

## اثر ازدواج و طلاق مادر، در حق حضانت از منظر فقهای مذاهب اسلامی با رویکردی به نظام حقوقی ایران

احسان علی اکبری بابوکانی<sup>۱</sup> امین امیرحسینی<sup>۲</sup>

### چکیده

از نظر مشهور فقهای امامیه، پس از جدایی زن و شوهر، حضانت پسر تا دو سال و حضانت دختر تا هفت سال مشروط به عدم ازدواج، به عهده مادر است و این حق به محض ازدواج، ساقط می‌شود سپس اگر مطلقه گردد، حضانت به وی بازمی‌گردد. در این باب سؤال اساسی آن است که آیا بعد از نکاح مجدد، می‌توان حکم به بقای حضانت مادر نمود؟ در این راستا با شیوه تحلیلی - توصیفی به تبیین حضانت می‌پردازیم. حضانت را اغلب فقهای مذاهب اسلامی اعم از حنفی، شافعی و حنبلی نیز فتاوای شبیه به نظر مشهور فقهای امامیه دارند اما در این بین ابن ادریس حلی از فقهای امامیه، با پذیرش اصل سقوط حضانت با ازدواج، در مورد بازگشت آن با طلاق تردید کرده و امام مالک از ائمه اهل سنت نیز نظری شبیه به آن دارد در این میان تنها حسن بصری و پیروانش، نظری اختصاصی دارند این‌ها به استناد دلایلی برخلاف همه فقهای مذاهب اسلامی (امامیه، مالکیه، شافعیه، حنفیه، حنبلیه و ظاهریه) معتقدند حق حضانت با ازدواج سقوط نمی‌کند بنابراین فارغ از بحث از بازگشت آن بعد از مطلقه شدن هم می‌باشند. این امر در حقوق ایران نیز وجود دارد و علی‌رغم تبعیت قانون‌گذار از نظر مشهور فقها، به نظر می‌رسد وفق ادله‌ای نظیر آیه ۲۳۳ سوره بقره، قاعده لاضرر، توجه به غرض قانون‌گذار در باب حضانت و اصل رعایت مصالح طفل باید حکم مشهور را مورد نقد قرار داده و قول به عدم مانعیت نکاح مجدد مادر از حضانت را اقوی دانست.

واژگان کلیدی: حضانت، مادر، ازدواج، طلاق، مصالح طفل

۱ استادیار عضو هیأت علمی دانشگاه اصفهان

۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی ره [Amin181170@chmail.ir](mailto:Amin181170@chmail.ir)

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۳/۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۸/۲۸

DOI: 10.22051/jwfs.2019.17388.1614

## مقدمه:

با توجه به اهمیت ویژه خانواده، قانون‌گذار در این باب به تصویب قوانینی همت گماشته است. (محسنی، قبولی در افشان، ۳۹، ۱۳۹۳) که حقوق و تکالیفی را بر عهده طرفین قرار داده است. (سبحانی، امیرحسینی، روشن، ۲۰۶، ۱۳۹۵) با توجه به رویکرد نظام حقوقی ایران پس از انقلاب، نظام تقنینی تلاقی اسلام و قوانین مدرن شده است. در حوزه اسلامی، قواعد نکاح با رویکرد به تشریح فقه امامیه صورت گرفته است. (احمدیه، اسحاقی، ۸۵، ۱۳۹۵) و هم جنبه‌های مالی و نیز غیرمالی را در نظر گرفته است. (صیاد، آقایی بجزستانی، ۱۳۹۵، ۱۵۱) در این میان باید به نهاد حضانت توجه نمود که از جمله نهادهای مورد تقنین در خانواده به شمار می‌آید. (ایزدی فرد، ادبی فیروزجانی، مرتاضی، زارعی، ۳، ۱۳۹۵) و باید آن را از مهم‌ترین بسترهای رشد، همیشه موردعنایت قانون‌گذار بوده است. (پورمسجدیان، عباسی، ۱۳۲، ۱۳۹۶)

حضانت به فتح و کسر حاء، عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و کلیه امور مربوط به او از جمله حفظ و نگهداری، در بستر خواباندن، شستشوی لباس‌ها و استحمام او و مانند آن. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴۳۵/۸؛ البحرانی، ۱۴۰۵، ۸۳/۲۵؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸، ۴۵۸/۵)

بنا بر قول قاطبه فقهای مذاهب اسلامی (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۵۶۷/۲؛ ابن حمزة الطوسی، ۱۴۰۸، ۲۸۸؛ البهوتی الحنبلی، ۱۴۱۸، ۵۸۸/۵؛ ابن قدامة، بی تا ۲۹۹/۹ - ۲۹۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ۴۰/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ۱۲/۴؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۳۷۵/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴۳۵/۸؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۵۵۲/۷؛ ابن حزم، بی تا ۳۲۳/۱۰ و ۳۲۵؛ النووی، بی تا ۳۲۰/۱۸؛ ابوالبرکات، بی تا ۵۲۶/۲) فرزندان مادامی که بالغ و رشید نشده‌اند، تحت حضانت هستند و وقتی به سن رشد و بلوغ رسیدند،



مخیرند نزد پدر، مادر، غیر آن دو، یا حتی مستقلاً و منفرداً (ابن العلامه، ۱۳۸۷، ۲۶۳/۳) زندگی نمایند،<sup>۱</sup> زیرا اصل عدم ولایت است و در موارد مشکوک به قدر متقین اکتفا می‌شود، مضافاً به اینکه علی‌الاصول ولایت بر محجور برای جبران ضعف جسمی و روانی و نقص اوست و با فرض بلوغ و رشد، نیازی به حمایت نیست (نجفی، ۱۳۸۵، ۳۸۳/۳۱). ولی به نظر برخی از فقها، دختر مادامی‌که ازدواج نکرده، مکروه است از مادر جدا شود و باید همچنان نزد وی بماند. (ابن حمزة الطوسی، ۱۴۰۸، ۲۸۸)

در این باب اهمیت بررسی حکم موقعیت حضانت مادر بعد از نکاح مجدد باید بیان داشت که وفق حکم مزبور، زن برای حفظ حضانت طفل خود باید از نکاح مجدد خودداری ورزد لذا بیشتر زنانی که بعد از زمان‌های متعدد، قادر شده‌اند تا حکم به حضانت طفل خود را از محکمه دریافت دارند، مبادرت به نکاح مجدد نمی‌نمایند؛ زیرا نکاح مزبور موجب سلب حضانت از مادر می‌گردد. مقررات حقوق ایران به نحوی باید وضع گردند تا ملاک اساسی را بر مصالح طفل نهاده و برای کاستن از مسائل زنان، اقدامات مبنایی و اساسی را صورت دهد.

وضعیت حضانت مادر بعد از جدایی از شوهر و سپس ازدواج با مردی دیگر و متعاقباً مطلقه شدن از مسائل مبتلابه مبحث حضانت است. هدف این مقاله، پرداختن به این موضوع از منظر فقهای مذاهب اسلامی است. در این مقاله ابتدا وضعیت حضانت مادر وقتی ازدواج کند و سپس، وضعیت حضانت چنین مادری، وقتی مطلقه می‌شود، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱ - قانون مدنی ایران، مواد ۱۱۷۹ - ۱۱۶۸ خود را به مبحث حضانت اختصاص داده است.

## پیشینه پژوهش:

در این باب باید بیان داشت که مقالاتی در این حوزه نگاشته شده که مختصراً تبیین نموده و وجه ممیزه پژوهش حاضر را از سایر مرقومات بیان خواهیم نمود. در مقاله‌ای با عنوان ازدواج مجدد زن و حق حضانت فرزند، دکتر مهدی رهبر و صالح سعادت به تبیین مبانی فقهی نقلی نقض حق حضانت در فرض ازدواج مجدد زوجه پرداخته‌اند که به مواردی نظیر شرایط حاکم بر حیات ابوبین و نیز مصالح طفل عنایت شده است.

در مقاله حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر نگاشته سید محمد مهدی ساعی و نیلوفر کامیاب منصوری که در فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران منتشر شده است، به تبیین مصلحت طفل در فرض حضانت مادر در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی پرداخته شده که به محوریت مصلحت طفل عنایت داشته است. همچنین موانع مصلحت طفل در حضانت نیز مورد بررسی قرار گرفته است. در پژوهش پیش رو، از حیث موضوع و دامنه مورد بحث به تبیین آرای فقهای اهل سنت (اعم از حنفی، حنبلی، شافعی و مالکی) پرداخته شده که سابقه تحریر ندارد. همچنین به لحاظ تحلیلی و ماهوی ادله تام عقلی و نیز قواعد فقهی نظیر قاعده لاضرر و عسر و حرج به عنوان مبنا پرداخته شده است.

همچنین بر اساس تحلیل مواد قانونی به غرض قانون‌گذار در حوزه حضانت نائل شده‌ایم که طبق ادله بیان شده، مبنای اصلی حضانت طفل در هر حوزه، موضوع مصالح تامه طفل هست که بر هر یک از قواعد و مقررات حاکم بر حضانت اقوی است.



## حضانت مادر در فرض نکاح مجدد

در این باب در ابتدا به تبیین نظریه پرداخته و در ادامه ادله حاکم بر آن مورد مذاقه قرار خواهد گرفت.

### تبیین موضوع:

هنگامی که مادر حاضنه است اگر اقدام به ازدواج با فردی غیر از شوهر سابق خود نماید، این سؤال مطرح می شود که آیا وی برای استمرار حضانت همچنان تقدّم دارد؟ برای پاسخ به این سؤال، موضوع در دو فرض قابل بررسی است، یکی اینکه در فاصله بین جدایی از پدر طفل و ازدواج مجدد، شوهر سابق فوت نموده باشد و به تعبیر دیگر، آیا چنین مادر متأهلی با فوت پدر طفل، مطلقاً حق حضانت خواهد داشت و ازدواج وی تأثیری در تعلیق این حق نخواهد داشت؟ و فرض دوم که موضوع مقاله حاضر است اینکه با فرض حیات پدر طفل، آیا ازدواج حاضنه، مسقط حق حضانت وی می باشد؟ در پاسخ این سؤال گفته می شود که: فقهای مذاهب اسلامی، به سه دسته کلی<sup>۱</sup> تقسیم شده اند: گروهی معتقدند: اگر مادر ازدواج نماید، حضانتش ساقط<sup>۲</sup> می شود (السرخسی، ۱۴۰۶، ۲۲۱/۴؛ ابن البراج، ۱۴۰۶، ۳۵۳/۲؛ ابن حمزة الطوسی، ۱۴۰۸، ۲۸۸؛ محقق حلی، ۱۴۱۰، ۱۹۴؛ ابن ادریس الحلی، ۱۴۱۰، ۶۵۱/۲؛ الحلی، ۱۴۰۷،

۱ - چنانچه گفته شد، فقهاء در این مورد به سه دسته کلی تقسیم شده اند و معنای آن این است که در جزئیات اختلافاتی دارند مثلاً آنهایی که معتقدند اگر مادر ازدواج کند، حضانتش ساقط می گردد، برخی گفته اند: به صرف ازدواج حضانت ساقط نمی گردد بلکه باید دخول هم صورت گیرد (ر.ک.: الرعینی، ۱۴۱۶، ۵/۵۹۹) یا برخی صرف ازدواج و دخول را مسقط حق حضانت نمی دانند بلکه ازدواج با غیر محارم طفل را مسقط حق حضانت می دانند از نظر اینان فقط ازدواج با محارم طفل مثل عمو مسقط حق حضانت مادر متأهل نیست. (ر.ک.: ابن عابدین، ۱۴۱۵، ۳/۶۱۴)

۲ - برای دیدن برخی از روایات مورد استناد این گروه: ر.ک.: حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۱/۴۷۱-۴۷۰

۴۲۶/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۸/۴۳۵؛ ابن قدامة، بی تا ۳۰۵/۹، النووی، بی تا، (۳۲۰/۱۸)

و گروه دوم، معتقدند باید بین فرزند دختر و پسر تفاوت قائل شد، در صورتی که فرزند، مؤنث و زیر هفت سال باشد، ازدواج مادر خللی به استمرار حق حضانت وی وارد نخواهد کرد (ابن قدامة، بی تا، ۵۲۱/۱۱) و بالاخره گروه سوم معتقدند مادر همچنان ذی حق برای حضانت طفل خواهد بود و ازدواج وی، لطمه‌ای به این حق وارد نخواهد نمود. (النووی، بی تا، ۳۲۵/۱۸؛ ابن حزم، بی تا، ۳۲۳/۱۰)

قبل از بیان دلایل هر گروه، لازم به ذکر است که: فقهای مذاهب اسلامی در مورد اینکه تا چه زمانی مادر، حق حضانت خواهد داشت نظرات گوناگونی دارند، مشهور فقهای امامیه بر این باورند که پسر تا دو سال و دختر تا هفت سال تحت حضانت مادر می‌باشد بنابراین توجه شود که در این مقاله در خصوص سقوط حق حضانت مادر یا بازگشت حضانت ساقط شده به وی با فرض این است که اگر مانعی وجود نداشته باشد، مقتضی برای حضانت مادر وجود دارد مثلاً تمامی مباحث این مقاله، وقتی مطرح می‌شود که دختر یا پسر تحت حضانت مادر باشند سپس مادر ازدواج کند و بعد از مدتی، طلاق بگیرد در حالی که هنوز زمان حضانت وی منقضی نشده است. بنابراین مواردی که اساساً حضانت حق پدر است را در بر نمی‌گیرد.

## بیان ادله

حال به دلایل و مستندات هر دسته، می‌پردازیم:

- ۱- وی ادعای اجماع بر این مطلب کرده است.
- ۲- مؤلف این کتاب ضمن اظهار نظر در این مورد چنین گفته است: مسأله سقوط حضانت، وقتی مادر اقدام به ازدواج می‌کند از مسائل اجماعی «اهل سنت» است و شریح به آن قضاوت کرده و قول مالک و شافعی هم همین است.



دلایل گروه اخیر که حسن بصری (الشربینی، ۱۳۷۷، ۴۵۵/۳؛ النووی، بی‌تا، ۳۲۵/۱۸؛ السرخسی، ۱۴۰۶، ۲۱۰/۵) از جمله فقهای شاخص آن می‌باشد بدین شرح است:

۱- آیه «و ربانیکم اللاتی فی حجورکم من نسانکم...» (نساء: ۳۳) دلالت دارد که شوهران زنانی که دارای دختر هستند و این دختران در دامان این شوهران و تحت نظر ایشان تربیت یافته و رشد و نمو می‌کنند (تحت شرایطی) از محارم ایشان هستند پس معلوم می‌شود مادر با وجودی که، شوهر کرده، همچنان، حضانت فرزندان را به عهده دارد پس با استناد به ظاهر این آیه معلوم می‌شود ازدواج حاضنه، مسقط حق حضانت وی نیست.

۲- ازدواج نبی مکرم اسلام صلی الله علیه و اله و سلم با ام سلمه در حالی که او، پس از ازدواج، دخترش زینب را به همراه داشت و حضانتش مخدوش نگردید این هم دلیل دیگری است بر این که ازدواج مادر حاضنه، نمی‌تواند مسقط حق حضانت باشد.

۳- پیامبر رحمت صلی الله علیه و آله و سلم در مورد اختلاف فی مابین حضرت علی (ع) و جعفر بن ابیطالب و زید بن حارثه در مورد به عهده گرفتن حضانت دختر حمزه سید الشهداء، چنین قضاوت فرمودند که دختر بچه در اختیار جعفر قرار گیرد زیرا همسر جعفر، خاله طفل بود و فرمودند *الخالة كالأم*. (النووی، بی‌تا، ۳۲۵/۱۸) چنانچه ملاحظه می‌شود، در این قضاوت، خاله متأهل، حق حضانت داشته و حضانت را به عهده گرفته است بنابراین مادر در صورتی که ازدواج کند می‌تواند همچنان حق حضانت داشته باشد.

گروه دوم: نظری بینابین ارائه کرده‌اند اینان که احمد بن حنبل هم از جمله آن‌هاست، معتقدند: اگر طفل مؤنث باشد، ازدواج مادر مسقط حق حضانت وی نخواهد بود

مشروط به اینکه دختر بچه، کمتر از هفت سال داشته باشد، ولی اگر پسر باشد، به محض ازدواج حاضنه، حق حضانت ساقط خواهد شد.

ایشان مبنای نظر خود را واقعه‌ای تاریخی می‌دانند که گروه سوم نیز به آن استناد کرده‌اند ولی از منظری دیگر و با استدلالی متفاوت، بدین بیان که در آن واقعه حضرت علی (ع)، جعفر طیار و زید بن حارثه در مورد حضانت دختر بچه حمزه سید الشهداء باهم اختلاف و تنازع داشتند و هر کدام خود را به دلایلی محقق بر حضانت می‌دانست: حضرت علی (ع) به دلیل اینکه آن طفل، دختر عمویش است و زید به دلیل اینکه دختر برادرش است زیرا بر اساس عقد اخوتی که پیامبر بین او و حمزه سید الشهداء برقرار کرده بودند، این دو برادر محسوب می‌شدند و جعفر نیز به دلیل اینکه اولاً این کودک، دختر عمویش هست و ثانیاً همسرش خاله طفل می‌باشد خود را دارای حق تقدم می‌دانستند. در این حال رسول خدا فرمودند: خاله، مانند مادر (به منزله و در حکم مادر) است و بچه را تحویل جعفر دهید. این دسته از فقها، با استناد به این روایت چنین استدلال می‌کنند که چون هم علی (ع) و هم جعفر هر دو صلاحیت حضانت را دارا بوده‌اند (یعنی بیگانه از طفل نبوده‌اند) لذا جعفر به دلیل اینکه همسرش خاله و در حکم مادر طفل بوده با وجودی که متأهل هست و علی القاعده حاضنه متأهل صلاحیت حضانت ندارد، ولی به دلیل اینکه شوهر خاله نیز صلاحیت حضانت طفل را داشته بنابراین خاله متأهل، حاضنه طفل قرار داده شده است. (ابن قدامة، بی تا، ۵۲۱/۱۱)

گروه نخست که بسیاری از فقهای مذاهب اسلامی را در بر می‌گیرد<sup>۱</sup>، به دلایل زیر، معتقدند: حق حضانت زنی که بعد از طلاق با مرد دیگری ازدواج کند، ساقط می‌شود یا

۱ - برخی از فقهای این گروه، صرف اجرای صیغه نکاح را مسقط حق حضانت می‌دانند و برخی علاوه بر نکاح، شروع زندگی زناشویی و دخول را نیز شرط سقوط حضانت تلقی می‌کنند البته از ظاهر عبارات فقهای امامیه، صرف ازدواج مسقط حق حضانت مادر حاضنه استشمام می‌شود. (ر.ک.: البحرانی، ۱۴۰۵، ۹۵/۲۵)





به تعبیر برخی دیگر، حق حضانتش متزلزل می‌شود و برای استمرار حضانت نیاز به رأی دادگاه دارد. (السرخسی، ۱۴۰۶، ۲۲۱/۴؛ النووی، بی‌تا، ۳۲۰/۱۸؛ ابن ادریس الحلی، ۱۴۱۰، ۶۵۱/۲)

اینان دلایل گروه سوم را رد می‌کنند و خود دلایل و مستندات را در اثبات نظریه خود ارائه می‌دهند که به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد. برای درک بهتر دلایل و مستندات، نظرات این دسته از فقهای مذاهب اسلامی به تفکیک و در دو بخش اهل سنت و امامیه ارائه می‌شود.

### اهل سنت

این گروه از فقهای اهل سنت، برای اثبات نظر خود، ابتدا دلایل دو گروه قبل را رد می‌کنند و سپس دلایل خود را ارائه می‌دهند.

۱- آیه «و ربائبکم اللاتی فی حجورکم...» (نساء: ۳۳) مثبت ادعای گروه سوم نبوده بلکه ناظر به موردی است که طفل فاقد پدر بوده و یا پدرش راضی است که حضانت در اختیار مادر طفل باشد پس این آیه نمی‌تواند مستند دعوی باشد و مدعای گروه سوم را اثبات نماید.

۲- روایات:

الف) از جمله روایت ابن ابی موسی از رسول خدا (ص) مبنی بر اینکه فرموده باشند: أنت أحق به ما لم تنکحی؛ یعنی تو برای حضانت طفل مادام که ازدواج نکرده‌ای، احق هستی. (النوری، ۱۴۰۸، ۱۶۴/۱۵)

ب) روایت عبدالله بن عمرو از نبی مکرم (ص): أنت أحق به ما لم تنکحی (ابن الأشعث سجستانی، ۱۴۱۰، ۲۸۳/۲)

ج) روایت ابوهریره از نبی اکرم (ص): الام احق بولدها ما لم تتزوج. یعنی مادر برای حضانت فرزند، مادامی که ازدواج نکرده است، احق می‌باشد. (ابن حنبل، بی‌تا، ۲۰۳/۲)

۳- اجماع: ابن قدامه به نقل از ابن منذر مدعی است که فقهای اسلام، بر سقوط حق حضانت مادر به هنگام ازدواج، اجماع دارند. (ابن قدامه، بی‌تا، ۵۲۱/۱۱)

۴- قضاوت شریح قاضی: شریح قاضی نیز در موردی، به سقوط حضانت مادری که ازدواج نموده بود، حکم کرد. (ابن قدامه، بی‌تا، ۵۲۱/۱۱)

۵- مالک (النووی، بی‌تا، ۳۲۵/۱۸)، شافعی (ابن قدامه، بی‌تا، ۵۲۱/۱۱) و ابوحنفیه (النووی، بی‌تا، ۳۲۵/۱۸) از ائمه اهل سنت، نیز چنین نظر دارند.

۶- تراحم حقوق شوهر با حقوق طفل (السرخسی، ۱۴۰۶، ۲۲۱/۴؛ النووی، بی‌تا، ۳۲۰/۱۸؛ ابن ادریس الحللی، ۱۴۱۰، ۶۵۱/۲)؛ وقتی زنی شوهر می‌کند، باید در زندگی جدیدش وظایف زناشویی را انجام دهد و در هنگام تراحم این دو حق، حقوق زوجیت اهم بوده و بر حق حضانت اولویت دارد به عبارت دیگر اگر زن حاضنه هنگامی که ازدواج کند همچنان حضانت طفل را بر عهده داشته باشد موجب می‌شود که زن هم مسئولیت رعایت حقوق شوهر خود را داشته باشد و هم مسئولیت حضانت طفل را و رعایت حقوق شوهر مقدم بر رعایت حقوق طفل است بنابراین پدر طفل برای حضانت، مقدم خواهد بود.

۷- دلیل دیگر که تا حدود زیادی زیرمجموعه بند ۶ می‌تواند تلقی گردد اینکه اساساً تمام وقت زن به جز وقت عبادتش، متعلق به شوهرش می‌باشد پس پرداختن به حضانت مانع ادای حقوق شوهر می‌شود (النووی، بی‌تا، ۳۲۵/۱۸) زیرا در اینجا، حقوق زوجیت و حق حضانت مانعاً الجمع هستند.



۸- ام سلمه مادر زینب و همچنین خاله دختر حمزه سید الشهداء با وجود اینکه متأهل بودند، حضانت طفل را عهده‌دار شدند، ولی این دو واقعه دلیل عدم سقوط حضانت زن، وقتی اقدام به ازدواج می‌کند، نمی‌تواند قلمداد گردد زیرا این دو روایت ناظر به مواردی است که هیچ زنی که متأهل نباشد و واجد شرایط برای تصدی حضانت این اطفال باشد، وجود نداشته است پس نمی‌توانند مثبت ادعای گروه‌های دوم و سوم باشند. (النووی، بی تا، ۳۲۵/۱۸)

و با عنایت به دلایل مطروحه این دسته از فقهای اهل سنت، معتقد به سقوط حضانت مادر، پس از ازدواج می‌باشند.

#### فقه امامیه:

مشهور فقهای امامیه (ابن حمزه الطوسی، ۱۴۰۸، ۲۸۸؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸، ۴۵۷/۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۱۰۱/۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۰، ۱۹۴؛ نجفی، ۱۳۸۵، ۲۹۰/۳۱؛ فاضل الآبی، ۱۴۰۸، ۲۰۰/۲؛ شهید اول، ۱۴۱۱، ۱۷۶) بر این اعتقادند که: مادر، حضانت پسر بچه را تا دو سال و دختر بچه را تا هفت سال عهده‌دار خواهد بود<sup>۱</sup>. البته این حضانت مشروط به شرایطی است از جمله اینکه مادر، ازدواج نکند. مسأله سقوط حضانت مادر، وقتی با مرد دیگری، ازدواج نماید، از مسائلی است که تقریباً همه فقهای امامیه بر آن اتفاق نظر دارند، برای مثال: در ضرورت اشتراط عدم تزویج، صاحب جواهر چنین گفته است: خلافاً (بین فقهای امامیه ط) در این مورد

۱ - قانون مدنی ایران قبل از اصلاحیه ۱۳۸۲، در ماده ۱۱۶۹ از نظر مشهور فقهای امامیه تبعیت کرده بود (برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت پس از انقضاء این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود) ولی در تاریخ ۱۳۸۲/۵/۶ مجلس شورای اسلامی ماده ۱۱۶۹ را به شرح زیر اصلاح نمود و یک تبصره نیز به این ماده اضافه کرد و مراتب در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید (ماده ۱۱۶۹): 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.

نیافتیم بلکه در مسالك الافهام (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴۳۵/۸)، ادعای اجماع بر آن شده است و این اجماع، با توجه به روایات متعددی (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۶۶۰/۲۱-۴۵۹ و ۴۷۱-۴۷۰؛ شیخ صدوق، بی تا، ۲۷۵/۳) که از طریق نبی مکرم اسلام صلی الله علیه و آله و سلم و حضرات ائمه معصومین سلام الله علیهم اجمعین، در این خصوص نقل شده، حجت و معتبر است. (نجفی، ۱۳۸۵، ۳۸۳/۳۱) بلکه به استناد فحواي روایت داود رقی<sup>۱</sup> و همچنین با تقویت شدن و معاضدت این دسته از روایات با روایات نبوی<sup>۲</sup> که از طریق اهل سنت بدین مضمون نقل شده است به ضرورت وجود اشتراط عدم تزویج مادر حاضنه، پی می بریم (نجفی، ۱۳۸۵، ۲۹۰/۳۱) اما اینکه برخی دلیل سقوط حق حضانت مادر را چنین بیان کرده اند که: وقتی زنی با مردی ازدواج می کند ملزم به رعایت حقوق زوجیت می باشد و این امر مانع اشتغال به حضانت خواهد شد (شهید ثانی، ۱۳۹۸، ۴۶۳/۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۵۵۳/۷؛ البحرانی، ۱۴۰۵، ۹۲/۲۵)، گفته می شود، با وجود اجماع و نصوص، اولاً نیازی به این دلیل نیست، ثانیاً: این دلیل، از استحکام لازم برخوردار نمی باشد زیرا چه بسا استدلال شود که اساساً حضانت تزاممی با حقوق زوجیت ندارد و مانعة الجمع نمی باشند یا لزوم رعایت

۱- عن امرأة حرة نکحت عبداً فاولدها اولاداً ثم انه طلقها فلم تقم مع ولدها و تزوجت ، فلما بلغ العبد انها تزوجت، اراد ان ياخذ ولده منها و قال انا احق بهم منك ان تزوجت فقال ليس للعبد ان ياخذ منها ولدها و ان تزوجت حتي يعق هي احق بولدها منه مادام مملوكاً فاذا اعتق فهو احق بهم منها يعني زن حری، با برده ای ازدواج کرد و سپس دارای چند فرزند شدند بعد شوهر زنش را طلاق داد و زن با دیگری، ازدواج نمود، مرد خواست فرزندانش را یا این استدلال که تو ازدواج کرده ای و حق حضانتت ساقط شده است، از او بگیرد، ولی امام فرمودند: مادامی که عبد هست و آزاد نشده مادر حتی اگر ازدواج کرده باشد، احق به حضانت است ولی عبد اگر آزاد شد، نسبت به حضانت فرزندانش احق خواهد بود. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۴۵۹/۲۱، شیخ کلینی، ۱۳۶۳، ۴۵/۶)

۲- قال النبي صلی الله علیه وآله : " الأم أحق بحضانة ابنها ما لم تتزوج " یعنی مادر، مادامی که ازدواج نکرده، برای حضانت فرزندش، احق است (النوری، ۱۴۰۸، ۱۶۴/۱۵) و فی آخر " إن امرأة قالت یا رسول الله إن ابني هذا کان بطني له وعاء و ثديي له سقاء و حجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ینزعہ مني ، فقال لها النبي صلی الله علیه وآله : أنت أحق به ما لم تتکحي " (یعنی زنی خدمت رسول خدا صلی الله علیه و آله وسلم، عرض کرد: این فرزندم هست، شکمم ظرف او (برای رشد و نمو) بوده و سینه هایم سقاي او و دامانم خانه او بوده یا خانه ام حریم او بوده حال پدرش مرا طلاق داده و گمان نموده می تواند او را از من بگیرد، پیامبر (ص) فرمودند: تا وقتی ازدواج نکرده ای، (برای حضانت فرزند،) تو احق هستی. (النوری، ۱۴۰۸، ۱۶۴/۱۵)



حقوق زوجیت، منافاتی با حق حضانت ندارد مضافاً به اینکه ظاهر نص و اجماع دلالت بر این دارد که به‌صرف اجرای صیغه عقد نکاح، حضانت ساقط می‌شود به تعبیر روشن‌تر، وقتی هنوز دخولی صورت نگرفته و عملاً زندگی زناشویی شروع نشده تا زن ملزم به رعایت حقوق زندگی مشترک باشد، فقط به‌صرف اجرای صیغه عقد نکاح، حضانت زن، ساقط می‌شود بلکه اگر زوج جدید، به زن اذن به حضانت فرزندش را داده باشد و به طریقی، شرعاً و قانوناً ملزم به عدم رجوع از اذن خود باشد یا زن طوری وظایف زناشویی را انجام دهد که هیچ منافات و تزاممی با حقوق زندگی مشترک و حقوق شوهر نداشته باشد، یا اینکه بالاخره ازدواج طوری صورت پذیرد، که هیچ منافاتی با حضانت نداشته باشد، باز ظاهر نص و اجماع، متضمن این مطلب است که در همه این موارد، به‌صرف اجرای صیغه نکاح، حضانت ساقط می‌شود (مروراید، ۱۴۱۰، ۱۸/۱۹۵)

### حضانت مادر مطلقه

چنانچه قبلاً اشاره شد، فقهای مذاهب اسلامی ابتدا در مورد امکان ساقط شدن حق حضانت مادر هنگام ازدواج با مرد دیگری، اختلاف نظر دارند، آن دسته (مثل حسن بصری) که ازدواج را مطلقاً یا در مورد دختر بچه، مسقط حق حضانت نمی‌دانند، موضعشان در پاسخ به سؤال حاضر کاملاً روشن است زیرا وقتی ازدواج مسقط حق حضانت نباشد، دیگر با طلاق اتفاق خاصی نمی‌افتد که تردید در استمرار این حق بشود یا به عبارت بهتر، به قیاس اولویت، حق حضانت بعد از طلاق وجود خواهد داشت؛ اما گروه دیگر، یعنی آن‌هایی که معتقدند به استناد نص و اجماع، به‌محض ازدواج، حق حضانت زن ساقط می‌شود خود، در خصوص بازگشت حضانت بعد از طلاق

اختلاف نظر دارند لذا نظرات هر دسته از فقهای شیعه و سنی از این گروه ذیلاً بیان می‌شود.

### اهل سنت:

اغلب فقهای اهل سنت، در مورد امکان بازگشت حق حضانت مادر حاضنه، بعد از مطلقه شدن، با استناد به روایات ابوهریره و عمرو بن عاص (احمد بن حنبل، بی‌تا، ۲۰۳/۲) و عبدالله بن عمر (ابن داود، ۱۴۱۰، ۲۸۳/۲) بر این باورند که هنگام طلاق، حضانت به مادر برمی‌گردد (شیخ طوسی، بی‌تا، ۱۳۳/۵) اینان برای اثبات نظر خود، به مفهوم مخالف غایت، در نبوی مشهور «انت احق به ما لم تنکحی» یا «الام احق به ما لم تتزوج» (النوری، ۱۴۰۸، ۱۶۴/۱۵) استناد می‌کنند.

این دسته از فقهای اهل سنت با پذیرش اصل امکان عود حضانت به مادر، در جزئیات اختلاف نظر دارند: برخی معتقدند، مطلقاً و به‌صرف اجرای صیغه طلاق، حضانت برمی‌گردد (القمی، بی‌تا، ۵۱۲؛ النووی، بی‌تا، ۳۲۵/۱۸؛ ابن قدامة، بی‌تا، ۳۰۷/۹؛ الشافعی، ۱۴۰۳، ۹۲/۵) و برخی (ابوحنیفه و المزنی) گمان می‌کنند قبل از انقضای عده در طلاق رجعی، حضانت برنمی‌گردد (شیخ طوسی، بی‌تا، ۱۳۳/۵) و در مقابل برخی مثل امام مالک و پیروان مکتب او اساساً معتقدند حق حضانت با ازدواج مادر، به استناد اجماع و روایات، از بین رفته و ساقط گردیده<sup>۱</sup> (ابن قدامة، بی‌تا، ۳۰۷/۹؛ النووی، بی‌تا، ۳۲۵/۱۸؛ القمی، بی‌تا، ۵۱۲) و بعد از وقوع طلاق، به علت اینکه دلیلی برای عود آن، وجود ندارد عدم آن استصحاب می‌شود. (الرعینی، ۱۴۱۶، ۵۹۹/۵؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵، ۶۱۴/۳)

۱ - لان النکاح ابطال حقها یعنی زیرا نکاح، حق حضانت مادر حاضنه را از بین برد و ابطال نمود.



ولی در مقابل، برخی از فقهای اهل سنت (النووی، بی تا، ۳۲۵/۱۸؛ ابن قدامة، بی تا، ۳۰۷/۹) مثل امام مالک و پیروانش، معتقدند با نکاح، حق حضانت به دلیل اجماع و روایات، ساقط می‌شود. برخی از فقهای مالکی که در همین گروه قرار دارند با وجود اینکه منکر اصل بازگشت حضانت ساقط‌شده، می‌باشند (النووی، بی تا، ۳۲۵/۱۸؛ ابن قدامة، بی تا، ۳۰۷/۹) در فتوای خود قائل به استثنایی، شده‌اند به این بیان که: اگر کسی که جایگزین مادر شده است فردی مثل پدر، به دلایلی مثل بیماری، یا سفر حج، یا اگر زن است مثل مادر بزرگ، ازدواج کرده باشد و مانعی برای استمرار حضانت پیدا کند، در این صورت مادری که با ازدواج، حضانتش را از دست داده است، به دلیل وجود مانع برای استمرار حضانت جانشینش، حضانتش عود می‌کند. (ابوالبرکات، بی تا، ۵۳۲/۲)

### فقه امامیه

مشهور فقهای امامیه نیز به استناد روایات<sup>۱</sup>، معتقدند با طلاق، حضانت ساقط‌شده برمی‌گردد اینان نیز در جزئیات اختلاف نظر دارند برخی (شیخ طوسی، بی تا، ۱۳۳/۵؛ ابن حمزة الطوسی، ۱۴۰۸، ۲۸۸) معتقدند به محض اینکه صیغه طلاق جاری شود، حضانت زن به دلیل وجود مقتضی و مرتفع شدن مانع، بازمی‌گردد با این توضیح که اساساً مادر در زمان‌های مقرر (تا دو سال و یا تا پنج سال)، مقتضی برای داشتن حق حضانت را دارا می‌باشد و به محض اینکه ازدواج نمود، مانعی برای تحقق مقتضی یا استمرار عمل مقتضی به وجود می‌آید بنابراین هنگامی که زن حاضنه، مطلقه شد، این مانع، مرتفع شده و مقتضی کما فی السابق عمل کرده و زن نسبت به حضانت طفل،

۱- ر.ک.: روایت داود الرقی (شیخ کلینی، ۱۳۶۳، ۴۵/۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۴۵۹/۲۱) و روایت صحیحة فضیل بن یسار (شیخ صدوق، بی تا، ۲۷۵/۳) و روایت مقطوعة جمیل و ابن بکیر (شیخ کلینی، ۱۳۶۳، ۴۹۲/۵)

احق خواهد بود. بنابراین، به صرف اجرای صیغه طلاق بائن، حق حضانت به زن بازمی‌گردد ولی اگر طلاق، رجعی باشد، پس از انقضای مدت عده، حق حضانت به زن بازخواهد گشت ولی این احتمال هم وجود دارد که گفته شود: اجرای صیغه طلاق رجعی موجب بازگشت حق حضانت به زن می‌شود و نیازی به انقضای عده نیست (علامه حلی، ۱۴۱۰، ۴۰/۲؛ القمی، بی‌تا، ۵۱۲) زیرا وقتی طلاق جاری شد، دیگر زن اشتغالی به وظایف زناشویی ندارد تا مانعی برای عمل کردن مقتضی وجود داشته باشد. در مقابل مشهور، برخی دیگر از فقهای امامیه بر این باور بوده که به صرف اجرای صیغه طلاق، حضانت به زن بازمی‌گردد از دیدگاه وی، با ازدواج، حق حضانت ساقط می‌شود و سقوط آن در زمان اجرای صیغه طلاق، استصحاب می‌شود بنابراین دلیلی بر بازگشت حق حضانت به مادر، وجود ندارد. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳۰۹/۷؛ ابن ادریس الحلّی، ۱۴۱۰، ۶۵۱/۲؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸، ۴۶۳/۵)

در نقد دیدگاه مشهور باید به ادله استناد جست که عبارت‌اند از:

۱. روایات مورد بحث در این زمینه که مورد استناد مشهور قرار گرفته، مورد خدشه است و روایات مورد استناد ایشان مرسله است. به علاوه روایاتی از ابوهریره در این باب ذکر شده که مورد خدشه بوده و فقط از سوی اهل سنت ذکر شده است.
۲. مشهور فقها برای اثبات مدعای خود به اجماع به عنوان دلیلی از ادله اجتهادی استناد نموده‌اند که باین حال باید اذعان داشت ادعای اجماع مورد پذیرش نیست زیرا در واقع اجماع را نمی‌توان دلیلی مستقل دانست و اجماع کاشف از رأی معصوم حجت است لذا وقتی روایات مورد استناد، تخدیش گردد، استناد به اجماع محل ایراد و انتقاد است.
۳. هم‌چنین مشهور بیان داشته‌اند که مادر از ایفای تعهدات خود در انجام تکالیف مادری و امومت بازمی‌ماند که این امر هم مورد انتقاد است زیرا در واقع بین حقوق شوهر





دوم و حقوق مادری زن هیچ‌گونه تعارضی نیست و حتی می‌توان ادعا نمود که ترحمی نیز رخ نمی‌دهد لذا بر همین اساس ابدی استدلال نمود که وقتی در واقع غرض شارع مقدس از حضانت می‌تواند با وجود نکاح دوم نیز تحقق یابد، حکم به مانعیت نکاح مجدد برای حضانت موردنقد است و بی‌مبنا خواهد بود. (نجفی، ۱۳۸۵، ج ۴۲۴، ۳۱) در تحلیل نهایی موضع فقه امامیه باید بیان داشت که نظر اقلیت مبتنی بر ادله‌ای است که می‌توان بر آن اتکا نمود که به شرح زیر است:

اولاً در آیه ۲۳۲ سوره بقره خداوند متعال می‌فرماید: «ولا تضار والده بولدها ولا مولود له بولده» که در تبیین آیه شریفه باید بیان داشت «به زن به واسطه فرزندش ضرر رسانده نمی‌شود و به مرد به واسطه فرزندش ضرری وارد نمی‌آید.» آیه شریفه در باب بیان حرمت در مضیقه قرار دادن مادر یا پدر از طریق طفل است یعنی هیچ‌کس نمی‌تواند با سوءاستفاده از علقه والدین چه پدر یا مادر نسبت به فرزند، والدین را در مضیقه و فشار قرار دهد.

در ثانی قاعده لاجرح نیز مطرح بوده و لا ضرر را باید از احکام ثانوی دانست لذا هر حکمی از احکام اولیه حاکم است لذا هر حکمی هر حکمی اولیه برای مکلف مضر باشد می‌تواند به استناد لاجرح حکم به الغای موقت حکم مزبور داد. لذا بر همین اساس در صورتی که مادر با نکاح خود از فرزند خودش مجزا شود و بر همین اساس نتواند فرزند خود را به راحتی ملاقات نموده و تعهدات امومت خود را ایفا کند، باید حکم به عدم مانعیت نکاح مجدد مادر در منع حضانت نمود.

لذا باید اذعان داشت که رعایت مصالح طفل و مادر و عدم جواز ورود حکم ضرری برای عباد شارع و عدم جواز ورود ضرر به مادر، مقتضی آن است که شرایط به نحوی

فراهم شود که مادر به دلیل فشارهای روحی ناشی از عدم ملاقات طفل خود، مجبور شود تا به ترک تشکیل خانواده و تضرر خودش نگردد.

ثالثاً طفل برای رشد و ارتقای نیازهای عاطفی خود نیازمند حفاظت مادر است که بر اساس آن در صورتی که مصلحت کودک این باشد که از نعمت مادر بهره‌مند گردد، به‌صرف نکاح مجدد نباید این حق اساسی و مصلحت‌مبنایی طفل را از وی سلب نمود.

### حقوق ایران:

در نظام حقوقی ایران نیز باید در این باب به ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی اشاره نمود که در این باب بیان می‌دارد: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود.»

بر همین اساس وفق ماده مزبور باید بیان داشت که وفق ماده مزبور به تبعیت از مشهور فقهای امامیه، نکاح مجدد مادر را باید از موانع حضانت دانست. لذا قانون‌گذار از مشهور فقها در این باب تبعیت نموده است. (صدوق، بی‌تا، ج ۳، ۳۶۰) لذا بر اساس بیان ماده ۱۱۷۰ باید بیان داشت که نکاح مجدد مادر موجب مانعیت نکاح از حضانت خواهد بود.

هم‌چنین لازم به توضیح است که در صورت فوت پدر، در هر حالت باید مادر را مسئول حضانت دانست و فرض ماده در صورتی است که پدر در قید حیات باشد. لذا بر همین اساس نکاح مجدد فقط موجب ایجاد حق تقدم حضانت برای پدر خواهد بود. لذا بر همین اساس به علت خلاف اصل بودن ماده مزبور باید به‌قدر متقن اکتفا نمود و بر همین اساس باید اذعان داشت که این حکم برای مرد جاری نخواهد بود لذا در صورت



نکاح مجدد مردی که از نکاح نخست خود، فرزندان دارد، حق حضانت وی باقی بوده و معجراست.

لذا باید به قانون مزبور نقدهایی را وارد نمود اولاً آن که اگر ممانعت نکاح مجدد مادر از حضانت برای رعایت مصالح طفل باشد، همین مصلحت در مورد پدر نیز جاری است و لذا غرض قانون‌گذار برای حمایت از طفل در باب نکاح مجدد پدر نیز جاری هست. به علاوه آن که به طور معمول تأمین هزینه‌های زندگی برای زنان در شرایط اجتماعی سخت‌تر است و لذا زن برای حفظ حضانت مجبور است تا از نکاح و بهره‌مندی از تأمین مالی شوهر دوم خود محروم گردد در حالی که پدر امکان بیشتری برای تأمین مالی خود دارد و در مضیقه کمتری است.

لذا به نظر می‌رسد پذیرش ماده مزبور، محل ایراد بوده و موجب توالی فاسد است. به علاوه به لحاظ حقوقی نیز باید به قانون حمایت خانواده که قانون خاص لاحق است نیز توجه داشت که براین اساس باید به ماده ۴۵ باید توجه داشت.

بر همین اساس باید به ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده نیز توجه نمود که بر اساس آن ماده مزبور مقرر می‌دارد:

«رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است.» لذا به نظر می‌رسد در صورتی که مواد قانون مدنی با ماده مزبور مغایر باشد، باید ماده مزبور را از حیث خاص و لاحق بودن بر مواد قانون مدنی مرجح دانست که به نظر می‌رسد پذیرش ماده ۱۱۷۰ در واقع با ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ مغایرت دارد.

در حقوق ایران نیز به‌عنوان مؤید باید به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه اشاره نمود که بر اساس آن نظریه مزبور اشعار می‌دارد: «آنچه در مورد حضانت اطفال باید مورد توجه قرار بگیرد مصلحت خود طفل است نه عسر و حرج پدر و مادر؛ بنابراین اگر دادگاه مصلحت بداند که طفل قبل از رسیدن به سنین مربوطه نزد پدر باشد یا بعد از سنین مذکور نزد مادر باشد یعنی پدر را صالح نداند.» لذا در این باب باید به نظر دادگاه توجه و عنایت نمود. لذا وفق نظریه مزبور باید اولویت و اهمیت ویژه مصلحت کودک بر مصالح والدین را مورد عنایت داشت.

به‌علاوه لازم به ذکر است که ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، مصداق تام مصالح کودک برای تعیین حضانت است در فرضی که دادگاه به این تمیز دست یابد که بقای طفل در کنار مادر و خانواده، به سلامت روحی و جسمی وی آسیب وارد می‌آورد (ساعی، کامیاب منصوری، ۱۳۹۵، ۷۷۱) و از مصلحت او به دور است، می‌تواند در باب حضانت وی مبادرت به تصمیم‌گیری در این زمینه بنماید. لذا ماده مزبور اشعار می‌دارد: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط 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 به تقاضای مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.» موارد مذکور در ماده مورد نظر رابای در زمره موارد رفتارهای مشمول عدم مواظبت دانست که ناشی از عدم رعایت مصلحت طفل است و لذا باید در تعیین حاضن، صلاحیت وی احراز گردد تا مصلحت طفل مراعات باشد. (صفایی، امامی، ۱۳۹۱، ۳۵۲)



به‌علاوه باید به ماده ۱۱۷۱ استناد جست که مقرر می‌دارد: «در صورت فوت یکی از ابویین حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود هرچند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد.» لذا از ماده موردنظر برداشت می‌شود که سلب حضانت از مادر به دلیل نکاح مجدد وی، به نحو اطلاق، زمینه‌ساز و ایجادکننده مصلحت طفل نیست؛ درحالی‌که در ماده مزبور هم باید حضانت طفل در فرض نکاح مادر وی، به جد پدری یا دیگری واگذار شود که مصالح طفل را تأمین نماید. این امر مسلم است که مادر بیش از سایرین، به فرض تأمین مصالح طفل، اقرب است. لذا می‌توان اطلاق ماده ۱۱۷۱ را نیز شامل نکاح مجدد والده نیز دانست.

به‌علاوه به‌عنوان مؤید می‌توان به قانون واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۶۴ مقرر می‌دارد: «حضانت 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 ولی شرعی است و اگر از طریق بودجه دولت یا از بنیاد شهید پرداخت می‌شود در اختیار مادرانشان قرار می‌گیرد مگر آنکه دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر حکم صلاحیت بکند.

تبصره ۱ - مقصود از محجور در این قانون معنون یا سفیه است که حجرش متصل به صغر باشد.

۱ ماده واحده مصوب ۱۳۶۰ مقرر می‌دارد: «حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده یا فوت شده باشند با مادران آنها خواهد بود و هزینه متعارف زندگی این فرزندان که از اموال موروثی خودشان یا از طریق بودجه دولت یا یکی از نهادهای انقلابی پرداخت می‌شود در اختیار مادرانشان قرار می‌گیرد مگر آنکه دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر حکم به عدم صلاحیت بکند.

تبصره - حدود هزینه متعارف را دادگاه معین می‌کند و به وسیله دادگاه به مادر یا نماینده قانونی او پرداخت خواهد شد.»

تبصره ۲ - ازدواج مادرانی که در ماده واحده ذکر شده است، مانع از حق حضانت آن‌ها نمی‌گردد.

تبصره ۳ - حدود هزینه متعارف توسط دادگاه معین و به مادر یا نماینده قانونی او پرداخت خواهد شد.

تبصره ۴ - در مواردی که تعیین حدود هزینه متعارف یا عدم صلاحیت مادر به فرزندان شهدا در دادگاه مطرح باشد بنیاد شهید موظف است کارشناس خود را به دادگاه معرفی کند.»

بر اساس بیان ماده مزبور در تبصره ۲ می‌توان حکم ماده ۱۱۷۱ را مورد تأیید قرار داد و لذا در سرپرستی و حضانت بر کودک، مادر از سایرین اولی است.

برای تأمین بیشترین سطح از مصلحت طفل نمی‌توان به نحو مطلق حکم نمود و لذا باید بیشترین مصلحت طفل وفق شرایط موجود از سوی قاضی تعیین و حکم به حضانت صورت گیرد.

به‌علاوه می‌توان به ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز استناد جست که اشعار می‌دارد: «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.



تبصره - قوه قضاییه مکلف است برای نحوه ملاقات والدین با طفل سازوکار مناسب با مصالح خانواده و کودک را فراهم نماید.

آیین‌نامه اجرایی این ماده ظرف شش ماه توسط وزارت دادگستری تهیه می‌شود و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد.»

بر اساس ماده مذکور می‌توان دریافت که معیار دقیق برای تعیین حضانت را باید مصلحت طفل دانست. لذا مبنای تعیین دقیق حضانت را مصلحت تلقی نموده‌اند. لذا قاضی را در تعیین پدر یا مادر برای حضانت مختار دانسته که از این امر دریافت می‌شود، مصالح عالی‌ه طفل بر حق والدین بر حضانت اولی است که حتی می‌توان دریافت اولویت اصلی با مصلحت طفل است و این امر تا حدی مؤثر است که حق والدین در حضانت را از اطلاق خارج می‌سازد.

#### نتیجه:

در مقاله حاضر با نظرات مختلف و آراء متفاوت فقهای مذاهب اسلامی آشنا شدیم و معلوم گردید اکثریت قریب به اتفاق فقهای همه مذاهب اسلامی (امامی، شافعی، حنفی، مالکی، حنبلی و ظاهری) به استناد روایات و بعضاً دلایل دیگر، معتقدند حق حضانت مادر حاضنه، با ازدواج ساقط می‌شود و چنانچه مادر، بعد از ازدواج، به عللی، مطلقه گردد، به محض اجرای صیغه طلاق بنا بر قولی یا در طلاق رجعی بعد از انقضای عده، بنا بر قولی دیگر، حق حضانت به وی برمی‌گردد زیرا مانع برای ادامه عمل مقتضی مرتفع شده است و حق حضانتی که وجود داشته مجدداً عود می‌کند و البته نظرات ویژه و اختصاصی نیز در هر مورد وجود دارد.

بر همین اساس باید با استناد به ادله‌ای نظیر آیه شریفه ۲۳۳ سوره بقره و نیز حفظ مصالح طفل و قاعده لا حرج استناد جست و بر همین اساس حکم به عدم ممانعت نکاح مجدد مادر برای حضانت طفل نمود که این امر در حقوق ایران نیز مورد پذیرش است که به‌عنوان ادله باید به ارجحیت ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده بر ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی و ملغی نمودن ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی، رعایت مصالح و غبطه طفل، تحقق توالی فاسد در اثر پذیرش ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی، جریان قاعده لا حرج در حقوق ایران توجه نموده و به‌عنوان مؤید، به رأی اداره حقوقی قوه قضائیه، استناد جست.







## منابع فارسی

۱. ابن الاثعث سجستانی، احمد (۱۴۱۰ هـ ق.). سنن ابی داود، ج ۲، چاپ اول، بی جا: دارالفکر لطباعة والنشر و التوزیع.
۲. ابن حمزة الطوسی، علی بن حسن (۱۴۰۸ هـ ق.). الوسيلة الى نيل الفضيلة، چاپ اول، قم: منشورات مكتبة آية الله العظمى مرعشى النجفی.
۳. ابن ادريس الحلی، احمد بن محمد (۱۴۰۸ هـ ق.). السرائر، ج ۲، چاپ دوم، قم: موسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
۴. ابن البراج القاضی الطرابلسی، عظیم (۱۴۰۶ هـ ق.). المهذب، ج ۲، بی جا، قم: موسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
۵. ابن حزم، اندلسی (بی تا). المحلّی بالآثار، ج ۱۰، بی جا، بیروت: دارالفکر.
۶. ابن قدامة، ابن احمد (بی تا). المغنی، ج ۹ و ۱۱، بی جا، بیروت: دارالکتب العربی للنشر و التوزیع.
۷. ابن عابدين، ممحمد بن حسن (۱۴۱۵ هـ ق.). حاشیة رد المختار علی الدر المختار شرح توير الابصار، ج ۳، چاپ اول، بیروت: دارالکفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۸. ابن العلامة، فخر المحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ هـ ق.). ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۳، چاپ اول، قم: المطبعة العلمية.
۹. ابوالبرکات، اعلى (بی تا). الشرح الكبير، ج ۲، بی جا، بی جا: دارالاحیاء الکتب العربية.
۱۰. ابن حنبل، احمد بن محمد (بی تا). مسند احمد بن حنبل، ج ۲، چاپ اول، بیروت: دار صادر.
۱۱. البحرانی، یوسف (۱۴۰۵ هـ ق.). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۵، چاپ اول، قم: موسسه نشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۱۲. البهوتی الحنبلی، محمد (۱۴۱۸ هـ ق.). کشف الفناع، ج ۵، چاپ اول، بیروت: منشورات محمد علی بیضون.
۱۳. الحر العاملی، محمد بن احمد (۱۴۰۹ هـ ق.). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، ج ۲۱، چاپ اول، قم: موسسة آل البيت (ع).
۱۴. العلامة الحلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ هـ ق.). مختلف الشیعة، ج ۷، چاپ اول، قم: المطبعة العلمية.

١٥. العلامة الحلبي، حسن بن يوسف (١٤٢٠ هـ ق.). تحرير الاحكام، ج ٤، چاپ اول، قم: مؤسسة الامام الصادق (ع).
١٦. العلامة الحلبي، حسن بن يوسف (١٤٢٠ هـ ق.). ارشاد الازهان، ج ٢، چاپ اول، قم: موسسه نشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين.
١٧. العلامة الحلبي، حسن بن يوسف (١٤١٣ هـ ق.). قواعد الاحكام، ج ٣، چاپ اول، قم: مؤسسة نشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين.
١٨. المحقق الحلبي، محمد بن حسن (١٤٠٩ هـ ق.). شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ٢، بی چا، تهران: انتشارات استقلال.
١٩. المحقق الحلبي، محمد بن حسن. (١٤١٠ هـ ق.). المختصر النافع في فقه الامامية، بی چا، تهران: قسم الدراسات الاسلاميه في مؤسسة البعثة.
٢٠. الحلبي، جليل الدين (١٤١٠ هـ ق.). المهذب البارع في شرح المختصر النافع، ج ٣، بی چا، قم: مؤسسة نشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين.
٢١. الرعيني، حمدان (١٤١٦ هـ ق.). مواهب الجليل، ج ٥، چاپ اول، بيروت: دارالكتب العلمية.
٢٢. السرخسي، شيخ يوسف (١٤٠٦ هـ ق.). المبسوط، ج ٤، بی چا، بيروت: دارالمعرفة للطباعة و النشر و التوزيع.
٢٣. الشافعي، احمد (١٤٠٣ هـ ق.). الام، ج ٥، چاپ دوم، بيروت: دارالفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
٢٤. الشرييني، شيخ عبد الرحمن (١٣٧٧ هـ ق.). مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج، ج ٣، بی چا، بيروت: داراحياء التراث العربى.
٢٥. شهيد اول، محمد بن مكى (١٤١١ هـ ق.). اللمعة الدمشقية، چاپ اول، قم: دارالفكر.
٢٦. شهيد ثانى، زين الدين على (١٤١٣ هـ ق.). مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، ج ٨، چاپ اول، قم: مؤسسة المعارف الاسلامية.
٢٧. شهيد ثانى، زين الدين بن على (١٣٩٨ هـ ق.). الروضة البهيبة في شرح اللمعة، ج ٥، چاپ دوم، نجف: منشورات جامعة النجف الدينية.
٢٨. شيخ صدوق، احمد بن محمد (بى تا). من لا يحضره الفقيه، ج ٣، چاپ دوم، قم: مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين.



۲۹. شیخ طوسی، حسن بن یوسف (بی تا). الخلاف، ج ۵، بی جا، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۳۰. شیخ کلینی، احسن بن یوسف (۱۳۶۳ هـ. ش.). الکافی، ج ۵ و ۶، چاپ پنجم، طهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۱. فاضل الآبی، زهیر (۱۴۰۸ هـ. ق.). کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفه.
۳۲. فاضل هندی، محمد (۱۴۱۶ هـ. ق.). کشف اللثام عن قواعد الاحکام، ج ۷، چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۳۳. القمی السبزواری، عبد الاعلی (بی تا). جامع الخلاف و الوفاق بین الامامیه و بین ائمة الحجاز و العراق، چاپ اول، تهران: انتشارات زمينه سازان ظهور امام عصر (عج).
۳۴. گلپایگانی، محمد. رضا (۱۴۱۳ هـ. ق.). هداية العباد، ج ۲، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
۳۵. مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ هـ. ق.). الینایع الفقهیه، ج ۱۸، چاپ اول، بیروت: الدار الاسلامیه.
۳۶. نجفی، م حمد بن حسن (۱۳۸۵ هـ. ش.). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱، چاپ پنجم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۷. النوری طبرسی، حسن (۱۴۰۸ هـ. ق.). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۵، چاپ اول، بیروت: موسسه آل البی علیهم السلام.
۳۸. النووی الدمشقی، اعلی الدین (بی تا). المجموع فی شرح المهذب، ج ۱۸، بی جا، بی جا: دارالفکر.
۳۹. محسنی، سعید، قبولی در افشان، سید محمد مهدی، بررسی نوآوری ها و چالش های ماهوی قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، دو فصلنامه مطالعات زن و خانواده، دوره ۲، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۳.
۴۰. سبحانی، حسین، امیرحسینی، امین، روشن، محمد، رویکردی نوین در شهادت زن در نظام حقوقی اسلام، با نگاهی به نظام حقوقی ایران، مطالعات زن و خانواده، دوره ۴، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۵.

۴۱. احمدیه، مریم، اسحاقی، محمد، تطورات مفهوم نشوز در ادوار مختلف فقه شیعه، دو فصلنامه مطالعات زن و خانواده، دوره ۴، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۵.
۴۲. ایزدی فرد، علی اکبر، ادبی فیروزجانی، رزاق، مرتاضی، احمد، زارعی، محمد مهدی، درخواست اجرت بر حضانت از نگاه فقه اسلامی، دو فصلنامه مطالعات زن و خانواده، دوره ۴، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۵.
۴۳. حسینی، سید حسن، عزیزی، مینا، بررسی قوانین و سیاست های حمایت از خانواده در دوران پس از انقلاب اسلامی ایران، دو فصلنامه مطالعات زن و خانواده، دوره ۴، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۵.
۴۴. صیاد، اکرم، آقایی بجستانی، مریم، جستاری در مبانی فقهی و آثار شرط عند الاستطاعه بودن مهریه، دو فصلنامه مطالعات زن و خانواده، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، دوره ۴، ش ۲.
۴۵. پورمسجدیان، فاطمه، عباسی، فرانک، سیاست گذاری نظام حقوقی ایران در قبال توافقات ابوبن بر سر حضانت، دو فصلنامه مطالعات زن و خانواده، دوره ۵، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶.
۴۶. ساعی، سید محمد مهدی، کامیاب منصوری، نیلوفر، حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دره ۴۶، ش ۴، زمستان ۱۳۹۵.

### منابع انگلیسی

1. Ibn al-Ashath Sajistani, A (1410 AH). San Aby Dawood, 2nd Edition, First Printing, Outdoor: Darwall of the Wall and Printing and Publishing. (text inPersian)
2. Ibn al-Hazat al-Tusi, AS (1408 AH), (First edition, Qom: The Book of the Book of Ayatullah Al-Majles, Maraşi al-Nahfi. (Persian)
3. Ibn Idris al-Hali, A (1408 AH). Al-Sarayar, Q2, Second Edition, Qom: Nasr-e-Islami Institute, Al-Ra'a Layma'a Al-Madrasin, Al-Manzarah. (text inPersian)
4. Ibn al-Baqraj al-Qazi al-Türblasi, AS (1406 AH). Al-Moazeb, J 2, Bicha, Qom: Nasr al-Islami Institute, al-liba-ye La'ma'a-al-Madrasin-i-Beqam al-Murshraf. (Persian)
5. Ibn hesam, a (bay up). Al-Mahli Baltajar, A 10, Behia, Beirut: Dar al-Fakr. (text inPersian)
6. Ibn al-ghaddamah, a (bay bin). Al-Moghani, 9th and 11th, Behia, Beirut: Dar al-Ka't al-Arabi Llanshir and Al-Thouz.



7. Ibn Abedin (1415 AH). (Description of Tonoor al-Sa'ssar, c 3, first edition, Beirut: Daralefkarn lltavbaaet and alnshir and altouzie.
8. Ibn al-Alaamah (AH 1387). Reflection of Al-Fawaed in the Description of the Challenges of Al-Qawada, C 3, First Printing, Qom. :(Persian)
9. Ibn Hanbal, A (B) Messand Ahmad ibn Hanbal, C 2, First edition, Beirut: Exported.
10. Al-Bohrani, (1405 AH). Al-Hadiaq Al-Nazdarat al-Aqa'm al-Uta'ah al-Tahir, J 25, First edition, Qom: Nasr al-Islami Institute of Enlightenment, Layma'a al-Mudorsin.
11. Al-Bewati Al-Honbli, M (1418 AH). Esfahan al-Qana'ah, 5th c., First edition, Beirut: Mohammad Ali Beyzoun's pamphlets.
12. Al-Hir al-Amali, M (1409 AH). Detailed Explanation of Al-Shi'a'a al-Zilādīšīlā, Issue 21, Qom: Al-'Abit (AS(text inPersian)
13. ۱۴۱۳)AH). Different al-Shi'a, c 7, first print, Qom :
14. ۱۴۲۰)AH). Tahrir al-Ahkam, p. 4, first print, Qom: the institution of Alamam al-Sadeq (AS.( text inPersian)
15. ۱۴۲۰) ,AH). Ershad Alazahan, 2nd Edition, First Printing, Qom: Nasr-e-Islami Institute, Al-Ra'a Layma'a-al-Mudarsin.
16. ۱۴۱۳)AH). Principles of Allah, Q 3, First Edition, Qom: Nasr al-Islami Institute of Al-Ra'a Layma'a al-Madrasin.
17. ۱۴۰۹) ,AH). Shara'e al-Islam al-Mahallah and Al-Haram, J 2, Becha, Tehran: Esteghlal Publishing. . (text inPersian)
18. ۱۴۱۰) .AH). Al-Muqtdr al-Fahr al-Fahl al-Amamiyah, without a church, Tehran: Al-Quds al-Darsat al-Islamiyya in the institution of the Alāṭāšṭā.
19. Al-Hali, C (1410 AH). Al-Mo'zab al-Barefi Description of Al-Muqtdisr al-Nafaq, c 3, Behaya, Qom: The institution of Nasr al-Islami 'al-Ra'a al-Muta'sin.
20. Al-Rīnī, H (1416 AH). Gha'b al-Jalil, J 5, First edition, Beirut: Dar al-Kot Al-Alamiyah. . (text inPersian)
21. Al-Kharashi, Sh (1406 AH). Al Mubsouth, C 4, Beechah, Beirut: Dar al-Ma'rafat lltabaa'et and al-nashir al-Thouzari.
22. Al-Shafai, A (1403 AH). Element, C 5, Second Edition, Beirut: Daralfkarn lltavbaaet and alnshir and altouzie.
23. Alsharbini, Sh (1377 AH). Magnoli Almahtaj Ali Rezaat Meanji Alapah al-Mannhaj, c 3, Behha, Beirut: Darahia al-Tarath al-Arabi. . (text inPersian)
24. Shahid I, M (1411 AH).(First Printing, Qom: Daral-Fakr.

25. Shaheed Sani, Z (1413 AH). Masalak El'afam al-Tenghih Shari'-al-Islam, 8th c., First edition, Qom: Encyclopedia of Islam.
26. Sheikh Kellini, A (1363 AD). Al-Kafi, vol. 5 & 6, fifth edition, Tehran: Dar al-Kabul Eslami. . (text inPersian)
27. Fazel al-Aby, Z (1408 AH). Discovery of Almouzuz for the description of Al-Mukhtar al-Nafa, Q2, Qom: Nasr al-Islami Institute, al-Layma'a al-Madrasin al-Manzarah.
28. Fadhil Hindi, M (1416 AH). Detecting Al-Ltaam Al-Aqam Rules, p. 7, first edition, Qom :(text inPersian)
29. Al-Qmay al-Sabzwari, AS (B). Jamee al-Khalaf and al-Wifaq between al-Amamiyah and inter-emam al-hijaz and al-Iraqiq, first edition, Tehran: The founders of the advent of Imam al-Asr (A(s(text inPersian)
30. Golpayegani, MR. (1413 AH). Hedayat al-'Abad, Q2, First edition, Qom: Dar al-Qur'an al-kerim.
31. Pearl, aa (1410 AH) , (first print, Beirut :
32. Najafi, M (2006 AD). Jeharalkalam for the description of Sharia al-Islam. J 31, Fifth Edition, Tehran: Darolkb al-Islamiyah.
33. Elementary Tabaris, h (1408 AH). Mustardak al-Wasael and Monsanto al-Masaleh, 15th c., First edition, Beirut: Al-Al-Bait Al-Islami Institute .(text inPersian)
34. Al Nawi al-Dashqi, A (B) The full text of the verse is available on this page .(text inPersian)
35. Mohseni, Saeed, Accepting Acknowledgments, Seyyed Mohammad Mehdi, Investigating the Innovations and Challenges of the Family Protection Law Approved, 2012, Two Quarterly Women and Family Studies, Volume 2, Issue 2, Fall & Winter 2014. (text inPersian)
36. Sobhani, Hossein, Amir Hosseini, Amin, Roshan, Mohammad, A New Approach to Women's Martyrdom in the Legal System of Islam, A Look at the Legal System of Iran, Women and Family Studies, Volume 4, Issue 1, Spring and Summer. (text inPersian)
37. Ahmadiyah, Maryam, Eshaghi, Mohammad, Nursing Concepts in Different Different Periods of Shiite Fiqh, Two Journal of Women and Family Studies, Vol. 4, p. 1, spring and summer of 1395.. (text inPersian)
38. Ezadi Fard, Ali Akbar, Literature, Firoozjani, Razaq, Mortazi, Ahmad, Zarei, Mohammad Mehdi, Application for Custody from the Point of View of Islamic Jurisprudence, Journal of Women and



- Family Studies, Vol. 4, p. 1, Spring and Summer, 1395,. (text inPersian)
39. Hosseini, Seyed Hassan, Azizi, Mina, Study of Family Laws and Policies in the Post-Islamic Revolution, Two Quarterly Women and Family Studies, Volume 4, Summer 1, Spring and Summer, 1395.(text inPersian)
40. Sayyad, Akram, Aghae Bijastani, Maryam, A Study on the Fundamentals of Law and the Effects of the Condition of the Implication of Mahri, Two Journal of Women and Family Studies, Autumn and Winter, 1395, Volume 4, Issue 2 .(text inPersian)
41. Pourmshadian, Fatemeh, Abbasi, Frank, Policy of Iran's Legal System in relation to Abouin's Custody Agreements, Two Quarterly Women and Family Studies, Volume 5, Sh 1, Spring and Summer, 1396,. (text inPersian)





پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی





## Effect of marriage and divorce on the right of custody from the point of view of the jurists of the Islamic faiths with the approach to the legal system of Iran

Ehsan Ali Akbari Babukani<sup>1</sup>

Amin Amir Hosseini<sup>2</sup>

### Abstract

According to the famous Imams' jurists, after the separation of the husband and wife, the custody of the boy for up to two years and the custody of the daughter up to seven years are subject to the lack of marriage, and this is the right of the mother upon abandonment. Once he becomes divorced, the custody goes back. The main question here is whether, after being reunited, can a mother be custodial? In this regard, we describe the custody with an analytical-descriptive method. The custody of most Islamic scholars such as Hanafi, Shafa'i and Hanbali are similar to the famous Imams' jurists, but in the meantime, Ibn Eridis, a scholar of the Imams, believed in the principle of the cessation of marriage, about his return with divorce, and Imam al-Malik, from the Sunni Imams, also has a theoretical similarity. Only Hassan Basri and his followers have a special theory. According to some reasons, unlike all jurists of the Islamic religions (Imamiyah, Malekiyah, Shafieh, Hanafiyah, Hanbaliyah and Zahirieh), the right to custody Marriage does not collapse, therefore, regardless of the discussion of its return after divorce. This is in the law There is also a thorn and, despite the adherence of the legislator to the famous jurists, it seems that according to reasons such as verse 233 of Surah al-Baqarah, the rule of law, attention to the guardian's law and the principle of respecting the material of the child must criticize the famous ruling and promise She believed that her mother's rejection of her custody was unconditional.

**Keywords:** custody, mother, marriage, divorce, childcare

---

<sup>1</sup> Assistant Professor, Faculty Member, University of Isfahan

<sup>2</sup> PhD student in private law, Shahid Beheshti University [Amin181170@chmail.ir](mailto:Amin181170@chmail.ir)