



# بررسی فقهی حقوقی حضانت کودک از طرف مادر؛ چالش‌ها و راهکارها

آمنه مظلوم زاده<sup>۱</sup>  
عبدالرضا جمال‌زاده<sup>۲</sup>  
رقیه شهبابی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۰/۱۰/۲۶ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۰۲/۲۵

## چکیده

حضانت کودک از سوی مادر از موضوعات مهمی است که همواره در فقه و حقوق محل بحث و اختلاف نظر بوده است. در این مقاله تلاش شده به بررسی چالش‌های فراروی حضانت کودک از سوی مادر پرداخته شده و حتی‌المقدور راهکارهای رفع این چالش‌ها ارائه گردد. روش تحقیق مقاله حاضر توصیفی تحلیلی بوده و از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است. یافته‌ها بر این امر دلالت دارد حضانت مادر با دو چالش مهم مواجه است؛ نخست؛ عدم ولایت مادر بر فرزند و دوم؛ اسقاط حق حضانت مادر در صورت ازدواج مجدد. منع ولایت مادر بر فرزند به‌طور مطلق پذیرفتنی نیست زیرا مادر نسبت به حفظ فرزند و اموال وی دلسوزتر و مهربان‌تر است، ضمن اینکه در عرف جامعه امروز و همچنین با توجه به توانایی زنان در اداره امور خانواده و بیرون از خانواده، ولایت مادر بر فرزند، پذیرفته شده است. در خصوص ازدواج مجدد نیز نمی‌توان یک سوپه چنین شرایطی را صرفاً برای مادر قائل شد درحالی‌که برای مردان این محدودیت وجود ندارد و با ایجاد ترس در مادر، از ازدواج مجدد وی ممانعت به عمل آورد. به عنوان نتیجه‌گیری می‌توان گفت که از منظر فقهی، حکم ولایت قهری نه از احکام تعبدی بلکه از احکام عقلایی است. از طرفی با کوچک شدن خانواده در عصر حاضر و از طرفی بالا رفتن سطح تحصیلات و حضور اجتماعی زنان جعل ولایت قهری برای مادر و امکان ازدواج مجدد زنان، مهم‌ترین راهکار رفع چالش‌های موجود است.

**واژگان کلیدی:** حضانت، ولایت، مادر، کودک، پدر، جد پدری.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. shahidjalal1363@gmail.com  
<sup>۲</sup> دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول): jamalzadehpro@gmail.com  
<sup>۳</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ورامین - پیشوا، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران. R.shahaby@chmail.ir

## ۱. مقدمه

بررسی مسائل حقوق خانواده از اهمیت اساسی برخوردار است. در همین حال دوران کودکی یکی از مهم‌ترین مقاطع زندگی بشر می‌باشد که تأثیر زیادی در شکل‌گیری شخصیت فرد دارد، پس می‌طلبید که بدان توجه ویژه و صحیح گردد. نگهداری و تربیت کودکان توسط والدین امری فطری و بدیهی است که در شرایط خاص، این امر تحت شعاع قرار گرفته و ایفای آن دچار اختلال می‌شود. فوت و غیبت پدر و همچنین جدایی والدین از عواملی است که نگهداری و سامان دادن امور کودکان را به چالش می‌کشد؛ اینجاست که بحث حضانت کودک مطرح می‌شود. از منظر فقهی، «حضانت، عبارت است از نگهداری و سرپرستی کودک یا انسان کم‌عقلی که اهل تمییز نباشد و نتواند مستقلاً کار خود را اداره کند و این سرپرستی به‌گونه‌ای باشد که کار او را اصلاح کند و او را از چیزهایی که برایش زیان دارد و آزار می‌رساند، حفظ نماید و او را از نظر جسمی و روحی و عقلی پرورش دهد تا بتواند مسئولیت و وظایف زندگی خویش را بعداً عهده‌دار شود و این توانایی را بیاید. حضانت و سرپرستی نسبت به طفل کوچک واجب است؛ زیرا اهمال و سهل‌انگاری، بچه را در معرض نابودی و هلاکت قرار می‌دهد» (سید سابق، ۱۳۸۷: ۲۸۸). از منظر حقوقدانان نیز، حضانت اقتداری است که قانون به منظور نگاهداری و تربیت طفل به پدر و مادر اعطا کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۳۹). قانون مدنی ایران وفق ماده ۱۱۶۸ حضانت را حق و تکلیف ابویین می‌داند. این تکلیف تا زمانی که طفل به سن بلوغ نرسیده باقی است یعنی برای دختران تا قبل از نه‌سالگی و برای پسران تا پانزده سال تمام قمری ادامه دارد. در نظر مشهور فقها حضانت نسبت به مادر، حق و نسبت به پدر هم حق و هم تکلیف است (نجفی، ۱۲۷۴: ج ۳۱، ۲۸۳-۲۸۴) مطابق با ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی حق حضانت هم برای پدر و هم برای مادر هم حق، هم تکلیف است. انتقال حضانت به مادر در دو حالت صورت می‌گیرد؛ حالت نخست وقتی است که زوج و زوجه طلاق بگیرند. در این صورت تا سن ۷ سالگی حضانت به مادر تعلق می‌گیرد. وضعیت دوم وقتی است که پدر فرزند فوت نماید. با فوت پدر، حضانت طفل با مادر است. موضوع مورد بررسی در مقاله حاضر بررسی همین موضوع است؛ یعنی وضعیت و چالش‌های حضانت فرزند از سوی مادر. در این مقاله تلاش شده به بررسی این مهم پرداخته شود که حضانت فرزند از سوی مادر در شرایط فوت پدر با چالش‌هایی مواجه است؟ به ویژه وقتی که بحث ولایت فرزند به میان آمده و ولایت فرزند در فقدان پدر بر عهده جد پدری است. البته اصلاحات قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ در باب حضانت، محدوده حق حضانت را برای مادر افزایش داده، اما عدم ولایت مادر نسبت به مادر، افزایش اختیارات وی در حضانت را

عملاً با چالش‌هایی مواجه ساخته است. در واقع علی‌رغم تغییرات جدید در خانواده‌ها که به تبع آن سبب تغییرات وسیعی در جایگاه زنان و مادران شده است، قوانین ایران در این زمینه مادر را به صورت مستقل، ولی و سرپرست کودک قرار نداده است، مگر پدر یا جد او را به عنوان وصی یا قیم خود انتخاب کنند که این امر نیز در بسیاری از موارد که بین زن و مرد اختلاف وجود دارد واقع نمی‌شود؛ درحالی‌که امروزه جایگاه زنان در اجتماعات بشری تغییر کرده است و همین تغییر، سبب تغییر رویکرد نسبت به آنان شده است. لذا با توجه به همین تغییر رویکرد، به نظر می‌رسد باید دیدگاه‌ها نسبت به زن، به عنوان مادر بازننگری و تغییر کند. علاوه بر این، قانون‌گذار در راستای مصلحت فرزند، برای حضانت مادر محدودیت‌هایی قائل شده است که محل تأمل است؛ بحث فقدان جنون و عدم ازدواج از جمله مواردی است که مانع فراروی حضانت فرزند از سوی مادر است که بررسی حضانت کودک از طرف مادر و تبیین چالش‌های موجود در این خصوص را به ضرورت مبدل ساخته است. سؤال اساسی مقاله حاضر بدین شکل قابل طرح است که چالش‌های فراروی حضانت فرزند از سوی مادر چیست و چه راهکارهایی در این زمینه قابل ارائه است؟ در راستای بررسی و پاسخ به سؤال مورد اشاره ابتدا، مفهوم حضانت و ولایت تبیین شده، سپس، وضعیت حضانت فرزند از سوی مادر بررسی شده و ر ادامه به چالش‌ها پرداخته و راهکارهای لازم نیز ارائه گردیده است.

## ۲. حضانت

حضانت (به فتح و کسر هاء) در لغت به معنی نگهداری است و از ریشه «الحضن» به معنای جانب و پهلو است. همچنین گفته‌اند حضانت به معنی پروردن است. به عبارت دیگر حضن همان آغوش و دامن می‌باشد و وقتی گفته می‌شود حضن الصبی حضناً یعنی کودک را در آغوش گرفت (ابن منظور ۱۴۰۸: ۱۵۰). با مراجعه به متون فقهی و تتبع در اقوال فقها چنین فهمیده می‌شود که معنای لغوی حضانت از معنای اصطلاحی آن دور نیفتاده و غالب فقهای امامیه حضانت را چنین تعریف نموده‌اند: «ولایت و سلطنت بر اشخاص محجور مانند مجنون و طفل صغیر، حفظ و نگهداری مراقبت از او با شستن او و لباس‌هایش، خوابانیدن در تخت خواب، طهارت و پاک نمودن از نجاسات، معطر کردن، شیر دادن و... است (شهید ثانی ۱۴۱۶: ۴۲). صاحب جواهر نیز حضانت را ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و هر چه لازمه آن است می‌داند (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۱۸۳). بعضی از حقوقدانان نیز حضانت را نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته طبق شرایط معین، تعبیر نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۲۱۶). به عبارتی

نگهداری و تربیت طفل را در اصطلاح حقوق اسلام حضانت می‌گویند (امینی اسدآبادی ۱۳۹۲: ۱). حضانت در اصطلاح حقوقی در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی از طفل و پرورش و سرپرستی کودک توسط پدر یا مادر و یا کسانی که قانون مقرر کرده است (قرائتی، ۱۳۹۲: ۱).

بنابراین حضانت یعنی اینکه هر آنچه که برای نگهداری طفل، مطابق اقتضای سن او لازم است، باید انجام گیرد. بدین ترتیب حضانت هم ناظر به حمایت جسمی و هم ناظر به حمایت روحی و اخلاقی طفل می‌باشد. همچنین ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی هم به جنبه معنوی و اخلاقی حضانت اشاره می‌کند؛ زیرا ماده مذکور مقرر می‌دارد که هرگاه در اثر عدم مواظبت و 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 اقتضای قییم او یا مدعی العموم، هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بدان اتخاذ کند (صفایی؛ امامی، ۱۳۸۶: ۳۴۴). قانون مدنی تعریف روشنی از حضانت ارائه نداده است، ولی از آنجا که حقوق مدنی ایران منبث از فقه اسلامی بوده و تحت تأثیر آن قرار گرفته و مقررات خود را با انطباق بر آن تنظیم کرده است، بسیاری از علمای علم حقوق حضانت را این‌چنین تعریف کرده‌اند: «اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنها اعطا کرده است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵: ۲۱۶؛ امامی، ۱۳۷۵: ۱۸۷). در کل حضانت در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل، توسط کسانی که قانون مقرر داشته است.

### ۳. ولایت و ارتباط آن با حضانت

کلمه «ولایت» که از ریشه «ولی» گرفته شده است به کسر و فتح واو، دارای معانی گوناگونی است که در کتب لغت برای آن ذکر شده است؛ برخی از آنها عبارت‌اند از: نزدیک شدن (ابن فارس، ۱۴۱۰: ج ۱، ۷۸)، یاری کردن (ابن منظور، ۱۴۰۵: ج ۲، ۷۸؛ طریحی، ۱۳۹۵: ۹۰؛ حسینی الواسطی، ۱۴۱۴: ج ۲، ۲۱۳). واژه ولایت این‌گونه تعریف شده است: ولایت، در لغت به معنای دوستی و نصرت و فرمانروایی است و در اصطلاح حقوق، قدرت و اختیاری است که به موجب قانون به شخص واجد اهلیت و صلاحیت جهت اداره‌ی اموال و حقوق مالی و نیز مراقبت و مواظبت محجور تعویض گردیده است (صادقی، ۱۳۹۲: ۲۲). با توجه به معانی فراوان «ولی» باید دانست که یکی از این معانی، «سرپرستی» است؛ لذا درست است که اصل، عدم ولایت یکی بر دیگری است؛ اما برخی موارد همچون سرپرستی از محجورین (کودک، مجنون و...) به خاطر

مصلحت فراوانی که دارند. ولایت به معنای سلطه‌ای است که شخص بر جان و مال دیگری پیدا می‌کند (آل بحر العلوم ۱۳۶۲، ج ۳: ۲۱۰). ولایت به دو صورت عام و خاص است. ولایت عام، نمایندگی پاره‌ای از اشخاص نسبت به کسانی است که به علت ضعف دماغ یا اعسار، امور آن‌ها کلاً یا بعضاً به دست نماینده آن‌ها اداره می‌شود. ولایت عام در مقابل ولایت خاص است که شامل پدر، جد پدری و وصی می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ج ۵، ۳۸۴۹). منظور از ولایت در مقاله حاضر، ولایت خاص است. ولایت به معنای خاص آن، در نزد شیعه امامیه به سبب قرابت، منحصر است بین پدر و جد پدری (کرکی، ۱۴۱۱: ۹۲؛ خمینی، ۱۳۶۱: ج ۳، ۲۳). که در فقه اهل سنت مادر را نیز شامل می‌شود (الخطیب، ۲۰۱۰: ۲۱۰).

در یک دسته‌بندی دیگر، ولایت یا قهری است یا قانونی. ولایت قانونی در امور مختلف از جمله تجاری، مطابق قانون، ولایت درش شرایطی به دیگری واگذار می‌شود. ولی قهری شخصی است که به حکم قانون تعیین می‌شود و سمت خود را مستقیماً از قانون می‌گیرد (موسوی بجنوردی، عفت ترکمان، ۱۳۸۵: ۱۳۲).

در خصوص ارتباط حضانت و ولایت نیز باید گفت، حضانت، نوعی ولایت و سلطه بر تربیت طفل و آنچه که در تربیت او مؤثر است، می‌باشد (نجفی، ۱۳۶۸: ج ۱۷، ۳۲۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۲، ۱۴۲). در واقع حضانت عبارت است از ولایت بر طفل و مجنون تا از این طریق تربیت و اموری که به مصلحت آن‌هاست انجام شود؛ از جمله: نگهداری از کودک، خواباندن و بیدار نمودن او، پاکیزه نگهداشتن او، شستن لباس‌هایش و... در حضانت، زنان نسبت به مردان شایسته‌تر هستند؛ بنابراین مادر در مدت شیرخوارگی کودک، نسبت به حضانت و مراقبت از او محق‌تر است. بر اساس آنچه گفته شد، حضانت، به عنوان نوعی ولایت و سرپرستی تعریف می‌شود. می‌توان نتیجه گرفت که رابطه بین حضانت و ولایت، عموم و خصوص مطلق می‌باشد؛ زیرا هر حضانتی، (حضانت پدر و مادر) ولایت است؛ اما هر ولایتی، (ولایت جد پدری، قیم، وصی و...) حضانت نیست.

نگهداری و مراقبت از کودک مشترکاً بر عهده والدین است لکن قانون مدنی به تبع فقه امامیه نگهداری طفل را توسط مادر در دوره‌ای از زندگی مقدم بر پدر دانسته است. طبق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوبین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت‌سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است». اما ولایت به معنای اقتداری است که به پدر و جد پدری اعطا کرده است.

#### ۴. حضانت کودک از طرف مادر

مطابق دیدگاه مشهور فقها، حضانت مادر در خصوص پسر تا دو سالگی و در مورد دختر تا هفت سالگی بر حضانت پدر مقدم است (حلی: ۱۴۰۷-۱۴۱۳: ج ۳، ۴۲۸؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱-۱۳۷۵: ج ۴، ۳۵۲). ولی از آنجا که اولویت مادر در مورد پسر (تا دوسالگی) با واقعیات جامعه امروز و مصلحت طفل سازگاری ندارد، ماده ۱۱۶۹ اصلاحی در مورخ ۱۳۸۲/۹/۸ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید که به موجب آن: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن ۷ سالگی اولویت دارد و پس‌از آن با پدر است».

در بخش‌های مختلف قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱، بر اولویت رعایت مصلحت کودک تأکید شده است و واگذاری حضانت کودک در سنین اولیه وی به مادر بر پایه همین مصلحت کودک قابل تفسیر است. ممکن است حضانت بر عهده مادر باشد اما پدر همچنان وظیفه پرداخت نفقه را بر عهده داشته باشد. در ماده ۶ قانون حمایت خانواده، تأکید شده است که «مادر یا هر شخصی که حضانت طفل یا نگهداری شخص محجور را به اقتضای ضرورت بر عهده دارد، حق اقامه دعوا برای مطالبه نفقه طفل یا محجور را نیز دارد. در این صورت، دادگاه باید در ابتدا، ادعای ضرورت را بررسی کند».

در صورتی که پدر زنده باشد، معمولاً تکلیف پرداختن نفقه فرزند بر عهده او است. ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی در این خصوص می‌گوید: «نفقه اولاد بر عهده پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق، به عهده اجداد پدری با رعایت قاعده الاقرب فالاقرب است. در صورت نبودن پدر و اجداد پدری یا عدم قدرت آن‌ها نفقه بر عهده مادر است. هرگاه مادر هم زنده و قادر به انفاق نباشد، با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصه مساوی تأدیه کنند.» بنابراین اگر نفقه بر عهده پدر باشد، مادر می‌تواند از جانب فرزند خود برای مطالبه آن اقامه دعوا کند. معمولاً در خصوص حضانت اطفال در انتهای رسیدگی‌های قضایی تصمیم‌گیری می‌شود. قانون‌گذار در بخشی از ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده در این خصوص می‌گوید: «دادگاه ضمن رأی خود با توجه به شروط ضمن عقد و مندرجات سند ازدواج، در مورد چگونگی حضانت و نگهداری اطفال و نحوه پرداخت هزینه‌های حضانت و نگهداری تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند».

فقها اتفاق نظر دارند که سرپرست و مربی کودک باید عاقل باشد (عاملی (شهید ثانی): ۱۴۱۳-۱۴۱۹، ج ۸، ۴۲۳؛ نجفی، ۱۲۷۴: ج ۳۱، ۲۸۹) اگر کودک صغیر باشد و مادر آزاد، مسلمان و عاقل باشد نسبت به حضانت بر او از دیگران محق‌تر است (حلی، ۱۴۲۱: ج ۳، ۳۵۱). زنی که عهده‌دار تربیت کودک می‌شود باید عاقل باشد، حق حضانت برای مادر در صورتی است که توانایی انجام آن را داشته و در نتیجه حضانت وی، به سلامت کودک ضرری وارد نشود، اما امری که در اینجا مانع حضانت مادر می‌شود جنون است، هرگاه مادر در مدتی که حق حضانت با اوست و کودک تحت حضانت او قرار دارد، دچار جنون شود، حضانت از او سلب می‌شود (محمدیان امیری، ۱۳۸۸: ۱۴۵). ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی مقرر 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». از جمله اشکالاتی که می‌توان به ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی گرفت بیان جنون فقط برای مادر است. این در صورتی است که کوچک‌ترین اشاره‌ای به پدر در آن نشده است. پس بر مبنای این قانون و سکوت قانون‌گذار این‌گونه به نظر می‌رسد که پدر در صورت جنون، باز هم عهده‌دار حضانت کودک است. مطابق این دیدگاه، چگونه می‌توان نگهداری کودک را به پدری که مجنون است سپرد؟ چون شخص دیوانه هیچ کنترلی بر اعمال و رفتار خود ندارد و ممکن است علاوه بر خود به کودک هم صدمه وارد کند، زیرا جنون همان طوری که سلامت عقل را از مادر سلب می‌کند در پدر هم همین تأثیر را دارد، پس به نظر نمی‌رسد نسبت دادن آن فقط به یکی از طرفین منطقی و عقلانی نیست. در نتیجه قانون‌گذار باید این شرط را برای والدین به‌طور مشترک قرار دهد.

شرط دیگری که به ویژه فقهای امامی درباره حاضر ذکر کرده‌اند، مسلمان بودن اوست. مهم‌ترین دلیل آن‌ها آیه ۱۴۱ نساء («... لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»: خداوند هرگز برای کافران در حق اهل ایمان راه تسلط نگذاشته است) و احادیث (از جمله «الاسلامُ يعلو و لا يعلى عليه») است (طوسی، ۱۳۷۷-۱۳۸۸، ج ۶، ۴۰؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳-۱۴۱۹، ج ۸، ۴۲۲)، زیرا امکان دارد کفر حضانت‌کننده به انحراف کودک بینجامد (نجفی، ۱۲۷۴، ج ۳۱، ۲۸۷). شرط دیگر، سکونت ثابت حاضن است. از دید فقها، انتقال کودک از سوی مادر به شهر و روستایی که امکانات کمتری از شهر و روستای اول دارد، جایز نیست. (طوسی، ۱۳۷۷-۱۳۸۸، ج ۶، ۴۰؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳-۱۴۱۹، ج ۸، ۴۲۵). رویکرد مورد اشاره بر مبنای مصلحت کودک قابل تبیین و تفسیر است که در بحث حضانت لازم است همواره مد نظر قرار گیرد.

## ۵. موانع و چالش‌های حضانت مادر در فقه و حقوق موضوعه

### ۱-۵. عدم ازدواج با شخص دیگر

اولویت مادر در نگهداری و سرپرستی از فرزند تا زمانی است که ازدواج نکند. این حکم بین فقها اجماعی است (أملی ۱۴۱۳، ج ۱، ۴۶۹؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۲، ۳۰۵؛ حلی، ۱۳۲۳، ج ۷، ۳۰۶؛ صدوق ۱۴۱۵، ۳۶۰؛ حلی ۱۴۰۷، ج ۳، ۴). حضانت مادر مشروط به عدم ازدواج با همسر دیگری غیر از پدر کودک است، مگر اینکه پدر کودک فوت نماید که در این صورت ازدواج مادر، مسقط حق حضانت او نیست. بسیاری از فقهای امامیه این شرط را ذکر کرده‌اند (طبرسی، ۱۴۰۸، ج ۱۵، ۱۶۴؛ احسائی ۱۴۰۴، ج ۳، ۳۶۹) و شهید ثانی ادعای اجماع بر آن نموده است. وی می‌گوید: «پیمان ازدواج زن را به ادای حقوق زناشویی مشغول می‌کند و او را از رسیدگی به امور کودک باز می‌دارد» (عاملی (شهید ثانی)، ۱۳۶۷، ۴۶۳). و به‌طور کلی استدلال ایشان به اثبات این مطلب، استناد به تعدادی روایات و اجماع فقها و عدم توانایی مادر در انجام وظایف مادری می‌باشد. فقها شرط عدم ازدواج را ویژه مادر دانسته‌اند و عمدتاً به آیه ۳ سوره نساء استناد کرده و معتقدند طبق نص قرآن، ازدواج متعدد برای مردان جایز بوده و حضانتشان از بین نمی‌رود (قمی ۱۴۰۴، ج ۳، ۴۳۵) که این استدلال مخدوش به نظر می‌رسد، زیرا خداوند تعالی درصدد بیان تکلیف حضانت کودک پس از طلاق نبوده و ظاهر در این است (کریم نژاد، ۱۳۹۴، ۱۰۲). سوال مهم این است چگونه زنی که پس از ازدواج خود صاحب فرزند می‌شود و قبل از فوت یا طلاق همسر خویش قادر است هم‌زمان از پس انجام وظایف مادری و همسری بلکه در موارد مبتلا به از پس کار در بیرون از منزل خود نیز بریاید ولی پس از طلاق و ازدواج با مرد دیگر، این قدرت برقراری توازن را نخواهد داشت. وانگهی، در جامعه امروزی، مجرد بودن زن خاصه پس از طلاق در دسرهایی به مراتب بیشتر به همراه دارد.

در قانون مدنی نیز که برگرفته از فقه امامیه می‌باشد، طبق ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است ... به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود». فرض این ماده، مربوط به موردی است که زن و شوهر از یکدیگر جدا شده‌اند و طفل کمتر از هفت سال دارد، بنابراین اولویت حضانت با مادر است (ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی). ولی در این حالت، اگر مادر با دیگری به جز پدر طفل ازدواج کند، اصل بر این است که حق حضانت از او سلب می‌شود و به عهده پدر طفل قرار می‌گیرد، هرچند ممکن است دادگاه با توجه به مصلحت طفل برخلاف این



اصل تصمیم بگیرد و حضانت را با توجه به مواد ۴۱<sup>۱</sup> و ۴۵<sup>۲</sup> قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ و مواد ۱۲<sup>۳</sup> و ۱۳<sup>۴</sup> قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ کماکان بر عهده مادر قرار دهد. برای توجیه این نظر گفته‌اند، در اغلب این موارد، مادر توانایی نگهداری از کودک را آنگونه که باید، ندارد و وظایف حضانت و زندگی مشترک ناشی از ازدواج جدید خارج از توان وی است (صفایی؛ امامی، ۱۳۸۶، ۱۵۱). اما بهتر بود تا قانون‌گذار چنین شرطی را به پدر نیز سرایت می‌داد، زیرا بسیار است در جامعه امروز، برخوردهای نادرست و خشن و سهل‌انگاری‌هایی که از طرف نامادری طفل بر او روا داشته می‌شود و سکوت قانون در این زمینه مناسب به نظر نمی‌رسد. ظاهراً این تبعیض قانون‌گذار در سلب حق حضانت مادر توجیهی ندارد چه اینکه پدر نیز ممکن است در اثر ازدواج نتواند به خوبی از طفل نگهداری نماید و عرف و سابقه وقایع به خوبی گواه این مطلب است که نگهداری طفل در جوار نامادری غالباً سخت‌تر از ناپدری است، لکن شاید بتوان این نابرابری و تبعیض را این‌گونه توجیه نمود که در خانواده ایرانی مردسالاری و ریاست مرد بر خانواده امری جاافتاده و معمول گشته و ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی که مبتنی بر آیه ۳۴ سوره نساء و فقه اسلامی است بر آن صحنه گذاشته است. به علاوه، اولاً نفقه در درجه اول بر عهده پدر بوده و غالباً در جامعه، پدران دارای شغل و متکفل اداره خانواده می‌باشند و این استقلال مالی و سلطه‌ی قانونی وی را بیش از مادر لایق حضانت فرزند نموده است و بدین سبب درحالی که ازدواج کرده قادر به نگهداری و مراقبت از فرزند خود نیز می‌باشد. از طرف دیگر حضانت فرزند برای مادری که ازدواج می‌کند و استقلال مالی ندارد موجب عسرت و زحمت بسیار برای مادر و طفل می‌باشد و ممکن است به اختلافات خانوادگی بیانجامد. در عین حال تمامی اما و اگرها در این باب نسبی است و چه بسا مادرانی که با وجود ازدواج به علت استقلال مالی و یا ازدواج موفق و توافق با

<sup>۱</sup> ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده: «هر گاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خود داری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند».

<sup>۲</sup> ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است».

<sup>۳</sup> ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳: «در کلیه مواردی که گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود دادگاه ترتیب نگهداری اطفال ... را با توجه به وضع اخلاقی و مالی طرفین و مصلحت اطفال معین می‌کند».

<sup>۴</sup> ماده ۱۳ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳: «در هر مورد حسب اعلام یکی از والدین یا اقربای طفل یا دادستان یا اشخاص دیگر تشخیص شود که تغییر در وضع حضانت طفل ضرورت دارد (اعم از اینکه قبلاً تصمیمی در این مورد اتخاذ شده یا نشده باشد و یا به طریق اطمینان بخشی ترتیب نگهداری و حضانت طفل داده نشده باشد دادگاه پس از رسیدگی حضانت طفل را به هر کسی که مقتضی بداند محول می‌کند ...».

همسر جدید، از عهده حضانت به خوبی برآیند و شاید همین مسئله مورد نظر قانون‌گذار قرار گرفته که به موجب مواد ۱۲ و ۱۳ قانون حمایت خانواده ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی تخصیص خورده و اعمال مصلحت طفل را حتی برخلاف ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی ممکن نموده است. قانون در این زمینه ناقص است زیرا ازدواج مادر فقط اولویت حضانت مادر را در مقابل پدر طفل سلب می‌کند و نه اصل حضانت را (مثل موانع دیگر). پس این توضیح ضرورت دارد که ازدواج مادر نمی‌تواند مستمسکی برای دادن حضانت به فردی غیر از پدر شود و در صورت فقدان پدر، مادر نسبت به هر شخص دیگری اولویت خواهد داشت هرچند که ازدواج کرده باشد.

## ۵-۲. ولایت جد پدری

مشهور فقها بر این عقیده‌اند که حق ولایت پس از پدر متعلق به جد پدری و جد جد است (طوسی، ۱۳۹۰، ۴۶۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ۵۰۱؛ مفید، ۱۴۱۰، ۵۱۱). امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله می‌فرماید: «ولایت تصرف در اموال کودک و رسیدگی به امور وی از آن پدر و جد پدری است، و اگر پدر و جد پدری از دنیا روند، این ولایت از سوی آنان به قیم منتقل می‌گردد و قیم کسی را گویند که پدر و یا جد پدری رسیدگی به امور کودک را به وی وصیت کرده باشند و در صورت فقدان قیم و وصی، ولایت به حاکم شرع می‌رسد، و اما مادر و جد مادری و برادر، چه رسد به سایر خویشاوندان ولایتی، بر کودک ندارند» (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۲). صاحب جواهر ادعای اجماع فقها در این خصوص دارد. ایشان دلیل آن را نصوص مستفیض در زمینه اموال کودک و روایات متواتر در مسئله ازدواج در بحث اولیای عقد و نیز نصوص وارد شده در اموال کودکان یتیم و مبحث وصیت دانسته است (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۲۶، ۱۰۱).

قانون مدنی نیز با پیروی از نظر مشهور فقها وفق ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی اولیای قهری صغیر را منحصرأ پدر و جد پدری عنوان کرده است. طبق مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی جد و جد پدری ولی قهری طفل می‌باشد. به حکم ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی. برای محجور قیم نصب می‌شود و ولایت به مادر نمی‌رسد (محمدی؛ کاویار و همکاران، ۱۳۹۴، ۱۷۷).

از آن جا که در عرف کنونی، پس از طلاق، عموماً فرزند نزد مادر زندگی می‌کنند، بع دلیل نداشتن سمت ولایت، اختیارات مادر نسبت به طفل به خصوص طفل غیربالغ، کاملاً محدود است. چنین مادری اگر شاغل باشد و بخواهد فرزند خود را تحت تکفل قرار دهد و حق عائله‌مندی دریافت کند، با مشکل مواجه است. با وجود چنین مشکلاتی، نیاز به ایجاد تغییر رویکرد نسبت به

حضانت و حتی اعطای ولایت به مادر است تا وی بتواند مستقلاً به انجام امور مربوط به کودک بپردازد.

رویه‌های موجود در ادارات سرپرستی نیز محل تأمل است. در ادارات امور سرپرستی کلیه معاملات بر اموال منقول و غیرمنقول صغیر که لیست اموال وی در پرونده ثبت شده یا کلیه معاملات بر اموال غیرمنقول صغیر که باید طی سند رسمی صورت گیرد، نیازمند اذن دادستان است. نظارت دادستان چون از ضایع شدن اموال صغیر پیشگیری می‌نماید پسندیده است، ولی جای تأمل دارد؛ زیرا اولاً این نظارت فقط بر اعمال قیم (و غالباً مادر صغیر) صورت می‌گیرد و بر ولی قهری نظارتی وجود ندارد. ثانیاً شدت نظارت، گاه موجب ضرر به صغیر می‌شود؛ مثلاً چنانچه قیم قصد اخذ وام برای بازسازی ملک متعلق به صغیر یا قصد فروش و تبدیل آن به احسن را داشته باشد، باید پس از کارشناسی سهم صغیر، با واریز نمودن سهم وی یا سپردن وثیقه‌ای نزد دادستان، اقدامات لازم برای نوسازی یا تبدیل ملک را بنماید. این امر نه تنها موجب کندی کار می‌شود، بلکه به حقوق دیگر وراث که با صغیر در مال به‌طور مشاع شریک هستند، لطمه وارد می‌نماید. رویه‌های فراتر و یا خلاف قانون نسبت به دختران بالغ غیر رشید و حتی رشید در امور غیرمالی نیز اعمال می‌گردد. به‌عنوان مثال می‌توان به رویه بیمارستان‌ها در موکول نمودن عمل جراحی دختر بالغ و حتی دختری بالای هجده سال که فاقد همسر است، به اذن ولی قهری اشاره نمود. از موارد دیگری که می‌توان به عنوان محدودیت یا بهتر بگوییم خلأ قانونی می‌توان نام برد هنگامی است که مادر نفقه فرزند را پدر مطالبه می‌کند. از آنجا که مادر سمت ولایت بر فرزند را ندارد، دادخواست وی پذیرفته نمی‌شود.

## ۵. راهکارها

### ۵-۱. توجه به مصلحت کودک

مبنای ولایت بر کودک در فقه بنا بر نظر غالب رعایت مصلحت صغیر می‌باشد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ۲۰۰؛ حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ۲۴۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۲، ج ۲، ۲۶۶؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ۳۳۸). اولویت این نظر بر اساس آیه ۱۵۲ سوره انعام (ولا تقربو مال الیتیم الا بالتی هی احسن) می‌باشد. از آنجا که توجیه امر ولایت بر مبنای مصلحت می‌باشد، امروزه با توجه به پیشرفت زنان در تمامی عرصه‌های فرهنگی، علمی، اجتماعی و اقتصادی در جامعه، رعایت مصلحت کودک ایجاب می‌کند که مادر نیز مانند پدر بر کودک حق ولایت داشته باشد. به ویژه که مادر نسبت به فرزندش دلسوزتر از هر شخص دیگری می‌باشد نه جد پدری.

به همین دلیل، قانون‌گذار در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، حق ولایت مادر و جد پدری هم مرتبه و به انتخاب و اختیار دادستان واگذار کرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۶، ۱۶۷). قانون‌گذار ایران در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ امکان واگذاری حق ولایت به مادر را مورد تأیید قرار داده، در ماده ۱۵ آن قانون مقرر داشت: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر خود می‌باشد. در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت او در اداره امور صغیر یا فوت پدر به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، حق ولایت به هر یک از جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد، مگر اینکه عدم صلاحیت آنان احراز شود که در این صورت حسب مقررات، اقدام به نصب قیم با ضم امین خواهد شد. دادگاه در صورت اقتضاء، اداره امور صغیر را از طرف جد پدری یا مادر تحت نظارت دادستان قرار خواهد داد». در این ماده، مادر در ردیف جد پدری قرار داشت و پس از فوت پدر، انتخاب یکی از این دو، به اختیار دادستان گذاشته شد.

نکته‌ای که در این باب ذیل رعایت مصلحت کودک باید بدان توجه شود این است که کودکی که بنا به هر دلیلی (فوت، غیبت پدر، طلاق و یا از دست دادن صلاحیت پدر) ولایت پدر را از دست داده است در مواجهه با این مسئله، بار سنگین مشکلات عاطفی و سایر آسیب‌های متبوع را خواهد داشت، لذا دیگر نباید بستری برای سختی‌های مازاد که معلول تداخل نهادهای ولایت و حضانت بر کودک می‌باشد را ایجاد نمود؛ چرا که این تداخل و تقابل هم در روند تربیت و نگهداری کودک تولید مشکل کرده و هم بعضاً منجر به دامن زدن به اختلافات خانواده‌ها خواهد شد (عظیم زاده اردبیلی و افقه، ۱۳۹۵، ۲۱) و قطعاً آسیب‌های روحی و روانی را برای طفل به دنبال خواهد داشت که برخی از آن‌ها نیز می‌تواند زندگی آینده کودک را تحت شعاع قرار دهد و این منافی با رعایت مصلحت کودک خواهد بود.

## ۲-۵. توجه به عرف و تحول مفهوم مفهوم ولایت

نظر به زندگی امروز و وضعیت کنونی خانواده‌ها که به صورت هسته‌ای می‌باشد و روابط و مراودات خانوادگی، کمیت و کیفیت گذشته خود را نداشته و به تبع آن، شناخت روحیات کودکان بیشتر محصور به اعضای درجه یک در هر خانواده می‌باشد. همچنین با توجه به پیشرفت‌هایی که زنان چه در خصوص حضور فعال و مؤثر در اجتماع و اشتغال دارند و چه در زمینه رشد و ارتقاء فکری و اینکه دوشادوش مردان، صحنه‌های مهم اجتماعی را رقم می‌زنند، این موضوع ولایت قهری را می‌توان ذیل پویایی فقه شیعه مورد بازنگری اساسی قرار داد؛ چرا که اولاً مادران امروز قابلیت‌های بسیاری را نسبت به مادران گذشته در اداره خانواده و فرزندان کسب کرده‌اند و

دوماً بحث تراحم ولایت جد و حضانت مادر، بعضاً امنیت روانی مادر و فرزندان را به مخاطره انداخته و همچنین تبعات اجتماعی و روان‌شناختی را می‌تواند در پی داشته باشد. البته این نکته نیز قابل توجه می‌باشد که ولایت فرزندان توسط مادر در موارد بسیاری، بار اقتصادی و مسؤولیت سنگینی را متوجه مادر می‌گرداند که این مهم نیز تمهیدات قانونی خاص خود را می‌طلبد، اما این موضوع نباید به نفی حق قیمومیت مادر به عنوان نزدیک‌ترین و دلسوزترین فرد به فرزندان منجر گردد (محمدیان امیری، ۱۳۸۸: ۱۴۷).

امروزه با پیشرفت جوامع و گسترش دامنه‌ی علم و دانش، خانواده‌ها از شکل پدرسالار و سنتی که در آن، همه پدران و مادران به همراه فرزندان و نوه‌های خود، نزد بزرگ‌تر خانواده به صورت قبیله‌ای و ایل زندگی می‌کردند، خارج شده است و تبدیل به خانواده‌های هسته‌ای، متشکل از زن و شوهر، به همراه تعداد اندکی فرزند، شده‌اند. لازمه چنین تغییر گسترده و وسیعی، دور شدن افراد خانواده، خصوصاً فرزندان از اجداد و افراد سالخورده فامیل است و نتیجه این دور شدن، عدم سیطره‌ی بزرگ‌تر فامیل بر افراد دیگر خاندان می‌باشد. به همین دلیل، امروزه فرزندان مانند گذشته، مطیع و فرمان بر اجداد خود نیستند و به صورت مستقل، زندگی می‌کنند. بدیهی است که در چنین شرایطی نقش‌ها تغییر می‌کند و جایگاه و کارکرد هر یک از افراد خانواده، دست‌خوش تغییرات بسیار وسیعی نسبت به گذشته می‌شود که نتیجه‌ی تمام این تغییرات دگرگونی جایگاه زنان و مادران نسبت به فرزندان می‌باشد؛ زانی که در گذشته همچون کالایی خریداری می‌شدند تا فرزندان را به دنیا بیاورند و آن‌ها را بزرگ کنند، امروزه تبدیل به وزنه‌ای سنگین در خانواده شده‌اند که وجودشان بسیار مهم و تأثیرگذار است.

### ۳-۵. توجه به شفقت و مهربانی بیشتر مادر

مادران مهربان و دلسوز، بهترین سنگ صبور و منبع آرامشی هستند که انسان می‌تواند در طول زندگی خود داشته باشد. آنان به خاطر ویژگی خاصی که خداوند متعال در روحیه و احساساتشان قرار داده است، می‌توانند بالاترین تأثیر را بر فکر و اندیشه‌ی کودکان خود بگذارند؛ بنابراین مادران، نیرویی عظیم و حیاتی برای آرامش روحیه‌ی کودکان خود می‌باشند؛ که نتیجه‌ی چنین آرامشی، امنیت و آرامش اجتماعی خواهد بود. درحالی‌که متأسفانه آمار فراوانی از بزهکاران اجتماعی، مربوط به خانواده‌های از هم گسیخته و به اصطلاح، فرزندان طلاق است؛ لذا مادر نقش اساسی و حتی چه‌بسا نقش بسیار مهم‌تری نسبت به پدر در تربیت کودکانش دارد.

در صورت فقدان و یا عدم صلاحیت پدر، مادر بسیار بیشتر و بهتر از جد پدری، وصی و قیم، می‌تواند به اداره‌ی امور و سرپرستی از کودکانش بپردازد؛ زیرا یکی از دلایل واگذاری ولایت به پدر، شفقت و مهربانی او نسبت به کودکانش ذکر شده است؛ (حلی، ۱۴۱۴: ج ۲، ۳۵۷؛ کاشانی، ۱۴۰۹: ج ۲، ۵۳۱؛ ماردینی، ۱۴۰۵: ج ۱۱، ۲۳۱؛ بهوتی، ۱۴۰۲: ج ۵، ۲۱۳). درحالی‌که این محبت و شفقت به مراتب در مادر نسبت به جد پدری، قیم و وصی آن دو، بیشتر می‌باشد؛ بنابراین شاید به همین دلیل باشد که برخی از فقهاء در صورت فقدان پدر، ولایت بر کودک را برای مادر، ثابت می‌دانند (بخاری، ۱۴۰۱: ۲۵۱؛ نیشابوری، ۱۴۲۳: ج ۶، ۵۲۱؛ بخاری، ۱۴۰۶: ۲۴۱؛ کاشانی، ۱۴۰۹: ج ۲، ۸۹؛ نوری، ۱۴۰۷: ج ۷، ۵۱۲؛ تنم، ۱۴۲۸: ۲۱۴) مادری که بسیار دلسوزتر و مهربان‌تر از جد پدری است نیاز است حق ولایت و سرپرستی بر کودک را داشته باشد تا تحت عنوان ولایت، بدون نیاز به نظارت دیگری، بتواند امور افراد خانواده خود را انجام دهد.

## ۶. نتیجه‌گیری

حضانت، حق، ولایت و سرپرستی بر انسان است که توانایی دفاع کردن و زندگی کردن به تنهایی را ندارد. از نظر فقه، حضانت برای مادر حق و برای پدر حق و تکلیف است. طبق قول مشهور حضانت برای سنین اولیه کودک با مادر است و بعد به پدر تعلق می‌گیرد. با طلاق یا مرگ پدر، حضانت به مادر منتقل می‌شود. آنچه در حضانت کودک باید مهم و ملاک باشد، مصلحت کودک است. از دید قانون مدنی نیز حضانت، هم حق و هم تکلیف مادر و پدر است و مادر در بحث حضانت تنها وظیفه نگهداری و تربیت کودک را دارد.

با این وجود، حضانت مادر با چالش‌های مهمی مواجه است؛ چالش اصلی در این خصوص عدم ولایت مادر بر فرزند است. از منظر فقهی حقوقی ولایت فقط مختص پدر و جد پدری است و مادر هیچ‌گونه دخالتی در ولایت ندارد. نظر اکثر فقهای امامیه و قانون مدنی نیز تنها پدر و جد پدری را به عنوان ولی قهری می‌شناسند و از مادر به عنوان «ولی» نامی برده نشده است. این مسئله یک اشکال جدی در حضانت به شمار می‌رود، زیرا مادری که حضانت را بر عهده می‌گیرد در انجام تمام کارهایی که مربوط به امور مالی کودک است موظف می‌شود از پدر یا جد پدری کسب تکلیف کند و این امر سبب سختی و مشقت او خواهد شد. در واقع قانون برای مادر که دلسوزتر و مهربان‌تر نسبت به کودک خود می‌باشد، حق ولایت و سرپرستی قائل نشده است. همین امر سبب بروز مشکلاتی در زندگی کودک و مادر شده است. لازم است توجه شود که نقش زن در جوامع امروزی با نقش زن در جوامع قدیم، بسیار متفاوت است؛ در جوامع قدیم،

عرف جامعه برای زنان، ولایتی نسبت به اولادشان قائل نبوده است، زیرا آن‌ها را تحت ولایت دیگری دانسته است و امور مالی و غیرمالی غیر از حضانت طفل خود را به آنان نمی‌دادند، اما در زمان حاضر که زنان در جامعه، حضوری فعال دارند باید دیدگاه‌ها نیز با توجه به تأثیر عنصر زمان و مکان در اجتهاد، تغییر نماید.

چالش دیگر حضانت فرزند از سوی مادر، ازدواج مجدد مادر است. نقد مهم به ماده ۱۱۷۰ وارد است که ماده مزبور ازدواج مجدد را مانع حضانت فرزند دانسته است. ماده مذکور با آوردن جمله «یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود» مادران مطلقه را با ترس از دست دادن فرزند مجبور به ادامه زندگی مجردی کرده است. در توجیه این ماده گفته‌اند که مادر در صورت ازدواج مجدد و حضور ناپدری، دیگر قدرت رسیدگی به طفل را به‌طور شایسته نخواهد داشت. این در صورتی است که چنین استدلالی در زمینه ازدواج پدر که بیشتر وقتش را مشغول کار است و تربیت طفل زیر نظر نامادری قرار می‌گیرد بیان نشده است. پس چنین تحلیلی منطقی به نظر نمی‌رسد. در نتیجه اگر این جمله حذف شود و مصلحت طفل مورد توجه قرار بگیرد هم به نفع کودک و هم به نفع مادران است.

فقه شیعه به دلیل بهره بردن از عنصر اجتهاد فقه پویایی است که هر زمان با توجه به نیاز آن مقطع و در آن مکان در ذیل شرع مقدس و بنا بر رعایت و حفظ مصلحت بشر می‌تواند اقدام به جعل قوانین جدید نموده کما اینکه مصادیقی بر این ادعا وجود دارد. جامعه اسلامی با داشتن ادعای دارا بودن ساختارهای حقوقی و فقهی و قانونی برای کمک به تحصیل کمال بشر و داعیه‌دار عدل و عدالت، می‌طلبد که در این خصوص نیز گام بلند و مهمی به سمت صیانت از حقوق مادر و فرزندان صغیر او البته با مهیاکردن زیربنای قانونی و حمایتی از زنان بردارد.

## منابع

۱. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، جلد ششم، قم، مکتب الأعلام الاسلامی، ۱۴۱۰.
۲. ابن فهد حلی، المَهْدَبُ البارع فی شرح المختصر النافع، جلد سوم، قم، ۱۴۰۷-۱۴۱۳.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، جلد پانزدهم، قم، نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، جلد هشتم، بیروت- لبنان، نشر دار الحیا التراث العربی، ۱۴۰۸.
۵. احسانی، محمدبن علی ابن ابی‌جمهور، جلد سوم، قم، عوالی اللالی، ۱۴۰۴.
۶. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ شصت و ششم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵.

۷. امینی اسدآبادی، ندا، «بررسی فقهی حقوقی حضانت با مطالعه تطبیقی در فقه شافعی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه پیام نور، تهران، ۱۳۹۲.
۸. آل بحر العلوم، سیدمحمد، بلغة الفقیه، جلد سوم، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ۱۳۶۲.
۹. آملی، میرزار محمد تقی، مکاسب و البیع، جلد اول، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳.
۱۰. بخاری محمد بن اسماعیل، الأدب المفرد، بیروت، مؤسسه الکتب الثقافیة، ۱۴۰۱.
۱۱. بخاری محمد بن اسماعیل، الصحیح، ترکیه، دار الفکر، ۱۴۰۶.
۱۲. بهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع، جلد پنجم، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۰۲.
۱۳. تنم، ابراهیم بن صالح بن ابراهیم، ولایة التأدیب الخاصة فی الفقه الاسلامی، عربستان، دار ابن الجوزی، ۱۴۲۸.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «ترمینولوژی حقوق»، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «مبسوط در ترمینولوژی حقوق»، جلد پنجم، چاپ نهم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران، نشر کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷.
۱۷. حسینی الواسطی الزبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، جلد چهارم و بیستم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴.
۱۸. حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸.
۱۹. حلی، الحسن بن یوسف بن علی (علامه حلی)، تحریر الاحکام، جلد سوم، قم، مؤسسه امام صادق (سلام الله علیه)، ۱۴۲۱.
۲۰. حلی، الحسن بن یوسف بن علی (علامه حلی)، تذکرة الفقهاء، جلد دوم، قم، مکتبه المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۴۱۴.
۲۱. حلی، الحسن بن یوسف بن علی (علامه حلی)، تذکرة الفقهاء، جلد هفتم، قم، مکتبه المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۲۳.
۲۲. حلی، ابن فهد، المهذب البارع فی شرح المختصر المنافع، جلد سوم، قم، نشر اسلامی، ۱۴۰۷.
۲۳. خامنه ای، سیدعلی، اجوبه الاستفتائات فارسی، چاپ اول، قم، دفتر ایشان در قم، ۱۴۲۴.
۲۴. الخطیب، علی عبدالله، فقه الطفل، دراسة مقارنة فی ضوء المذاهب الفقهیة السبعیة، چاپ اول، بیروت- لبنان، نشر موسسه المعارف للطبوعات، ۲۰۱۰.



۲۵. خمینی، روح الله، ترجمه تحریر الوسیله (کتاب نکاح)، جلد سوم، قم، نشر اسلامی، ۱۳۶۱.
۲۶. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵.
۲۷. روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، جلد بیست و دو، قم، مهر استوار، ۱۴۱۲.
۲۸. سابق، سید، فقه السنه، جلد هشتم، چاپ اول، سنندج، نشر مردم‌سالاری، ۱۳۸۷.
۲۹. شیخ صدوق، ابی جعفر، المقنع، قم، امام هادی، ۱۴۱۵.
۳۰. صادقی، سمیه، نگاهی به مسائل حضانت از منظر فقه و قانون، چاپ اول، مشهد، نشر مهر طاهر، ۱۳۹۲.
۳۱. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، چاپ چهاردهم، تهران، زمستان ۱۳۸۶.
۳۲. طبرسی، حسین نوری، مستدرک الوسائل، جلد پانزدهم، قم، آل البيت، ۱۴۰۸.
۳۳. طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، جلد چهارم، قم، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۵.
۳۴. طوسی، محمد بن الحسن، المبسوط، جلد دوم، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
۳۵. طوسی، محمد بن الحسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتب العربی، ۱۳۹۰.
۳۶. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ششم، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۸-۱۳۷۷.
۳۷. عاملی (شهیدثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد هشتم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳-۱۴۱۹.
۳۸. عاملی (شهید ثانی)، محمدجواد، الروضه البهیة فی الشرح اللعمه دمشقیه، جلد هشتم، قم، جامعه النجف الدینی، ۱۳۶۷.
۳۹. عاملی، زین الدین بن علی (شهیدثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد اول، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶.
۴۰. عظیم زاده اردبیلی، فائزه، افقه، آلا سادات، « نهاد ولایت بر کودک، خلاء ها و چالش‌های آن در فقه و حقوق»، دو فصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره شصت و پنجم، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.
۴۱. قرآتی، مهدی، حضانت و نگهداری اطفال بر اساس قانون جدید (شامل نفقات و ملاقات فرزند قبل و بعد از طلاق)، چاپ دوم، تهران، نشر جاودانه ۱۳۹۲.
۴۲. قمی، ابن بابویه، من یحضره الفقیه، جلد سوم، قم، مدرسین، ۱۴۰۴.
۴۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، چاپ سوم، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۲.
۴۴. کاشانی، ابوبکر، بدائع الصنائع، جلد دوم، پاکستان، المکتبه الحبیبه، ۱۴۰۹.

۴۵. کرکی (محقق ثانی)، علی ابن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد دوازدهم، قم، موسسه آل البيت (ع) ۱۴۱۱ ق.
۴۶. کریم نژاد، «بررسی فقهی حضانت با مطالعه تطبیقی در فقه شافعی»، دانشگاه آزاد واحد خراسان رضوی، ۱۳۹۴.
۴۷. ماردینی، علاء الدین بن علی بن عثمان، الجوهر النقی، جلد یازدهم، دار الفکر، ۱۴۰۵
۴۸. محمدی، سام، کاویار، حسین، «تقدم حق ولایی قهری مادر نسبت به جد پدری بر مبنای مصالح روز»، مجله حقوقی دادگستری، شماره نود و هشتم، تابستان ۱۳۹۴.
۴۹. محمدیان امیری، مهدی، «حق حضانت و مدت آن»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره هفدهم، ۱۳۸۸.
۵۰. مفید، محمد بن محمد، المقنعه، المقنعه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰
۵۱. موسوی بجنوردی، سید محمد، ترکمان، عرفان، «ولایت مادر در فقه و حقوق با نگرشی به اندیشه امام خمینی پرتال جامع علوم انسانی»، نشریه متین، شماره سی و سوم، ۱۳۸۵.
۵۲. موسوی خمینی، سید روح اله، استفتاءات، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲.
۵۳. موسوی خمینی، سید روح اله، تحریرالوسیله، جلد دوم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۵.
۵۴. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع‌الشتات، جلد چهارم، تهران، ۱۳۷۱-۱۳۷۵ ش.
۵۵. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، جلد سی و یک، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۲۷۴.
۵۶. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد بیست و ششم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲.
۵۷. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد هفدهم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ نهم، ۱۳۶۸.
۵۸. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد یازدهم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲.
۵۹. نوری، محی الدین بن شرف، شرح صحیح مسلم، جلد هفتم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۷.
۶۰. نیشابوری، مسلم بن حجاج، الجامع الصحیح، جلد ششم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۳.



## *Legal Jurisprudential Investigation of Maternal Child Custody: Challenges and Solutions*

*Ameneh Mazlumzadeh*<sup>\*</sup>  
*Abdolreza Jamalzadeh*<sup>\*\*</sup>  
*Roghayeh Shahabi*<sup>\*\*\*</sup>

### **Abstract:**

Maternal child custody is one of the important issues that has been the subject of debate and contention in jurisprudence and law. In this paper, an attempt is made to investigate the challenges facing maternal child custody and, if possible, to provide solutions to address these challenges. The research method of this the present research is descriptive-analytical and the library method is used. Findings indicate that maternal custody faces two important challenges: lack of guardianship of the mother over the child and revocation of the mother's custody in case of remarriage. Absolute prohibition of maternal guardianship over the child is not acceptable because the mother is more compassionate and kinder in protecting the child and their property, while in the custom of today's society and also due to the ability of women to manage family affairs and outside the family, maternal guardianship over the child is accepted. In the case of remarriage, such conditions cannot be imposed unilaterally on the mother alone, while there is no such restriction for men, and the mother can be prevented from remarrying by creating this fear in her. In conclusion, it can be stated that from the jurisprudential point of view, the rule of natural guardianship is not one of devotional rules but one of rational rules. On the one hand, with the shrinking of families in the present age, and on the other hand, the increase in the level of education and social presence of women, forgery of natural guardianship for mothers and the possibility of remarriage for women is the most important solution to the existing challenges.

### **Keywords**

*Custody, Guardianship, Mother, Child, Father, Paternal Grandfather*

<sup>\*</sup> PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. shahidjalal1363@gmail.com

<sup>\*\*</sup> Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran (Corresponding Author): [jamalzadehpro@gmail.com](mailto:jamalzadehpro@gmail.com)

<sup>\*\*\*</sup> Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Varamin-Pishva Branch, Islamic Azad University, Varamin, Iran. R.shahaby@chmail.ir