

سقوط حضانت کودک

فاطمه وفایی*

محمد جواد بحرینی**

چکیده

نقش خانواده در سرپرستی و پرورش کودکان غیر قابل انکار است، اما گاهی بنیان خانواده به سستی می‌گراید و بنای آن درهم می‌ریزد و خانواده، کارآمدی خود را از دست می‌دهد. یکی از مهم‌ترین مباحثی که در زمان جدایی والدین از یکدیگر مطرح می‌شود، نگهداری و حضانت کودکان است. با توجه به رویکرد قانونگذاران بر انطباق قوانین موضوعه بر متون فقهی، بررسی دیدگاه فقه در این موضوع نیز ضروری است. نوشتار حاضر از دیدگاه حقوق و فقه امامیه به بررسی سقوط حضانت می‌پردازد. اینکه چه معیارهایی سبب می‌شود که گاهی حضانت فرزندان با عنوان اینکه یکی از والدین یا هر دوی آنها صلاحیت لازم برای نگهداری فرزند را ندارند، از آنها ساقط شود؛ یکی از اساسی‌ترین پرسش‌هایی که در این زمینه مطرح می‌باشد. پرسش‌های دیگری همچون: اعراض از حضانت فرزند ممکن است یا نه؟ آیا پس از سقوط حضانت از شخصی، امکان بازگشت آن وجود دارد؟ و اینکه اشخاص صلاحیت‌دار برای حضانت کودک پس از سقوط حضانت کودک از سوی والدینش، چه کسانی هستند؟ نیز در این نوشتار بررسی شده است. به نظر می‌رسد حضانت کودک در صورت عدم صلاحیت پدر و مادر از طریق اعتیاد، فساد اخلاقی، عدم توانایی و مواردی از این دست سقوط می‌کند و به شخص صلاحیت‌دار دیگری مثل جد پدری که «ولی» هم هست، سپرده می‌شود.

کلیدواژه: حضانت، سقوط حضانت، موانع حضانت، اعراض از حضانت، صلاحیت.

* دانش‌پژوه کارشناسی رشته حقوق، مؤسسه آموزش عالی بنت‌الهدی.

** دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه، رشته فقه و اصول.

خانواده، هسته اصلی اجتماع و کودک، مرکز و کانون این هسته را تشکیل می‌دهد. یکی از دلایل احترامی که قانون به خانواده نهاده است، به دلیل کودکی است که در درون خود می‌پروراند و اجتماع را به وجود می‌آورد. اگر به کودکان و خواسته‌ها و مقتضیات کودکی آنان توجه شود، بسیاری از ناهنجاری‌ها، جرم‌ها و تبهکاری‌هایی که رخ می‌دهد و نظام قضایی را ناگزیر بر تدوین این همه قوانین جزایی می‌نماید، از میان خواهد رفت. همچنین پرورش صحیح کودک، سلامت اجتماع را تضمین می‌نماید و تأثیر مستقیم بر جامعه دارد. بنابراین مسئله نگهداری و پرورش کودک، از مسایل مهم حقوقی و اجتماعی به شمار می‌آید.

اساس جوامع سالم را خانواده‌هایی تشکیل می‌دهند که بنیان سالمی داشته باشد؛ یعنی تربیت خانوادگی، هسته و شالوده جامعه بشری است. به همین دلیل در تمامی جوامع دنیا، حضانت و نگهداری فرزندان نیز از مباحث مهم است. قانون‌گذاران سهم بسزایی در نحوه ایفای نقش والدین در این مورد داشته‌اند.

«حضانت»، از مباحث پیچیده در حقوق خانواده می‌باشد و خود شامل مباحث پیچیده‌ای چون «سقوط حضانت» می‌باشد که با وجود بررسی‌های گسترده حقوق دانان در مورد آن، هنوز بخش‌هایی از آن ناشناخته مانده است و خانواده‌ها با زوایا و جوانب مختلف آن به درستی آشنایی ندارند. این آشنایی یا ناآشنایی، در آینده کودکی که مورد حضانت و سرپرستی قرار می‌گیرد، نقشی اساسی و سازنده‌ای دارد.

برخی از فقیهان متقدم، مثل شیخ مفید (م ۴۱۳) در المقنعه و سلار بن عبدالعزیز (م ۴۴۸) در المراسم العلویه فی الاحکام نبویه و ابوالصلاح حلبی در الکافی فی الفقه، برای رساندن مفهوم نگهداری از کودک، واژه «کفالت» را به کار برده‌اند. واژه «حضانت» را نخستین بار شیخ طوسی (م ۴۶۰) در کتاب‌های خلاف و مبسوط، برای افاده مفهوم نگهداری از کودک به کار گرفته است. پس از او، فقیهان دیگر نیز از همین واژه استفاده کردند. امروزه و در سال‌های اخیر نیز پژوهش‌های متعددی در مورد حضانت کودک انجام شده است که هر کدام از جنبه‌ای فقهی یا حقوقی به آن پرداخته‌اند و به طور جامع از آن بحث نشده است.

مفهوم‌شناسی حضانت

«حضانت» از ریشه «حَضَنَ» و به معنای نگهداری چیزی می‌باشد. «و حَضَنَ الطَّائِرَ بِيضَهُ يَحْضِنُهُ؛ همچون پرنده‌ای که از تخم‌هایش در زیر بال خود نگهداری می‌کند» (فخرالدین الطریحی، ۱۳۷۵، ۲۳۷؛ ابن‌منظور، بی‌تا، ۱۲۲/۱۳) و «حَاضِنَةُ الصَّبِيِّ: الَّتِي تَقُومُ عَلَيْهِ فِي تَرْبِيَّتِهِ؛ به زنی که سرپرستی طفل بر عهده اوست، «حاضنه» اطلاق می‌شود» (فخرالدین الطریحی، ۱۳۷۵، ۲۳۸). همچنین «الحَضَنُ مَادُونِ الْإِبْطِ إِلَى الْكَشْحِ... الحَضَنُ الصَّدْرُ وَالْعَضْدَانُ وَ مَا بَيْنَهُمَا؛ به زیر بغل تا برآمدگی لگن و به آغوش، پهلو و بغل هم «حَضَنَ» می‌گویند» (ابن‌منظور، بی‌تا، ۱۲۲/۱۳). در حدیثی از امام صادق علیه السلام آمده است: «اربع تذهب ضیاعاً... و سرّ یوضع عنه من لا حضانت له؛ ... سخن مخفی و پنهانی که نزد کسی گذاشته شود که (قدرت حفظ) و نگهداری آن را ندارد» (حرعاملی، بی‌تا، ۲۹۹/۱۶).

از امیر مؤمنان علیه السلام روایت شده است:

و من رحمته انه لما سلب الطفل قوة النهوض و التغذى جعل القوة فی امه و رفقها علیه لتقوم بتربيته و حضانته. (امام حسن عسکری علیه السلام، ۱۴۰۹، ۳۴؛ مجلسی، ۱۳۹۸، ۹۲/۲۴۸)

خداوند متعال، چون که نیروی حرکت و تغذیه را از کودک گرفت، آن را در مادرش قرار داد و مادر را بر وی دلسوز و مهربان کرد تا به تربیت و نگهداری او همت گمارد.

«حَضَنَ» را بغل، آغوش و «حَضَانَتُ» را زیر بال گرفتن، در دامان خود پروردن، دایگی و پرستاری (کودک) و تیمارداشت (معین، ۱۳۸۸، ۱/۱۳۶۰) معنا کرده‌اند. همچنین معنی حضانت را «در کنار گرفتن کودک و دایگی کردن و پرورش دادن، به سینه چسبانیدن، در بر گرفتن» (سیاح، ۱۳۸۰، ۳۷۳/۱) نیز آورده‌اند.

در اصطلاح فقهی، معنی حضانت به معنای لغوی آن نزدیک است. علامه حلی نخستین فقیهی است که حضانت را به طور واضح و صریح تعریف کرده است: «حضانت، ولایت و سلطنت بر تربیت فرزند است». (حلی، ۱۴۱۳، ۱۰/۱۳) شهید ثانی و صاحب جواهر، حضانت را ولایت و سلطه بر تربیت طفل و امور متعلق به آن مانند نگهداری، خوابانیدن، سرمه به چشم او کشیدن،

پاکیزه کردن، شستن لباس و... معنا نموده‌اند. (مسالك الافهام، ۵۱۴۱۶، ۴۲۱/۸)

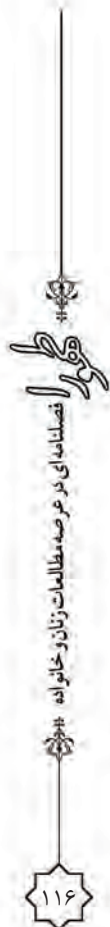
در علم حقوق، با وجود اینکه بیشتر قوانین و احکام حضانت در قانون مدنی مطرح شده است، در این قانون، تعریفی از حضانت وجود ندارد. یکی از حقوقدانان، حضانت را این گونه تعریف می‌نماید:

نگاهداری طفل عبارت از به کار بردن وسایل لازم برای بقا و نمو و بهداشت جسمی و روحی طفل می‌باشد. مانند دادن خوراک، پوشانیدن، لباس پاکیزه، تمیز نگه داشتن طفل به وسیله شستشو، گذاردن در تختخواب، پوشانیدن روی او، شستشوی لباس و امثال آن، آنچه سن طفل اقتضای آن را دارد، چنانچه طفل بیمار گردد، بردن نزد پزشک متخصص و دادن دوا به او و پرستاری لازم. در هر سن، صغیر یک نوع نگهداری می‌خواهد که متناسب طبیعت او باشد. (امامی، ۱۳۴۳، ۵/۱۸۸)

برخی از حقوق‌دانان نیز حضانت را چنین معنا نموده‌اند: «نگه داشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج است، با رعایت حق ملاقات برای خویشان نزدیک طفل». (صفای؛ امامی، ۱۳۸۸، ۳۴۴) همچنین در تعریف دیگری آمده است که حضانت عبارت است از: «پرورش، هم از لحاظ مادی و هم از لحاظ معنوی و اخلاقی». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۱۱۶۷/۳-۱۱۶۶). به ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «نگهداری اطفال، هم حق و هم تکلیف ابوبین است» که منظور از کودک و طفل نیز همان فرزند است و از آنجا که اطفال، غیر رشیدند و مجاز به تصرف در اموال و حقوق مالی خود نیستند، والدین افزون بر نگهداری از خود طفل، از اموال طفل نیز نگهداری می‌نمایند. بنابراین، می‌توان گفت حضانت شامل دو بخش نگهداری از طفل و حفظ و اداره اموال و نیز تربیت طفل است که نگهداری طفل و حفظ و اداره اموال او، بخش مادی و تربیت، بخش معنوی آن را تشکیل می‌دهد. حضانت فقط پرورش و نگهداری بعد جسمانی کودک نیست، بلکه جنبه تربیتی نیز دارد؛ یعنی شامل پرورش اخلاقی و معنوی کودک و توجه به نیازهای عاطفی او نیز می‌شود.

ماهیت حضانت

آیا ماهیت حضانت، حق است یا تکلیف؟ پیش از پاسخ به این پرسش باید تفاوت بین حق



و تکلیف را بیان کرد. برای واژه «حق» معانی مختلفی آمده است؛ برخی گفته‌اند: «توانایی که قانون برای اجرای تکالیف خویش، به پدر و مادر در برابر دیگران اعطا کرده است» (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۲۸/۲) و نیز عده‌ای حق را این‌گونه معنا نموده‌اند:

اختیار و توانایی قانونی شخصی است که به موجب آن، دارنده حق می‌تواند انجام و یا عدم انجام کاری را از شخص دیگری بخواهد، یا کاری انجام داده، یا مورد حق را به اجرا گذاشته و اعمال نماید. مانند اختیار و توانایی مالک یک مال نسبت به مال خود که بر اساس آن، مالک می‌تواند در مال متعلق به خود، انواع تصرفات و بهره‌وری داشته باشد. مثلاً می‌تواند آن را به دیگری واگذار نماید. (احمدی، ۱۳۸۹/۱۱۸؛ علائی رحمانی، بی‌تا، ۲۵۴)

اما تکلیف را حقوقدانان این‌گونه تعریف نموده‌اند: «الزام مکلف به اوامر و نواهی قانونی را گویند، به گونه‌ای که او حق اسقاط و سرپیچی ندارد و نمی‌تواند آن را به دیگری واگذارد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۱۴۰۳/۲) با این تعهد و وظیفه الزامی که قانون برای کسی پیش‌بینی می‌کند، شخص دارای تکلیف است و باید به وظیفه، تعهد و الزام قانونی خود عمل نماید. تکلیف، مانند تکلیف بدهکار به پرداخت به طلبکار، دارای ضمانت اجرا می‌باشد. (احمدی، ۱۳۸۹، ۱۱۸؛ علائی رحمانی، بی‌تا، ۲۵۴)

نکته قابل توجه این است که میان حق و تکلیف، همیشه تلازم وجود دارد که به دو گونه متصور است؛ یکی آنکه جعل حق برای شخص، وقتی معنا دارد که دیگران ملزم و مکلف به احترام به این حق باشند، وگرنه جعل آن حق، لغو و بیهوده است. مانند اینکه اگر بگوییم انسانی حق حیات دارد، جعل این حق، زمانی اثر دارد که انسان‌های دیگر ملزم باشند این حق او را محترم شمارند و در حیات او خللی ایجاد ننمایند، یا وقتی گفته می‌شود زن حق نفقه دارد، این حق زمانی اثر دارد که شوهر مکلف باشد حق نفقه را رعایت نماید. دیگر آنکه در برابر اثبات هر حقی، تکلیفی هم برای او ثابت می‌شود. مانند شخصی که برای بهره‌برداری از حق انتفاع از جامعه و آبادانی آن، موظف به پرداخت مالیات است. (مصباح یزدی، ۱۳۸۸، ۷۳۱-۷۲)

بنابراین، ویژگی حق آن است که صاحب حق در اعمال یا عدم اعمال آن مختار است؛ او می‌تواند هم از حق خود بگذرد و آن را اسقاط نماید و هم آن را اعمال و استیفا نماید. در تکلیف، این اختیار وجود ندارد و فرد ملزم است و نمی‌تواند از وظیفه‌اش امتناع نماید.

در اینکه حضانت حق است یا تکلیف، سه گونه نظر داده‌اند:

۱. حضانت، حقی فردی است که قابلیت انتقال یا اسقاط دارد؛ می‌توان آن را عوض طلاق خلع قرار داد و نمی‌توان دارنده حق حضانت را ملزم به نگهداری فرزند نمود، مگر اینکه حضانت به وسیله شخص دیگر ممکن نباشد. بنابراین نظر، مادر می‌تواند در ازای حضانت، مطالبه اجرت نماید؛ (صفایی، ۱۳۸۸، ۳۴۷) زیرا این کار برای او تکلیف نیست. در روایتی نیز آمده است که از امام صادق علیه السلام پرسیدند: «مرد به فرزندش احق است یا زن؟» امام فرمود: «مرد، احق است». (طوسی، ۱۳۷۴، ۱۰۵/۸؛ طوسی، ۱۴۱۲، ۳/۳۲۰) بنابراین می‌توان گفت اگر حضانت تکلیف بود، امام می‌فرمود حضانت وظیفه پدر است، نه اینکه بفرماید پدر شایسته‌تر است. شهید ثانی و صاحب ریاض نیز حضانت را برای پدر و مادر حق دانسته‌اند. (الروضه البهیة...، ۱۴۱۶، ۴۶۴/۵)

۲. حضانت، هم حق و هم تکلیف است. طرفداران این نظریه در استدلال خود می‌گویند که تکلیف به حضانت، برای مادر یا پدر در مدت مقرر، قائم به شخص آنان است. اولویت و برتری هر یک از آن، نحوه پرورش و تربیتی است که در هفت سال اول، مادر و پس از آن، پدر شایستگی دارد. (امامی، ۱۳۴۳، ۱۹۳) بنابراین در صورت طلاق و جدایی، طبق قانون، حق حضانت فرزند خود را دارد و دارنده حضانت نمی‌تواند آن را اسقاط کند و یا به دیگری واگذار نماید، مگر در مواردی که علت قانونی برای سلب حق حضانت پدر و مادر، وجود داشته باشد؛ زیرا طبق ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی: «طفل را نمی‌توان از ابویین و یا از پدر و مادری که حضانت با اوست، گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی». ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی نیز می‌گوید:

هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است، از نگاهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم، نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده اوست، الزام کند و در صورتی که الزام، ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند.

همچنین ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی این نظریه را تأیید می‌کند و می‌گوید: «نگهداری اطفال، هم حق و هم تکلیف ابویین است». حکم مندرج در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، امری است و تکلیف



ابوین به نگهداری کودک، قابل اسقاط و مصالحه نیست و از دسترسی حاکمیت اراده افراد مصون است. (دیانی، ۱۳۸۷، ۳۲۸). در تفسیر ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، نباید پنداشت که نویسندگان آن دچار تردید و تناقض گویی شده‌اند. نگهداری از کودک در زمره تکالیف پدر و مادر است، ولی چون اجرای هر تکلیف، مستلزم داشتن اختیارات است، پدر و مادر حق دارند تا آنچه را به عهده دارند، انجام دهند و از کودک و سایرین بخواهند تا مانع اجرای وظیفه آنان نشوند و به لوازم آن گردن نهند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۲۹/۲) در فقه امامیه، نظری مبنی بر اینکه ماهیت حضانت کودک، هم حق و هم تکلیف باشد، دیده نشده است.

۳. حضانت نسبت به مادر حق و نسبت به پدر هم حق و هم تکلیف است؛ بدین معنا که اگر مادر از نگهداری فرزند خودداری نمود، حضانت با پدر است و در صورت خودداری والدین، پدر به آن مجبور می‌شود.

شهید اول گفته است: «اگر مادر از نگهداری کودک امتناع نماید، پدر اولویت پیدا می‌نماید و اگر امتناع نماید، اجبار می‌شود». (مکی‌العاملی، بی‌تا، ۳۹۶/۱) صاحب‌جواهر نیز اعتقاد دارد که مادر می‌تواند حق تیمارداری کودک را از دوش خود بردارد و اسقاط نماید و یا اجرت مطالبه نماید، ولی پدر چنین اختیاری ندارد و بر آن اجبار می‌شود. (نجفی، بی‌تا، ۲۸۳) در ماده هفت کنوانسیون حقوق کودک، قرار گرفتن زیر سرپرستی والدین، حق کودک و تکلیف والدین است. این ماده مقرر می‌دارد:

تولد کودک، بلافاصله پس از به دنیا آمدن ثبت می‌شود و از حقوقی مانند حق داشتن نام، کسب تابعیت و در صورت امکان، شناسایی والدین و قرار گرفتن تحت سرپرستی آنها برخوردار می‌باشد.

همین کنوانسیون، مسئولیت مشترک پدر و مادر در نگهداری و تربیت کودک را یادآور شده است. این مسئولیت براساس منافع و مصالح کودک بر عهده پدر و مادر قرار داده شده است، نه رعایت مصلحت و منفعت پدر و مادر. (پیوندی، ۱۳۹۰، ۳۲۳) برای اجرای بهتر این بند، دولت‌ها نیز موظف به حمایت از والدین شده‌اند و با فراهم نمودن تسهیلات، موظف به حمایت از کودکان والدین شاغل شده‌اند. ماده هجده کنوانسیون مقرر می‌دارد:

کشورهای طرف کنوانسیون، بیشترین تلاش خود را برای تضمین به رسمیت شناختن این اصل که پدر و مادر کودک، مسئولیت‌های مشترکی در مورد رشد و

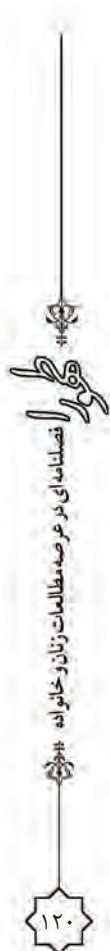
پیشرفت کودک دارند، به عمل خواهند آورد. والدین و یا قیم قانونی، مسئولیت عمده را در مورد رشد و پیشرفت کودک به عهده دارند. اساسی‌ترین مسئله آنان (حفظ) منافع عالی‌ه کودک است.

کشورهای طرف کنوانسیون، به منظور تضمین و اعتلای حقوقی که در این کنوانسیون بیان شده، همکاری‌های لازم را با والدین و قیم قانونی در جهت اجرای مسئولیت‌هایشان برای تربیت کودک به عمل خواهند آورد و ایجاد مؤسسات، تسهیلات و خدماتی را برای نگهداری کودکان، تضمین خواهند کرد. کشورهای طرف کنوانسیون، تمام اقدامات لازم را در جهت تضمین حق استفاده کودکانی که دارای والدین شاغل می‌باشند، از خدمات و تسهیلات مربوط به نگهداری کودکان به عمل خواهد آورد.

بنابراین، میان دیدگاه کنوانسیون و مفاد قانونی و فقهی تعارضی دیده نمی‌شود و همه بر سرپرستی والدین از کودک تأکید می‌نمایند.

اعراض از حضانت

آیا دارنده حق حضانت می‌تواند از آن اعراض کند یا خیر؟ عده‌ای از حقوق‌دانان بر این باورند که طبق قانون، والدین حق حضانت فرزند خود را دارند و شخصی که برای حضانت صلاحیت‌دار شناخته شده، نمی‌تواند آن را اسقاط یا واگذار به غیر نماید. (صفایی؛ امامی، ۱۳۸۸، ۳۴۷) گفته شده اسقاط حق حضانت از جانب پدر موجه نیست، ولی انتقال این حق به مادر تا زمانی که منع قانونی برای آن پیش نیاید، امکان‌پذیر می‌باشد و اعاده مجدد این حق نیز با رعایت ضوابط، ایرادی نخواهد داشت. (قرائتی، ۱۳۸۸، ۳۶۵) برای توجیه این نظر می‌توان گفت ماده ۹۵۹ قانون مدنی ایران مقرر داشته: «هیچ‌کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند» و در ماده ۹۶۰ قانون مدنی نیز آمده است: «هیچ‌کس نمی‌تواند از خود سلب حریت و یا در حدودی که مخالف قوانین و اخلاق حسنه باشد، از استفاده حریت خود صرف نظر کند». طبق قانون مدنی ایران، برای والدین اعراض از حق حضانت ممکن نمی‌باشد. ماده ۱۱۷۲ نیز همین معنا را صریح بیان کرده که «هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده آنهاست، از نگهداری او امتناع



کنند»؛ چراکه حضانت، فقط حق سرپرست نیست، بلکه تکلیف نیز به شمار می‌آید. (صادقی، ۱۳۸۳، ۱۱۸). نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در پاسخ به اینکه آیا پدر می‌تواند حضانت فرزندش را در قبال مادر طفل، اسقاط نماید، بدین شرح است:

به موجب ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت قابل اسقاط و یا مصالحه نیست؛ زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش بینی کرده است، جنبه امری برای مکلف دارد و اراده فردی نمی‌تواند چنین نکته را تغییر دهد. ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد که هیچ‌یک از ابویین حق ندارد در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است، از نگهداری او امتناع نماید و ماده ۱۱۷۵ تصریح دارد به اینکه طفل را نمی‌توان از ابویین یا از پدر و یا مادری که حضانت با اوست، گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی. بنابراین اسقاط تکلیف، جایز نیست. (بازگیر، ۱۳۸۰، ۲/۵۹۵).

نکته قابل توجه در این مورد، رأی ۳۰/۹۳۲ در تاریخ ۱۳۷۲/۰۷/۲۱ می‌باشد که از قرار زیر است: «حضانت فرزند در مادتین ۱۱۶۸ و ۱۱۶۹ قانون مدنی، مقید به صدور طلاق نمی‌باشد و تقیید این مواد به صدور طلاق، موجه نمی‌باشد». (بازگیر، ۱۳۸۰، ۲/۵۹۵)

از نظر فقهی، اعتقاد بر این است که: «مادر می‌تواند حق حضانت خود را اسقاط کند و یا اجرت مطالبه کند، اما اگر پدر، بخواهد حق خود را اسقاط کند، چنین اختیاری نداشته و بر آن اجبار می‌شود». (نجفی، بی‌تا، ۲۸۳) در اینجا تناقضی میان قانون و فقه دیده می‌شود که با توجه به تکلیف بودن حضانت در قانون مدنی، والدین بدون داشتن علت قانونی نمی‌توانند از آن اعراض و یا آن را اسقاط نمایند، ولی در فقه امامیه، امکان امتناع مادر از حضانت وجود دارد، اگرچه پدر نمی‌تواند حضانت را اسقاط نماید. نظر دوم، با منطبق حقوق اسلامی نیز سازگاری بیشتری دارد.

موانع حضانت

گاهی به جای عبارت «موانع حضانت»، عوامل سقوط حضانت به کار برده شده است و گاهی معنای این دو، به اشتباه خلط می‌شود. در این بخش تفاوت این دو تبیین می‌شود.

تفاوت «موانع اجرای حضانت» و «عوامل سقوط حضانت»

هر گاه عاملی حق حضانت پدر یا مادر را در حال تعلیق نگهدارد؛ بدین معنی که تا آن عامل در آن شخص وجود دارد، حضانت را نتوان به او واگذار کرد، ولی پس از زوال عامل، دوباره وضع به حال عادی بازگردد، آن را مانع از اجرای حق حضانت می‌نامند، ولی هرگاه حادثه‌ای حق نگاهداری و تربیت فرزند را برای همیشه از بین ببرد، باید آن را از عوامل سقوط حضانت شمرد. مرگ شخصی که حضانت به عهده او است، مثال بارز برای عامل سقوط حق حضانت است. گاهی نیز به عواملی که مانع از اجرای حق حضانت است، به این دلیل که به طور موقت و مشروط، حق پدر و مادر را از بین می‌برد، عامل سقوط حضانت نیز گفته‌اند که با مسامحه می‌توان آن را پذیرفت. در فقه برای افاده مفهوم عواملی که مانع از اجرای حق حضانت است، از واژه «مانع» استفاده نموده‌اند («مسالك الافهام...»، ۱۴۱۶هـ، ۴۲۳/۸) و به نظر می‌رسد به کاربرد این اصطلاح، مناسب‌تر است.

موانع اجرای حضانت

در این قسمت موارد مختلفی که ابتلای والدین به آنها، مانع از اجرای حضانت می‌شود، به اختصار بیان می‌شود.

۱. جنون

حق حضانت برای پدر یا مادر، در صورتی است که قدرت انجام آن را داشته باشد و زبانی به زندگی و بهداشت جسمی یا روحی کودک وارد نکند. بنابراین، هرگاه شخصی که برای حضانت در نظر گرفته شده، مجنون شناخته شود، چون توان نگهداری و تربیت کودک را ندارد و چه بسا که او را در وضعیت خطرناکی قرار دهد، حق حضانت از او ساقط می‌گردد. (امامی، ۱۳۴۳، ۱۹۵) به همین دلیل باید حکم ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است، مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود»، در همه مواردی که عارضه جنون گریبان‌گیر پدر یا مادر یا جد پدری می‌شود، اجرا شود؛ زیرا جنون مادر در ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی خصوصیتی ندارد و مقصود از جنون در این ماده، اعم از جنون ادواری و همیشگی است، مگر اینکه جنون،



استمرار نداشته باشد و یا چنان زودگذر باشد که در عرف نتوان شخص را «دیوانه» نامید و به هر حال، مصلحت کودک باید در نظر گرفته شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۷۰/۲)

بیشتر فقها نیز جنون را مانع حضانت خوانده‌اند و بر لزوم عقل برای پدر و مادری که باید از کودک نگهداری کند، تصریح نموده‌اند. (حلی، ۱۴۱۳، ۱۰۱/۳) فرد مجنون که خود محجور است، نمی‌تواند سرپرستی محجور دیگری را اجرا نماید و این نظر، مورد اتفاق حقوق دانان و فقها می‌باشد.

۲. ازدواج مجدد مادر

ازدواج مجدد مادر، یگانه مانعی است که فقط شامل مادر می‌شود. هرگاه پس از طلاق، مادر صلاحیت‌دار شناخته شود و حضانت طفل به مادر واگذار شود و در این دوره، شوهر دیگری انتخاب نماید، مطابق ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی، حق حضانت او ساقط می‌شود و حضانت با پدر خواهد بود. دلیل این حکم، این است که مادر پس از ازدواج، در سرپرستی شوهر جدید قرار می‌گیرد و با توجه به گرفتاری‌های ناشی از شرکت در خانواده و لزوم تمکین از شوهر جدید، ناگزیر است به امور مربوط به شوهر جدید بپردازد و ممکن است در حضانت طفل نتواند موفق عمل نماید. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۳۹۴)

بسیاری از فقها همانند علامه حلی و شیخ صدوق نیز ازدواج مجدد مادر را مانع حضانت برای او برشمرده‌اند. (حلی، ۱۴۱۳، ۱۰۲/۳، ابن بابویه، ۳، ۱۴۱۳/۴۲۳) شهید ثانی بر مانعیت آن، ادعای اجماع نموده (الروضه الهیه...، ۱۴۱۶، ۵/۴۳۶) و در توجیه آن گفته: «پیمان ازدواج، زن را موظف به رعایت حقوق زوجیت می‌نماید و مانع از آن می‌شود که زن، آن‌طور که باید، به نگهداری کودک بپردازد». (مسالك الافهام...، ۱۴۱۶، ۸/۴۲۳)

برخی نیز عقیده دارند که قانون به این دلیل ناقص است که ازدواج مجدد پدر کودک را موجب سقوط حق حضانت از پدر نمی‌داند و در این مورد سکوت کرده است. حال آنکه رفتار نامادری با طفل نیز ممکن است سلامت و تربیت او را به خطر اندازد (صادقی، ۱۳۸۳، ۱۲۲) و پدر نیز ممکن است با وجود زن جدید، از حضانت کودک غافل بماند، به ویژه اینکه در فرهنگ عامیانه ما «زیر دست نامادری بودن» دردناک‌تر از داشتن ناپدری است. پس در این موارد باید

مصلحت کودک را در نظر گرفت و نظر او را جویا شد. (دیانی، ۱۳۸۷، ۳۴۰)

در پاسخ به این نظر می‌توان گفت وجود ناپدیری و نامادری هر دو، به یک اندازه می‌تواند برای طفل ناخوشایند و زیان‌آور محسوب شود و نمی‌توان به طور قطع گفت که امکان تأمین مصلحت طفل در این شرایط، نزد مادر نسبت به پدر بیشتر است، ولی به نظر می‌رسد دلیل اینکه قانون، ازدواج مجدد مادر را مانع حضانت قلمداد نموده است و ازدواج پدر را مانع حضانت او ندانسته، چیز دیگری باشد. در اسلام بر طبق آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (نساء: ۳۴)، مردان سرپرست زنان‌اند. شاید بتوان گفت مردان پس از ازدواج مجدد، به دلیل قدرت و اقتدار مردانه خود، می‌توانند بر مشکلات آن راحت‌تر چیره شوند و از پیامدهای منفی آن بر کودکانشان بکاهند و در صورت ازدواج مجدد پدر، تناقضی در انجام تعهدات زندگی جدید و امور مربوط به حضانت فرزند به وجود نمی‌آید. با استناد به همین دلیل می‌توان گفت زنان در صورت ازدواج مجدد و اینکه سرپرست او، همسر جدید او است و زن باید مطیع او باشد، ممکن است به خوبی نتواند از عهده حضانت و سرپرستی فرزند یا فرزندانش برآید. این نظر که نظر کودک برای تعیین شخصی که باید از او نگهداری نماید، ملاک قرار گیرد، چندان منطقی نیست؛ چراکه طفل محجور، توانایی تمییز مصالح خود را با بررسی همه جوانب ندارد. بنابراین نمی‌توان این تصمیم سرنوشت‌ساز و حیاتی را به خود او واگذار نمود.

آنچه در مورد مانع بودن ازدواج مجدد مادر برای حضانت بیان شد، مربوط به زمانی است که پدر در قید حیات باشد که در این صورت، شوهر کردن مادر، اولویت او را نسبت به پدر از بین می‌برد و در صورت فوت، در موارد بعدی بیان می‌شود.

۳. انحطاط اخلاقی و ناتوانی در نگهداری طفل

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد،



محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا مدعی العموم (دادستان) هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.

با بررسی این ماده، دو فرضیه به دست می‌آید:

الف. اگر به علت طلاق یا علل دیگر، پدر و مادر کودک با هم زندگی نکنند و در اثر مواظبت ننمودن یا انحطاط اخلاقی کسی که طفل، تحت حضانت اوست، سلامت جسمانی یا تربیت اخلاقی او در معرض خطر باشد، دادگاه طفل را از او گرفته و به دیگری (پدر و یا مادر حسب مورد) واگذار می‌نماید؛ زیرا طبق ماده ۱۱۶۸، حضانت طفل، هم حق و هم تکلیف ابویین است. (امامی، ۱۳۴۳، ۱۹۸)

ب. اگر ابویین کودک با هم زندگی می‌کنند و در اثر انحطاط اخلاقی آنان، سلامت جسمانی و تربیت او در معرض آسیب باشد- برای نمونه مادر طفل، فساد اخلاقی داشته باشد یا پدر، مردی عیاش باشد که کودک را با خود به مجالس و محافل ناشایست ببرد- دادگاه آنچه را که به مصلحت طفل باشد، انجام می‌دهد، مانند سپردن طفل به دیگری، تعیین سرپرست برای او یا نظارت کسی بر نگهداری او. دادگاه در این مورد، برای تعیین شیوه نگهداری و تربیت طفل، مختار است. (امامی، ۱۳۴۳، ۱۹۸)

مصادیق انحطاط اخلاقی، در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی بیان شده است. این موارد عبارتند از:

- اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار؛
- اشتها به فساد اخلاق و فحشا؛
- ابتلا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی؛
- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود به مشاغل ضداخلاق مانند فساد و فحشا، ولگردی و قاچاق؛
- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.

در فقه نیز انحطاط اخلاقی را مانع حضانت می‌دانند و برخی از فقها به آیه «لاتضار والدة بولدها» (بقره: ۲۳۳) استدلال می‌نمایند. برخی نیز مانند شیخ طوسی و شهید ثانی می‌گویند: «فاسق نمی‌تواند حضانت فرزند را به عهده بگیرد و شخص عادل را برای حضانت نسبت به فاسق، سزاوار می‌دانند». (طوسی، بی‌تا، ۴۰/۶) آنها در توجیه نظر خود می‌گویند که حضانت،

ولایت است و ولایت، به فاسق نمی رسد. همچنین، فاسق مورد اعتماد نیست؛ زیرا خوف آن می رود که به کودک خیانت کند. دلیل سوم این است که فاسق، با منش و سلوک خود، کودک را پرورش خواهد داد. باید توجه کرد که برای اجرای این حکم، انحطاط اخلاقی باید در حدی باشد که امکان به خطر افتادن سلامت جسمی و اخلاقی کودک باشد و میزان آسیب به کودک در صورت انتقال حضانت به شخص صلاحیت دار دیگر، کمتر از آسیب نگهداری توسط فرد یا افراد کنونی باشد.

ع. ابتلا به بیماری های خطرناک

الف. ابتلا به بیماری های روانی

از دیگر موارد سلب حق حضانت، ابتلا به بیماری های روانی با تشخیص پزشکی قانونی است. بیمار روانی بر افراد مرتبط با خود، تأثیر منفی می گذارد، چه رسد به اینکه آن فرد، تحت تکفل و یا حضانت وی باشد. به هر حال برای اجرای این حکم، تشخیص پزشکی قانونی ملاک است، مگر به اندازه ای باشد که عرف نیز بتواند آن را تشخیص دهد. در این موارد، قاضی خود می تواند آن را از موارد سلب حق حضانت بداند. (دیانی، ۱۳۸۷، ۳۳۶)

ب. بیماری های ساری

اگر مادر دچاری بیماری مسری گردد که امکان سرایت به کودک داشته باشد، خواه مداوای بیماری مزبور ساده باشد، مانند گریپ، حصبه و امثال آن یا صعب العلاج باشد، مانند سل ریوی، حق اعمال حضانت از او ساقط می گردد؛ زیرا نگهداری او از کودک یا شیر دادنش موجب بیماری طفل می شود. (امامی، ۱۳۴۳، ۱۹۹) بنابراین، بیماری های ساری را نیز می توان از اسباب سقوط حق حضانت مادر دانست، مشروط به اینکه پدر یا مادر، نتواند دادگاه را مطمئن سازد که بیماری او سلامت کودک را به خطر نمی اندازد، هرچند در قانون مدنی حکمی در این مورد وجود ندارد. البته اگر نتیجه بیماری ساری، در خطر قرار گرفتن سلامتی طفل باشد، به استناد ماده ۱۱۷۳ شاید بتوان حضانت را از فرد مریض سلب نمود، مگر اینکه زیر نظر پزشک به بیمارستان منتقل شده باشد و یا اگر در منزل است، تدابیر ایمنی را برای جلوگیری از انتقال بیماری به کودک در نظر گرفته باشد و در این مدت، شخص دیگری به نیابت از وی حضانت

را به عهده بگیرد. (دیانی، ۱۳۸۷، ۳۳۶). نکته قابل توجه اینکه باید میان بیماری مسری و بیماری مزمن تفاوت گذاشت؛ در بیماری مسری تا هنگامی که مادر، سلامتی خود را به دست نیاورده است، نمی توان کودک را به او سپرد، ولی در بیماری مزمن باید به این نکته توجه کرد که میزان تأثیر آن در توان نگهداری مادر چقدر است؟ اگر مادر مبتلا به بیماری مزمنی چون برخی از سرطان ها شود، اگر خود نیز به تنهایی قادر به نگهداری از کودک نباشد، با کمک پرستار، حضانت او باقی خواهد بود. (نظری توکلی، ۱۳۸۵، ۲۹۴)

نکته دیگر اینکه فقط امکان سرایت بیماری مانع از اجرای حق حضانت نیست. باید این سرایت برای سلامت طفل، خطر جدی به وجود آورد و خطر به اندازه ای باشد که ارزش جدا کردن کودک را از پدر یا مادر داشته باشد. بیماری هایی چون سرماخوردگی و آنفلوانزا به سرعت همه گیر می شود. آیا می توان بر مبنای چنین خطری، کودک را از دامن مادر گرفت. به همین دلیل نیز گفته شد که دادگاه باید چگونگی و اندازه خطر را تعیین کند و در این باره، مانند جنون یا شوهر کردن مادر، نمی توان حکم نوعی داد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۳۹۷)

فقهها نیز همانند حقوق دانان حضانت را از افرادی را که دارای بیماری خطرناک اند، ساقط و آن را مانع حضانت می دانند و می گویند بر اساس اطلاق آیه کریمه «لاتضار والدة بولدها» (بقره: ۲۳۳) و روایت «لا ضرر و لا ضرار علی المؤمن» (کلینی، ۱۳۶۷، ۲۹۴/۵؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳هـ، ۲۹۷/۴)، این افراد صلاحیت لازم را برای حضانت ندارند. اسامی تعدادی از این بیماری ها را به تصریح در متون فقهی می بینیم (مکی العاملی، بی تا، ۳۹۶/۱).

این افراد هم به این دلیل که با قرار گرفتن کودک نزد این افراد، سلامت جسمانی او در معرض خطر قرار می گیرد، نقض می شود و هم به این دلیل که این افراد، به طور معمول از اداره امور خود عاجزند و قادر به انجام امور مربوط به حضانت نیز نیستند.

۵. کفر

قانون مدنی در مورد اینکه آیا کفر نیز از موانع حضانت است، سکوت نموده، ولی حداقل به سه دلیل می توان کفر را از موانع حضانت دانست:

الف. مطابق ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی: «ولی مسلم نمی تواند برای امور مولی علیه خود، وصی غیر

مسلم معین کند».

ب. یکی از وظایف حضانت‌کننده، تربیت طفل است و تربیت طفل مسلمان باید دینی باشد و امکان تحقق آن به دست کافر ممکن نیست. ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی می‌گوید:

هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا مدعی العموم (دادستان) هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند...

در این ماده، موارد عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی بیان شده است. قید «عدم مواظبت» به طور عام استعمال شده و شامل عدم مواظبت جسمی و روانی (اخلاقی، تربیتی و عاطفی) می‌گردد که در غیر مسلمانان، این موارد رایج‌تر است. پس می‌توان کفر را از موانع حضانت دانست. با این حکم، اگر مرد مسلمانی با زنی از اهل کتاب نیز ازدواج نماید، پس از جدایی، حضانت فرزند با پدر است. (اسدی، ۱۳۸۸، ۵۴)

ج. مطابق متون فقهی، حضانت طفل مسلمان برای ولی کافر، در صورت وجود فرد مسلمان، ممکن نیست. (حلی، ۱۴۱۳ه، ۱۰۲/۳)

مطابق اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات باید منطبق با شرع باشد و وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی در صورت نقص، ابهام، تعارض یا خلأ قانونی، قاضی باید به منابع و فتاوی معتبر رجوع نماید. در حقوق امامیه، فقها اتفاق نظر دارند که سرپرست و نگهدارنده کودک باید مسلمان باشد و دلیل اصلی آنها، آیه شریفه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء: ۴۱) و روایت «الاسلام یعلو و لایعلی علیه» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۲۹۷/۴) می‌باشد. دلیل دیگر آنها زبان‌های اخلاقی سرپرستی کافر است؛ زیرا ترس آن می‌رود که عقاید خود را به کودک منتقل کند. با توجه به نظر فقهای امامیه و ملاک ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی که مربوط به وصی است و اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌توان گفت که کفر، مانع حضانت است.

مواردی که نیاز به ارزیابی دادگاه دارد

گاهی در تشخیص مصادیق دلایل سقوط حضانت، تردید پیش می‌آید که آیا این مورد نیز از موارد سقوط حضانت است یا نه. در بعضی از این موارد، وجود خطر، فقط سبب بازستاندن

طفل از پدر یا مادر نالایق نیست و مانع سپردن کودک به آنان نیز می‌شود. بنابراین، می‌توان گفت ضابطه تمیز موانعی که دادگاه باید مصداق‌های خارجی آن را تعیین کند، در خطر بودن سلامت جسمی و اخلاقی کودک است. این ضابطه، جنبه اجتماعی دارد و به عهده دادرسی است، ولی چون درباره سرنوشت کودک تصمیم می‌گیرد، باید وضع جسمی و شئون خانوادگی پدر و مادر و طفل را نیز در نظر بگیرد و فقط به ضوابط نوعی نپردازد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۷۳/۲) به همین دلیل مواردی که نیاز به بررسی و ارزیابی دارد، گردآوری شده است.

۱. ناتوانی در نگهداری طفل

خواه در اثر غیبت و زندان باشد، یا بیماری و زمینگیری و گرفتاری در امرار معاش. بدیهی است که اگر دادگاه تشخیص دهد که پدر یا مادر به یکی از این دلایل، توانایی نگهداری طفل را ندارد و به آن اندازه نیز ثروتمند نیست تا بتواند کسانی را با مسئولیت خود به این کار گمارد، باید از سپردن کودک به او خودداری کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳۹۷-۳۹۶)

۲. اعتیاد

اعتیاد ابویین به الکل، مواد مخدر و قمار ویرانگر خانواده‌ها می‌باشد و پیامد منفی آنها بر خانواده، قانون‌گذار را بر آن داشته که نه فقط اعتیاد به الکل و مواد مخدر را از نمودهای عسر و حرج زوجه برای طلاق داند، این دو را از مصادیق انحطاط اخلاقی ابویین برای سقوط حق حضانت آنها نیز محسوب نماید. با این حال قانون‌گذار برای به اعتیاد به مواد مخدر و الکل، صفت زیان‌آور را نیز افزوده است. با توجه به اینکه به نظر می‌رسد این صفت، در مقام شرط است، مفهوم مخالف این ماده این است که اگر اعتیاد به الکل و مواد مخدر، زیان‌آور نباشد، از اسباب سقوط حق حضانت نمی‌باشند. برخی پدران و مادران، اعتیاد خود را از فرزندان مخفی می‌دارند، یا زیان الکل و مواد مخدر را به خوبی به فرزندان خود می‌فهمانند و خود را در منجلابی غیرقابل گریز می‌نمایانند و به طور غیرمستقیم، به فرزندان خود درس پرهیز از افتادن در این دام می‌دهند. در این موارد، اعتیاد مسقط حق حضانت نیست. کلمه اعتیاد نیز به معنای تکرار استفاده از الکل و مواد مخدر به صورت غیر قابل پرهیز است. بنابراین اگر کسی یک بار یا به صورت تفننی از این مواد استفاده نماید، از موارد سقوط حق حضانت وی نخواهد بود.

اثرات تخریبی قمار نیز در تربیت فرزندان بر کسی پوشیده نیست، ولی اگر بنا به تشخیص دادگاه، برای فرزندان، زیان آور نباشند، مسقط حق حضانت نیست. مهم‌ترین اثر مخرب قمار، این است که رابطه منطقی بین فعالیت و کسب درآمد را در ذهن کودک به هم می‌زند. در نتیجه اگر قدرت بدنی و جرأت داشته باشد، ممکن است سر از دزدی و تجارت مواد مخدر درآورد و در صورت برخورداری از هوش سرشار، کلاهبرداری نماید. اگر، هم از قدرت بدنی برخوردار باشد و هم از هوش سرشار؟! (دیانی، ۱۳۸۷، ۳۳۶-۳۳۵)

۳. اشتها به فسق

یکی دیگر از قوانین سلب حق حضانت، انحطاط اخلاقی و اشتها به فساد اخلاق و فحشا است. ظاهر ماده این را می‌رساند که گویا فساد و فحشای پنهانی موجب سلب حضانت نیست. از نظر شرعی نیز مرتکب متجری به گناه، دارای احکام متفاوتی نسبت به کسی است که در خفا گناهی را مرتکب می‌شود. شهره به فسق، کسی است که متجاهر به آن بوده، آشکارا مرتکب گناه شود و خود را فارغ از قضاوت دیگران و اجتماع تصور کند. چنین فردی صلاحیت حضانت اطفال را ندارد؛ زیرا متجاهر به فسق، مستقیم و یا غیر مستقیم آنان را به کار ناشایست وامی‌دارد. (دیانی، ۱۳۸۷، ۳۳۶)

این مانع، به دلیل وابستگی آن به عادات و رسوم اجتماعی، بیش از سایر عوامل تاب تفسیرهای گوناگون را دارد. بنابراین می‌توان گفت که اعتیادهای زیان‌بار، پیشه کردن اعمال منافی عفت، عادت به رشوه‌خواری، خیانت و کلاهبرداری، از نمودهای بارز انحطاط اخلاقی و فسق است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳۹۷)

۴. سوء استفاده از کودک

سوء استفاده از طفل یا اجبار او در ورود به مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشا، تکدی‌گری، قاچاق و توزیع مواد مخدر نیز از موارد سلب حق حضانت است. عبارت «از مصادیق» در ماده ۱۱۷۳ اصلاحی می‌گوید که موارد زیر، از مصادیق مذکور در این بند از ماده حصری نیستند. بنابراین اگر از طفل برای سرقت یا توزیع مواد الکلی نیز استفاده سوء شود، با وحدت

ملاک می‌توان از موارد سلب حضانت دانست (دیانی، ۱۳۸۷، ۳۳۷) که برای ساقط شدن حق حضانت از این طریق نیز نیاز به ارزیابی دادگاه است.

۵. خشونت خارج از حد متعارف

با وجود محبت بی‌چشم‌داشتی که پدر و مادر نسبت به فرزندان خود دارند، گاه دیده می‌شود که رفتار خشونت‌بار برخی والدین و تنبیه‌های دشواری که بر فرزندان خود روا می‌دارند، سلامت جسمی و تربیت اخلاقی کودک را به خطر می‌اندازد. در این صورت، دادگاه می‌تواند حق حضانت را معلق دارد و کودک را به هزینه پدر به دیگری بسپارد. برخلاف ناتوانی و بیماری و انحطاط اخلاقی که باعث سقوط حق حضانت به طور کلی می‌شود، احتمال دارد مانع خشونت، نسبی و فقط در مورد یکی از فرزندان باشد و درباره سایرین رفتار معقولی داشته باشد. دادگاه می‌تواند بخشی از اختیار حضانت درباره همان فرزند را معلق دارد و سایر فرزندان را در اختیار او باقی‌گذارد؛ به بیان دیگر، سقوط حق حضانت می‌تواند نسبی باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳۹۸-۳۹۷)

«تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف» نیز حق حضانت را ساقط می‌نماید. البته قانون‌گذار در ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی، حق تنبیه را برای ابویین محفوظ داشته، ولی «به استناد این حق، نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب، تنبیه نمایند». حد تأدیب در قانون مشخص نشده و در این مورد باید به عرف مراجعه نمود. تنبیه، به معنای «آگاهی دادن» و «هشیار ساختن» است. اگر طفل با بیان نرم و سپس، عتاب شدید متنبه نشد، برای هشیار ساختن وی، اعمال خشونت فیزیکی ملائم لازم است که به میزان متعارف، اشکالی ندارد، ولی اگر از حد متعارف خارج شد و به حد آزار رساندن و انتقام و یا خشونت‌های غیر متعارف رسید. اگر آثار جراحت و یا کبودی بر بدن کودک دیده شود، حق حضانت ساقط می‌گردد و والدین، مشمول مجازات کیفری نیز می‌شوند. ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی، «اعمال و اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که به منظور تأدیب یا حفاظت آنها انجام شود، مشروط به اینکه اقدامات مذکور در حد متعارف، تأدیب و محافظت باشد» را جرم محسوب نکرده است. طبق نظریه شماره ۸۷۰۹/۷ مورخ ۱۳۶۹/۳/۱۳ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز اعمال ارتكابی پدر نسبت به فرزند خارج از حد

تربیت، جرم است و چنانچه پدر در مظان اتهام قرار گیرد، قییم اتفاقی صغیر می تواند شکایت کند. برخی گمان کرده‌اند که قانون‌گذار برای ابوینی که از حدود تأدیب، خارج شده، به اعمال خشونت خارج از حدود عرف علیه فرزندان خود می‌پردازند، ضمانت اجرایی مناسب در قوانین کیفری پیش‌بینی نکرده است؛ زیرا از سویی ماده ۵۹، قانون مجازات اسلامی معیار برخورد والدین را مشخص نمی‌کند و از سوی دیگر، ضمانت اجرای تجاوز و تخلف از حدود عرف را بیان نمی‌کند و بر این باورند که به دلیل سکوت قانون‌گذار در این مورد، نمی‌توان مجازاتی بر پدر و مادر بار نمود.

در پاسخ باید گفت هرچند این ماده در تعیین نمودن ملاک عرفی، اشکال دارد، زیان در زمانی که مصادیق عرفی به گونه‌ای آشکار، متفاوت گردند و قضاوت‌های عرفی مختلف شوند، باید قانون‌گذار در مقام تعیین مصداق برآید. در وضعیت فعلی که مصادیق معین نشده، برخی از مصادیق، از نظر عرفی از حد تأدیب و تنبیه خارج‌اند. از این‌رو، اگر پدر و مادر جنایتی را در حق فرزند خود مرتکب شدند، بنا به مفهوم مخالف ماده ۵۹ باید ابوین، مشمول مجازات شرعی؛ یعنی پرداخت دیه شوند. همچنین اگر طفل از حق برخورداری از محبت، آموزش صحیح، اظهار نظر و بهره‌مند شدن از بهداشت، محروم شد، باید پدر را ملزم نمود و اگر توان مالی انجام این امور را ندارد، دولت با توجه به پاسداری از حقوق عمومی و پیشگیری از زمینه‌های بروز مشکلات اجتماعی و جرم، باید به مدد خانواده بشتابد و کمبودها را جبران کند.

در صدر بند پنج ماده ۱۱۷۳، واژه «تکرار ضرب و جرح» آمده و دلالت بر این دارد که یک بار زدن، موجبی برای سقوط حق حضانت نیست، ولی اگر ضرب در همان مرحله اول، شدید و خارج از حد عرف باشد، چه بسا با ارتکاب همان یک بار نیز حق حضانت ساقط گردد.

مواد قانونی بازدارنده از اعمال خشونت علیه کودکان کم نیستند، ولی مرجعی هم برای کودک، در زمانی که علیه وی اعمال خشونت می‌شود، وجود ندارد و کودکی که هیچ پناهگاهی جز خانواده ندارد، نمی‌داند در صورت احساس ناامنی در این محیط، به چه کسی شکایت برد و چگونه ثابت کند که علیه وی اعمال خشونت شده است. با وجود اینکه در برخی کشورها، مثل کانادا و فرانسه، چنین مرجعی مشخص گردیده است و قوانین ماهوی بازدارنده زیادی وجود دارد، ولی قوانین شکلی مناسبی در این زمینه وجود ندارد و می‌توان گفت که

قانون به طور غیر مستقیم، دست پدر و مادر را برای اعمال هرگونه خشونت‌ی باز گذاشته است. باید یادآوری کرد طبق نظریه ۱۳۷۲/۷ مورخ ۱۳۷۲/۴/۸ اداره حقوقی قوه قضاییه، آموزگار و معلم مشمول معافیت این ماده نمی‌شوند. بنابراین فقط اولیای قانونی، در ماده ۵۹ معاف از مجازات مزبور شده‌اند و چنانچه این افراد - هرچند برای تأدیب- ضربه‌ای به کودک وارد نمایند، باید دیه بپردازند.

حکم به محرومیت از اعمال حق حضانت، بیشتر به موجب رأی دادگاه خانواده است، ولی ممکن است به وحدت ملاک ماده شانزده قانون اقدامات تأمینی مصوب ۱۳۳۹۲/۲/۱۲ در قسمت اقدامات تأمینی مالی و غیر مالی، بتوان نتیجه گرفت که این حکم، به موجب رأی محکمه کیفری نیز می‌تواند صادر شود. این ماده مقرر می‌دارد:

هر گاه کسی به علت تخطی یا تجاوز از وظایف قیمومت یا نظارت یا اعمال حق ولایت، محکوم به حبس گردد و یا محکومیت جزایی پیدا کند که او را برای انجام وظایف مزبور، غیر صالح کند، حکم به محرومیت او از حق قیمومت یا نظارت یا اعمال حق ولایت از طرف دادگاه صادرکننده حکم جزایی داده خواهد شد. (دیانی، ۱۳۸۷، ۳۳۹-۳۳۷)

نکته مهم اینکه در صورت ایجاد هر یک از موارد موانع حضانت و سلب و سقوط حضانت از سرپرست و نگهدارنده کودک، حق ملاقات فرزند برای او محفوظ است، مگر اینکه ملاقات، موجب اضرار واقعی به طفل گردد. در کنوانسیون حقوق کودک نیز در چند ماده به این مسئله اشاره شده است؛ در ماده ۹ کنوانسیون، دولت‌ها موظف به توجه به حضانت کودک و جدا نمودن کودک از والدین، مگر در صورت منافع کودک، شده‌اند. در این ماده آمده است:

۱. کشورهای طرف کنوانسیون، تضمین می‌نمایند که کودکان علی‌رغم خواسته‌شان از والدین خود جدا نشوند، مگر در مواردی که مقامات ذی‌صلاح، مطابق قوانین و مقررات و پس از بررسی‌های قضایی مصمم شوند که این جدایی به نفع کودک است. این‌گونه تصمیمات ممکن است در موارد به خصوصی از قبیل سوء استفاده و یا بی‌توجهی والدین کودک و یا هنگام جدا شدن والدین از یکدیگر، ضرورت یابد و در این صورت باید در مورد محل اقامت کودک، تصمیمی اتخاذ شود.

۲. در هر یک از مراحل دادرسی مربوط به پاراگراف اول ماده نه، باید به تمام

طرف‌های ذی‌نفع فرصت داده شود در مراحل دادرسی شرکت کرده و نظرات خود را ابراز کنند.

۳. کشورهای طرف کنوانسیون، حق کودکی را که از یک یا هر دو والدین جدا شده، مبنی بر حفظ روابط شخصی و تماس مستقیم با والدین به طور منظم رعایت خواهند نمود، مگر در مواردی که این امر، مغایر منافع کودک باشد.

۴. هنگامی که جدایی ناشی از اقدامات دولت از قبیل بازداشت، زندانی کردن، تبعید، اخراج یا مرگ (من جمله مرگی که در حین توقیف بودن شخص واقع شود) یکی یا هر دو والدین و یا کودک باشد، کشور طرف کنوانسیون بنا به درخواست، والدین یا کودک یا در صورت اقتضا یکی از اعضای خانواده را در جریان اطلاعات ضروری در مورد اموال فرد غایب خانواده قرار خواهد داد، مگر در مواردی که دادن این گونه اطلاعات، مضر به حال کودک باشد. کشورهای طرف کنوانسیون همچنین تضمین خواهند نمود که تسلیم این درخواست، فی نفسه عواقبی برای افراد مربوطه در پی نداشته باشد.

در ماده ۲۷ کنوانسیون، پدر و مادر موظف به فراهم نمودن شرایط زندگی مناسب برای کودکان شده‌اند. این ماده مقرر می‌دارد:

۱. کشورهای طرف کنوانسیون، حق تمام کودکان را نسبت به برخورداری از استاندارد مناسب زندگی برای توسعه جسمی، ذهنی، روحی، اخلاقی و اجتماعی به رسمیت می‌شناسند.

۲. والدین یا سایر سرپرستان کودک، مسئولیت عمده‌ای در جهت تضمین شرایط زندگی مناسب برای پیشرفت کودک در چارچوب توانایی‌ها و امکانات عالی خود به عهده دارند.

همچنین در اصل ششم اعلامیه جهانی حقوق کودک، به سرپرستی کودک در فضایی با امنیت اخلاقی و مادی اشاره شده و آمده که کودک برای پرورش کامل و متعادل شخصیت، نیاز به محبت و تفاهم دارد و باید زیر نظر و سرپرستی والدین خود و در فضایی پر از محبت در امنیت اخلاقی و مادی پرورش یابد، کودک خردسال را به جز در موارد استثنایی، نباید از مادر جدا کرد و جامعه و مقامات اجتماعی موظف‌اند که نسبت به کودکان بدون خانواده و کودکان بی‌بضاعت، توجه ویژه کنند. در این مورد نیز میان مفاد کنوانسیون و اعلامیه

جهانی حقوق بشر و نظر قانون و فقه امامیه تعارضی وجود ندارد و این موارد را می‌توان همان موارد استثنایی دانست که باید کودک را از والدین جدا نمود. مواردی که در آن، والدین نه فقط نمی‌توانند شرایط مناسب و استاندارد مورد نیاز زندگی کودک را فراهم نمایند، بلکه با قرارگیری کودک در این محیط، ممکن است آسیب‌های جبران‌ناپذیر روحی و جسمی ببینند.

بازگشت حق حضانت

بحث بعدی این است که اگر موانع حضانت پدر یا مادر برطرف شود، آیا حق حضانت او بازمی‌گردد یا خیر؟ قانون مدنی به این پرسش هم پاسخ نمی‌دهد. در حقوق ایران، این بحث وجود دارد که آیا عواملی، مانند ازدواج مجدد مادر یا جنون، باعث سقوط حق حضانت می‌شود، یا مانع از آن است و پس از زوال مانع، دوباره حق به پدر یا مادر بازمی‌گردد؟ گویا هیچ عاملی نمی‌تواند این حق ذاتی را از بین ببرد. نظر حقوق‌دانان این است که مصلحت کودک، مهم‌ترین هدف قانون‌گذار است. پس، هر جا که حادثه‌ای این مصلحت را به خطر اندازد، حق پدر یا مادر، مانع رفع ضرر از طفل نیست، ولی دلیلی نیز وجود ندارد که پس از زوال مانع و رفع خطر، پدر و مادر وضع طبیعی خود را که مصلحت طفل نیز در آن است، بازنیابند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۷۰/۲-۱۶۹)

۱. بازگشت حضانت به پدر

انتقال حضانت کودک از پدر به مادر یا پدربزرگ در زمانی است که وی شرایط لازم برای نگهداری از کودک خود را نداشته باشد. بنابراین اگر پدر، دوباره صلاحیت خود را به دست آورد، سرپرستی کودک به او سپرده خواهد شد؛ زیرا تعلیل موجود در ذیل روایت فضیل بن یسار مبنی بر اینکه «فهو أحق بولده منها لموضع الأب؛ او سزاوارتر است به فرزند خود از مادر به واسطه جایگاه پدری» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ۴۳۵/۳)، حکایت از این مطلب دارد که سایر موانع، مانع از تأثیر جایگاه پدری است که مقتضی اولویت پدر است. پس با از بین رفتن آن مانع، دوباره پدر بودن اثرگذاری خود را به دست خواهد آورد. (نجفی، بی‌تا، ۲۹۵)

۲. بازگشت حضانت به مادر

اگر مادر نیز بتواند در زمانی که نگهداری کودک بر عهده اوست، شرایط لازم را به دست آورد، برای مثال، آثار جنون در او از بین برود، بیماری مسری او درمان شود، اعتیادش را ترک نماید و... حق حضانت که ساقط شده بود، بازمی‌گردد؛ زیرا این حق، از حقوق طبیعی و در مدت معینی از آن مادر می‌باشد و پس از زوال مانع، مادر می‌تواند حق حضانت خود را اعمال نماید؛ (امامی، ۱۳۴۳، ۱۹۶) چراکه مقتضی حضانت در او وجود دارد و وجود مانعی جلوی تأثیر آن را گرفته است که با از بین رفتن آن، مقتضی اثر خود را خواهد داشت. (نظری توکلی، ۱۳۸۵، ۳۰۱)

البته عده‌ای از نویسندگان مثل صاحب جواهر در بازگشت حق حضانت با طلاق (در صورتی که ازدواج مجدد مادر، مانع حضانت او بوده است)، تردید کرده‌اند، (نظری توکلی، ۱۳۸۵، ۲۹۵) ولی با توجه به اینکه مشهور فقها قایل به بازگشت حضانت در صورت زوال مانع‌اند، (حلی، ۱۴۱۳هـ، ۱۰۳/۳) شامل این مورد نیز می‌شود. در مورد انحلال نکاح مادر با غیر، اگر با طلاق رجعی باشد، تا زمانی که مدت عده رجعیه باقی است، حق اعمال حضانت برنمی‌گردد؛ زیرا در مطلقه رجعیه زوجه، در حکم زوجه می‌باشد. بنابراین در طلاق رجعی، پس از انقضای مدت عده، حق اعمال حضانت مادر باز به او داده می‌شود. (امامی، ۱۳۴۳، ۹۶-۹۷) با این تفاسیر می‌توان گفت موارد مذکور، مسقط حق حضانت نیستند، بلکه مانع‌اند.

جایگزین‌ها پس از سقوط حضانت

۱. سقوط حضانت از پدر یا مادر

حال این پرسش مطرح می‌شود که اگر پدر یا مادر در زمانی که عهده‌دار نگهداری کودک خود می‌باشند، به دلیل بروز یکی از موانع حضانت، شرایط لازم برای نگهداری کودک را از دست بدهند و بدین وسیله از حضانت فرزندشان محروم شوند، چه کسی انجام این وظیفه مهم را بر عهده می‌گیرد؟

در قانون مدنی فقط به جایگزین صلاحیت‌دار پس از فوت شخص صلاحیت‌دار اشاره شده است؛ اگر یکی از ابویین طفل بمیرد، حق حضانت برای کسی است که زنده مانده است؛ زیرا



طبق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، نگاهداری اطفال، حق و تکلیف ابوبین است. بنابراین هر گاه یکی از آنان بمیرد، دیگری بالاستقلال دارای حق حضانت می‌باشد، اگرچه کسی که مرده است، وصی برای حضانت طفل خود معین نموده باشد؛ زیرا وصی، نماینده موصی است که در نبودن او اعمال و وظایف ولایت را نیز انجام می‌دهد. بنابراین با وجود دیگری که خود دارای حق حضانت است، نماینده سمتی ندارد. (صالحی، ۱۳۸۵، ۶۹) ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی می‌گوید: «در صورت فوت یکی از ابوبین، حق حضانت طفل با آنکه زنده است، خواهد بود، هر چند متوفی، پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد». بنابراین در صورت فوت، حضانت طفل با کسی است که در قید حیات است.

نکته‌ای که لازم است در اینجا بیان شود، این است که اگر مادر پس از فوت پدر، حضانت فرزندان را به عهده بگیرد و تصمیم به ازدواج مجدد داشته باشد، این ازدواج مانع حضانت او نمی‌گردد. تبصره دو ماده واحده قانون «حق حضانت فرزندان صغیر یا مهجور به مادران آنها» مصوب سال ۱۳۶۴ مجلس شورای اسلامی، مؤید این نکته است. این ماده مقرر می‌دارد: حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده و یا فوت شده باشند، با مادران آنان خواهد بود و هزینه متعارف زندگی این فرزندان، چنانچه از اموال خودشان باشد، در اختیار ولی شرعی (وصی یا جد پدری) است و اگر از طریق بودجه دولت یا بنیاد شهید پرداخت می‌شود، در اختیار مادرانشان قرار می‌گیرد، مگر آنکه دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر، حکم به عدم صلاحیت بکند.

همچنین تبصره دو این ماده چنین اعلام می‌دارد: «ازدواج مادرانی که در ماده واحده ذکر شده است، مانع از حق حضانت آنها نمی‌گردد». فقها نیز در صورت فوت یکی از والدین، دیگری را برای حضانت صلاحیت‌دار دانسته‌اند. (نجفی، بی تا، ۲۹۵) قوانین مربوط به حضانت، در اثر فوت شخص صلاحیت‌دار، استثنایی است و با قوانین مربوط به موانع حضانت در والدین مثل انحطاط اخلاقی، جنون و... متفاوت است. برای یافتن جایگزین صلاحیت‌دار پس از سقوط حضانت از پدر یا مادر، موارد مربوط به هریک، جداگانه بررسی می‌شود.

الف. ایجاد مانع حضانت در مادر

اگر مادر یکی از شرایط معتبر برای حضانت را نداشته باشد و یا از دست بدهد، در اینکه چه کسی انجام آن را بر عهده می‌گیرد، میان فقها اختلاف است و دو نظریه مطرح است: بسیاری از فقها معتقدند که در این صورت، پدر جایگزین مادر شده، وظیفه نگهداری از کودک را بر عهده می‌گیرد. (طوسی، بی تا، ۴۰/۶) برای مثال، ازدواج مادر با فرد دیگری غیر از شوهر سابق خود، یا جنون او، باعث از بین رفتن حق او در حضانت شده، پدر کودک موظف به حفظ و نگهداری از کودک خود است. در زمانی که مادر باید چنین وظیفه‌ای را بر عهده بگیرد نیز چنین است؛ زیرا برای او، تکلیف محسوب می‌شود. همچنین اگر غیر مسلمان بودن مادر را مانع از حضانت او بدانیم، پدر برای نگهداری کودک خود، اولویت خواهد داشت. (ابن براج، ۱۴۰۴، ۳۵۳/۲)

اگر مادر، شرایط لازم را داشته باشد، ولی از انجام وظایف خود در مورد کودک سر باز زند، با وحدت ملاک، پدر باید اداره زندگی کودک خود را بر عهده بگیرد و اگر او نیز عهده‌دار انجام این کار نشد، بعید نیست که بتوان برای حمایت از زندگی کودک، پدر را وادار به انجام این مهم نمود. (مکی عاملی، بی تا، ۳۹۶/۱) ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی نیز همین نظر را تأیید کرده و مقرر می‌دارد: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است، مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود».

ب. از بین رفتن شرایط پدر

اگر پدر یکی از شرایط لازم را نداشته باشد، یا یکی از موانع حضانت برای او پیش آید، آیا انجام این وظیفه به مادر منتقل می‌شود، یا جانشین پدر عهده‌دار نگهداری کودک می‌شود؟ در متون فقهی، برخی این نظریه را مطرح کرده‌اند که اگر پدر، شرایط لازم برای حضانت کودک را نداشته باشد، مادر تا زمانی که کودک به سن بلوغ برسد، برای انجام این کار، بر دیگران مقدم خواهد بود. (نجفی، بی تا، ۲۹۵) شهید اول گفته است: «اگر مادر از نگهداری کودک امتناع نماید، پدر اولویت پیدا می‌نماید و اگر امتناع نماید، اجبار می‌شود» (مکی عاملی، بی تا، ۳۹۶/۱) و به همین دلیل، با کنار هم گذاشتن کفر، مرگ و بردگی پدر، حکم به اولویت مادر در حضانت از کودک خود کرده‌اند، مشروط به اینکه مادر، خود فاقد شرایط لازم نباشد.



(ابن براج، ۵۱۴۰۴، ۳۵۳/۲)

نظر دیگر چنین است که اگر بپذیریم که پدربزرگ پدری، جانشین پدر کودک است، در این صورت حکم خواهیم کرد که اگر مانعی از موانع حضانت برای پدر پیش آید و یا یکی از شرایط لازم برای نگهداری کودک را نداشته باشد، این وظیفه بر عهده پدر او، یعنی جد کودک است، همچنان که اگر پدر از دنیا رفته یا غایب می‌شد، این وظیفه به پدر وی منتقل می‌شد. (ابن بابویه، ۵۱۴۱۳، ۲۷۵/۳)

بنابراین با توجه به نظرات فقهای امامیه و قانون مدنی می‌توان گفت پدر و مادر در تمامی دوران حجر فرزند، حق نگهداری او را دارا می‌باشند، ولی اگر به دلیلی، مانع حضانت برای مادر ایجاد شود، حضانت به پدر انتقال می‌یابد و در صورتی که پدر شرایط لازم برای حضانت را نداشته باشد، فقط در صورت فوت پدر، حتی با وجود ازدواج مجدد مادر، حضانت به مادر انتقال می‌یابد. در صورت ایجاد موانع حضانت در پدر نیز مادر فقط تا هفت سالگی می‌تواند عهده‌دار حضانت کودک باشد و پس از آن، به جد پدری انتقال می‌یابد.

۲. سقوط حضانت از والدین

پرسش مهم دیگر، این است که اگر هم پدر و هم مادر از دنیا رفتند یا شرایط حضانت را از دست دادند، نگهداری کودک به عهده چه کسی قرار می‌گیرد؟

در قانون مدنی در صورت به وجود آمدن موانع حضانت برای والدین، حکم روشنی وجود ندارد، مگر اینکه با استفاده از وحدت ملاکات و مناطات در موارد دیگر، حکم آنها را به این موضوع سرایت دهیم. ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی، تکلیف حضانت را در صورت فوت یکی از ابویین مشخص کرده است. این ماده مقرر می‌دارد: «در صورت فوت یکی از ابویین، حق حضانت طفل با آنکه زنده است، خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قییم معین کرده باشد»، ولی در صورت فوت ابویین طفل، در قانون مدنی ایران حکمی وجود ندارد و به استناد ماده سه قانون آیین دادرسی مدنی، باید به روح قانون، یعنی فقه امامیه رجوع کرد. (صالحی، ۱۳۸۵، ۶۹)

در مورد این مسئله بین فقها اختلاف، بسیار است و نظرهای گوناگونی در این باره مطرح

شده است که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم. در صورت فقد پدر و مادر، حضانت مربوط به پدر پدر می‌شود، گرچه برادران و خواهران نیز باشند و در ارث بردن با جد، شرکت داشته باشند. محقق و علامه در کتب مختلف و شیخ طوسی در موضعی از مبسوط و ابن ادریس این نظر را برگزیده‌اند. (بحرانی، ۱۴۰۹، ۹۷/۲۵-۹۶) به جز آنها، بیشتر فقها حکم حضانت طفل را به بقیه نزدیکان و اقربای او داده‌اند و ترتیب ارث بردن «الاقرب فالاقرب» را در این مسئله مطرح کرده‌اند. (حلی، ۱۴۱۳، ۱۰۲/۳) در قرآن نیز آمده است:

و آنان که ایمان آورده‌اند و بعد از شما (یا بعد از صلح حدیبیه)، هجرت کردند و به اتفاق شما در راه دین جهاد کردند، آنها نیز از شما هستند و خویشاوندان نسبت به یکدیگر، در احکامی که خدا مقرر داشته (از دیگران) سزاوارترند. خداوند به همه چیز داناست. (انفال: ۷۵)

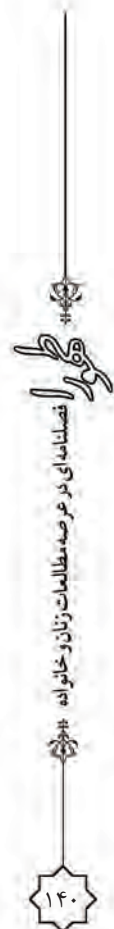
این دسته از فقها که اکثریت دارند، از آیه چنین فهمیده‌اند که اولویت در آیه شریفه، شامل ارث و حضانت و غیر این دو می‌شود؛ زیرا فرزند به تربیت و سرپرستی نیاز دارد و ناچار باید کسی به این امر و وظیفه قیام کند و طبق قاعده، نزدیک‌ترین افراد به این وظیفه، از دورترین سزاوارترند. از این رو، در صورت نبود پدر و مادر، این وظیفه به اقربا تعلق می‌گیرد و کسانی که وارث خواهند بود، نگهداری طفل را باید انجام دهند.

اگر وارث، یک نفر باشد، ایفای این وظیفه به عهده اوست و اگر متعدد باشند، بین آنان قرعه‌کشی می‌شود. صاحب مسالک این نظر را مورد اعتماد می‌داند، آن گونه که صاحب حدائق از او نقل کرده است. (مشایخی، ۱۳۸۷، ۱۱۸-۱۱۷)

از نظر حقوقی نیز می‌توان گفت اگر مادر فوت کرده باشد، حق حضانت برای وصی پدر و سپس وصی جد می‌باشد؛ زیرا آنان نماینده قانونی ولی طفل‌اند. (صالحی، ۱۳۸۵، ۶۹) ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی مقرر داشته است:

هر یک از پدر و جد پدری، بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشند، وصی معین کند تا بعد از وفات خود، در نگهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید.

در صورت نبودن هیچ‌یک از آنان، حضانت با قیمی است که به پیشنهاد دادستان از طرف دادگاه منصوب می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۱۶۹/۲) ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی و ماده ۷۹ قانون



امور حسبی به این حکم تصریح می‌نماید. ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیم است». ماده ۷۹ قانون امور حسبی نیز می‌گوید: «قیم باید در ترتیب و اصلاح حال محجور، سعی و اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت را بنماید». همچنین ماده ۱۲۳۲ قانون مدنی می‌گوید: «با داشتن صلاحیت برای قیمومت، اقربای محجور مقدم بر سایرین خواهد بود».

در آخرین مرحله، نگهداری طفل واجب کفایی است؛ یعنی بر هر مسلمانی واجب است که از طفل نگهداری و سرپرستی نماید و اگر یکی این وظیفه را انجام دهد، تکلیف از گردن دیگران ساقط خواهد شد. (صفایی؛ امامی، ۱۳۸۸، ۱۳۰/۲)

در ماده بیست کنوانسیون حقوق کودک نیز به حمایت از کودک در دوران جدایی والدین، توجه شده و راهکارهایی پیش‌بینی شده است، این ماده مقرر می‌دارد:

۱. کودک نباید به طور موقت یا دائم از محیط خانواده و از منافع خویش محروم باشد و باید از طرف دولت، تحت مراقبت و مورد مساعدت قرار گیرد.
 ۲. کشورهای طرف کنوانسیون می‌بایست طبق قوانین ملی خود، مراقبت‌های جایگزین دیگری را برای این‌گونه کودکان تضمین نمایند.
 ۳. این‌گونه مراقبت‌ها شامل موارد زیادی می‌شود، از جمله تعیین سرپرست و کفیل در قوانین اسلامی، فرزندخواندگی و یا در صورت لزوم، اعزام کودک به مؤسسات مناسب مراقبت از کودکان. به هنگام بررسی راه‌حل‌ها باید به استمرار مطلوب در تربیت کودک، قومیت، مذهب، فرهنگ و زبان کودک توجه خاص شود.
- بنابراین جایگزین پدر و مادر از طریق فرزندخواندگی تأمین می‌شود، درحالی‌که در حقوق و فقه ما، تأکید بر جد پدری است و پس از او وصی و قیم، عهده‌دار این وظیفه است.

نتیجه

حضانت به معنای نگهداری و تربیت است. تمام احکام حضانت، برای تأمین مصالح کودک و مادر است. در اسلام حضانت، نسبت به مادر حق و نسبت به پدر، هم حق و هم تکلیف است. برای والدین، حق اعراض از حضانت نیست؛ چراکه طبق قانون مدنی، این فقط حق سرپرست نیست، بلکه در زمره تکالیف او است. با از بین رفتن شرایط پدر و مادر برای حضانت، زمینه

سقوط حضانت ایجاد می‌شود. بنابراین با جنون، ازدواج مجدد مادر، انحطاط اخلاقی و ناتوانی در نگهداری، کفر و فوت ابویین، حضانت کودک از آنها ساقط می‌شود. جایگزین‌های مناسب برای حضانت کودک پس از سقوط حضانت از والدین، جد پدری، وصی ولی و وصی جد پدری و قیم می‌باشند؛ زیرا آنان نماینده قانونی و شرعی ولی طفل می‌باشند.

در این موارد میان مفاد کنوانسیون و اعلامیه جهانی حقوق کودک و قوانین و فقه امامیه تعارضی دیده نشد، بلکه مفاد آن، تأکیدی بر قوانین و فقه امامیه بودند.

در قوانین سخت‌گیرانه برای حضانت کودک در حقوق و احکام اسلام، مصالح فرزند و عواطف مادر رعایت شده و به مصلحت و نفع کودک و پدر و مادر است. با وجود وضع و اجرای این قوانین، مشکلات جدیدی پس از اجرای این قوانین به وجود می‌آید و چون امکان آن نیست که فرزند در اختیار هر دوی آنها باشد و قانون، فرزند را به یکی از والدین که شایسته‌تر است، می‌سپارد، اما این نکته که فرزند، نیاز به محبت هر دوی آنها دارد، همچنان باقی خواهد ماند. مادر در صورتی می‌تواند نیازهای فرزند را به خوبی پاسخ‌گو باشد که از همراهی پدر، برخوردار باشد و پدر نیز بدون همراهی مادر نمی‌تواند به نیازهای فرزندش پاسخ مناسبی بدهد. بنابراین مشکلات حضانت را باید ریشه‌ای درمان نمود. با آموزش آگاهی‌های پیش از ازدواج در رسانه‌ها و با تغییر در شیوه آموزشی در آموزش و پرورش و دانشگاه‌ها و حوزه‌ها، کمتر شاهد قربانی شدن کودکان معصوم بر اثر اختلافات والدینشان خواهیم بود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



* قرآن کریم

۱. ابن بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق)، (۱۴۱۳هـ)، من لایحضره الفقیه، تصحیح یوسف البقاعی، بی‌جا: دارالاضواء.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرّم، (بی‌تا)، لسان العرب، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۳. احمدی، حدیثه، (۱۳۹۸)، حقوق زوجین، مجموعه مقالات همایش زنان در افغانستان فرصت‌ها- چالش‌ها و راه‌کارها، قم: مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی ﷺ.
۴. اسدی، لیللا، (۱۳۸۸)، اختیارات مادر نسبت به کودک در نظام حقوقی ایران و چالش‌های پیش رو، مجموعه مقالات تدابیر حقوقی کاهش خشونت مبتنی بر جنسیت در راستای تحکیم بنیان خانواده، به کوشش علیرضا طاهری، بی‌جا: سازمان دفاع از قربانیان خشونت.
۵. الامام حسن عسکری علیه السلام، (۱۴۰۹هـ)، التفسیر المنسوب إلیه، تحقیق مدرسه امام مهدی علیه السلام، قم: انتشارات مدرسه امام مهدی.
۶. امامی، حسن، (۱۳۴۳)، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۷. بازگیر، یدالله، (۱۳۸۰)، قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور (حقوق خانواده)، تهران: فردوسی.
۸. بحرانی، یوسف، (۱۴۰۹هـ)، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۹. پیوندی، غلامرضا، (۱۳۹۰)، حقوق کودک، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۰. جبعی عاملی، زین‌الدین احمد بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۶هـ)، الروضة البهیه فی الشرح للمعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۱. جبعی عاملی، زین‌الدین احمد بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۶هـ)، مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۱۲. جعفری لنگرودی، جعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۳. حر عاملی، محمد بن الحسن، (بی‌تا)، وسائل الشیعه، تصحیح عبدالرحیم ربانی شیرازی، تهران: المکتبه الإسلامیة.
۱۴. حلی، عبدالعزیز، (۱۴۰۴هـ)، المذهب، قم: مدرسه النشر الإسلامی.
۱۵. حلی، یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳هـ)، قواعد الاحکام، تحقیق صادق بحر العلوم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۶. دینانی، عبدالرسول، (۱۳۸۷)، حقوق خانواده، تهران: میزان.
۱۷. سیاح، احمد، (۱۳۸۰)، فرهنگ بزرگ جامع نوین، تهران: اسلام.
۱۸. صادقی، مریم، (۱۳۸۳)، بررسی مسأله حضانت اطفال در حقوق ایران و فرانسه، ندای صادق، ۳۵(۴).
۱۹. صالحی، محمد، (۱۳۸۵)، تحلیل فقهی و حقوقی حضانت اطفال در حقوق ایران و اسلام، پیام آموزش، ۲۴(۴).
۲۰. صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله، (۱۳۷۴)، حقوق خانواده (قربانیت و نسب و آثار آن)، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۲۱. صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله، (۱۳۸۸)، مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
۲۲. الطریحی، شیخ فخرالدین، (۱۳۷۵)، مجمع البحرین، تهران: انتشارات مرتضوی.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۷۴)، تهذیب الاحکام، تصحیح علی اکبر غفاری، تهران: نشر صدوق.
۲۴. _____، (بی‌تا)، المبسوط فی فقه الامامیه، بی‌جا: المکتبه المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
۲۵. _____، (۱۴۱۲هـ)، استبصار، تحقیق محمدجعفر شمس الدین، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۲۶. علائی رحمانی، فاطمه، (بی‌تا)، نگرشی نوین به مسائل زنان در کتاب سنت، رساله دکتری، دانشگاه تهران: دانشکده الهیات و معارف اسلامی.
۲۷. فاضل هندی، محمد بن حسن، (۱۴۰۵هـ)، کشف اللثام، قم: سید مرعی.
۲۸. قرائتی، مهدی، (۱۳۸۸)، خانواده از رویای عشق تا واقعیت قانون، تهران: پرتوخورشید.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۲)، حقوق مدنی خانواده، تهران: شرکت انتشار.
۳۰. _____، (۱۳۸۷)، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران: میزان.
۳۱. کلینی، ابوجعفر، (۱۳۶۷)، الفروع من الکافی، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۳۲. مجلسی، محمدباقر، (۱۳۹۸هـ)، بحار الانوار، تهران: المکتبه الاسلامیة.
۳۳. مشایخی، قدرت‌الله، (۱۳۸۷)، خانواده از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی، تهران: سمت.
۳۴. مصباح یزدی، محمدتقی، (۱۳۸۸)، نظریه حقوقی اسلام (مشکات)، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته.
۳۵. معین، محمد، (۱۳۸۸)، فرهنگ فارسی، تهران: امیرکبیر.

۳۶. مکی عاملی، محمدبن جمال (شهید اول). (بی تا). الفوائد و الفوائد. تصحیح عبدالهادی حکیم. قم: کتابفروشی اسلامیه.
۳۷. نجفی، محمدحسن. (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دارلایه التراث العربی.
۳۸. نظری توکلی، سعید. (۱۳۸۵). حضانت کودکان در فقه اسلامی. تهران: سمت.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



فصلنامه‌های در عرصه مطالعات زنان و خانواده

