ۸۲) و با ازدواج مادر پدر در حضانت اولویت می‌یابد. در مستدرک الوسائل (النوری الطبرسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۲۵: ۱۶۴) نیز به نقل از درّ اللالی آمده است: «پیامبر اکرم (ص) فرمودند: مادر تا زمانی که شوهر نکرده احقّ بر حضانت طفل است. و نیز آن حضرت به زنی که شوهرش او را طلاق داده بود و می‌خواست کودک را از وی بگیرد فرمودند: تا زمانی که ازدواج نکرده‌ای تو احقّ بر حضانت هستی.» طبق روایات از امام صادق (ع) پرسیدند: «مردی زنش را طلاق داده و فرزندی دارند. کدام‌یک به نگهداری کودک سزاوارتر است؟» امام فرمود: «مادر، تا زمانی که شوهر نکرده باشد.» (الحر العاملی، ۴۷۱/۲۱: ح ۴). بنا بر روایات مذکور و سایر روایات وارده، یکی از شروطی که فقهای اسلام برای حضانت مادر برشمرده‌اند فراغت از زوجیت است. به این بیان که چنانچه مادر در مدتی که برای حضانت اولویت دارد به دیگری شوهر کند، حق او ساقط و حضانت کودک به پدر منتقل می‌شود. با دقت در این روایات معلوم می‌شود که هر یک به دلیلی معتبر نیستند. مثلاً روایت سلیمان بن داوود منقروی به سبب مرد بودن راوی آن بین حفص بن غیاث و فردی دیگر^۱ از نظر سندی اعتبار ندارد (الحر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۴۷۰). روایت مرسله سلیمان بن داوود منقروی نیز به دلیل ارسال ضعیف است (رهبر و سعادت، ۱۳۹۰: ۷۷). باید گفت این سلب حضانت در نظر فقها نیز اطلاق ندارد و برای مانعیت ازدواج مادر در حضانت شرایطی وجود دارد؛ از جمله اینکه به غیر پدر و در زمان حیات و کامل بودن او (رق، کافر، یا مجنون نباشد) شوهر کند. در غیر این صورت ازدواج مادر مانع حضانت نخواهد بود (شهید ثانی، ۱۳۸۵: ۴۸۸؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۴۷۰).

پس، در صورتی که پدر هیچ‌گونه مانعی برای حضانت کودک نداشته باشد، ازدواج مجدد مادر موجب سلب حضانت از او خواهد شد و از مفهوم مخالف آن می‌توان دریافت در صورتی که پدر صلاحیت و شایستگی برای سرپرستی نداشته باشد، صرف ازدواج مجدد مادر موجب سلب حضانت نمی‌شود.

۲. بازماندن از وظایف مادری. با برقراری رابطه زناشویی میان مادر و مردی دیگر، مادر

۱. سلیمان بن داوود المنقروی عن حفص بن غیاث او غیره.

موظف است همه وقت خود را صرف شوهر و برآوردن حقوق او كند و بالطبع ديگر قادر نخواهد بود به وظايف مادري خود در ننگه‌داري از كودكش عمل كند (فاضل، ۱۴۰۵، ج ۲: ۱۰۶؛ شهيد ثاني، ۱۴۱۳: ۴۲۴). از نظر برخي، حق حضانة و حق زوجيت دو حق متزاحم‌اند. بنا بر اين، زن نمي‌تواند در عمل ميان آن‌ها جمع كند. توضيح آنكه پيمان زناشويي سبب مي‌شود شوهر بر زن حقيقي پيدا كند كه زن در مقابل آن حقوق تكاليفي بر عهده‌اش ثابت مي‌شود (طاهري‌نيا، ۱۳۸۳: ۱۱۹).

اين دليل نمي‌تواند مانع بر عهده گرفتن حضانة كودك باشد. زيرا حقوق شوهر به گونه‌اي نيست كه مانع انجام دادن ساير وظايف زن باشد؛ به‌خصوص در مواردی كه مادر با اجازه و رضایت شوهر دوم اين كار را انجام دهد (نجفي، بی‌تا، ج ۳۱، ۲۹۰). علاوه بر آن ايرادي كه به اين نظريه مي‌توان وارد كرد اين است كه اگر مادر بايد دائم در خدمت شوهر خود باشد و اين مانع وظايف مادري مي‌شود، تالی فاسد همين مسئله درباره پدر و مادري كه با هم زندگي مي‌كنند نيز وجود خواهد داشت. در واقع، با دقت در دلایلي كه برای سلب حضانة از مادر به علت ازدواج بعدی او آمده است مي‌بينيم كه در اين حكم مصلحت كودك را مفروض دانسته است. بدین ترتیب كه زندگي با پدر به جای زندگي با مادر و شوهر جديد او به مصلحت اوست؛ درحالی كه همين روايات توسط معصومين، چنان كه اشاره خواهد شد، با استثنا مواجه شده است. صدور حكم مطلق سلب حضانة از مادر به علت ازدواج او با توجه به محوريت بالاترين مصلحت كودك در تعيين حضانة قابل تأمل به نظر مي‌رسد.

گفتار دوم. دسته‌بندی موانع حق حضانة

با دقت در مواردی كه قانون‌گذار حكم قطعی در خصوص حضانة كودك صادر كرده است (م ۱۱۷۱ و ۱۱۷۰) سه حالت را مي‌توان در نظر گرفت: ۱. يكي از والدين فوت كند؛ ۲. يكي از والدين مجنون شود؛ ۳. مادر به ديگري شوهر كند. در فرض اول و دوم، كه از موارد سقوط حضانة است، ديگر عملاً امكان سرپرستي و حضانة وجود ندارد. بدین معنا كه شخص مجنون يا متوفاً عملاً نمي‌تواند سرپرستي كسي را بر عهده داشته باشد و به اين علت قانون‌گذار در اين مواد قانوني حق حضانة را به شخص ديگري اعطا كرده است. اما در مورد سوم، كه قانون‌گذار ما برای آن در کنار جنون مادر حكم نوعی تعيين كرده است، عملاً امكان سرپرستي از جانب مادر وجود دارد و قانون‌گذار با فرض مصلحت كودك در سلب حضانة از مادري كه ازدواج مجدد كرده است اين حكم را داده است. اين در حالی است كه در موارد انحطاط اخلاقي پدر و مادر قانون‌گذار مختار است تصميمي بگيرد كه به مصلحت كودك است.

در دسته‌بندی مطالب دو حالت را می‌توان در نظر گرفت. حالت اول اینکه عملاً دیگر امکان حضانت وجود ندارد و حالت دوم امکان حضانت وجود دارد، اما ممکن است مصلحت کودک به خطر بیفتد و باید در این خصوص اختیار را به قاضی داد تا با مبنای بالاترین مصلحت کودک تصمیم بگیرد.

ازدواج مجدد مادر، با توجه به اینکه عملاً امکان حضانت را سلب نمی‌کند، در دسته دوم قرار می‌گیرد و با اینکه مصلحت کودک با سلب حضانت از مادر مفروض است باید با در نظر داشتن بالاترین مصلحت کودک بررسی شود؛ درحالی‌که امروزه مفروض بودن سلب حضانت از مادر به علت ازدواج مجدد او نیز قابل‌خداشه است.

در گذشته، با توجه به وابستگی اقتصادی زن به مرد، فرض بر این بود که اگر زنی از شوهر اول خود جدا شود، دیگر واجد استطاعت مالی برای پرورش کودکان نیست. و اگر با دیگری هم ازدواج کند، نه‌تنها خود زن از نظر اقتصادی به مرد وابسته است، بلکه همسر جدید زن ممکن است سرپرستی کودکان زن از همسر سابقش را نپذیرد یا اگر بپذیرد، با کودک بدرفتاری کند. پس بهتر است سرپرستی را به پدر کودک داد تا هم مادر بتواند دوباره ازدواج کند و هم کودک از زیر یوغ غریبه نجات یابد. این در حالی است که امروزه چهل درصد نیروی کار جهان را زنان تشکیل می‌دهند و هم‌پای مردان در اجتماع حضور دارند و دارای استقلال مالی‌اند. چه‌بسا ازدواج بعدی آن‌ها نه به علت نیاز مالی، بلکه برای افزایش سطح کیفی و ارضای نیازهای روحی و عاطفی باشد که اگر بخواهد موجب سلب حضانت فرزندان آن‌ها شود، از این نیاز که می‌توانست کودکان آن‌ها را هم پوشش عاطفی بدهد چشم‌پوشند.

مبحث هشتم. دلایل مثبت بر لزوم رعایت بالاترین مصلحت کودک و

تأمین آن با تداوم حضانت مادر حسب مورد

با توجه به هدف و مبنای حضانت، که حفظ بالاترین مصلحت کودک است، سلب حضانت از مادر به صورت مطلق بدون در نظر گرفتن اوضاع و احوال خود می‌تواند برخلاف این هدف باشد. دلسوزترین افراد به کودک مادر است و او از هر شخصی به سرپرستی کودک محق‌تر است؛ مگر خلافش ثابت شود. و در صورت اثبات خلاف، بر اساس مبنای حضانت، حضانت را به شخصی که بالاترین مصلحت کودک را تأمین می‌کند واگذار می‌کنیم. روایات و دلایل متعددی در این مدعا وجود دارد.

بند اول. آیات و روایات‌ها

۱. آیه ۲۳۳ سوره بقره. با استدلال برخی از فقها^۱ درباره اصل وجوب حضانة به اطلاق آیه کریمه «لاتضار والدۀ بولدها»^۲ می‌توان این معنی را استنباط کرد که مصلحت كودك باید رعایت شود. با این بیان که دور کردن طفل از دامن پرمهر مادر ضرر به كودك است و اطلاق آیه آن را دربرمی‌گیرد.

۲. حدیث نبوی. کسی که بین فرزند و مادرش جدایی بیندازد خداوند بین او و دوستانش روز قیامت جدایی می‌اندازد (محمد بن عبدالله، ۱۳۲۴: ۷۵۴).

۳. امام علی^(ع) می‌فرماید: «و من رحمته الله لما سلب الطفل قوّة النهوض و التغذی جعل تلك القوّة فی امّه و رفقها علیه التقوم بتربيته و حضانته فان قسا قلب ام فقه من الامهات الوجوب تربیة هذا الطفل و حضانته علی سائر المؤمنین.» (علامه مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۹۲: ۲۴۸). از نشانه‌های رحمت خداوند این است که چون توانایی حرکت و تغذیه را از كودك گرفته این توان را در مادر قرار داده و او را به كودك مهربان کرده تا تربیت و نگهداری او را به عهده بگیرد. پس اگر مادری سنگدل بود و مصالح كودك به خطر افتاد، نگهداری و تربیت كودك بر دیگر مؤمنان واجب است. چون ملاک حضانة اعمال مهربانی، شفقت، نگهداری، و تربیت نیکو بوده است مادر را سزاوارتر دانسته است.

۴. روایت داود رقی از امام صادق. داود رقی خدمت امام صادق^(ع) رسید و گفت: «زن آزادی با برده‌ای ازدواج کرد و پس از آنکه از وی فرزندی آورد از هم جدا شدند. زن، پس از جدایی از وی، با مرد دیگری ازدواج کرد. هنگامی که عبد از ازدواج همسر سابقش آگاه شد نزد او رفت و با استناد به ازدواج دوباره وی بر عدم شایستگی او برای نگهداری فرزندش استدلال کرد و از وی خواست که حضانة فرزندش را به او بدهد.» امام^(ع) فرمود: «تا زمانی که آن مرد (شوهر سابق) برده باشد زن به نگهداری فرزند سزاوارتر است.» (کلینی، ۱۳۸۸، ج ۶: ۴۵؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ق، ج ۸: ۱۷۹).

در این روایت، طبق فرمایش امام صادق^(ع)، در صورتی که پدر كودك برده و مادر طفل آزاد باشد، در صورت جدایی پدر و مادر، مادر به حضانة سزاوارتر است. زیرا این به مصلحت كودك نزدیک‌تر است. سلب حضانة از مادر به علت ازدواج مجدد او با فرض رعایت مصلحت كودك است؛ بدین صورت که اگر مصلحت كودك به نحوی دیگر باشد، از مادر سلب حضانة نمی‌شود. حال می‌توان همین‌جا وحدت ملاک گرفت بر مصادیق دیگر؛ از جمله فسق و انحطاط اخلاقی

۱. الموسوی السبزواری، ۱۴۱۷: ق: ۲۷۶.

۲. بقره/ ۲۳۳.

پدر، فقدان استطاعت مالی پدر و توانایی مادر، ابتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج مانند ایدز یا اعتیاد پدر.

بند دوم. نظرات علمای اسلامی

۱. شهید ثانی می‌فرماید: «زن برای حضانت از مرد شایسته‌تر است، به جهت آنکه مهربانی زن بیشتر است و نیز خلقت اصلی زن به گونه‌ای است که آماده پرورش و نگهداری است.»^۱ (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق: ۴۲۱). همان‌طور که گفته شد، هدف اصلی حضانت نگاهداشت مصلحت کودک است. در حقیقت، از نظر شرعی در حضانت هماهنگی با طبیعت صورت گرفته است^۲ (الموسوی السبزواری، ۱۴۱۷ ق: ۲۷۶).

۲. علمای حنفی‌مذهب گفته‌اند سزاوارترین مردم به حضانت مادر است؛ چه در حال ازدواج با همسر باشد یا در حال طلاق. سپس، بعد از او، مادر و مادر مادر او. علمای مالکی و شافعی و حنبلی مشابه همین را با مختصر تفاوتی بیان کرده‌اند (الجزیری، ج ۴: ۵۲۱). حنفیان برآنند که حضانت از بچه حق خویشان مادری کودک است و سزاوارترین افراد در امر حضانت مادر است؛ خواه در نکاح پدر کودک باشد یا نباشد (الجزیری، ج ۴: ۴۹۹ و ۵۰۰).

۳. فقهای اهل سنت حضانت را به‌طور کلی حق مادر دانسته و او را شایسته‌تر می‌دانند. علاوه بر روایاتی که مستند نظر ایشان است، می‌گویند مهربانی و دلسوزی مادر به کودک بیشتر است (الجزیری، ج ۴: ۵۹۴ و ۵۹۸).

۴. دکتر وهبه‌الزحیلی، از علمای اهل سنت، می‌نویسد: «مادر، پس از جدایی پدر و مادر، به طلاق یا وفات، به اتفاق علما، در تربیت و نگهداری کودک بیشتر سزاوار است. زیرا مهربانی و دوستی او از همگان افزون‌تر است. مگر اینکه مرتد باشد یا به گونه‌ای فاسق باشد که حق فرزند از بین برود؛ مانند زنا، آوازه‌خوانی، دزدی، خوانندگی در مجالس تعزیه، یا اینکه در کنار او امنیت نداشته باشد، مانند تنها گذاردن کودک و ...»^۳ (وهبه‌الزحیلی، ج ۷: ۷۱۷ - ۷۱۸)

۵. از کلمات فقها و حقوق‌دانان این‌گونه استنباط می‌شود که مهم‌ترین فلسفه نگاه‌داری کودک رعایت غبطه و مصلحت وی است. مثلاً یکی از حقوق‌دانان می‌گوید: «کودک از زمان تولد به کسی احتیاج دارد تا در زمینه تربیت، رشد، نگهداری، و انجام دادن کارهایش اقدام کند تا زمانی که بی‌نیاز شود و سزاوارترین مردم برای حضانت مادرش است. برای اینکه وی از

۱. «... و هی بالأنثی ألیق منها بالرجل لمزید شفتها و خلقها المعد لذلك بالاصل.»

۲. «الحضانة هی حماية الطفل و رعايته و انها فی الجملة من الامور الطبيعية اللتی جعلها الله تعالی - بین الام و اولادها لحنانها - فی الحيوان فضلاً عن الانسان کل بحسبه.»

۳. «الام احق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق او وفاة بالاجماع لوفور شفتها الا ان تكون مرتدة او فاجرة فجورا یضیع الولد به کرنا و غنا و سرقة و نياحة او غیرمامونة بان تخرج کل وقت و ترک الولد ضائنا.»

همه با کودک مهربان تر است و از همه تواناتر. پس، در درجه اول حق حضانت برای مادر ثابت است و بعد از مادر زنان محارم کودک و خویش نزدیک تر طبعاً مقدم خواهند بود. چون ملاک حضانت اعمال مهربانی، شفقت، نگره‌داری، و تربیت نیکوست. از این رو مادر را سزاوارتر است.» (زیدان، ۱۹۷۶: ۴۵۰).

بند سوم. یافته‌های روانشناسی

طبق یافته‌های روانشناسی، نیازهای عاطفی و شناختی و اجتماعی کودکانی که حضانت آن‌ها پس از طلاق از مادر سلب شده به گونه مؤثر برآورده نمی‌شود و ممکن است تأثیر ناگوار بر آینده آن‌ها بگذارد. در صورتی که با سلب حضانت از پدران، به خصوص هنگامی که کودک دختری باشد، این تأثیر مشهود نیست. گسسته شدن روابط بین فرزندان و مادر پیامدهای منفی خواهد داشت. بالبی بر آن است که کنش متقابل بین مادر و فرزند نوعی دلبستگی عاطفی ایجاد می‌کند که این ارتباط عاطفی باعث می‌شود کودک به دنبال آسایش حاصل از وجود مادر باشد و در آینده این تعامل‌ها در رابطه وی با دیگران تأثیر می‌گذارد (ماسن، ۱۳۸۰: ۱۶۱ - ۱۶۳).

میشل لامپ (۱۹۷۶) در نتیجه تحقیقات خود اظهار می‌کند که نوزادان هنگام اضطراب و هیجان مادر را بر پدر ترجیح می‌دهند. اما هنگامی که چنین وضعیتی ندارند و پدر و مادر در کنار آن‌ها هستند هیچ‌گونه ترجیحی قائل نمی‌شوند. او گزارش می‌کند که نوزادان هجده‌ماهه در برابر پدر رفتاری اجتماعی و رسمی و در برابر مادر رفتاری حاکی از وابستگی نشان می‌دهند (باقری، ۱۳۷۹).

یافته دیگر این است که بین سلامت روانی فرزندان که حضانت آن‌ها به عهده مادرانشان است و فرزندان که حضانت آنان از مادرانشان سلب شده تفاوتی معنادار وجود دارد. نتایج نشان می‌دهد اختلال رفتاری در فرزندان که حضانت مادر از آن‌ها سلب شده بیش از گروهی است که حضانت آن‌ها به عهده مادرشان است. این یافته با همه یافته‌های مطالعات قبلی درباره به خطر افتادن سلامت روان فرزندان پس از طلاق و سلب حضانت از مادر هم‌خوانی دارد. مثلاً چپمن^۱ (۱۹۷۷)، شین^۲ (۱۹۷۸)، گاتمن و لازار (۱۹۹۸)، وایت‌ساید و بکر (۲۰۰۰) در تحقیقات خود خاطرنشان می‌کنند کودکانی که پس از طلاق حضانت آن‌ها از مادر سلب شده نیازهای عاطفی و شناختی و اجتماعی آن‌ها به گونه‌ای مؤثر برآورده نمی‌شود و ممکن است نتایج جدی و ناگوار را در آینده تجربه کنند؛ در صورتی که این امر چندان برای پدران خصوصاً هنگامی که فرزند موردنظر دختر باشد، صادق نیست. گسسته

1. chapman
2. shinn

شدن روابط بین فرزندان و مادر پی‌آمدهای منفی خواهد داشت (حسینیان، سیمین، ۱۳۸۲: ۱۶۵).

به اعتقاد بالبی، کنش متقابل بین مادر و فرزند نوعی وابستگی عاطفی ایجاد می‌کند که این ارتباط عاطفی باعث می‌شود طفل به دنبال آسایش حاصل از وجود مادر باشد و در آینده، این تعامل‌ها در رابطه وی با دیگران تأثیر گذارد (ماسن، ۱۳۸۰).

بند چهارم. وحدت ملاک در تصمیم‌گیری بر اساس بالاترین مصلحت کودک

در مبحث موانع حق حضانت گفته شد که از موانع سرپرستی و حضانت فرزندان کفر والدین است. طبق نظر برخی حقوق‌دانان^۱ عدم ذکر کفر در زمره موانع حق حضانت به جهت واگذاری آن به رویه قضایی است تا تصمیم‌گیری در زمینه حضانت با توجه به بالاترین مصلحت کودک باشد. حال اگر این نظر را بپذیریم، آیا نمی‌توان برای ازدواج مادر هم با در نظر گرفتن بالاترین مصلحت کودک به طریق اولی تصمیم را به رویه قضایی سپرد؟ با توجه به اینکه سرپرستی کودک از سوی مادری که ازدواج کرده است مصلحت بیشتری دارد تا پدر یا مادر کافر، با پذیرش این نظر، قاضی، با در نظر گرفتن شرایط هر پرونده، برای اعطای حضانت با محوریت مصلحت کودک اختیار دارد.

بند پنجم. ایجاد عسر و حرج

سخن‌گوی شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۲/۹/۱۰ بخشنامه‌ای صادر کرده بود که در صورتی که دوران حضانت مادر پایان یافته، ولی جدایی مادر از فرزند باعث عسر و حرج و طاق‌فرسا باشد، جلوی این کار گرفته شود. سؤالی نیز در این باب از حضرت امام (قدس سره) پرسیده شد که اگر جدا کردن فرزند از مادر پس از دو سال، در صورت پسر بودن کودک، و پس از هفت سال، در صورت دختر بودن کودک، موجب مشقت تحمل‌ناپذیر برای او شود، آیا در این حالت هم دادگاه مادر را به تحویل دادن کودک به پدر ملزم می‌کند یا نه؟ حضرت امام در پاسخ فرمودند: «در این صورت پدر نباید فرزند را از مادر جدا کند.»^۲ این مطلب می‌تواند مثبت محوریت مصلحت باشد. زیرا باید کودک را تا حد ممکن از مشقت ناشی از جدایی پدر و مادر و تعیین حضانت دور داشت و این خود منطبق با رعایت بالاترین مصلحت حسب مورد است.

۱. کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۶۱.

۲. روزنامه اطلاعات، ۲۶ آذرماه ۱۳۷۷، «حضانت و ملاقات طفل» ابوذراخگر.

بند ششم. اسناد بين المللی

علاوه بر آنچه در خصوص کنوانسیون حقوق كودك در مبحث «اهمیت مصلحت كودك طبق اسناد بين المللی» اشاره شد، از آنچه در این اسناد بين المللی آمده است محوریت مصلحت كودك را درمی یابیم. در این اسناد ازدواج مجدد مادر موجب سلب حضانة نمی شود، بلکه اگر بالاترین مصلحت كودك ایجاب کند، كودك با تصمیم قاضی با مادر خود زندگی خواهد کرد. حکم مصلحت كودك مطلق است و خود مصلحت اطلاق بردار نیست و باید در هر مورد با جمیع اوضاع و احوال بررسی شود. مطابق کنوانسیون حقوق كودك، جدا کردن كودك از پدر یا مادرش غیرقانونی است؛ مگر اینکه به نفع او باشد یا مورد سوءاستفاده والدین قرار بگیرد. در اینجا مصلحت كودك با جدا کردن او از پدر و مادرش در هیچ جا مفروض نیست، بلکه در هر موردی باید بررسی شود.

نتیجه گیری

از مجموع آنچه گفته شد بدین نتیجه می رسیم که فلسفه تعیین حضانة تأمین مصلحت كودك با تعیین شایسته ترین فرد برای نگه داری اوست. با توجه به اولویت پدر و مادر در سرپرستی كودك، در صورتی که این دو از هم جدا زندگی کنند، باید سرپرست كودك با جمیع اوضاع و احوال موجود در هر مورد مشخص شود. الفت و نزدیکی مادر به فرزند موضوعی بدیهی است و جدایی این دو می تواند آثاری جبران ناپذیر داشته باشد؛ تا آنجا که پیامبر اکرم (ص) کسی را که موجب جدایی مادر و فرزند شود لعنت کرده است. ریشه همه این ها به بالاترین مصلحت كودك، که اصولاً با مادر طفل برآورده می شود، برمی گردد و اگر در جایی فقدان مصلحت كودك مفروض است، مانند عدم صلاحیت اخلاقی مادر یا پدر، قانون گذار اختیار بررسی و اتخاذ بهترین تصمیم را به قاضی محکمه داده است. در خصوص ازدواج مجدد مادر هم باید به همین صورت قاضی با بررسی جمیع اوضاع و احوال حضانة طفل را مشخص کند. در همه اسناد بين المللی حقوق كودك، حفظ بالاترین مصلحت كودك در کلیه احکام و تصمیم گیری های قضایی و غیرقضایی امری اساسی است.

روشن شد در خصوص سقوط حضانة در مواردی مانند مرگ یا جنون یکی از ابویان می توان حکم نوعی بر حضانة پدر یا مادر باقی و سالم صادر کرد. اما در موارد دیگر که مانع حضانة می شود، مانند عدم صلاحیت اخلاقی پدر یا مادر، قاضی با بررسی موردی حکم را صادر می کند. ازدواج مجدد مادر هم از دسته اخیر است و نمی توان برایش حکم کلی صادر کرد و نیازمند بررسی موردی است. این در حالی است که یافته های روانشناسان نشان می دهد آثار مخرب و

مشکلات روحی فرزندان که تحت سرپرستی مادر خود نیستند بیشتر از آنهایی است که تحت سرپرستی مادر خود هستند.

ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده نیز به صورت مطلق رعایت مصلحت کودک را در همه تصمیمات مربوط به حضانت او لازم دانسته است؛ به نحوی که در نگاه اول گویی با ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی متعارض است. اما، با توجه به اینکه این قانون خاص است، نمی توان قائل به نسخ شد. بنابراین، اصلاح ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی و خارج کردن آن از حالت اطلاق و وضع آن با در نظر داشتن بالاترین مصلحت کودک مناسب می نماید.

منابع

الف) منابع فارسی

قوانین، اعلامیه ها، کنوانسیون ها

۱. اعلامیه جهانی حقوق کودک، مصوب ۱۹۵۹.
۲. قانون امور حسبی، مصوب ۱۳۱۹.
۳. قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱.
۴. قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷.
۵. کنوانسیون حقوق کودک، مصوب نوامبر ۱۹۸۹.

کتاب و مقالات

۶. آدامز، پل (۱۳۷۹). روان شناسی کودکان محروم از پدر، ترجمه خسرو باقری، تهران، مؤسسه فرهنگی منادی تربیت.
۷. امامی سید حسن (۱۳۷۵). حقوق مدنی، ج ۱۱، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
۸. برادری، خسرو (۱۳۸۸). «حقوق کودک در اسناد بین المللی» (چگونگی اجرای حقوق کودکان فلسطینی در سرزمین های اشغالی)، مجله کانون وکلا، ش ۲۰۶.
۹. پورقهرمانی گل تپه، بابک (۱۳۸۳). «نگاهی به کنوانسیون حقوق کودک و مباحثی پیرامون آن»، رواق اندیشه، ش ۲۰.
۱۰. حسنی، علی اکبر (۱۳۶۲). «ویژگی های تعلیم و تربیت اسلامی»، درس هایی از مکتب اسلام، س ۲۳، ش ۱۰.
۱۱. حسینیان سیمین (۱۳۸۲). «مقایسه ارتباط سلامت روانی فرزندان مادرانی که حضانت فرزندشان را دارند با فرزندان و مادرانی که حضانت فرزندانشان از آنها سلب شده است»،

۲۰. مطالعات اجتماعی روان‌شناختی زنان، ش ۲.
۱۲. حسینی‌مقدم، عسکری (۱۳۸۹). «مبانی فقهی حضانة کودک با تأکید بر اعلامیه جهانی حقوق کودک»، علوم اسلامی، ش ۱۷.
۱۳. حکیمیان، علی محمد (۱۳۸۱). «کنکاشی پیرامون قانون حضانة»، مطالعات راهبردی زنان، ش ۱۶.
۱۴. دبیری اصفهانی، عذرا (۱۳۸۹). «بررسی میزان آگاهی مدیران آینده کشور نسبت به قوانین و مقررات مربوط به حقوق کودکان»، اندیشه‌های نوین تربیتی، دوره ۶، ش ۲.
۱۵. رهبر، مهدی و صالح سعادت (۱۳۹۹). «ازدواج مجدد زن و حق حضانة فرزند»، مطالعات راهبردی زنان، س ۱۴، ش ۵۴.
۱۶. شریفیان، جمشید (۱۳۸۰). راهبرد جمهوری اسلامی ایران در زمینه حقوق بشر در سازمان ملل متحد، تهران، مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه.
۱۷. صفایی، حسین و اسدالله امامی (۱۳۹۱). مختصر حقوق خانواده، ج ۳۳، تهران، میزان.
۱۸. طاهری‌نیا، احمد (۱۳۸۳). «پژوهشی در حقوق کودک»، فقه، ش ۴۱.
۱۹. عبادی، شیرین (۱۳۷۱). حقوق کودک (نگاهی به مسائل حقوق کودکان در ایران)، ج ۳، روشنگران.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). دوره حقوق مدنی خانواده، ج ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۱. کریمی، عباس و الهه محسنی (۱۳۹۳). «موانع اجرای حضانة در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه»، فقه و حقوق اسلامی، س ۴۷، ش ۲۰.
۲۲. لطفی، اسدالله (۱۳۸۹). حقوق خانواده، ج ۲، تهران، خرسندی.
۲۳. ماسن، پاول هنری (۱۳۸۰). رشد و شخصیت کودک، ترجمه مهشید یاسایی، تهران، مرکز.
۲۴. مرعشی، محمدحسن (۱۳۷۱). «تحقیقی درباره سن بلوغ»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۴.
۲۵. مشایخی، قدرت‌الله (۱۳۸۱). «حضانة از دیدگاه فقه و حقوق»، مجله علوم انسانی دانشگاه الزهراء(س)، ش ۴۱.
۲۶. ناطق نوری، سوده (۱۳۸۹). «معیاری برای هر دو نظام بالاترین مصلحت کودک»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، س ۶.

ب) منابع فقهی

۲۷. قرآن کریم.
۲۸. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضرة فی الحکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

٢٩. الحر عاملی، محمد بن حسن ° وسائل الشيعة في تحصيل مسائل الشريعة، مؤسسه آل البيت قم، ١٤١٤ ق.
٣٠. خميني، سيد روح الله موسى (١٤٢٦ ق). تحرير الوسيه، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني (٥).
٣١. زيدان، عبدالكريم (١٩٧٦). احكام الذميين و المستأمنين في دار الاسلام، جامعه بغداد، ج ٢.
٣٢. شهيد ثاني، زين الدين بن علي عاملی (١٤١٠ ق). الروضة البهيه في شرح اللمعه دمشقيه، قم، كتاب فروشي داوری.
٣٣. شهيد ثاني، زين الدين بن علي عاملی (١٤١٣ ق). مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه.
٣٤. طباطبائي، سيد علي بن محمد بن ابي معاذ (١٤١٨ ق). رياض المسائل في التحقيق الاحكام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
٣٥. طوسي، محمد بن حسن (١٣٨٧ ق). المبسوط في فقه الاماميه، ج ٦، ج ٣، تهران، المكتبه المرتضويه لاحيا الآثار الجعفريه.
٣٦. الجزيري، عبدالرحمن عوض. الفقه على المذاهب الاربعه، ج ٤، انتشارات دارالاحياء التراث العربي.
٣٧. فاضل هندی، محمد بن حسن (١٤١٦ ق). كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام، قم، دفتر انتشارات اسلامي.
٣٨. الكافي، أبو جعفر محمد بن يعقوب الكليني (١٣٨٨ ق). طهران، دار الكتب الإسلاميه، ج ٦.
٣٩. لويس معلوف (١٩٧٣). المنجد في اللغه، بيروت، دارالمشرق، ج ٢١.
٤٠. محدث قمی، سفینه البحار.
٤١. محمداقصر المجلسي (١٤٠٧ ق). بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الأئمة الأطهار، بيروت، مؤسسه الوفاء.
٤٢. محمد بن عبدالله (١٣٢٤). نهج الفصاحه، گردآوری ابوالقاسم پاينده، جاويدان.
٤٣. المفيد، محمد بن محمد بن النعمان (١٤١٠ ق). المقنعه، قم، تحقيق و نشر مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرّسين.
٤٤. موسوی عاملی (١٤١١ ق). نهايه المرام في شرح مختصر شرايع الاسلام، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ج ١.
٤٥. الموسوی السبزواری، السيد عبدالاعلی (١٤١٧ ق). مهذب الاحكام، قم، مؤسسه المنار، ج ٤، ج ٢٥.
٤٦. الطبرسي، ميرزا حسين النوري (١٤٠٧ ق). مستدرک الوسائل، تحقيق و نشر مؤسسه آل

البيت عليهم السلام لإحياء التراث.

۴۷. نجفی، محمدحسن بن باقر (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چ ۷.

۴۸. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۷، دمشق، دار الفكر.

