

## واکاوی معیار حاکم بر مصلحت کودک تحت حضانت در حقوق ایران، مصر و فقه مذاهب اسلامی\*

□ صالح یمرلی\*\*  
□ فیروز منصوری\*\*\*

### چکیده

قانون‌گذار ایران حضانت کودک را تا سن هفت سال حق و تکلیف مادر دانسته و قانون‌گذار مصر تا سن پانزده سال، حق مادر دانسته و پس از آن اولویت با پدر است. لیکن در صورت حدوث اختلاف بعد از این سنین، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه است. مصلحت کودک مفهوم نسبی داشته و به معنای رعایت غبطه صغیر و تصمیمی مبتنی بر جلب منافع مادی و معنوی برای اوست. فقهای اسلامی و قانون‌گذار ایران و مصر، هیچ معیار صریحی برای تشخیص مصلحت کودک و تصمیم‌گیری دادرسی در مورد ابقای کودک نزد مادر یا سپردن او به پدر یا دیگری، مقرر نکرده‌اند. نظر به مسکوت ماندن معیار حاکم بر مصلحت کودک تحت حضانت و ضرورت تعیین آن در پرونده‌های قضایی، نوشتار پیش رو، با روش توصیفی-تحلیلی و با هدف تبیین دیدگاه‌های مطروحه، معیار حاکم را تبیین نموده است. دادرسی می‌بایست در هنگام تصمیم‌گیری در این خصوص، به معیارهای روحی و روانی و صحی توجه داشته باشد و در صورت تعارض، معیار روحی را بر معیار صحی برگزیند. در صورت یکسان بودن توانایی والدین در این دو معیار، از معیار انتخاب کودک به عنوان معیار تکمیلی جهت ترجیح یکی از والدین بر دیگری استفاده کند. کلیدواژه‌ها: مصلحت، کودک، حضانت، حقوق ایران، حقوق مصر، فقه اسلامی.

\* تاریخ وصول: ۱۴۰۰/۷/۱؛ تاریخ تصویب: ۱۴۰۰/۱۰/۱۵.

\*\* گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی دانشگاه گنبد کاووس، ایران (نویسنده مسئول): (salehyamrali@gmail.com).

\*\*\* گروه حقوق، دانشگاه جامعه المصطفی العالمیه، واحد گرگان، ایران: (firoz.mansoori1919@gmail.com).

## مقدمه

حضانت به مفهوم تربیت طفل و پاسداری و فراهم نمودن غذا، لباس، خواب، تمیز کردن و همه اموری است که از نظر شرع و قانون، طفل در انجام آن نیاز به دیگران دارد. هدف از حضانت حفظ مصلحت کودک است که انجام آن از حقوق و تکالیف پدر و مادر به شمار می‌رود؛ فقهای اسلامی و به تبع آن قانون‌گذاران کشورهای اسلامی و حتی تمام جوامع بشری، مادر را برای شفقت و مهربانی که به فرزندش دارد از هرکسی شایسته‌تر دانسته‌اند. فقهای اسلامی در مورد مدت حضانت کودک توسط مادر اختلاف نظر دارند (زحیلی، ۱۰: ۴۴؛ کاسانی، ۱۹۸۲، ۴: ۴۲-۴۳؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ۳: ۵۶۶؛ الصاوی، ۲: ۷۵۵؛ الدردیر، ۲: ۵۲۶؛ شیرازی، ۲: ۱۷۱؛ الشربینی، ۱۴۱۵ق، ۵: ۱۹۸؛ ابن‌قدامة مقدسی، ۱۹۶۸م، ۸: ۲۳۹-۲۴۱؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ۸: ۴۲۱؛ خمینی، ۱۴۰۹ق، ۲: ۳۱۲-۳۱۳؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ۶: ۳۹) و به تبع آن قانون‌گذاران کشورهای اسلامی از جمله ایران و مصر در طول مراحل قانون‌گذاری گاهی به دیدگاه یک دسته از فقها و گاهی نیز مطابق دیدگاه گروه دیگری سن حضانت کودک را با توجه به مصلحت کودک تغییر داده‌اند؛ چون مصلحت کودک مفهوم نسبی دارد و مطابق زمان و مکان و حالات کودک قابل تغییر است و سنی که از سوی فقها به این منظور در نظر گرفته شده نیز اجتهادی است، بنابراین قانون‌گذاران ایران<sup>۱</sup> و مصر<sup>۲</sup> با تبعیت از دیدگاه فقهایی که نظرشان به مصلحت کودک نزدیک‌تر است سنی را برای حضانت مادر در نظر گرفته و سپس به دادرس اجازه داده‌اند تا با در نظر داشت مصلحت کودک در مورد ابقای کودک نزد مادر یا سپردن او به پدر یا شخص دیگری، تصمیم لازم را اتخاذ نماید.

هرچند برخی آثار علمی به بررسی مصلحت در حضانت کودک ورود کرده‌اند لیکن تمایزات گوناگونی بین نوشتار حاضر و آن آثار وجود دارد. چنان‌که مقاله «تعیین مؤلفه‌های حضانت در بستر مصالح عالیّه کودک» (مریم غنی‌زاده بافقی و زهرا غنی‌زاده بافقی)، بیشتر به دنبال تعیین ویژگی‌ها و عوامل قانونی حضانت از دیدگاه حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک بوده و به معیارهایی که دادرس می‌بایست بدان تمسک نماید، توجهی ننموده است. هرچند

به مسایل فقهی اشاره شده لیکن معیارهای مصلحت طفل به صورت برجسته در فقه اسلامی و حقوق دیگر کشورها مورد کنکاش واقع نشده است. وانگهی یافته‌های تحقیق آن نیز متفاوت از یافته‌های تحقیق پژوهش حاضر است و معیار پیشنهادی در آن وجود ندارد. همچنین، مقاله «حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر» (ساعی، محمد هادی و کامیاب منصوری، نیلوفر) به بررسی مسأله حضانت در صورت ازدواج مجدد مادر، پرداخته، در حالی که موضوع حاضر اختصاص به این امر ندارد. از دیگر سو، یافته‌های تحقیق در آن متفاوت بوده و معیارهای حاکم بر حضانت و جنبه فقهی عمیق و رویکرد تطبیقی در آن وجود ندارد.

سؤالی که در این پژوهش مطرح می‌شود این است که دادرس چگونه و بر اساس کدام معیار در مورد ابقای کودک نزد مادر یا تسلیم او به پدر یا شخص دیگری تصمیم می‌گیرد؟ پرسش‌های دیگری نیز در این خصوص مطرح می‌شود؛ دادرس در چه زمانی این صلاحیت را دارا می‌شود؟ در این تحقیق با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع مکتوب در حوزه حقوق ایران و مصر و با توجه دیدگاه فقهای اسلامی به پرسش‌های مذکور پاسخ داده خواهد شد.

## مفهوم‌شناسی

فقهای اسلامی بسیاری از احکام حضانت را بر پایه مصلحت بنا کرده‌اند و قانون‌گذاران در ارتباط با امور خانواده با وجود مشخص نبودن و نسبی بودن مفهوم مصلحت، آن را معیاری برای فرد ذی‌حق در حضانت کودک قرار داده‌اند (بجاق، ۲۰۱۴م، ۱۸۱-۲۲۰). بنابراین لازم است تا به تعریف مصلحت و حضانت که در تحقیق حاضر از واژگان اساسی به شمار می‌رود پرداخته شود تا از این طریق بتوان به مفهوم مصلحت کودک دست یافت:

## ۱. مفهوم مصلحت

### الف) مفهوم لغوی مصلحت

مصلحت از ریشه (ص.ل.ح) گرفته شده و ضد مفسده است و در لغت به معنای صلاح، خیر، صواب و شایستگی است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۲: ۵۱۶؛ فیومی، ۱۴۰۵ق، ۲: ۲۴۵؛ دهخدا، ۱۳۷۷ش: ذیل واژه مصلحت). در میان اهل لغت مصلحت در دو معنا به کار می‌رود: ۱- مصلحت لفظاً همچون منفعت است و در این صورت یا مصدری است که به معنای صلاح به کار می‌رود، همچون منفعت که به معنای نفع به کار رفته است و یا اسم مفرد از مصالح است، همچون منفعت که واحد منافع است؛ ۲- مصلحت به ذات کاری اطلاق می‌شود که آورنده صلاح - نفع - است، از باب اطلاق اسم مسبب بر سبب و مجاز مرسل؛ مانند این که گفته می‌شود، تجارت مصلحت است یا آموختن علم مصلحت است یا ابقای محضون نزد حاضنه مصلحت است، یعنی تجارت و آموختن علم و ابقای محضون نزد حاضنه سبب منافع مادی و معنوی است (خلیل عطوی، ۲۰۰۶م: ۴۵-۴۶). در بحث حضانت کودک، به کار بردن واژه «مصلحت» مناسب‌تر از واژه «منفعت» است؛ زیرا منفعت کودک در این است که رفاه و آسایش خوبی داشته باشد و در زندگی مدرن از امکانات لازم زندگی برخوردار باشد؛ در حالی که در حضانت کودک بیشتر از مادیات، ارزش‌های معنوی او مورد توجه است و «مفهوم مصلحت» شامل امور مادی و معنوی است. بنابراین منفعت، با لذت‌گرایی بیشتر سنخیت داشته و غالباً در امورات مقطعی کاربرد دارد ولی مصلحت، پایدارتر بوده و با کمال‌گرایی و رشد معنوی همگون است که بیشتر جنبه اجتماعی داشته (عزیزی و مولودی، ۱۳۹۴ش: ۹۳-۱۳۹) و با ماهیت حضانت، همخوانی بیشتری دارد.

### ب) مفهوم اصطلاحی مصلحت

درباره مفهوم اصطلاحی مصلحت، فقهای امامیه و اهل سنت، تعاریف گوناگونی ارائه نموده‌اند که در واقع همه بیانگر یک مطلب است و آن عبارت از محافظت بر مقصود شارع

(مقاصد پنج‌گانه) است؛ چنان‌که از فقهای اهل سنت، غزالی در خصوص مصلحت معتقد است: «مصلحت عبارت از جلب منفعت یا دفع مضرت است» و مراد از مصلحت محافظت بر مقصود شارع و مقصود شارع نسبت به مخلوقش پنج چیز است: حفظ دین، حفظ جان، حفظ عقل، حفظ نسل (آبرو) و حفظ مال؛ و هر چیزی که سبب حفظ موارد پنج‌گانه شود به آن مصلحت اطلاق می‌شود و هر چیزی که آن‌ها را از بین ببرد مفسده است و دفع مفسده نیز مصلحت است (غزالی، ۱۴۱۳ش: ۱۷۴). همچنین «زرکشی» بیان داشته: «مصلحت عبارت از محافظت بر مقصود شارع با دفع مفسد از خلق» (زرکشی، ۱۴۱۴ق، ۸: ۸۳). از فقهای امامیه نیز علامه حلی معتقد است: «مصلحت چیزی است که با مقاصد انسان در امور دنیا یا آخرت یا هر دو موافق باشد و نتیجه مصلحت به دست آوردن منفعت و دفع مضرت است» (حلی، ۱۳۶۲ش: ۲۲۱) و برخی نیز معتقدند: «مصلحت چیزی است که حکمت به سوی آن فرا می‌خواند» (عسکری، ۱۴۱۲ق: ۳۲۰). پس مصلحت محافظت از مقاصد شارع است و منحصر به جلب منفعت نیست بلکه دفع مضرت نیز مصلحت است.

برخی از حقوق‌دانان ایران معتقدند علم حقوق، علم مصالح آدمیان است و مسایل آن، چه در مقام تشریح و چه در غیر آن و در روابط انسان‌ها، حول محور مصالح دور می‌زند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ۵: ۱۳). در اصطلاح حقوقی، همان‌طور که برخی به‌درستی تأیید نموده‌اند، مصلحت به معنای رعایت غبطه و صرفه است و در مصلحت صرف عدم مفسده کفایت نمی‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۷ش: ۴۹). چنان‌که ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در بحث ازدواج پیش از سن قانونی، تبصره ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی و ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱ در بحث حضانت طفل، ماده ۶۶۷ قانون مدنی در بحث رعایت غبطه موکل توسط وکیل در تصرفات و اقدامات، از جمله نصوص قانونی هستند که مصلحت در مفهوم اخیر به‌کار رفته است.

از نظر حقوق مصر برخی از حقوق‌دانان در تعریف مصلحت گفته‌اند: هر آن چیزی است که نیاز مادی یا معنوی شخصی را برآورده نماید، مصلحت است (ثروت، ۱۹۸۴م: ۲۳). برخی

دیگری نیز گفته‌اند: مصلحت به طور عموم عبارت است از باورمندی شخص به صلاحیت چیزی یا امری برای برآوردن نیاز مادی یا معنوی او (عبدال، ۱۴۴۱: ۴۰). بنابراین مصلحت در حقوق مصر به چیزی اطلاق می‌شود که به باور شخص نیاز مادی یا معنوی او را برآورده می‌سازد و میزان برآورده شدن نیاز شخص زمانی آشکار می‌شود که اعتقاد شخص در عمل متحقق شود و فرق مصلحت عملی و اعتباری نیز در متحقق شدن آن در عالم خارج است (حمید العنکبی، ۲۰۰۲: ۲۱)

### ج) مفهوم مصلحت کودک

فقها به خاطر نسبی بودن مفهوم مصلحت، هیچ تعریفی از مصلحت کودک ارائه نکرده‌اند؛ اما با توجه به تعاریفی که برخی از فقهای اهل سنت (غزالی، ۱۴۱۳ش: ۱۷۴؛ زرکشی، ۱۴۱۴ق، ۸: ۸۳) و امامیه (حلی، ۱۳۶۲ش: ۲۲۱؛ عسکری، ۱۴۱۲ق: ۳۲۰) از مصلحت به طور عام ارائه نموده‌اند، می‌توان مصلحت کودک (محضون) را این‌گونه تعریف نمود: «مصلحت کودک عبارت است از جلب منفعت مادی و معنوی برای کودک و دفع مضرت مادی و معنوی از او». با توجه به این مفهوم عام، می‌توان گفت که دادگاه به‌گونه‌ای به پرونده حضانت کودک پردازد و اتخاذ تصمیم نماید که برای او منفعت مادی و معنوی را به بار آورد و از همه آنچه که موجب زیان کودک می‌گردد، جلوگیری نماید. بنابراین مصلحت کودک نسبی است و مفهوم وسیعی دارد و با تغییر زمان، مکان، حالات و عرف‌ها دگرگون می‌شود. از این جهت برخی گفته‌اند به خاطر نسبی بودن مصلحت کودک باید دست دادرس در تشخیص و تفسیر مصلحت کودک باز گذاشته شود تا در هر واقعه و پرونده‌ای که نزد او مطرح می‌شود به‌گونه مستقل و بدون توجه به پرونده‌های دیگر، بر پایه اهداف تعیین شده از سوی شارع و قانون‌گذار در امر حضانت، اظهار نظر نماید (بجاق، ۲۰۱۴م: ۱۸۱-۲۲۰).

در قوانین موضوعه ایران تعریفی از مصلحت به میان نیامده و صرفاً در تبصره ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی،<sup>۳</sup> مواد ۴۵ قانون حمایت خانواده،<sup>۴</sup> مصوب ۱۳۹۱ و ماده ۴۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان<sup>۵</sup> مصوب ۱۳۹۹ از «مصلحت کودک» سخن به میان آمده است. حقوق‌دانان

ایران در باب حضانت کودک مسایل گوناگونی را مورد بحث قرار دادند لیکن از مفهوم مصلحت تعریف صریحی را مطرح نکرده‌اند و از کلام ایشان، مصلحت کودک به معنای رعایت غبطه و نفع کودک است و این مفهوم نسبی بوده و در خصوص هرکودکی با کودک دیگر متمایز است. (محقق داماد، پیشین: ۴۹).

در حقوق مصر نیز مصلحت کودک، مفهوم نسبی است و نسبت به زمان و مکان و حالات کودکان، مفهوم آن دگرگون می‌شود. با وجود ابهام در چنین مفهومی، با توجه به بند ج، ماده ۳ قانون طفل مصوب ۱۹۹۶ که مقرر نموده است: «حمایت از کودک و مصلحت والای او در کلیه تصمیمات و اجرائیات مربوط به دوران کودکی، فارغ از مرجعی که آن‌ها را صادر می‌کند، در اولویت قرار دارد»<sup>۶</sup> و نیز بند ۲، ماده ۳۲ قانون مذکور که مقرر نموده: «هدف از حضانت تحقق اهداف زیر است: ۲...- آماده‌سازی کامل بدنی، فرهنگی، روانی و اخلاقی کودکان به‌گونه سازگار با اهداف جامعه و ارزش دینی»<sup>۷</sup>. می‌توان گفت مصلحت کودک این است که زمینه رشد جسمی، روانی و اخلاقی او فراهم ساخته شود و جهت تربیت دینی و فرهنگی او تلاش‌های جدی و مستمر صورت گیرد و منافع مادی و معنوی او در تمام عرصه‌ها مقدم بر منافع دیگران دانسته شود.

#### د) ویژگی‌های مصلحت معتبر

برخی از نویسندگان اهل سنت برای مصلحت معتبر شرعی، ویژگی‌های زیر را بر شمرده‌اند: نخست: مصلحت، مخالف قرآن و سنت نباشد. دوم: مصلحت، در ذات خود معقول باشد. سوم: رعایت مصلحت، برای حفظ امور ضروری باشد. چهارم: مصلحت، حقیقی باشد نه خیالی و توهمی. پنجم: مصلحت، سبب از بین رفتن مصلحت اهم یا مصلحتی که با آن مساوی است نشود (الشاطبی، ۱۹۹۲م، ۲: ۶۲۷-۶۳۵؛ البوطی، ۱۹۶۵م: ۱۲۹-۲۴۸).

برخی از اصولیون امامیه نیز مصلحت را به سه دسته معتبر، ملغات و مرسله تقسیم نموده و در مورد مصلحت معتبر در شرع گفته‌اند: «مصلحت معتبر مصلحتی است که - هرچند به حکم

قطعی عقل باشد- خالی از مفسده باشد، همچون حفظ دین، نفس، عقل، مال و نسل. این نوع مصلحت را شارع برای حفاظت از امور مزبور معتبر دانسته و هرچیزی که منجر به فساد آنها شود، کنار گذاشته است»<sup>۱</sup> (میرزای قمی، ۱۴۳۰، ۳: ۲۰۸؛ حکیم، ۱۴۱۸: ۳۸۹).

مصلحت کودک مفهوم نسبی دارد و نمی‌توان آن را در چند مورد محصور کرد، اما با توجه به مفهوم عام مصلحت می‌توان ویژگی‌های زیر را برای آن برشمرد:  
نخست، مصلحت کودک شخصی و ذاتی است؛ یعنی مصلحت هر کودک مجزا از مصلحت کودک دیگر است و دادرس مصلحت هر کودک را بدون توجه به دیگران بررسی و تشخیص می‌دهد (حمیدو؛ ۲۰۰۴-۲۰۰۵م: ۸۱).

دوم، مصلحت کودک نسبی و تغییرپذیر است؛ یعنی مصلحت کودک با تغییر زمان و مکان و احوال زندگی اجتماعی او دگرگون می‌شود. در نتیجه نیازهای او نیز تغییر خواهد کرد و ممکن است چیزی که در یک زمان و یک حالت برای او مصلحت باشد در زمان و حالت دیگری مصلحت محسوب نشود (همان: ۸۶).

سوم، مصلحت کودک انعطاف‌پذیر است؛ چون برای این که شارع و مقنن، تعریف دقیقی از مصلحت کودک ارائه نکرده، دست دادرس را در تفسیر از آن باز گذاشته تا بر اساس بینش و درایت خویش و با یاری جستن از خبرگان و کارشناسان نسبت به هر کودک و هر پرونده‌ای مطابق زمان، مکان و حالات فردی و اجتماعی او اظهار نظر نماید (بجاق، ۲۰۱۴م: ۱۸۱-۲۲۰).

## ۲. مفهوم حضانت

### الف) مفهوم لغوی حضانت

حضانت از «حِضَن» گرفته شده و در لغت به معنای زیر بغل و میان بازوها و سینه است و کنایه از نگهداری، پرورش، تعلیم و تربیت کودک است؛ (فراهیدی، ۳: ۱۰۵؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ۱۳: ۱۲۲؛ معلوف، ۱۹۷۳م: ماده حِضَن). علت تسمیه این نهاد به حضانت این است که مادر کودکش را میان بازوان و سینه خود می‌گذارد، و شامل سلطنت بر تربیت کودک و امور مربوط



به آن همچون نگهداری، تمیز کردن و شستشوی لباس‌ها و مانند آن نیز می‌شود (ابن‌منظور، همان، ۱۳: ۱۲۲؛ فراهیدی، همان، ۳: ۱۰۵).

### یکم. مفهوم اصطلاحی حضانت

فقها و حقوقدانان نیز از حضانت تعاریفی ارایه نموده‌اند؛ از فقهای امامیه، محقق کرکی در این خصوص بیان می‌دارد: «حضانت عبارت از نگهداری، تربیت، شست‌وشو و غذا دادن کودک و برآوردن سایر نیازهای او است» (کرکی، ۱۴۱۴ق، ۷: ۱۲۹). شهید ثانی معتقد است: «حضانت به فتح (ح) عبارت است از ولایت بر کودک و مجنون برای تربیت و امور مربوط به آن که مطابق مصلحت است، همچون نگهداری، خواباندن، بلندکردن، تمیز کردن، شست‌وشوی لباس و مانند آن‌ها» (عاملی، ۱۴۱۳ق، ۸: ۴۲۱). این فقیه بزرگوار حضانت را نوعی ولایت دانسته است. از فقهای حنفی ابن‌نجیم حضانت را چنین تعریف نموده است: «حضانت عبارت از تربیت کودک است» (ابن‌نجیم، بی‌تا، ۴: ۱۷۹). برخی از فقهای مالکی نیز در تعریف حضانت می‌گویند: «حضانت عبارت از نگهداری کودک و پرداختن به مصالح او است» (الدردیر، بی‌تا، ۲: ۵۲۶). همچنین برخی از فقهای شافعی و حنبلی گفته‌اند: «حضانت عبارت از نگهداری کسی است که قوه تمیز ندارد و در انجام امور شخصی، تربیتی که به مصلحت اوست و نیز در حفظ خویش از گزند حوادث مستقل نیست و حضانت نوعی از ولایت و سلطه است» (النوی، ۱۴۰۵ق، ۹: ۹۸؛ الانصاری، ۱۴۱۸ق، ۲: ۲۱۲). قوانین ایران تعریفی از حضانت ارائه نکرده‌اند ولی برخی از حقوقدانان در تعریف حضانت گفته‌اند: «حضانت عبارت از نگاه‌داشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج است» (صفایی و امامی، ۱۳۹۵ش: ۳۷۹). به عبارت دیگر: «حضانت عبارت است از اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹ش، ۲: ۱۳۹). حقوقدانان مصری نیز در تعریف حضانت گفته‌اند: «حضانت عبارت از پرداختن به تربیت طفل و پاسداری و فراهم نمودن غذا، لباس، خواب، تمیز کردن و همه اموری است که شرعاً و قانوناً در آن مصلحت طفل وجود

دارد» (سرحان، ۱۹۵۳م: ۴۴۳). به عبارت دیگر «حضانة عبارت است از تربیت طفل و پرداختن به امورات او در سن معین از سوی محارمی که حق تربیت وی را دارند» (خلاف، ۱۹۹۹م: ۱۹۴). پس حضانة به معنای نگهداری و تربیت کسی است که در امور شخصی و تربیتی و اجتماعی خود نیاز به یاری دیگران دارد.

## مدت حضانة کودک

در حالتی که پدر و مادر کودک با یکدیگر زندگی مشترک دارند، کودک تحت تربیت و پرورش هر دوست و بحث مدت حضانة مطرح نمی‌شود. اما هنگامی که پدر و مادر طفل به هر علتی از یکدیگر جدا زندگی کنند، باید دید حضانة بر عهده کیست و مادر تا چه زمانی سرپرست کودک است؟ در مورد مدت حضانة کودک توسط حاضنه، فقهای اسلامی با توجه به مصلحت کودک و نیاز او به زنان بر اساس بینش و اجتهادات خویش دیدگاه‌های متفاوتی ارائه نموده‌اند و به تبع آن مجالس قانون‌گذاری ایران و مصر، سن‌های متفاوتی را در طول دوره قانون‌گذاری مقرر داشته‌اند. برای بررسی مدت حضانة کودک نزد مادر، نخست دیدگاه‌های فقها و سپس تحولات قانونی سن حضانة در زیر بیان می‌شود:

### ۱. دیدگاه فقها در خصوص مدت حضانة سرپرست کودک

فقهای اهل سنت درباره مدت حضانة کودک توسط زنان تا رسیدن به سن تمیز اتفاق نظر دارند، (الزحیلی، بی‌تا، ۱۰: ۷۳۲۲) اما در بقای آن بعد از سن تمیز اختلاف نظر دارند. فقهای حنفی معتقدند، زن حاضنه چه مادر باشد و چه غیر آن، نسبت به حضانة پسر تا زمانی که از خدمت زنان بی‌نیاز شود و به شکل مستقل به خوردن، نوشیدن، لباس پوشیدن و وضو گرفتن توانا گردد، مناسب است. زمان استقلال کودک را هفت تا هشت سال می‌دانند. اما نسبت به حضانة دختر، زنان را تا رسیدن به سن بلوغ شایسته می‌دانند. برای چنین تفاوتی در خصوص سن حضانة میان دختر و پسر نوشته‌اند:

اگرچه قیاس اقتضا می‌کند سن حضانة در هر دو تا هنگام بلوغ باشد، اما به دلیل

اجماع صحابه بر دیدگاه ابوبکر رضی الله عنه در مورد عاصم ابن عمر، قیاس را ترک کردیم و میان دختر و پسر قائل به تفکیک شدیم. افزون بر آن پسر پس از سن استقلال، نیاز به تأدیب و فراگرفتن اخلاق مردان و انواع فضایل و علوم و ادب دارد و پدر در این امور تواناتر است و اگر پس از استقلال نزد زن‌ها گذاشته شود از اخلاق زنان متأثر خواهد شد و این زیان بزرگی نسبت به پسر است. ولی چنین چیزی نسبت به دختر متصور نیست؛ بلکه نیاز است که دختر تا هنگام بلوغ نزد زن‌ها باشد تا آداب و اخلاق زنانه و ترتیب خانه‌داری را بیاموزد، اما پس از بلوغ نیاز به حمایت و نگهداری دارد و پدر در این امر تواناتر است (کاسانی، ۱۹۸۲م، ۴: ۴۲-۴۳؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ۳: ۵۶۶؛ البابرتی، ۴: ۳۶۹).

فقهای مالکی معتقدند: حضانت زنان نسبت به پسر تا هنگام بلوغ ادامه دارد و نسبت به دختر تا هنگام ازدواج و دخول شوهر می‌باشد. این حکم در مورد مادری است که از شوهرش جدا شده یا شوهرش مرده است (الصاوی، ۲: ۷۵۵؛ الدردیر، ۲: ۵۲۶؛ ابن‌عبدالبر، ۱۴۰۰ق، ۲: ۶۲۵). فقهای حنفی و مالکی قائل به اختیار کودک نیستند و قبول ندارند که کودک یکی از پدر و مادر را برای حضانت خود برگزیند؛ چون کودک مصلحت خویش را تشخیص نمی‌دهد و ممکن است کسی را برای حضانت خود برگزیند که با او بازی و شوخی می‌کند و ظاهراً دل او را به دست می‌آورد (الزحیلی، همان: ۷۳۲۳).

فقهای شافعی معتقدند اگر زوجین از یکدیگر جدا شوند حضانت کودک -چه پسر باشد یا دختر- تا هفت سالگی با مادر است و پس از هفت یا هشت سالگی که کودک ممیز می‌شود، اگر درباره حضانت او اختلاف شود، به کودک اختیار داده می‌شود که یکی را برگزیند؛ چون هدف از حضانت نگهداری کودک است و طفل ممیز به مصلحت خود داناتر است (شیرازی، ۲: ۱۷۱؛ الشربینی، ۱۴۱۵ق، ۵: ۱۹۸؛ النووی، ۱۴۰۵ق، ۹: ۹۸). حنابله نیز گفته‌اند: اگر کودک پسر باشد و به سن هفت سالگی برسد و سبک عقل نباشد، به او به دو شرط اختیار داده می‌شود تا یکی از پدر یا مادرش را برگزیند: نخست این که پدر و مادرش هر دو اهلیت حضانت او را داشته باشند؛ دوم این که پسر سبک عقل (معتوه) نباشد. اما اگر معتوه بود، او نزد مادرش

گذاشته می‌شود، چون معتوه به منزله طفل است اگرچه کبیر هم باشد. اما اگر کودک، دختر باشد پدرش مستحق تر است و به دختر اختیار انتخاب داده نمی‌شود؛ چون هدف از حضانت رعایت مصلحت کودک است و مصلحت دختر پس از هفت سالگی در بودنش نزد پدر است؛ زیرا او نیاز به نگهداری دارد و پدر به آن توانا تر است (ابن‌قدهمه مقدسی، ۱۹۶۸م، ۸: ۲۳۹-۲۴۱؛ الکریمی، ۱۴۲۸ق، ۲: ۳۹۸).

فقه‌های امامیه نیز در این زمینه اختلاف نظر دارند. مشهور فقها معتقدند که مدت حضانت پسر توسط مادر تا دو سال است و پس از آن به پدر سپرده می‌شود و حضانت دختر تا هفت سال است و بر این قول ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۱: ۲۹۰؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ۸: ۴۲۱؛ خمینی، ۱۴۰۹ق، ۲: ۳۱۲-۳۱۳). برخی نیز حضانت دختر را تا نه سالگی و برخی تا هنگام ازدواج دختر، توسط مادر دانسته‌اند (مفید، ۱۴۱۳ق: ۵۳۱؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ۸: ۴۲۱). شیخ طوسی می‌گوید: حضانت کودک -اعم از پسر و دختر- تا سن تمیز توسط مادر است، و بعد از رسیدن به سن تمیز که بتواند نفع و ضرر خود را تشخیص دهد -و قوه تمیز معمولاً در هفت یا هشت سالگی به وجود می‌آید- اگر کودک پسر باشد تا رسیدن به سن بلوغ تحت اختیار پدر قرار می‌گیرد و اگر دختر باشد تا رسیدن به سن بلوغ و تا زمانی که مادر ازدواج نکرده باشد در اختیار او خواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۶: ۳۹).

## ۲. دیدگاه قوانین موضوعه ایران و مصر در خصوص مدت حضانت

قانون‌گذار ایران و مصر نیز با تبعیت از فقه‌های اسلامی و توجه به مصلحت کودک، تحولات قانونی گوناگونی را پشت سر نهاده‌اند:

### الف) دیدگاه قوانین موضوعه ایران

قانون مدنی ایران در سال (۱۳۱۳ش) با پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، سن حضانت پسر توسط مادر را تا دو سال (مدت شیرخوارگی) تعیین نموده بود و سن حضانت دختر را تا هفت سال. ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی مقرر می‌داشت: «برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ

ولادت اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است؛ مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آن‌ها با مادر خواهد بود». چون حضانت پسر تا دوسالگی با واقعیت‌های اجتماعی امروزی و مصلحت کودک سازگار نبود، ماده ۱۱۶۹ اصلاحی به تاریخ ۸۲/۹/۸ این‌گونه تصویب شد: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یگدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت‌سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره: بعد از هفت‌سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد» (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ش: ۳۸۴-۳۸۵). با توجه به متن ماده اصلاحی ۱۱۶۹ قانون مدنی و تبصره آن به این نتیجه می‌رسیم که اکنون حضانت کودک اعم از پسر و دختر تا سن هفت‌سالگی با مادر است و پس از آن با پدر؛ و اگر اختلافی پیش نیاید حکم اصلی همین است، اما در صورت اختلاف پدر و مادر در مورد نگهداری کودک پس از هفت‌سالگی، قانون‌گذار به دادگاه اختیار داده است که یکی از پدر یا مادر را بر اساس مصلحت کودک برای حضانت او برگزیند (شیروی، ۱۳۹۷: ش: ۲۵۴).

همچنین مواد ۴۱ و ۴۵ قانون حمایت خانواده ایران، مصوب ۱۳۹۱ تشخیص مصلحت کودک در امر حضانت را به دادگاه واگذار کرده و دستور داده است که با رعایت مصلحت کودک تصمیم لازم را اتخاذ نماید.

باید یادآور شد که قانون مدنی ایران حضانت طفل را تنها حق و تکلیف مادر و پدر شناخته و در صورت نبود آن دو، کس دیگری را معین نکرده است. اما برخی از حقوقدانان گفته‌اند پس از مادر و پدر حضانت به دوش جد پدری است؛ چون او پس از پدر، ولی فهری کودک است (صفایی و امامی، پیشین: ۳۹۱) و در صورت نبود جد پدری این حق و تکلیف از طریق وصی منصوب از سوی پدر یا جد پدری اعمال می‌شود؛ چون در حقوق ایران مجوزی وجود ندارد که بتوان اقربای طفل را به ترتیب قرابت ناشی از ارث به حضانت ملزم کرد (گرگی، صفایی، عراقی و دیگران، ۱۳۹۲: ش: ۴۵۵).

## ب) دیدگاه قوانین موضوعه مصر

قانون شماره ۱۰۰ سال ۱۹۹۶ احوال شخصیه مصر در صورت نبود مادر حق حضانت کودک را به زنان محارم او داده است و با وجود زن‌های مذکور پدر حق حضانت ندارد و در صورت نبود پدر، حق حضانت کودک به مردان اقارب او به ترتیبی که در قانون بیان شده است انتقال می‌یابد.<sup>۹</sup> از همین‌روی در قانون مذکور واژه «حاضنه» ذکر شده است که زن‌های غیر از مادر را نیز شامل می‌شود و این ترتیب از مذهب حنفی گرفته شده است. ما نیز از واژه «حاضنه» استفاده کردیم تا در حقوق ایران مراد از آن مادر باشد و در حقوق مصر زنان غیر از مادر را نیز شامل گردد.

در حقوق مصر نیز تا پیش از وضع قانون شماره ۲۵، سال ۱۹۲۹ احوال شخصیه، در محاکم شرعی مصر طبق مذهب حنفی عمل می‌شد و حضانت پسر تا هفت‌سالگی و حضانت دختر تا نه‌سالگی توسط مادر بود و پس از آن به پدر یا به یکی از اقارب کودک به ترتیب درجه ارث‌شان تسلیم می‌شد (عزمی البکری، ۲۰۱۴، م: ۳، ۸۹-۹۰)؛ اما با وضع قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹، ماده ۲۰ آن مقرر داشت: «قاضی می‌تواند به حضانت زن‌ها برای پسر پس از هفت‌سالگی تا نه سال و برای دختر پس از نه‌سالگی تا یازده سال اذن بدهد، اگر دانسته شود که مصلحت او اقتضای چنین چیزی را دارد».<sup>۱۰</sup> اما قانون مذکور توسط قانون شماره ۱۰۰ سال ۱۹۸۵ تعدیل شد و ماده ۲۰ قانون آخر مقرر داشت: «مدت حضانت زن‌ها با رسیدن پسر به سن ده‌سالگی و رسیدن دختر به سن دوازده‌سالگی پایان می‌یابد. قاضی می‌تواند بعد از این سن، پسر را تا پانزده‌سالگی و دختر را تا ازدواج او، در اختیار زن حاضنه بدون اجرت حضانت باقی‌گذارد، اگر دانسته شود که مصلحت او اقتضای چنین چیزی را دارد...».<sup>۱۱</sup> استدلال مجلس قانون‌گذاری مصر، برای تعدیل مدت حضانت این بود که دعوی راجع به کودکان آشکار ساخته است که باید کودک در دست حاضنه باقی بماند تا برایش امان و آرامش فراهم گردد و نباید او را از حاضنه جدا کرد و برای این قانون‌گذار شایسته دانست که مدت حضانت زن‌ها برای پسر تا رسیدن به سن ده‌سالگی و برای دختر تا به سن

دوازده سالگی باشد، و پس از آن به قاضی اجازه داده است که بر اساس اقتضای مصلحت، پسر را تا پانزده سالگی و دختر را تا هنگام ازدواج نزد حاضنه باقی گذارد. این حکم از مذهب امام مالک<sup>۱۲</sup> اخذ شده است (وزارت العدلیه، ۱۹۸۵م: ذیل ماده ۲۰).

در نهایت قانون شماره ۴ سال ۲۰۰۵ برای تعدیل ماده ۲۰ قانون شماره ۱۰۰ سال ۱۹۸۵ وضع شد و بند ۱ ماده ۲۰ را این گونه تعدیل نمود: «مدت حضانت زن‌ها با رسیدن پسر و دختر به سن پانزده سالگی پایان می‌یابد. پس از رسیدن به این سن، قاضی به پسر یا دختر اختیار می‌دهد که نزد زن حاضنه بدون اجرت حضانت باقی بماند. در این صورت پسر تا رسیدن به سن رشد و دختر تا هنگام ازدواج نزد او خواهند ماند»<sup>۱۳</sup> و قانون مذکور حد نهایی سن حضانت را بین پسر و دختر یکسان نمود و آن را در هر دو پانزده سال قرار داد. هدف مقنن مصری از چنین مقرره‌ای، تحقق رعایت حال کودکان و اعطای آرامش روحی مناسب برای سلامتی رشد و تربیت آن‌ها و نیز برای جلوگیری از اختلاف پدر و حاضنه است و این حکم از مذهب امام مالک گرفته شده که نزدیک‌ترین مذهب به مفاد ماده مذکور است. (عزیمی البکری، ۲۰۱۴، ۳: ۱۱۶) قانون‌گذار مصر، برای توجیه تعدیل بند ۱ ماده ۲۰ قانون شماره ۱۰۰ سال ۱۹۸۵ استدلال نموده است که: «چون سن تعیین شده حضانت مادر در قانون (سال ۱۹۸۵) اجتهادی است نه نص لازم‌الاجرا و مبنای اجتهاد فقها در گذشته این بوده است که کودک از خدمت زنان بی‌نیاز گردد و توان پرداختن به نیازهای اولیه خویش را داشته باشد. اما اکنون وضعیت تغییر کرده و مصلحت کودک منحصر به توانایی پرداختن به امور شخصی او نمی‌شود و لازم است که در سن حضانت کودک، تجدید نظر شود. چون پسر و دختر در سن ده سالگی و دوازده سالگی در مرحله تعلیمات ابتدایی هستند و جدا کردن آن‌ها از مادر و محیط تعلیمی و اجتماعی در این سن و بردن به جای دیگری، خالی از اثرات منفی در ادامه روند تعلیم و زیان‌های روانی نخواهد بود. از این روی قانون‌گذار، سن حضانت پسر و دختر را تا پانزده سالگی افزایش داده است (وزارت العدلیه، ۲۰۰۵م: ذیل ماده ۲۰). طبق نص ماده مذکور، پس از انقضای مدت حضانت، دادرس به پسر تا رسیدن به سن رشد و به دختر تا

هنگام ازدواج برای ماندن نزد حاضنه اختیار می‌دهد و این حکم از مذهب شافعی و احمد بن حنبل، اخذ شده است؛ اما این اختیار قطعی نیست و اگر مخالف مصلحت کودک باشد اختیار آن‌ها کنار گذاشته و تشخیص مصلحت کودک در صلاحیت دادگاه قرار می‌گیرد، زیرا قسمت آخر بند (ج) ماده ۳ قانون شماره ۱۲ سال ۱۹۹۶ تعدیل شده به قانون شماره ۱۲۶ سال ۲۰۰۸ طفل، مقرر نموده است که: «حمایت از کودک و مصلحت والای او در کلیه تصمیمات و اجرائیات مربوط به دوران کودکی، فارغ از مرجعی که آن‌ها را صادر می‌کند، در اولویت قرار دارد».<sup>۱۴</sup> این همان مفاد کنوانسیون حقوق طفل است که در تاریخ ۱۹۸۹/۱۱/۲۰ مورد پذیرش مجمع عمومی سازمان ملل متحد قرار گرفت (عزمی البکری، ۲۰۱۴، ۳: ۱۱۹). محکمه استیناف قاهره نیز در تاریخ ۲۰۰۸/۱۲/۳ در رأی استینافی شماره ۴۵۱۹ حکم نموده است: «... مطابق قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ تعدیل شده در قانون شماره ۴ سال ۲۰۰۵، بالاترین سن حضانت زن‌ها برای دختر و پسر تا رسیدن به سن رشد و ازدواج کردن است و این اختیار برای کودک است نه دادگاه؛ اما اگر اختیار مذکور به مصلحت والای کودک زیان وارد کند به رأی کودک عمل نمی‌شود. زیرا معیار اساسی در کلیه احکام و تصمیمات مربوط به کودک، مصلحت والای اوست... و مصلحت او اقتضای بقای او را در نزد حاضنه می‌نماید... بنابراین دادگاه حکم به بقای کودکی به نام «شیما اکرم سید» در نزد مادرش برای نگهداری و پرورش تا هنگام ازدواج او می‌نماید». پس اختیار کودک معیار اساسی نیست؛ بلکه معیار اصلی مصلحت کودک است و تشخیص مصلحت کودک از صلاحیت و اختیارات دادرس است.

### تصمیم مصلحتی دادگاه در ابقا یا تحویل کودک

طبق قوانین موضوعه ایران و مصر، تصمیم نهایی در مورد ابقای کودک نزد زن حاضنه یا تسلیمی او به پدر یا اقارب دیگرش با توجه به مصلحت کودک در صلاحیت دادگاه است. پرسشی که مطرح می‌شود این است که دادرس در چه زمانی این صلاحیت را به دست می‌آورد و با چه



معیاری تشخیص می‌دهد که مصلحت کودک در ابقای او نزد حاضنه یا تسلیم او به پدر یا اقارب دیگرش است. وجود معیار مشخص، به دادرس در تشخیص مصلحت کودک یاری می‌رساند و از اشتباهات او جلوگیری می‌کند و یا چنین اشتباهاتی را به حداقل می‌رساند. زمان ایجاد صلاحیت دادگاه و معیار تصمیم‌گیری او در زیر بیان می‌شود.

### ۱. زمان تصمیم مصلحتی دادگاه

آنچه از مواد قانونی به دست می‌آید این است که در مدت معین شده در قانون، کودک تحت حضانت والدین قرار خواهد داشت. طبق تبصره ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی: «بعد از هفت سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد» و بند ۱ ماده ۲۰ قانون شماره ۴ سال ۲۰۰۵ مصر نیز مقرر داشته که: «... پس از رسیدن به این سن (پانزده سالگی) قاضی به پسر یا دختر اختیار می‌دهد که نزد زن حاضنه بدون اجرت حضانت بماند...». بنابراین این صلاحیت پس از سن هفت سالگی در حقوق ایران و پس از پانزده سالگی در حقوق مصر، به دادرس داده شده است تا در مورد ابقای کودک نزد مادر یا تحویل او به پدر یا اقارب دیگری به اقتضای مصلحت کودک تصمیم بگیرد. چون پیش از این سن کودک هنوز نیازمند خدمت زن‌ها است و گرفتن کودک از زنان پیش از این سن، قبل از وقت خواهد بود (عزیمی البکری، ۲۰۱۴، ۳: ۱۰۸). صلاحیت دادرس در این وقت به گونه‌ای است که اگر مصلحت کودک اقتضا کند، می‌تواند کودک را به فرد سومی (غیر از پدر و مادر) تسلیم نماید (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۳۸۵)؛ چون هدف از حضانت، رعایت مصلحت کودک است.

لیکن در حقوق ایران، چنانچه مسئول حضانت از انجام تکالیف قانونی خودداری کند یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت یا اشخاص ذی‌حق گردد (ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده) یا صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد (ماده ۱۱۷۳ اصلاحی قانون مدنی) و همچنین مطابق ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده، هرگاه دادگاه تشخیص دهد که توافقات راجع به حضانت

طفل برخلاف مصلحت اوست، می‌تواند تصمیم مقتضی اتخاذ نماید.

در حقوق مصر نیز چنانچه کودک از سوی سرپرست خویش از روی عمد در معرض هرگونه آسیب بدنی مضر یا عملکرد زیانبار یا غیر مشروع قرار گیرد، کمیته اختصاصی حمایت از کودکان، تصمیمات و اقدامات قانونی در خصوص حضانت طفل را اتخاذ خواهد نمود (ماده ۷ مکرر قانون طفل ۱۹۹ اصلاحی ۲۰۰۸).<sup>۱۵</sup>

در هر صورت این صلاحیت برای مصلحت کودک به دادرس داده شده است و دادرس در تشخیص و تفسیر مصالح کودک نقش سازنده و اساسی دارد (زکیه، پیشین: ۷۷). اعطای صلاحیت عام به دارس، محاسن و معایبی به همراه دارد؛ حسن این کار در این است که دست دادرس را در تصمیم‌گیری باز گذاشته است. در حقیقت، اگر قانون‌گذار مصلحت کودک را به چند مورد محصور می‌نمود و دادرس را با آن مقید می‌کرد، مصلحت کودکان آن‌گونه که شایسته و بایسته بود، محقق نمی‌گردید. اما باید توجه داشت که دادرس نیز مثل سایر مردم، ممکن است در تصمیم‌دچار خطا و اشتباه شود. بنابراین لازم به نظر می‌رسد که برای تصمیم مصلحتی دادگاه معیاری وجود داشته باشد تا بتواند با کمک آن تصمیم عادلانه‌تر بگیرد و نیز راه‌های خطا و اشتباه دادرس، مسدود گردد یا به حداقل برسد.

## ۲. معیار تصمیم مصلحتی دادگاه

در مورد معیار تصمیم مصلحتی دادگاه، نص صریحی در قوانین موضوعه ایران و مصر دیده نمی‌شود و معیار تصمیم‌گیری دادرس را باید از قواعد عمومی حوزه حضانت، نظرات فقها و مواد قانونی موجود درباره حضانت، استخراج نمود. با توجه به تعریف فقهای اسلامی از حضانت و نصوص قانونی موجود به‌ویژه ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی ایران<sup>۱۶</sup> و ماده ۳۲ قانون طفل شماره ۱۲۶ سال ۲۰۰۸ مصر<sup>۱۷</sup> می‌توان به سه معیار اساسی دست یافت. این معیارها عبارت‌اند از معیار روحی، معیار صحی و معیار انتخاب کودک، این سه معیار به شکل زیر بیان می‌شود:

## الف) معیار روحی - روانی

معیار روحی، معیاری است که دادرس را برای کشف مصلحت کودک یاری می‌رساند و تشکیل‌دهنده جوهره مصلحت کودک است و فقه اسلامی با ویژگی پویا بودنش نه تنها مخالف این معیار نیست؛ بلکه بر آن تأکید دارد. منظور از معیار روحی، این است که تشخیص داده شود کدام‌یک از پدر و مادر در تعلیم و تربیت دینی کودک و حفظ اخلاق او بیشتر و بهتر از دیگری می‌کوشد و کدام‌یک به کودک مهربان‌تر است و جهت ایجاد فضای آرام و امن برای او، بیشتر تلاش می‌کند. هر کدام از پدر و مادر که به این امور خوب‌تر و تواناتر تشخیص داده شود، حضانت به او سپرده شود؛ (حمیدو، ۲۰۰۴-۲۰۰۵م: ۷-۱-۱۰۵؛ شامی، ۲۰۱۳-۲۰۱۴م: ۴۱۸) بنابراین شایسته است که دادرس هنگام تصمیم‌گیری، در وهله نخست، به آن توجه داشته باشد. علاوه بر تعلیم و تربیت، مهربانی و محبت با کودک نیز اهمیت دارد، زیرا عنصر عطف و مهربانی در تکوین عقلی و جسمی کودک تأثیر بسزایی دارد. اگر کودکی در هنگام طفولیتش یکی از والدین خود به‌ویژه مادرش را که بیشتر از همه به او محبت می‌ورزد، از دست دهد، اثرات بدی در رشد جسمی و عقلی و عاطفی و اجتماعی او به جای می‌گذارد و برای همین است که حضانت زن‌ها مقدم بر حضانت مردان و حضانت مادر مقدم بر همه زنان دانسته شده است. زن‌ها مهربان‌تر از مردان و مادر مهربان‌تر از همه زنان است؛ پس عدم توجه به جنبه مهربانی و شفقت با کودک به هر سببی که باشد، از او عنصر عاطفی را دور می‌کند و ممکن است تبدیل به یک انسان بی‌مهر و خشن گردد (التمیمی، وعادل، ۲۰۱۷م: ۲۵) و در نتیجه منجر به انحراف و کج‌رفتاری او گردیده و در برابر جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کند ایستادگی نماید (شامی، ۲۰۱۳-۲۰۱۴م: ۴۱۹). چون ترکیب عناصر روانی کودک که شخصیت او را در آینده تشکیل می‌دهد، ناخودآگاه در وجود یا عدم وجود آرامش و امنیت، در طول سال‌های اولیه ارتباط دارد و آرامش و امنیت کودک به افرادی وابسته است که کودک در طول سال‌های اولیه زندگی خود با آن‌ها سروکار دارد و تحت سرپرستی ایشان قرار داشته است. کودک از فضای خانواده‌ای که در آن زندگی می‌کند تأثیر می‌پذیرد، و دادرس

باید این معیار را با توجه به سن کودک مد نظر داشته باشد، (التمیمی و عادل، ۲۰۱۷: ۲۵) به ویژه در حوزه حقوق ایران که سن حضانت مادر را هفت سال قرار داده است؛ درحالی که کودک در این سن نیاز بیشتری به آرامش و امنیت دارد و آرامش کودک نزد مادرش بهتر تامین می‌گردد.

قانون‌گذاران همه جوامع اسلامی به ویژه قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران و مصر از این معیار سرنوشت‌ساز در هردو بُعد آن- تعلیم و تربیت و آرامش و امنیت- غافل نبوده و آن را در رأس دستورات خویش قرار داده‌اند. قسمت نخست ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی ایران در این خصوص مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست... تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند... هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند». همچنان بند ۲ ماده ۳۲ قانون طفل مصر با اشاره به این معیار بیان نموده است: «هدف از حضانت تحقق اهداف زیر است: ۲...- آماده‌سازی کامل بدنی، فرهنگی، روانی و اخلاقی کودکان به گونه سازگار با اهداف جامعه و ارزش دینی».<sup>۱۸</sup>

دادرس تا حد امکان در صورتی که بُعد تعلیم و تربیت کودک مهیا باشد او را تا سن بلوغ نزد مادرش بگذارد و برخی از فقهای معاصر نیز به این نظرند و سن بلوغ را در دختران عادت ماهیانه می‌دانند (موسوی بروجردی، ۱۳۸۶ش: ۵۷). بنابراین دادرس هنگام تصمیم‌گیری، با توجه به سن کودک می‌بایست تشخیص دهد که چه کسی بیشتر به تعلیم و تربیت دینی و اخلاقی کودک توجه داشته و می‌تواند فضای آرامش و امنیت را برای او فراهم نماید و با کودک مهربان باشد.

## ب) معیار صحت

حفاظت بر صحت و سلامت کودک نیز یکی از امور مهم دیگری است که باید به آن توجه شود. حفظ صحت کودک در عرف از جمله ضروریات به شمار می‌رود. این معیار شامل تغذیه صحیح

و سالم و حفاظت او از امراض نیز می‌شود (التمیمی و عادل، ۲۰۱۷م: ۲۶). هدف از معیار صحی این است که حضانت‌کننده عاجز از پرداختن به امور صحی کودک نباشد و یا خود دچار بیماری ساری نباشد که به کودک سرایت کند. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران و مصر از این معیار نیز، غفلت نورزیده‌اند. قسمت اول ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی ... صحت جسمانی ... طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند ... هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند». همچنین ماده ۴۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹ به این معیار توجه صریح‌تری داشته و مقرر می‌دارد: «مرجع قضائی می‌تواند با در نظر گرفتن غبطه و مصلحت طفل یا نوجوان، انجام اقداماتی از قبیل ارزیابی و تحقیقات مقدماتی درباره وضعیت جسمی، روحی و روانی وی یا والدین، اولیا و یا سرپرستان قانونی او، وضع خانوادگی و محیط سکونت، اشتغال و تحصیل را به مددکاران اجتماعی بهزیستی محول کند». بند ۲ ماده ۳۲ قانون طفل مصر نیز این موضوع را بیان کرده و مقرر داشته است: «هدف از حضانت تحقق اهداف زیر است: ... ۲- آماده‌سازی کامل بدنی، فرهنگی، روانی و اخلاقی کودکان به‌گونه سازگار با اهداف جامعه و ارزش دینی». <sup>۱۹</sup> بنابراین دادرس در هنگام تصمیم‌گیری توجه کند که کدام‌یک توان حفظ صحی کودک را دارد و مبتلا به امراض ساری نیست.

### ج) معیار انتخاب کودک

از آن‌جا که جوهر اصلی حضانت، مصلحت کودک است، شایسته است از هر وسیله‌ای که دادرس را به تشخیص مصلحت کودک یاری کند استفاده شود و یکی از این راه‌ها دادن فرصت به خود کودک است تا در خصوص آینده و مصلحت خویش بیاندیشد. البته این امر تنها در صورتی محقق می‌شود که کودک ممیز باشد، اما باید توجه داشت که در هر حال نمی‌توان تصمیم‌گیری نهایی را به نظر کودک موکول نمود؛ زیرا حس و قوه تمیز او ضعیف است و نمی‌تواند به درستی آینده خود را تحلیل کند. (شامی، ۲۰۱۳-۲۰۱۴م: ۴۳۹) بنابراین دادرس

می‌تواند به‌عنوان یک معیار ارشادی برای کشف مصلحت کودک از آن استفاده کند. اگرچه بند ۱ ماده ۲۰ قانون شماره (۴) احوال شخصیه اصلاحی سال ۲۰۰۵ مصر این معیار را پذیرفته است<sup>۲۰</sup> و می‌تواند در حقوق این کشور که سن حضانت را پانزده سال برای پسر و دختر در نظر گرفته است معیار اصلی باشد. زیرا شخص پانزده‌ساله قوه تمیزش در این سن نزدیک به قوه تمیز شخص رشید است، ولی در حقوق ایران که سن حضانت را هفت سال مقرر کرده است نمی‌تواند به‌عنوان معیار اصلی از آن استفاده کرد، چون قوه تمیز کودک هفت‌ساله برای درک مصالح او کافی نیست. برخی از حقوقدانان ایران گفته‌اند: حضانت پدر و مادر یا حد نظارت آن‌ها باید تا سن هجده‌سالگی که سن رشد است ادامه یابد و در صورت جدایی پدر و مادر باید به نوجوانان حق انتخاب داده شود تا یکی از پدر و مادر را برای زندگی کردن با او برگزینند (گرچی، صفایی، عراقی و دیگران، ۱۳۹۲ش: ۴۶۱). در حقوق مصر با این‌که بند ۱ ماده ۲۰ قانون احوال شخصیه به این معیار توجه کرده، محکمه استیناف قاهره در تاریخ ۲۰۰۸/۱۲/۳ در رأی استینافی شماره ۴۵۱۹ سال ۱۴۲۴ق «احوال شخصیه» به استناد قسمت آخر بند (ج) ماده سوم قانون شماره (۱۲) سال ۱۹۹۶ معدله به قانون شماره ۱۲۶ سال ۲۰۰۸ طفل<sup>۲۱</sup> این معیار را نپذیرفت (عزیمی البکری، ۲۰۱۴م: ۱۱۹). به این استدلال که اگرچه مطابق ماده ۲۰ قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ معدله به قانون شماره ۴ سال ۲۰۰۵ حق اختیار برای کودک است نه دادگاه، اما اگر اختیار مذکور به مصلحت والای کودک زیان وارد کند به رأی کودک عمل نمی‌شود؛ چون معیار اساسی در کلیه احکام و تصمیمات مربوط به کودک، مصلحت والای او است. از فقهای اهل سنت، شافعی، این معیار را برای پسر و دختر (شیرازی، بی‌تا، ۲: ۱۷۱) و حنابله تنها برای پسر پذیرفته‌اند (ابن‌قده مفسر، ۱۹۶۸م، ۸: ۲۳۹-۲۴۱؛ الکریمی، ۱۴۲۸ق، ۲: ۳۹۸).

#### د) نظر مختار

به نظر می‌رسد معیارهای فوق با هم ارتباط نزدیک دارند و لازم است دادرس در هنگام

تصمیم‌گیری به هر دو معیار روحی و صحتی توجه داشته باشد و در صورت تعارض، معیار روحی را بر معیار صحتی برگزیند و در صورت یکسان بودن توانایی والدین در این دو معیار، برای ترجیح یکی بر دیگری از معیار انتخاب کودک به‌عنوان معیار تکمیلی استفاده کند و هر کدام از پدر و مادر را که کودک برگزید، او را به همان شخص بسپارد. چون معیار روحی که شامل تعلیم و تربیت دینی، اخلاقی و روانی کودک است هم جنبه فردی دارد و هم جنبه اجتماعی، ولی معیار صحتی بیشتر جنبه فردی دارد و در حالت تعارض منافع فردی و اجتماعی، در صورتی که هر دو قابل جمع نباشد و نیز حیات فرد در خطر نباشد، منافع اجتماعی که او خود نیز جزء آن است بر منافع فردی ترجیح دارد، و منافع اجتماعی مقید منافع فردی است (زحیلی، بی‌تا، ۷: ۳۳؛ السبت، ۱۴۱۵ق: ۲۵۵؛ رحمان ستایش، ۱۳۹۶ش). این دادرس است که باید هر پرونده را به‌گونه مستقل بررسی کند و نفع و فردی و اجتماعی را تشخیص دهد و در صورت تعارض، آن که اهم است را برگزیند و در صورت تساوی، حق اجتماعی او را ترجیح دهد.

## نتیجه

از مباحث فوق نتایج زیر به دست آمده است:

۱. مصلحت کودک به مفهوم غبطه و صرفه و تصمیمی مبتنی بر جلب منفعت مادی و معنوی برای کودک است. در خصوص مصلحت کودک در امر حضانت، صرف عدم مفسده کفایت نمی‌کند و دادرس می‌بایست تصمیمی اتخاذ نماید که از نظر مادی و معنوی برای کودک مفیدتر باشد. مصلحت بدین مفهوم با حقوق ایران و مصر و فقه اسلامی منطبق است.
۲. مصلحت کودک، مفهومی نسبی است و از کودکی به کودکی دیگر متفاوت بوده و با تغییر زمان، مکان، حالات و عرف‌ها دگرگون می‌شود. ابهام در بیان ویژگی‌های مصلحت از سوی مقنن نیز به این جهت است که دادرس به‌گونه‌ای مستقل بر پایه جلب منفعت و دفع مفسده برای کودک تصمیم‌گیری نماید. در حقیقت برخی نهادها و واژگان در علم حقوق فی‌نفسه دارای ابهام هستند و ابهام جزئی از ماهیت آن را تشکیل می‌دهد تا در زمان، مکان و حالات گوناگون، انعطاف لازم را داشته باشد. مصلحت یکی از این مفاهیم است که چنین

کاربستی از آن استنباط می‌شود؛ لیکن نمی‌تواند چنان عنان‌گسیخته تفسیر گردد که ضوابط حقوقی را زیر پا گذارد. به همین جهت باید معیاری بر آن حکفرما باشد تا دادرس در مقام تصمیم‌گیری آن را چراغ راه خویش قرار دهد.

۳. مشهور فقهای امامیه معتقدند که حضانت کودک پسر تا دو سال و دختر تا هفت سال از آن مادر است. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز سن حضانت کودک توسط مادر را هفت سال و قانون‌گذار جمهوری مصر حضانت کودک توسط مادر را پانزده سال تعیین نموده‌اند و پس از آن در صورت بروز اختلاف، به دادرس اختیار داده‌اند تا با در نظر داشت مصلحت کودک، او را به یکی از آن‌ها بسپارد؛ ولی هیچ معیاری برای مصلحت کودک بیان نکرده‌اند. به جز برخی فقهای اسلامی که نظریه اختیار کودک را ذکر کرده‌اند، فقها در مورد معیارهای مصلحت کودک تحت حضانت نظر صریحی را مطرح نکرده‌اند. در حقوق ایران و مصر رویه قضایی معیار متقنی را به‌عنوان راهنما مدنظر ندارد؛ لیکن از احکام فقهی و قانونی مربوط به حضانت کودک می‌توان به سه معیار دست یافت و دادرس باید با توجه به معیارهای مذکور تصمیم اتخاذ نماید.

۴. دادرس باید نخست معیار روحی را برگزیند و سپس به معیار صحتی توجه کند و در صورت یکسان بودن توانایی والدین در این دو معیار، برای ترجیح یکی بر دیگری از معیار انتخاب کودک به‌عنوان معیار تکمیلی استفاده کند.

در پایان پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران در خصوص سن حضانت کودک تحت حضانت مادر همچون قانون‌گذار مصر تجدید نظر نماید و سن حضانت را افزایش دهد. همچنین باید سرنوشت حضانت کودک را در صورت نبودن پدر و مادر همچون قانون‌گذار مصر، روشن سازد و افراد معینی را بر این امر مکلف نماید. شایسته است مقنن معیار یا معیارهایی را نیز که قابل انعطاف و انطباق با شرایط کودکان باشد، برای تصمیم‌گیری مصلحت دادرس در ابقا یا تسلیم کودک به دیگری به‌نحو صریح وضع نماید.



## پی‌نوشت‌ها

۱. ماده ۱۱۶۹ اصلاحی قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مقرر نموده است: «برای نگهداری طفل، مادر تا دوسال از تاریخ ولادت اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است، مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آن‌ها با مادر خواهد بود».
۲. ماده ۲۰ قانون شماره ۴ سال ۲۰۰۵ م احوال شخصیه جمهوری مصر مقرر نموده است: «مدت حضانت زن‌ها با رسیدن پسر و دختر به سن پانزده‌سالگی پایان می‌یابد. پس از رسیدن به این سن، قاضی به پسر یا دختر اختیار می‌دهد که نزد زن حاضنه بدون اجرت حضانت باقی بماند؛ در این صورت پسر تا رسیدن به سن رشد و دختر تا هنگام ازدواج نزد او خواهند ماند».
۳. ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابویین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره: بعد از هفت‌سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد».
۴. ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است».
۵. ماده ۴۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان: «مرجع قضائی می‌تواند با در نظر گرفتن غبطه و مصلحت طفل یا نوجوان، انجام اقداماتی از قبیل ارزیابی و تحقیقات مقدماتی درباره وضعیت جسمی، روحی و روانی وی یا والدین، اولیاء و یا سرپرستان قانونی او، وضع خانوادگی و محیط سکونت، اشتغال و تحصیل را به مددکاران اجتماعی بهزیستی محول کند».
۶. «و تكون لحماية الطفل و مصالحه الفضلی الأولویة فی جمیع القرارات و الإجراءات المتعلقة بالطفولة أیا كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها».
۷. تهدف دور الحضانة إلى تحقیق الأغراض الآتية: «...۲- تهيئة الأطفال بدنياً وثقافياً ونفسياً وأخلاقياً تهيئة سليمة بما يتفق مع أهداف المجتمع وقيمة الدينية»
۸. «و المصالح إما معتبرة في الشرع و لو بالحكم القطعي من العقل، من جهة إدراك مصلحة خالية عن المفسدة كحفظ الدين و النفس، و العقل و المال و التسلسل، فقد اعتبر الشارع صيانتها و ترك ما يؤدي إلى فسادها»
۹. نص بند ۳ به بعد ماده ۲۰: «وثبت الحق في الحضانة للام ثم للمحارم من النساء، مقدما فيه من

بدلی بالام علی من بدلی بالاب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين علی الترتیب التالي: الام، فأم الام وان علت، فأم الأب وان علت، فالأخوات الشقیقات، فالأخوات لام، فالأخوات لاب، فبنت الأخت الشقیقة، فبنت الأخت لام، فالخالات بالترتیب المذكور فی الأخوات، فبنت الأخت لاب، فبنت الاخ بالترتیب المذكور، فخالات الام بالترتیب المذكور، فخالات الأب بالترتیب المذكور، فعمات الام بالترتیب المذكور، فعمات الاب بالترتیب المذكور. فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء او لم یکن منهن أهل للحضانة او انقضت مدة حضانة النساء انتقل الحق فی الحضانة الی العصابات من الرجال بحسب ترتیب الاستحقاق فی الإرث، مع مراعاة تقدیم الجد الصحیح علی الاخوة. فإذا لم یوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق فی الحضانة الی محارم الصغیر من الرجال غیر العصابات علی الترتیب الآتی: الجد لام، ثم الاخ لام، ثم ابن الاخ لام، ثم العم ثم الخال ثم الشقیق، فالخال لاب فالخال لام».

۱۰. نص بند ۲ ماده ۲۰ «للقاضی ان یاذن بحضانة النساء للصغیر بعد سبع سنین الی تسع و للصغیرة بعد تسع سنین الی احدى عشرة سنة اذا تبین ان مصلحتها تقتضی ذلك».

۱۱. نص بند ۱ ماده ۲۰ «ینتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغیر سن العاشرة وبلوغ الصغیرة اثنتی عشرة سنة، ویجوز للقاضی بعد هذه السن إبقاء الصغیر سن الخامسة عشرة و الصغیرة حتی تزوج فی ید الحضانة دون اجر حضانة إذا تبین ان مصلحتها تقتضی ذلك...».

۱۲. همانگونه که در بحث مدت حضانت از دیدگاه فقها قبلاً بیان کردید.

۱۳. نص بند ۱ ماده ۲۰ معدله: «ینتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغیر أو الصغیرة سن الخامسة عشرة، ویخیر القاضی الصغیر أو الصغیرة بعد بلوغ هذا السن فی البقاء فی ید الحضانة دون أجر حضانة وذلك حتی ینلغ الصغیر سن الرشد وحتی تزوج الصغیرة».

۱۴. «و تكون لحماية الطفل و مصالحه الفضلی الأولیة فی جمیع القرارات و الإجراءات المتعلقة بالطفولة آیا كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها».

۱۵. ماده ۷ مکرر: «مع مراعاة واجبات و حقوق متولی رعاية الطفل، و حقه فی التأدیب المباح شرعاً، یحظر تعریض الطفل عمداً لأي إیذاء بدنی ضار أو ممارسة ضارة أو غیر مشروعة. و للجنة الفرعیة لحماية الطفولة المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية عند مخالفة نص الفقرة السابقة».

۱۶. «ماده ۱۱۷۳ - 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 می تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضائی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بدانند، اتخاذ کند. موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است: ۱- اعتیاد

زيان آور به الكل، مواد مخدر و قمار؛ ۲ - اشتها به فساد اخلاق و فحشاء؛ ۳ - ابتلا به بيمارى هاى روانى با تشخيص پزشكى قانونى؛ ۴ - سوء استفاده از طفل يا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقى مانند فساد و فحشاء، تكدى گرى و قاچاق؛ ۵ - تكرر ضرب و جرح خارج از حد متعارف».

۱۷. «ماده ۳۲: تهدف دور الحضانة الى تحقيق الأغراض الآتية: ۱- رعاية الأطفال اجتماعياً و تنمية مواهبهم و قدراتهم . ۲- تهيئة الأطفال بدنياً و ثقافياً و نفسياً و أخلاقياً تهيئة سليمة بما يتفق مع أهداف المجتمع و قيمه الدينية . ۳- نشر الوعي بين أسر الأطفال لتنشئتهم تنشئة سليمة. ۴- تقوية و تنمية الروابط الاجتماعية بين الدار و أسر الأطفال . ۵- تلبية حاجة الأطفال للترويح و مزاولة الألعاب و الأنشطة الترفيهية و الفنية المناسبة لأعمارهم . و يجب أن يتوفر لديها من الوسائل و الأساليب ما يكفل تحقيق الأغراض السابقة و ذلك طبقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية في هذا الشأن».

۱۸. تهدف دور الحضانة الى تحقيق الأغراض الآتية: «... ۲- تهيئة الأطفال بدنياً و ثقافياً و نفسياً و أخلاقياً تهيئة سليمة بما يتفق مع أهداف المجتمع و قيمه الدينية»

۱۹. تهدف دور الحضانة الى تحقيق الأغراض الآتية: «... ۲- تهيئة الأطفال بدنياً و ثقافياً و نفسياً و أخلاقياً تهيئة سليمة بما يتفق مع أهداف المجتمع و قيمه الدينية»

۲۰. نص بند ۱ مادة ۲۰ معدله: «ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، و يخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذا السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة و ذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد و حتى تزوج الصغيرة».

۲۱. «و تكون لحماية الطفل و مصالحه الفضلى الأولوية فى جميع القرارات و الإجراءات المتعلقة بالطفولة أياً كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها».

## کتابنامه

- قرآن کریم.
- ابن عابدین، محمدامین، *رد المحتار علی الدر المختار*، دار الفکر، چاپ دوم، بیروت، ١٤١٢ق.
- ابن عبدالبر، عمر بن عبدالله بن محمد، *الكافی فی فقه اهل المدينة*، مكتبة الرياض الحديثة، چاپ دوم، الرياض، ١٤٠٠ق.
- ابن قدامة المقدسی، عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی لابن القدامة*، مكتبة القاهرة، القاهرة، ١٩٦٨م.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، دار صادر، بیروت، ١٤١٤ق.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، دار الكتاب الاسلامی، چاپ دوم، بیروت، بی تا.
- الانصاری، زکریا بن محمد بن احمد، *فتح الوهاب*، دارالکتب العلمیة، چاپ اول، بیروت، ١٤١٨ق.
- البابرتی، محمد بن محمد بن محمود، *العناية شرح الهدایة*، دارالفکر، بیروت، بی تا.
- بجاق، محمد، «مراعات مصلحة المحضون بين مقتضيات الاحكام الفقهية و الممارسة القضائية»، *مجلة البحوث والدراسات*، السنة (١١)، العدد (١٧)، شتاء ٢٠١٤م.
- البوطی، محمد سعید رمضان، *ضوابط المصلحة فی الشريعة الاسلامیة*، مؤسسة الرسالة، القاهرة، ١٩٦٥م.
- التمیمی، سعد محمد، و عبدالفضیل عید، عادل، *استضافة المحضون بین الفقه الإسلامی و قضایا الاحوال الشخصية* (دراسة تطبیقیة)، عماد البحث العلمی بجامعة الامیر سلطان بن عبدالعزیز، المقترح البحثی رقم (٢٠١٧/٠٢/٦٩٠٧)، السعودیة، ٢٠١٧م.
- ثروت، جلال، (شرح) *قانون العقوبات*، الدار الجامعیة للطباعة والنشر، اسکندریة، ١٩٨٤م.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفارق*، جلد ٥، گنج دانش، چاپ سوم، تهران، ١٣٩٥ش.
- حکیم، محمدتقی بن محمد سعید، *الأصول العامة فی الفقه المقارن*، مجمع جهانی اهل بیت علیهم السلام، چاپ دوم، قم، ١٤١٨ق.

- حلى، جعفر بن الحسن، *معارج الاصول*، تحقيق: محمد حسين الرضوى، مؤسسه آل البيت عليه السلام، لاهياء التراث، چاپ اول، قم، ۱۳۶۲ ش.
- حميد العنكبى، *مجيد، اثر المصلحة فى التشريعات*، دار الثقافة للنشر والتوزيع، چاپ اول، عمان، ۲۰۰۲ م.
- حميدو، ذكية، *مصلحة المحضون فى القوانين المغاربية للاسرة* (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه فى القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ۲۰۰۴-۲۰۰۵ م.
- خلاف، عبدالوهاب، *احكام الاحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية*، دار القلم للنشر والتوزيع، چاپ دوم، كويت، ۱۹۹۹ م.
- خمينى، سيد روح الله، *تحرير الواسيله*، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، قم، ۱۴۰۹ ق.
- الدردير، احمد بن محمد، *شرح الكبير*، دار احياء الكتب العربية، بيروت، بى تا.
- دهخدا، على اكبر، *لغتنامه دهخدا*، نشرگستر، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۷ ش.
- رحمان ستايش، محمد كاظم، *قلمرو حقوق فردى در حكومت اسلامى*، پرتال پژوهشى و اطلاع رسانى مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى عليه السلام، ۱۳۹۶ ش.
- الزحيلي، وهبة، *الفقه الاسلامى وادلته*، دار الفكر، چاپ چهارم، دمشق، بى تا.
- زرکشى، بدرالدين محمد بن عبدالله، *البحر المحيط فى اصول الفقه*، دار الكتبى، چاپ اول، بيروت، ۱۴۱۴ ق.
- السبت، خالد بن عثمان، *الامر بالمعروف والنهي عن المنكر* (أصوله و ضوابطه و آدابه)، المنتدى الاسلامى، چاپ اول، الرياض، ۱۴۱۵ ق.
- سرحان، محمد مصطفى، *الأحوال الشخصية* (حسب المعمول به فى المحاكم الشرعية المصرية والسودانية و المجالس الحسينية)، مطابع رمسيس بالاسكندرية، چاپ اول، اسكندرية، ۱۹۵۳ م.
- الشاطبى، ابراهيم بن موسى، *الإعتصام*، دار ابن عفان، چاپ اول، الرياض، ۱۹۹۲ م.
- شامى، احمد، *السلطة التقديرية لقاضى شئون الاسرة*، رسالة دكتوراه فى القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ۲۰۱۳-۲۰۱۴ م.
- الشربيني، محمد بن احمد الخطيب، *مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج*، دارالكتب العلمية، چاپ اول، بيروت، ۱۴۱۵ ق.
- شيرازى، ابراهيم بن على بن يوسف، *المهذب فى فقه الامام الشافعى*، دارالفكر، بيروت، بى تا.

شیروی، عبدالحسین، *حقوق خانواده* (ازدواج، طلاق و فرزندان)، سمت، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۹۷ ش.

الصاوی، احمد بن محمد، *بلغة السالك لأقرب المسالك*، دار المعارف، بیروت، بی تا.  
صفایی، سیدحسین، و امامی، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، نشر میزان، چاپ  
چهل و چهارم، تهران، ۱۳۹۵ ش.

طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامية*، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار  
الجعفریة، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۷ ق.

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، مؤسسه  
المعارف الاسلامیة، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ ق.

عبدال، محمدقادر، *الموازنة بین المصالح فی القانون الجنائي*، المركز العربی للنشر  
والتوزیع، چاپ اول، قاهره، ۱۴۴۱ ق.

عزیمی البکری، محمد، *موسوعة الفقه و القضاء فی الاحوال الشخصية*، بیست و یکم، دار  
محمود للنشر والتوزیع، چاپ بیست و یکم، قاهره، ۱۰۱۴ م.

عزیزی، بیژن، مولودی، محمود و حسنخانی، راضیه، «نواوری ها و چالش های حق حضانت  
زنان در پرتو قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱»، *مجله راهبردی زنان* (فصلنامه شورای فرهنگی  
اجتماعی زنان و خانواده)، سال ۱۸، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۹۴ ش.

عسکری، ابوهلال حسن بن عبدالله، *الفروق اللغویة*، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة  
المدرسين، چاپ اول، قم، ۱۴۱۲ ق.

عطوی، فوزی خلیل، (۲۰۰۶ م)، *المصلحة العامة من منظور اسلامي*، دار ابن حزم، چاپ  
اول، بیروت، ۲۰۰۶ م.

غزالی، محمد، *المستصفی فی علم الاصول*، تحقیق محمد عبدالسلام عبدالشافی، دار الکتب  
العلمیة، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۳ ق.

فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، نشر هجرت، قم، ۱۴۰۹ ق.

فیومی، احمد ابن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، منشورات دار  
الراضی، چاپ اول، قم، ۱۴۰۵ ق.

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی خانواده*، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۹ ش.

- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، دار الکتب العربی، چاپ اول، بیروت، ۱۹۸۲م.
- کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۴ق.
- الکریمی، یوسف، *غایة المنتهی فی جمع الاقناع و المنتهی*، مؤسسه غراس للنشر والتوزیع والدعاية والإعلان، چاپ اول، الكويت، ۱۴۲۸ق.
- گرگی، سیدمرتضی، صفایی، سیدحسین، عراقی، سید عزت‌الله و دیگران، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، تهران، ۱۳۹۲ش.
- محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده* (نکاح و انحلال آن)، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پانزدهم، تهران، ۱۳۸۷ش.
- المذكرة الايضاحية للقانون ۱۰۰ لسنة ۱۹۸۵*، بتعدیل بعض احکام قوانین الاحوال الشخصية.
- المذكرة الايضاحية للقانون رقم (۴) لسنة ۲۰۰۵*، بتعدیل المادة (۲۰) من المرسوم بقانون رقم ۲۵ لسنة ۱۹۲۹.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *القوانين المحكمة فی الأصول*، احياء الكتب الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۳۰ق.
- معلوف، لويس، *المنجد فی اللغة*، دار الشرق، چاپ اول، بیروت، ۱۹۷۳م.
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان، *المقنعة*، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ق.
- موسوی بروجردي، سیدمحمد، *اندیشه‌های حقوقی (۱) حقوق خانواده*، نشر مجد، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۶ش.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، دار احياء التراث العربی، چاپ هشتم، بیروت، ۱۴۰۴ق.
- النووی، یحیی بن شرف، *روضه الطالبین و عمدة المفتین*، المكتبة الاسلامی، چاپ اول، بیروت، ۱۴۰۵ق.
- یزدی، امید، *دانش‌نامه حقوق خانواده*، کتاب آوا، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۴ش.