

ازدواج مجدد زن و حق حضانت فرزند

مهدی رهبر*

صالح سعادت**

چکیده

بر اساس فقه ائمه - با استناد به ادله نقلی - و با عنایت به قوانین موضوعه در این باره، ازدواج مجدد زنی که از همسر اول خود فرزندی دارد، موجب سلب حضانت وی از فرزندانش می‌شود، لذا زن برای از دست ندادن حضانت فرزندانش مجبور است خود را از تشکیل زندگی دوباره محروم کند. این وضعیت گاهی اوقات موجب اثرات جبران‌ناپذیر روانی، اجتماعی و اقتصادی در زن است. در صورتی که ازدواج مجدد مرد مطلق صاحب فرزند موجب سلب حضانت از وی نمی‌شود. نوشتار حاضر با بررسی آثار فقهی و حقوقی در بحث حضانت بیان می‌کند، در حضانت اطفال باید از یک سو رعایت مصلحت طفل و از سوی دیگر شرایط حاکم بر زندگی زن و مرد مدنظر قرار گیرد. بنابراین نباید صرف ازدواج مادر جواز سقوط حضانت او شود. در پایان نیز پیشنهاداتی برای اصلاح قوانین مرتبط داده شده است.

واژگان کلیدی

طلاق، ازدواج مجدد، حضانت، عسر و حرج، مصلحت.

*- استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه مذاهب اسلامی

** - کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی

تاریخ دریافت: ۹۰/۹/۱۹ تاریخ تأیید نهایی: ۹۰/۱۱/۲۹

مقدمه

با استناد به ادله‌ی فقهی و حقوقی، ازدواج مجدد زنان مطلقه و بیوه پس از سپری شدن ایام عدّه تجویز شده است، اما با وجود این تجویز، موانعی بر سر راه ازدواج مجدد زنان مطلقه و بیوه وجود دارد که در عمل مانع تشکیل مجدد زندگی خانوادگی برای آنها می‌شود، یکی از این موانع سلب حضانت از مادر است.

فقه‌های متقدم و متأخر با استناد به روایات بیان کرده‌اند که اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست ازدواج کند، حق حضانت از او ساقط شده و به پدر منتقل می‌شود (طوسی ۱۳۸۷: ج ۶، ص ۴۱؛ ابن حمزه طوسی: ۲۸۸؛ ابن ادریس ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۶۵۱؛ محقق حلی ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۵۶۸؛ العاملی (شهید اول): ۱۷۶). قانون مدنی نیز در ماده‌ی ۱۱۷۰ همین مطلب را بیان و تأیید می‌کند.

این حکم فقهی و ماده‌ی قانونی تأمل برانگیز است، زیرا بر این اساس زن برای از دست ندادن حضانت فرزندانش باید از ازدواج مجدد سرباز زند. به همین دلیل اکثر زنانی که پس از سالیان طولانی توانسته‌اند حضانت فرزند را از دادگاه بگیرند حاضر به ازدواج مجدد نمی‌شوند، زیرا این ازدواج سبب سلب حضانت از آنها می‌شود. به علاوه حکم شرعی و قوانین موضوعه باید به گونه‌ای وضع شوند که اگر صلاحیت مادر برای نگهداری کودک بیشتر از پدر باشد، به دلیل ازدواج مجدد او و سلب حضانت از فرزند، موجبات ضرر و عسرو حرج برای مادر و فرزند فراهم نشود. بنابراین لازم است قانون‌گذار

محترم برای کاهش مشکلات زنان اقدام اساسی را انجام دهد. در همین راستا نوشتار حاضر تلاش می‌کند تا با بررسی فقهی و حقوقی مبحث حضانت اهمیت لحاظ مصلحت کودک و شرایط و وضعیت والدین در نگهداری از طفل را تبیین کند. بنابراین به نظر می‌رسد صرف ازدواج زن نباید حضانت را از وی سلب کند، بلکه حضانت از عهده‌ی زنی ساقط است که نگهداری‌اش از طفل مستلزم عسرو حرج کودک یا مادر و بر خلاف مصلحت آنها باشد.

۱) حضانت در لغت و اصطلاح

فهم صحیح یک لغت در شناخت موضوع و حکم آن در فقه کارساز است. حضانت کلمه‌ای عربی، در لغت به معنای پروردن و در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است (جعفری لنگرودی ۱۳۶۸: ج ۱، ش ۱۷۲۰؛ معین ۱۳۷۱: ج ۱، ص ۱۳۶۰). وجه تسمیه‌ی حضانت برای پروراندن و امر نگهداری طفل این است که «الحضن» در زبان عربی زیر بغل تا تهیگاه یا سینه و فاصله دو بازو را گویند و چون مادر، طفل را در بین بازوان و سینه (آغوش) قرار می‌دهد، گفته می‌شود که حضانت کرده است (معلوف ۱۳۷۴: ۱۳۹؛ فیومی ۱۳۴۷: ج ۱، ص ۱۹) فقها و حقوق دانان حضانت - به فتح حاء - را ولایت بر صغیر و مجنون و به سامان آوردن تربیت و آنچه که به تأمین مصالح او مربوط است از حفظ و خوابانیدن وی روی رختخواب، بلند کردن و نظافت و شست‌وشوی او و لباس‌هایش و بالاخره سرمه کشیدن به چشمان طفل، خوراک، پوشاک و سایر اموری که

بدان نیازمند است، تعریف کرده‌اند (نجفی ۱۴۱۸: ج ۳۰، ص ۳۴۸؛ حلی ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۲۷۳؛ کرکی ۱۴۰۸: ج ۷، ص ۲۴۶؛ امامی ۱۳۶۸: ۱۸۷؛ کاتوزیان ۱۳۷۲: ۱۳۹؛ جعفری لنگرودی ۱۳۶۸: ج ۱، ش ۱۷۲۰). بنابراین آنها مفهوم حضانت را معادل نگاهداری و تربیت دانسته‌اند.

در قانون مدنی ایران و قانون حمایت خانواده کلمه‌ی حضانت تعریف نشده است، ولی از عنوان باب دوم کتاب هشتم در قانون مدنی ایران که نوشته شده در «نگاهداری و تربیت اطفال» و ذکر کلمه‌ی حضانت در برخی از مواد مربوط به این باب که در آنها به صراحت به جای عنوان باب به کار رفته است، معلوم می‌شود حضانت در قانون مدنی ایران «نگاهداری و تربیت اطفال» است. در ماده‌ی ۱۲ آیین‌نامه‌ی اجرای قانون حمایت خانواده مصوب تیر ماه ۱۳۴۶ که مقرر شده: «میزان نفقه و هزینه‌ی حضانت و تربیت اطفال...»، حضانت و تربیت را دو امر جداگانه ذکر کرده است، در حالی که در ماده‌ی ۱۳ همین قانون - همانند قانون مدنی - کلمه‌ی حضانت به معنای اعم نگاهداری و تربیت طفل به کار رفته است.

۲) حق یا تکلیف بودن حضانت

اگر حضانت را حق مطلق بدانیم، والدین در اعمال آن مختار خواهند بود و تعهدی در قبال اطفال نخواهند داشت. اگر حضانت را مطلقاً حکم قانون‌گذار یا تکالیف ناشی از این حکم بدانیم، حضانت در زمره‌ی احکام یا قوانین امری قرار می‌گیرد و کسی که سرپرستی طفل بر او مقرر شده،

نمی‌تواند از این تکلیف شانه خالی کند یا اجرای آن را محدود سازد یا به دیگری واگذارد. در مراجعه به قانون فعلی جمهوری اسلامی ایران مشاهده می‌شود که قانون‌گذار محترم در ماده‌ی ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت را هم حق و هم تکلیف ابویین قرار داده است که نتایج تکلیف بودن حضانت عبارت است از: ۱- قرارداد راجع به واگذاری یا اسقاط آن و پرداخت وجه التزام از سوی پدر و مادر بی‌اعتبار می‌شود؛ ۲- مکلف در برابر دیگران مسئول اعمال طفل قرار می‌گیرد؛ ۳- در صورت استنکاف از انجام دادن تکلیف، می‌توان مکلف را ملزم کرد. این نکته در ماده‌ی ۱۱۷۲ قانون مدنی ذکر شده که هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده‌ی اوست، از نگهداری او امتناع کند و در صورت امتناع می‌توان او را ملزم نمود (کاتوزیان ۱۳۷۱: ج ۲، ش ۳۸۳ - ۳۷۸) البته باید مصلحت طفل نیز رعایت شود. شناسایی حق حضانت برای پدر و مادر مانع از آن است که دادگاه بتواند - جز در موارد مقرر در قانون - آنان را از این حق محروم سازد (م ۱۱۷۵ ق.م). همچنین پدر و مادر می‌توانند اجرای حق خود را از دادگاه بخواهند و نمی‌توانند در قبال اجرای تکالیف خود بر حضانت دستمزد بگیرند؛ چون تکلیف آنهاست.

۳) حق پدر و مادر در حضانت

حضانت نگهداری و تربیت طفل است به گونه‌ای که صحت جسمانی و تربیت وی با توجه به نیازمندی‌های حال و آینده‌ی او وضع و موقعیت والدین

طفل تأمین شود. مسئله‌ی حضانت و اولویت برای نگهداری و سرپرستی طفل در زمان جدایی پدر و مادر بیشتر نمود پیدا می‌کند. بر اساس قانون سابق مادر در حضانت فرزند پسر تا دو سالگی و فرزند دختر تا ۷ سالگی بر پدر مقدم بود، اما در پی تلاش‌های اندیشمندان و محققان حوزه‌ی حقوق کودکان و زنان، مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۸۲ مقررات مربوط به این حوزه را اصلاح کرد. به طوری که به موجب ماده‌ی ۱۶۹ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۲/۹/۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر گردید: «برای حضانت و نگهداری طفل که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا ۷ سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است». تبصره: «بعد از ۷ سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد».

بر اساس متون فقهی در صورت جدایی پدر و مادر صاحب فرزند شیرخوار تا زمانی که کودک از شیر گرفته نشده باشد، مادر در مراقبت از کودک نسبت به پدر اولویت دارد، به این شرط که این کار را رایگان انجام دهد یا دستمزدی بیش از آنچه دیگران می‌گیرند نخواهد. پس از گرفتن کودک از شیر، گرچه نگهداری و اداره‌ی زندگی کودک همچنان وظیفه‌ی اصلی پدر است، ولی شارع مقدس اسلام به مادر این حق را می‌دهد که چنانچه مایل باشد تا هفت سالگی این وظیفه را بر دوش بگیرد، بدون اینکه در این حکم تفاوتی میان پسر و دختر باشد (عاملی ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۴۶۶؛ بحرانی:

ج ۲۵، ص ۸۸؛ العاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۳: ج ۸، صص ۴۲۱ و ۴۲۲؛ مؤمن سبزواری: ۱۹۴). مستند سخن فقها روایت ایوب بن نوح است: «کتب الیه بعض اصحابه آنه کانت لی امراه و لی منها ولد و خلیت سبیلها، فکتب علیه السلام: المراه احق بالولد الی ان یبلغ سبع الا ان تشاء المراه»؛ «یکی از یاران به حضرت علیه السلام نوشت: زنی دارم و از او فرزندی، او را رها کرده‌ام، حضرت علیه السلام نوشت: زن سزاوارتر است به کودک خود تا هفت سال، مگر اینکه خودش جز این بخواهد» (ابن بابویه قمی ۱۴۰۴: ج ۳، ص ۴۳۵، ش ۴۵۰۵). این روایت دلالت بر اولویت مادر نسبت به کودک تا هفت سالگی دارد و روایاتی را که در مورد سزاوارتر بودن پدر به مادر بعد از شیرخوارگی وارد شده است را تقیید می‌زند. مرحوم فیض بیان می‌کند: «هفت سال نخست زندگی، بهترین زمان برای تربیت کودک است و مادر به این کار سزاوارتر است و با گذشت این هفت سال، هفت سال دوم زندگی کودک آغاز می‌شود که دوره‌ی ادب اوست و این مناسب با پدر است» (الجزیری: ۲۹۶). صرف نظر از مناسبت سن هفت سالگی با تربیت و مناسبت میان تربیت کودک و مادر که استحسانی عقلی است، روایت ایوب بن نوح هم از نظر سند و هم از نظر دلالت برای اثبات این نظر کافی است. همچنین با کنکاش در منابع غنی فقهی مشاهده می‌شود که برای مادّه‌ی ۱۱۶۹ سابق قانون مدنی^۱ هیچ دلیل خاصی وجود ندارد، هر چند بزرگانی چون شیخ طوسی از طرفداران آن هستند؛ البته خود ایشان نیز برای اثبات

۱- 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 اناث که تا سال هفتم، حضانت آنها با مادر خواهد بود.

این مطلب دلیلی ذکر نمی‌کند و فقط به این مقدار بسنده می‌کند که اتفاق فقها و اخبار بر آن دلالت می‌کند. ابن ادریس از این مطلب سخت برآشفته شده و با به کار بردن تعبیر «هذا مما یضحک به الثکلی» آن را به نقد کشیده و ضمن نسبت دادن آن به فقهای سنی درباره‌ی آن می‌نویسد: «چه کسی از فقها با شیخ موافق است؟ کدام خبر بر این مطلب دلالت دارد؟ بلکه اخبار ما بر خلاف این وارد شده است و اجماع فقهای ما بر ضد آن شکل گرفته است» (ابن ادریس ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۶۵۳). به هر حال کسی جز محقق طوسی به این نظر معتقد نیست و هیچ روایتی هم بر صحت آن دلالت ندارد (حلی ۱۳۲۳: ج ۷، ص ۳۱۳؛ طباطبایی ۱۴۰۴: ج ۲، ص ۱۶۲؛ ابن فهد حلی ۱۴۰۷: ج ۳، ص ۴۲۷؛ مؤمن سزواری: ۱۹۴؛ عاملی ۱۴۱۳: ج ۱، صص ۴۶۷ و ۴۶۸). بنابراین اصلاح صورت گرفته در این ماده با توجه به متون فقهی صحیح‌تر به نظر می‌رسد.

به این ترتیب هم حق و هم تکلیف در حضانت طفل تا ۷ سالگی با مادر بوده و پس از آن تا رسیدن به سن بلوغ، حضانت فرزند و تأمین مخارج او هر دو بر عهده‌ی پدر است. پس از رسیدن به سن بلوغ فرزند خود تصمیم می‌گیرد که با کدام یک از والدین خویش زندگی کند. مشهور فقهای امامیه، پایان حضانت را همراه بلوغ و رشد دانسته‌اند، بنابراین صرف رسیدن به بلوغ جنسی برای بیرون آمدن از حضانت پدر یا مادر یا جانشینان آنها کافی نبوده، بلکه باید به رشد نیز برسد، پس بلوغ شرط لازم است و نه کافی (العاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۳۶؛ حلی: ج ۲، ص ۴۳؛ نجفی: ج ۳۱، ص ۳۰۱). بنابراین

فرزندان بعد از رسیدن به سن بلوغ و رشد حق انتخاب برای زندگی با هریک از والدین یا شخصی غیر از آنها را دارند، اگر چه جدا زندگی کردن دختر از مادرش تا قبل از ازدواج مکروه است (همان).

در صورتی که هر یک از پدر و مادر که حضانت طفل را عهده‌دار است نتواند یا نخواهد وظایف قانونی خود را انجام دهد یا به هر ترتیب شایسته نبودن و بی‌لیاقتی وی برای چنین امر مهم و حساسی محرز شود، مطابق ماده‌ی ۱۱۷۳ ق.م. به درخواست اقربای طفل یا قیم کودک یا دادستان محل دادگاه برای حضانت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ خواهد کرد. البته با تعیین هر یک از مادر یا پدر برای حضانت طفل، دیگری باید او را در این امر معاضدت و همراهی کند. همچنین هرگاه ابوین طفل در اثر انحلال نکاح یا ناسازگاری بدون انحلال نکاح در محله‌ای جداگانه سکونت کنند، این حق تقدم همچنان باقی است و نمی‌توان ادعا کرد که پس از جدایی زن و شوهر دادگاه اختیار کامل دارد تا طفل را به هر کدام که می‌خواهد یا دیگران بسپارد. طفل نزد کسی می‌ماند که در حضانت او بوده است و طرف دیگر نمی‌تواند حضانت طفل را درخواست کند. البته مطابق ماده‌ی ۱۱۷۴ ق.م. در این مدت طرف دیگر، حق ملاقات طفل خود را دارد و تعیین زمان و مکان ملاقات در صورت اختلاف بین ابوین با محکمه است. مطابق با ماده‌ی ۱۱۷۱ ق.م. در صورت فوت یکی از ابوین، «حضانت طفل، با آنکه زنده است خواهد بود. هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد». در این مورد،

پدر یا مادر زنده در حضانت طفل مقدم بر دیگران است. حکم این ماده در موردی که پس از فوت پدر ولایت به جد پدری می‌رسد، نیز مجراست. در این باره ماده واحده‌ی قانون «واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها» مصوب ۱۳۶۴/۵/۶ مقرر داشته: «حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده یا فوت شده باشند، با مادران آنها خواهد بود و هزینه‌ی متعارف زندگی این فرزندان چنانچه از اموال خودشان باشد، در اختیار ولی شرعی (وصی یا جد پدری) است و اگر از طریق بودجه‌ی دولت یا از بنیاد شهید پرداخت می‌شود در اختیار مادرانشان قرار می‌گیرد مگر آنکه دادگاه صالح در موارد ادعای صالح نبودن مادر حکم به عدم صلاحیت بکند...»، اما در صورت فوت پدر و مادر حضانت به جد پدری و در صورت نبودن او به وصی واگذار می‌شود. ولی هرگاه از این گروه کسی نباشد، حضانت با قیم منصوب دادگاه است و در تعیین قیم نیز مطابق ماده‌ی ۱۲۳۲ ق.م خویشان کودک با داشتن صلاحیت مقدم هستند.

۴) شرایط و صلاحیت لازم برای حضانت کودک

در متون فقهی برای نگهداری چندین ویژگی ذکر شده که بر عهده گرفتن حضانت کودک مشروط به تحقق این شرایط است. از جمله مهم‌ترین شرایط آن موارد زیر است:

الف- اسلام

بنا به نظر فقها حضانت کودک مسلمان، یعنی کودکی که پدر مسلمان دارد، برعهده‌ی مسلمان است (عاملی ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۴۶۸؛ العاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۲۲؛ مؤمن سبزواری: ۱۹۴؛ فاضل هندی ۱۴۰۵: ج ۲، ص ۱۰۶).

ب- عقل

یکی از اساسی‌ترین شرایط نگهداری کودک، عاقل بودن حاضن است (العاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۲۳؛ مؤمن سبزواری: ۱۹۴). اگر هر کدام از پدر و مادر از سلامت عقلی برخوردار نباشد، نمی‌تواند حضانت کودک را بر عهده بگیرد، زیرا نه تنها قادر به حفظ و حراست از کودک خود نیست، بلکه نیازمند آن است که کسی او را تحت حمایت خود قرار داده، حضانتش را به عهده بگیرد.

ج- فارغ بودن از حقوق زوجیت

یکی از شرایط مادر برای بر عهده گرفتن نگهداری کودک خود، این است که نباید در خلال این مدت ازدواج کند (العاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۲۴؛ عاملی ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۴۶۹؛ روحانی: ج ۲، ص ۳۰۵).

د- امانتداری

از شرایط دیگری که در حضانت شرط شده، امین بودن طرفین است.

امین بودن به معنای آشکار نشدن نشانه‌های فسق و خیانت و کوتاهی نکردن در مسائل مربوط به زندگی کودک است (فیض کاشانی: ۲۹۶؛ ابن حمزه: ۲۸۸؛ فاضل هندی ۱۴۰۵: ج ۲، ص ۱۰۷؛ عاملی ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۴۶۹).

هـ- سلامت از بیماری‌های مزمن و مسری

به نظر برخی از فقها با وجود بیماری‌های مسری و مزمن حق نگهداری کودک از بین می‌رود. فقها برای اثبات این موضوع به دو دلیل استناد کرده‌اند: آسیب‌دیدگی کودک و حدیث نبوی صلى الله عليه وآله: «لا یورد مرض علی مصح»؛ «بیمار بر سالم وارد نمی‌شود». (العاملی (شهید اول): ج ۱، ص ۳۹۷؛ احسائی ۱۴۰۴: ج ۱، ص ۴۴۷).

۵) موارد سقوط حق حضانت

با توجه به مطالب فوق، فقها و به تبعیت از آنها قانون‌گذار محترم در قوانین حاضر مواردی را به عنوان موارد سقوط حق حضانت برای هر یک از طرفین پیش‌بینی کرده‌اند:

الف- جنون

حق حضانت برای هر یک از مادر و پدر در صورتی است که قدرت اعمال آن را داشته باشد. بنابراین هرگاه مادر در مدتی که حق حضانت طفل را عهده‌دار است دیوانه شود، این حق به پدر منتقل خواهد شد چون مادر قادر به نگهداری و تربیت طفل نبوده و چه بسا او را در وضعیت خطرناکی

قرار دهد (العاملی (شهیدثانی) ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۲۳؛ مؤمن سبزواری: ۱۹۴). این مورد تنها به عنوان یکی از موارد موانع حضانت مادر در ماده‌ی ۱۱۷۰ ق.م.آمه است در حالی که جنون در کتب فقهی به عنوان یکی از موانع مشترک بین پدر و مادر شمرده شده است. همچنین با توجه به حدیث معروف «رفع القلم عن الثلاثة عن المجنون حتی یفییق و عن الصبی حتی یحتلم و عن النائم حتی یستفیض» (احسائی ۱۴۰۴: ج ۱، ص ۲۹۰) مبنی بر رفع تکلیف از دیوانه، از آنجا که حضانت یکی از تکالیف الهی است، اگر مادر دیوانه باشد، حضانت او ساقط است (حلی ۱۴۰۸: ج ۲، ص ۱۶۲). همچنان که حقوق‌دانان نیز در شرح ماده‌ی ۱۱۷۰ ق.م.آمه موانع حضانت را مختص به مادر ندانسته و حکم ماده‌ی مذکور را در مورد جنون پدر نیز جاری دانسته‌اند (کاتوزیان ۱۳۷۲: ج ۲، صص ۴۰۵-۴۰۱). بنابراین اصلاح این ماده‌ی قانونی و اشاره به جنون هر دو طرف ضروری است. لازم به ذکر است مقصود از جنون در ماده‌ی ۱۱۷۰ ق.م.آمه از جنون ادواری و دائمی است، مگر اینکه جنون استمرار نداشته باشد و یا چنان زودگذر و نادر باشد که در عرف نتوان شخص را دیوانه نامید، ولی به هر حال مصلحت طفل باید مد نظر قرار گیرد. بنا بر آنچه گفته شد، حق حضانت تا زمانی است که هر یک از والدین سالم باشند و قدرت اعمال حق را داشته باشند. بنابراین در صورت حدوث جنون یا هر عاملی که قادر به اعمال حق و نگهداری اطفال نباشد این حق ساقط می‌شود و دیگری آن را به دست می‌آورد.

ب- کفر

کفر نیز به مقتضای آیه‌ی شریفه‌ی «ولن جعل الله للکافرین علی المومنین سبیلاً» (نساء: ۱۴۱) مانع حضانت بوده و پدر یا مادر غیر مسلمان نمی‌توانند زمام امور زندگی کودک خود را بر عهده بگیرند. پس اگر مرد مسلمانی با زن مسیحی ازدواج کند و پس از بچه‌دار شدن زن و شوهر از هم جدا شوند، حضانت با پدر است و همچنین در صورتی که مادر، مسلمان باشد برای حضانت فرزند نسبت به پدر کافر اولویت دارد (العاملی ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۲۲؛ مؤمن سبزواری: ۱۹۴؛ فاضل هندی ۱۴۰۵: ج ۲، ص ۱۰۶). به این مورد در قوانین موضوعه اشاره‌ای نشده است، در حالی که فقها به آن تصریح کرده‌اند. همچنین برخی از حقوق‌دانان نیز معتقدند هر چند قانون در این باره ساکت است، اما با توجه به فقه امامیه، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ماده‌ی ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، ماده‌ی ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی و ملاک برخی از مواد قانون مدنی می‌توان کفر را از موانع حضانت برشمرد.

ج- انحطاط اخلاقی و ناتوانی در نگهداری طفل

احراز صلاحیت اخلاقی پدر و مادر از جمله اساسی‌ترین شرایط نگهداری کودک و سپردن او به ایشان است، چراکه رعایت غبطه و مصلحت مادی و معنوی کودک لازم است و انحطاط اخلاقی پدر و مادر با این مسئله و با فلسفه‌ی اصلی حضانت یعنی تربیت و رشد فرزند منافات دارد. بنابراین ناتوانی در نگهداری کودک، انحطاط اخلاقی و خشونت خارج از

حد متعارف مانع حضانت است (ابن حمزه طوسی: ۲۸۸؛ فاضل هندی ۱۴۰۵: ج ۲، ص ۱۰۷؛ عاملی ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۴۶۹). در این راستا ماده‌ی ۱۱۷۳ سابق قانون مدنی مقرر داشته: «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 با تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای مدعی العموم، هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند». مصادیق انحطاط اخلاقی مذکور در ماده‌ی ۱۱۷۳ ق.م که موجب محرومیت از حق حضانت طفل می‌شود، بیان نشده بود و این امر موجب اختلاف رویه در دادگاه‌ها می‌شد؛ به صورتی که برخی موردی را انحطاط می‌شمردند و برخی دیگر همان مورد را انحطاط نمی‌دانستند. بالاخره قانون‌گذار در ۱۳۷۶/۸/۱۱، ماده‌ی ۱۱۷۳ را اصلاح کرده و با تعیین موارد انحطاط اخلاقی به اختلاف‌ها پایان داد. این موارد عبارت‌اند از: «۱- اعتیاد زبان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار؛ ۲- اشتهار به فساد اخلاق و فحشا؛ ۳- ابتلا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی؛ ۴- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود به مشاغل ضد اخلاق مانند فساد و فحشا، ولگردی و قاچاق؛ ۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف».

د- ازدواج مجدد مادر

یکی دیگر از موانع حضانت، که موضوع اصلی این نوشتار است، ازدواج مجدد زن می‌باشد. بنا بر مشهور فقها یکی از شرایط مادر برای حضانت طفل

ازدواج نکردن او در خلال مدت حضانت است (العاملی (شهیدثانی) ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۲۴؛ عاملی ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۴۶۹؛ روحانی: ج ۲۲، ص ۳۰۵؛ حلی ۱۳۲۳: ج ۷، ص ۳۰۶؛ شیخ صدوق ۱۴۱۵: ۳۶۰؛ حلی ۱۴۰۷: ج ۳، ص ۴۲۶)، در مباحث آتی دلایل فقها بررسی خواهد شد. قانون‌گذار محترم نیز به تبعیت از این نظر در ماده‌ی ۱۱۷۰ ق.م.مقرر داشته: «هرگاه پس از طلاق، مادر عهده‌دار حضانت طفل خود باشد و در این دوره شوهر دیگری انتخاب کند، حق حضانت او ساقط می‌شود و حضانت با پدر خواهد بود.» به عبارت دیگر شوهر کردن مادر حق تقدم او را نسبت به پدر از بین می‌برد، البته در صورت فوت پدر، در هر حال حضانت با مادر است و شوهر کردن در آن اثر ندارد. ملاحظه می‌شود که ازدواج مجدد زنی که از همسر اول خود فرزندی دارد، موجب سلب حضانت وی از فرزندانش می‌شود. این قانون به صورت غیرمستقیم و از لحاظ روانی زن را از ازدواج مجدد منع می‌کند، در حالی که ازدواج مجدد مرد مطلق صاحب فرزند، موجب سلب حضانت از وی نمی‌شود. به نظر می‌رسد این حکم از دو جنبه نقدپذیر است:

- بنا به نظر برخی قانون ازدواج نکردن مادر حین حضانت به جهت رعایت مصالح طفل است، حال این سؤال مطرح می‌شود که چگونه آثار سوء وجود ناپدیری در قانون در نظر گرفته شده است، ولی آثار سوء حضور نامادری در نظر گرفته نشده است؟ در صورتی که بنا بر گزارش‌های رسیده موارد بدرفتاری نامادری در ازدواج‌های دوم، بسیار بیشتر از موارد بدرفتاری

ناپدری است.

- فقها و قانون‌گذار محترم بنا بر منابع فقهی و حقوقی در مواردی مانند نازایی یا یائسگی و احتیاج مرد به فرزند یا ارضای جنسی حکم به ازدواج موقت یا تعدد زوجات برای مرد داده‌اند (مطهری: ۹۳ و ۱۶۰). همچنین چندزنی را به عنوان حقی برای زنان محروم از ازدواج، به جهت فزونی عدد آنها بر مردان و تکلیفی برعهده‌ی مردان و زنان متأهل طرح کرده و به این ترتیب مجوز چندزنی و ازدواج موقت را برای مردان صادر می‌کنند. در مقابل برای زن در مواردی مشابه چنین حقی را قائل نبوده‌اند. زنان گرچه از لحاظ نیازهای جنسی با مردان تفاوت دارند، لکن قانون‌گذار باید مصلحت همه جانبه‌ی افراد را در نظر گیرد به نحوی که زن و مرد دچار عسرو حرج و ضرر نشوند. برای مثال زنی که شوهرش مفقود شده است باید ۱۰ سال صبر و تمایلات جوانی خود را مهار کند تا بتواند حکم فوت فرضی بگیرد و دوباره شوهر کند یا ۵ سال صبر کند تا حکم طلاق گرفته و زندگی مجددی را تشکیل دهد (سعادت ۱۳۹۰: ۵۳). این در حالی است که اگر زن بخواهد دوباره ازدواج کند باید خود را برای ضربه‌ی سهمگین عاطفی دوری از فرزندان و ساقط شدن حق حضانتش بر اطفال آماده کند.

ملاحظه می‌شود که مواد قانون مدنی در این باره، به گونه‌ای است که انجام دادن و انجام ندادن آنها هر یک به شکلی برای طفل و زن مشکلاتی را ایجاد می‌کند؛ از یک طرف، طفل به مادر نیاز بیشتری دارد و اگر با مادر

خود زندگی نکند، از لحاظ روانی دچار اختلال خواهد شد. از طرف دیگر، به موجب این قانون زنان در بسیاری موارد مجبورند از ازدواج مجدد چشم پوشیده و مشکلات ناشی از این چشم‌پوشی را تحمل کنند. بنابراین با توجه به نارسایی قوانین در این باره و نادیده گرفتن مصلحت طفل و عواطف مادر در این مورد، تأمل و تعمق بیشتر و ارائه‌ی طرحی جدید نیاز است؛ برای مثال باید حد تعادل رعایت حق مادر و فرزند و مصالح عالیّه هر دو به تشخیص کارشناس در دادگاه باشد.

۶) مانع بودن ازدواج در حضانت طفل

مشهور فقها معتقدند: «در صورتی که زن بعد از گرفتن حضانت کودک دوباره ازدواج کند حضانت او برداشته می‌شود» و برای اثبات این موضوع به دلایل زیر استناد کرده‌اند که هر یک به شرح زیر بررسی می‌شود:

الف- روایات

اخباری که بدون تفصیل و تفریق بین پسر و دختر مبین آن‌اند که مادر مادامی که ازدواج نکرده، به حضانت طفل سزاوارتر است؛ برای مثال روایت حفص بن غیاث: «عن رجل طلق امراته و بینهما ولد، ایها احق به؟ قال: المرأه مالم تتزوج»؛ «مردی با داشتن فرزند از همسر خود جدا شد، کدام یک به آن فرزند سزاوارترند؟» فرمود: «زن مادامی که ازدواج نکند» (قمی ۱۴۰۴: ج ۳، ص ۴۳۵، ش ۴۵۰۲). روایت ابوهریره: «الام احق بحضانه ابنها مالم تتزوج»؛ مادر

سزاوارتر به نگهداری فرزند خود است مادامی که ازدواج نکند (طبرسی ۱۴۰۸: ج ۱۵، ص ۱۶۴؛ احسائی ۱۴۰۴: ج ۳، ص ۳۶۹) و روایات دیگری که با همین مضامین مورد استناد این گروه قرار گرفته است (شوکانی ۱۹۷۳: ج ۷، ص ۱۳۸؛ بیهقی ۱۳۵۲: ج ۸، ص ۵).

با دقت در این روایات معلوم می‌شود که هر کدام به دلیلی معتبر نیستند؛ برای مثال روایت سلیمان بن داوود منقری به خاطر مردد بودن راوی آن بین حفص بن غیاث و فرد دیگری (سلیمان بن داوود المنقری عن حفص بن غیاث او غیره) از نظر سندی اعتبار ندارد (عاملی ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۴۷۰). روایت مرسله‌ی سلیمان بن داوود منقری نیز به دلیل ارسال ضعیف است. روایت عبدالله بن عمرو بن العاص گرچه در جوامع روایی شیعه در *عوالی اللئالی* نقل شده و روایات این کتاب نیز به واسطه‌ی مشیخه‌ی ابن ابی جمهور احسائی در اول کتاب از حد ارسال خارج شده، معتبر است ولی این روایت به خاطر موثق نبودن تفسیق عبدالله بن عمرو بن العاص حجت نیست. روایت ابوهریره نیز سند نداشته و مستند آن فقط نقل عامه است که حجیت نخواهد داشت (نظری توکلی ۱۳۸۵: ۲۷۱).

ب- اجماع فقها

برخی مدعی اتفاق فقهای شیعه بر مانع بودن ازدواج مادر از بر عهده گرفتن حضانت کودک خود هستند (نجفی: ج ۳۱، ص ۲۹۰؛ عاملی ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۴۶۹).

به نظر نمی‌رسد که بتوان به این اجماع به عنوان دلیل مستقل استناد کرد، زیرا ممکن است دلیل چنین ادعایی روایات وارده در مسئله باشد. بنابراین این اجماع محتمل‌المدرک است و چنین اجماعی اعتبار ندارد، زیرا در این نوع اجماع مستند اصلی همان روایات‌اند و با وجود دلیل نقلی، رجوع به اجماع، که رتبه‌ی متأخر از روایات را دارند، معنا ندارد.

ج- باز ماندن از وظایف مادری

با برقراری رابطه‌ی زناشویی میان مادر و مردی دیگر، مادر موظف است تمام وقت خود را صرف شوهر و برآوردن حقوق او کند و بالطبع دیگر قادر نخواهد بود که به وظایف مادری خود در نگهداری از کودکش عمل کند (فاضل ۱۴۰۵: ج ۲، ص ۱۰۶؛ العاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۲۴).

این دلیل نمی‌تواند مانع بر عهده گرفتن حضانت کودک باشد، زیرا حقوق شوهر به گونه‌ای نیست که مانع انجام دادن سایر وظایف زن باشد، به خصوص در مواردی که مادر با اجازه و رضایت شوهر دوم این کار را انجام دهد (نجفی: ج ۳۱، ص ۲۹۰).

چنان‌که ملاحظه شد از یک طرف دلایل استنادی قائلین به نظریه‌ی مانع بودن ازدواج زن در حضانت کودک به نوعی مخدوش و مشکل است و از طرف دیگر چنانچه کسی پاسخ این ادله را نپذیرفته یا با استناد به دلایل دیگری در صدد اثبات آن باشد، با تبیین چند دلیل متقاعد خواهد شد که بهتر است مطلق ازدواج را مانع ندانسته بلکه با احراز شرایط دیگری حق حضانت

هرکدام از زن و مرد، خواه مجرد یا مزدوج، سلب شود. این دلایل به شرح زیر است:

آیات: مهم‌ترین دلیل بر این نظر آیه‌ی «لاتضار والدۀ بولدها ولامولودٌ له بولده»؛ «به زن به واسطه‌ی فرزندش ضرر رسانده نمی‌شود و به مرد به واسطه‌ی فرزندش ضرر رسانده نمی‌شود» (بقره: ۲۳۳) است. این آیه در مقام بیان حرمت در تنگنا قرار دادن مادر یا پدر به وسیله‌ی طفل می‌باشد، یعنی نباید به بهانه‌ی فرزند آنها را تحت فشار قرار داد. در واقع محروم کردن هر یک از والدین از حقشان، نوعی اذیت و آزار آنها و به حکم آیه حرام است؛ لذا تحت فشار قرار دادن هریک از زن یا شوهر به دلیل حضانت فرزندش، با توجه به این آیه صحیح نیست.

قاعده‌ی لاجرح و لاضرر: بی شک دلیل نفی عسرو حرج و لاضرر از احکام ثانویه بوده و بر ادله احکام اولیه حکومت دارد، بنابراین هر حکمی از احکام اولیه‌ی اسلام برای مکلف ضرر داشته باشد یا موجب عسرو حرج وی شود، با این دو دلیل رفع می‌شود، لذا با استناد به این دلایل، اطلاعات و عموماً تخصیص‌پذیر است و در صورتی که دوام زندگی زناشویی، زوجه را مبتلا به عسرو حرج کرده یا موجب ضرر و زیان برای زن یا کودک شود، احکام اولیه با ادله‌ی لاجرح و لاضرر برداشته می‌شود. بنابراین اگر جدا کردن کودک با وجود محدودیت مادر برای حضانت فرزند در قانون مدنی و فقه در صورت ازدواج مجدد، موجبات حرج و زیان برای طرفین را پیش بیاورد

با رجوع به احکام ثانویه و احراز آن توسط دادگاه قابل رفع است. به عبارت دیگر رعایت غبطه و مصلحت مادر و کودک و عدم جواز ورود ضرر به آنان مقتضی آن است که شرایط به گونه‌ای مهیا شود که مادر به دلیل فشارهای روحی ناشی از ترک فرزند، مجبور به ترک تشکیل خانواده و ضرر زدن به خود نشود.

ملاحظه‌ی فلسفه‌ی حضانت: با مراجعه به منابع فقهی و حقوقی در می‌یابیم که مهم‌ترین فلسفه‌ی نگاهداری کودک رعایت «غبطه و مصلحت» وی است؛ برای مثال مطابق نظر یکی از حقوق‌دانان «کودک از زمان تولد به کسی احتیاج دارد تا نسبت به تربیت، رشد، نگهداری و انجام کارهایش اقدام کند تا زمانی که بی‌نیاز شود و سزاوارترین مردم نسبت به حضانت مادرش است، برای اینکه وی از همه نسبت به کودک مهربان‌تر و تواناتر است، پس در درجه‌ی اول حق حضانت برای مادر ثابت است و بعد از مادر زنان محارم کودک و خویش نزدیک‌تر بالطبع مقدم خواهند بود، چون ملاک حضانت اعمال مهربانی، شفقت، نگهداری و تربیت نیکو بوده، از این رو مادر را سزاوارتر دانسته است» (زیدان ۱۹۷۶: ۴۵۰). مصلحت در فقه اسلامی جایگاه مهمی دارد. کاربرد مصلحت در فقه شیعه به عنوان منبعی مستقل برای استنباط احکام شرعی نیست، بلکه تنها به عنوان شرط اجرای حکم یا معیار تقدم یک حکم بر دیگری است (فراهیدی ۱۴۱۴: ج ۳، ص ۱۰۰۱؛ شرتونی ۱۹۹۲: ج ۱، ص ۵۶۵؛ طریحی ۱۳۹۵: ج ۲، ص ۳۸۹). بنابراین مصلحت کاربردی در

فقه شیعه دو گونه متصور می‌شود:

- مصلحت به عنوان مبنایی برای تغییر احکام شرع: گاهی مصلحت در مقام تبدل احکام شرعی مطرح می‌شود. این نوع از کاربرد مصلحت که مبنای حکم حکومتی است پیامدهای مهمی دارد (صدر ۱۳۸۹: ۶۸۴).

- مصلحت به عنوان شرط اجرای حکم ثابت: گاهی مصلحت در مقام اجرای یک حکم شرعی، لازم و معتبر است. مصلحت در این مفهوم ناظر به مرحله‌ی اجرای حکم و در واقع شرط مجریان حکم است که باید مصلحت را در کیفیت اجرای حکم رعایت کنند. در فقه فردی و اجتماعی، مصلحت در موارد بسیاری به این معنا به کار رفته است، مسائلی از قبیل لزوم رعایت مصالح موقوف علیهم توسط متولی وقف، لزوم رعایت مصالح یتیم توسط سرپرستان او، صرف درآمد زمین‌هایی که طی جنگ با کافران به دست مسلمانان افتاده در مصالح مسلمانان، رعایت مصلحت در ارتباط با نوع رفتار با اسیران جنگ، رعایت مصلحت در گرفتن جزیه و... (مفید ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۶۱۶؛ طوسی ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۳۳). در فقه نمونه‌های فراوان دیگری وجود دارد که «رعایت مصلحت» در اجرای حکم شرعی را تصریح کرده است و مرجع تشخیص مصلحت در این موارد، شخص مکلف یا حاکم شرع است. به‌طور کلی حاکم اسلامی باید در مقام تشخیص مصادیق احکام و در مقام اجرا مصلحت را رعایت کند. امام خمینی رحمته‌الله نیز در بیانات خود بر رعایت مصالح عمومی بسیار تأکید کرده است: «کسی که بر مسلمین و

جامعه‌ی بشری حکومت دارد همیشه باید جهات عمومی و منافع عامه را در نظر گیرد» (موسوی الخمینی ۱۳۷۰: ج ۱۷، ص ۱۰۶). «حکومت‌ها باید طبق امیال ملت عمل کنند، طبق مصالح ملت عمل کنند» (همان: ج ۱۵، ص ۲۲۹). بنابراین آنچه گذشت، نخست اینکه آنچه باید در حضانت طفل مهم و ملاک قرار گیرد، مصلحت طفل است؛ دوم اینکه در تمام موارد مربوط به حضانت کودک باید جنبه‌ی مصلحت کودک و شرایط هر یک از والدین در نگهداری وی دقت و تأمل شود، نه اینکه صرف ازدواج مادر دلیلی بر بی‌صلاحیتی او باشد، البته اگر ازدواج مجدد زن به مصلحت طفل نباشد می‌توان حضانت را از مادر سلب کرد. در مجموع، از آنجا که معیار اصلی در بحث «مصلحت کودک» است، در هر وضعیت و حالتی که رعایت نشود حضانت طفل برداشته می‌شود. بر همین مبناست که در نظریه‌ی مشورتی ۷/۴۷۷۱-۶۹/۱۱/۱۵ آمده است: «آنچه که در مورد حضانت اطفال باید مورد توجه قرار بگیرد مصلحت خود طفل است نه عسروخرج 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 (م ۱۱۷۳ ق.م) می‌تواند تصمیم مقتضی اتخاذ نماید. بدیهی است در صورتی که به سرنوشت طفل لطمه‌ای وارد نشود، دادگاه می‌تواند عسروخرج هریک از والدین را مورد توجه قرار دهد». با دقت در این نظریه‌ی مشورتی معلوم می‌شود که در حضانت طفل، مصلحت کودک نسبت به شرایط پدر و مادر در اولویت است. شرایط پدر

و مادر نیز خود مستلزم دو جنبه است؛ یکی در نظر گرفتن شرایط هر یک از پدر و مادر از این حیث که وجود کدام یک به نفع کودک است و دیگری جنبه‌ی عسروحرجی خود والدین.

نیاز عاطفی طفل به مادر: با توجه به عاطفه، دلبستگی شدید و نگرانی‌های خاص مادر به فرزند به خصوص فرزندان خردسال خود از نظر اجتماعی و فرهنگی مصلحت طفل ایجاب می‌کند که در حضانت و در کنار مادر باشد، زیرا پدر از نظر روحی و اجتماعی نمی‌تواند بعد از مادر به نحو شایسته فرزند را تربیت و نگهداری کند، بنابراین بهتر است ازدواج مجدد مادر از موارد سقوط حق حضانت نباشد. اگر برای زنی که قصد ازدواج مجدد دارد، شرایط برای نگهداری فرزندش مهیا باشد و شوهر نیز اجازه و اذن به ادامه‌ی حضانت وی را دهد، نیازی به جدایی فرزند از مادر نیست.

نتیجه‌گیری

آنچه در حضانت کودک پس از طلاق باید مهم و ملاک باشد، مصلحت کودک و شرایط والدین است، بدون آنکه مطلق ازدواج هر یک از طرفین در حضانت طفل تأثیری داشته باشد. مگر در صورتی که این وضعیت (ازدواج هر یک از زن و مرد) به مصلحت کودک نبوده و مستلزم عسروحرج برای کودک باشد. بنابراین در صورت وقوع اختلاف میان پدر و مادر، در مسئله‌ی حضانت فرزند، حکم دادگاه باید ناظر بر مصلحت کودک باشد. بر این اساس ماده‌ی ۱۱۷۳ قانون مدنی بیان می‌دارد: «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 نزدیکان طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی، هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند. این نظر از دو جنبه ارجحیت دارد؛ نخست اینکه، مادران مجبور نیستند به خاطر مهر مادری و داشتن حق حضانت کودک از ازدواج مجدد صرف نظر کرده و در تنهایی زندگی کنند، دوم اینکه، ازدواج مجدد مادر ممکن است به نفع طفل باشد؛ چه بسا مادرانی که در صورت ازدواج مجدد نیز فوق‌العاده نسبت به کودک خود احساس مسئولیت کرده و به خاطر همین امر در انتخاب زوج خود بیشترین تأکید را بر حفظ منافع کودک خود قرار دهند. بنابراین مطلقاً ازدواج موجب سقوط حق حضانت مادر نبوده و فقط در صورتی مستلزم این امر است که به مصلحت نبودن آن برای دادگاه احراز شود.

پیشنهادات

۱- با توجه به دلایل مذکور و همچنین اوضاع و احوال خاصی که بر وضعیت کودک و والدین حاکم بوده و از همه مهم‌تر حفظ مصلحت و منافع کودک، که بر هر امر دیگری در بحث حضانت رجحان دارد، پیشنهاد می‌شود عبارتی که در ماده‌ی ۱۱۷۰ قانون مدنی به آن اشاره شده است: «...یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود» از این ماده‌ی قانونی حذف شده و در صورت ازدواج مجدد هریک از طرفین، اعم از مرد و زن،

در صورت ادعای بی‌صلاحیتی حاضن از طرف دیگر یا هرکس دیگر دادگاه رسیدگی کرده و در صورت احراز این موضوع با استناد به ماده‌ی ۱۱۷۳ ق.م.رأی به صالح نبودن مادر یا پدر صادر کند. بنابراین صرف ازدواج زن یا مرد دلیلی بر بی‌صلاحیتی او نخواهد بود، بلکه در صورت ازدواج کردن یا ازدواج نکردن ایشان نیز مصلحت طفل اقتضای هر حکمی را داشته باشد به همان عمل خواهد شد. به نظر می‌رسد این وضعیت با مصلحت کودک سازگاری بیشتری داشته باشد. به این ترتیب با حذف این عبارت از ماده‌ی مذکور گام دیگری در جهت حمایت از حقوق مادر و کودک برداشته خواهد شد تا کودک زمانی را که نیازمند مهر و عطوفت و تربیت مادری است تحت سرپرستی مادر قرار گیرد و از طرف دیگر نیز مادر به خاطر حضانت فرزندش از حقوق مسلم خود چشم‌پوشی نکند.

۲- آنچه در ماده‌ی ۱۱۷۰ ق.م. آمده است، فقط دو مورد از موانع حضانت را مختص مادر به‌شمار آورده و به موانع اعمال حق حضانت پدر اشاره‌ای نشده است. در حالی که «جنونی» که در این ماده آمده است و نیز «کفر» که به آن اشاره کردیم، در کتب فقهی به عنوان موانع مشترک بین پدر و مادر شمرده شده است. بنابراین پیشنهاد می‌شود ماده‌ی ۱۱۷۰ ق.م. بدین صورت اصلاح گردد: «اگر هریک از ابویین در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون یا کفر یا هر مانع تربیتی و عقلایی شود، حق حضانت طفل با دیگری خواهد بود و تشخیص آن با دادگاه است.»

۳- آوردن این عبارت «۶- ازدواج هریک از طرفین در صورتی که احراز شود مستلزم ضرر و زیان برای طفل می‌باشد» در ادامه‌ی ماده‌ی قانونی ۱۱۷۳ ق.م که مقرر داشته است: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر و 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 رئیس حوزه‌ی قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند.» موارد ذیل از مصادیق مواظبت نکردن یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است:

(۱- اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار؛ ۲- اشتها به فساد اخلاق و فحشا؛ ۳- ابتلا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی؛ ۴- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشا، تکدی‌گری و قاچاق؛ ۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف).
دادگاه می‌تواند با استفاده از مفاد این ماده برای رعایت نکردن حق تقدم پدر یا مادر در حضانت به نفع هریک از طرفین و یا ضمّ امین به ولی قهری (م ۱۱۸۴ ق.م) استفاده کند.

منابع

- ◀ قرآن کریم
- ◀ ابن ادریس، محمد بن منصور ۱۴۱۰ ق. السرائر، قم، اسلامی.
- ◀ احسانئی، محمد بن علی ابن ابی جمهور ۱۴۰۴ ق. عوالی اللتالی، تحقیق مجتبی.
- ◀ اسدی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) ۱۴۱۰ ق. ارشاد الذهان الی احکام الایمان، قم، الاسلامی.
- ◀ ——— تذکره الفقهاء، رضوی.
- ◀ امامی، سید حسن ۱۳۶۸. حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة.
- ◀ بحرانی، یوسف. الحدائق الناظره، قم، اسلامی.
- ◀ بیهقی، احمد بن حسین ۱۳۵۲ ق. السنن الکبری، هند.
- ◀ الجزائری، عبدالله (فیض کاشانی)، التفحه السنیه فی شرح النخبه المحسنیه، مشهد، آستان قدس رضوی.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمد جعفر ۱۳۶۷. ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
- ◀ حلی، ابن فهد ۱۴۰۷ ق. المهدب البارع فی شرح المختصر المنافع، قم، اسلامی.
- ◀ حلی، محمد بن حسن (محقق) ۱۳۸۷ ق. ایضاح الفوائد، قم، علمیه.
- ◀ حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی) ۱۴۰۸ ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، اسماعیلیان.
- ◀ تحریر الاحکام، قم، آل البيت علیه.
- ◀ ——— ۱۳۲۳ ق. مختلف الشیعه، تهران، نینوی.

- ◀ خوری شرتوتی، سعید ۱۹۹۲م. *اقرب الموارد*، بیروت، مکتبه اللبنان.
- ◀ روحانی، سید محمد صادق. *فقه الصادق*، قم، مهر استوار.
- ◀ زیدان، عبدالکریم ۱۹۷۶م. *احکام الذمیین و المستامنین فی دارالاسلام*، بغداد، جامعه.
- ◀ سبزواری، سید عبدالاعلی ۱۴۱۷ق. *مهذب الاحکام*، قم، المنار.
- ◀ سعادت، صالح. «غیبت شوهر از مصادیق عسرو حرج زوجه»، *مطالعات زنان*، تهران، ش ۵، سال ۳ (۱۳۹۰).
- ◀ شایگان، علی ۱۳۳۹. *حقوق مدنی*، تهران.
- ◀ شوکانی، محمدبن علی ۱۹۷۳ م. *نیل الاوطار*، بیروت، دار الجبل.
- ◀ شیخ صدوق، ابی جعفر ۱۴۱۵ق. *المقنع*، قم، امام هادی علیه السلام.
- ◀ صدر، سید محمدباقر ۱۳۸۹ق. *اقتصادنا*، بیروت، دارالفکر.
- ◀ طباطبایی، سیدعلی ۱۴۰۴ق. *ریاض المسائل*، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.
- ◀ طبرسی، حسین نوری ۱۴۰۸ق. *مستدرک الوسائل*، قم، آل البيت علیهم السلام.
- ◀ طریحی، فخرالدین ۱۳۹۵ق. *مجمع البحرین*، تهران، مکتبه المرتضویه.
- ◀ طوسی ابن حمزه، *الوسیله الی نیل الفضیله*، نسخه کامپیوتری، برنامه معجم فقهی.
- ◀ طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن بن علی (شیخ طوسی) ۱۳۸۷ق. *مبسوط فی فقه امامیه*، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- ◀ _____ *تهذیب الاحکام*، قم، دارالکتب الاسلامیه.
- ◀ العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) ۱۴۱۳ق. *مسالك الافهام*، قم، اسلامی.
- ◀ عاملی، سید محمد ۱۴۱۳ق. *نهایه المرام*، قم، اسلامی.

◀ العاملی، محمد بن مکی (شهید اول). القواعد و الفوائد، تحقیق سیدعبدالهادی حکیم، مفید.

◀ فاضل هندی، محمدبن حسن ۱۴۰۵ ق. کشف اللثام، قم، سید مرعشی.

◀ فراهیدی، خلیل بن احمد ۱۴۱۴ ق. کتاب العین، قم، اسوه.

◀ فیومی، احمدبن محمد ۱۳۴۷ق. مصباح المنیر، تصحیح محمد محی الدین عبدالحمید.

◀ قربان نیا، ناصر و همکاران ۱۳۸۴. بازپروهی حقوق زن، تهران، روز نو.

◀ قمی، ابن بابویه ۱۴۰۴ق. من لا یحضره الفقیه، قم، مدرسین.

◀ کاتوزیان، ناصر ۱۳۷۲. حقوق خانواده، تهران، شرکت انتشار.

◀ کرکی، علی بن حسین ۱۴۰۸ ق. جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، آل البيت علیهم السلام.

◀ کیدری، قطب‌الدین محمدبن حسین ۱۴۱۶ ق. اصباح الشیعه بمصباح الشریعه، قم، الامام الصادق.

◀ معلوف، لوئیس ۱۳۷۴. المنجد، تهران، پیراسته.

◀ معین، محمد ۱۳۷۱. فرهنگ فارسی، تهران، امیرکبیر.

◀ مغنیه، محمدجواد ۱۴۰۴ ق. فقه الامام جعفر الصادق، بیروت، دارالجواد.

◀ مفید، محمدبن محمد ۱۴۱۰ ق. المقنعه، قم، الاسلامی.

◀ موسی الخمینی، روح الله ۱۳۷۰. صحیفه نور، تهران، سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.

◀ نجفی، محمدحسن ۱۴۱۸. جواهرالکلام، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.

◀ نظری توکلی، سعید ۱۳۸۵. حضانت کودکان در فقه اسلامی، تهران، سمت.