



Original Research

Analyzing the Legal Status of Obtaining the Right of Custody in Exchange for Conceding Dowry or Getting a Divorce (Solving the Judicial Challenge with a Focus on Family Jurisprudence Teachings)

Amin Soleyman Kolvanaq *¹

¹ Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran. (Corresponding author) a.soleyman@tabrizu.ac.ir

Background and Purpose

The root of the word "Hidanat" (custody) is "Hidn," and "Hidn" refers to the region between the armpit and the flank (Fiumi, 1993). It also refers to the act of a bird laying on its egg to give birth to a chick (Ibn Manzoor, 1993); Kindergarten is also called "al- Hidanat" (Bostani, 1996). The person who exercises guardianship is known as Hadin or Hadinah (Azhari, 2000; Farahidi, 1988). Custody includes everything that is in the child's best interest, such as caring for him, putting him to bed, hugging him, applying kohl, applying oil, cleaning, washing dirty clothes, etc., which a woman is more qualified to do than a man, due to more emotions or more appropriate morals in women. (Shaheed Thani, 1992; Safai, 2012; Najafi, 1983). Article 1168 of the Civil Code recognizes custody as both the parent's right and responsibility. According to Article 1169 of the same law, as amended in 2003, the mother has primacy over the custody of a child whose parents are divorced until the child reaches the age of 7, after which the father has priority.

A person who performs custody is called a guardian (Azhari, 1421; Farahidi, 1409). In the term, custody is everything that is beneficial to the child, such as taking care of him, putting him in his bed, lifting him up, applying cold cream, applying oil, cleaning, washing old clothes, etc., which a woman is more qualified to do. It is from a man, and this is due to more emotions or more suitable ethics of a woman in these matters (Shaheed Thani, 1413; Safai, 1391; Najafi, 1404). Article 1168 of the Civil Code considers custody to be both the right and the duty of spouses. According to Article 1169 of the 1982 amendment of the same law, for the

custody of a child whose parents are separated from each other, the mother has priority until the age of 7, and after that, it is with the father.

A prevalent case in divorce cases involves the conceding of dowry by the wife in return for custody or the husband's conceding of divorce right in exchange for custody of the child. This case raises the contentious question of whether the transfer of custody can be the subject of legal action. The resolution of the questioning depends on the possibility of either spouse terminating the custody of the child, thereby enabling them to reach a mutually agreeable decision. The examination of judicial procedure and jurisprudential sources reveals that opposing viewpoints exist regarding this issue.

Method

The present research is a descriptive-analytical and library study in which the author obtained the opinions of jurists and jurists by consulting jurisprudential and legal sources. After studying the judicial opinions, I explained the difference in the judicial procedure and clarified the legal status of ceding custody in exchange for conceding dowry or getting a divorce.

Results

Through an analysis of the concept of custody and its revocability, it has been determined that custody lacks a shari'a truth and is instead a construct of jurists. However, its very nature pertains to the care and management of matters related to the child, as evidenced by narrative topics, and is rightfully the child's entitlement. It has been clarified that no evidence indicates that parental obligation is mandatory. However, given that the father is responsible for expenses related to custody, foster care wages, and child alimony, it can be inferred that such an obligation is mandatory. This is because the obligation of expenses cannot exist without the obligation of its subject, namely custody. The concept of entitlement discussed in the aforementioned narratives pertains to the context of conflict. Following the lack of evidence to refute custody, the validation of evidence, and the prioritization of juridical experts on the imperative of upholding the child's best interest, it was determined that no legal impediment exists to reaching a consensus on custody. From a legal perspective, reaching an agreement on custody arrangements is permissible, as Article 41 of the Family Protection Law explicitly allows for such agreements. Articles 43 and 45 of the same law also emphasize the importance of prioritizing the child's best interests in custody matters. Notably, these provisions do not prioritize the rights and duties prescribed by Sharia law over the child's best interests. Rather, the court's determination of the child's best interests suffices to establish a custody agreement. Article 1173 stipulates that in situations where the mother has



custody of a child and the child's best interests are not being adequately addressed, the court will render a decision that is in the child's best interest.

Discussion & Conclusion

The need to consider the child's best interests in custody agreements has the consequence of prohibiting either the mother or the father from having custody before or after the age of seven. Consequently, the essential principle is that the mother or father must be qualified to care for the child. The feasibility of relinquishing custody in the context of a custody agreement is contingent upon the type of legal proceeding in which custody was granted. However, regardless of the legal context, the child's welfare must be safeguarded and upheld throughout the duration of the agreement. In the event that it is established that the child's best interests are not being met, not only may the revocation of custody be permissible, but the continuation of custody may also be deemed invalid due to its inconsistency with the child's best interests. Given the presence of divergent viewpoints emanating from the various branches of the Supreme Court, it is recommended that a consolidated opinion be issued to resolve the conflict arising from the judicial opinions.

Ethical considerations

Compliance with research ethics: The study was carried out in accordance with human research ethics.

Inform consent: Informed consent was obtained from all study participants

Funding. The current study was not funded by any organization or person.

Authors' Contribution: The article is the result of the research by the corresponding author (Amin Soleyman Kolvanq).

Conflict of interest: The author declared no conflict of interest with any person or organization.

Acknowledgements: We are grateful to all those who participated in this research

Data Availability: Due to the type and method of research used, no data were generated or analyzed during this study.

References

- | | |
|--|--|
| <p>Ibn Manzur, Mohammad bin Makram. (1993). <i>Lisān al-‘Arab</i>. Beirut: Dar Sadir.</p> <p>Azhari, Mohammad. (2000). <i>Tahdhib al-Lughah</i>. Beirut: Dar Ahyaya al-Trath al-Arabi.</p> | <p>Bostani, Fouad Afram. (1996). <i>Munjid al-Abjadi</i>. Tehran: Islamic.</p> <p>Shahid al-Thani, Zayn al-Din ibn Ali (1992). <i>Masalik al-afham ila tanqih shara'i ' al-Islam</i>. Qom:</p> |
|--|--|

- Islamic Encyclopaedia Foundation.
- Safai, H.; Emami. A. (2012). *Synopsis of family law*. Tehran: Mizan.
- Farahidi, KH. (1988). *Kitab al-'Ayn*. Qom: Hijrah Publishing.
- Fayoumi, A. (1993). *Al-Misbah al-munir fi gharib Al-sharh Al-kabir by Al-Rafa'i*. Qom: Dar al-Hajra Institute.
- Najafi, M.H. (1983). *Jawahir Al-kalam*, Beirut: *Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi*. Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi



واکاوی وضعیت حقوقی واگذاری حضانت در مقابل بذل مهر یا طلاق (رفع چالش قضایی با تأکید بر آموزه‌های فقه خانواده)

امین سلیمان کلوانق*^۱

چکیده

مطابق با ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۸۲، برای حضانت طفلی که ابوی او از هم جدا شده‌اند، مادر تا ۷ سالگی اولویت دارد و بعد از آن با پدر است. یکی از موارد مبتلا به اینست که به هنگام طلاق، زوجه در مقابل دریافت حضانت، حاضر به بذل مهر می‌شود یا اینکه زوج در مقابل دریافت حضانت طفل، حاضر به طلاق زوجه می‌شود. مسئله چالشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا اساساً حضانت طفل قابل اسقاط از طرف زوجین است تا بتوانند در خصوص واگذاری آن توافق کنند؟ مطالعه رویه قضایی و منابع فقهی حاکی از اختلاف نظر است. دسته‌ای حضانت را مطلقاً-خواه از طرف پدر خواه از طرف مادر-غیرقابل اسقاط دانسته و توافق متضمن واگذاری آن را باطل می‌دانند. دسته‌ای نیز حضانت را به طور مطلق قابل اسقاط دانسته و لذا توافق موجب واگذاری آن را صحیح می‌دانند. برخی نیز حضانت را از طرف مادر قابل اسقاط دانسته ولی از طرف پدر، غیر قابل اسقاط می‌دانند. در این پژوهش با رجوع به منابع کتابخانه‌ای و با اتخاذ رویکرد توصیفی تحلیلی روشن شد که دیدگاه قائلین به صحت، موافق با ادله است اما نکته لازم‌الرعايه در توافق بر واگذاری حضانت از منظر مبانی فقهی و منابع حقوقی، شرط رعایت مصلحت طفل است که دارای آثار مهم حقوقی است. بر این اساس، با توجه به صدور آراء متعارض از شعب دیوان، در راستای تضمین حق طفل و جلوگیری از صدور آراء متعارض، صدور رأی وحدت رویه از هیئت عمومی دیوان پیشنهاد می‌شود.

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۲۳

نوع مقاله: پژوهشی اصیل

واژگان کلیدی

انتقال حضانت، قابلیت اسقاط، مصلحت طفل، رویه قضایی.

ارجاع به مقاله:

سلیمان کلوانق، امین. (۱۴۰۳). واکاوی وضعیت حقوقی واگذاری حضانت در مقابل بذل مهر یا طلاق (رفع چالش قضایی با تأکید بر آموزه‌های فقه خانواده). *مطالعات زن و خانواده*، ۱۲(۱)، ۱۳۵-۱۵۸. DOI: 10.22051/jwfs.2023.42994.2953

مقدمه

حضانت در لغت از ریشه «حضن» است و حضن به معنای زیر بغل تا پهلو است (فیومی، ۱۴۱۴، ص ۱۴۰). به عمل پرندۀ ای که روی تخمش خوابیده تا از آن جوجه برآید (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۱۲۳) و به مهد کودک، «الحضانه» گفته می‌شود (بستانی، ۱۳۷۵، ص ۳۳۳). به کسی که عمل حضانت را انجام دهد حاضن و حاضنه می‌گویند (ازهری، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۱۲۳؛ فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۱۰۵).

حضانت اصطلاحی منصوص نیست یا به عبارتی دیگر حقیقت شرعی نیست تا بتوان با مراجعه به روایات به معنای آن نزد شارع پی برد بلکه این اصطلاح از نوآوری‌های فقها است و آنچه در روایات آمده است مضمونی است که با این معنا یکی است و فقها نام حضانت را بر آن انتخاب کرده‌اند. در اصطلاح، عبارت است از هر آنچه به مصلحت طفل است؛ مانند حفظ و نگهداری، قراردادن او در تختش، بلند کردنش، سر مه کشیدن، روغن مالیدن، تمیز کردن، شستن کهنه و لباس و ... که زن برای انجام آنها شایسته‌تر از مرد است و این به جهت عواطف بیشتر یا اخلاق مناسب‌تر زن در این امور است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۴۲۱؛ صفایی، ۱۳۹۱، ص ۳۴۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۲۸۳). ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت را هم حق و هم تکلیف زوجین دانسته است. مطابق با ماده ۱۱۶۹ اصلاحی سال ۸۲ همان قانون، برای حضانت طفلی که ابوی او از همدیگر جدا شده‌اند، مادر تا ۷ سالگی اولویت دارد و بعد از آن با پدر است.

نفقة و رضاع، عناوین مشابهی هستند که جهت روشن شدن ارتباط آنها با حضانت لازم است تا تعریف مختصری از آنها ارائه شود. در تعریف نفقه فقها چنین تعبیر کرده‌اند که عبارت است از هزینه‌های تأمین لباس و مسکن و طعام و مواردی از این قبیل از جمله هزینه‌های تعلیم و ... (فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۰۴؛ سبزواری، بی‌تا، ص ۵۷۷؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۸۴؛ سبحانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۶۵؛ شیرازی، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۴۲۲) به عبارتی جامع‌تر هر آنچه که عرفاً نیاز کودک محسوب می‌شود (جزیری، الفقه علی المذاهب الأربعة، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۴۹۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۴۳۹) برعهده پدر است (حلی، ۱۴۰۵، ص ۴۹۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۲۳۷). با توجه به تعریف نفقه و حضانت روشن می‌شود که ایفای حضانت متضمن انجام اموری است که همه این امور جزو نفقه طفل است و برعهده پدر است. بر این اساس، حاضن غیر



پدر، می‌تواند این هزینه‌ها را از پدر مطالبه کند؛ علاوه بر اینکه برای خود حضانت هم می‌تواند اجرت دریافت کند.

اما برای ارتباط رضاع با حضانت ابتدا به مفهوم رضاع اشاره می‌شود. رضاع، شیر دادن به طفل است که مطابق با قرآن^۱، تا دو سالگی طفل، به عنوان حق ایشان مطرح شده است و بر عهده‌ی مادر است. البته فقها در برداشت از آیه فرموده‌اند که وجوب شیردادن مختص جایی است که ترک آن موجب ضرر بر طفل شود؛ به نحوی که تنها راه زنده ماندن طفل، شیر خوردن از مادر باشد (اردبیلی، بی‌تا، ص ۵۵۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۲، ص ۲۹۶). مطابق با آیه شریفه قرآنی^۲ حکم به جواز اخذ اجرت بر آن امری مسلم بوده و در روایات هست که اگر اجرتی که مادر مطالبه می‌نماید بیشتر از اجرتی باشد که دیگری حاضر است به طفل شیر دهد، پدر صاحب اختیار است تا مرضعه‌ی دیگر را انتخاب نماید (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۴۵).

در خصوص ملازمه میان رضاع و حضانت فقها اختلاف نظر دارند؛ برخی قائل بر این هستند که اگر مادر اجرت بیشتری برای رضاع بخواهد و پدر، طفل را به دلایلی که اجرت کمی مطالبه نماید، بسپارد، حضانت ساقط می‌شود (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۳۰۳؛ سبزواری، بی‌تا، ص ۵۷۲)، اما برخی قائل بر این هستند که این دو حقی جدا از هم هستند و اولویت مادر نسبت به حضانت ساقط نمی‌شود و مادر نسبت به حضانت وی اولویت دارد (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۳۰۰؛ حلی، ۱۴۲۸ ق، ج ۲، ص ۲۷). اما لازم به ذکر است که قائل بر هر یک از دو نظر باشیم، این دو حق بی‌ارتباط با هم نیستند و ارتباطشان در این است که در تعریف حضانت، بر نگهداری طفل (علامه حلی، ق ۱۳۸۸، ص ۲۹۵؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ۱۳۸۷ ق، ج ۲، ص ۲۷۳) و تأمین هر آنچه که نیاز طفل است، تأکید شده است (عاملی کرکی، ق ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۱۲۹) و این نگهداری اعم از مادی و معنوی و اخلاقی را شامل می‌شود (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۳۷، ص ۱۳۳) که رضاع (شیرخواری کودک) هم در واقع تغذیه کودک بوده و برای نگهداری جسمی و مادی کودک امری ضروری است. از این رو گفته شده است که رضاع اگرچه تغذیه خاص تا دو سالگی کودک است ولی در حقیقت داخل آن است و حضانت عرفی، شامل آن هم می‌شود (جمعی از نویسندگان، بی‌تا، ج ۵۵، ص ۹۸).

^۱ آیه ۲۳۳ سوره‌ی مبارکه بقره: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرِيْعَهُنَّ...».

^۲ آیه ۶ سوره مبارکه طلاق: «...فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أَوْلَادَهُنَّ...».

بر پایه مطالب پیش گفته روشن می‌شود که میان نفقه، رضاع و حضانت یک وجه مشترکی وجود دارد و آن هم این است که هر سه متضمن هزینه هستند و مطابق با نظر فقها، در هر سه مورد با وجود پدر و توانایی ایشان، بر عهده پدر است.

یکی از موارد مبتلابه در پرونده‌های طلاق این است که به هنگام طلاق، زوجه در مقابل اینکه حضانت طفل به وی واگذار گردد، حاضر می‌شود تا بخشی از مهر یا کل آن را به زوج بذل کند یا اینکه زوج، برای طلاق زوجه، از وی می‌خواهد تا حضانت طفلی را که سنش زیر ۷ سال است، به زوج واگذار کند. چنین عمل حقوقی می‌تواند تحت عقد صلح، هبه معوض و یا تحت عقده نامعین بوده و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد که در همه این موارد عقد لازم است. اما مسئله‌ی قابل بحثی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا واگذاری حضانت می‌تواند موضوع عمل حقوقی قرار گیرد؟ پاسخ به پرسش در گرو این است آیا اساساً حضانت طفل قابل اسقاط از طرف زوج یا زوجه است تا بتوانند در خصوص آن توافق هم بکنند؟ مطالعه رویه قضایی و منابع فقهی نشان می‌دهد این مسئله معرکه آراء است. به نحوی که دسته‌ای حضانت را مطلقاً خواه از طرف پدر، خواه از طرف مادر-غیرقابل اسقاط دانسته و توافق راجع به آن را باطل می‌دانند. دسته‌ای نیز حضانت را به طور مطلق قابل اسقاط می‌دانند و لذا توافق ناظر بر آن را صحیح می‌دانند. برخی نیز حضانت را از طرف مادر قابل اسقاط دانسته ولی آن را از طرف پدر، غیرقابل اسقاط می‌دانند. از طرفی این مسئله محل اختلاف نظر میان فقها است و از طرف دیگر در پرونده‌های مشابه احکام متفاوتی از سوی دادگاه‌ها صادر شده است و لازم است پایه‌های علمی مسئله تبیین و تحلیل شود تا زمینه برای نیل به وحدت رویه تأمین شود. با توجه به اینکه در این خصوص پژوهشی انجام نشده است لذا نگارنده لازم دید با رجوع به منابع کتابخانه‌ای تا ابتدا به نقل آراء علمی و قضایی در مسئله پردازد و در گام بعدی و با رویکرد توصیفی تحلیلی ضمن تحلیل آراء و مبانی وارده، قابلیت واگذاری حضانت و استلزامات لازم‌الرعایه آن را تبیین کرده و رویکرد قانون‌گذار در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده را روشن سازد و به ارائه راهکاری در جهت رفع تعارض از آراء قدم بردارد.



۱. دیدگاه‌های فقها و رویه قضایی در خصوص قابلیت اسقاط حضانت و واگذاری آن در مقابل بذل مهر یا طلاق

در این بخش از پژوهش، نظرات مطروحه در باب قابلیت اسقاط در کلام فقیهان و آرای قضایی در خصوص امکان توافق بر حضانت بیان می‌شود.

۱-۱. عدم قابلیت اسقاط و بطلان توافق متضمن واگذاری حضانت؛ به نحو مطلق:

معدودی از فقها قائل بر این هستند که حق حضانت از جانب هیچ یک از پدر و مادر قابل اسقاط نیست (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ ق، ج ۱۰، ص ۲۸۸؛ شیرازی و همکاران، ۱۴۲۹ ق، ج ۱، ص ۳۱۶). زیرا مقتضای ادله وارده این است که تفاوتی میان پدر و مادر در این حکم نیست و حق حضانت مطلقاً غیرقابل اسقاط است؛ و اینکه تفصیل میان پدر و مادر صورت گیرد، به این نحو که نسبت به مادر قابل اسقاط باشد و نسبت به پدر غیرقابل اسقاط باشد، متوقف بر این است که دلیلی وجود داشته باشد که چنین دلیلی مفقود است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ ق، ج ۱۰، ص ۲۸۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۲، ص ۳۰۵).

در خصوص دلیل عدم امکان اسقاط حضانت برای والدین آورده‌اند که این نوعی ضرر بر کودک است که به حکم آیات، روایات، سیره و اجماع، مورد نهي قرار گرفته است (شیرازی و همکاران، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۳۱۶). لازم به ذکر است اگر حضانت به هیچ طریقی قابل اسقاط نباشد، توافقی که موجب واگذاری حق حضانت شود، ممنوع خواهد بود. از این رو در نظر برخی، واگذاری حق حضانت محل اشکال است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹ ق، ج ۴، ص ۳۹۰).

در آرای صادره از دادگاه‌ها نیز برخی از قضات معتقدند که در خصوص حضانت امکان توافق وجود ندارد و قواعد حضانت آمره است. لذا هرچند بذل مشروط به واگذاری حق حضانت، نوعی بذل با شرط عوض است اما به این دلیل که حق الحضانت مانند حق الولایه و نظیر آنها از حقوقی است که قابل نقل و انتقال و قابل اسقاط و قابل معاوضه در مقابل مال نمی‌باشند یا به عبارتی دیگر، حضانت، تکلیف بوده و قواعد آن آمره است، لذا واگذاری آن نافذ نیست (دادنامه شماره ۱۳۳-۹۲/۲/۲۴-شعبه چهارم دادگاه حقوقی آن شهرستان ورامین؛ دادنامه شماره ۸۳۳-۹۲/۵/۲۷-شعبه ۴۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ رای شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۴۰۳ تاریخ ۱۳۹۳/۰۹/۲۹ صادره از شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور؛ قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۵۲۴ تاریخ ۱۳۹۳/۰۹/۰۹ شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر

استان تهران) بر این اساس، در صورت بروز اختلاف، تکلیف حضانت مطابق با ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی بر اساس سن فرزند مشترک، مورد متوجه والدین است (دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۴۷۲ تاریخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۸ شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

۱-۲. قابلیت اسقاط و صحت توافق متضمن واگذاری حضانت؛ به نحو مطلق

دسته‌ای از فقها بر این باورند که حضانت، از جانب هر دوی پدر و مادر قابل اسقاط است با این استدلال که حضانت، اجباری نیست؛ همان‌گونه که مقتضای قاعده این است که فرد نسبت به اعمال و عدم اعمال حق خویش، اختیار داشته باشد. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۷۶) و روایات وارده در این باب دلالتشان صرفاً بر اصل استحقاق پدر و مادر در خصوص حضانت است و از روایات ناظر بر مسئله وجوب برداشت نمی‌شود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۱۶۲؛ شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج ۹، ص ۱۸۶). شایان ذکر است در صورتی که حضانت قابل اسقاط باشد، توافق منتهی به واگذاری حضانت نیز میسر خواهد بود. مبتنی بر همین برخی از فقها حضانت را قابل نقل می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۱۴۲) و در فتاوی‌ای خویش انتقال حضانت تحت مصالحه یا شرط ضمن عقد پذیرفته‌اند.^۱ برخی نیز طلاق در مقابل واگذاری حضانت به زوجه را به نحو طلاق خلع یا با مصالحه بر آن، به طور صریح پذیرفته‌اند (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۸۳؛ جزیری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۴۸۷). هم‌چنین گفته شده است که اگر زن و شوهر بعد از جدایی، حق حضانت فرزندان را به دیگری یا شخص ثالثی واگذار کنند، اگر این واگذاری در قبال وجهی نبوده، می‌تواند از آن رجوع کنند ولی اگر در قبال گرفتن وجهی به صلح و مثل آن باشد، ممکن است گفته شود حکم آن عقد را دارد؛ به این معنا که اگر آن عقد لازم باشد، رجوع ممکن نیست و اگر عقد جائز باشد، رجوع ممکن خواهد بود. و هم‌چنین اگر شرط، ضمن عقدی لازم- به عنوان صرف نظر نمودن از حق حضانت- شده باشد، رعایت آن شرط لازم است (بهجت، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۱۳۳)، اما در صورتی که بذل مهر صورت بگیرد بدون اینکه چیزی در مقابل آن باشد، حضانت بدون نفقه یا با نفقه‌ی فرزندان دختر بالاتر از هفت سال خود را زوجه به عهده می‌گیرد؛ ولی بعد از طلاق از حضانت و نگهداری اطفال امتناع می‌ورزد، در این مورد حضانت به زوج منتقل می‌شود (همان، ص ۱۳۴).

^۱ چنانچه زوجه شرعاً (از طریق مصالحه، یا شرط ضمن العقد) موظف شده باشد، دادگاه می‌تواند زوجه را به نگهداری اطفال اجبار کند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ص ۲۰۳).



در برخی از آرای قضایی چنین استدلال شده است که ابویین در خصوص حضانت طفل تا سن بلوغ می توانند توافق کنند (دادنامه شماره ۷۶۷ - ۹۲/۹/۱۰ شعبه سوم دادگاه حقوقی تنکابن؛ دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۳۱۹ تاریخ ۱۳۹۳/۰۶/۱۰ شعبه ۲۳ دیوان عالی کشور). با این حال، در آرای قضایی هست که اگر بر اساس طلاق توافقی، حق حضانت به یکی از زوجین سپرده شود، امکان عدول از توافق مربوطه وجود دارد (دادنامه شماره ۹۵۲ مورخه ۹۳/۴/۲۴ شعبه ۲۷۱ دادگاه خانواده تهران؛ رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۰۴۱ تاریخ ۱۳۹۳/۰۶/۳۰ شعبه ۳۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۲۱۴۱۰۰۸۰۸ مورخ ۹۲/۹/۵ شعبه محترم اول دادگاه بخش رودهن؛ دادنامه قطعی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۱۸۲۸ تاریخ ۹۲/۱۱/۰۷ شعبه ۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران).
مطلب مزبور این نکته را به ذهن می‌رساند که امکان توافق ثانوی بر حضانت وجود دارد. علاوه بر اینکه منطوق کلام نیز حکایت از امکان توافق بر حضانت دارد.

۳-۱. تفکیک میان پدر و مادر در قابلیت اسقاط

گروهی از فقها چنین بیان داشته‌اند که در صورت امتناع مادر از حضانت، پدر مجبور به انجام آن می‌شود و اگر او هم امتناع ورزد مجبور می‌کنند که آن را انجام بدهد (شهید اول، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۹۶) و این مسلم است که پدر حق اسقاط آن را ندارد (شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج ۹، ص ۱۸۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۸۶؛ حکیم طباطبایی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۰۳؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۳۵۹؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۳۲۵). دلیل تفکیک قابلیت اسقاط در پدر و مادر را در این می‌بینند که مراد از حضانت برای مادر، شایستگی ایشان بر رضاع نسبت به دیگران است و لذا امکان اسقاط در آن وجود دارد. اما حق حضانت نسبت به پدر طفل به معنی ولایت بر کودک است که قابل اسقاط نیست (فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۳، ص ۶۹).

اگر حضانت، ولایت بر تربیت کودک باشد، لازمه‌اش این است که مادر نتواند آن را از خود ساقط کند همان‌گونه که سایر ولایت‌ها این‌گونه‌اند و قابل اسقاط نیستند؛ در حالی که ادله چنین اقتضائی را ندارند، حتی مدلول ادله بر خلاف آن است و تعبیر به «احقیقت» در روایات دلالت بر امکان اسقاط آن توسط مادر را دارد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۴۷۲). مشابه همین گفته شده است حضانت زوجه هیچ ربطی به ولایت بر ازدواج طفل و اموال او ندارد و فقط مربوط به تربیت و حفظ و نگهداری کودک در مدتی است که در آن نیاز به بانوان است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۷۷).

۲. مبانی فقهی ناظر بر مسئله

از میان ادله اربعه استنباط، آنچه که درخصوص حضانت فرزند برای پاسخ‌گویی به مسئله مورد پژوهش می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، فقط روایات هستند که در این بخش مورد نقل و در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت. اگرچه که برخی از روایات، متضمن احکام ناظر بر رضاع است اما بدین معنا نیست که اختصاص به باب رضاع داشته باشد؛ بلکه به تصریح فقها از مبانی حضانت به شمار می‌آید (شیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۵، ص ۷۹۵۳).

۱- از امام صادق (ع) نقل می‌کنند که فرمودند: «و مادران فرزندان خود را شیر می‌دهند. تا زمانی که طفل شیر خوار است، حق نگهداری میان هر دو همسر به طور مساوی است و چون او را از شیر باز گیرند، پدر به او احق از مادر است. چنانچه پدر از دنیا برود، مادر از همه فامیل پدری، به فرزند اولی است، و اگر پدر کسی را بیابد که او را به ۴ درهم شیر دهد و مادر طفل بگوید: من او را به کمتر از ۵ درهم شیر نخواهم داد، پدر می‌تواند طفل را از مادر بستاند و به دایه دهد؛ هر چند برای فرزند بهتر و سزاوارتر است که نزد مادرش باشد»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۴۵).

۲- از امام صادق (ع) نقل کرده‌اند که فرمود: «اگر مرد، زن را در حالی که حامله است، طلاق دهد، بلیدتا زمان وضع حمل به او نفقه دهد و آن‌گاه که وضع حمل کرد، اجرت او را می‌دهد و به او ضرر نمی‌زند، مگر اینکه کسی را ببلد که کمتر از مادر طفل اجرت می‌گیرد. پس اگر او به آن مقدار کمتر راضی شد، احق به فرزندش است تا اینکه او را از شیر بگیرد»^۲ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۴۵).

از ابی‌عباس منقول است که به امام صادق (ع) عرض کردم مرد به فرزندش سزاوارتر است یا زن؟ حضرت در پاسخ فرمودند: «ن، بلکه مرد، پس اگر زن به همسرش که او را طلاق داده، گفت: من

^۱ «أبو علي الأشعري عن الحسن بن علي عن العباس بن عامر عن داود بن الحصين عن أبي عبد الله (ع) قال: والوالدات يُرضعن أولادهن ما دام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية فإذا فطم فالأب أحق به من الأم فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبية فإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الأم لا يرضعه إلا بخمسة دراهم فإن له أن يدرعه منها إلا أن ذلك خير له وأزفق به أن يتركه مع أمه.»

^۲ «محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل عن محمد بن الفضل بن أبي الصباح الكِنَاني عن أبي عبد الله (ع) قال: إذا طلق الرجل امرأته وهي حبلية أتفق عليهما حتى تضع حملها وإذا وضعت أعطاها أجرها ولا يضارها إلا أن يجد من هو أخص أجراً منها فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بإتيانها حتى تقطعه.»



پسرم را به همان مقدار اجرتی که به دیگری می‌خواهی بدهی، شیر می‌دهم، پس او احق به آن است»^۱ (صدوق قمی، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۴۳۵).

۴- از ایوب بن نوح نقل شده که گفت: «کسی از اصحاب امام هادی (ع) به آن حضرت نوشت: من همسری داشتم که از او دارای فرزندی هستم و او را طلاق داده‌ام، امام در پاسخ نامه نوشتند: «زن به فرزندش تا ۷ سال احق (سزاوارتر) است، مگر خود بنخواهد فرزند را نپذیرد»^۲ (صدوق قمی، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۴۳۵).

۳. تحلیل مسئله با بهره‌گیری از ظرفیت ادله

۳-۱. عدم وجوب حضانت بر مادر و وجوب حضانت بر پدر

علاوه بر آنچه که گفته شد، مؤیداتی وجود دارد که عدم وجوب حضانت بر مادر را تأیید می‌کند. اول اینکه گروهی از فقها اخذ اجرت بر انجام حضانت را جایز می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۲۸۳؛ حکیم طباطبایی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۳۰۳؛ تبریزی، ۱۴۲۶ ق، ج ۲، ص ۳۵۹) و حتی فقهای هم که اخذ اجرت بر انجام آن را جایز نمی‌دانند در مقام استدلال، به فقدان دلیل بر استحقاق مادر نسبت به اجرت حضانت استناد می‌کنند و اقتضاء اصل عدم را دلیل بر عدم استحقاق اجرت بر حضانت می‌دانند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ ق، ج ۱۰، ص ۲۸۸)؛ بدون اینکه سخن از وجوب آن به میان آورند. دوم اینکه در شرایط امتناع مادر از انجام حضانت، هیچ یک از فقها سخن از اجبار ایشان به حضانت به میان نیاورده‌اند در حالیکه تکلیف مادر به حضانت اگر شرعی باشد در چنین مواردی باید اجبار ایشان به انجام آن، مشروع می‌شد. سوم اینکه از تعبیر وارده در روایات [احقیقیت]، وجوب برداشت نمی‌شود و مُضاف بر تعلیق اختیار حضانت بر اراده‌ی مادر، مدلول روایت چهارم این است که حضانت بر مادر واجب نیست و می‌تواند آن را اسقاط کند (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۲۸۴).

اما در خصوص وجوب و عدم وجوب حضانت بر پدر، ادله صراحت بر وجوب آن ندارند و از این رو گفته شده است که از روایات ناظر بر مسئله وجوب برداشت نمی‌شود (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ ق،

^۱ «عن الحسن بن محمد عن مَعْلَى بن مُحَمَّدٍ عن الحسن بن عَلِيِّ عن أَنَانَ عن فَضْلِ أَبِي النَّبَّاسِ الثُّمَالِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) الرَّجُلُ أَحَقُّ بِوَلَدِهِ أَمْ الْمَرْأَةُ فَقَالَ لَا تِلْ الرَّجُلُ وَإِنْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَجُلٍ الَّذِي طَلَّقَهَا أَنَا أَرْضِعُ ابْنِي بِمِثْلِ مَنْ يُرَضِعُهُ فَبِعِي أَحَقُّ بِهِ.»

^۲ «رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ الْجَمْفَرِيُّ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ قَالَ كَتَبَ إِلَيْهِ (ع) بَعْضُ أَصْحَابِهِ أَنَّهُ كَانَتْ لِي امْرَأَةٌ وَ لِي مِنْهَا وَلَدٌ وَ خَلَيْتُ سَبِيلَهَا فَكَتَبَ ع الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ سَبْعَ سِنِينَ إِلَّا أَنْ تَشَاءَ الْمَرْأَةُ.»

ج ۱۲، ص ۱۶۲؛ شوشتری، ۱۴۰۶ق، ج ۹، ص ۱۸۶). شایان ذکر است اصلاً تعبیر حضانت، حقیقت شرعیه نیست و در ادله وجود ندارد تا حکم آن هم در ادله وجود داشته باشد.

آنچه را که فقها داخل در مفهوم حضانت می‌دانند مواردی هستند که متضمن هزینه (نفقه) هستند و مطابق با نظر فقها این هزینه بر پدر تحمیل می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۹۷؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۴۰۵؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۲۲) و ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی^۱ هم آن را تأیید می‌کند. براین اساس، از آنجاکه پدر موظف است تا هزینه‌های فرزند و اجرت حضانتش را پرداخت کند لذا این نتیجه حاصل می‌شود که حضانت بر پدر واجب است؛ زیرا وجوب پرداخت اجرت حضانت در صورت وجوب اصل حضانت معنا می‌یابد و مشروعیت پیدا می‌کند.^۲

۲-۳. رعایت مصلحت طفل، شرط واگذاری حضانت در مقابل بذل مهر یا طلاق

بعد از مسلم بودن عدم وجوب حضانت بر مادر و وجوب آن بر پدر، برای امکان سنجی واگذاری حضانت در مقابل بذل مهر یا طلاق، باید دید که آیا صرف وجوب آن بر پدر مقتضی این است که خود پدر عهده‌دار انجام حضانت شود یا صرفاً هزینه‌های حضانت بر عهده‌ی ایشان است؟ لذا در صورتیکه سن کودک بالای هفت سال هم باشد، می‌توان با توافق طرفین به غیر پدر واگذار کرد؟ یا در جاییکه مادر داوطلب به حضانت است واگذاری حضانت به مادر جایز است یا نه؟

فقهای امامیه ملاک اصلی در حضانت را مصلحت کودک می‌دانند؛ به این نحو که غرض اصلی در تشریح حضانت، رعایت مصلحت کودک محسوب می‌شود و این رسیدگی به امور طفل است که بر عهده‌ی پدر می‌باشد؛ لذا قدرت بر تهیه‌ی وسائل و یا اجیر کردن کسی برای نگهداری طفل کافی است (موسوی خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۲۱۶) و پدر می‌تواند حتی برای مدتی حضانت کودک را ترک بکند به این جهت که در راستای حفظ مصلحت طفل، آن را به دیگری بسپارد (حکیم طباطبایی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۶۱). پس مهم این است که پدر هزینه‌های طفل را پرداخت کند و حضانت طفل با فردی باشد که موافق با مصلحت طفل است. مبتنی بر همین دیدگاه، حتی آنهایی هم که حضانت را بر والدین واجب می‌دانند، چنین بیان می‌کنند که اگر چاره‌ای برای حضانت اطفال وجود داشته باشد و برای کودک مناسب

^۱ «نفقه اولاد بر عهده پدر است پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به اتفاق به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهده مادر است».

^۲ باید دقت داشت که نفقه هزینه‌های طفل است اما حضانت ابقای امور مربوط به طفل است. لذا در نفقه فقط یک هزینه هست اما در حضانت در واقع هزینه‌های طفل به طفل پرداخت می‌شود و اجرت حضانت به حاضنه.



باشد به نحوی که از جمیع جهات در رفاه و آرامش باشد، و خوب مباشرت به حضانت از سوی والدین، برداشته می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص ۲۸۰؛ حسینی روحانی، بی تا، ج ۲، ۵۳۳). حتی برخی از فقها چنین بیان می‌دارند که مصلحت دین و دنیای طفل مشخص کند که طفل به چه کسی سپرده شود (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۰۳). در خصوص وجه شایستگی مادر قبل از ۷ سالگی گفته شده است که چون حضانت حمایت از کودک و مراعات احوال اوست، خداوند سبحان به جهت مهربانی مادر میان وی و فرزندش قرارداد است و در خصوص اختصاص حضانت به والدین، عقل حکم می‌کند دوره کودکی طفل، دوره‌ای است که کودک بیشتر از هر زمان دیگری به نگهداری نیاز دارد و از آنجائی که مهربان‌ترین مردم به وی والدین است، لذا برای آنها قرارداد است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص ۲۷۶). کلام برخی از حقوق‌دانان نیز همین سخن را تأیید می‌کند با این بیان که سلطه پدر و مادر بر تربیت و اداره اموال کودک در راستای حمایت از ایشان است و از این جهت به نظم عمومی ارتباط دارد و در تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان، مصالح، قوانین را اداره می‌کند و همه چیز رنگ تکلیف دارد و اگر گاه از حق صحبت می‌شود منظور توانایی است که قانون برای اجرای تکالیف خویش به پدر و مادر در برابر دیگران اعطا کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۲۸-۱۳۶).

اینگونه می‌شود جمع‌بندی کرد احقیت مذکور در روایات به معنای سزاواری است و در مقام رقابت میان چند حق نیست. لذا اگر مادر اقدام به حضانت از فرزند کند و تأمین‌کننده مصالح کودک باشد، با توجه به اینکه معمولاً مصلحت طفل در این سنین با مادر تأمین می‌شود، بر دیگران ترجیح دارد و پدر نمی‌تواند دیگری را بر وی ترجیح دهد مگر اینکه منجر به ضرر شود (به این نحو که اجرت زیادی برای حضانتش مطالبه کند) که قاعده لاضرر اقتضای نفی ضرر را دارد. بنابر این اولویت مادر که در برخی از روایات هم به طور مطلق بیان شده است،^۱ به واسطه قاعده لاضرر، مقید به دو حالت هست یکی اینکه مصلحت طفل را تأمین کند؛ چه بسا که مادر در آن سن صلاحیت نگهداری کودک را نداشته باشد. دیگر اینکه موجب تضییع پدر طفل نشود، که برخی از مصادیق آن در روایات وجود دارد.^۲

^۱ «از امام صادق (ع) در باره مردی که زنش را طلاق می‌دهد و آن دو فرزند دارند، سوال شد که کدام يك به فرزند او احق هستند؟ حضرت در پاسخ فرمودند: زن احق به فرزند است، مادامی که ازدواج نکرده است.» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۸، ص ۱۰۵).

^۲ «از امام صادق (ع) نقل کرده‌اند که فرمود: نفقه زن مطلقه باردار، داده می‌شود تا وضع حمل کند و او به فرزندش احق (سزاوارتر) است از کسی که فرزندش را به همان مبلغی شیر می‌دهد که دیگری برای شیر دادن می‌گیرد. خداوند فرموده است: «مادر نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند و پدر نیز نباید به سبب فرزندش ضرر ببیند.» (صدوق قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۵۱۰).

همچنین اینکه تأمین هزینه‌های حضانت فرزند بر عهده پدر است و پدر بعد از ۷ سالگی بر دیگران اولویت دارد، نباید موجب تضییع طفل شود (به عنوان مثال شاید پدر با وجود اینکه سن طفل بیشتر از هفت سال باشد، ولی پایداری حضانت طفل را نداشته باشد) لذا به این معنا نیست که وجوب حضانت مقتضی این است که حتماً کنار پدرش باشد؛ بلکه وجوب، اقتضای این را دارد که پدر، هزینه حضانت را پرداخت کند؛ حال مصلحت طفل، نگهداری ایشان را نزد هر کسی اقتضا کند، باید مطابق آن عمل کند و به ایشان بسپارد. پس اگر شایستگی مادر بر نگهداری طفل بیشتر از پدر باشد، پدر نمی‌تواند به بهانه اینکه بر وی واجب است، در راستای ضرر به کودک قدم بردارد و کودک را به مادرش نسپارد. یا بر عکس در صورتیکه مادر شایستگی نگهداری طفل را نداشته باشد، نمی‌تواند به بهانه اینکه تا ۷ سالگی بر دیگران اولویت دارد، حاضنه کودک باشد.

در برخی از آرای قضایی، مصلحت طفل، به عنوان ملاک برای حضانت اطفال، در نظر گرفته شده است. بر این اساس، دادگاه به اقتضای مصلحت می‌تواند حضانت طفل حتی قبل از سن ۷ سالگی را به پدر واگذار کند و یا بعد از سن ۷ سالگی مجدداً مادر را صالح به حضانت بداند (دادنامه شماره ۵۷۷ و ۵۷۸ مورخ ۹۲/۳/۲۱ اصداری از شعبه ۲۳۷ دادگاه حقوقی (خانواده) تهران؛ دادنامه قطعی شماره ۵۳۷۲/۱۳۷۲ مورخ ۹۲/۹/۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۵۵۳ مورخه ۱۴/۴/۱۳۹۳ شعبه محترم ۲۵۴ دادگاه تهران؛ دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۵۰۱۲۷۰ مورخه ۱۳۹۳/۰۹/۰۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

فراتر از همه اینها روشن است که اگر حقوق والدین در ارتباط با حضانت مطلق بود، شارع مقدس، موانعی برای حضانت بیان نمی‌کرد. در حالیکه در منابع فقهی^۱ و قانون^۲ مشاهده می‌شود در موارد معین، مادر یا پدر از انجام حضانت محروم می‌شوند و سخن از بازگشت‌پذیری آن مؤید بر همین است که با زوال مانع، والدین می‌توانند مناسب حال طفل باشند.

^۱ برای تفصیل مطلب ر. ک به «موانع اجرای حضانت در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه»، کریمی عباس و الهه محسنی، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۴۷، شماره ۲، ۱۳۹۲ ه. ش، صص ۳۰۳-۳۲۶.

^۲ ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی: «هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای مدعی‌العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند.»



۳-۳. نقد و بررسی نظرات درخصوص امکان واگذاری حضانت

عمده دلیل قائلین به عدم قابلیت اسقاط این است که دلیلی بر آن وجود ندارد و مخالف با مصلحت فرزند است. درحالیکه قابلیت اسقاط در صورتی نیازمند دلیل است که حداقل حکم بودن حضانت مسلم باشد؛ درحالیکه فقیهی به حکم بودن آن نسبت به مادر فتوا نداده است؛ درحالیکه خود ادله نیز صراحتاً دلالت بر امکان اسقاط آن دارند. همچنین گفته اند اسقاط مخالف با مصلحت طفل است در حالیکه چه بسا بقای حضانت به جهاتی موجب تزییع مصلحت طفل باشد به این نحو که فردی که حضانت با اوست صلاحیت نگهداری کودک را نداشته باشد. ثانیاً اگر هم سن خاصی برای حضانت والدین در نظر گرفته شده است، به نحو مطلق نیست؛ تنها چیزی که از آن برداشت می شود این است که اصل بر این است که حضانت هر یک از پدر و مادر در سن خاص، موافق با مصلحت فرزند است و این مطلبی نیست که بخواهد مانعی بر امکان توافق باشد.

درخصوص قابلیت اسقاط آن نسبت به پدر، گفته اند که دلیلی وجود ندارد و مخالف مصلحت طفل است. لازم به ذکر است علاوه بر اینکه برخی از فقها صراحتاً فتوا به جواز آن داده اند، اولاً در ادله دلالتی بر عدم جواز وجود ندارد. ثانیاً آنچه درخصوص پدر مسلم است، ولایت و تحمل هزینه های نگهداری یا نفقه فرزند است که امری متفاوت از حضانت است؛ و بر فرض انتقال حضانت، ولایت باقی بوده و پدر، موظف به پرداخت هزینه های حضانت فرزند است. ثالثاً فرض ما درخصوص توافق بر حضانت، هر نوع توافقی نیست. بلکه توافقی است که مصالح طفل را نیز رعایت کند. لذا مانعیتی از این حیث وجود ندارد.

۴. رویکرد قانون گذار در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده

ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، نگهداری اطفال را هم حق و هم تکلیف ابویین می داند. ماهیت دوگانه داشتن حضانت می تواند این سؤال را ایجاد کند که آیا درخصوص توافقات ناظر بر آن، حق بودن آن معیار است که امکان توافق باشد یا اینکه تکلیف بودن و امری بودن آن ملاک عمل قرار می گیرد. رعایت مصلحت کودک در توافقات راجع به حضانت که از حقوق اطفال است، از نظر قانونی لازم است. به نحوی که در ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ مقرر شده است: «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسؤول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری 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 پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل، تصمیم مقتضی اتخاذ کند». این ماده امکان توافق راجع به حضانت را مفروغ‌عنه گرفته و در مقام تعیین نکاتی که در توافق راجع به حضانت لازم است، برآمده است. همچنین در ماده ۴۳ همان قانون در خصوص حضانت فرزندان که پدرشان فوت شده و با مادر آنها است، مقام قضایی ممکن است که اعطای حضانت این فرزندان به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد. هم‌چنین به نحو مطلق در ماده ۴۵ رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان را در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی می‌داند. مبتنی بر مواد یاد شده قانون‌گذار در قانون حمایت خانواده مانعی بر توافق راجع به حضانت ایجاد نکرده ولی مطلق اختیار را هم به والدین نداده بلکه ملاک را رعایت مصلحت طفل می‌داند، اما مطابق با ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به‌عهده آنها است از نگاهداری او امتناع کند. در صورت امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی‌العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به‌عهده او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند.

شاید این احتمال برود که این ماده مانعی برای توافق والدین بر سر حضانت فرزند است؛ با این توضیح که حق امتناع از انجام حضانت را توسط فردی که برعهده اوست، سلب کرده است. اما لازم به ذکر است که حکم برای جایی است که فرد از انجام وظیفه خود امتناع ورزد درحالی‌که در محل بحث امتناع از انجام وظیفه انجام نشده و والدین با توافق حضانت را به دیگری انتقال می‌دهند. علاوه بر این قانون‌گذار مدنی در ماده ۱۱۷۳، در مواردی که حاضن یا حاضنه خلاف مصلحت طفل عمل کند، تصمیم‌گیری مناسب با مصلحت طفل را به اختیار دادگاه واگذار کرده است.

بیان قانون‌گذار در ماده ۱۱۶۹ اصلاحی قانون مدنی^۱ سخن از اولویت مادر به میان آورده بدون اینکه از لزوم انجام وظیفه حکایت کند ولی در تبصره ماده مزبور بیان می‌کند که بعد از ۷ سالگی در فرض حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه است. مفهوم مخالف تبصره در خصوص حدوث اختلاف پیش از ۷ سالگی طفل، برای دادگاه اختیاری نداده است. توجه به

^۱ «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 هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه است».



اینکه چنین مطلبی مخالف با فلسفه حمایتی مقنن از طفل است. اگر خوش‌بینانه به قضیه نگاه شود، باید گفت این جمله مفهوم ندارد. زیرا پس از ۷ سالگی حضانت با مادر است و امکان توافق وجود ندارد تا اختلافی هم حادث شود. براین اساس، این حالت از مصادیق سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود، اما همان‌گونه که در متن ماده مزبور ذکر شده، سخن از اولویت مادر است نه موظف‌بودن ایشان، لذا امکان توافق بر آن وجود دارد؛ که در نظریات شماره ۷/۳۹۴۵ به تاریخ ۱۳۷۶/۰۷/۰۶ و ۷/۳۵۶۳ به تاریخ ۱۳۸۰/۰۴/۱۳ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز، زمانیکه قانون ساکت بود، به اعتبار توافقات راجع به حضانت تصریح کرده است.

۵. اثر پذیرش لزوم رعایت مصلحت طفل

اثری که دیدگاه منتخب در پژوهش حاضر (یعنی جواز واگذاری حضانت در مقابل بذل مهر یا طلاق)، دارد این است که نخست با توجه به اینکه توافقات راجع به حضانت دائر مدار مصلحت طفل است لذا چه بسا در قبل از ۷ سالگی مادر صلاحیتی برای حضانت نداشته باشد یا بعد از ۷ سالگی پدر صلاحیت نگهداری نداشته باشد لذا اصل مهم این است که حاضن یا حاضنه، صلاحیت نگهداری داشته باشند. دوم اینکه بر فرض وقوع توافق ناظر بر حضانت، امکان رجوع از آن اصولاً بسته به ماهیت عمل حقوقی است که طی آن حضانت واگذار شده است، اما فارغ از ماهیت لازم و جائز آن عمل حقوقی، باید مصلحت طفل تأمین شود و در طول انجام قرارداد استمرار داشته باشد؛ به نحوی که با ثابت شدن عدم تأمین مصلحت طفل، نه تنها رجوع از آن جایز خواهد بود بلکه استمرار آن به جهت منافات با مصلحت طفل بی اعتبار خواهد بود.

برآمد و پیشنهاد

در خصوص قابلیت اسقاط حضانت و واگذاری آن در مقابل بذل مهر یا طلاق، سه نظر در منابع فقهی و رویه قضایی وجود دارد. گروهی از فقها و قضات قواعد حضانت را امره دانسته و آن را غیر قابل اسقاط و غیر قابل توافق می‌بینند؛ دسته‌ای نیز آن را قابل اسقاط دانسته و توافق متضمن واگذاری حضانت را ممکن می‌دانند.

^۱ «پدر و مادر می‌توانند حضانت را به عهده یکدیگر بگذارند، ولی به اشخاص دیگر نمی‌توانند محول کند».

^۲ «هر یک از اباوین که دارای حق حضانت می‌باشند می‌توانند با تنظیم توافقنامه اعم از عادی و رسمی این حق را به دیگری تفویض کنند».

با بررسی ماهیت حضانت و قابلیت اسقاط‌پذیری در آن این نتیجه به دست آمد که حضانت حقیقت شرعیه نداشته و از مختصرات فقها است اما مفهوم آن که نگهداری و انجام امور مربوط به کودک است که در مضامین روایی وجود دارد و این حق طفل است. هم‌چنین روشن شد که در ادله دلالتی بر وجوب آن بر والدین وجود ندارد اما از آنجائیکه هزینه‌های مربوط به اجرت حضانت و رضاع و هم‌چنین نفقه فرزند بر عهده‌ی پدر است، این مطلب کشف می‌شود که وجوب آن نیز بر عهده پدر است زیرا که وجوب هزینه بدون وجوب اصل آن معنا ندارد. احقیقی هم که در روایات مذکور است همان‌گونه که فقها اذعان داشته‌اند برای مقام تراحم است.

بعد از عدم وجود دلیل بر بطلان اسقاط حضانت، یاری ادله و تأکید فقها بر لزوم رعایت مصلحت طفل در حضانت و احکامی که حکایت از فلسفه‌ی حمایتی شارع از حضانت فرزندان دارد از جمله موانع حضانت، این نتیجه به دست آمد که مانع شرعی برای توافق در خصوص حضانت وجود ندارد. به لحاظ قانونی نیز منعی بر امکان توافق بر آن وجود ندارد زیرا قانون‌گذار در ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده به صراحت از امکان توافق بر آن سخن به میان آورده است و در کنار این، مواد ۴۳ و ۴۵ همان قانون نیز یارای این است که مهم در حضانت این است که مصلحت طفل رعایت شود و اینها حقوق و تکالیفی نیستند که شارع مقدس بدون در نظر گرفتن غبطه کودک صادر کرده باشد بلکه همین که دادگاه مصلحت طفل را احراز کند برای توافق بر حضانت کافی است کما اینکه ماده ۱۱۷۳ در مواردی که طفل در سنی است که حضانتش با مادر است، در صورت عدم تأمین مصالح کودک، دادگاه تصمیم مقتضی با مصلحت طفل اتخاذ می‌کند. اثری که لزوم رعایت مصلحت طفل در توافقات ناظر بر حضانت، دارد این است که اولاً با توجه به اینکه توافقات راجع به حضانت دائرمدار مصلحت طفل است لذا چه بسا در قبل از ۷ سالگی مادر صلاحیتی برای حضانت نداشته باشد یا بعد از ۷ سالگی پدر صلاحیت نگهداری نداشته باشد، لذا اصل مهم این است که حاضن یا حاضنه، صلاحیت نگهداری داشته باشند.

دوم اینکه بر فرض وقوع توافق ناظر بر حضانت، امکان رجوع از آن اصولاً بسته به ماهیت عمل حقوقی است که طی آن حضانت واگذار شده است، اما فارغ از ماهیت لازم و جائز آن عمل حقوقی، باید مصلحت طفل تأمین شود و در طول انجام قرارداد استمرار داشته باشد؛ به نحوی که با ثابت شدن عدم تأمین مصلحت طفل، نه تنها رجوع از آن جایز خواهد بود بلکه استمرار آن به جهت منافات با مصلحت طفل بی اعتبار خواهد بود. با توجه به صدور آراء متعارض از شعب دیوانعالی، جهت رفع تعارض از آرای



قضایی، صدور رأی وحدت رویه با این مضمون پیشنهاد می‌شود: «ملاک در توافقات ناظر بر حضانت، مصلحت طفل است؛ اگر توافق، تأمین‌کننده مصلحت طفل باشد، صحیح است و الا باطل است. براین اساس، با وجود اینکه طفل، بیش از ۷ سال داشته باشد، می‌توان حضانت وی را به مادر واگذار کرد یا درحالی‌که سنش کمتر از ۷ سال باشد، می‌توان حضانت را به پدر واگذار کرد».

ملاحظات اخلاقی

رعایت اخلاق پژوهش: این مطالعه تحت موازین اخلاقی انجام شده است.
حمایت مالی: مطالعه حاضر توسط سازمان یا فردی، حمایت مالی نشده است.
سهام نویسندگان: مقاله دستاورد پژوهشی نویسنده مسئول (امین سلیمان کلوانق) است.
تضاد منافع: این پژوهش به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم با منافع شخص یا سازمانی تعارض ندارد.
تشکر و قدردانی: از تمامی بزرگوارانی که در روند ارزیابی مقاله مزبور نقش داشته‌اند، کمال تشکر و قدردانی را دارم.
دسترسی به داده‌ها: به دلیل نوع و روش پژوهش مورد استفاده، هیچ داده‌ای در طول این مطالعه تولید یا تجزیه و تحلیل نشد.

منابع

- قانون مدنی
 قانون حمایت خانواده
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. بیروت: دار صادر.
 اردبیلی، احمد بن محمد. (بی‌تا). زبدة البیان فی أحكام القرآن. تهران: المكتبة الجعفریة لآثار الجعفریة.
 ازهری، محمد. (۱۴۲۱). تهذیب اللغة. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 بستانی، فواد افراهم. (۱۳۷۵). فرهنگ ابجدی، تهران: اسلامی.
 بهجت، محمد تقی. (۱۴۲۸). استفتاءات. قم: دفتر حضرت آیه الله بهجت.
 تبریزی، جواد. (۱۴۲۸). منهاج الصالحین. قم: مجمع الإمام المهدی عجل الله تعالی فرجه الشریف.
 جزیری، عبد الرحمن و سید محمد غروی. (۱۴۱۹). الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام. بیروت: دار الثقلین.
 جمعی از مؤلفان. (بی‌تا). مجله فقه اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
 حائری طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۱۸). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
 حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
 حسینی روحانی، سیدصادق. (۱۴۱۲). فقه الصادق. قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
 حسینی روحانی، سیدصادق. (بی‌تا). منهاج الصالحین. بی‌جا: بی‌نا.
 حسینی مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷). العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 حکیم طباطبایی، سید محسن. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
 حکیم طباطبایی، سید محمد سعید. (۱۴۱۵). منهاج الصالحین. بیروت: دار الصفوة.

- حلی، نجم الدین. (۱۴۲۸). ایضاح ترددات الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره).
- حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵). الجامع للشرائع. قم: مؤسسة سید الشهداء العلمية.
- خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵). جامع المدارك. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- سیحانی، جعفر. (بی تا). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: بی تا.
- سبزواری، سید عبد الأعلى. (بی تا). جامع الأحکام الشریعة. قم: مؤسسه المنار.
- سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۴۱۳). مهذب الأحکام. قم: مؤسسه المنار-دفتر حضرت آیه الله.
- شبییری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- شوشتری، محمدتقی. (۱۴۰۶). النجعة فی شرح اللمعة. تهران: کتابفروشی صدوق.
- شهد اول، محمد بن مکی. (بی تا). القواعد و الفوائد. قم: کتابفروشی مفید.
- شهد ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
- شهد ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر). قم: کتابفروشی داوری.
- شیرازی، قدرت الله انصاری و پژوهشگران مرکز فقهی انمه اطهارعلیهم السلام. (۱۴۲۹). موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها. قم: مرکز فقهی انمه اطهارعلیهم السلام.
- صدوق قمی، محمد بن علی. (۱۴۱۳). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- صفایي، حسین و اسدالله امامی. (۱۳۹۱). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
- طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- طباطبایی قمی، سیدتقی. (۱۴۲۶). مبانی منهاج الصالحین. قم: منشورات قلم الشرق.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- عاملی کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البیتعلیهم السلام.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۸). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب. (۱۴۱۷). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فخر المحققین، محمد بن حسن. (۱۳۷۸). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- فراهیدی، خلیل. (۱۴۰۹). کتاب العین. قم: نشر هجرت.
- فیاض کابلی، محمد اسحاق (بی تا). منهاج الصالحین. بی تا: بی تا.
- فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی. قم: مؤسسه دارالهجرة.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). حقوق مدنی (خانواده). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کریمی عباس و الهه محسنی. (۱۳۹۲). موانع اجرای حضانت در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه. مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۲ (۴۷)، صص ۳۰۳-۳۲۶ [DOI: 10.22059/jzfil.2014.53406]. لینک
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرائع الإسلام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱). الفقه علی المذاهب الخمسة. بیروت: دار التیار الجدید - دار الجواد.
- مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱). فقه الإمام الصادق. قم: مؤسسه انصاریان.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴). کتاب النکاح. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸). احکام بانوان. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷). الفتاوی الجدیدة. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۲). استفتاءات. قم: دفتر انتشارات اسلامی.



نجفى، محمد حسن. (۱۴۰۴). جواهر الكلام، بيروت: دار إحياء التراث العربى.

References

- Amili Karaki, A.H. (1993). *Jami al-Maqasid fi sharh al-qavaed*. Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them. (text in Arabic)
- Allameh Hali, H.Y. (1968). *Tazkerat al-fogaha*. Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them. (text in Arabic)
- Ardabili, A.M. (NO). *Zobda al-Bayan fi ahkam al-Qur'an*. Tehran: Al-Jaafriya Library for Revival of Al-Jaafriya Antiquities. (text in Arabic)
- Azhari, M. (2000). *Tahzib al-loghah*: Dar Ahyaya al-Trath al-Arabi. (text in Arabic)
- Bastani, F.A. (1995). *Farhang Abjadi*, Tehran: Islamic. (text in Persian)
- Behjat, Mohammad Taqi. (2007). *Istiftaat*. Qom: Office of Hazrat Ayatollah Behjat. Civil law
- Fakhr al-Muhaqqin, M.H. (1958). *Izah al-favaed fi sharh moshkelat al-ghavaed*. Qom: Ismailian Institute. (text in Arabic)
- Family Support Law*
- Farahidi, K. (1988). *Kitab al-Ain*. Qom: Emigration Publishing. (text in Arabic)
- Fayaz Kabli, M.I. (NO), *Minhaj Al-Salehin*. Bi-ja: Bi-na. (text in Arabic)
- Fayoumi, A.M. (1993). *Al-Masbah al-Munir in Gharib al-Sharh al-Kabir by Al-Rafa'i*. Qom: Dar al-Hajra Institute. (text in Arabic)
- Fazel Abi, H. (1996). *Kashf al-romouz fi sharh mokhtasar al-Nafi*. Qom: Islamic Publications Office. (text in Arabic)
- Group of authors. (NO) *Fiqh magazine of Ahl al-Bayt*, peace be upon them. Qom: Islamic jurisprudence encyclopedia institute on the religion of Ahl al-Bayt, peace be upon them. (text in Persian)
- Haeri Tabatabayi, S.A. (1997). *Riyaz al-Masael* Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon him. (text in Arabic)
- Hakim Tabatabayi, S.M.S. (2004). *Minhaj al-Salehin*. Beirut: Dar al-Safwa. (text in Arabic)
- Hakim Tabatabayi, S.M. (1989). *Minhaj al-Salehin*. Beirut: Dar al-Taqin Lalmahabat. (text in Arabic)
- Helli, N. (2007). *Clarification of traffic laws*. Qom: Publications of Ayatollah Murashi Najafi Library. (text in Arabic)
- Helli, Y. (1984). *Aljami llsharae*. Qom: Sayed Al-Shahada Al-Elamiya Foundation. (text in Arabic)
- Horr Aamili, M.. (1988). *Vasaal al-shaiah*. Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon them. (text in Arabic)
- Hosseini Maraghi, M.A. (1996). *Al-anavin al-fighiah*. Qom: Islamic Publications Office. (text in Arabic)
- Hosseini Rouhani, S.S. (NO). *Minhaj al-Salehin*. Bi-ja: Bi-na. (text in Arabic)
- Hosseini Rouhani, S.S. (1991). *Fiqh Al-Sadiq*. Qom: Dar al-Kitab - School of Imam Sadiq, peace be upon him. (text in Arabic)
- Ibn Manzoor, M.M. (1993). *Lisan al-arab*. Beirut: Dar Sadir. (text in Arabic)
- Jaziri, Abd al-Rahman-Gharavi, S.M. (1998). *Al-fiqh al al-mazahib al-khamsah..* Beirut: Dar al-Saqlain. (text in Arabic)
- Kalini, M. (1986). *Alkafi*. Tehran: Islamic Books Dar. (text in Arabic)
- Karimi ,A.;Mohseni,E.(2012). Obstacles to the implementation of custody in Imami jurisprudence, Iranian law and Frenc2rw2eah law. *Journal of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law*, 2 (47), 303-326. DOI: 10.22059/jjfil.2014.53406 [Link] (text in Persian)
- Katouzian, N. (2013). *Civil rights (family)*. Tehran: Publishing Company. (text in Arabic)
- Khansari, S.A. (1984). *Jame al-Madarak*. Qom: Ismailian Institute. (text in Arabic)
- Maghnieh, M.J. (2000). *Al-fiqh ala al-mazahib al-khamsah*. Beirut: Dar al-Tayar al-Jadid - Dar al-Jawad. (text in Arabic)
- Maghnieh, M.J. (2000). *Fiqh al-emam sadegh*. Qom: Ansarian Institute. (text in Arabic)

- Makarem Shirazi, N. (2006). *Fatava al-jadidah*. Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School Publications. (text in Arabic)
- Makarem Shirazi, N. (2003). *Kitab al-nikah*. Qom: Publications of Imam Ali ibn Abi Talib (peace be upon him) school.
- Makarem Shirazi, N. (2007). *Women's rules*. Qom: Publications of Imam Ali ibn Abi Talib (peace be upon him) school. (text in Persian)
- Mohagheq Heli, J. (1987). *Sharaye al-eslam*. Qom: Ismailian Institut (text in Arabic)-
- Mousavi Khomeini, S.R. (2001). *Istiftaat*. Qom: Islamic Publications Office. (text in Persian)
- Najafi, M.H.(1983). *Jawaharlal Kalam*, Beirut: Dar Ihiya al-Tarath al-Arabi.
- Sabzevari, S.A. (1992). *Mahdhab al-Ahkam*. Qom: Al-Manar Institute - Office of Hazrat Ayatollah. (text in Arabic)
- Sabzevari, S.A.(NO). *Jama'ah Al-Ahkam al-Sharia*. Qom: Al Manar Institute. (text in Arabic)
- Sadouq Qommi, M.(1992). *Man la yahzorho al-Faqih*. Qom: Islamic Publications Office. (text in Arabic)
- Safai, H.; Emami, A.(2012). *Mokhtasar hoghog khanavadeh*. Tehran: Mizan. (text in Persian)
- Shabiri Zanjani, S.M. (1998). *Kitab al-nekah*. Qom: Rai Pardaz Research Institute.
- Shahid avval, M. (NO). *Al-qavaed val-favaed*. Qom: Mofid bookstore. (text in Arabic)
- Shahid Sani, Z. (1989). *Al-Raw-da Al-Bahiyyahfi sharh of Al-Lama' Al-Damashqiyya (Al-Mahshi - Sheriff)*. Qom: Davari bookstore. (text in Arabic)
- Shahid Sani, Z. (1992). *Masalek al-ahkam fi sharh sharaee al-eslam*. Qom: Islamic Encyclopaedia Foundation. (text in Arabic)
- Shirazi, Q. (2008). *Mosoot al-ahkam al-atfal va adellatha*. Qom: Jurisprudence center of Imams Athar (peace be upon them). (text in Arabic)
- Shushtri, M.T. (1985). *Al-Naj'a in Sharh al-Lama'a*. Tehran: Sadouq bookstore. (text in Arabic)
- Sobhani, J. (NO). *Nizam al-Nikah fi shariat al-eslamiah al-gharra*. Qom: No. (text in Arabic)
- Tabatabayi Hakim, S.M. (1989). *Minhaj al-Salehin*. Beirut: Dar al-Taqqin Lalmahabat. (text in Arabic)
- Tabatabayi Qommi, S.T. (2005). *Mabani Minhaj al-Salehin*. Qom: Qalam Al-Sharq Manifesto. (text in Arabic)
- Tabrizi, J. (2007). *Minhaj al-Salehin*. Qom: Al-Imam al-Mahdiyya, may God Almighty bless him and grant him peace. (text in Arabic)
- Tusi, M (1986). *Tahzib al-Ahkam*. Tehran: Islamic Books Dar. (text in Arabic)

