

## حضانة طفل در فقه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق انگلیس

سیدمحمد صدری\*

محمدیار ارشدی\*\*

حسن بادینی\*\*\*

ثمین عباسی\*\*\*\*

تاریخ وصول: ۹۲/۱۱/۵؛ تاریخ پذیرش: ۹۳/۳/۲۶

### چکیده

حضانة، یکی از حقوق و تکالیف زوجین پس از نکاح و بچه دار شدن است. البته در حقوق ایران، جنبه تکلیفی بودن این حق، که بیشتر شامل نگهداری جسمی از کودک می باشد مورد توجه قرار گرفته است، ولی در حقوق انگلیس، علاوه بر نگهداری جسمی، موارد دیگری را نیز دربرمی گیرد. دیدگاه فقهاء امامیه و مذاهب چهارگانه اهل سنت نسبت به ماهیت آن، متفاوت است و هر کدام در جهت دفاع از نظر خودشان استدلال هایی بیان می کنند. بدیهی است، تفاوت در ماهیت، تفاوت در آثار آن را در پی دارد. حضانة از طفل، توسط هر کدام از ابویان یا خویشاوندان وی زمانی جنبه حقوقی پیدا می نماید که نکاح به دلایلی منحل و یا اختلاف بین زوجین وجود داشته و جدای از هم زندگی می کرده باشند. در هر کدام از حالات فوق، مطابق قانون، فقه و نیز حقوق خارجی برای حضانة طفل، اولویت هایی وجود دارد و شخص صاحب اولویت باید دارای شرایط معینی باشد.

در شرایطی ممکن است از شخص مسئول حضانة، حضانة سلب شود. در بررسی شرایط فوق، مهمترین اصل در حقوق ایران و فقه «مصلحت کودک» و در حقوق انگلیس، «رفاه و آسایش کودک» می باشد. چگونگی رسیدگی به دعاوی حضانة، اهمیت ویژه ای دارد. با توجه به حساسیت موضوع، تغییر در حقوق ایران و انگلیس برای نیل به اهداف مورد نظر ضروری به نظر می رسد. آخرین تحول قانونگذاری در خصوص حضانة، به قانون جدید حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ مربوط می باشد که نسبت به قوانین قبلی متحول شده است.

کلیدواژه ها: حضانة، مسئول حضانة، حق، تکلیف، طفل.

## مقدمه

امروزه، یکی از مسائل مهم همه جوامع بشری، ازدواج است، ازدواج که پس از توافق یک زن و مرد حاصل می‌شود، به صورت توافقی یا ناشی از حکم قانون، حقوق و تکالیفی را برای زوجین در زمان انعقاد نکاح، پس از نکاح و در زمانی که صاحب فرزند می‌شوند به وجود می‌آورد. یکی از مهمترین حقوق و تکالیف که ناشی از حکم صریح قانون است، حضانت از فرزند می‌باشد (ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی: نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است).

اهمیت حضانت از اطفال، به این سبب است که کودک از نظر روحی و جسمی در خانواده پرورش می‌یابد. خانواده، به عنوان بزرگترین حامی طفل، مهمترین نقش را در حساسترین دوران زندگی وی دارد. در این مقاله، تلاش می‌شود که حضانت به عنوان یکی از مهمترین مباحث حقوق خانواده، در حقوق ایران، فقه (اهل تسنن و تشیع) و حقوق انگلیس بررسی شود. هدف از نگارش این مقاله، تشریح مسائل قانونی این موضوع، بیان مبانی و نظرات فقهی پیرامون آن و سپس تطبیق آنها با حقوق انگلیس است تا آگاهی خوانندگان نسبت به حقوق خارجی (در اینجا انگلیس) افزایش یابد و مبانی حقوق داخلی بهتر درک شود. افزون بر آن، نقاط اشتراک و افتراق دو نظام حقوقی، مشخص شود و همچنین نقاط ضعف و قوت آنها بیان گردد و برای رفع مشکلات موجود راه حل قانونی و منطبق با وضعیت اجتماعی و فرهنگی ایران ارائه گردد. روش تحقیق در این پژوهش، تحلیلی، استدلالی و تطبیقی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسنادی می‌باشد.

## مفهوم و ماهیت حضانت

### مفهوم حضانت

#### مفهوم لغوی حضانت

در الصحاح تاج العروس (زبیدی، ۱۴۱۰: ۱۱۷) و لسان ابن منظور (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۱۵۰) کلمه «حضانت» از «حِضَن» به معنی زیر بغل تا پهلو گرفته شده است، زیرا دو حِضَن هر چیزی، دو پهلوئی آن است و عرب می‌گوید: حِضَن الطائِر بیضه (یعنی: پرندۀ تخم خود را زیر بال گرفت).

حضانت از بچه نیز به معنی پروردن او می‌باشد (الازهری، ۱۴۰۲: ۲۰۷). حضانت زن از بچه نیز بدین منزلت است که گویی زن بچه را زیر بال می‌گیرد.

### مفهوم اصطلاحی حضانت

در قانون مدنی، تعریف حضانت بیان نشده است، اما بعضی از فقها و حقوقدانان آن را این گونه دانسته‌اند:

«حضانت» شرعاً نوعی ولایت بر طفل و مجنون می‌باشد، از جهت تربیت و آنچه متعلق به مصلحت وی است از محافظت و در گهواره گذاردن و برداشتن از گهواره و سرمه کشیدن و روغن مالیدن و پاکیزه نمودن و شستن جامه‌های او و مانند این‌ها (نجفی، ۱۳۷۰: ۲۷۲).

فقهای اهل سنت، در تعریف فقهی حضانت گفته‌اند: «حضانت، عبارت است از نگاهداری و سرپرستی بچه پسر یا دختر یا انسان کم عقلی که اهل تمییز نباشد و نتواند مستقلاً کار خود را اداره کند و این سرپرستی به گونه‌ای باشد که کار او را اصلاح کند و او را از چیزهایی که برایش زیان دارد و آزار می‌رساند، حفظ نماید و او را از نظر جسمی و روحی و عقلی پرورش دهد تا بتواند مسئولیات و وظایف زندگی خویش را بعداً عهده‌دار شود و این توانایی را بیابد. حضانت و سرپرستی نسبت به طفل کوچک واجب است؛ زیرا اهمال و سهل‌انگاری، بچه را در معرض نابودی و هلاکت قرار می‌دهد» (سید سابق، ۱۳۸۷: ۲۸۸).

بعضی از فقهای امامیه، در تعریف حضانت گفته‌اند: «حضانت، عبارت است از ولایت بر کودک یا دیوانه برای تربیت کردن وی و حفظ و نگاهداری و سرپرستی از او» (مکی عاملی، ۱۳۸۰: ۹۳). بعضی از حقوقدانان، حضانت را اینگونه تعریف کرده‌اند: «نگاهداشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج است، با رعایت ملاقات که برای خویشان نزدیک طفل شناخته شده است» (صفایی، ۱۳۸۹: ۳۴۴).

بعضی دیگر از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۲۱۶) نیز حضانت را نگاهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته طبق شرایط معین، تعبیر نموده‌اند.

بنابراین، هر چند در ظاهر «حضانت» بیشتر ناظر به حمایت جسمی از کودک است، ولی نمی‌توان حمایت جسمی را از حمایت روحی و عاطفی طفل جدا دانست؛ زیرا هم در اسلام و هم در حقوق جدید، این دو به هم آمیخته است و کلمه «تربیت» و «پرورش روحی»، که فقها در تعریف حضانت به کار برده‌اند دارای دو جنبه جسمی و روحی و یا مادی و معنوی است و به پرورش جسمی اختصاص ندارد. ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی هم به جنبه معنوی و اخلاقی حضانت اشاره می‌کند؛ زیرا ماده مذکور مقرر می‌دارد که: هرگاه در اثر عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند

به تقاضای اقبای طفل، یا به تقاضای قیم او یا مدعی العموم، هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند. در حقوق انگلیس، مسئولیت حضانت و سرپرستی هر کدام از والدین نسبت به اولادشان، شامل تمام حقوق، وظایف، قدرت‌ها، مسئولیت‌ها و اختیاراتی است که از جانب قانون و در رابطه با نگهداری از کودک و دارایی‌های وی دارد (Burton, 2011: 113).

### دیدگاه حنفی‌ها و دیگر علمای اهل سنت

فقهای حنفی در این زمینه اختلاف نظر دارند. ابن عابدین، در این خصوص می‌گوید: حضانت حقی است برای طفل که مادر نمی‌تواند آن را عوض طلاق خلع قرار دهد و یا حق را اسقاط و مصالحه کند (مغنیه، ۱۴۱۰: ۱۰۸).

برخی از علمای اهل سنت (سید سابق، ۱۳۸۷: ۲۸۹) حضانت و سرپرستی کودک را حقی مشترک بین کودک و مادر می‌دانند، حضانت و سرپرستی حق کودک است، چون او احتیاج دارد که کسی از او حفاظت کند و کار او را به عهده بگیرد و او را پرورش دهد. مادرش حق دارد که حضانت او را به عهده بگیرد، چون پیامبر (ص) به زنی فرمود: «أنت أحنُّ به» (تو برای سرپرستی وی شایسته‌تر هستی). لذا در صورتی که بهره‌مندی از وجود سرپرست، حق کودک باشد، هرگاه معلوم و معین گردد که کودک به مادرش نیازمند است و غیر از او کس دیگری برای مراقبت نیست، مادر برای پذیرفتن سرپرستی کودک مجبور می‌گردد و به اجبار باید آن را بپذیرد تا حق کودک در تربیت و تأدیب ضایع نشود (موسی، ۱۴۱۰: ۱۲۷).

### ماهیت حضانت در حقوق انگلیس

به موجب بند دوم از قسمت اول قانون کودکان مصوب ۱۹۸۹، پدر و مادر کودک از زمان تولد نسبت به کودک مسئولیت پدر و مادری دارند، اگر ازدواج کرده باشند و در نتیجه کودک آنها مشروع باشد. در غیر این صورت، فقط مادر مسئولیت دارد. و نیز با توجه به قانون کودکان مصوب ۱۹۸۹ و قانون حمایت از کودکان مصوب ۱۹۹۵ و قانون مراقبت از کودک مصوب ۲۰۰۶، پدر و مادر در قبال نگهداری و حضانت از کودکان مسئولیت دارند و در صورتی که رفتار آنها با کودک برخلاف عرف و اخلاق باشد، دادگاه دخالت می‌نماید و ممکن است حضانت کودک را به شخص یا اشخاص دیگری محول نماید (Children Act, 2006).

بنابراین، با توجه به قوانین مذکور در حقوق انگلستان، می‌توان گفت که حضانت کودک برای پدر و مادر یک تکلیف و مسئولیت قانونی است و حق یا امتیاز نمی‌باشد که قابل انتقال یا اسقاط باشد و در هر مورد که نیاز به تغییر سرپرست کودک باشد، دادگاه مستقیماً دخالت می‌نماید و در خصوص حضانت کودک، رفاه و منفعت وی بیشترین اهمیت را دارد.

لازم به ذکر است، براساس قسمت اول قانون کودکان ۲۰۰۴ مقام عالی‌رتبه نظارت‌کننده بر کودکان، وظیفه نظارت بر رفاه

بنابراین، همان‌طور که گفته شد، مسئولیت حضانت و سرپرستی در حقوق انگلستان، شامل نگهداری جسمی و روحی و نیز مدیریت امور مالی و حقوقی وی هم می‌شود (Gaffney, 2012: 100). چیزی که می‌توان گفت، وسیع‌تر از حقوق ایران می‌باشد و به نوعی با حق ولایت و قیمومت طفل در هم آمیخته است.

### ماهیت حضانت

وقتی که در مورد ماهیت حضانت، بحث می‌شود، باید این واقعیت مشخص گردد که آیا حضانت حق است یا تکلیف؟ بدیهی است، حق بودن یا تکلیف بودن حضانت، آثاری دارد، اگر حضانت حق باشد، پس چون امتیاز محسوب می‌شود و برای نفع شخص صاحب امتیاز وضع شده، لذا قابل اسقاط و قابل انتقال است، ولی اگر تکلیف به حساب آید، چون نفع شخص مکلف‌له و مصلحت اجتماعی در آن نهفته است، لذا توسط مکلف قابل اسقاط و انتقال نیست و در ازای انجام تکلیف مقرر قانونی هم، حق دریافت اجرت ندارد.

### ماهیت حضانت از دیدگاه فقهی

#### دیدگاه فقهای امامیه

در اینکه حضانت، حق محض است یا اینکه حقی می‌باشد که با تکلیف همراه است، فقهای امامیه اختلاف نظر دارند و دو نظر در این خصوص ارائه شده است، «شهید ثانی» بر این عقیده است که حضانت یک حق فردی محض و ساده است. از این رو، قابل اسقاط و انتقال می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۵: ۱۷۰). صاحب شرایع معتقد است که حضانت هم حق و تکلیف است. بنابراین، دارنده حضانت نمی‌تواند آن را اسقاط کند یا انتقال دهد، یا در عوض طلاق خلع قرار دهد و مادری که عهده‌دار حضانت است، چون تکلیف خود را انجام می‌دهد، نمی‌تواند در ازای آن، اجرت مطالبه کند (یزدی، ۱۳۷۵: ۷۱۴).

#### دیدگاه فقهای اهل سنت

#### دیدگاه فقه شافعی و حنبلی

از دیدگاه فقه شافعی و حنبلی، مادر حق دارد از حقوق خود در مورد حضانت صرف‌نظر کند و اگر از انجام حضانت امتناع کند، نمی‌توان او را به انجام آن مجبور و ملزم کرد. البته در این

جسمی، روحی و آموزشی کودکان را بر عهده دارد و در هر مورد که نگرانی خاصی نسبت به وظایف حضانت هر کدام از والدین باشد آن را جهت تصمیم‌گیری مقتضی به دادگاه منعکس می‌نماید (Children Act, 2004).

به همین جهت است که هیچ‌گونه توافقی مابین اشخاص در خصوص مسئولیت حضانت و سرپرستی کودک، اثر ندارد و باعث دستیابی به اهداف قانونی جهت سرپرستی و حضانت نمی‌باشد، مگر در موارد استثنایی و در صورتی که مطابق شکل قانونی تعیین شده به وسیله مقررات مطرح شده از سوی رئیس کل قضات محاکم بوده و رویه ذریبط رعایت شده باشد (Burton, 2011: 114).

### ماهیت حضانت در حقوق ایران

ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، مقرر می‌دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است». ماده مذکور نظریه‌ای را که حضانت را حق فردی محض و ساده تلقی می‌نماید و در نتیجه قابل اسقاط و انتقال باشد را رد می‌نماید و حضانت را آمیزه‌ای از حق و تکلیف می‌پندارد لذا دارنده حضانت نمی‌تواند آن را اسقاط و یا منتقل کند، یا عوض طلاق خلع قرار دهد. ولی از لحاظ عملی می‌توان گفت که در پرونده‌های مختلفی در دادگاه‌های خانواده، زوجه با بذل مهریه در قبال حضانت همیشگی فرزند طلاق می‌گیرد و دادگاه‌ها نیز با پذیرش خواسته زوجین گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند و ماده ۴۱ قانون جدید حمایت از خانواده با اشاره به توافقات طرفین در امور حضانت این رویه را تأیید می‌کند.

مقنن در تأیید موارد مذکور، در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «هیچ یک از ابوبین حق ندارند، در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست، از نگهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوبین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قسیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی‌العموم نگهداری طفل را به هر یک از ابوبین که حضانت به عهده اوست الزام کند. در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند».

## اولویت و شرایط حضانت

### اولویت حضانت

حضانت کودک تا زمانی که رابطه زوجیت والدین ادامه دارد، با مشارکت پدر و مادر انجام می‌شود. با توجه به طبیعت این تکلیف، در مراحل اولیه نوزاد، مادر وظایفی را که خاص اوست

بر عهده دارد، اما در صورتی که ابوبین طفل با هم اختلاف داشته و جدا از هم زندگی می‌کرده باشند و یا رابطه زوجیت به دلایلی منحل (طلاق یا فوت یکی از آنها) شود این سؤال مطرح می‌شود که در شرایط مختلف (وجود ابوبین و یا یکی از آنها در قید حیات و یا عدم وجود آنها) چه شخصی (یکی از ابوبین و یا یکی از خویشاوندان طفل) در گرفتن حضانت طفل اولویت دارد و ملاک این اولویت چیست؟

### فقه امامیه و حقوق ایران

بنا بر قول مشهور فقهای امامیه، از جمله صاحب جواهر و صاحب شرایع، مادر تا دو سال در مورد پسر و تا هفت سال در مورد دختر بر پدر اولویت و تقدم دارد (نجفی، ۱۳۷۰: ۲۷۳ و یزدی، ۱۳۷۵: ۷۱۵). عقیده دیگر این است که مادر تا هفت سالگی اولویت دارد، اعم از این که پسر یا دختر باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۵: ۵۸۱).

بعد از رسیدن پسر به سن دو سال تمام و رسیدن دختر به هفت سال تمام، اولویت در امر حضانت، بنا بر آنچه بیشتر فقهای امامیه گفته‌اند با پدر خواهد بود.

فقهای امامیه می‌گویند: مادر، سپس پدر، اگر پدر پس از آن که حضانت به او رسید، دیوانه شود، ولی مادر هنوز زنده باشد حضانت به مادر طفل برمی‌گردد و مادر از همه نزدیکان طفل، از جمله جد پدری، سزاوارتر خواهد بود، حتی اگر مادر با مرد دیگری ازدواج کرده باشد، هرگاه پدر و مادر نبودند حضانت به جد پدری منتقل می‌شود، اگر جد پدری نبود و وصی هم نداشت، حضانت به نزدیکان فرزند می‌رسد آن هم به ترتیب قاعده‌ای که در «ارث» مقرر است یعنی: «الاقرب بمنع الابد» اگر نزدیکان متعدد بودند، ولی از نظر مرتبه ارث مساوی بودند مثل جدّه مادری و جدّه پدری یا عمه و خاله و در حضانت طفل اختلاف کردند، «قرعه» می‌کشند و نام هر که در آمد به «حضانت» اولی خواهد بود تا این که بمیرد یا از حق خود اعراض کند (عاملی، ۱۴۱۶: ۲۲۱).

قانون مدنی در این زمینه از قول مشهور فقهای امامیه پیروی کرده بود و در ماده ۱۱۶۹ چنین مقرر می‌داشت: «برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت، حضانت با پدر است، مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود».

هر چند که مقررات مذکور، دارای توجیهاتی بود (صفایی، ۱۳۸۹: ۳۴۹). به عنوان مثال: دلیل اولویت مادر در حضانت دختر تا سن هفت سالگی در وابسته‌بودن وی به مادر و نیز آموزش هنرها و امور ویژه زنان به وی بود و دلیل اولویت مادر در

حضانة پسر تا دو سالگی، به این دلیل است که پسر تا سن دو سالگی (دوران رضاع) به مادرش وابسته است و پس از آن نیاز به تربیت پدر دارد.

اما واقعیت این بود که اولویت مادر تا سن دو سالگی در مورد پسر، با واقعیت‌های جامعه امروز و مصلحت طفل سازگار نبود و احساس اصلاح قانون در این خصوص دغدغه بسیاری از حقوقدانان بود و تلاش‌ها در این خصوص باعث شد که طرحی در مجلس شورای اسلامی به تصویب برسد که مقرر می‌داشت: «برای حضانة و نگاهداری طفل، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن، در صورت حدوث اختلاف، با رعایت مصلحت کودک به تشخیص و تأیید دادگاه می‌باشد». این طرح، به دلیل مغایرت با اصول شرع و قانون اساسی در شورای نگهبان مردود اعلام گردید و به مجلس بازگردانیده شد، ولی مجلس مصوبه پیشین را بار دیگر تصویب کرد. بدین جهت، مصوبه مزبور برای تعیین تکلیف نهایی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد و ماده ۱۱۶۹ اصلاحی به شرح زیر در تاریخ ۸/۹/۸۲ در مجمع تشخیص مصلحت به تصویب رسید:

«برای حضانة و نگاهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.

تبصره- بعد از سن هفت سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانة طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد».

مزایای قانون اصلاحی مذکور را نسبت به قانون قدیم می‌توان در چند مورد بیان کرد:

اول: توجه به واقعیات جامعه. دوم: بالا بردن سن حضانة پسر از دو سال به هفت سال و برابر کردن آن با حضانة دختر. سوم: ایجاد امکان تشخیص دادگاه پس از هفت سالگی در واگذاری حضانة طفل به هر کدام از ابوین یا شخص ثالث در صورت مصلحت طفل.

حال، سؤال دیگر این است که با توجه به حقوق ایران، در صورت وجود مانع برای حضانة طفل توسط هر یک از پدر و مادر، یا عدم وجود دیگری و یا اینکه هر دو فوت نموده باشند یا اینکه هر دو در قید حیات هستند، ولی مانعی برای حضانة آنها وجود داشته باشد، حضانة طفل بر عهده چه شخص یا اشخاصی می‌باشد؟

در حقوق کنونی ایران، علی‌الظاهر اولویت حضانة با مادر، سپس پدر و پس از او جد پدری و در صورت نبودن او به وصی منصوب از سوی پدر یا جد پدری می‌باشد و بعد از

آن نیز برخلاف نظر بعضی از فقهاء (شهید اول، ۱۳۹۳: ۸۰) که حضانة را به خویشان دیگر طفل بر اساس نزدیک بودن به طفل و با توجه به قاعده «الأقرب ینع الأبعد» تعیین می‌نمایند، مبنا و مجوزی برای اینکه بتوان دیگر اقربای طفل را به ترتیب ارث به حضانة ملزم کرد وجود ندارد، لکن به موجب ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی: «مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیّم است» از کلمه «مواظبت شخص» که در این ماده به کار رفته برمی‌آید که قیّم علاوه بر اداره اموال، عهده‌دار حضانة نیز هست. به‌طور کلی، در هر یک از موارد مذکور، دادگاه به استناد ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ (هر گاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانة، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل بر خلاف مصلحت اوست و یا در صورتی که مسئول حضانة از تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانة با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری، از قبیل واگذاری امر حضانة به دیگری، یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند....) می‌تواند با رعایت مصلحت طفل، حضانة را به شخص دیگری واگذار نماید و دادگاه در واگذاری حضانة به دیگری، مهمترین اصل را رعایت مصلحت کودک می‌داند و با توجه به فحوای کلام قانون مذکور، دادگاه دارای اختیارات گسترده در واگذاری حضانة (به شرط رعایت مصلحت) می‌باشد.

### فقه اهل تسنن

#### فقه حنفیه

فقهای حنفیه می‌گویند: حضانة از مادر به مادر، سپس به مادر پدر، سپس به خواهران تنی پدر، سپس به خواهران مادری پدر، سپس به خواهران پدری پدر، سپس به دختر خواهر تنی پدر و سپس به دختر خواهر مادری پدر، منتقل می‌شود و همین‌طور تا به عمه‌ها و خاله‌های پدر برسد (مغنیه، ۱۴۱۰: ۱۰۹).

#### فقه مالکیه

فقهای مالکیه می‌گویند: از مادر به مادر هر چه بالاتر رود (مادر مادر...)، سپس به خاله‌های تنی، سپس به خاله مادری، سپس به خاله مادری، عمه مادر، مادر پدر، مادر مادر پدر، عمه پدر، مادر پدر پدر و.... منتقل می‌شود (همان: ۱۰۹).

#### فقه حنبلی

فقهای حنبلی می‌گویند: نخست مادر، سپس مادر مادر، سپس مادر مادر، سپس پدر، سپس مادران پدر، سپس جد، سپس مادران جد، سپس خواهران ابوینی، سپس خواهر مادری، سپس

خواهر پدري و....

اگر نزدیکان طفل متعدد و دارای شرایطی نسبی یکسان بودند و در حضانت طفل اختلاف کردند، «قرعه» می‌کشند و نام هر که در آمد به حضانت، اولی خواهد بود تا این که بمیرد یا از حق خود اعراض کند (الشربینی، ۱۴۱۸: ۲۵).

### فقه شافعی

نظر به اینکه حق حضانت از ابتدا از آن مادر است، فقهای شافعی گفته‌اند: قرابت و خویشاوندی مادر، بر قرابت و خویشاوندی پدر، مقدم است. بنابراین، ترتیب بین صاحبان حق حضانت، بدین‌گونه است: ابتدا مادر، سپس اگر مانعی برای حق تقدم وی پیش آید، این حق به مادر مادر منتقل می‌شود، هر اندازه پیش رود سپس اگر مانعی برای حق تقدم وی پیش آید، این حق به مادر پدر منتقل می‌شود و اگر مانعی برای او باشد، به خواهر مادری و پس از او به خواهر پدري منتقل می‌شود، سپس از او به خواهر مادری و سپس به خواهر پدري و به ترتیب اول خویشاوندان مادری در هر طبقه و در صورت عدم آنها خویشان مادری (سید سابق، ۱۳۸۷: ۲۹۲).

### حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، در شرایط عادی زمانی که زن و شوهر با هم زندگی می‌کنند، پدر و مادر اطفال مسئولیت نگهداری و سرپرستی آنها را به عهده دارند و در صورت قصور، مسئولیت دارند. در شرایط غیر عادی، یعنی حالتی که پدر و مادر جدا از هم زندگی می‌نمایند، یا یکی از آنها فوت نموده، نگهداری و سرپرستی اطفال تابع شرایط و احکام خاصی است.

در حالتی که پدر و مادر، جدا از هم زندگی می‌نمایند، مادر نسبت به نگهداری کودک اولویت دارد و اگر مادر فوت شود، اولویت با پدر می‌باشد در حالتی هم که هیچکدام وجود نداشته باشند و یا شرایط لازم را نداشته باشند اولویت با پدر بزرگ و مادر بزرگ کودک است (Gaffney, 2012: 72).

البته برای مراقبت از کودک، در شرایط فوق، نیاز به مجوز خاص از محاکم ذیصلاح، یعنی دادگاه و مراکز خاص امور کودکان است. بدین‌گونه که متقاضی سرپرستی و نگهداری کودک، باید درخواست کرده باشند، توانایی لازم را داشته باشد و بتواند مراجع فوق را در خصوص مجوز نگهداری کودک اقناع کند. بدیهی است در صورت عدم احراز شرایط لازم، از قبیل: علاقه کافی، توانایی مالی و صلاحیت فردی و غیره در شخص متقاضی، وی حتی اگر پدر، مادر، مادربزرگ و یا پدربزرگ کودک هم باشد درخواست وی رد می‌شود. لازم به ذکر است که مهمترین اصل در احراز شرایط لازم برای نگهداری کودک، رفاه

و آسایش وی می‌باشد (Barton, 2012: 73).

در موارد مشکوک و ضروری، تا زمان احراز شرایط خاص، مجوز قطعی صادر نشده و صرفاً دستور اقامت کودک همراه با اعمال نظارت ویژه صادر می‌شود (Wallbank, 2010: 18).

### شرایط حضانت

#### فقه عامه

شخصی که حضانت و تربیت کودک را بر عهده دارد و کار او را سرپرستی می‌کند، باید قدرت و توانایی انجام این وظیفه را داشته باشد. وقتی قدرت و توانایی وجود دارد که شرایط ذیل در وی موجود باشد و چنان چه یکی از این شرایط را نداشته باشد، حق حضانت از او ساقط می‌شود.

**عقل:** پس سبک عقل و دیوانه که نمی‌تواند شئون خویش را اداره کنند، سرپرستی و کار دیگری به او واگذار نمی‌شود. بلوغ: چون کسی که بالغ نباشد، اگر چه اهل تمیز و تشخیص هم باشد، چون او خود محتاج است که کسی کار او را سرپرستی کند و از او نگهداری نماید، پس او نمی‌تواند سرپرستی دیگری را به عهده بگیرد.

#### قدرت و توانایی تربیت داشته باشد.

**امانت و اخلاق نیکو:** بنابراین زنی که فاسق باشد، به او اطمینان نیست که وظایف حضانت را انجام دهد و چه بسا امکان دارد که اخلاق کودک نیز تباها شود و به شیوه او پرورش یابد و اخلاق او را فراگیرد (سید سابق، ۱۳۸۷: ۲۹۴).

**مسلمان بودن:** براساس فقه شافعی، مسلمان بودن متولی حضانت، از شرایط و اگذاری حضانت است. بنابراین، کافر حق حضانت کودک مسلمان را ندارد. چون حضانت ولایت است و کافر نمی‌تواند ولی مسلمان باشد؛ زیرا خداوند می‌فرماید: «و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (هرگز خداوند ولایت کافران بر مؤمنان را نمی‌پذیرد و آن را قرار نداده است) (عاشور، ۱۳۸۶: ۵۹۹).

علمای حنفی و ابن قاسم از مالکیه می‌گویند: زن کافر نیز حق حضانت کودک را دارد، به شرطی که وی مرتد نباشد. چون حضانت از شیر دادن و نگهداری بچه تجاوز نمی‌کند و هر دوی این کار از زن کافر رواست و می‌تواند انجام دهد.

**مادر با مرد دیگری ازدواج نکرده باشد:** از دیدگاه فقهای مذاهب اربعه، اگر مادر با مرد دیگری ازدواج کرد، حق حضانت وی ساقط می‌شود، اما در این خصوص، دو حالت استثناء می‌شود.

۱- پدر بچه و شوهر مادر توافق کنند که بچه نزد مادر

خود باشد، در این حالت حق حضانت مادر باقی می ماند و حق حضانت جده از بین می رود.

۲- شوهر مادر، خویشاوند بچه بوده و از کسانی باشد که حق حضانت او را دارند، اگر چه خویشاوند دور باشد، در این صورت، اگر شوهر مادر به حضانت مادر رضایت داشته باشد، حق حضانت وی ساقط نمی شود؛ زیرا شوهر مادر، حق حضانت بچه را دارد و شفقتی که به بچه دارد او را وادار می نماید تا در کفالت و نگهداری بچه به مادر کمک کند (الخن، ۱۳۸۴: ۲۱۲).

#### امراض دائمی و عادات مؤثر نداشته باشد (همان: ۲۱۲).

بنابراین، با توجه به موارد مذکور می توان گفت: اگر یکی از شرایط هفتگانه فوق که برای استحقاق حضانت برشمردیم، در شخص دارای اولویت حضانت وجود نداشت، حضانت از وی ساقط شده و به اشخاص دیگر می رسد که در اولویت بعدی می باشند.

### فقه امامیه و حقوق ایران

#### فقه امامیه

مقصود از شرایط حضانت، شرایطی است که باید در شخصی که طفل به او واگذار می شود وجود داشته باشد، شک نیست که حضانت را باید به کسی واگذار کرد که شایستگی و توانایی لازم را برای انجام این کار داشته باشد. در فقه امامیه، حضانت طفل به کسی واگذار می شود که آزاد (غیر برده)، عاقل، امین و قادر به نگهداری طفل باشد و نیز اگر طفل مسلمان باشد، شخص نامسلمان اگر چه مادر باشد نمی تواند حضانت او را عهده دار شود (یزدی، ۱۳۷۵: ۷۱۶).

#### حقوق ایران

در حقوق امروز، با لغو بردگی ذکر شرط آزادی زائد است، اما شرایط دیگری به شرح زیر لازم است:

**بلوغ:** نابالغ، حتی قادر به انجام امور خویش نمی باشد، لذا نمی تواند عهده دار حضانت دیگری شود.

**عقل:** مقنن در ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی، جنون را از موانع حضانت دانسته و عاقل بودن را شرط مسئول حضانت دانسته هر چند که در ماده مذکور فقط به جنون پدر اشاره شده، ولی جنون مادر هم در حکم جنون پدر است و سبب سقوط حق حضانت می شود، جنون در ماده مذکور، اعم از جنون دایمی و ادواری می باشد، مگر اینکه جنون استمرار نداشته باشد و چندان زودگذر و نادر باشد که در عرف نتوان شخص را دیوانه نامید (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۴۰۲).

**توانایی عملی:** در مورد این شرط، نص صریحی در قانون دیده نمی شود؛ لیکن بدیهی است نمی توان حضانت را به کسی

که توانایی انجام آن را ندارد محول نمود. این نکته را از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز می توان استنباط کرد، چه به موجب این ماده، «اگر در اثر عدم مواظبت، یا انحطاط اخلاقی کسی که حضانت با اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل به خطر بیفتد، دادگاه می تواند حضانت را به دیگری واگذار کند» پس معلوم می شود که در نظر قانونگذار، توانایی بر مواظبت و نگهداری طفل، شرط حضانت است. البته لازم نیست که شخصی که عهده دار حضانت می شود شخصاً توانایی نگاهداری طفل را داشته باشد، بلکه کافی است که بتواند به وسیله دیگری یا با سپردن طفل به یک مؤسسه مناسب و با مسئولیت خود، این کار را انجام دهد. در هر حال، مسئولیت حضانت با کسی خواهد بود که قانوناً مکلف به آن شده است (صفایی، ۱۳۸۹: ۳۵۷).

**شایستگی اخلاقی:** مقنن در خصوص این شرط، به صراحت سخن نگفته، لیکن می توان لزوم آن را از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی استنتاج نمود. بعضی از فقهاء (نجفی، ۱۳۷۰: ۲۸۷) با شرط عدالت یا امانت به لزوم شایستگی اخلاقی اشاره نموده اند.

**عدم ازدواج مادر با شخص دیگر:** برابر ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی که مبتنی بر فقه امامیه است، مادر تا زمانی دارای حق حضانت است که شوهر دیگر اختیار نکرده است. ازدواج مادر با شخص دیگری غیر از پدر طفل، مانع حضانت است؛ زیرا ممکن است مادر پس از ازدواج نتواند، چنانکه باید از کودک نگاهداری کند، اما می توان گفت: اگر سبب جدایی زن و شوهر از هم، فوت شوهر باشد، در این صورت، می توان گفت: حضانت طفل در صورت فوت پدر، در هر حال با مادر است و شوهر کردن مادر در آن اثر ندارد، مگر آنکه دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت کودک تشخیص دهد (ماده ۴۳ قانون جدید حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱) ولی اگر سبب جدایی زن و شوهر، طلاق باشد در این حال، شوهر کردن مادر به دیگری، حق تقدم او را نسبت به پدر از بین می برد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۶۰) ولی با توجه به روح ماده ۴۱ قانون جدید حمایت از خانواده<sup>۱</sup>، می توان گفت: در صورتی که مصلحت طفل اقتضاء نماید، اعطای حضانت به مادری که ازدواج کرده بلامانع است. بدیهی است، تشخیص

۱. هرگاه دادگاه، تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل بر خلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذیحق شود، می تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند.

مصلحت کودک و بررسی اوضاع و احوال ذریبط در این مورد با دادگاه است.

حال سؤال دیگر این است که، اگر زن دیگری به جز مادر که حضانت طفل به او واگذار شده شوهر کند آیا حضانت او ساقط خواهد شد؟ قانون مدنی در این خصوص ساکت است، لیکن می‌توان گفت: وقتی که ازدواج مادر که محبت بیشتری هم نسبت به کودک دارد، موجب سقوط حضانت باشد، ازدواج شخص دیگری که عهده‌دار حضانت است، باید به طریق اولی حضانت وی را ساقط کند، مگر اینکه به موجب تصمیم دادگاه، با توجه به وضع جدید زن، نگاهداری طفل کماکان به او واگذار شود، بدیهی است که تصمیم به ادامه حضانت طفل توسط شخص مذکور، با توجه به اوضاع و احوال جدید و مبتنی بر مصلحت کودک است.

**اسلام:** در حقوق ایران، کفر مانع حضانت است، هر چند تصریح بر آن نشده است، پس اگر مرد مسلمانی با زن مسیحی ازدواج کند و پس از بچه‌دار شدن، زن و شوهر از هم جدا شوند حضانت با پدر است. دلیل حکم فوق را می‌توان با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ملاک ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی<sup>۱</sup> و فقه امامیه (مغنیه، ۱۳۷۹: ۱۱۰) استخراج نمود (صفایی، ۱۳۸۹: ۱۰۵).

### حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، کسانی که عهده‌دار حضانت کودک هستند، باید شرایطی را فراهم نمایند که دادگاه با لحاظ آن شرایط، حکم به حضانت کودک دهد. از جمله این شرایط را می‌توان به داشتن سن قانونی، عاقل بودن، توانایی عملی در نگهداری و تربیت طفل، داشتن اقامت در انگلستان و شایستگی اخلاقی در مواردی دادگاه حتی در صورتی که شخص سرپرست به طفل توهین کرده از او لغو حضانت نموده اشاره نمود (Gaffney, 2012: 73).

از جمله تفاوت‌های حقوق انگلیس با حقوق ایران، در خصوص شرایط لازم برای حضانت این است که: ۱- در حقوق انگلیس، برای درخواست نگهداری کودک، مهمترین اصل، رفاه و آسایش کودک است و کافر یا مسلمان بودن سرپرست تأثیر چندانی در اتخاذ تصمیم ندارد. هرچند که در عمل شاید آنگونه نباشد. ۲- برعکس حقوق ایران، شوهر کردن مادر کودک در صورتی که علت انحلال نکاح طلاق باشد، در حقوق انگلیس مانعی برای حضانت توسط مادر نمی‌باشد و حتی دادگاه می‌تواند براساس تقاضای شوهر جدید زن، حکم به داشتن مسئولیت پدری در قبال آن کودک دهد، البته در حالتی هم امکان وجود

دارد که مادر کودک و همسر جدیدش با پدر طفل توافق نمایند که حضانت طفل با آنها باشد (Burton, 2012: 115).

البته در حقوق ایران نیز می‌توان از مفهوم «مصلحت کودک» تفسیر موسعتری نمود و تفسیرهای مضیق گذشته کنار نهاده شود. همان‌گونه که در حقوق انگلیس اصل بر «رفاه و آسایش کودک» است و دادگاه‌ها آن را به طور موسع تفسیر می‌نمایند در حقوق ایران هم این امکان فراهم شده که در تفسیر آن اختیارات زیادی داشته باشند، بالاخص پس از تصویب قانون جدید حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ و با ایجاد رویه‌ای واحد و عملی صرفنظر از شوهر کردن مادر، در واگذاری امر حضانت، مصلحت طفل را در نظر بگیرند.

## سلب حضانت از دارنده اولویت آن و آیین رسیدگی به دعوای حضانت

### سلب حضانت از دارنده اولویت آن

#### حقوق ایران و فقه امامیه

از آنجا که ماده ۱۱۷۳ ق. مدنی سابق، کلی و قابل تفسیر بود و رهنمود کافی جهت سلب حضانت از پدر یا مادری که شایستگی طفل را نداشت به دست نمی‌داد و ممکن بود در اجرای آن، با توجه به روان‌شناسی و سلیقه قاضی، روش‌های متفاوتی اتخاذ گردد، قانونگذار، در راه حمایت از اطفال، ماده مذکور را اصلاح و مواردی را به عنوان مصادیق عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین تصریح کرد.

قانون اصلاح ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مصوب ۱۱ آبان ۱۳۷۶ چنین مقرر می‌دارد:

«ماده واحده»- ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی به شرح ذیل اصلاح می‌گردد:

ماده ۱۱۷۳ ق. مدنی- «هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.»

موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است:

۱- اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار.

۲- اشتها به فساد اخلاق و فحشاء.

۱. ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: ولی مسلم نمی‌تواند برای امور مولی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند.



۳- ابتلاء به بیماری روانی با تشخیص پزشکی قانونی.

۴- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل غیر اخلاقی، مانند: فساد، فحشاء و تکدی‌گری و قاچاق.

۵- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.  
در باره ماده ۱۱۷۳ اصلاحی دو نکته قابل ذکر است:

**اولاً:** قسمت اول ماده اصلاحی با ماده ۱۱۷۳ پیشین تفاوتی ندارد، جز آن که بجای «دادستان»، «رئیس حوزه قضایی» گذارده شده است؛ زیرا دادستان و دادسرا در زمان تصویب قانون در سازمان قضایی کشور وجود نداشت، ولی امروزه با توجه به احیاء دادسرا؛ این کار از وظایف دادستان است (صفایی، ۱۳۸۹: ۳۵۲).

**ثانیاً:** در قسمت دوم ماده اصلاحی (۵ مورد) به عنوان مصادیق عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی ذکر شده که در واقع تفسیر و توضیحی در مورد قسمت اول است، ولی باید توجه داشت که موارد پنج‌گانه فوق، جنبه حصری ندارد، بلکه جنبه تمثیلی دارد و امکان دارد که دادگاه موارد دیگری را مشمول عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی دارنده حضانة بدانند، مانند کار وقت‌گیری که مانع نگهداری شایسته طفل باشد، یا سهل‌انگاری و بی‌توجهی مداوم به سلامت جسمی یا اخلاقی کودک که تشخیص آن با دادگاه است (همان: ۳۵۲).

در موارد امکان سلب حضانة از دارنده اولویت آن، ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ مقرر می‌دارد:

«هر گاه دادگاه تشخیص دهد، توافقات راجع به ملاقات، حضانة، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل بر خلاف مصلحت او است، یا در صورتی که مسئول حضانة از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانة با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل: واگذاری امر حضانة به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند.»

بنابراین، نظر به ماده مذکور می‌توان گفت که در قانون جدید، حمایت از خانواده، امکان سلب حضانة در صورتی که مسئول حضانة از تکالیف مقرر قانونی و عرفی خودداری نماید، وجود دارد و تشخیص عدم انجام آنها توسط دادگاه صلاحیت‌دار که پرونده سلب حضانة در آنجا مطرح است به عمل می‌آید و مهمترین معیار در این خصوص، رعایت مصلحت و غبطه کودک است.

در مقایسه ماده ۱۱۷۳ اصلاحی قانون مدنی و قانون جدید حمایت از خانواده، می‌توان گفت: هر چند ماده ۴۱ قانون جدید

حمایت از خانواده، ناسخ ماده ۱۱۷۳ اصلاحی قانون مدنی نمی‌باشد و امکان جمع هر دو با هم وجود دارد، ولی قانونگذار در ماده ۴۱ قانون جدید حمایت از خانواده، اختیاراتی به دادگاه رسیدگی‌کننده داده که فراتر از موارد مذکور در ماده ۱۱۷۳ مذکور می‌باشد و ابهام در حصری بودن یا نبودن موارد مذکور در ماده ۱۱۷۳ را از بین برده است. به عبارتی می‌توان گفت: تمثیلی بودن موارد مذکور در ماده ۱۱۷۳ اصلاحی را تأیید نموده است.

لازم به ذکر است که قانونگذار در ماده ۴۵ قانون جدید حمایت از خانواده، در تأیید موارد مذکور مقرر می‌دارد: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است.»

از جمله موارد دیگری که در صورت وجود آن امکان ساقط شدن حضانة وجود دارد، فوت پدر یا مادری است که عهده‌دار حضانة است. در این خصوص، ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورت فوت یکی از ابویین، حضانة طفل با آن که زنده است خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین نموده باشد»، کلمه «قیم» در این ماده بر خلاف اصطلاح معمول در حقوق جدید، به معنی «وصی» به کار رفته و مقصود این است که اگر پدر طفل برای سرپرستی و اداره امور فرزند خود، وصی معین کرده باشد در صورت فوت او، حضانة طفل بر عهده مادر خواهد بود نه وصی منصوب.

ماده ۴۳ قانون جدید حمایت از خانواده، در تأیید و تأکید بر موارد مذکور مقرر می‌دارد: «حضانة فرزندان که پدرشان فوت نموده با مادر آنها است، مگر آن که دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانة به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد». بنابراین، می‌توان گفت: هر چند حضانة اطفال پس از فوت پدرشان با مادر است، ولی قانونگذار در ماده ۴۳ مذکور این اختیار را به دادگاه داده که در صورتی که حضانة وی را بر خلاف مصلحت کودک بداند، حضانة وی را سلب نماید، به عنوان مثال: در صورتی که مادر فساد اخلاقی، اعتیاد به مواد مخدر و... داشته باشد به نحوی که حضانة سایر اشخاص برای طفل بهتر از مادر خویش باشد. از جمله موارد دیگری که امکان سلب حضانة از دارنده اولویت آن وجود دارد، جنون هر یک از پدر یا مادر است که حضانة طفل بر عهده وی می‌باشد، ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد «اگر مادر در مدتی که حضانة طفل با اوست مبتلا به جنون شود... حق حضانة با پدر خواهد بود» همانگونه که ملاحظه شد، ماده فوق فقط جنون مادر را ذکر کرده و از جنون پدر سخنی نگفته است، لیکن چون جنون مادر خصوصیتی ندارد و ملاک حکم جنون

مادر و پدر یکی است، پس در صورت جنون پدر، حضانت به مادر واگذار می‌شود. این قاعده از ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نیز قابل استنباط است. به علاوه، موافق نظر فقهای امامیه است (یزدی، ۱۳۷۵: ۷۱۱).

سؤالی که در اینجا ممکن است مطرح شود، این است که اگر حضانت هر یک از پدر یا مادر طفل، به علت جنون قطع شود و پس از مدتی بهبود یابد، آیا حق خود را برای حضانت باز خواهد یافت؟

هر چند امکان دارد که گفته شود با سقوط حضانت به علت جنون، دیگر حقی برای مادر یا پدر وجود ندارد و دلیلی بر عودت آن پس از بهبودی نیست و با شک در بازگشت حق، اصل عدم بازگشت آن است. لیکن ظاهراً فقهای امامیه بر آنند که پس از زوال جنون، مانعی که برای اعمال حضانت وجود داشته از بین رفته و مادر یا پدر می‌تواند حق خود را اعمال کند (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۵۵۱). در تأیید نظر فوق، می‌توان گفت: اولاً- حضانت پدر یا مادر، حق طبیعی و فطری کودک است و جنون فقط مانعی موقتی می‌باشد که با رفع آن پدر یا مادر باید بتواند حق خود را اعمال کنند. ثانیاً- مصلحت و غبطه کودک هم در این است که حضانت وی با مادر یا پدر خویش باشد و قانون جدید حمایت از خانواده هم مهمترین اصل را غبطه و مصلحت کودک قرار داده است.

از جمله موارد دیگری که امکان سلب حضانت از دارنده اولویت آن وجود دارد، شوهر کردن مادری است که حضانت طفل با اوست. در این خصوص، ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست... با دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود» البته اگر دادگاه تشخیص دهد که هر چند مادر شوهر کرده، ولی برای نگهداری طفل مناسبتر از پدر است حضانت را به مادر خواهد داد (استنباط از مواد ۴۱ و ۴۵ قانون جدید حمایت از خانواده).

سؤالی که در اینجا ممکن است مطرح شود این است که، هرگاه بر اثر ازدواج مادر، حضانت طفل به پدر واگذار شود و پس از مدتی ازدواج مادر منحل شد، آیا حق حضانت را باز خواهد یافت؟ در فقه امامیه مسأله مورد اختلاف است. اکثر فقهای امامیه، از جمله صاحب جواهر و صاحب مسالک بر این عقیده‌اند که با انحلال ازدواج (به جز در ایام عده رجعیه) مادر حق خود را نسبت به حضانت باز خواهد یافت؛ زیرا با زوال مانع، ممنوع باز می‌گردد (نجفی، ۱۳۷۰: ۲۷۳ و یزدی، ۱۳۷۵: ۷۱۵). در حقوق جدید نیز با توجه به آنچه که در مبحث جنون بیان نموده‌ایم این نظریه قابل قبول است؛ قانون جدید حمایت

از خانواده، این امکان را فراهم ساخته که با توجه به وضعیت جدید، در خصوص حضانت طفل تجدید نظر به عمل آورده و با توجه به مصلحت و غبطه کودک حکم به بازگشت حضانت مادر و یا عدم بازگشت حضانت وی و ابقاء حضانت پدر دهد.

### حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، با توجه به قانون حمایت از کودکان (children Act, 1989)، هنگامی که دادگاه در مورد مسائل مرتبط با کودک از قبیل حضانت و سرپرستی طفل تصمیم می‌گیرد، رفاه و آسایش کودک مهمترین عامل در تصمیم‌گیری دادگاه برای وی می‌باشد. در صورتی که شخص متصدی حضانت تعیین شده باشد، در هر زمانی ممکن است بنا بر حکم و دستور دادگاه، حضانت وی بر اساس یکی از موارد زیر خاتمه یابد (Children Act, 1989).

۱- بر مبنای تقاضای هر شخصی که در قبال کودک مسئولیت حضانت و سرپرستی دارد.

۲- بر اساس تقاضای کودک (تحت حضانت) و با اجازه دادگاه.

۳- اگر دادگاه در شرح مذاکرات و گزارشات در مورد هر خانواده، به این نتیجه برسد که این مسئولیت باید خاتمه پیدا کند، حتی اگر هیچ درخواستی مبنی بر خاتمه آن نیز ارائه نشده باشد. دادگاهی که به مسائل مربوط به کودک رسیدگی می‌کند، می‌تواند اطلاعات لازم و مربوط به موارد زیر را از مسئول پلیس محلی دریافت نماید.

۱- آرزوها و احساسات وی که محقق نشده است.

۲- نیازهای آموزشی یا عاطفی وی.

۳- تأثیر احتمالی هر یک از اوضاع و احوال فوق بر وی.

۴- هر گونه زبانی که کودک متحمل شده یا در معرض آن می‌باشد.

۵- نحوه برخورد شخص مسئول حضانت، با کودک و چگونگی برآورده ساختن نیازهای وی (Children Act, 2004).

بنابراین، با توجه به موارد مذکور در فوق، می‌توان گفت: در مواردی، مثل: فوت متصدی حضانت، جنون وی در ادامه مسئولیت و وجود شرایطی که رفاه و مصلحت جسمی و روحی کودک را در معرض تهدید قرار دهد، باعث سلب حضانت از دارنده آن می‌شود. لازم به ذکر است که شوهر کردن مادراً باعث سلب مسئولیت از وی نمی‌شود و حضانت وی نسبت به طفل ادامه می‌یابد، مگر این که دادگاه تشخیص دهد که وی فاقد شرایط لازم برای حضانت است و یا شخص مادر طفل برای اعلام ناتوانی در ادامه حضانت تقاضا داشته باشد.

## آیین رسیدگی به دعوای حضانة حقوق ایران

مطابق حقوق ایران، رسیدگی به دعوای حضانة اطفال، در دادگاه خانواده انجام می‌پذیرد. دادگاه صالح برای رسیدگی، دادگاه محل اقامت خوانده است، مگر در صورتی که خواهان زوجه باشد که در این صورت، وی می‌تواند در دادگاه محل اقامت خوانده یا محل سکونت خود اقامه دعوی نماید (ماده ۱۲ قانون جدید حمایت از خانواده) رسیدگی در دادگاه خانواده با تقدم دخواست و بدون رعایت سایر تشریفات آیین دادرسی مدنی انجام می‌شود.

بر اساس ماده ۲ قانون جدید حمایت از خانواده، رسیدگی در دادگاه خانواده با حضور رئیس یا دادرس علی البدل و قاضی مشاور زن تشکیل می‌گردد. قاضی مشاور باید ظرف سه روز از ختم دادرسی به طور مکتوب و مستدل در مورد موضوع دعوی اظهار نظر کند و مراتب را در پرونده درج نماید. قاضی انشاء کننده رأی باید در دادنامه به نظر قاضی مشاور اشاره کند و چنان چه با نظر وی مخالف باشد، با ذکر دلیل، نظریه وی را رد کند. البته چون در حال حاضر، در اکثریت قریب به اتفاق دادگاه‌های خانواده، قاضی مشاور زن وجود ندارد، طبق تبصره ماده ۲ قانون جدید حمایت از خانواده، قوه قضائیه موظف است حداکثر ظرف مدت پنج سال به تأمین قاضی مشاور زن برای کلیه دادگاه‌های خانواده اقدام کند و در این مدت می‌تواند از قاضی مشاور مرد که واجد شرایط تصدی دادگاه خانواده باشد استفاده کند.

قانون جدید حمایت از خانواده، به منظور تحکیم مبانی خانواده و جلوگیری از افزایش اختلافات خانوادگی، از جمله حضانة، قوه قضائیه را مکلف نموده که ظرف مدت سه سال از تاریخ تصویب قانون مذکور، مراکز مشاور خانواده را در کنار دادگاه‌های خانواده ایجاد کند و تا زمانی که مراکز مشاوره خانواده ایجاد نگردیده، دادگاه‌ها می‌توانند از ظرفیت مراکز مشاوره خانواده وابسته به سازمان بهزیستی (در مناطقی که وجود دارد) استفاده کنند. مراکز مشاوره خانواده، ضمن ارائه خدمات مشاوره‌ای به زوجین، خواسته‌های دادگاه را در مهلت مقرر اجرا و در موارد مربوط (حضانة و...) برای برقراری سازش سعی می‌نمایند، مراکز مذکور، در صورت حصول سازش، به تنظیم سازش نامه مبادرت می‌کنند و در غیر این صورت، نظر کارشناسی خود در مورد علل و دلایل عدم سازش را به طور مکتوب و مستدل به دادگاه اعلام می‌کنند. (ماده ۱۹ قانون جدید حمایت از خانواده) دادگاه با ملاحظه نظریه کارشناسی مراکز مشاوره خانواده به تشخیص خود به صدور رأی مبادرت می‌کند.

## حقوق انگلیس

رسیدگی به دعوای خانوادگی، در اختیار محاکم صلح می‌باشد و محاکم مذکور صلاحیت خاصی را در مورد افراد متأهل اعمال می‌کنند. ممکن است قراردادی برای حمایت زوجین، نفقه زوجین و اولاد خانواده و حضانة این فرزندان صادر کنند.

رسیدگی به دعوای خانوادگی، از جمله حضانة اطفال حتی المقدمور جدای از سایر امور دادگاه می‌باشند. حضور در جلسه دادرسی، برای عموم آزاد نیست و گزارش‌های مطبوعات محدود به حداقل جزئیات است، دادگاه نباید بیش از سه قاضی داشته باشد و برای دعوای خانوادگی، حداقل باید یک قاضی مرد و یک قاضی زن وجود داشته باشد (Domestic And Proceedings Act, 1978). لازم به ذکر است، رسیدگی به دعوای خانوادگی و تصمیم‌گیری در مسائلی مثل حضانة دادگاه با بهره‌گیری از گزارشات مقامات پلیسی و گروه‌های تحقیق و مشاوران ذی‌ربط صورت می‌گیرد، چون ممکن است اشخاص درگیر دعوا حقایق را آنگونه که هست بیان نمایند (Children Act, 2004). لازم به ذکر است که تصمیمات دادگاه‌های صلح در مورد حضانة قابل تجدیدنظر در محاکمه عالی می‌باشد (Gaffney, 2012: 36).

## بحث و نتیجه‌گیری

هر چند از نظر لغوی، حضانة بیشتر ناظر به حمایت جسمی از کودک است، ولی حمایت جسمی از حمایت روحی و عاطفی جدا نمی‌باشد. در دین مبین اسلام و در حقوق جدید این دو مورد به هم آمیخته است. ماهیت حضانة، برخلاف ظاهر آن، در قانون مدنی، تکلیفی می‌باشد که بنا به حکم مستقیم قانون و یا حکم دادگاه بر عهده پدر و مادر و یا سایر اشخاص واجد شرایط، گذاشته می‌شود. لفظ «حق» که در قانون مدنی به کار گرفته شده، به معنای امتیازی که قابل اسقاط و قابل مبادله به چیز دیگری باشد نیست، بلکه به معنی این است که پدر و مادر در حضانة طفل محقتر و شایسته‌تر از دیگران می‌باشند؛ این دیدگاه مورد اتفاق نظر کلیه فقهاء، حقوق ایران و حقوق انگلیس می‌باشد. بدیهی است، حق یا تکلیف بودن حضانة آثار و احکامی دارد.

تحول قانونگذاری (۱۳۸۲/۹/۸) اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی) که بر اساس آن اولویت حضانة طفل (دختر یا پسر) را تا هفت سالگی به مادر داده، با واقعیات جامعه، خواسته‌های ابتدایی طفل و مصلحت و غبطه وی بیشتر منطبق می‌باشد، هر چند مصوبه فوق با نظر مشهور فقهای امامیه مغایرت دارد.

در قانون و فقه، در صورتی که پدر و مادر طفل جدا از هم زندگی نمایند و یا نکاح به دلایلی منحل گردیده باشد، برای حضانت طفل، اولویت‌هایی را مقرر نموده که ظاهر و اوضاع و احوال مبین این است که آنها نسبت به کودک دلسوزترند و حضانت طفل بر اساس آن اولویت‌ها، با مصلحت وی سازگارتر است، ولی این بدان معنا نیست که دادگاه در صدور حکم حضانت باید از آن اولویت‌ها پیروی نماید؛ زیرا آن اولویت‌ها، براساس اماره می‌باشند و در صورتی که خلاف آن اماره برای دادگاه ثابت شود به حضانت اشخاص دیگری حکم می‌دهد، هر چند در اولویت‌های بعدی باشند، به شرطی که مصلحت و غبطه طفل با آن بیشتر تأمین شود.

هر چند که تحولات قانونگذاری (بالاخص قانون جدید حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱) به گونه‌ای است که در موارد تصمیم‌گیری در مورد حضانت، دادگاه اختیارات بیشتری داشته باشد و چنین اختیاراتی را می‌توان از فقه اسلامی (امامیه و عامه) استنباط نمود و به علاوه در حقوق خارجی (در تحقیق ما انگلیس) نیز این گونه و شاید هم بیشتر است، ولی در این وضعیت کنونی، صرف دادن اختیارات، بدون فراهم کردن ساز و کار مرتبط با آن، از جمله: مراکز مشاوره خانواده و کودکان و ایجاد نهادهای تفحص در راستای جمع‌آوری اطلاعات لازم برای کمک به دادگاه در تصمیم‌گیری‌ها فایده‌چندانی ندارد و چه بسا مضراتی هم داشته باشد.

ساز و کار مرتبط با مباحث حقوق خانواده، از قبیل ایجاد مراکز مشاوره در کنار دادگاه خانواده، استفاده از قاضی زن و غیره در قانون جدید حمایت از خانواده پیش‌بینی شده، ولی هنوز اجرایی نگردیده و اجرایی شدن آن مستلزم عزم جدی مسئولان و پیش‌بینی منابع خاص مالی و انسانی می‌باشد، ولی در حقوق انگلیس در قانون کودکان مصوب ۲۰۰۴ و قوانین قبل از آن پیش‌بینی شده و امکانات ذی‌ربط فراهم و اجرایی شده است. در فقه امامیه و عامه در خصوص اشخاص دارای اولویت در واگذاری حضانت طفل، اختلاف نظر وجود دارد که دلیل آن هم اختلاف در تفسیر آیات و احادیث ذی‌ربط است. مسئول حضانت، طبق قانون و شرع باید دارای شرایطی باشد که در صورت فقدان هر کدام از آنها حق حضانت وی ساقط می‌شود، پرواضح است که داشتن شرایط برای شخص مذکور هم در ابتدای واگذاری حضانت لازم است و هم در طول مدت حضانت. تحولات اجتماعی، تغییر وضعیت فرهنگی و حساستر شدن بار مسئولیت حضانت طفل، باعث گردیده که لزوم دخالت دادگاه (به صورت قانونی) در تصمیمات ذی‌ربط بیش از هر

زمانی احساس شود. تحولات قانونگذاری در کلیه کشورها (در مورد بحث ما ایران و انگلیس) هر چند با اختلافات جزئی به این سو می‌باشد. لازم به ذکر است که تحولات تقنینی مذکور در حقوق ایران، منافاتی با مبانی فقهی ندارد.

## منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۸ ه.ق). لسان العرب. جلد ۳. چاپ دهم. بیروت لبنان: نشر دارالحیاء التراث العربی.
- الازهری، محمد بن احمد. (۱۴۰۲ ه.ق). تخریب اللغة. جلد ۲. چاپ پنجم. بیروت لبنان: نشر مکتبه الحیاء.
- الخن، مصطفی. (۱۳۸۴). فقه منهجی. ترجمه محمد عزیز حسامی. جلد ۲. چاپ اول. سنندج: نشر کردستان.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۷). ترمینولوژی حقوق. چاپ نهم. تهران: نشر کتابخانه گنج دانش.
- سابق، سید. (۱۳۸۷). فقه السنة. جلد ۳. چاپ دوم. سنندج: نشر مردم سالاری.
- الشرینی، محمد الخطیب. (۱۴۱۸). مغنی المحتاج. جلد ۹. چاپ هشتم. بیروت- لبنان: نشر دارالکتب العلمیه.
- صفایی، حسین؛ امامی، اسداله. (۱۳۸۹). مختصر حقوق خانواده. چاپ بیست و پنجم. تهران: نشر میزان.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۶ ه.ق). مسالک الافهام. جلد ۷. چاپ چهارم. قم: نشر معارف.
- عاشور، احمد عیسی. (۱۳۸۶). فقه آسان در مذهب امام شافعی. ترجمه محمود ابراهیمی. چاپ ششم. تهران: نشر احسان.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۵ ه.ق). شرح لمعة. جلد ۲. چاپ هشتم. قم: نشر معارف.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). حقوق خانواده. جلد ۲. چاپ پنجم. تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- مغنیه، محمد جواد. (۱۳۷۹). الفقه علی مذاهب الخمسة. ترجمه مصطفی جباری. جلد ۲. چاپ اول. تهران: نشر ققنوس.
- مکی عاملی، جمال الدین (شهید اول). (۱۳۸۰). لمعة دمشقیة. جلد ۲. چاپ پانزدهم. قم: نشر دارالفکر.
- موسی، محمد یوسف. (۱۴۱۰ ه.ق). احوال شخصیة. چاپ هفدهم. قاهره: نشر دانشگاه الازهر.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۷۰). جواهر الکلام. جلد ۳۱. چاپ چهارم. تهران: نشر کتابفروشی اسلامیة.
- یزدی، ابولقاسم بن احمد. (۱۳۴۷). ترجمه شرایع. جلد ۲. چاپ دوم. تهران: نشر دانشگاه تهران.

Burton, Frances. (2010). *Family law*. London: Publication of Palgrave.

Barker, David. (2005). *Law made simple*. Tehran: Publication of Dadgoste.

Freeman, Michel. (2012). *Family Valves*. London: Publication of Ashga.

Gaffney, Ruth. (2012). *Family Law*. London: Publication of Oxford.

Wallbank, Julie. (2010). *Family Law*. London: Publication of Routledge.

*Domestic Proceeding and Magistrates Courts Act, 1978.*

*Children Act, 1989.*

*Child Support Act, 1996.*

*Child Act, 2004.*

*Childcare Act, 2006.*

*Children and Adoption Act, 2006.*