

بررسی ادله اجتهادی اصل مصلحت در حضانت کودک بر مبنای
فقه امامیه و حقوق ایران

Respecting the Principle of Expediency Regarding
child custody based on Ja'fari jurisprudence and the Iranian law

<https://dx.doi.org/10.52547/JFR.19.1.167>

M. Pirhayati, Ph.D.

The four levels Islamic jurisprudence and law, Religious School for women, Qom, Iran

M. Roshan, Ph.D.

Department of Fundamental studies, Family Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

✉ معصومه پیرحیاتی

سطح چهار فقه و اصول، حوزه علمیه خواران

محمد روشن

گروه مطالعات بنیادین خانواده، دانشگاه شهید بهشتی

دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۸/۳۰

دریافت نسخه اصلاح شده: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸

پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۱۲/۱۲

Abstract

A child is a being who is not able to protect itself and is incapable of managing its own affairs. Therefore, the child needs someone to manage his affairs in the best way in order to meet his major interests and provide the necessities of life. Father, or paternal grandfather as a "compulsory guardian" or "special guardians" although considered the most sympathetic person towards the child, his actions are bound by expediency.

چکیده

کودک موجودی است که قادر به حفظ و صیانت از خود نیست و در انجام امور خود ناتوان است. بنابراین برای حفظ مصالح عالیّه او و تأمین ضرورتها نیازمند کسی است که امور او را به وجه احسن اداره نماید. «ولی» اگرچه دلسوزترین شخص نسبت به کودک است، اقدامات وی مقید به رعایت مصلحت شده است. با توجه به کارکرد اساسی مصلحت در حقوق کودک و در حضانت، این پرسش مطرح است که آیا مصالح عالیّه کودک یک قاعده

✉ Corresponding author: Religious School for women Amin BLV, Qom, Iran
Email: mahboobhpirhayati@gmail.com

✉ نویسنده مسئول: قم، بلوار امین، حوزه علمیه خواران
پست الکترونیکی: mahboobhpirhayati@gmail.com

Considering the basic function of expediency in children's rights, this question is always raised whether "interests of the child" is a rule or a fundamental comprehensive principle in the matter of custody? Do we look at it as a general rule or not? In Ja'fari jurisprudence texts, regarding guardianship, administration and business, although there is a lot of discussion about the interest of the child, the issue of custody has been neglected. However, in Iran's legal system; the civil law, the family law refers to the issue of custody of children. In this research, the reasons and documents related to the "principle of expediency in child custody" from reliable Islamic sources were extracted and used to understand the cases of silence in the relevant laws, with the theoretical support of "the principle of expediency in child custody" and the effects of the principle of expediency manifested in the current rights.

Keywords: Child Custody, Expediency Regarding.

و یا یک اصل جامع بنیادین است؟ در استنباط، اجرا و قضا به‌عنوان یک اصل به آن می‌توانیم نگاه کنیم یا خیر؟ در متون فقهی، در ابواب «ولایت»، «وصایت»، «حجر» و «تجارت» دربارهٔ مصلحت کودک بحث شده، اما موضوع حضانت مغفول واقع شده است. در حقوق ایران، در قوانین مدنی مربوط به حمایت از خانواده و حمایت از اطفال و نوجوانان، به این اصل اشاره شده است. در این پژوهش، دلایل و مستندات ناظر به «اصل مصلحت در حضانت کودک» از منابع معتبر اسلامی استخراج شد تا به‌عنوان راهکاری در فهم موارد سکوت در حقوق موضوعه مورد استفاده قرار گیرد. این امر با پشتوانهٔ نظری رعایت «اصل مصلحت در حضانت کودک»، آثار آن در حقوق کنونی نمود پیدا می‌کند.

کلیدواژه‌ها: مصلحت کودک، حضانت، ادلهٔ اجتهادی

مقدمه

اصل مصلحت در نظام قانون‌گذاری در ابواب مختلف فقه امامیه و حقوق موضوعه مانند نکاح، حجر، وصیت، و... مطرح شده است. این اصل علاوه بر آنکه حاکم بر تمام حقوق اسلام است، در متعلق احکام جریان دارد. اما جایگاه اصل مصلحت در باب ولایت، به‌معنای عام و خاص و در حقوق کودک، جایگاه متمایزتری دارد؛ چراکه اساس تشریح و قانون‌گذاری در باب ولایت و حقوق صغار، اعم از ولایت، وصایت، قیمومت و در نهایت بحث حضانت، بر محوریت مصلحت‌سنجی تمرکز یافته است. ولایت، بذاته، از آن خداوند متعال است و سایر ولایت‌ها بر مدار مصلحت‌اندیشی و خیرخواهی، برای رعایت غبطه و مصلحت مؤلفی‌علیه است. این اصل در قرآن و روایات آمده و جزء مسلمات فقه امامیه است. ظهور ادله اقتضا می‌کند تصرفات و اعمالی که از

جانب ولیّ در آن‌ها رعایت مصلحت نشده است، صحیح تلقی نشود. علما و حقوق‌دانان چنین اقدامی را باطل و برخی نیز حکم به عدم‌نفوذ تصرفات ولیّ نموده‌اند.

حضانت به‌عنوان حق یا تکلیف والدین (۱۱۶۸ ق.م)، به‌ویژه در تبصره ذیل ماده ۱۱۶۹ ق.م، مقید به مصلحت کودک شده است. در این باب، ادله و مستندات فقهی نیز وجود دارد که جایگاه مصلحت را به‌عنوان عنصر مقوم یا اصل مستحکم در تدوین قوانین می‌توان استخراج و استنباط کرد. بسیاری از محققان معاصر تلاش کرده‌اند تا بتوانند با تکیه بر اصل مصلحت در حوزه احکام حکومتی، از جمله احکام مربوط به فقه خانواده، نظام اسلامی را ترغیب کنند تا در باب قوانین مربوط به حضانت و حقوق کودک بازنگری نماید (کاظمی^۱، ۱۳۹۳: ۵ تا ۱۷).

پژوهش حاضر تلاش دارد تا با تبیین و شفاف‌نمودن اصل مصلحت در خصوص ولایت صغار، به‌ویژه در بحث حضانت، مصلحت را به‌عنوان ملاک و عنصر سازنده و شکل‌دهنده قوانین حضانت معرفی نماید. ادله و مستندات فقهی و آیات و روایاتی که از معصومین (ع) در موضوعات سرپرستی و ولایت بر صغار و حضانت طفل صادر شده است، همه قائم به رعایت مصلحت طفل در هر دوره بوده و به مقتضای شرایط و وضعیت اطفال در جامعه اسلامی متکی است. مبنای این پژوهش جعل ولایت بر صغار، بر فایده مصلحت و رعایت مصلحت کودک است. البته رعایت تداوم مصلحت نیز در این باره شرط شده است. مصلحت امر نسبی و در جریانی است که به مقتضای وضعیت کودک در هر دوره زندگی او، به تناسب شرایط و وضعیت جوامع متغیر و در نوسان است و به حسب حال هر کودک ممکن است تغییر یابد. سابقه پژوهش در بحث مصلحت اغلب درباره مصلحت در باب ولایت بر اموال و نکاح انجام شده و در حضانت نیز معطوف به منقح‌ساختن حقوق موضوعه در این باب بوده است؛ لذا محققان تلاش کرده‌اند تا قوانین مندرج در متن قانون مدنی و سایر حقوق موضوعه را دارای پشتوانه فقهی نشان دهند. اما پژوهش‌های درخوری، با تکیه بر اصل مصلحت مندرج در قانون حمایت از خانواده، مصوب سال ۱۳۹۱ و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، مصوب سال ۱۳۹۹ که رعایت غبطه و مصلحت کودک را در تمام تصمیمات دادگاه الزام نموده است، نگاشته نشده است.

آنچه در بحث مصلحت کودک و حضانت، پژوهش جدیدی را به مقتضای حقوق موضوعه می‌طلبد، پاسخ به این سؤال بنیادی است: با بررسی ادله فقهی و روایات، رعایت غبطه و مصلحت اصل یا قاعده فقهی است یا فراتر از اصل و قاعده و این اصل چه پیامدها و آثاری بر حقوق موضوعه خواهد داشت؟

پرسش اساسی دیگر این است که گستره مصلحت در باب حضانت و شمول آن چه میزان است؟ آیا عدم‌مفسده و سایر مفاهیم مرتبط، در دایره شمول مصلحت جا می‌گیرد تا در نهایت مفهوم مصلحت در کودکی و در باب حضانت معلوم شود؟ به جرئت می‌توان گفت اگر اصل مصلحت را در احکام مربوط به حضانت و کودکی، آن‌گونه که در منابع هست استخراج و استنباط نمود، می‌توان به نظرات فقهی‌ای دست یافت که با حفظ و رعایت مفهوم مصلحت کودک در حضانت سازگارتر است. همچنین می‌توان به آرای حقوقی‌ای دست یافت که مبنای ماده ۱۱۶۹ و سایر قوانین را متحول سازد. بنابراین بررسی ادله و مستندات فقهی ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده، مصوب سال ۱۳۹۱ و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، مصوب سال ۱۳۹۹ که گام نزدیک‌تری از سوی قانون‌گذار برای تسهیل در حضانت و سرپرستی و رعایت مصلحت کودک تلقی می‌شود، ضروری است.

امید است با واکاوی ادله اجتهادی آثار حقوقی، اصل مصلحت در حقوق موضوعه بیش از پیش مشاهده شود و به وضع قوانین مناسب‌تری در این باب بینجامد.

۱. مفهوم‌شناسی مصلحت

سخن در این باره به دو بخش قابل تقسیم است: نخست، مفهوم مصلحت در لغت، عرف و نصوص دینی و رابطه آن با مفاهیم مرتبط؛ دوم، مفهوم مصلحت در اصطلاح فقهی و حقوقی و رابطه این اصطلاح با مفاهیم مرتبط.

۱.۱. مفهوم مصلحت در لغت، عرف و نصوص دینی و رابطه آن با مفاهیم مرتبط

مصلحت در لغت به ضد، نقیض و مخالف مفسده و فساد و نیز به خیر معنا شده است. ابن‌منظور در لسان العرب، مصلحت را نقیض مفسده دانسته و در تعریف مصلحت می‌گوید: «المصلحة: الصلاح، المصلحة واحده المصالح و استصلاح: نقیض الاستفساد»؛ مصلحت به معنای خیر است که مفرد مصالح و مخالف تباه کردن و فساد است (ابن‌منظور^۲، ۱۴۰۵: ۵۱۷؛ فراهیدی^۳، ۱۴۱۰: ۴۵۳؛ احمدبن‌فارس^۴، ۳۰۳؛ جوهری^۵، ۱۹۹۰: ۳۸۳؛ فیومی^۶، ۱۴۰۵: ۳۴۵). در بیان روشن‌تر، مصلحت در لغت این گونه تعریف شده است: «المصلحة ما یترتب علی الفعل و یبعث علی الصلاح یقال رأی الامام المصلحة فی ذلک، ای: هو ما یحمل علی الصلاح و منه سُمی ما یُعطاه الانسان من الاعمال الباعثه علی فعله مصلحة» (خورمی^۳، ۱۳۷۴: ۲۲۲)؛ یعنی مصلحت چیزی است که بر عمل انسان بار و سبب صلاح می‌گردد؛ لذا گفته می‌شود امام مصلحت را در این دید، یعنی آن چیزی که سبب صلاح می‌شود از این قبیل است. و نیز کارهایی را که انسان انجام می‌دهد و سبب سودبردن او می‌شود، مصلحت می‌نامند.

در تعبیر دیگر، مصلحت به معنای منفعت نیز دانسته شده است: «المصلحة کالمنفعه و زناً و معناً»؛ یعنی مصلحت از نظر لفظ و معنی مانند منفعت است (بوطی^۴، ۱۴۱۰: ۷). برای فهم دقیق معنای مصلحت، لازم است به معنای فساد و مفسده نیز اشاره نماییم. اهل لغت فساد را این گونه معنا کرده‌اند: «الفسادُ خروجُ الشیء عن الاعتدال، قليلاً کان الخروجُ عنه أو كثيراً و یضاده الصّلاح و یستعمل ذلک فی النفس، و البدن و الاشیاء الخارجه عن الاستقامه...» (فراهیدی^۵، ۱۴۱۰: ۲۳۱)؛ فساد خروج شیء از اعتدال است؛ خواه این خروج کم باشد یا زیاد و ضدّ واژه صلاح است و خروج از اعتدال در نفس و بدن و خروج اشیا از استقامت و ایستایی نیز به کار برده شده است. همچنین، در لسان العرب فساد نقیض صلاح معنا شده است: «الفساد: نقیضُ الصّلاح» (ابن‌منظور^۵، ۱۴۰۵: ۳۳۵). فساد و مفسده در لغت به چیزی گفته می‌شود که باطل باشد و اضمحلال یابد و در غیر طریق حق و درستی قرار گیرد. مفسده را ضد مصلحت دانسته‌اند و نیز فساد را ضد صلاح. راغب آن را خروج شیء از اعتدال معنی می‌کند، خواه کم باشد یا بیشتر (راغب اصفهانی^۶، ۱۴۱۲: ۶۶۳) و این آیات را مثال می‌آورد: لا یَریذونَ غلواً فی الأرض و لا فساداً (قصص، ۸۳)؛ «در زمین برتری و تباهی اراده نمی‌کنند»؛ لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا (انبیاء، ۲۲)؛ «اگر در آسمان و زمین خدایانی جز خدای بود، آن‌ها از اعتدال و نظم خارج شده و تباه می‌گشتند». باز فساد را به معنای تباه کردن و مفسد را تباه‌کننده، ضد مصلح، گرفته‌اند (قریشی^۷، ۱۴۱۲: ۱۷۵). با این تعاریف از معنای فساد و مفسده که هر امری

از اعتدال خارج شده یا باطل و مضمحل شده است، خواه آنکه این خروج کم باشد یا زیاد و مقابله آن با واژه صلاح و مصلحت، معنای مصلحت روشن‌تر می‌شود.

حاصل تتبع در مفهوم لغوی مصلحت، همان معنا و مفهوم عرفی آن است. جست‌وجو در نصوص معتبر دینی که واژه مصلحت و مشتقات آن به کار رفته نیز این سخن را ثابت می‌کند. گرچه در قرآن واژه مصلحت به کار نرفته، مشتقات این ماده، از قبیل «اصلاح»، «اصح» و «صالح» بسیار به کار رفته است. اصلاح در مقابل «افساد» و عمل صالح در مقابل «عمل سوء» و «سیئه» استعمال شده است. خداوند می‌فرماید: و لا تُفسدوا فی الأرض بعد إصلاحها (اعراف، ۵۶ و ۸۵)؛ و نیز در سوره توبه، آیه ۱۰۲ می‌فرماید: عملاً صالحاً و آخر سیئاً...

اما هیچ‌گاه مصلحت یا دیگر واژه‌های هم‌خانواده با آن تفسیر نشده است؛ بلکه در این باره قاعده شناخته شده و مقبول نزد خردمندان، مراجعه به معنای عرفی واژه‌هایی است که شارع به کار برده و از آن تفسیر خاصی ارائه نداده است و باید به عرف مخاطبان این نصوص مراجعه کرد. لکن این قاعده درباره واژه‌های غیرارزشی و غیربنیادین از قبیل ماء، ارض و... قابل‌اجراست. اما در مفاهیمی مانند مصلحت، مفسده و تقوا که از یک سو بار اخلاقی و ارزشی دارد و از سوی دیگر از مفاهیم کلیدی است که با مجموعه شریعت و دین ارتباط تنگاتنگ دارد و با لحاظ آن‌ها باید تعبیر شود، جاری نیست. بلکه باید در تفسیر آن راهی دیگر پیمود (علیدوست^۱، ۱۳۹۶: ۸۴). نکته قابل‌تأمل اینکه صاحبان لغت عرب از تفسیر این واژه، به منفعت یا تفسیر واژه صلاح به نفع پرهیز کرده‌اند. بلکه حتی برخی بین این مفاهیم نیز تفاوت قائل شده‌اند (عسکری^۲، [بی‌تا]: ۱۷۲). به نظر می‌رسد قائل‌شدن به این تفاوت بدون عنایت نبوده است.

آنچه در تعیین معنای مصلحت از سوی اهل لغت قابل‌توجه است، این است که هرچه در معنای این لغت آمده، صرف عدم‌مفسده و وجود خیر است، بدون اینکه مقدار خیر و صلاح مشخص شده باشد. برخی درباره فهم معنای مصلحت ادعا نموده‌اند که «المصلحة شیء فیهِ مصلحة قوی و لذلك اِشْتَقَتْ لَهَا صِیْغَةُ الْمَنْفَعَلِ الدَّالَّةِ عَلٰی اسْمِ مَكَانِ الذِّیْ یُکَثَّرُ فِیْهِ مَا مِنْهُ اِشْتِقَاقِ وَ هُوَ هُنَا مَكَانٌ مُّجَازِیٌّ... أَنهَا وَصْفٌ لِلْفِعْلِ یَحْصُلُ بِهِ الصَّلَاحُ اِی النَّفْعِ دَائِماً أَوْ غَالِباً لِلْجَمْهُورِ أَوْ الْآحَادِ» (ابن‌عاشور^۳، ۱۴۱۸: ۱۹۲؛ کوکسال، ۱۴۲۱: ۱۸۵)؛ یعنی مصلحت امری است که در آن صلاح قوی وجود دارد؛ چراکه مصلحت بر وزن مفعله است و این صیغه دلالت بر مکانی می‌نماید که در آن مکان مشتق منه به وفور دیده می‌شود. بنابراین مصلحت در اصل به مکانی گفته می‌شود که صلاح در آن زیاد است و مجازاً بر فعلی اطلاق می‌گردد که نفع دائم یا غالب برای همه یا بعضی انسان‌ها دارد. گفته شده است این گفتار توجیه علمی ندارد و از خلط ناصحیح مصدر میمی و اسم مصدر که منفعت از آن خانواده است، با اسم مکان جامد حکایت می‌کند. آنچه مسلم است اینکه صلاح و مصلحت بر خیر، اعم از کم و زیاد یا قوی و ضعیف، اطلاق می‌شود. این مطلب سؤالی را برمی‌انگیزد که آیا صرف نبود مفسده را می‌توان مصلحت دانست یا مصلحت و سایر مشتقات آن امور وجودی هستند که به صرف نبود مفسده قابل‌اطلاق نیست؟

از بررسی لغوی در این باره، به نتیجه‌ای نمی‌توان رسید؛ چراکه اگر تعبیر اهل لغت درباره مصلحت که نقیض، ضد یا مخالف مفسده معنا کرده‌اند، اصطلاح منطقی آن‌ها باشد، بین مصلحت و مفسده واسطه‌ای نیست و نبود یکی مستلزم بود دیگری است؛ ولی بنا بر دو فرض اخیر، وجود واسطه ممکن است و لذا نفی

مفسده دال بر وجود مصلحت و برعکس نخواهد بود (علیدوست، ۱۳۹۶: ۸۵). البته برخی نیز بدون ارائه دلیل، اصلاح و افساد را نقیض یکدیگر دانسته که با نبود یکی، دیگری وجود دارد و صلاح و فساد را ضد یکدیگر دانسته‌اند (مصطفوی^{۱۱}، ۱۴۱۶: ۲۶۵ و ۲۶۶). اما آنچه بر اساس تبادر و ارتکاز ذهن در فهم معانی الفاظ به ما کمک می‌کند که به تعبیر اصولی مهم‌ترین سند و مرجع است، مفسده و همچنین اصلاح و افساد ضد یکدیگر بوده، ارتفاع هر دو نیز در یک مورد قابل تصور است و مصلحت و اصلاح به صرف نبود مفسده و افساد نیست. بنابراین امور و افعالی را می‌توان فرض گرفت که نه مصداق مصلحت باشد و نه مفسده، نه اصلاح باشد و نه فساد. با توجه به اینکه مصلحت از واژگانی است که در ارتباط با مجموعه شریعت و دین و اهداف خرد و کلان شارع قرار دارد، لذا در تفسیر، تشخیص و اعمال مصلحت و مصادیق آن، باید دیدگاه شریعت را در نظر گرفت؛ زیرا با توجه به نگرشی که از جهان و ارتباط آن با آخرت و هدف خلقت انسان دارد، تفسیر و معنای مختلفی از مصلحت و مفاهیم مرتبط با آن ارائه می‌دهد.

گرچه واژه مصلحت و غبطه در آیات وجود ندارد و در روایات نقل شده از معصومین (ع) بسیار نادر است، معنای مترادف با آن، یعنی «خیر» و «منفعت» در آیات و روایات، در ابواب مختلف فقه و متون دینی آورده شده و در بحث ولایت و سرپرستی ایتمام و حضانت در فرض طلاق والدین نیز وجود دارد؛ برای مثال، واژه خیر در آیه ۲۲۰ سوره بقره آمده است: «و یَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ؛ «ای پیامبر، درباره یتیمان از تو می‌پرسند، بگو اصلاح کار آن‌ها بهتر است و اگر با آنان معاشرت کنید، پس آنان برادر دینی شما هستند، خداوند مفسدان را از مصلحان بازمی‌شناسد». در روایتی از جعفر بن محمد (ع) آمده است: «عن آبائه علیهم السلام، فی وصیة النبی صلی الله علیه و آله لعلی علیه السلام قال: یا علی حق الولد علی والده ان یحسن اسمه و أدبه و یضعه موضعا صالحا» (حر عاملی^{۱۲}، ۱۴۰۹: ۱۲۳)؛ پیامبر اکرم (ص) به جناب علی بن ابی طالب (ع) می‌فرماید والدین باید کودک را در اقدامشان در موضع و جایگاه صالح و شایسته قرار دهند. در روایت دیگر چنین نقل شده است: «یاسناده عن الحسن بن محبوب عن عبدالله بن سنان قال: سئل أبو عبد الله علیه السلام و أنا حاضر عن القیم للیتامی فی اشرء لهم و البیع فیما یصلحهم أله أن یأکل من أموالهم؟ فقال لا بأس أن یأکل من أموالهم بالمعروف كما قال الله تعالی فی کتابه و ابتلوا الیتامی حتی إذا بلغوا النکاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إلیهم أموالهم و لا تأکلوها إسرافاً و بداراً أن یکبروا و من کان غنیاً فلیستعفف و من کان فقیراً فلیأکل بالمعروف. هو القوت و إنما عنی فلیأکل بالمعروف الوصی لهم و القیم فی أموالهم ما یصلحهم» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۴)؛ در روایتی از امام (ع) راجع به خوردخوراک از اموال ایتمام پرسیده شده است. ایشان پاسخ می‌دهند اشکالی ندارد در اموال تصرف شود، مگر به شرط رعایت خیر و صلاح کودک. کما اینکه در آیه شریفه فرموده است: کودک یتیم را درباره رشد و کمال امتحان کنید، اگر نشانه رشد را در آن‌ها یافتید، اموالشان را به آن‌ها برگردانید و از روی اسراف از اموالشان نخورید و... در روایت دیگر از امام صادق (ع) نقل شده است: «فقال إن کان فی دحولکم علیهم منفعة لهم فلا بأس و إن کان فیهم ضرر فلا و قال (ع): بل الانسان علی نفسه بصیرة فأنتم لا یخفی علیکم و قد قال الله عز و جل: واللّٰهُ یَعْلَمُ الْمَفْسِدَ مِنَ الْمَصْلِحِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۴)؛ از ایشان درباره هم‌نشینی و حقوق ایتمام و رعایت مصالح کودک بی‌سرپرست پرسیده شد. امام (ع) فرمود: اگر در معاشرت با آن‌ها منفعت برای

آنان وجود دارد، منعی ندارد و اگر ضرری متوجه کودک می‌شود، خیر جایز نیست. و در ادامه روایت، حضرت به کلام الهی استناد می‌کند: و الله یعلم المفسد من المصلح.

روایت دیگر در موضوع حضانت است. از امام (ع) پرسیده می‌شود: «قال مادامَ الولدُ فی الرضاع فهو بینَ الابوين بالسویة... فان له ان ینزعهُ منها الا ان ذلك اخیرُ له و اقدمُ و ارفقُ به یترکه من أمه» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۰ و ۱۹۱). ایشان در پاسخ، دلیل را متوقف بر خیر و صلاح کودک می‌داند مگر اینکه واگذاشتن مادر به فرزند به خیر و صلاح فرزند بوده و به حال او سازگارتر باشد. گرچه عده‌ای از علمای امامیه به سند این روایت اشکال گرفته‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۳۶؛ عاملی، ۱۴۲۰: ۴۶۶)، برخی علمای امامیه نیز به توثیق علمای رجال، به صحت این روایت اشاره نموده‌اند (آشتیانی^{۱۳}، [بی تا]: ۳۷۴).

واژه «نفع» در معنای لغوی، در متون معتبر اهل لغت به معنای خیر، یعنی آنچه انسان را در رسیدن به نیکی‌ها کمک می‌کند و ضد «ضرر» (ضررزدن) معنا شده است (فیومی^{۱۴}، ۱۴۰۵: ۶۱۸؛ جوهری، ۱۹۹۰: ۱۲۹۲؛ فراهیدی، ۱۴۱۰: ۸۲۰؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۲۳). نفع در استعمال اول، مانند واژه خیر، کاربرد اسمی (در مقابل کاربرد مصدری) و در استعمال دوم کاربرد مصدری دارد و به معنای «سود دادن» است. به این ترتیب، ترجمه این واژه در فارسی به «سود، فایده، بهره» با مفهوم عربی این کلمه یکسان نیست.

واژه «منفعت» همسان با واژه نفع، به معنای خیر و آنچه انسان در رسیدن به مطلوبش از آن بهره می‌برد و به اسم مصدر برای نفع معنا شده است. ترجمه این کلمه به سود، فایده، بهره و استعمال آن در این معنا که در زبان فارسی متداول است با کاربرد اسم مصدری آن مطابق است.

واژه منفعت در قرآن کریم استعمال نشده است؛ اما برخی مشتقات دیگر آن، مانند ماده «نفع، نَفَعَت، ینْفَع، نفع و منافع» زیاد به کار رفته است. قرآن از واژه «ضرر» که مصدر، به معنای «ضررزدن» و «اثم» که به معنای «عمل دور از ثواب و ناصواب» است، در مقابل واژه نفع و منافع به کار برده است. بنابراین اصطلاح و معنای خاصی در قرآن ندارد و این واژه‌ها را مطابق همان معنای عرفی و لغوی به کار می‌برد؛ چنان که در متون دینی و فقهی نیز به همان معنای لغوی و عرفی به کار رفته‌اند. خلاصه آنکه در مقارنه مفهومی واژه منفعت با مصلحت و اینکه آیا این دو واژه به یک معنا هستند یا متفاوت، می‌توان گفت اهل لغت معتبر عرب، از کاربرد واژه نفع و منفعت به معنای مصلحت پرهیز کرده‌اند؛ این امر اتفاقی نبوده، هرچند به آن نیز تصریح نکرده‌اند. البته تعبیر نفع و منفعت به خیر که مترادف واژه مصلحت قلمداد شد، این مفاهیم را به یکدیگر نزدیک کرده و مجوز استفاده هر یک با رعایت قواعد و ضوابط به جای دیگری را داده است که شواهد و نمونه‌های استعمال هر یک به جای دیگری را از قرآن و روایات و متون دینی ذکر نمودیم. بنابراین تفسیر و تعبیر نفع به خیر و صلاح از باب تعبیر لغت، به مصداق شاخص آن است نه مصداق منحصر.

در تقابل بین دو واژه مصلحت و مفسده سخن گفته شد. اما تقابل بین دو مفهوم منفعت و ضرر نیز لازم است بررسی شود. ضرر اسم مصدر، در مقابل منفعت، به نقصانی گفته می‌شود که بر چیزی وارد می‌آید و اگر بر امری مانند بیماری اطلاق ضرر می‌گردد، به اعتبار نقصی است که به دلیل این امور بر بدن انسان وارد می‌آید. شارع مقدس درباره این واژه اصطلاح خاص ندارد و ضرر مذکور در ادله شرعی، مانند نفی، ضرر ناظر بر ضرر طبیعی و عادی یک تکلیف نمی‌باشد. بلکه به ضرر غیرطبیعی و غیرمتعارف ناظر است (علیدوست، ۱۳۹۶: ۱۱۱).

۲.۱. مفهوم‌شناسی مصلحت در اصطلاح فقه و حقوق

هدف و فایده این مطلب آن است که بدانیم مصلحت اصطلاحی شرعی است یا خیر. آیا مفهوم مصلحت در کاربرد فقهی آن قریب به همان معنایی است که نزد اهل لغت استعمال می‌شود؟ در ادامه، به سخن برخی علما در این باره اشاره می‌کنیم؛ محقق نجفی در جواهر الکلام می‌فرماید: «یَفْهَمُ مِنَ الْاِخْبَارِ وَ كَلَامِ اصْحَابِ، بَلْ ظَاهِرُ الْكُتَابِ مِنْ اَنْ جَمِيعَ الْمَعَامَلَاتِ وَ غَيْرِهَا اِنَّمَا شُرِعَتْ لِمَصَالِحِ النَّاسِ وَ فَوَائِدِهِمُ الدُّنْيَوِيَّةِ وَ الْاٰخِرَوِيَّةِ مِمَّا تُسَمَّى مَصْلِحَةً وَ فَايِدَةً عَرَفَا» (نجفی^{۱۵}، ۱۳۶۷: ۳۴۴)؛ از اخبار و کلام علما و بلکه ظاهر قرآن می‌فهمیم که تمام معاملات و غیرمعاملات برای مصالح و فواید دنیوی و اخروی مردم، یعنی آنچه به نظر عرف و مصلحت و فایده نامیده می‌شود، تشریح شده است.

همچنین شهید اول در کتاب قواعد و فوائد می‌فرماید: «كُلُّ حَكْمٍ شَرْعِيٍّ يَكُونُ الْغَرَضُ الْاَهْمُ مِنْهُ الدُّنْيَا سِوَاءَ كَانْ لَجَلْبِ النِّفَعِ اَوْ دَفْعِ ضَرِّ يُسَمَّى مَعَامَلَةً سِوَاءَ كَانْ جَلْبُ النِّفَعِ اَوْ دَفْعِ ضَرِّ مَقْصُودِيْنَ بِالْاِصْلَاحِ اَوْ بِالتَّبَعِيَّةِ، فَالْاَوَّلُ... وَ الثَّانِي هُوَ مَا تَكُونُ الْمَصْلِحَةُ مَقْصُودَةً بِالتَّبَعِ» (مکی عاملی^{۱۶}، ۱۴۰۰: ۳۵)؛ یعنی هر حکم شرعی که غرض مهم‌تر آن دنیاست، خواه برای جلب نفع باشد یا دفع ضرر، معامله نامیده می‌شود؛ خواه جلب نفع یا دفع ضرر اصالتاً مقصود باشد یا بالتبع.

تتبع در ابواب مختلف فقه این نتیجه را اثبات می‌کند که واژه مصلحت در دانش فقه و علوم مرتبط با آن، به همان معنای لغوی و عرفی‌اش به کار رفته است؛ البته در چهارچوب شریعت مقدس و به‌عنوان مصلحت شرعی و همسو با اغراض شارع تعریف می‌شود. در نتیجه، معنای آن همان معنای منفعت، خیر و ضد فساد است. البته بنا بر آنکه برخی اهل لغت در اینجا مصلحت را به منفعت تعبیر نکرده‌اند، مراد علما از منفعت در کاربرد مصلحت، چیزی جز همان معنای خیر و ضد فساد نخواهد بود.

با توجه به جایگاه مصلحت در استنباط احکام، به‌عنوان مدرک کشف احکام از سنت، آیات و... و تتبع در آثار و علما، اثبات می‌کند که صرف مصلحت هیچ‌گاه در استنباط کاربرد استقلالی نداشته است. اگر در متون فقه چنین کارایی‌ای برای آن ذکر شده، به‌عنوان مؤید و مقرب حکم بوده یا تسامحی بیشتر در تعبیر نیست و دلیل اصلی حکم امر دیگری است. البته علمای امامیه در پذیرش «عقل عملی» به‌عنوان یکی از اسناد معتبر کشف حکم اتفاق نظر دارند. این در حالی است که مبنای درک عقل و داوری آن سنجش ملاک‌ها و مصلحت‌هاست. به‌عبارت دیگر وجود مصلحت یا مفسده در انجام عمل است که پایه و اساس درک عقل از حسن فعل یا قبح آن می‌گردد و به‌دلیل ملازمه بین درک عقل و حکم شرع، حکم شرعی ثابت می‌شود.

همچنین توجه به حضور جدی قواعدی چون «لا ضرر»، «لا حرج»، تقدیم اهم بر مهم و مهم بر غیرمهم از جهت ملاک در تراحم اجرای احکام، اعتقاد به تبعیت احکام از مصلحت و مفسده، حضور اعتبارات عقل‌پسند در سرتاسر ابواب فقه، لزوم فتوا بر اساس شریعت سهله و سمهه و نمونه‌های بسیار دیگر در فقه امامیه، نمایانگر حضور جدی عنصر مصلحت در اجتهاد امامیه است. برخی محققان معاصر در این باره اظهار می‌کنند: «مفهوم مصلحت و امثال آن به‌واسطه و در قالب درک عقلی عملی، کاربردی استقلالی در اجتهاد دارد. از این رو می‌توان عقل را از گروه ادله چهارگانه اجتهاد حذف و واژه مصلحت را یا شبیه به آن را جایگزین کرد. البته چون ابزار درک مصلحت عقل است، ما این جایگزینی را توصیه نکرده و هم‌رأی با اندیشه مشهور، ذکر عقل را در مجموعه اسناد مناسب‌تر می‌دانیم» (علیدوست، ۱۳۹۶: ۳۷).

بررسی درباره معنا و مفهوم واژه مصلحت و مفاهیم مرتبط با بحث، مانند عدم مفسده، عدم مضرت، منفعت حاصل از تحقیق چنین است: واژه مصلحت از سنخ واژه‌های تعلیمی است که ما برای آسانی مفاهیم به کار می‌بریم؛ یعنی در واقع ما می‌خواهیم با این واژه واقعیتی را ادا کنیم که در آن هم عدالت، هم حکمت، هم عدم مفسده هم غبطه وجود دارد. اینکه چه تعبیری بیاوریم که از همه این‌ها نمایندگی کند، به واژه مصلحت برمی‌خوریم. به تعبیر دیگر، مصلحت هیچ‌گاه به عدالت و عدم مفسده معنا نمی‌شود. اما منظور ما این‌ها را شامل می‌شود؛ یعنی وقتی می‌گوییم ولی باید مصلحت کودک را مدنظر قرار دهد، به این معناست که هرچه به نفع کودک باشد، باید مدنظر قرار دهد. بنابراین واژه مصلحت از همه واژه‌های همسو و همسان نمایندگی می‌کند، عدالت را می‌گیرد، عدم مفسده را هم در برمی‌گیرد. مجموعاً این‌ها می‌شود مصلحت (علیدوست، ۱۴۰۰).

نکته دیگر درباره مفهوم‌شناسی مصلحت این است که این واژه عنوانی ارزشی است؛ اینجاست که اگر کسی خواست راجع به مصلحت بیندیشد، باید آن را در یک نظام و سیستم قرار دهد تا به مصلحت برسد؛ نظامی که گاه به نظام حلقوی، یعنی در کنار هم، تعبیر می‌شود. مثلاً اگر گفته می‌شود ولی باید مصلحت طفل را رعایت کند، در واقع منظور این است که هر آنچه به نفع کودک است. حتی گاهی اوقات در باب موضوع ولی و فرزند مصلحت کافی نیست و اصلاح نیز لازم است. بنابراین مصلحت واژه‌ای است که همه این‌ها را نمایندگی می‌کند.

۲. حضانت و اصل مصلحت کودک

حضانت در اصطلاح به معنی «ولایت بر طفل به منظور تربیت و تدبیر امور او» است (فتح‌الله^۶، ۱۴۱۵: ۱۶۲) و به مصالحی که مربوط به اوست، مانند حفظ و نگهداری از او، قراردادنش در تخت، بلندکردن او از آن، نظافت کردن او و مانند آن گفته می‌شود (حلی^{۱۷}، ۱۴۱۰: ۱۰۱). از تعاریف علمای امامیه در این باره می‌توان فهمید که حضانت یک اصطلاح فقهی نیست و در همان معنای لغوی و عرفی به کار رفته است.

حضانت در اصطلاح حقوقی به معنای «اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر عطا کرده است (کاتوزیان^{۱۸}، ۱۳۷۲: ۱۳۹). به عبارت دیگر، به نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است، حضانت گفته می‌شود (جعفری لنگرودی^{۱۹}، ۱۳۸۲: ۲۱۶). در قانون مدنی و قانون حمایت از خانواده، از عنوان باب «نگهداری و تربیت اطفال» استفاده شده است.

در اصطلاح علما و حقوق‌دانان، دو واژه به‌طور جداگانه درباره کودک به کار می‌رود: حضانت و ولایت. همان گونه که بیان شد، حضانت ناظر به نگهداری و تربیت کودک است، اما ولایت مربوط به نظارت بر اموال و امر نکاح است. یعنی بر اساس حق ولایت، ولی می‌تواند به نمایندگی از کودک، اداره اموال او را به عهده بگیرد و در محدوده قانونی تصرف نماید. نقطه اشتراک این دو سرپرستی و مراقبت از جان کودک است. مطلبی که حقوق‌دانان نیز اذعان دارند این است که گرچه ماده ۱۱۸۳ ق.م.وظیفه ولی را اداره اموال و حقوق مالی مؤالی علیه می‌داند، شکی نیست که وظیفه ولی قهری به این مطلب خلاصه نمی‌شود، بلکه اداره امور شخصی و به تعبیر دیگر مواظبت از کودک نیز بر عهده اوست (امامی^{۲۰}، ۱۳۷۴: ۲۰۲). در عبارت‌های علمای امامیه از حضانت نیز به نوعی تعبیر به ولایت شده است. ولیکن اطلاق ولایت بر حضانت با ولایت اصطلاحی

در نگاه محقق نجفی، صاحب جواهر الکلام، فرق دارد. او در این باره می‌گوید: «اگر مقصود این است که حضانت مانند سایر ولایات قابل اسقاط نیست و بر مادر واجب است که آن را مراعات نموده و حتی حق گرفتن اجرت را نیز ندارد، باید گفت در لسان ادله، نه تنها دلیلی که مقتضی چنین معنا باشد وجود ندارد، بلکه قرائنی در ادله وجود دارد که خلاف آن را اقتضا می‌نماید؛ مثل تعبیر به احقیت و یا واگذار نمودن پذیرش مسئولیت حضانت به خواست و رأی مادر» (نجفی^{۲۱}، ۱۳۶۷: ۲۸۴).

در پاسخ به این دیدگاه، آل‌بحرالعلوم در کتاب بلغة الفقیه چنین می‌فرماید: «هرجا از حق تعبیر به ولایت شده است، مقصود ولایت به معنای اعم آن می‌باشد که برگشت آن به تولیت و تفویض است» (آل‌بحرالعلوم^{۲۲}، ۱۳۵۵: ۲۱۱). در حالی که مقصود از ولایت به معنای اصطلاحی عبارت است از ولایت به معنای اخص.

برخی علما نیز در این باره می‌فرمایند: «منافاتی بین ولایت‌بودن حضانت و عدم‌وجوب آن نیست و این ولایت بر فرض که واجب نبوده و قابل اسقاط باشد، یک نوع ولایت غیرلزومیه است» (روحانی^{۲۳}، ۱۴۱۴: ۳۰۲). می‌توان نتیجه گرفت که در درون حضانت، ولایتی ثابت و مفروض است. به عبارت دیگر، برای انجام وظایف مربوط به حضانت، اعمال برخی تصرفات ضروری است: «الظاهر أن الحضانة بمعناه اللغوي والعرفي والمستفاد من الأدلة ولایة الأب و الأم علیها فی الجملة، و لیس الحضانة نفسَ الولاية، بل الولاية ثابتة علی الحضانة، فمع عدم قیام الأم لا تستقط ولایتها، بل تثبت للأب...» (خوانساری^{۲۴}، ۱۳۵۵: ۴۷۳).

بنا بر قاعده فقهی «الاذن فی الشيء، اذن فی لوازمه»، اگر اجازه در موردی که دارای لوازم است صادر شود، همان اجازه در لوازم آن هم جاری است و هیچ نیازی به اجازه دیگر نیست. منظور از لوازم، اموری است که عادتاً از آن شیء جدا نمی‌شود (مصطفوی^{۲۵}، ۱۳۸۸: ۱۵۵). این مطلب می‌تواند عهده‌داری و مسئولیت و لوازم حضانت را برای مادران آسان نماید تا در مواردی که تعارض قوانین ولایت یا وصایت با حضانت اعمال محدودیت می‌نماید، بابت مسئولیت مادری خود در عسر و حرج نباشند. عمده علما حضانت را مقید و مشروط به اعمال و رعایت مصلحت و غبطه دانسته، اعم از آنکه آن را نوعی ولایت یا حق یا حکم بدانند.

مصلحت در فقه امامیه جایگاه وسیع و محوری و ارزنده دارد و برای آن کارایی مهمی می‌توان در نظر گرفت که لازم است به مناسبت موضوع بحث ما، یعنی حقوق کودک و سرپرستی از او، این کارکرد بیشتر تبیین شود. قاعده تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، به‌عنوان زیربنای احکام شرعی، تقریباً مورد پذیرش علمای شیعه بوده است. در این باب، مصلحت در فقه شیعه دو کاربرد اساسی دارد:

الف. مصلحت به‌عنوان مبنایی برای تغییر احکام شرعی، به این صورت که گاهی مصلحت محور و معیار در تبدیل احکام شرعی است. این نوع از مصلحت مبنای حکم حکومتی است. در این باره برخی علمای معاصر چنین گفته‌اند: «حاکم اسلامی باید در پرتو اهداف کلان شریعت که از احکام ثابت به دست آورده است و بر اساس منافع و مصالح جامعه، احکام حکومتی را صادر نماید. لیکن این احکام از چهارچوب ویژه‌های برخوردار است و آن جایی است که حکم شرعی الزامی در میان نباشد. در این محدوده (منطقه الفراغ)، احکام متغیر بر طبق مصالح جامعه از ناحیه ولیّ امر مقرر می‌شوند» (صدر^{۲۶}، ۱۳۷۵: ۶۸۶).

ب. مصلحت به‌عنوان شرط اجرای حکم ثابت یا مصلحت در مقام امتثال: گاهی مصلحت در مقام اجرای یک حکم شرعی معتبر است که به آن «مصلحت اجراییه» می‌گویند. مصلحت در این مفهوم ناظر به مرحله اجرای حکم است و در واقع شرط جریان حکم است که باید رعایت مصلحت را در کیفیت اجرای حکم

بنمایند. در فقه فردی و اجتماعی، موارد بسیاری می‌توان یافت که مصلحت به این معنا به کار رفته باشد؛ از جمله لزوم رعایت مصالح صغیر توسط سرپرست او، لزوم رعایت مصالح موقوف علیهم توسط متولی وقف و رعایت مصلحت در فروش کالای احتکارشده و نمونه‌های فراوان دیگر.

با توجه به گستردگی دامنه سرپرستی کودک و حق حضانت و از آنجا که حفظ و صیانت از کودک نیازمند محدود کردن اعمال سرپرست می‌باشد تا حق کودک تضییع نشود، این مطلب شایسته بررسی بیشتر است.

۳. بررسی جایگاه اصل مصلحت در حضانت کودک

در این پژوهش، این پرسش بنیادین مطرح است که آیا اعمال مصلحت مقید به رعایت مصلحت عالی‌تر شده است یا صرف عدم‌مفسده کفایت می‌کند؟ دیگر آنکه، رعایت مصلحت کودک در حضانت یک قاعده یا اصل است یا مهم‌تر از قاعده می‌باشد و جایگاه مستحکم‌تری در فقه امامیه دارد؟ آیا می‌توانیم مصالح عالی‌تر کودک را به‌عنوان یک قاعده و به‌عنوان یک اصل جامع تلقی کنیم؟ در تبیین جایگاه مصلحت، آیا این امر کارایی سندی دارد یا خیر؟ در متون فقهی، ابواب ولایت، وصایت، حجر، تجارت محل بحث لزوم رعایت مصالح حقوق کودک، اعم از کودکانی که با سرپرست خود زندگی می‌کنند یا بی‌سرپرست هستند، است. اما در باب حضانت، از رعایت مصلحت یا عدم‌رعایت آن بحث نشده است. لازم است گفته شود هرچا تعبیر به اصل می‌شود، منظور همان قاعده فقهی است، کما اینکه علمای امامیه این تعبیر را در متون قواعد فقه ذکر نموده‌اند (مراعی^{۲۷}، ۱۴۱۷: ۵۶۵). در این باره سه نظر وجود دارد:

نظر اول: ولایت ولی مشروط به مصلحت نیست. شیخ انصاری در کتاب مکاسب، جلد سوم، در این باره می‌فرماید: «هل یَشْتَرُ فِي تَصْرِفِهِ الْمَصْلَحَةُ أَوْ يَكْفِي عَدَمُ الْمَفْسَدَةِ، أَمْ لَا يُعْتَبَرُ شَيْءٌ؟» (انصاری^{۲۸}، ۱۴۴۲: ۵۳۰).

اطلاقاتی وجود دارد که دلالت بر مقیدنبودن تصرف ولی است؛ مانند روایت سعدبن یسار: «إِنْ مَالَ الْوَالِدِ لِلْوَالِدِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۶) و حدیث نبوی مشهور: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيهِ» و صحیح ابن‌مسلم: «إِنْ الْوَالِدُ يَأْخُذُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ» (همان: ۱۹۵). و لیکن ایشان اطلاقات مذکور را مقید به صورت حاجت و نیاز پدر می‌دانند که به‌وسیله روایات متعدد، مقید به تصرفی شده که پدر احتیاج داشته باشد؛ مانند این روایت از امام صادق (ع): «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) لِرَجُلٍ: أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ، ثُمَّ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ (ع) وَمَا أَحَبُّ لِي أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ ابْنِهِ إِلَّا مَا أَحْتَاجَ إِلَيْهِ مِمَّا لَا بَدَّ مِنْهُ، إِنْ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۵).

استشهاد نبی اکرم (ص) به آیه شریفه، دلالت بر اراده حرمت دارد؛ در صورتی که در این تصرف، مفسده‌ای برای کودک باشد. در هر حال، با وجود آیه محکمی همچون لا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ، دیگر این گونه اطلاقات مطرح نمی‌شود و در واقع این اطلاقات ناصحیح و توهم اطلاق است (انصاری^{۲۸}، ۱۴۲۲: ۵۳۰). بسیاری از علما بر این دیدگاه اشکال گرفته و استدلال آن به آیات و روایات را رد نموده‌اند. اما قائلین به عدم‌مفسده نیز بین علما کم نیستند، گرچه این دیدگاه ادله محکم ندارد. در هر حال طبق این دیدگاه، مصلحت نه قاعده است و نه شرط.

نظر دوم: قائل به این است که رعایت مصلحت و غبطهٔ کودک، قاعده است. به این معنا که شرط تصرف ولیّ است و اگر ولیّ می‌خواهد تصرفی بکند، باید مصلحت باشد. اگر قاضی می‌خواهد قضاوت کند، در مقام قضا و داوری و اگر کسی که وکیل ولیّ است، در مرحلهٔ اجرا باید مصلحت را رعایت کند. بنابراین، در مرحلهٔ استنباط، در مرحلهٔ اجرا و قضا، در همهٔ این احوال، مصلحت باید رعایت شود و اگر ولیّ مصلحت را رعایت نکند، اصلاً ولایت ندارد تا مادامی که رعایت کند؛ چراکه ولایت مشروط به رعایت مصلحت است؛ یعنی هیچ‌کس بر هیچ‌کس ولایت ندارد، مگر اینکه مصلحت مؤلّی‌علیه را رعایت کند.

در مجموع طبق نظر دوم، رعایت مصلحت یک قاعده است. حتی بالاتر از موضوع غبطه است؛ لذا شهید اول در کتاب قواعد و فوائد در این باره می‌فرماید: «لو ظَهَرَ فِي الْحَالِ الْإِصْلَاحُ وَ الْمَصْلَحَةُ لَمْ يَجْزِ الْعَدُولُ عَنِ الْإِصْلَاحِ» (مکی عاملی، ۱۴۰۰: ۳۵۲). به این معنی که عدول از اصلاح جایز نیست.

در بیان دیگر آمده است: «إِنْ تَصَرَّفَ الْوَلِيُّ مُشْرُوطًا بِالْمَصْلَحَةِ بِالْإِجْمَاعِ وَ ظَوَاهِرِ الْإِدْلَهِ، لَانَ الْمُتَقِينِ مَنْ أَدْلَهُ الْوَلَايَاتِ، أَمَا هُوَ ذَلِكَ، إِذِ الْغَرَضُ الْإِصْلَاحُ فِي النَّفْسِ وَ الْمَالِ، وَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ لِنَقْصِهِ عَاجِزٌ عَنِ ذَلِكَ، وَ لَوْ كَانَ الْإِفْسَادُ وَ سَائِغًا لِمَا أَحْتِجَّ إِلَى الْوَلَايَةِ» (مراغی، ۱۴۱۷: ۵۵۶). به این معنا که به دلیل اجماع فرقهٔ امامیه و ظواهر ادلهٔ باب ولایت، تصرف ولیّ مشروط به مصلحت است؛ چراکه غرض از جعل ولایت خیرخواهی و صلاح‌اندیشی در جان و مال است. چون کودک عاجز از نگهداری خویش است و اگر افساد یا عدم‌مفسده کفایت می‌کرد، چه نیازی به ولیّ می‌بود.

تا جایی که به نظر ایشان و سایر علما در این باره، در صورت انکشاف عدم‌مصلحت، تصرف باطل تلقی می‌شود. برخی علما نیز که نظرشان بر عدم‌مفسده بود، تصریح به این شرط نموده‌اند که بعید نیست مصلحت شرط تصرفات ولیّ باشد و اجماع فرقهٔ امامیه را در این باره اذعان داشته‌اند (انصاری^{۲۹}، ۱۴۲۲: ۵۳۰). برخی نیز در این باره فرموده‌اند: «إِنَّ الْأَحْوَالَ فِيهَا وَ فِي غَيْرِهَا مَرَاعَاةُ الْمَصْلَحَةِ» (نجفی^{۳۰}، ۱۳۶۷: ۳۳۲)؛ به دلیل قول خداوند متعال در آیهٔ شریفه: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» و ادلهٔ دیگر.

در هر حال، دربارهٔ شرط بودن مصلحت در تصرفات ولیّ، حتی تسالم مسلمین را می‌توان در کلمات علما یافت. تا جایی که پا را فراتر گذاشته، علما با به‌کاربردن واژهٔ غبطه، مراعات اصلاح را از ما خواسته‌اند. غبطه یعنی مصلحتی که درون آن جست‌وجو باشد. وقتی در متون فقهی واژهٔ غبطه به کار می‌رود، به این معناست که نباید مصلحت عیان شود که ولیّ آن را مراعات کند، بلکه باید برخی وقت‌ها رصد و جست‌وجو کند؛ مثلاً وقتی می‌خواهد جنسی را به مؤلّی‌علیه بفروشد یا او را در دانشگاه ثبت‌نام کند، باید جست‌وجو کند. به عبارتی روشن، غبطه مصلحتی است که با جست‌وجو به دست می‌آید.

حقوق‌دانان نیز مدعی‌اند با وجود عمومیت و فراگیری دامنهٔ ولایت بر صغار، ولیّ قهری نمی‌تواند به میل و سلیقهٔ خویش هر تصمیم یا تصرفی را دربارهٔ شئون مؤلّی‌علیه و اموال او اعمال سازد؛ بلکه ولیّ قهری موظف است در این قبیل تدابیر و تصرف‌های خود، مصلحت مؤلّی‌علیه را رعایت کند و نباید عملی را برخلاف مصلحت و غبطهٔ او انجام دهد (صفایی و امامی^{۳۱}، ۱۳۷۴: ۱۶۷). البته که ادلهٔ تردیدناپذیری از عقل و نقل، اهمیت و اعتبار مصلحت را در باب سرپرستی بر کودک و حضانت تأیید می‌نماید که ما در ادامهٔ بحث این مطلب را می‌آوریم.

تحقیق و تتبع در آثار علمای امامیه و حقوق‌دانان در این باره به ما می‌فهماند که اصل یا قاعده مصلحت تحت عنوان یک قاعده فقهی و اصل مسلم امامیه نگاشته شده است؛ برای مثال، در کتاب العناوین، در عنوان ۷۳، باب ولایت، اشتراط مصلحت در تصرفات ولی یک قاعده و اصل است و در کتاب القواعد و الفوائد شهید اول، در قاعده ۱۳۳، مراعات مصلحت مؤلفی‌علیه به‌عنوان یک قاعده و اصل فقهی و دیگر تألیفات آمده است. بلکه دقیق‌تر با عنوان غبطه در سراسر ابواب «الولایة»، «البیع»، «الحجر»، «النکاح»، «الطلاق» و «الوصیة» و غیر از این مباحث نیز برحسب اقتضا ذکر شده است.

نظر سوم: طبق این دیدگاه که برگرفته از جایگاه مصلحت کودک در بحث سرپرستی و حضانت و ولایت است، حتی به‌جای مصلحت، غبطه ملاک و رعایت مصالح عالیّه کودک، مدنظر شارع مقدس بوده است و تصریحات در این باره دارد. به‌طوری که با ظهور خطابات شرعی در این باره، زمانی جامعه مسلمانان درباره رعایت حقوق ایتم بعد از نزول این آیات ترسیدند مبدا مشمول این آیات شوند. آیاتی که درصدد فرهنگ‌سازی برای جامعه اسلامی بود.

بنابراین وقتی به مجموعه ادله باب ولایت و صغار و مصلحت‌اندیشی درباره آنان رجوع می‌کنیم، می‌بینیم که اساساً نگاه قرآن به ولایت ولی و مصلحت کودک، بیان صرفاً یک قاعده نیست. بلکه بیان یک رویکرد و اتجاها در نظام اسلامی و به تعبیر محققین معاصر بیان یک «پارادایم» است. لذا وقتی این دیدگاه را می‌بینیم، مصلحت می‌شود یک رویکرد در بحث.

در واقع جایگاه مصلحت کودک یا مصالح عالیّه کودک یک پارادایم در فقه ماست؛ یعنی یک پوشش سراسری به این معنا که ما یکسری قواعد داریم، مانند قاعده فراع، صحت، لا تعاد، تجاوز و قاعده لا ضرر و لا حرج؛ اما یک سری قواعد هست که لباس سرتاسری بر شریعت است که غلط است به این‌ها قاعده بگوییم. چراکه هرگز قاعده لا تعاد با قاعده نفی عسر و حرج یکسان نیست. لذا در استنباط، یک قاعده نمی‌شود؛ ولی وقتی پارادایم داریم، هم ادله را تفسیر می‌کند، هم در اجرا باید همه کسانی که سرپرستی می‌کنند، این رویه را در رفتارشان و در فرهنگ خود داشته باشند.

همچنین قاعده یا اصلی که از آن به نام اصل مصلحت کودک تعبیر می‌شود، جایگاه مستحکمی در فقه امامیه و حقوق موضوعه دارد که برای وضع قوانین و حمایت از کودکان در جامعه اسلامی، در برخی از ضروری‌ترین حالات، یعنی در فرض طلاق و جدایی والدین، این اصل به‌عنوان پایه و اساس جعل قوانین است؛ لذا می‌طلبد این موضوع مورد بازنگری قرار گیرد.

۴. مبانی اصل مصلحت در حضانت کودک

در حقوق موضوعه نیز شرط رعایت مصلحت مؤلفی‌علیه به خوبی از مفاد مواد ۲۳ و ۴۱ و ۴۵ قانون حمایت از خانواده و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان فهمیده می‌شود؛ به‌طوری که طبق ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده (مصوب سال ۱۳۹۱)، همه تصمیمات دادگاه‌ها، منوط به رعایت غبطه و مصلحت کودک است و در این باره الزام دارند.

با مراجعه به کتاب و سنت، عقل و تسالم علما، مبانی این نظریه را می‌توان استخراج نمود.

۱.۴. آیات

از برجسته‌ترین آیاتی که در متون فقهی به آن استناد و استدلال نموده‌اند، به‌ترتیب آیات زیر را می‌توان نام برد: آیه ۲۳۳ سوره بقره؛ آیه ۱۵۲ سوره انعام؛ آیه ۲۲۰ سوره بقره. البته آیاتی که در این باره دلالت بر مدعا دارند، محدود به این آیات شریفه نیست، اما عمدتاً این آیات مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

یک. آیه لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ (بقره، ۲۳۳)

به موجب آیه شریفه، نه مادر حق دارد به کودک ضرر وارد کند و نه پدر (قمی^{۳۲}، ۱۴۰۴: ۷۶؛ طبرسی، ۱۴۱۵: ۱۱۴) و اگر اشکال کنند بر اینکه آیه دلالت بر نهی از ضرر دارد، پاسخ این است که در آیه شریفه نهی وارد شده به والدین، نسبت به یکدیگر و حقوق کودک است که نباید متحمل ضرر شود. اما خداوند متعال برای اینکه مبالغه در کلام را برساند، از واژه تضار استفاده نموده است؛ چراکه در نزاع والدین، زبان اصلی متوجه طفل است. بنابراین والدین حق ندارند سرنوشت کودک را وجه المصلحه اختلاف خویش قرار دهند و در این بین، رعایت مصالح کودک بر پدر و مادر واجب شده است. آیه شریفه در مسائل مختلف، مورد استدلال علما قرار گرفته است؛ برای مثال، در باب حضانت و حاضن قیودی در نظر گرفته شده است؛ مانند شرطیت عقل. بنابراین واگذاری طفل به مجنون امکان‌پذیر نیست و جنون مانع حضانت والدین است و مصداق مضاره بر کودک تلقی می‌شود. همچنین درباره شرطیت امانت و امین بودن والدین و عدم ابتلا به بیماری‌های مسری و خطرناک. به این قیود در قانون مدنی، ماده ۱۱۷۰ و ۱۱۶۸ و ۱۱۷۳، اشاره شده است. همچنین در فرض طلاق در زمان رضاع و دوران بعد از شیرخوارگی، به آیه شریفه برای حمایت از کودک و رعایت مصالح او استناد می‌شود؛ به این صورت که مادر با ترک رضاع و مراقبت‌نکردن از کودک و پدر با ندادن هزینه زندگی یا گرفتن کودک از مادر، کودک نباید آسیب ببیند.

دو. و لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (انعام، ۱۵۲؛ اسراء، ۳۴)

آیه شریفه دلالت بر نهی از تصرف در اموال ایتام دارد که به موجب این آیه، تصرف سرپرست باید متوقف و مشروط به رعایت «احسن» باشد (قمی، ۱۴۰۴: ۲۲۱). بسیاری از مفسرین اذعان داشته‌اند که منظور از احسن، یعنی مداخله‌ای که با الزام به رعایت مصلحت همراه است.

به همین دلیل بسیاری از علما، یا حتی می‌توان گفت همه علمای امامیه، دلالت آیه شریفه را بر مدعا پذیرفته‌اند. شیخ انصاری و محقق نجفی، صاحب جواهر، با استدلال به این آیه می‌فرمایند: «مما يُؤَافِقُ قَوْلَهُ تَعَالَى وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ نَعْمَ قَدِيفَهُمْ فِي خُصُوصِ الْإِبْوِينِ التَّوَسُّعِ لِهَمَّا مَعَ انْ اِلْحَاطِ فِيهَا وَ فِي غَيْرِهِمَا مِرَاعَاةَ الْمَصْلَحَةِ». ایشان در پایان این بحث فرموده است: «احوط در ولایت ابویین و غیر آن دو، مراعات مصلحت است» (نجفی، ۱۳۶۸: ص ۳۳۲). همچنین با استناد به همین آیه شریفه، شیخ انصاری در توجیه این دیدگاه می‌فرماید: «لیسَ ببعیدٍ». در استدلال به آیه شریفه باید گفت موضوع آیه درباره ایتام است؛ اما موضوع مخصص نخواهد بود و ذکر یتیم مانع حکم و جوب رعایت مصالح سایر کودکان نخواهد بود. در این باره نیز علما به روایتی استدلال نموده‌اند؛ مانند خبر سکونی که از قول امیرالمؤمنین (ع) نقل می‌کنند. علما درباره سند این روایت می‌فرمایند که به واسطه عمل فرقه امامیه، ضعف سند جبران شده است (عاملی، ۱۴۱۹: ۴۷۷). در روایت چنین آمده است: «وَصِيَ الْيَتِيمَ بِمَنْزِلَةِ ابِيهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۱)؛ وصی کودک یتیم به منزله و در حکم پدر اوست. وصی همان جایگاه پدر را درباره

حقوق کودک دارد. در آیه شریفه اقدام «احسن» ملاک است و اقدامی که در آن خیر و صلاح طفل در آن منظور شده باشد. این آیه مورد پذیرش مفسرین و علمای امامیه بوده است. طبق این آیات شریفه، مصلحت کودک به عنوان یک رویکرد یا قاعده اساسی در مذهب و شریعت تلقی می‌شود که حتی ادعای اجماع بین مسلمین نیز در این باره شده است.

سه. یَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ اصْلَحْ لَهُمْ خَيْرًا وَ ان تَخَالطُوهُمْ فَاخْوَانُكُمْ وَ اللّٰهُ يَعْلَمُ الْمَفْسَدَ مِنَ الْمَصْلِحِ (بقره، ۲۲۰)

آیه شریفه وقتی نازل شد که مسلمانان از ترس آیات انذاردهنده، می‌گفتند ما عهده‌دار کارهای ایتام نمی‌شویم که خداوند این آیه را نازل فرمود: «نترسید و قصد فاسد هم نداشته باشید و اگر این وسط ممکن است کوتاهی هم صورت گیرد، این‌ها برادران شما هستند و خداوند می‌بخشد.» بنابراین خداوند در آیه شریفه برای تصدی امر ولایت بر کودک، معیاری کلی معرفی می‌نماید و با ذکر واژه مفسد در مقابل مصلح، اقدام همراه با صلاح و خیر را از همه کسانی که عهده‌دار امور سرپرستی هستند، خواسته است (قمی، ۱۴۰۴: ۷۲). استدلال به آیات شریفه به حدی محکم است و مورد استناد علما قرار گرفته که از سایر ادله بی‌نیاز می‌سازد، اما به جهت تکمیل بحث، ادله دیگر نیز ذکر می‌شود.

۲.۴. روایات

در این باره به چند دسته از روایات که از حیث سند و دلالت اعتبار دارد و مدعای ما را ثابت می‌کند، اشاره می‌شود.

دسته اول روایاتی است که درباره شرایط حضانت و شروط حاضن و حاضنه می‌باشد و برخی از آن‌ها درباره فرض جدایی و طلاق والدین است. در ادامه به بعضی از آن‌ها اشاره می‌شود:

در روایت داود بن حصین آمده است که امام صادق (ع) درباره واگذاری کودکی که والدین به واسطه طلاق جدا شده‌اند، می‌فرماید:

«مَادَامَ الْوَلَدُ فِي الرِّضَاعِ فَهُوَ بَيْنَ الْاَبَوَيْنِ بِالسُّوِيَةِ اِذَا فُطِمَ، فَالَابُ اَحَقُّ بِهٖ مِنْ الْاِمِّ فَاذَا مَاتَ الْاَبُ، فَالْاِمُّ اَحَقُّ بِهٖ مِنْ الْعَصَبَةِ وَ انْ وَجَدَ الْاَبُ مِنْ يَرْضَعُهُ بَارِعَهُ دَرَاهِمَ وَ قَالَتِ الْاِمُّ: لَا اَرْضَعُهُ اِلَّا بِخَسْمِهِ دَرَاهِمَ، فَانْ لَهٗ اِنْ يَنْزَعُهُ مِنْهَا، اِلَّا اِنْ ذَلِكْ اٰخِرٌ لَهٗ وَ اَقْدَمٌ وَ اَرْفُقُ بِهٖ يَتْرِكُ مِنْ اِمِّهٖ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۱، ۱۹۰)؛ یعنی مادامی که فرزند در دوران رضاع به سر می‌برد، نگهداری از او به‌طور مشترک است؛ در صورتی که فرزند از شیر گرفته شد، پدر بر مادر اولویت دارد و در صورتی که پدر فوت نماید، مادر اولی به خویشان پدری است و اگر پدر مرضعه‌ای را بیابد که با چهار درهم فرزند را شیر دهد و مادر جز به پنج درهم راضی نشود، می‌تواند فرزند را از وی بگیرد، مگر اینکه واگذاشتن مادر به فرزند، به خیر و صلاح کودک بوده و به حال او سازگارتر باشد.

توثیق علمای رجال نسبت به حجیت روایت احراز شده است (آشتیانی^{۳۳}، ص ۳۷۴؛ ابن فهد حلی: ۴۲۶). تعلیق آمده در انتهای کلام امام (ع)، یعنی به خیر و صلاح کودک، در قضاوت ایشان مصلحت کودک و رعایت حال او اولی بر وضعیت والدین است و مصلحت کودک به عنوان ملاک تصمیم‌گیری در اینجا تلقی می‌شود.

دسته دوم روایاتی است که تکالیفی را برای مراقبت روحی و عاطفی و تربیتی کودک، در جهت حفظ مصالح او بیان می‌کند؛ مانند این روایت: «عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ اَبَانَةَ (ع) فِي وِصِيَّةِ النَّبِيِّ (ص) لِعَلِيِّ (ع) قَالَ

یا علیُّ حقُّ الولدِ علی والدِهِ أَنْ یُحَسِّنَ اسْمَهُ وَ ادَبَهُ وَ یَضَعَهُ مُوضِعاً صَالِحاً؛ در سفارش نبی گرامی اسلام(ص) به جناب امیرالمؤمنین(ع) است که ای علی، حق کودک بر والد خود این است که اسمی نیکو برای او انتخاب کند و به خوبی او را تربیت کند و پیوسته در اقدام خود، کودک خود را در وضعیت مناسب و شایسته قرار دهد. طبق فرمایش نبی گرامی(ص)، اقدامات ولی همواره باید مقید به صلاح و خیر کودک باشد و در تمام تصمیمات رعایت مصلحت کودک ضروری است.

دسته دیگر روایاتی است که دلالت بر حفظ مصالح ایتم و کودکان بی سرپرست دارد. در پایان، به روایاتی می‌توان اشاره نمود که به وظایف حاکم شرع نسبت به امور کودکان فاقد سرپرست اشاره دارد مانند نبوی مشهور «السلطانُ ولیٌّ مَنْ لا ولیَّ لَهُ». روایاتی که نهایت اهتمام شریعت مقدس در اداره امور مالی و نکاح و غیر آن دارد، به طریق اولویت دلالت بر حضانت نیز داشته است.

۳.۴. دلیل عقل

از آنجا که اصل بر عدم اعمال ولایت بر دیگری است، اعمال اقتداری که بر امور محجور و صغیر نصب شده است، به جهت جلب منفعت طفل و صلاح اوست و اگر خلاف آن اثبات و اعمال گردد، این ولایت فاقد اعتبار بوده و باید بر اساس نظر شرع چاره‌اندیشی شود.

۴.۴. تسالم

درباره مقیدبودن اعمال سرپرستی بر مصلحت کودک، در فقه امامیه چنین آمده است: «إن التصرف الولیُّ مشروطٌ بالمصلحة بالاجماع و ظواهر ادله» (مراعی، ۱۴۱۷: ۵۵۶). قدر متیقن از ادله باب ولایت و غرض از آن، اصلاح در نفس و مال مؤلّی علیه است، به دلیل ضعف و نقصی که کودک دارد. اجماع نقل شده در این باره از علما بسیار بوده و حتی آن را مورد توافق همه مسلمین اعلام نموده‌اند. به این ترتیب آنچه از جمله ادله و مبانی فقهی و از قواعد فقهی، مانند قاعده نفی عسر، لا ضرر و اهم و مهم در بحث حاضر به دست می‌آید، مصلحت مؤلّی علیه و مصالح طفل در همه تصمیمات ولی و حاکم شرع الزامی می‌باشد.

۵. آثار حقوقی اصل مصلحت در حضانت

با توجه به ناتوانی و ضعف کودک و نیاز همه‌جانبه او در امور خویش، از قبیل نگهداری و تربیت و آموزش و...، به سرپرست و مراقبت و حمایت، از بدو تولد و حتی قبل از آن، در دوران جنینی، مسئولیتی را متوجه اولیای او نموده است تا به بهترین صورت ممکن، با توجه به وضعیت کودک به امور او رسیدگی شود. مسئولیتی که در ادبیات فقهی و حقوقی، آن را رعایت مصالح کودک می‌نامیم. اصل یا قاعده مصلحت در باور همه کسانی که دست‌اندرکار امور مربوط به حقوق کودکان هستند، اعم از اولیای قانونی و قانون‌گذار موردپذیرش و اتفاق نظر است؛ به طوری که قلمرو مصلحت و گستره شمول آن نه تنها همه امور مربوط به سرپرستی، مراقبت، مهارت‌آموزی و... را در بر می‌گیرد، بلکه رکن همه تصرفات ولی قلمداد می‌شود.

با توجه به جایگاه اصل مصلحت در حقوق کودک، اولین آثار این قاعده در سرپرستی و تفکیک دو مفهوم درباره او، یعنی تفکیک ولایت و حضانت هویدا می‌شود. چراکه هر خطایی در تصمیمات راجع به کودک،

بیشترین آسیب را متوجه او می‌کند. جا دارد وقتی درباره حقوق کودک بحث می‌شود، به‌طور دقیق جایگاه مصلحت را در تمام تصمیمات راجع به او به‌طور دقیق سنجد و مطابق با نیازهای کودک به آن پرداخته شود. در موضوع صغار نمی‌توان با سهل‌انگاری عبور کرد. به باور محقق محدوده مسئولیت، آن گونه که در متون حقوقی و حقوق موضوعه، حضانت را از ولایت جدا ساخته، در ادبیات فقهی این تفکیک را نمی‌توان یافت. در واقع، حضانت فرع بر ولایت و در حضانت ولایتی ثابت مفروض است. این امر سبب شد تا در حقوق موضوعه قلمرو اختیارات ولیّ از حاضن و حاضنه جدا شود، در حالی که مرجع تشخیص مصلحت را ولیّ قلمداد نمود و مادران که از دلسوزترین اقربا به کودک هستند، از این امر محروم شوند. وقتی به سرتاسر باب، از شروط حضانت تا شرایط حاضن و فرض طلاق که محور روایات ائمه(ع) است، نظر می‌افکنیم، جایگاه اصل مصلحت به‌عنوان الزام در همه تصمیمات مربوط به کودک آشکار است. جا دارد آثار این اصل در سه موضع در حقوق موضوعه بازنگری شود: حالت نخست، در فرض طلاق یا شقاق والدین است؛ حالت دوم، درباره پایان مدت حضانت و سرپرستی است؛ حالت سوم، درباره خلأهای قانونی حضانت است. در این مجال به حالت نخست که بیشتر محل بحث است، می‌پردازیم.

آثار مصلحت در فرض طلاق یا شقاق والدین: نتیجه مطالعات و بررسی متون فقهی و تطبیق آن با حقوق موضوعه در این باره قابل تأمل و بررسی است (پیرحیاتی^{۳۴}، ۱۳۹۷: ۸۰ تا ۸۳). روایاتی که در فرض طلاق والدین آمده، ظاهراً مدلول آن‌ها با یکدیگر تنافی و تعارض دارد. روایاتی که عمدتاً به چهار یا پنج دسته قابل تقسیم است و هر کدام منجر به طرح دیدگاهی در فقه امامیه شده است. قانون مدنی، نخست به تبعیت از مشهور علمای امامیه، این قول را پذیرفت که: «پس از مدت رضاع، مادر نسبت به پسر تا دوسالگی و نسبت به دختر تا هفت‌سالگی مقدم است.» استدلال و نحوه جمع روایات متعارض مورد انتقاد قرار گرفت و در اشکال به آن گفته شد که «این جمع، مستند روایی ندارد و در واقع یک جمع تبریعی است که شاهد جمع ندارد» (سبزواری^{۳۵}، ۱۴۲۳، ۲۹۳) یا «جمع بر اساس اعتبارات و استحسانات عقلی فاقد ارزش است» (آشتیانی، ۱۴۰۷: ۳۷۳؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۴۷۴). محقق خوبی در این باره می‌فرماید: «اشکال مزبور به قول مشهور وارد است» (خوبی^{۳۶}، ۱۴۱۳: ۵۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۱). ایشان در کتاب معجم الرجال الحدیث، سند روایات حضانت را توثیق می‌کند؛ اما این مطلب قابل تأمل است که برخی روایات طرد و به جمع دسته دیگر متوسل شده است.

ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، با تبعیت از قول مشهور علما، راه حل منعکس را پذیرفت: «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.» این قانون در نهایت، توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام اصلاح گردید: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا هفت‌سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است و در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک، به تشخیص دادگاه می‌باشد.»

این دیدگاه مورد تأیید برخی از علمای امامیه بوده و از علمای معاصر نیز این قول را پذیرفته‌اند. ایراداتی به این دیدگاه وارد شده است که اولاً خلاف قول مشهور است و ثانیاً این قول مستلزم کنارزدن روایات دیگری است که از نظر سند و دلالت اشکالی به آن‌ها وارد نیست. آنچه در نگاه ما بعد از بررسی ادله و مستندات این

باب به نظر می‌رسد و اشکالاتی که علما بر این اقوال مطرح می‌نمایند، این دیدگاه را تقویت می‌کند که کنارزدن روایات مختلف راه علاج این موضوع نبوده، بلکه با بررسی روایات باب حضانت می‌توان دریافت که در اصل، تنافی بین مدلول این روایات وجود ندارد. این روایات از قبیل روایاتی است که در ظاهر بیانگر حکم است، اما با دقت و تأمل روشن می‌شود که روایتی قضایی و موردی است.

روایات قضایی مورد توجه علما قرار گرفته (خوبی، [بی تا]: ۳۴۷؛ خوانساری، ۱۳۵۵: ۲۹۳؛ حسینی حایری، ۱۴۱۵: ۵۷۳) و در دانش اصول فقه، در تمایز قضایای حقیقیه و قضایای خارجی مطرح شده است تا احکام کلی و همیشگی از احکامی که مربوط به مورد خاص است، تفکیک شود. سیدمصطفی محقق داماد در این باره می‌فرماید: «مواردی در متون فقهی وجود دارد که چنین خلطی صورت گرفته است و شواهدی از روایات قضایی ذکر می‌نمایند» (محقق داماد^{۲۷}، ۱۳۸۳: ۴۹ تا ۷۴). درباره روایات صادر شده از معصومین، آنچه قابل تأمل است منصب معصوم (ع) است؛ یعنی شأن صدور روایات. بی‌گمان یکی از مناصب معصوم (ع) حل و فصل منازعات میان مردم بوده است. نتیجه قطعی این امر آن است که بخشی از روایات که اکنون دست ماست، ناظر به حل و فصل اختلافات و دعاوی است. در بحث حاضر، اگر روایات حضانت از قبیل روایات قضایی باشد، دیگر در استنباط و استخراج احکام حضانت نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد، مگر آنکه بپذیریم در همه این روایات، معصوم (ع) یک ملاک کلی در این باب معرفی می‌نماید و آن لزوم رعایت مصلحت طفل در همه تصمیمات و دعاوی است. در نتیجه آنچه از بررسی این روایات برمی‌آید، ناظر به تعیین مصلحت و تشخیص مصلحت در هر مورد از قضاوت معصوم (ع) در این باره بوده است.

آنچه می‌توان به لحاظ حقوق موضوعه حاصل شود، این است که درباره همه کودکان نمی‌توان تصمیم یکسان گرفت و شاید همین امر خلاف مصلحت کودکان باشد. همچنین در باب همه حکم به حضانت مادران نمود؛ به خصوص آنکه تعیین سن هفت سال چندان هم موضوعیت ندارد؛ بنابراین تشخیص مصلحت کودکان در این باره، امر ساده‌ای نیست و باید به نظرات کارشناسان علوم تربیتی و رفتاری و روان‌شناسان کودک در این باره توجه نمود (روشن^{۲۸}، ۱۴۰۰: ۵۴۲).

اصل عدالت و مصلحت کودک اقتضا می‌کند محاکم درباره کودکان و والدینی که در شرایط یکسان نیستند، تصمیم بگیرند. شاید اختلاف روایات در این باب هم ناظر به اختلاف مصالح کودکان باشد. در نهایت اصل مصلحت در حضانت می‌طلبد در حقوق موضوعه بازنگری شود.

پی‌نوشت‌ها

- | | |
|--|-----------------------------|
| 1. Kazami | 20. Emami |
| 2. Ibn Manzoor, Farahidi, Fayumi, Ahmed bin Faris, juhare, , Sahah, Al-Fyumi | 21. Bahrul-Uloom |
| 3. Khorrami, Saeed, Al-Shartouni | 22. Rouhani |
| 4. Al-Buti | 23. Khansari |
| 5. Farahidi | 24. Mustafavi, Seyyed Kazem |
| 6. Ibn Manzour | 25. Sadr, Mohammad Baqir |
| 7. Ragheb Esfahani | 26. Maraghi |
| | 27. Ansari, Morteza |

- | | |
|-----------------------------|--|
| 8. Qureshi | 28. Ansari |
| 9. Alidoust | 29. Najafi |
| 10. Askari | 30. Safai, Seyyed Hossein, Emami Asadullah |
| 11. Ibn Ashour, Koksali | 31. Qomi |
| 12. Mostafavi, Hassan | 32. Ashtiani |
| 13. Aamili, Hur | 33. Pirhayati |
| 14. Ashtiyani | 34. Sabzevari |
| 15. Aamili, Makie | 35. Khoei, Amili, Hur |
| 16. Fathulla | 36. Mohaghegh Damad |
| 17. Hali, Hasan bin Youssef | 37. Roshan, Mohammad |
| 18. Katouzian | |
| 19. Jafari Langroudi | |

منابع

- ابن فارس، ا. (۱۴۰۵). معجم مقاییس اللغة، قم: مکتبه الکلام الاسلامی.
- ابن فهد حلی، ا. (۱۴۰۷). المهذب البارع، مشهد. انتشارات اسلامی.
- ابن منظور، م. (۱۴۰۵). لسان العرب، قم: ادب حوزه.
- ابن عاشور، م. (۱۴۱۸). مقاصد الشریعة الاسلامیه، [بی جا].
- آشتیانی، م. (۱۴۰۷). کتاب نکاح، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- آل بحر العلوم، م. (۱۴۰۳). بلغه الفقیه، تهران: مکتبه الصادق.
- البوطی، م. (۱۴۱۰). ضوابطه المصلحة فی شریعة الاسلامیه، بیروت: الرساله.
- امامی، ح. (۱۳۷۴). حقوق مدنی، تهران: کتاب فروشی اسلامی.
- انصاری، م. (۱۴۲۲). المکاسب، قم: مجمع فکر اسلامی.
- جعفری لنگرودی، م. (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جوهری، ا. (۱۹۹۰). الصحاح، بیروت: دار العلم المالیین.
- جبعی عاملی، ز. (۱۴۱۳). مسالک الافهام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- حسینی حایری، ک. (۱۴۱۵). القضا فی الفقه الاسلامی، قم: مجمع دار الفکر الاسلامی.
- حلی، ا. (بی تا). المهذب البارع، مشهد.
- حلی، ح. (۱۴۱۳). قواعد الاحکام، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خوانساری، ا. (۱۳۵۵). جامع المدارک، تهران: مکتبه الصدوق.
- خورمی، س. (۱۳۷۴ش). اقرب الموارد، بیروت، دار الاسوا.
- خویی، ا. (۱۴۱۳). معجم الرجال الحدیث، [بی جا].
- خویی، ا. (بی تا). مبانی تکملة المنهاج، بیروت: دار الزهراء.
- راغب الاصفهانی، ر. (۱۴۱۲). مفردات الفاظ القرآن، بیروت: دار العلم.
- روحانی، م. (۱۴۱۴). فقه الصادق، قم: مؤسسه دار الفکر.
- روشن، م. (۱۴۰۰). حقوق خانواده، تهران: جنگل.

- سبزواری، م. (۱۴۲۳). *کفایة الاحکام*، مؤسسه نشر اسلامی.
 صدر، م. (۱۳۷۵ش). *اقتصادنا*، مکتب الاعلام الاسلامی.
 طبرسی (۱۴۱۵). *مجمع البیان*، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
 صفایی، ح، امامی، ا. (۱۳۷۴). *حقوق خانواده*، تهران: دانشگاه تهران.
 عاملی، م. (۱۴۱۱). *نهایة المرام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 عاملی، حر. (۱۴۰۹). *وسائل الشیعه*، بیروت: دار الاحیاء تراث العربی.
 عاملی، م. (۱۴۰۰ق). *قواعد و فوائده*، نجف: کتابفروشی مفید.
 عاملی، ج. (۱۴۱۰). *مفتاح الکرامه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 عسکری، ا. (بی تا). *الفروق اللغویه*، قم: مکتبه البصیرتی.
 علیدوست، ا. (۱۳۹۶). *فقه و مصلحت*، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه.
 عمید، ح. (۱۳۵۸). *فرهنگ عمید*، تهران: امیرکبیر.
 فراهیدی، خ. (۱۴۱۰). *ترتیب کتاب العین*، قم: دار الهجره.
 فیومی، ا. (۱۴۰۵). *المصباح المنیر*، قم: دار الهجره.
 فتح‌الله، ا. (۱۴۱۵). *معجم الفاظ الفقه الجعفری*، نجف: الدمام.
 قریشی، ع. (۱۴۱۲). *قاموس القرآن*، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
 قمی، ع. (۱۴۰۴). *تفسیر قمی*، قم: دار الکتب.
 کاتوزیان، ن. (۱۳۷۲). *حقوق مدنی (خانواده)*، تهران: شرکت انتشارات بهمن برنا.
 کوسال، ا. (۱۴۲۱). *تغییر الاحکام فی الشریعه الاسلامی*، بیروت: مؤسسه الرساله.
 مراغی، م. (۱۴۱۷). *العناوین الفقهیه*، دفتر انتشارات اسلامی.
 محقق داماد، م. (۱۳۸۳). *تفکیک روایات قضایی از روایات فقهی، تحقیقات حقوقی*، ۳۹، ۴۹-۷۴.
 مصطفوی، ح. (۱۴۱۶). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: مؤسسه الطباعة الاسلامی.
 مصطفوی، م. (۱۳۸۸). *القواعد الفقهیه*، قم: مؤسسه النشر اسلامی.
 نجفی، م. (۱۳۶۷ش). *جواهر الکلام*، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
 نجفی خوانساری، م. (۱۳۷۳ق). *منیة الطالب؛ تقریرات درس محقق نایینی*، تهران: المکتبه المحمديه.

- Aameli, H. (1988). *Wasal al-Shia*, Beirut: Dar Al-Ahya Tarath al-Arabi [in Arabic].
 Aameli, M. (1979). *Qa'aw and benefits*, Najaf: Mofid Publication [in Arabic].
 Ameli, S. (1989). *Muftah Al-Karamah*, Qom: Islamic Publication [in Arabic].
 Ameli, S. (1990). *Nahayah al-Maram*, Qom: Institute Maarf Islami [in Arabic].
 Abnfahd Heli, A. (1986). *Al Mohazabul Bare*, Mashhad: Centre of Islamic Publication [in Arabic].
 A bn Faris, A. (1983). *Ma'jam Maqais al-Lagheh*, QOM: Islamic Association [in Arabic].
 Ibn Ashour, M. (1997). *The Purposes of the Islamic Law*. be ja [in Arabic].
 Ibn Manzoor, M. (1984). *Lasan al-Arab*, Qom: Adab Al-Hawza Publishing House [in Arabic].
 Alidoust, A. (2017). *Jurisprudence and Resources*, Tehran: Institute of Culture [in Persian].
 Al-Bahrul-Uloom, M. (1976). *Balaght al-Faqih*, Tehran: Al-Sadiq School [in Arabic].
 Al-Buti, M. (1989). *Relationships of Interest in Islamic Shari'ah*, Beirut: Alresaleh Publicarion [in Arabic].
 Amami,H. (1995). *Civil rights*, Tehran: Islamieh publishing company [in Persian].

- Amid, H. (1979). *Farhang Amid*, Tehran: Amir Kabir Publication [in Persian].
- Ansari, M. (2020). *Al-Makasab*, Qom: Islamic Thought Assembly [in Arabic].
- Ashtiani, M. (1986). *Kitab al-Nikah*, Qom: Islamic Publication [in Arabic].
- Hosseini Hairi, K. (1994). *Al-Qada in Islamic Jurisprudence*, Qom: Institute Maarf Islami [in Arabic].
- Hali, H. (1992). *Rules of Rulings*, Qom: Al-Nashar al-Islami Institute [in Arabic].
- Fayyumi, A. (1984). *Al-Masbah al-Munir*, Qom: Darolhojre Publication [in Arabic].
- Farahidi, Kh. (1984). *Tartieb Kitab al-Ayn*, Qom: Darolhojre Publication [in Arabic].
- Fathullah, A. (1994). *Dictionary of Jurisprudence*, Najaf: Aldmam [in Arabic].
- Jafari Langroudi, M. (2003). *Legal Terminology*, Tehran: Ganj Danesh [in Persian].
- Jabai Ameli, Z. (1992). *Masalak al-Afham*, Qom: Institute Maarf Islami [in Arabic].
- Johari, E. (1990). *Alsoha*, Birut: Darolelm Publication [in Arabic].
- Katouzian, N. (1993). *Civil rights*, Tehran: publishing company [in Persian].
- Roshan, M. (1400). *Family Law*, Tehran: Jungle Publications [in Persian].
- Safai, H., Emami, A. (1995). *family law*, Tehran: University of Tehran Publication [in Persian].
- Khorrami, S. (1995). *Aqrab Al-Mawdar, Dar Al-Sawah*, Beirut: Darolosveh Publication [in Arabic].
- Khansari, S. (1976). *Al-Madarak University, Al-Sadoog School*, Tehran: Sadoogh Publication [in Arabic].
- Khoei, A. (1992). *Dictionary of Al-Rijal Al-Hadith*, Be Ja [in Arabic].
- Khoei, A. (1990). *Mabane Tokamlah Almenhaj, Dar Al-Zahra*, Beirut: Darozahra Publication [in Arabic].
- Khansari, A. (1976). *Jami' Al-Madarak*, Tehran: Sadoogh Publication [in Arabic].
- Ragheb Esfahani, H. (1991). *Single Words of the Qur'an*, Beirut: Dar al-Ulam, lobanan [in Arabic].
- Sadr, M. (1995). *Al-Aghtesadona*, Qom: Alam Publication [in Arabic].
- Sabzevari, M. (1422). *Kafaiya al-Ahkam*, Qom: Islamic Publication [in Arabic].
- Tabarsi, M. (1994). *Majaol Bayan*, Birut: Press Publication [in Arabic].
- Qureshi, A. (1991). *Dictionary of the Qur'an*, Tehran: Dar al-Kitb al-Islamiyah Publication [in Arabic].
- Qomi, A. (1983). *Tafsir Qomi*, Qom: Dar Lektob Publication [in Arabic].
- Mostafavi, H. (1995). *Research in the words of the Holy Qur'an*, Tehran: Publishing House [in Arabic].
- Mustafavi, M. K. (2009). *Al-Ghavaed al-Fiqhiyyah*, Qom: Islamic Publishing House [in Arabic].
- Maraghi, A. (1417). *Al-Anaween al-Faqhiyyah*, Qom: Islamic Publications Office [in Arabic].
- Najafi, M. (1988). *Javaher Al-Kalam*, Tehran: Dar Al-Katb al-Islamiya [in Arabic].
- Mohaghegh Damad, M. (2004). Separation of judicial traditions from jurisprudential traditions, *Legal Research Magazine*, 39, 49-74 [in Persian].