

نوآوری‌ها و چالش‌های حق حضانت زنان

در پرتو قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱

بیژن حاجی عزیزی*

محمد مولودی**

راضیه حسخانی***

چکیده

کثرت سردرگمی‌ها و پرسش‌های متعدد نهادهای مجری قانون از مقام اداره‌ی حقوقی دادگستری در پرونده‌های با موضوع حضانت حاکی از آن است که علی‌رغم اهمیت بحث حضانت، قانون‌گذار تعریف دقیقی از حضانت و اختیارات و وظایف حاضن ارائه نکرده و گاه مسائل مهمی که در این باره به وجود می‌آید را مهمل نهاده است. این امر به خلط اختیارات و اقتدارات حاضن با عناوین مشابه از جمله ولی، وصی و قیم منجر می‌شود. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به بحث حضانت با دقت نظر بیشتری توجه کرده و در دعاوی حضانت دستاوردها و نوآوری‌هایی داشته است، لیکن این ابداعات نیز خالی از نقص و ایراد نبوده است. مقاله‌ی پیش‌رو ضمن پرداختن به جایگاه، حقوق و تکالیف حاضن به خلأها و تعارضات موجود در این باره پرداخته و راه‌حل‌هایی را پیشنهاد داده است.

واژگان کلیدی

حضانت، والدین، حق، تکلیف، ولایت، سرپرستی.

*. دانشیار حقوق خصوصی و عضو هیئت علمی دانشگاه بوعلی سینا.

** استادیار حقوق خصوصی و عضو هیئت علمی دانشگاه بوعلی سینا.

*** نویسنده مسئول و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه بوعلی سینا.

Rzhasankhani@gmail.com

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۰/۲۰، تاریخ پذیرش: ۹۵/۲/۱۸

۱- مقدمه و بیان مسئله

کودکان یکی از آسیب پذیرترین و در عین حال سرنوشت سازترین اقشار جامعه محسوب می شوند، بنابراین شایسته است که قانون گذار به انحاء مختلف از ایشان حمایت کند. شاکله ی اصلی شخصیت کودک در دوران کودکی شکل می گیرد و ابعاد تربیتی نیز در این برهه اهمیت بسزایی دارد و بی تردید، پدر و مادر بیشترین و حساس ترین نقش را در تکامل طفل و طی مسیر سعادت وی بر عهده دارند.

حضانت از اساسی ترین امور مرتبط با طفل و شامل هرگونه عملی است که لازمه ی ادامه ی حیات طفل و پرورش جسم و تکامل روح باشد. بنابراین حضانت شامل امور مادی نگهداری و امور معنوی تربیت می شود، نکته ی حائز اهمیت در امر حضانت دامنه و گستره ی آن است که در دوران زوجیت، مفارقت و فوت یک یا هر دوی والدین جاری و ساری است. برای تأمین صحت جسمانی و شایستگی تربیت طفل باید حضانت طفل با عنایت به شرایط و نیازهای وی بررسی و موشکافی شود.

با عنایت به اهمیت بحث حضانت در شکل گیری شخصیت طفل، ضروری است که احکام و قوانین، قاطع، منسجم و خالی از ابهام باشند. تربیت طفل از مباحث مهم حضانت و زمینه ساز رشد و تعالی طفل است. قوانین متعددی در این موضوع ورود پیدا کرده اند که همگی سعی در تبیین بنای حق و تکلیف والدین در برابر فرزندان داشته اند. بایستی فلسفه ی حضانت و ضرورت بررسی این نهاد مطرح شود و سپس به حق و تکلیف

زن و مرد در این قضیه پرداخت که آیا حضانت تنها یک حق است یا تکلیف نیز می‌باشد؟ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در این موضوع ابداعات و دستاوردهایی داشته، لیکن این نوآوری‌ها نیز عاری از نقص نبوده و در برخی موارد نیازمند تحلیل و بازنگری هستند.

۲- تعریف لغوی حضانت

حضانت از ریشه‌ی واژه‌ی «حضن» به معنای زیر بغل یا سینه و فاصله‌ی بین دو بازو و به معنای در آغوش گرفتن طفل و چسباندن به سینه می‌باشد که کنایه از نگهداری طفل و تعلیم و تربیت وی است (معلوف، ۱۹۷۳: ۳۹). فقها و حقوق‌دانان، حضانت را به فتح حاء، به معنای ولایت بر صغیر و مجنون به منظور تربیت و نگهداری آنها بر اساس مصلحت این افراد می‌دانند؛ مانند خواباندن و بلند کردن و نظافت و شست‌وشو و غذا دادن (کرکی، ۱۴۰۸: ج ۷، ص ۲۴۶، کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۳۹). «حضانت عبارت است از نگاه داشتن طفل، مراقبت و مواظبت از وی، به کار بردن وسایل لازم برای بقا، رشد و نمو بهداشت روحی و جسمی طفل مانند تهیه لباس و شست‌وشو و مراقبت بهداشتی و ...» (صفایی و امامی، ۱۳۷۶: ۱۱۹). «اقتداری که قانون به منظور نگهداری از طفل به فرد اعطا می‌کند و جنبه‌ی حق و تکلیف در هم آمیخته و نگهداری شامل همه‌ی کارهایی می‌شود که برای نگهداری و مواظبت از طفل مورد نیاز است مانند تهیه‌ی مسکن، غذا و لباس و پرستاری از طفل و ...» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۳۹).

۳- مقایسه‌ی واژه‌ی حضانت با واژگان مشابه

برخی واژگان به علت هم‌پوشانی و شباهت‌های بسیار با واژه‌ی حضانت، گاه به جای این واژه، به کار می‌روند و بالتبع به علت نزدیکی حقوق و وظایف منصب‌های مشابه با حاضن، ممکن است اختلاف نظرانی نیز بین آنها اتفاق افتد، اولویت‌ها و راه‌حل‌ها در عناوین ذیل توضیح داده شده است:

۳-۱- حضانت و ولایت

ولایت در اصطلاح حقوقی عبارت است از «سلطه و اقتداری که قانون به جهتی از جهات به کسی اعطا می‌کند که امور مرتبط به غیر را انجام می‌دهد» (امامی، ۱۳۶۶: ج ۵، ص ۲۰۱). طبق ماده‌ی ۱۱۹۴ قانون مدنی پدر، جدپدری و وصی منصوب از جانب ایشان به عنوان ولی خاص شناخته می‌شوند. قهری نامیدن ولایت بدان سبب است که طفل به محض تولد بدون اعمال اراده‌ای تحت ولایت پدر قرار می‌گیرد و توان تغییر یا تنفیذ آن را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۸۶). مستفاد از مواد قانونی درمی‌یابیم که مادر در جایگاه ولایت قرار نمی‌گیرد و منصب ولایت بر فرزند خود ندارد، لیکن می‌تواند ولی خاص قرار گیرد؛ بدین ترتیب که در عنوان ولی خاص، تمرکز جنسیتی وجود ندارد و مادر می‌تواند از جانب پدر یا جد پدری به عنوان وصی تعیین شود و با این عنوان، ولی خاص فرزند خود تلقی شود. مطابق با نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۵۷۶۶-۱۰/۱۳۷۶/۹/۱۰ اداره‌ی کل حقوقی قوه قضاییه، اختیارات وصی با عنایت به مواد ۵۶ و ۷۳ قانون امور حسبی و ماده‌ی ۱۱۹۴ قانون مدنی همانند اختیارات پدر و جد پدری است.

ولی قهری، هم امور مالی و هم امور حقوقی طفل را عهده‌دار است و حضانت با نگهداری و تربیت طفل مرتبط است. همین امر، هم‌پوشانی این دو مقوله را نشان می‌دهد، زیرا تربیت که زیرمجموعه‌ی حضانت است، در بسیاری از موارد با امور مالی همراه است و امور مالی نیز تحت نظارت ولی می‌باشد. اگر این دو خصلت در یک فرد مثل پدر یا جد پدری جمع باشند؛ مشکل خاصی بروز نمی‌کند، لیکن زمانی که حضانت با مادر و ولایت با پدر یا جد پدری است، ممکن است مشکل‌ساز باشد؛ برخی پیشنهاد داده‌اند که مسائل مرتبط با تربیت از مهم‌ترین قسمت‌های حضانت بوده و در سرنوشت کودک نقش بسیاری ایفا می‌کند. بنابراین اداره‌ی این امور با حاضن است. پیشنهاد دیگر این است که امور مرتبط با تربیت طفل توسط مادر انجام می‌گیرد؛ برای مثال اموری همچون شیوه‌ی برخورد و رفتار اجتماعی با دوستان و سایر کودکان را مادر ایفا می‌کند، اما تعلیم که باید توسط ارگان خاصی مثلاً آموزشگاه انجام شود و قطعاً بار مالی دارد با نظارت و تأیید ولی خواهد بود.

بسیاری از حقوق‌دانان، قسمت اعظم ولایت را ناظر بر اموال و حقوق مالی مولی‌علیه دانسته‌اند (نقیبی و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۵۱ به نقل از حائری شاه باغ، ۱۳۳۸: ۷۲). عموماً ولایت پدر در امور مالی در پرداخت نفقه و در امور غیر مالی در مورد ازدواج فرزند و اجازه‌ی خروج طفل از کشور متجلی می‌شود (همان، ۱۵۲ و ۱۵۳).

در این مجال لازم است متذکر شد، ممکن است این اشکال به نظر برسد که مواد ۱۱۷۲ و ۱۱۹۹ قانون مدنی در ظاهر با یکدیگر تعارضاتی دارند؛ بدین شرح که مطابق مادهی ۱۱۷۲ در صورت فوت پدر طفل، هزینهی نگهداری وی به عهدهی مادر خواهد بود و مطابق مادهی ۱۱۹۹ هزینههای زندگی طفل در صورت فوت پدر بر عهدهی جد پدری خواهد بود. در پاسخ باید گفت منظور از هزینههای مادهی ۱۱۷۲ هزینههایی است که تنها برای نگهداری و تربیت طفل صرف می شود و از مواد و مقتضیات امر حضانت است، ولی هزینههای مصرح در مادهی ۱۱۹۹ به صورت کلی است و به جز هزینههای امر حضانت که بر عهدهی مادر است، سایر هزینهها در قالب نفقهی طفل بر عهدهی جد پدری است.

۳-۲- حضانت و قیمومت

در صورت نبود ولی خاص، قیم عهدهدار اداری امور مالی محجور است. در اصطلاح حقوق قیم کسی است که از طرف حاکم شرع یا دادگاه به منظور سرپرستی و نگهداری اموال محجور در موردی که ولی خاص ندارد، منصوب می شود (صفایی و قاسمزاده، ۱۳۷۵: ۲۲۲). وظایف مهم قیم ابتدا مواظبت از شخص مولی علیه و سپس نمایندگی در کلیهی امور مالی وی است،^۱ بنابراین چنانچه طفل فاقد مادر و ولی خاص باشد یا آنها توانایی، صلاحیت و ظرفیت حضانت نداشته باشند یا از این تکلیف شانه خالی

۱. مادهی ۱۲۳۵ ق.م.

کنند، قیم وظیفه‌ی حضانت طفل را عهده‌دار می‌شود.^۱

با عنایت به جانشینی قیم به جای ولی، بیشتر اختیارات و تکالیف ولی در ارتباط با قیم نیز جاری می‌شود. به عبارتی می‌توان گفت که موقعیت قیم به‌سان موقعیت ولی است. بنابراین تداخل و تعارضی که در ارتباط با ولی و حاضن ممکن است روی دهد در ارتباط با قیم و حاضن نیز متصور می‌شود. مگر اینکه قیم و حاضن هر دو در یک نفر جمع شود.

۳-۳- حضانت و وصایت

مطابق ماده‌ی ۱۱۹۱ قانون مدنی، وصی منصوب موظف به نگهداری و تربیت طفل است؛ لذا ممکن است در مواردی وظایف وصی با وظایف حضانت تداخل یابد.

۳-۴- حضانت و رضاع

رضاع از دیگر مباحثی است که ممکن است با حضانت خلط شود، زیرا در موضوع حضانت، به تغذیه‌ی طفل نیز پرداخته می‌شود و تغذیه در سال‌های نخستین طفل در قالب شیرخوارگی رخ می‌نماید. نتیجه‌ی مباحث محققین این است که این دو مبحث، متفاوت‌اند و با اسقاط رضاع توسط زن، دلیلی برای اسقاط حق حضانت وی وجود ندارد.

۱. ماده‌ی ۴۷ ق.ا.ح.

۴- شرایط و صلاحیت‌های حاضن

شرایط و مقتضیاتی در متون فقهی و قانونی برای حضانت طفل ضروری و مورد نیاز است که مهم‌ترین آنها عبارت‌اند از:

• **اسلام:** حضانت کودکی که مسلمان زاده است و پدر مسلمان دارد با مسلمان است (فاضل هندی، ۱۴۰۵: ج ۲، ص ۱۰۶). بنابراین پدر یا مادر غیرمسلمان نمی‌توانند حضانت فرزند مسلمان خویش را عهده‌دار شوند (مغنیه، ۱۳۷۹: ۱۱۰).

• **عقل و سلامت جسمی:** عقل و سلامت جسمی از شرایط ضروری و بدیهی حاضن است، بنابراین جنون از موانع حضانت و از موارد سقوط آن به شمار می‌رود. در کتب فقهی جنون به عنوان مسقطات مشترک حق حضانت والدین نام برده شده است، ولی در ماده‌ی ۱۱۷۰ قانون مدنی تنها به جنون مادر اشاره شده است. این در حالی است که جنون ویژگی و خصلتی ندارد که مختص زن باشد، بلکه اگر در مرد نیز حادث شود قدرت حضانت مرد را نیز زائل می‌کند. بنابراین باید این‌گونه تعبیر کرد که جنون در هر یک از والدین رخ دهد از مسقطات حق حضانت خواهد بود. جنون به کار رفته در این ماده اعم از جنون دائمی و ادواری است، ولی موارد بسیار آنی فاقد استمرار را باید با تسامح برخورد کرد و در تمامی این موارد باید بر اساس معیار مصلحت طفل رفتار کرد.

سلامت جسمی نیز باید در حد نگهداری طفل موجود باشد و حاضن یا حاضنه بیماری‌های مسری و انتقال‌پذیر به طفل را نداشته باشد (احسائی، ۱۴۰۴: ج ۱، ص ۴۴۷).

• **عدم ازدواج مجدد مادر؛** بر اساس متون فقهی^۱ و متعاقب آن متون حقوقی^۲ برای ابقای حق حضانت زن نایستی ازدواج مجددی داشته باشد.

• **امانت‌داری؛** امین بودن به معنای خیانت و کوتاهی نکردن در نگهداری و تربیت طفل است (فیض کاشانی: ۲۹۶). انحطاط اخلاقی والدین با فلسفه‌ی حضانت و تربیت و نگهداری طفل مغایرت دارد. این امر در ماده‌ی ۱۱۷۳ قانون مدنی بیان شده است. چنانچه ولی خاص و مادر طفل در قید حیات نباشند یا شناسایی نشوند یا طی دو سال برای سرپرستی طفل به مراکز نگهداری طفل (بهریستی) مراجعه نکنند^۳ و طفل مورد نظر نیز نابالغ بوده و یا بالغ زیر ۱۶ سال باشد که به تشخیص دادگاه، عدم رشد و یا نیاز وی به سرپرستی احراز شود؛ سرپرستی وی به اشخاص واجد شرایط واگذار می‌شود. در این حالت سرپرست نیز باید ویژگی‌های قانونی مورد نظر را داشته باشد که بدین شرح است:

• **رابطه‌ی نکاح دائمی وجود داشته باشد؛** لیکن قانون‌گذار در عملی ابداعی در بند ج ماده ۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲ بیان کرد که دختران و زنان بدون شوهر، در صورت داشتن حداقل ۳۰ سال سن، می‌توانند فقط حق سرپرستی انانث را بر عهده بگیرند.

۱. جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۲۴؛ صدوق، ۱۳۶۹: ۳۶۰.

۲. ماده‌ی ۱۷۰ ا.ق.م.

۳. ماده ۸ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲.

۴. مستفاد از ماده ۹ قانون مرقوم.

- توافق زوجین بر سرپرستی؛
- اقامت در ایران یا درخواست به وزارت امور خارجه؛
- ماده‌ی ۳ قانون مذکور بر این شرط تأکید کرده است.^۱ لیکن طبق ماده‌ی ۴ ایرانیان خارج از کشور درخواست خود را به وزارت امور خارجه می‌دهند.
- دین یکسان با فرزندخوانده و دارای حسن شهرت، اخلاق و آداب اجتماعی؛
- فاقد فرزند باشند یا اگر فرزند دارند حداقل یکی از والدین بالای ۳۰ سال سن داشته باشد؛
- داشتن علم و آگاهی؛
- داشتن حداقل پنج سال سابقه‌ی زندگی مشترک (در صورت گواهی پزشک دایر بر عدم توانایی فرزندآوری، این شرط لازم نخواهد بود)؛
- داشتن شغل و درآمد مکفی و مناسب؛
- تملیک بخشی از اموال و حقوق به کودک یا تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده با تأیید دادگاه؛
- سایر شرایط مقرر در ماده‌ی ۶ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست مصوب ۱۳۹۲^۲

۱. ماده ۳- کلیه اتباع ایرانی مقیم ایران می‌توانند سرپرستی کودکان و نوجوانان مشمول این قانون را با رعایت مقررات مندرج در آن و با حکم دادگاه صالح برعهده گیرند.
۲. ماده ۶- درخواست‌کنندگان سرپرستی باید دارای شرایط زیر باشند:
الف - تقید به انجام واجبات و ترک محرمات
ب - عدم محکومیت جزائی مؤثر با رعایت موارد مقرر در قانون مجازات اسلامی
ج - تمکن مالی

دادگاه پس از وصول پرونده، رسیدگی‌های قانونی را انجام داده و برای ۶ ماه به صورت آزمایشی طفل را در اختیار سرپرستان قرار می‌دهد. این دوره، مقدمه‌ی سرپرستی دائم است و در صورت حاصل نشدن اطمینان از مفید بودن سرپرستی امکان لغو سرپرستی وجود دارد.

۵- تعیین حاضن در حالات مختلف زندگی

در این مبحث، حضانت در دو برهه مطالعه می‌شود؛ قسمت نخست، زمانی است که والدین هر دو در قید حیات باشند. این قسمت در دو فرض مطالعه می‌شود، فرض نخست در زندگی مشترک زوجین و فرض دوم در جدایی والدین متبلور می‌شود. هر یک از این دو فرض نیز تقسیم‌بندی‌هایی دارد که اشاره خواهد شد. قسمت دوم از حالات حضانت، زمانی اتفاق می‌افتد که یکی یا هر دوی والدین فوت کرده باشند که در فروض وجود ولی قهری، وصی یا قیم حالات مختلفی به خود می‌گیرد که شرح داده خواهد شد.

د- عدم حجر

ه- سلامت جسمی و روانی لازم و توانایی عملی برای نگهداری و تربیت کودکان و نوجوانان

تحت سرپرستی

و- نداشتن اعتیاد به مواد مخدر، مواد روانگردان و الکل

ز- صلاحیت اخلاقی

ح - عدم ابتلاء به بیماری‌های واگیر و یا صعب‌العلاج

ط - اعتقاد به یکی از ادیان مصرح در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۵-۱- حالت نخست: در قید حیات بودن هر دو والدین

اگر والدین طفل هر دو زنده و هر دو امکان و ظرفیت دارا شدن منصب حضانت را داشته باشند دو حالت متصور است؛ حالت اول زمانی است که زوجین در قالب زن و شوهر به صورت مشترک با طفل زندگی می‌کنند و حالت دوم زمانی است که مادر و پدر طفل با توسل به طرق انحلال نکاح (طلاق، فسخ، فوت، لعان) جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند.

۵-۱-۱- فرض زندگی مشترک

آنچه در بادی امر پس از شنیدن واژه‌ی حضانت به ذهن متبادر می‌شود نگهداری طفل، پس از مفارقت والدین است،^۱ لیکن گستره‌ی واژه‌ی حضانت، دوران زوجیت را نیز شامل می‌شود. در باب موضوع حضانت در فرض زندگی مشترک نیز دو فرض متصور است؛ حالت نخست این است که والدین با توافق یکدیگر، امر نگهداری طفل را به صورت مشترک انجام می‌دهند. در حالت دوم، والدین یا یکی از آنها تصمیم می‌گیرد که نگهداری طفل به شخص ثالث واگذار شود.

الف - نگهداری مشترک طفل با توافق یکدیگر

بخش عمده‌ای از تصمیمات زوجین در امر نگهداری و تربیت طفل به دوران زوجیت و زندگی مشترک آنها باز می‌گردد. واقعیت انکارناپذیر این است که در این برهه از زندگی، عموماً پدر به لحاظ دارا بودن وصف ولی

۱. مستفاد از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی.

قهری و داشتن جایگاه «ریاست خانواده»^۱، قدرت بیشتری در تصمیم‌گیری راجع به امور مرتبط با فرزند را دارد.

در دوران زندگی مشترک، هر یک از والدین بایستی صلاحیت و شایستگی نگهداری و تربیت طفل را داشته باشند. این امر در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱ به چشم می‌خورد؛ به طوری که مصادیقی از جمله عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی پدر و مادر، موجب سقوط حق حضانت می‌شود. رأی شعبه‌ی اول دادگاه عمومی حقوقی در این ارتباط قابل ذکر است که حضانت فرزند به لحاظ انحطاط اخلاقی پدر و نبود مادر به اداره‌ی بهزیستی واگذار شده است:

«در گزارش اداره‌ی بهزیستی شهرستان..... در خصوص بررسی وضعیت کودک ۱۰ ساله آقای فرزند مادر نامبرده در قید حیات نبوده که پدرش به لحاظ عدم دارا بودن وضعیت اخلاقی صلاحیت حضانت را به جهت اعتبار و فقدان مسکن و معاش دارا نمی‌باشد که موارد درخواست دادستان محترم نیز واقع گردیده. علی‌هذا دادگاه با توجه به مراتب مذکور در اجرای ماده‌ی ۱۱۷۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد در جهت نظارت در تربیت صحیح تا اطلاع ثانوی در مراکز نگهداری قانونی اطفال تحت پوشش بهزیستی نگهداری شود» (حسینی، www.hasanilaw.com).

در دوران زوجیت، تکالیف حضانتی والدین در حوزه‌ی مشترک تکالیف پدر و مادر در قبال طفل قرار می‌گیرد. در عین حال پدر، حقوق و تکالیف

۱. مستفاد از ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی.

ولایی را به همراه تکالیف حضانتی به صورت توأمان بر عهده دارد. وظایف والدین در برابر کودک چه در دوران زوجیت و چه در دوران مفارقت در دو عنوان کلی نگهداری و تربیت خود را نمایان می‌سازد.

چنانچه در امر حضانت طفل بین زوجین اختلاف افتد، می‌توان به یک تقسیم‌بندی وظایف استناد جست. در این حالت، امور مرتبط با حضانت طفل به دو دسته تقسیم می‌شود؛ قسم نخست فعالیت‌هایی است که آداب اولیه‌ی زندگی تلقی می‌شوند و یادگیری آن برای تمام افراد ضرورت دارد و در مجموع مقتضای زندگی جمعی است، مانند آداب غذا خوردن و نشستن و برخاستن (بیگدلی، ۱۳۹۰: ۱۱). دسته‌ی دوم فعالیت‌های ناظر بر تربیت در حد بالاتر و کامل‌تری از دسته‌ی اول هستند، مانند یادگیری هنر و فنون جنگی. در اختلاف اعمال حضانتی والدین می‌توان دسته‌ی نخست را متناسب به مادر تلقی کرد و در دسته‌ی دوم پدر را اولی دانست.

ب - سپردن طفل به شخص ثالث

در مورد واگذاری نگهداری طفل به شخص ثالث در دوران زندگی مشترک والدین، تحلیل‌های مختلفی وجود دارد که در ماهیت حضانت ریشه دارد، بدین معنا که آیا حضانت حق است یا تکلیف؟ برای شناسایی ماهیت حضانت لازم است، ابتدا سه اصطلاح حق، حکم و تکلیف توضیح داده شوند.

● **حکم:** حکم به معنای اعم خود عبارت است از اوامر و نواهی قانون‌گذار که یا مستقیم اموری را مباح و ممنوع می‌کند یا آثار حقوقی خاصی بر اعمال

اشخاص بار می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۵۰). در این حالت، حکم به دو دسته‌ی تکلیفی و وضعی تقسیم می‌شود و در برابر حق قرار نمی‌گیرد.

حکم در معنای خاص عبارت است از دسته‌ای از مقررات که اراده‌ی افراد برخلاف آن تأثیرگذار نیست. در این حالت واژه‌ی حکم در برابر حق قرار می‌گیرد.

• **حق:** نوعی قدرت اعتباری و قراردادی است که یک فرد نسبت به مال یا شخص دیگر به دست می‌آورد حق باید منشأ قانونی داشته باشد تا احترام شود و افراد بتوانند بر اساس آن عملی را انجام دهند یا عملی را ترک کنند.

• **تکلیف:** تکلیف، چهره‌ی مقابل حق است و معمولاً با یکدیگر استفاده می‌شوند. در تکلیف، انجام عمل یا ترک فعل بر فرد لازم است (امامی، ۱۳۷۷: ج ۴، ص ۲).

درباره‌ی ماهیت حضانت، برخی از علما مانند فخرالمحققین معتقدند که حضانت، ولایت بر کودک است و ماهیت حق ندارد (فخرالمحققین، ۱۳۶۳: ج ۳، ص ۲۶۳). در این تعبیر، حضانت اسقاط‌شدنی نیست و به دلیل اینکه رنگی از ولایت دارد، حاضن نمی‌تواند مزد دریافت کند. در مقابل، صاحب جواهر و صاحب ریاض‌المسائل حضانت را تنها نوعی از حق قلمداد می‌کنند (نجفی، ۱۳۵۸: ج ۳۱، ص ۲۸۴؛ طباطبایی، ۱۴۰۴: ج ۲، ص ۱۶۲). بنابراین برخی حضانت را حق ابوین دانسته‌اند، برخی دیگر نیز آن را برای مادر، حق و برای پدر، حق و تکلیف تلقی می‌کنند و عده‌ای نیز هم برای پدر و هم برای مادر، حق و

تکلیف می‌دانند (مغنیه، ۱۳۷۹: ۱۱۱). مشهور فقها معتقدند که حضانت از جانب مادر حق است و تکلیف نیست (خوانساری، ۱۳۶۳: ۴۷۲).

کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در سال ۱۳۶۴ در پاسخ به سؤالی به عدم امکان الزام مادر به حضانت نظر داده است. متن پاسخ بدین شرح است:

«چنانچه زوجه حاضر به قبول حضانت به طور مجانی یا در برابر اجرت‌المثل یا کمتر از آن باشد، در این صورت مادر احق و اولی به حضانت است از هر کس دیگر حتی از جد پدری، اگرچه ازدواج هم کرده باشد و اجرت حضانت، نفقه و کسوت طفل از مال پدر پرداخت خواهد شد و هرگاه در فرض فوق زوجه نیز از قبول حضانت امتناع کند و یا بیشتر از دیگران اجرت بخواهد در این صورت مادر را نمی‌توان الزام به حضانت نمود» (پاسخ و پرسش کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی، ۱۳۶۳: ۴۳).

لیکن مصلحت کودک و اجتماع، اقتضا می‌کند که حضانت تنها جنبه‌ی حق نداشته باشد و آمیخته‌ای از حق و تکلیف باشد تا پدر و مادر نتوانند از این تکلیف شانه خالی کنند و جامعه نیز از هرج و مرج و آشفتگی و تشتت در امان باشد.

بنابراین حضانت علاوه بر جنبه‌ی «حق»، جنبه‌ی «تکلیف» نیز دارد؛ چرا که اگر حضانت حق صرف تلقی می‌شد والدین در اعمال آن مختار بودند و ممکن بود این امر دستاویزی برای گریز از مسئولیت بوده و خود را در قبال طفل متعهد نمی‌دانستند. از سوی دیگر، نمی‌توان حضانت را حکم صرف

و ناشی از احکام قانون‌گذار تلقی کرد، زیرا والدین می‌توانند در این باره و مطابق با مصلحت طفل با هم تراضی کنند. بر این اساس حضانت در ماده‌ی ۱۱۶۸ قانون مدنی جنبه‌ی حق و تکلیف یافته است. متعاقب این ماده، والدین در برابر طفل متعهدند و قرارداد اسقاط حضانت متعهد، کان لم یکن است و در صورت استنکاف متعهد از انجام دادن تعهد می‌توان وی را به انجام تعهد الزام نمود. این نکته در ماده‌ی ۱۱۷۲ قانون مدنی به صراحت بیان شده و دلیل دیگری بر جنبه‌ی تکلیف حضانت می‌باشد.

نظریه‌ی ۱۳۷۴/۷/۱۷-۷/۴۰۶۳ اداره‌ی امور حقوقی قوه قضاییه در راستای تشریح مواد ۱۱۶۸، ۱۱۶۹ و ۱۱۷۲ قانون مدنی بیان کرده که انتقال حق حضانت از پدر به مادر یا بالعکس در مدتی که حضانت با اوست بلاشکال است. بر اساس نظریه‌ی ۱۳۸۱/۷/۱۸-۷/۶۶۶۴ این توافق بر اساس ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی است و طرفین می‌توانند آن را اقاله نمایند و اگر یکی از والدین از قرارداد مذکور عدول کند، می‌توان به دادگاه مراجعه کرد و مرجع قضایی به این امر توجه می‌کند که تکلیف حضانت بر عهده‌ی کیست و بر اساس مصلحت طفل در مورد حضانت وی تصمیم می‌گیرد. در نظریه‌ی ۱۳۸۲/۲/۲۷-۷/۱۱۴۴ توافق درباره‌ی حضانت بین والدین تا زمانی که بدان پای‌بندند، لازم‌الرعایه است، ولی اگر متعهد به واسطه‌ی قرارداد از تعهد خود سرباز زند، کسی که قانوناً مکلف به حضانت بوده است نمی‌تواند به عذر توافق از انجام آن امتناع ورزد. به عبارتی توافق طرفین، مسقط تکلیف قانونی والدین در این باره نیست. در همین راستا نظریه‌ی ۱۳۷۵/۷/۶-۷/۳۹۴۵ به

صراحت بیان کرده که والدین نمی‌توانند با توافق یکدیگر امر حضانت را به شخص دیگری واگذار کنند. در دیدگاه مقابل، به موجب برخی مواد از جمله حاکمیت و آزادی اراده در ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و مواد ۹۵۹، ۹۶۰ و ۹۷۵ سلب حق جزئی امکان‌پذیر است. بنابراین والدین می‌توانند حق حضانت که قانون به آنها اعطا نموده سلب کنند، لیکن حق والدین در حضانت طفل، مطلق نیست و علاوه بر چهره‌ی حق در امر حضانت، نمای تکلیف هم وجود دارد، ولی هرگاه مصلحت طفل ایجاب کند و سلامت جسم و روان طفل در معرض خطر باشد، دادگاه می‌تواند نگهداری طفل را از والدین سلب و به شخص ثالث واگذار کند (ماده ۱۱۷۵ ق.م).

۵-۱-۲- فرض جدایی والدین

همان‌گونه که شرح داده شد، تبادل اصلی گستره‌ی حضانت در دوران مفارقت است. برای حضانت در دوران جدایی والدین سه حالت متصور است. هر یک از این حالت‌ها به تفصیل توضیح داده می‌شود:

الف - حضانت طفل زیر ۷ سال

اگر جدایی والدین زمانی اتفاق افتد که طفل زیر ۷ سال است - که نه به سن بلوغ رسیده و نه رشید است - ابتدا بایستی به علقه‌ی استوار و ضروری طفل با مادر در سال‌های نخست زندگی اشاره کرد. در سال‌های ابتدایی دوران زندگی، طفل به دلایل مختلف نیاز ضروری به وجود مادر دارد، بنابراین تقریباً تمامی فقهای شیعه معتقدند که حضانت طفل در دو سال ابتدایی زندگی باید مطلقاً با مادر باشد و در این باره تفاوتی بین دختر

و پسر وجود ندارد. بنابراین برای حضانت طفل زیر ۲ سال مادر اولویت دارد (نجفی، ۱۳۵۸: ج ۳۱، ص ۲۵۸)، اما در مورد مازاد بر سن ۲ سالگی نظریات مختلفی بیان شده است:

مشهور فقهای امامیه معتقدند که حضانت دختر تا ۷ سالگی و حضانت پسر تا ۲ سالگی با مادر و حضانت هر دو مازاد بر این سنین با پدر است (همان: ۲۹۰). به نظر ایشان، علت این تغییر در سنین این است که پدر در نگهداری و تعلیم و تربیت پسر شایسته‌تر از مادر و مادر هم در تعلیم و تربیت دختر شایسته‌تر از پدر است. مرحوم خویی معتقد است که حضانت پسر و دختر تا سن ۷ سالگی به مادر و مازاد آن تا سن بلوغ به پدر واگذار شود (خویی، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۵۸؛ موسوی، ۱۳۸۹: ۱۲۵).

قانون مدنی ایران در ابتدا بر اساس نظر مشهور فقها تدوین شده و سن حضانت دختر و پسر متفاوت بود، لیکن به دلیل ضرورت نگهداری طفل در سنین ابتدایی این قانون تغییر کرد و سن حضانت طفل مذکر نیز بر اساس تبصره‌ی الحاقی مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ به سن ۷ سال تغییر پیدا کرد.

اختلاف نظر علما به تفاوت موجود در منابع روایی بازمی‌گردد. در روایت داوود بن حصین و ابی‌الصباح کنانی که هر دو از امام صادق (ع) روایت شده است، حضانت در هر دو حالت تا ۲ سالگی با مادر و مازاد آن با پدر است.

● روایت نخست: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): وَالْوَالِدَاتُ يَرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ مَا دَامَ الْوَلَدُ فِي الرِّضَاعِ فَهُوَ بَيْنَ الْإِبْوَيْنِ بِالسَّوِيَةِ فَإِذَا فَطِمَ فَلِأَبٍ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْأُمِّ...»؛ در این روایت امام صادق (عَلَيْهِ السَّلَامُ) به استناد آیهی ۲۳۳ سورهی مبارک بقره حضانت طفل تا سن ۲ سالگی - که سنین شیرخوارگی طفل است - را با پدر و مادر هر دو و مازاد بر آن را با پدر می‌داند (حرعاملی، ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۴۷۰).

● روایت دوم: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ الْمَرَأَةَ وَهِيَ حَبْلِي، نَفَقَ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَإِذَا وَضَعَتْهُ اعطَاها اجْرُها و لا يُضَارها الا ان يَجِد مَن هُوَ ارخص اجراً منها فإن هِيَ رَضِيَتْ بِذَلِكَ الْأَجْرِ فَهِيَ أَحَقُّ بِابْنِها حَتَّى تَفْطِمَها» (همان: ۴۷۰). در این روایت، نفقه‌ی مطلقه‌ی حامله تا زمان وضع حمل است و اجرت شیر دادن باید به زن پرداخت شود، مگر اینکه دیگری با اجرتی نازل‌تر حاضر به رضاع باشد. چنانچه زن به این اجرت نازل‌تر رضایت دهد، وی شایستگی شیر دادن دارد. کنانی از این روایت برداشت کرده که سن حضانت تا ۲ سالگی با مادر و مازاد آن با پدر است.

● روایت سوم: ایوب‌بن نوح از امام صادق (عَلَيْهِ السَّلَامُ) روایت می‌کند: «أَنَّ كَأَنَّتْ لِي امْرَأَةً وَ لِي مِنْها وِلْدٌ وَ خَلِيَتْ سَبِيلِها. فَكَتَبَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) الْمَرَأَةَ أَحَقُّ بِالوِلْدِ الِى أَنْ يَبْلُغُ سَبْعِ سِنِينَ، إِلَّا أَنْ تُشَاءَ الْمَرَأَةُ» (همان: ۴۷۱). مطابق این روایت، سن حضانت در هر صورت تا ۷ سالگی با مادر است.

در جمع بین روایات متعارض با سند صدور معتبر باید به گونه‌ای عمل کرد که حتی‌الامکان رعایت همگی آنها امکان‌پذیر باشد. با در نظر گرفتن

وابستگی بیشتر طفل به مادر و بالعکس شایسته است که روایت سوم ملاک عمل قرار گیرد. در تقویت این نظر، دو حدیث معتبر دیگر نیز بدین شرح بیان شده‌اند که محمدبن ادریس با استناد به سند صحیح که به ایوب بن نوح می‌رسد، بیان می‌کند که مردی با زنی ازدواج کرده سپس وی را رها کرده، حال از امام صادق (ع) پرسیده است که چه زمانی می‌تواند طفل را از وی بگیرد. امام صادق (ع) فرمودند: «بعد از سن هفت سالگی». مشابه مضمون این روایت از ابن بابویه (صدوق) با استناد به روایت عبدالله بن جعفر حمیری روایت ایوب بن نوح از امام صادق (ع) را بیان می‌کند. مطابق نظر مشهور فقهای امامیه پایان حضانت با ظهور بلوغ و رشد است و صرف بالغ شدن کفایت نمی‌کند (العالمی، ۱۴۱۳: ج ۸، ص ۴۳۶) و پس از احراز بلوغ و رشد، فرزند خود انتخاب می‌کند که با کدام یک از والدین زندگی کند.

در امر حضانت، نخست باید به رفع نیازهای کودک، توجه خاص مبذول داشت و هدف، رفع نیازها و تأمین حوایج کودک به بهترین نحو است. در همین راستا این وظیفه ابتدا بر دوش پدر و مادر طفل است و برای رهایی از اختلاف و منازعه، زمانی را برای هر یک از آنها لحاظ نموده است، به طوری که در سال‌های نخست زندگی به دلیل ضعف و وابستگی طفل به مادر و روحیات مادر، اولویت با مادر است و پس از هفت سالگی طفل، با عنایت به تأمین شایسته مصالح کودک و نزدیک‌تر شدن به سن بلوغ که نیازهای مادی کم‌رنگ‌تر شده و جای خود را به تعلیمات و آموزش‌های اجتماعی می‌دهد، این اولویت به پدر اعطا شده است.

برای نمونه به رأی شعبه‌ی اول دادگاه عمومی حقوقی اشاره می‌شود که در ارتباط با حضانت طفل زیر هفت سال است و به اولویت مادر در امر حضانت اشاره شده است:

«در خصوص دادخواست خانم الف به طرفیت آقای ب به خواسته حضانت فرزند مشترک پسر به نام چهار ساله، نظر به دادخواست تقدیمی خواهان، احراز علقه‌ی زوجیت و رابطه‌ی مادر و فرزندى بین خواهان و طفل مذکور و اینکه زوجین جدای از یکدیگر زندگی می‌کنند و حضانت فرزند تا هفت سالگی با مادر بوده و دفاعیات خوانده نیز مؤثر نبوده، دادخواهی مطروحه را وارد تشخیص و مستنداً به ماده‌ی ۱۱۶۹ اصلاحی قانون مدنی حکم به حضانت طفل مشترک به نام دانیال به خواهان خانم الف به عنوان مادر طفل صادر و اعلام می‌گردد. در خصوص دعوی متقابل آقای ب به طرفیت خانم الف به خواسته‌ی سلب صلاحیت نسبت به حضانت فرزند، نظر به اینکه مصادیق سلب صلاحیت به شرح مندرج در ماده‌ی ۱۱۷۳ قانون مدنی بوده که در این مورد خواهان دعوی تقابل دلیلی در جهت تحقق شرایط مذکور ابراز نداشته، دعوی وارد نبوده». (حسنی، www.hasanilaw).

ب- طفل بالای ۷ سال غیر رشید

در این فرض ابتدا واژه‌ی رشد به اختصار تعریف می‌شود، چرا که این عنوان، نقشی کلیدی در امر حضانت ایفا می‌کند. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، مقنن با اصلاح ماده‌ی ۱۲۱۰ قانون مدنی سن بلوغ را در دختران

نه سال و در پسران پانزده سال تمام قمری بیان کرد و اهلیت اداری امور مالی افراد را بدون ذکر سن خاصی، منوط به احراز رشد در محکمه نمود. در نگاه نخست بین صدر و تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲۱۰ قانون مدنی تعارض وجود دارد بدین شرح که بر اساس مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ قانون‌گذار سن ۱۸ سال تمام را به عنوان سن رشد در نظر گرفته بود،^۱ لیکن اثبات خلاف این امر امکان‌پذیر بود، زیرا در برخی موارد بعد از سن ۱۵ سال رشد و در برخی موارد نیز بعد از ۱۸ سال عدم رشد محرز می‌شد. در سال ۱۳۶۱ در راستای مطابقت کامل با فقه امامیه، کمیسیون امور قضائی مجلس شورای اسلامی ماده‌ی ۱۲۰۹ را به موجب نامه‌ی شماره‌ی ۴۱۶ مورخ ۱۳۶۲/۵/۳۱ رئیس کمیسیون امور قضائی حذف و ماده‌ی ۱۲۱۰ را به مدت پنج سال و به طور آزمایشی اصلاح نمود.^۲ کمیسیون استفتانات شورای عالی قضائی در پاسخ به تعارض صدر و تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲۱۰ قانون مدنی بیان کرد که موضوع ماده‌ی ۱۲۱۰ اصلاحی غیر از موضوع تبصره‌ی ۲ ماده است؛ به طوری که اصل ماده‌ی ۱۲۱۰ مربوط به اموالی است که در زمان

۱. ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴: «هرکس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است. مع ذلک در صورتی که بعد از ۱۵ سال تمام، رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج می‌شود». ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴: «هیچ کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به ۱۸ سال تمام به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».

۲. «هیچ کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».

تبصره ۱- سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.

تبصره ۲- اموال صغیری را که بالغ شده است، در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد...»

بلوغ در تصرف صغیر است، لیکن در مورد اموالی که قبل از بلوغ صغیر در تصرف دیگری بوده به محض رسیدن مالک به سن بلوغ نمی‌توان آنها را تحویل صاحب آن داد مگر پس از احراز رشد وی (روزنامه رسمی، ۱۳۶۲: ج ۱، صص ۱۹-۱۷). سرانجام هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه به شماره‌ی ۳۰ مورخ ۶۴/۱۰/۳ بیان کرد که صدر ماده‌ی ۱۲۱۰ ناظر به کلیه‌ی امور صغیر به جز امور مالی است که به موجب تبصره‌ی ۲ از حکم ماده استثناء شده است. به عبارتی رفع حجر از صغیر و استقلال وی در امور مالی مشروط به دو شرط بلوغ و رشد است و قبل از احراز رشد مداخله و تصرف او در اموالش اعم از اینکه اموال مزبور در تصرف خود او باشد یا در تصرف اشخاص دیگر ممنوع است.^۱

۱. قانون راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳ شهریور ماه ۱۳۱۳ شمسی نیز سن رشد را ۱۸ سال تمام شمسی قلمداد نموده بود.

«ماده واحده - از تاریخ اجرای این قانون در مورد کلیه‌ی معاملات و عقود و ایقاعات به استثناء نکاح و طلاق محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی باید کسانی را که به سن ۱۸ سال شمسی تمام نرسیده‌اند، اعم از ذکور و اناث، غیر رشید بشناسند، مگر آنکه رشد آنها قبل از اقدام به انجام معامله یا عقد و یا ایقاع به طرفیت مدعی‌العموم در محاکم ثابت شده باشد. اشخاصی که به سن ۱۸ سال شمسی تمام رسیده‌اند در محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی رشید محسوب می‌شوند. مگر اینکه عدم رشد آنها به طرفیت مدعی‌العموم در محاکم ثابت شود. مناط تشخیص سن اشخاص اوراق هویت آنهاست مگر آنکه خلاف آن ثابت شود».

قوانین دیگری نیز وجود دارد که برای حمایت از نوجوانان و کودکان به سن ۱۸ سال توجه کرده؛ از جمله قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱/۱۰/۱۱ که در ماده‌ی ۱ به سن ۱۸ سال توجه داشته و بیان می‌کند: «اشخاصی که به سن هجده سال تمام هجری شمسی نرسیده‌اند، از حمایت‌های قانونی مذکور در این قانون بهره‌مند می‌شوند». همچنین آیین‌نامه ساماندهی کودکان خیابانی وزارت رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۴/۵/۴، کودک خیابانی را فرد کمتر از ۱۸ سال تمام که به صورت محدود یا نامحدود در خیابان به سر می‌برد، تلقی نموده است.

بنابراین نصب قیم برای اداره‌ی امور مالی افراد بالغ غیررشد است که ولی خاص ندارند. تعیین نکردن سن خاص برای رشد، در عمل، مشکلات بسیاری را به دنبال داشته و موجب حضور تمامی اشخاص برای اثبات رشد خود در محکمه بوده است. بعد از این اثبات، افراد قادر به دخالت در امور مالی خویش هستند. این تفسیر به کثرت دعاوی منجر می‌شود و تکلیفی نادر بر عهده‌ی افراد بار می‌کند، در همین راستا رویه‌ی قضایی به مساعدت قانون آمده و با در نظر گرفتن ملاک‌های اجتماعی و قانونی، سن هیجده سال را به عنوان اماره‌ی رشد پذیرفته و اصل بر رشید بودن اشخاصی است که به سن هیجده سال تمام شمس‌ی رسیده‌اند، مگر آنکه سفته آنها در محکمه اثبات شده باشد.

افراد با رسیدن به سن بلوغ، قدرت تصمیم‌گیری درباره‌ی مسائل غیر مالی خود را دارند، حضانت نیز در زمره‌ی امور غیر مالی قرار می‌گیرد؛ لذا رویه‌ی قضایی در نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۷۶۲۶-۲/۸/۱۳۸۰ بیان کرد: «با رسیدن به سن بلوغ، موضوع حضانت اطفال منتفی است و افراد بالغ با هر یک از والدین که بخواهند باشند، می‌توانند اتخاذ تصمیم نمایند». لیکن بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه، فرزند در صورتی از موقعیت حضانت خارج می‌شود که بالغ و رشید شود (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۲۸۰؛ تقی‌بی و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۵۸ به نقل از نجفی، ج ۲۱، ص ۳۰۱). مصلحت فرزند اقتضا می‌کند که دامنه‌ی حضانت به گستره‌ی رشد هم وسعت داده شود و با این امر مصلحت فرد و بالتبع اجتماع را با گستراندن چتر حمایتی از فرزند، افزایش داد. بنابراین در

این فرض، محکمه با بررسی اوضاع و احوال حاکم بر زندگی طفل، مصلحت وی را ملاک عمل قرار می‌دهد و حضانت وی را تا سن رشد به پدر یا مادر وی واگذار می‌کند. بنابراین در این برهه، مفهوم مصلحت، خودنمایی می‌کند که شایسته است قدری پیرامون این عنوان سخن گفته شود.

● مفهوم مصلحت در حضانت

به لحاظ تأثیر بسیار حضانت در تربیت کودک و بالتبع تعیین سرنوشت وی و اهمیت تربیت طفل در سعادت جامعه، شایسته است که مصلحت در نگهداری طفل رعایت شود و این امر در بیشتر موارد زمانی میسر می‌شود که با عنایت به نیازها و ضروریات نگهداری طفل، پدر و مادر همراه با یکدیگر حضانت طفل را عهده‌دار شوند؛ چراکه فرزند به هر دو پدر و مادر نیازمند است و وجود هر یک از والدین، بخشی از نیازهای طفل را مرتفع می‌سازد. در این حالت مصلحت طفل در تربیت وی به بهترین شکل تأمین خواهد شد به طوری که هم از وجود پدر با توجه به رسالت خطیر وی در امر تربیت و هم از حضور مادر در بهره‌مندی از مهر و محبت مادری برخوردار خواهد شد. مصلحت طفل، در واگذاری حضانت طفل، عامل مؤثری است. رعایت مصلحت یعنی رعایت «غبطه‌ی» طفل. مصلحت در فقه و حقوق اسلامی جایگاه بسزا و با اهمیتی دارد که گاه شرط اجرای حکم یا معیار تقدم یک حکم بر دیگری است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۱۰۰۱؛ طریحی، ۱۳۹۵: ج ۲، ص ۳۸۹).

بعد از اتمام ۷ سال و اولویت مادر در امر حضانت، اگر نزاعی بین پدر و مادر حادث شود، مصلحت طفل در نظر گرفته می‌شود. در این حالت، مرجع صالح تعیین تکلیف، دادگاه است.

مصلحت در مقابل مفسده و در لغت به مفهوم خیر و صلاح آمده است (فیومی، ۱۴۰۵: ۳۴۵). بی‌تردید نفع کودک در این است که در بالاترین سطح آسایش و رفاه، با دسترسی به امکانات لازم زندگی مدرن رشد و بالندگی یابد، درحالی که مصلحت وی اقتضائات دیگری دارد که گاه او را در برابر منافع مزبور محدود می‌سازد. بدین سان مفهوم منفعت بیشتر معطوف به امور مادی و دنیوی است، ولی مصلحت امری است که تأمین سعادت و ارزش‌های انسانی و معنوی را نیز شامل می‌شود. از سوی دیگر منفعت با لذت‌گرایی هم‌سنخ و اغلب امری مقطعی و کوتاه مدت است، لیکن مصلحت با کمال‌گرایی مرتبط است و بیشتر جنبه‌ی اجتماعی داشته و پایدارتر است.

دانشمندان اسلامی در بیان مفهوم اصطلاحی مصلحت، تعبیر و برداشت‌های گوناگونی را بیان کرده‌اند؛ برای نمونه برخی مصلحت را دفع ضرر یا جلب منفعت برای دین و دنیا دانسته‌اند (قمی، ۱۳۷۸: ۹۲). به نظر بعضی نیز مصلحت عبارت است از آنچه با مقاصد انسان در امور دنیوی یا اخروی یا هر دو، موافق بوده و نتیجه‌ی آن به دست آوردن منفعت یا دفع ضرری باشد (محقق حلی، ۱۳۶۲: ۲۲۱). عده‌ای نیز معتقدند خیر و مصلحت، هر حرکتی است که مطابق حکمت باشد (عسگری: ۱۷۲). بنابراین محکمه باید

نکات متعدد در رشد و تعالی کودک در همه‌ی جوانب مادی و معنوی را در نظر گیرد تا مطابق مصلحت طفل، عمل کرده باشد.

ماده‌ی ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به مبحث مصلحت و اهمیت این بحث پرداخته و در کنار گذاشتن توافقات اولیه‌ی مادر و پدر و اتخاذ تصمیم مناسب بر اساس مصلحت طفل توسط دادگاه مؤثر است. ماده‌ی ۴۵ این قانون به صراحت به اهمیت و تأثیر مصلحت و غبطه‌ی کودک و ضرورت رعایت این مبحث در تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی پرداخته است. مفهوم مصلحت در قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ به صورت برجسته و مهم بیان شده، در حالی که در قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ رد پای نداشته؛ برای مثال در ماده‌ی ۱۲ قانون مزبور، هیچ‌گونه صحبتی از اهمیت مصلحت در رأی محکمه نیست، در حالی که در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به انحاء مختلف به آن تأکید شده است؛ معادل ماده‌ی ۱۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ ماده‌ی ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است که مصلحت نقش اساسی را ایفا می‌کند.

ج - طفل رشید زیر ۱۸ سال

این فرض نیز در زمان مفارقت والدین رخ می‌دهد. در زمان مفارقت والدین، برای رعایت مصلحت طفل، هر یک در حد توان به تربیت طفل خود مکلف‌اند و کسی که حضانت طفل را برعهده دارد به صورت عمیق‌تر و اساسی‌تری وظیفه‌ی تربیت و نگهداری طفل را بر عهده دارد. در این فرض، طفل هنوز به سن هجده سال - که اماره‌ی رشد تلقی می‌شود - نایل نیامده،

بنابراین باید برای اخذ حکم رشد خود به محکمه مراجعه و پس از دریافت مجوز رشد، اگر هم‌چنان تحت تکفل باشد، در انتخاب والدین خود برای ادامه‌ی زندگی مخیر است. لیکن نکته‌ی حائز اهمیت این است که در این فرض، امر حضانت به پایان رسیده و این فرد دیگر طفل تلقی نمی‌شود یا هنوز تحت تکفل است؟ در پاسخ به این سؤال، نظرات مختلفی بیان شده است.

برخی از علمای اهل تسنن، دوران رشد و تکامل کودک را به چهار دسته تقسیم کرده‌اند که قواعد حضانت، با این تقسیم‌بندی همخوانی بسیاری دارد؛ مرحله‌ی نخست دوران ابتدایی زندگی طفل و همان مرحله‌ی دو سال رضاع است. دوره‌ی دوم تا هفت سالگی طفل یعنی تا دوران تمییز است که حضانت نام دارد. مرحله‌ی سوم از هفت سالگی تا بلوغ را در برمی‌گیرد که به کفالت مشهور است و بعد از بلوغ که کفایه نامیده می‌شود (الموردی، ۱۴۱۹: ۱۰۰؛ شریینی، ۱۹۹۴: ۴۵۲).

موضوع حضانت با مفهوم کودک ارتباط مستقیمی دارد، زیرا حضانت و نگهداری در ارتباط با طفل معنا پیدا می‌کند و انتهای حق و تکلیف حضانت والدین، انتهای سن صغر طفل است. بنابراین بایستی مفهوم صغیر یا کودک شناسایی شود.

مستفاد از مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی، طفل مترادف با صغیر به کار رفته است. با عنایت به تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۲۱۰ قانون مدنی، دوران صغر در دختر و پسر متفاوت است و سن بلوغ دختر ۹ سال تمام قمری و سن

بلوغ پسر ۱۵ سال تمام قمری تعیین شده است. همان‌گونه که شرح داده شد، به لحاظ حفظ حقوق طفل و حمایت از وی، شایسته است اتمام حقوق و تکالیف منتج از حضانت به سن رشد طفل تسری داده شود، در فرض مسئله اگر طفل، بالغ شده و برخلاف داشتن سن زیر هیجده سال، رشد وی نیز محرز نشده، از گستره‌ی حضانت خارج شده و خود برای اداره‌ی امور مالی و غیرمالی زندگی خویش تصمیم می‌گیرد.

در ارتباط با فرض زندگی جدای والدین به یک نکته نیز باید عنایت داشت و آن حالتی است که ابویین و اولاد در کشورهای مختلفی سکنی داشته باشند؛ در این فرض باید به این نکته توجه داشت که آیا ابویین و اولاد تابعیت‌های یکسانی دارند یا تابعیت‌های آنها متفاوت است؟ اگر تابعیت‌ها یکسان باشد در عمل مشکل چندانی بروز نمی‌کند، چرا که همگی تابع قانون واحدی هستند (قانون دولت متبوع). لیکن ممکن است که ابویین و اولاد تابعیت‌های مختلفی داشته باشند، در این حالت نظریات مختلفی در باب قانون حاکم بر حضانت فرزند مطرح شده است. طبق نظر نخست، در این حالت به دلیل ارجحیت و اولویت طفل باید از قانون دولت متبوع طفل تبعیت نمود، لیکن در دیدگاه مقابل این اعتقاد وجود دارد که در این رابطه تنها طفل ذی‌نفع نیست و ابویین نیز منفعی دارند و به دلیل اینکه پدر ریاست خانواده را داراست، قانون دولت متبوع وی اولویت دارد. در نظام حقوقی ایران ماده‌ی ۹۶۴ قانون مدنی به صراحت بیان می‌کند که در این رابطه، قانون دولت متبوع پدر حکم‌فرماست، مگر در حالتی که پدر طفل مشخص نباشد

و انتساب نسب طفل به مادر مسلم باشد که تابع قانون دولت متبوع مادر خواهد بود (الماسی، ۱۳۸۴: ۲۷۴).

۵-۲- حالت دوم: مرگ یکی از والدین

فقهای امامیه اتفاق نظر دارند که چنانچه یکی از والدین کودک فوت کند، نگهداری و حضانت طفل با پدر یا مادری خواهد بود که در قید حیات است و این امر از بدیهیات و از مسلمات عقلی است؛ چرا که در حالت طبیعی با وجود یکی از والدین، هیچ فردی شایسته‌تر از وی در امر حضانت نسبت به طفل نیست، حتی ازدواج مادر نیز در این حالت مشکل‌ساز نیست (حلی، ۱۴۰۹: ۴۶۱؛ العاملی، ۱۴۱۳: ۵۸۲). قوانین مختلف نیز مؤید این امر است. از جمله قوانینی که به صراحت بیان می‌کند در صورت فوت یکی از والدین، حضانت طفل با والد دیگر است، به شرح زیر می‌باشد:

به استناد ماده‌ی ۱۱۷۱ قانون مدنی در صورت فوت یکی از والدین حضانت با فردی است که زنده است. حکم این ماده در حالتی که ولایت پدر بعد از فوت به جد پدری برسد نیز مجرا خواهد بود. ماده واحده «واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها» نیز در تأیید این مدعاست که حضانت صغار یا مجانبینی که پدر آنها فوت یا شهید شده با مادران آنها خواهد بود و هزینه‌ی متعارف زندگی این فرزندان چنانچه از اموال خودشان باشد در اختیار ولی شرعی است و اگر از طریق بودجه‌ی دولتی باشد در اختیار مادرانشان قرار می‌گیرد. نظریه‌ی ۱۳۷۷/۱۲/۲۳-۷/۲۲۶۱ نیز بیان کرده که این مصوبه در زمره‌ی قوانین آمره و برای حفظ نظم جامعه

است و وصیت نمی‌تواند آن را تغییر دهد. به موجب نظریه‌ی ۷/۶۳۱۹-
۱۳۸۱/۷/۲۲ حقی که برای مادر لحاظ شده به موجب قانون است و بدون
مداخله‌ی دادگاه قابل اعمال است و مستلزم نصب از طرف دادگاه نبوده
و مغایر مواد ۱۱۷۱ و ۱۱۷۲ قانون مدنی نیست (ماده واحده سپردن حضانت
فرزندان صغیر شهدا به مادرانشان، مصوب ۱۳۶۴/۵/۶). این امر از ماده‌ی ۷۳ قانون
امور حسبی و ماده‌ی ۱۱۸۸ قانون مدنی نیز استنباط می‌شود که چنانچه ولی
خاص و مادر نباشند، حضانت با قیم منصوب از دادگاه با رعایت اولویت
اقربای طفل مطابق ماده‌ی ۱۲۳۲ قانون مدنی خواهد بود.

۵-۳- حالت سوم: فوت هر دو والدین

مشهور فقهای امامیه معتقدند که چنانچه پدر و مادر طفل هر دو فوت
کنند، حضانت طفل با جد پدری است. سرچشمه‌ی این اصل این است
که حضانت، متعلق به پدر است بنابراین اولویت مادر نسبت به پدر در امر
حضانت در سنین خاص، برخلاف قاعده و به لحاظ وجود نص در این
باره است؛ لذا در هنگام نبود پدر، به مادر منتقل می‌شود و در صورت نبود
هر دوی والدین به جد پدری منتقل می‌شود (علی محمدی، ۱۳۹۰: ۹۱ به نقل
از طوسی، ۱۴۰۷: ج ۶، صص ۵۰-۴۸). در صورت نبود پدر و مادر و جد پدری
یک نظر وجود دارد که حضانت کودک به سایر خویشان به ترتیب ارث‌بری
منتقل می‌شود و خویشان نزدیک بر خویشان دور، اولی تلقی می‌شوند و
حضانت کودک از موجبات واجبات کفایی خواهد بود. در این حالت، اگر
چند نفر در یک طبقه و درجه باشند حکم به قرعه وگذار می‌شود (نجفی،

۱۳۵۸: ۲۹۵)، زیرا واگذاری امر خطیر حضانت به چند نفر در بیشتر موارد به تضرر و آسیب طفل منجر می‌شود، لیکن در دنیای حقوق می‌توان در این حالت به ماده‌ی ۱۲۳۵ قانون مدنی تمسک جست و از کلمه‌ی «مواظبت شخص»، قیّم را در این حالت ذی‌صلاح تلقی نمود.

۶- حضانت در قوانین موضوعه و مسائل پیرامونی آن

قانون مدنی در ماده‌ی ۱۱۷۰ به استناد روایات فقهای متقدم و متأخر، حق حضانت طفل را برای مادر تا زمانی محفوظ می‌شمارد که زن اقدام به ازدواج جدید نکند و بعد از تزویج مجدد زن حق حضانت وی ساقط می‌شود در حالی که چنین محدودیتی برای مرد وجود ندارد (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۶، ص ۴۱؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۶۵۱؛ محقق حلی، ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۵۶۸). سلب حق ازدواج مجدد زن موجب ایجاد عسرو حرج برای وی می‌شود. این ممانعت در عمل اثرات سوء و جبران‌ناپذیر روحی، اجتماعی و اقتصادی برای زنان به دنبال دارد. در راستای تأیید مدعای خود و اثبات عسرو حرج مادر می‌توان به آیه‌ی ۲۳۳ سوره‌ی مبارک بقره اشاره کرد که نه مادر و نه پدر به واسطه‌ی طفل خود نباید آزار و اذیت شوند، در حالی که در این امر، مادر به دلیل تلاش در جهت ابقا و حفظ حضانت طفل، خود را در مشقت و سختی و تنگنا قرار می‌دهد. قوانین موضوعه بایستی به گونه‌ای وضع شوند که اگر صلاحیت مادر برای نگهداری کودک بیشتر از پدر باشد به دلیل ازدواج مجدد مادر، حق حضانت وی سلب نشود. بنابراین شایسته است که ماده‌ی ۱۱۷۰ قانون مدنی به گونه‌ای اصلاح شود که در صورت

ازدواج مجدد مادر یا پدر، ابقا یا الغای صلاحیت حضانت وی از جانب محکمه احراز شود.

لازم به توضیح است که ازدواج مجدد مادر زمانی موجب سقوط حق حضانت وی می‌شود که شوهر سابق زن در قید حیات باشد، در غیر این صورت ازدواج مجدد موجب واگذاری حضانت به جد پدری نمی‌شود و مادر در این حالت نیز بر سایرین اولویت دارد.

نظریه‌ی شماره‌ی ۱۳۸۶/۸/۱۲-۷/۵۳۰۳ اداره‌ی کل امور حقوقی قوه قضاییه به نکته‌ی جالب توجهی اشاره و حالتی را بیان کرده که زوجه هنگام طلاق در ازای به دست آوردن حضانت طفل خود از برخی حقوق خود از قبیل مهریه چشم‌پوشی کرده است و بعد از مدتی با مرد دیگری ازدواج می‌کند. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا باید به مفاد عقد لازم‌الاجرای طرفین پای‌بند بود و به حقوق واگذار شده‌ی زوجه‌ی سابق احترام گذاشت و حضانت را هم‌چنان متعلق به مادر تلقی نمود یا به دلیل اینکه شرایط جدیدی ظاهر شده و شرایط اولیه‌ی ابقای حق حضانت موجود نیست حق حضانت مادر را ملغی دانست؟ نظریه‌ی مذکور معتقد است به دلیل بروز شرایط جدید در حضانت، حق حضانت به پدر طفل بازمی‌گردد. در تکمیل این نظر باید افزود که توافق هر چند بر اساس اعمال حاکمیت اراده و شرایط ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی است، توان ایستادگی و مقابله با متن صریح قانون را ندارد؛ زیرا ماده‌ی ۱۱۷۰ قانون مدنی به صراحت بیان می‌کند که اگر مادر ازدواج مجددی داشته باشد حق حضانت به پدر بازمی‌گردد، ولی توافق

طرفین که به موجب طلاق منعقد شده کماکان به قوت و قدرت خود باقی است و مستمسکی برای رجوع زوجه به حقوق بذل شده نمی‌باشد زیرا آنچه که چنین حقی به زوج می‌دهد عدول از شرایط ضمن عقد نیست بلکه به موجب حکم قانون است. این استدلال‌ات در نهایت توجه به حکم صریح قانون است و مشکلی در عرصه‌ی عمل ایجاد نمی‌کند. لیکن عدالت ایجاب می‌کند که به قضیه از دیدگاه زوجه نیز نگریسته شود، زوجه‌ای که به خاطر عشق به فرزند از حقوق مسلم خود صرف‌نظر می‌کند، آیا به خاطر ابقای این حق باید برخلاف نیاز روحی و جسمی خود قدم بردارد و زندگی خود را نادیده انگارد؟ آیا تضمیناتی که مادر هنگام طلاق به پدر واگذار نموده، نشانگر تعهد و پای‌بندی به طفل نبوده که بعد از ازدواج مجدد نیز تمام تلاش خود را در این جهت مصروف دارد؟ به نظر نگارنده شایسته است دقت نظر و تجدید نظری در این فرض به عمل آید مبنی بر اینکه اگر مادر بعد از ازدواج به دلیل وجود ناپدیری و تکالیف متعدد زندگی مشترک نتواند به تعهد خود در برابر فرزند پای‌بند باشد، حق حضانت طفل به پدر واگذار شده و حقوق زوجه به ایشان بازگردد. البته این امر، مقطوع و انعطاف‌ناپذیر نیست و می‌توان از برخی مواد برای حفظ حضانت مادر کمک گرفت؛ از جمله مواد ۱۲ و ۱۳ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ که بنا بر تشخیص دادگاه علی‌رغم اینکه مادر شوهر دیگری اختیار نموده، ممکن است در نگهداری و حضانت طفل اولی از پدر باشد. در همین راستا نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۳۲۳-۱۳۸۸/۳/۲ اداره‌ی کل امور حقوقی قوه قضاییه بیان کرده که چنانچه دادگاه

به لحاظ انحطاط اخلاقی، پدر را برای حضانت فرزند صالح نداند با در نظر گرفتن مصلحت طفل می‌تواند حضانت وی را به مادر محول کند، هر چند شوهر داشته باشد.

۷- ویژگی‌های قوانین حضانت

در موضوع حضانت طفل، قوانین متعددی نگاشته شده که هر یک از زوایای مختلفی اهمیت دارند. در ادامه برخی از این موارد اشاره می‌شود.

۷-۱- امتیازات قوانین حضانت

- **تأمین نفقه‌ی کودک:** پس از اتمام ۷ سالگی طفل، محکمه با توجه به مصلحت وی، حضانت را به پدر یا مادر وی واگذار می‌کند، لیکن حتی در حالت زندگی طفل با مادر، هزینه‌های مرتبط با نفقه‌ی وی بر عهده‌ی پدر خواهد بود؛ لذا با توجه به موقعیت زنان در جامعه، تدبیر نفقه‌ی طفل، از مشکلات و سختی‌های زندگی مادر طفل به مراتب کاسته است. به استناد ماده‌ی ۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، مادر یا شخصی که حضانت به وی واگذار شده است حق اقامه‌ی دعوا برای مطالبه‌ی نفقه‌ی طفل را دارد و دادگاه ضرورت و ادعای خواهان را بررسی می‌کند. قانون‌گذار در جهت رفاه حال خواهان و در راستای احقاق حق شایسته‌ی وی به استناد ماده‌ی ۱۱ امکان تأمین خواسته در دعوی مالی را از دادگاه صادر کننده‌ی حکم نخستین میسر دانسته است. لیکن نظریه‌ی شماره‌ی ۲۷۹۵-۱۳۷۱/۴/۷-۷ اداره‌ی کل امور حقوقی قوه قضاییه بیان می‌کند: «اگر زوجه ضمن سند رسمی طلاق متقبل حضانت فرزند با هزینه‌ی شخصی خود شده باشد، نمی‌تواند به موجب دادخواست بعدی از خود سلب تکلیف کند».

یکی دیگر از امتیازات قوانین ایران در تأمین نفقه‌ی کودک ماده‌ی ۱۱۷۲ قانون مدنی است که به طرق مختلف در صدد حفظ حقوق کودک و برقراری رفاه و آرامش طفل است، به طوری که به تکلیف و تعهد والدین در حد اعلا پرداخته است. در صورت امتناع یکی از والدین، به تقاضای دیگری یا قیم یا اقربای طفل یا مدعی‌العموم حاکم نگهداری را به دیگری واگذار می‌کند. در این حالت به دلیل وضعیت خاص معیشتی بانوان و در بیشتر موارد به دلیل وابستگی مالی زن به خانواده هرگاه زن از تکلیف حضانت خود امتناع کند، ابتدا به آن اجبار می‌شود و در صورت انجام ندادن، طفل به هزینه‌ی پدر نگهداری می‌شود و اگر پدر فوت کرده باشد، بر اساس ماده‌ی ۱۱۹۹ قانون مدنی عمل می‌شود و هزینه‌ی نگهداری بر عهده‌ی اجداد پدری با رعایت اقریبیت و در صورت نبود بر عهده‌ی مادر و در صورت فقدان این حالت نیز بر عهده‌ی اجداد و جدات مادری و جدات پدری طفل خواهد بود.

• **تنبیه مستنکف از وظایف حضانت:** یکی دیگر از نقاط قوت قانون حضانت، در نظر گرفتن نوعی تنبیه مالی برای مستنکف از وظایف حضانت و یا ایجاد ممانعت در حق ملاقات طرف دیگر است، تا آنجا که با تکرار این اعمال می‌توان حضانت را به دیگری واگذار کرد و در صورت داشتن ارکان سه گانه‌ی جرم (رکن مادی، معنوی و قانونی) می‌توان عنوان مجرمانه هم برای این عمل در نظر گرفت. این عنوان در ماده‌ی ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ بیان شده است.

● صدور دستور موقت: قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ همانند قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ در دعاوی حضانت، جنبه‌ی مهمی را در نظر داشته است؛ از جمله اینکه دعاوی حضانت نقش بسیار مهمی در زندگی طفل ایفا می‌کنند و با زندگی روزمره و احتیاجات اساسی طفل مرتبط‌اند. بنابراین بایستی روند رسیدگی به دعاوی حضانت با روند پرونده‌های عادی متفاوت و با سرعت بیشتری همراه باشد. بنابراین در ماده‌ی ۷ قانون مزبور، امکان رسیدگی فوری و صدور دستور موقت در این باره پذیرفته شده است. مواد ۳۱۰ الی ۳۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی مبین دادرسی فوری است که دادگاه به خاطر اهمیت زمان در این موارد قبل از ورود در ماهیت دعوا و بررسی چند و چون امر درباره‌ی موضوع دعوا به طور موقت تعیین تکلیف می‌کند. در دعاوی حضانت نیز به دلیل حساسیت و اهمیت مطلب و به دلیل اینکه زمان نقش بسیار مهمی را ایفا می‌کند و هرگونه اطاله‌ی دادرسی ممکن است موجب ورود صدمات و لطمات روحی و جسمی به طفل شود، قانون‌گذار این راه حل را پیش‌بینی کرده است.

در حالت عادی و طبیعی و با عنایت به ماده‌ی ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، دادگاه با سایر موارد خواسته شده در انتها و در مرحله‌ی تصمیم‌گیری به موضوع حضانت نیز رسیدگی می‌کند، اما با توجه به اهمیت بحث حضانت در امور مادی و معنوی طفل، قانون‌گذار ترفند دستور موقت را نیز پیش‌بینی کرده است.

در حالت طبیعی، اصل این است که برای صدور دستور موقت، بعد از درخواست ذی‌نفع، تأمین متناسبی اخذ می‌شود، لیکن در این امر نیز قانون‌گذار حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در راستای حفظ مصلحت طفل و اهمیت حضانت وی، صدور دستور موقت را منوط به تودیع تأمین نکرده است. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، در مورد اخذ تأمین خسارات احتمالی، صحبتی نداشت و همین سکوت، در عمل مشکلاتی ایجاد کرده بود تا اینکه در نهایت نظریه‌ی شماره‌ی ۱۳۸۶/۹/۱۹-۷/۶۱۸۸ اداره‌ی کل حقوقی قوه قضاییه بیان کرد: «خسارت احتمالی به دستور موقت صادره در اجرای ماده‌ی ۲۰ قانون حمایت خانواده تعلق نمی‌گیرد»، لیکن این امر در ماده‌ی ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به صراحت اشاره شده است.

در دستور موقت، تا درخواست ذی‌نفع مطرح نشود، دادگاه بدو هیچ اقدامی را انجام نمی‌دهد، زیرا این امر مرتبط با امور ترافعی و مستلزم درخواست ذی‌نفع است. بنابراین دادگاه نمی‌تواند رأساً نسبت به صدور دستور موقت اقدام کند (نهرینی، ۱۳۹۰: ۶۷؛ شمس، ۱۳۸۹: ج ۳، ص ۳۸۹). در ادامه ماده‌ی ۷ برای دادگاه در پذیرش یا رد درخواست دستور موقت، حالت تخییر قائل شده است. ذی‌نفع در این امر فردی (پدر یا مادر) است که حضانت به وی واگذار نشده و اوصاف نگهداری طفل را نیز داراست. ممکن است این فرد قبل از اقامه‌ی دعوای اصلی، از مرجعی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوا را دارد،^۱ درخواست صدور دستور موقت کند. در این حالت این

۱. شعبی از دادگاه عمومی حقوقی که به رسیدگی به دعوای خانوادگی اختصاص یافته است.

درخواست باید کتبی و واجد تمامی اوصاف دادخواست باشد (ادریسیان، ۱۳۸۴: ۲۴). دادگاه صالح بعد از دریافت این درخواست تشکیل جلسه داده و در صورت دریافت قید فوریت، به صدور دستور موقت مبادرت می‌کند.

- توجه بیشتر به کودکان در جلسات رسیدگی: از ابداعات قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ توجه به حساسیت و ظرافت روح کودکان بوده و در ماده‌ی ۴۵ حضور کودکان زیر ۱۵ سال در جلسات رسیدگی را جز در مواقع ضروری، ممنوع اعلام کرده است. در جلسات رسیدگی به کرات گفت‌وگوها و منازعات لفظی و گاه درگیری‌هایی بین طرفین دعوا رخ می‌دهد که مشاهده‌ی این صحنه‌ها و تصاویر، روح لطیف کودک را آزرده می‌کند و حس انتقام‌جویی و در دیدگاه مقابل حمایت طفل از یکی از والدین را برمی‌انگیزد که این امر به دلیل حافظه‌ی تصویری بسیار توانمند طفل تا مدت مدیدی در اندیشه‌ی وی باقی می‌ماند و ممکن است به تنفرهای عمیق و کدورت‌های ریشه‌داری منجر شود که بسترساز بروز عواقب وخیم و جرایم دیگر باشد.

۷-۲- کاستی‌های قوانین حضانت

هر چند که در قوانین ایران، گام‌های مثبتی برای تقویت امر حضانت برداشته شده است، اما هنوز هم مشکلاتی در این امر مشاهده می‌شود. برخی از این مشکلات مربوط به کاستی‌ها و ضعف‌های قانونی است. به برخی از این کاستی‌های قانونی اشاره می‌شود:

• هر چند که قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ از صدور دستور موقت حمایت کرده است، لیکن گاه مصلحت کودک اقتضا می‌کند دستور موقت از حالت و سیر طبیعی خود فاصله بگیرد و در صورت اقتضای مصلحت کودک و نبود درخواست از جانب ذی‌نفعان، این امکان وجود داشته باشد که دادگاه راساً و بدون نیاز به وصول درخواست طرفین، بنا بر مصلحت طفل امکان صدور دستور موقت را داشته باشد؛ چرا که رسیدگی به دعاوی حضانت با رعایت تشریفات دادرسی عادی مستلزم سپری شدن زمان بسیاری است که در عمل ممکن است در شرایط ضروری به ایجاد آسیب جسمانی یا روحی طفل منجر شود.

• نبود تعریف دقیق و صریحی درباره‌ی حضانت، نقصی است که زمینه‌ساز برداشت‌های متعدد و سوء تفاهم‌های گوناگون شده است. با تعاریف و نکات مختلفی که بیان شد، می‌توان به صورت مفید و مجمل حضانت را این گونه تعریف کرد: «حضانت حق و تکلیف والدین در نگهداری و تربیت طفل است». این تعریف حاوی نکات اساسی است؛ نخست اینکه حضانت هم حق محسوب می‌شود و هم تکلیف و نکته‌ی دیگر اینکه حضانت امور مادی را با تعبیر «نگهداری» و امور معنوی را با تعبیر «تربیت» در برمی‌گیرد.

• هم‌پوشانی دو مقوله‌ی حضانت و ولایت در امور مرتبط با تربیت طفل و نبود موضع صریح قانون‌گذار نیز یکی از مسائلی است که سؤالات متعددی را ایجاد کرده است.

● پایان سن حضانت، به صراحت در قانون تعیین نشده است و این امر تالی فاسدی به دنبال دارد؛ بدین شرح که با عنایت به مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۶۹ قانون مدنی و واژه‌ی طفل چنین برمی‌آید که پایان سن حضانت، بلوغ طفل - یعنی در دختر ۹ سال تمام و در پسر ۱۵ سال تمام قمری - است از این گفته برداشت می‌شود که پس از اتمام دوران صغر کودک و رسیدن به سن بلوغ، والدین هیچ‌گونه تکلیف قانونی در نگهداری و تربیت فرزند ندارند و این نتیجه‌گیری با مصلحت فرزند کاملاً ناسازگار بوده و جزء خلأهای قانونی باب حضانت محسوب می‌شود.

● اخذ تأمین مناسبی که در ماده‌ی ۴۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ برای خروج طفل از کشور مقرر شده، به دنبال این امر بوده که اندیشه‌ی بازنگشتن را تا حد امکان تنزل دهد و حقوق طرف مقابل نیز حفظ شود، لیکن بعد دیگر قضیه این است که گاه ممکن است، طفل برای امری ضروری مانند درمان نیازمند خروج از کشور باشد و در عین حال نیز صاحب حق حضانت توانایی سپردن تأمین مناسب برای بازگشت را نداشته و ذی‌نفع نیز چنین درخواستی کرده باشد. متضرر اصلی در این حالت، تنها طفل است که ممکن است صدمات جبران‌ناپذیری را متحمل شود.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

خداوند با نهاد آفرینش بشر، پاره‌ای از روح خود را در وجود انسان‌ها به ودیعه نهاده و با این توشه، بشر را راهی کره‌ی خاکی می‌کند، تجلی آفرینش در قالب جنس مذکر و مؤنث خودنمایی می‌کند و این دو قطب مخالف، با

طی نمودن مسیر ازدواج و تشکیل خانواده یکدیگر را جذب کرده و در طی نمودن مسیر تکامل یاری می‌رسانند. ثمره‌ی عشق این تکامل در قالب فرزند تجلی یافته و این نعمت خدادادی روشنایی و گرمابخش محیط خانواده می‌شود. مسیر بیان شده، نمای مطلوب کارکردهای نهاد خانواده است. لیکن در برخی موارد، این نهاد از گزند مشکلات و مصائب در امان نبوده و این امر زمینه‌ی انحلال ارادی (فسخ، طلاق، لعان) یا غیرارادی (ارتداد، مرگ) پیوند مقدس زناشویی را فراهم می‌کند. در این اثنا، کودکان بیشترین گزند را متحمل می‌شوند و به همین دلیل، قانون‌گذار مواد قانونی مرتبط با موضوع حضانت و نگهداری طفل را تشریح کرد تا حتی‌المقدور میزان این آسیب‌ها را به حداقل برساند؛ از جمله‌ی این تلاش‌ها می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- **صدور دستور موقت:** با تشریح صدور دستور موقت طفل از آسیب رسیدگی‌های طولانی مدت در امان می‌ماند. قانون‌گذار نهایت تلاش خویش را در این امر مصروف داشته و دستور موقت بدون تودیع تأمین و تنفیذ رئیس حوزه‌ی قضایی صادر می‌شود.

- **حضور محدود طفل در محکمه:** در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ توجه بیشتری به ظرافت و حساسیت روحی اطفال شده و جز در مواقع ضروری حضور طفل در محکمه ممنوع است، با وجود حمایت‌ها و توجهات قانونی در ارتباط با امر حضانت، نکته‌ی تأمل برانگیز این است که درباره‌ی مهر و عاطفه‌ی سرشار مادری نسبت به طفل اغماض و سهل‌انگاری شده است. بدین ترتیب که بیشتر مادران برای پاسخ‌گویی به این مهر سرشار

خدادادی، مجبور می‌شوند از حق طبیعی خود در تزویج مجدد و پاسخ‌گویی شرعی و قانونی به غریزه‌ی طبیعی خود چشم‌پوشی کنند یا برای نیل به هر دو مقصود مجبور شوند، حقوق متعلقه‌ی خود از جمله مهریه، نفقه، اجرت‌المثل، نحله، شرط تنصیف مالی یا حمایت مالی ماده‌ی ۳۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ را نادیده بگیرند. بنابراین شایسته است که قانون‌گذار نسبت به مقتضیات جامعه واقع‌بین‌تر باشد و به جای سلب حق حضانت به صورت کلی در موارد وجود ناپدیری یا نامادری، نگهداری طفل در این موارد را سنجیده و با توجه به مصلحت طفل و امور ماهوی هر پرونده در این باره تصمیم بگیرد. پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار از ابتدا به صورت انعطاف‌ناپذیر فعلی برخورد نکند و با توجه به وضعیت و مصلحت طفل بهترین تصمیم را اتخاذ کند.

منابع:

- ◀ ابن ادریس، محمد بن منصور ۱۴۱۰. السرائر، قم، اسلامی.
- ◀ ابن فارسی، ابوالحسن احمد بن فارس زکریا ۱۴۰۴ق، معجم مقانیس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- ◀ احسائی، م ۱۴۰۴. عوالی الثالی، قم، سیدالشهداء.
- ◀ ادریسیان، محمدرضا ۱۳۸۴. دستور موقت، تهران، ققنوس.
- ◀ الماسی، نجاد علی ۱۳۸۴. حقوق بین الملل خصوصی، تهران، میزان.
- ◀ امامی، سید حسن ۱۳۷۷. قانون مدنی، تهران، اسلامیة.
- ◀ بیگدلی، سعید. «مشکلات و حق‌های قانونی حضانت در نظام حقوقی ایران»، ندای صادق، سال ۱۶، ش ۵۵، (۱۳۹۰).
- ◀ جبعی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) ۱۴۱۳. مسالك الافهام، قم، اسلامی.
- ◀ _____ ۱۴۱۳. الروضة البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه، ترجمه‌ی لطفی، تهران، مجلد.
- ◀ حر العاملی، محمد بن حسن ۱۴۰۹. وسایل الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البیت.
- ◀ حسنی، حضانت کودک در رویه قضایی ایران، برگرفته از مؤسسه خدمات حقوقی ندای عدالت، www.hasanilaw123.blogfa.com
- ◀ حسنی، علیرضا، «حضانت کودک»، دانشگاه آزاد دامغان، www.hasanilaw123.blogf.com
- ◀ حلی (علامه)، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف مظهر ۱۰۴۹. ارشادالانسان الی احکام الایمان، (کتاب نکاح).
- ◀ حلی (محقق)، ابوالقاسم جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید ۱۳۶۲. معارج الاصول، قم، آل‌البیت.
- ◀ خوانساری، احمد ۱۳۶۴. جامع المدارک، قم، اسماعیلیان.
- ◀ خویی، سید ابوالقاسم ۱۴۱۰. منهاج الصالحین، بیروت، اعلمی.
- ◀ روزنامه رسمی تهران، ۱۳۶۳. «پاسخ و پرسش کمیسیون استفتائات شورای عالی

قضای».

- ◀ _____ ۱۳۶۲. «پاسخ و پرسش کمیسیون استفتانات شورای عالی قضایی».
- ◀ زیدان، عبدالکریم ۱۴۱۹. *المفصل فی احکام المراه و البیت المسلم فی الشریعه الاسلامیه*، بیروت، الرساله.
- ◀ الشربینی، م ۱۹۹۴. *مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج*، دارالفکر.
- ◀ شمس، عبدالله ۱۳۸۹. *آیین دادرسی مدنی*، تهران، دراک.
- ◀ صدوق، ابوجعفر محمدبن علی بن حسین بن بابویه ۱۳۶۹. *من لایحضره الفقیه*، تهران، مکتب الصدوق.
- ◀ صفایی، حسین و مرتضی قاسم‌زاده ۱۳۷۵. *حقوق مدنی اشخاص و محجورین*، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی.
- ◀ صفایی، سید حسن و اسدالله امامی ۱۳۷۶. *حقوق خانواده*، تهران، دانشگاه تهران.
- ◀ طباطبایی، علی ۱۴۰۴. *ریاض المسائل*، قم، موسسه آل البیت.
- ◀ طبرسی، ف(بی تا). *مکارم الاخلاق*، کربلا، موسسه الاعلمی.
- ◀ طریحی، ف ۱۳۹۵ ق. *مجمع البحرین*، تهران، مکتبه المرتضویه.
- ◀ طوسی، ابی جعفر محمدبن حسن بن علی، ۱۳۸۷ ق. *مبسوط فی فقه امامیه*، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- ◀ عسگری، ابوهلال (بی تا). *الفروق اللغویه*، قم، مکتب البصیرتی.
- ◀ علی محمدی، طاهر و الهه خاکساری «اشخاص صالح برای حضانت از منظر فقه امامیه و قانون مدنی»، معرفت، سال ۲۱، ش ۱۸۲، (۱۳۹۱).
- ◀ فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد ۱۴۰۵. *کشف اللثام*، قم، سید مرعشی.
- ◀ فخرالمحققین، محمد بن الحسن ۱۳۶۳. *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم، اسماعیلیان.
- ◀ فراهیدی، خلیل ۱۴۱۰. *کتاب العین*، تهران، دارالهجره.
- ◀ فیض کاشانی، ملاحسن ۱۴۰۱. *مفاتیح الشرایع*، قم، مجمع الذخایر الاسلامیه.
- ◀ فیومی، ۱۴۰۵. *المصباح المنیر*، قم، دارالهجره.

نواوری‌ها و چالش‌های حق حضانت زنان

- ◀ قمی، ۱۳۷۸. قوانین الاصول، تهران، علمیه اسلامیة.
- ◀ کاتوزیان، ناصر ۱۳۷۲. حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ◀ کرکی، علی بن حسین ۱۴۰۸. جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، آل البيت (علیهم السلام)
- ◀ الماوردی ۱۴۱۹. الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الامام الشافعی، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ◀ مجموعه پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات شورای عالی قضائی (۱۳۶۲)، دفتر آموزش دادگستری جمهوری اسلامی ایران.
- ◀ معلوف، لوئیس ۱۹۷۳. المنجد فی اللغة، بیروت، دارالمشرق.
- ◀ مغنیه، محمد جواد ۱۳۷۹. الفقه علی المذاهب الخمسه، ترجمه‌ی م جباری و ح مسجد سرایی، تهران، ققنوس.
- ◀ موسوی، ابوالفضل. «بررسی فقهی اصلاحیه قانون حضانت»، بلاغ مبین، ش ۲۴ و ۲۵، (۱۳۸۹).
- ◀ نجفی، محمدحسن ۱۳۵۸. جواهرالکلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- ◀ نقیبی، سید ابوالقاسم، راحله کاردوانی و مهدی وکیلی. «ظرفیت‌سنجی نقش حضانتی مادر»، مطالعات راهبردی زنان، سال ۱۵، ش ۶۰، (۱۳۹۲).
- ◀ نهرینی، فریدون ۱۳۹۰. دستور موقت در حقوق ایران و پژوهش در حقوق تطبیقی، تهران، گنج دانش.

الاقتراحات و التحديات في حقّ الحضانة الأطفال للمراه في ظلّ القانونِ الدعمِ الأسره وافق عام ١٣٩١ هـ.ش

بيجن حاجی عزيزی / محمد مولودی / راضيه حسنخانی

المقتطف

كثّرهِ الحيره و الأسئلة العديده التي موجّبها الي المؤسسات الانفاذ القانوني و دائره القانونيه لوزاره العدل يويده و برغم شدّه الأهميه الموضوع تری أنّ المشرع لا يمنح تعريفاً جامعاً محدداً من الحضانة الطّفل و الخيارات الحاضن و يغفل من الموضوعات الكثيره خليفه هذا الموضوع و الغفله عليه للبس بين الخيارات مع العناوين المماثله كالولي و الوصي و القيم. فالقانون دعم الأسره وافق عام ١٣٩١ هـ.ش مع إمعان نظره للبحث عنوان الحضانة الأطفال و لها محاسن و اقتراحات جيده مع انها لا يخلو من نقض و نقص ففي مقالتنا هذه نبين هذه الخلل و ندرس طرق حلها.

المفردات الاساسيه:

الحضانة، الوالدين، الحق، المهمه، الولاية، الاشراف.