



# امکان‌سنجی توافقی‌سازی حضانت از منظر فقه و نظام حقوقی ایران

سیده طاهره سید ناصرالدینی<sup>۱</sup>

ابراهیم یاقوتی<sup>۲</sup>

زهره فهرستی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۱/۰۴ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۱/۰۳/۲۸

## چکیده

ملاک دادگاه برای سپردن فرزند به یکی از والدین داشتن تمکن مالی و تعهد تأمین منافع فرزند است پس والدین در طلاق توافقی می‌توانند در مورد برعهده گرفتن مسئولیت‌های فرزند خود توافق کنند و حضانت دائمی فرزند را به یکی از والدین بسپارند. گاه زن با بخشیدن مهریه خود حضانت دائم فرزند را بر عهده می‌گیرد و گاه ناتوانی مالی پدر موجب این حضانت می‌شود. اگر پدر یا مادر حضانت دائمی را بر عهده گیرند اما نتوانند به هر دلیلی حقوق فرزند خود را رعایت کنند، والد دیگر می‌تواند در مورد حقوق فرزندش به دادگاه شکایت کند و با ارائه مدارک قانونی تقاضای حضانت فرزند خود کند. سن حضانت برای دختر ۹ سال و برای پسر ۱۵ سال است و بعد از این سن کودک، خود می‌تواند تعیین کند که می‌خواهد با پدر خود زندگی کند یا مادر. در واقع کودکان در این سن از حضانت خارج می‌شوند. در توافق بر حضانت فرضیه بر بعد از سن ۷ سالگی تعلق می‌گیرد و اگر این فرضیه پذیرفته نشود، عملاً فایده توافق بر حضانت از بین می‌رود چه اینکه تا سن ذکر شده، حکم قانون مترتب است و توافق بر حکم قانون فایده‌ای در بر ندارد. همچنین در لجاج مصنوعی، توافق بر حضانت تنها در فرضی است که اسپرم از بیگانه نباشد و الاً در اسپرم بیگانه اگر در رحم زن باشد، توافق بر حضانت طفل طبیعی دیگری معنی ندارد و در تلقیح آزمایشگاهی و مصنوعی، توافق بر حضانت زمانی است که اسپرم بیگانه، هویتش فرد بیگانه مشخص نباشد و فرض اولیه حضانت برای زن است و در صورت توافق حضانت بدون تصریح مدت، ظهور در دائمی بودن دارد.

**واژگان کلیدی:** حضانت، طلاق توافقی، لجاج مصنوعی، طفل، اسپرم بیگانه.

## مقدمه

۱ دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

naseredini58@gmail.com

۲ دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول و استاد راهنما):

yaghoti2010@yahoo.com

۳ استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (استاد

مشاور): fehrest41@yahoo.com

خانواده به عنوان یک رکن اساسی نقش مهمی در رشد و پرورش کودکان دارد. اما گاهی والدین به دلیل برخی مسائل از یکدیگر طلاق گرفته و جدا می‌شوند که این مسئله بر آینده فرزندان آنها بسیار تاثیر گذار است. لذا حضانت فرزندان یکی از مسائل مهم در حوزه حقوق خانواده می‌باشد که در همین راستا قانونگذار سلسله مقرراتی را در راستای نظم بخشیدن به حضانت فرزندان بعد از طلاق پیش بینی نموده است [۱]. حضانت به معنی سرپرستی است که هم به عنوان یک حق و هم به عنوان تکلیف والدین است و هیچ یک از والدین نمی‌توانند از این وظیفه خود شانه خالی کنند بنابراین حتی بعد از این که از هم جدا می‌شوند باید از فرزندان خود مراقبت کنند. حضانت فرزندان بعد از طلاق با یکی از والدین می‌باشد که بسته به سن فرزند و اینکه فرزند دختر یا پسر باشد، به پدر یا مادر تعلق می‌گیرد [۲].

زن و مردی که از هم طلاق می‌گیرند، ممکن است فرزند یا فرزندان داشته باشند که باید از آنها مواظبت کنند. حضانت هم حق و هم تکلیف هر دوی والدین است و در صورتی که از انجام این تکلیف شانه خالی کنند، دادگاه می‌تواند آنها را ملزم کند. حضانت فرزند بعد از طلاق با توجه به سن او مشخص می‌شود طبق قانون مدنی [۳]: "برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد". بعد از این که بچه بالغ، و از سنین طفولیت خارج شد، تصمیم این که با چه کسی زندگی کند با خود او است که این سن بلوغ برای دختران نه سال و پسران پانزده سال قمری است. پس از دوره بلوغ نیز این خود فرزند است که باید تصمیم بگیرد می‌خواهد با کدام یک از والدین زندگی کند. در واقع زمانی که فرزند پسر و دختر به سن بلوغ شرعی برسند، حضانت به پایان می‌رسد و آنها می‌توانند راجع به اینکه می‌خواهند با کدامیک از والدین شان زندگی کنند تصمیم‌گیری کنند؛ چرا که حضانت راجع به اطفال است و در مورد اشخاص بالغ اعمال نمی‌شود [۴].

نباید این حضانت را با ولایت اشتباه گرفت. فرزندان تا زمانی که به سن هجده سالگی نرسیده باشند، به اصطلاح غیر رشید محسوب می‌شود به این معنی که طفل بعد از سن بلوغ، هر چند بالغ شده است اما توانایی تصمیم‌گیری در مسائل مالی خود را ندارد و این تصمیم بر عهده ولی او است. ولایت فرزندان اصولاً بر عهده پدر، و در صورت فوت پدر، با پدر بزرگ او است. بنابراین هر چند که حضانت فرزند ممکن است با مادر باشد، اما تکلیف ولایت تا زمان ۱۸ سالگی با پدر خواهد بود [۵]. نظام حقوقی ایران بر اساس فقه امامیه احکام مربوط به خانواده را در قانون مدنی و قانون

حمایت از خانواده مقرر داشته است. با عنایت به گستردگی مباحث خانواده آنچه در پژوهش پیش رو مورد نظر است بررسی امکان توافق درباره حضانت فرزندان پیش از زوال عقد نکاح می‌باشد. در حالی که بیشتر نظام‌های حقوقی حاکم بر کشورهای مترقی جهان، که قوانین حقوقی شان نه بر اساس قوانین شارع مقدس و احکام سنتی فقه امامیه بلکه بر اساس نیازهای به روز انسان تنظیم شده است، بحث طلاق و حضانت فرزندان پس از طلاق را طبق قراردادها و توافق طرفین مطرح می‌کنند. آیا فقه اسلامی می‌تواند پاسخگوی این نیاز باشد. بحث بیشتر بر روی بخش‌هایی است که ابهام دارد و برداشت‌های فقهی متفاوتی از آن می‌شود. بنابراین بخش‌هایی که امکان توافق یا عدم توافق در آنها روشن است از بحث ما خارج است.

طبق قانون مدنی حضانت فرزند تا سن هفت سالگی با مادرش است و پس از آن مسئول حضانت بچه، پدر خواهد بود: " ماده ۱۱۶۹ - برای حضانت و نگهداری طفلی که او بین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. " در صورتی که پس از هفت سالگی، مادر ادعا کند که پدر، صلاحیت حضانت فرزند را به دلایلی من جمله اعتیاد، بیماری روانی یا فساد و فحشا ندارد، باید این ادعا را در دادگاه مطرح کند و پس از آن، دادگاه با در نظر گرفتن مصلحت فرزند، تصمیم نهایی را در این مورد اتخاذ می‌کند. این نکته در تبصره ماده ۱۱۶۹ به روشنی بیان شده است [۶]: " بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد. "

## ۱- مفهوم حق و حکم

هر چند که حق و تکلیف حضانت فرزند تا ۷ سالگی با مادر است اما در صورتی که شرایط سلب حضانت فرزند از مادر وجود داشته باشد، این حق از بین می‌رود و پدر می‌تواند حضانت را از مادر بگیرد. اولین شرط سلب حضانت که در قانون مدنی بیان شده عبارت است از ابتلای مادر به جنون و یا ازدواج مجدد مادر. طبق ماده ۱۱۷۰: " اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا به جنون شود یا با دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود. "

حق اختیاری است که قانون برای کسی شناخته تا بتواند امری را انجام یا ترک کند. به بیان دیگر حق، قدرت و توانایی قانونی است که شخص بتواند بر پایه آن از چیزی بهره‌مند شود یا کاری را انجام دهد یا ندهد. منظور از حکم فرموده خدا، پیامبر (ص) یا اهل بیت (ع) می‌باشد که به اقتضا یا اختیار یا وضع به فعل کسی تعلق گرفته است. انجام دادن تکلیف و انجام ندادن آن گناه است [۶]. اگر قانونگذار بر پایه حکم شرع جهات و مبانی قانون را آن اندازه مهم بداند که خلاف آن را

اصلاً به انسان‌ها اجازه ندهد احکام قانونی در این موارد قواعد امری یا آمره گفته می‌شود. این قواعد در مورد پژوهش ما برای حفظ بنیان خانواده و بقای نسل وضع می‌شود [۷].

امکان‌سنجی توافقی‌سازی با رویکردی بر این مسأله است که آنچه مورد توافق قرار می‌گیرد حق است، حکم است یا هر دو و در مورد بحث این پژوهش کدام جنبه حاکم است. بنابراین مصادیقی مدنظر است که حکم یا حق بودن آنها مورد تردید است یا طبق معمول فقه نظرات گوناگون در مورد آنها بیان شده است. اگر مشخص شود مصداق مورد نظر حکم است نمی‌توان خلاف آن توافق کرد اما اگر مشخص شود حق است می‌توان خلاف آن توافق کرد و اگر ذوجهتین باشد باید جنبه غلبه روشن شود که آیا حکم بودن غلبه دارد یا حق بودن. در مورد حکمیت بین زوجین آیا می‌توانند بدون طی مراحل حکمیت و صرفاً بر اساس توافق، طلاق را منعقد می‌سازند؟ به دیگر سخن آیا حکمیت جز قواعد آمره است یا جز حقوق؟ در مورد حضانت باید گفت ماهیتی مرکب از حق و حکم است. حال آیا زوجین می‌توانند حق حضانت را بر اساس توافق منتقل کنند؟ پاسخ به این سوال در گرو غلبه حق یا حکم بودن حضانت است که باید روشن شود

تحقیقات مختلفی درباره حضانت فرزندان انجام شده است اما آنچه در پژوهش پیش رو مدنظر است بررسی مصادیقی از توافق زوجین درباره حضانت فرزندان پیش از طلاق است که حکم یا حق بودن آنها دارای ابهام است. برخی مصادیق نیز ذوجهتین می‌باشند و امکان توافق بر خلاف آنها از نظر جنبه غلبه حکم یا حق بودن روشن می‌شود. بنابراین با روشن شدن حق یا حکم بودن، امکان توافق بر خلاف آن مشخص می‌شود.

## ۲- مبانی نظری

خانواده کوچکترین واحد اجتماعی است که ثبات یا ناپایداریش بر اعضای خانواده و جامعه اثر می‌گذارد و فروپاشی این واحد کوچک گاه چنان اثر عمیقی بر فرزندان دارد که باورکردنی نیست. گذشته از اثراتی که طلاق بر زوجین می‌گذارد در مواردی که زوجین دارای فرزندان هستند، اثرات آن گریبان آنها را نیز می‌گیرد، حتی می‌توان گفت فرزندان از این پدیده بیشترین ضربه را متحمل می‌شوند. نسبت بزه کاری در خانواده‌های متلاشی شده خیلی بیشتر از خانواده‌های بادوام است و بی‌سرپرستی در فرزندان، عقده‌های روانی ایجاد می‌کند و جنبه منفی طلاق خیلی گسترده است. فرزندان خانواده‌های طلاق در زمینه‌های جسمی، شخصیتی- عاطفی، خانوادگی، تحصیلی و اقتصادی شرایط نامناسب‌تری را تجربه می‌کنند [۸]. این فرزندان به لحاظ جسمی معمولاً از بیماری‌های مختلفی رنج می‌برند؛ جدایی والدین بر ویژگیهای عاطفی- شخصیتی آنها چنان اثر

می‌گذارد که از سوپی منجر به افزایش اضطراب، گوشه‌گیری، پرخاشگری، بهانه‌جویی، انتقام‌جویی، بی‌رحمی، غمگین بودن، زود رنج بودن، نزاع و درگیری، اختلال در خواب (بدخوابی و کابوس، بی‌خوابی)، ناخن جویدن، بی‌زاری از زندگی، فرار از منزل، شک و دو دلی، تمایل به ازدواج زود هنگام، و احساس بیماری، می‌شود. و از سوی دیگر منجر به کاهش اعتماد به نفس، کنجکاو و شاد و سرزنده بودن می‌شود [۹].

طبق ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی، پدر و مادر مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت فرزند یا فرزندان خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید نسبت به آن‌ها بی‌توجه باشند. سهل انگاری در نگهداری و تربیت فرزند موجب سقوط حق حضانت می‌شود. زمانی که پدر و مادر با یکدیگر زندگی می‌کنند حضانت فرزند با هر دوی آن‌ها است. در صورتی که پدر و مادر جدا از یکدیگر زندگی کنند مطابق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی برای حضانت چنین فرزندان، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن این اولویت با پدر است، مگر آنکه مصلحت فرزند به گونه‌ای دیگر اقتضا کند. پس از ۷ سالگی در صورت بروز اختلاف، حضانت فرزند با رعایت مصلحت وی به تشخیص دادگاه است.

اگر برای یکی از والدین مشکلی پیش آید، از قبیل عدم صلاحیت در نگهداری از فرزند و یا اینکه یکی از والدین به نحوه نگهداری فرزند توسط طرف دیگر اعتراض کند، باز هم امکان تغییر صاحب حضانت خواهد بود حتی در مدتی که اولویت با آن پدر یا مادر باشد [۱۰]. با رسیدن فرزند به سن بلوغ (در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری) دادگاه خود را فارغ از رسیدگی در خصوص حضانت دانسته و این خود فرزندان هستند که انتخاب می‌کنند نزد کدام یک از والدین زندگی کنند. اما در هر صورت تأمین مخارج زندگی با پدر خواهد بود.

## ۲-۱- ملاقات فرزند بعد از طلاق

در موارد انحلال نکاح، مثل طلاق نیز دادگاه ضمن حکم در مورد حضانت باید درباره حق ملاقات تعیین تکلیف کند. ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مقرر کرده است، دادگاه باید ضمن رأی صادره در خصوص درخواست طلاق، با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت فرزند، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند. از آن جا که در بحث حضانت فرزند مهمترین نکته مصلحت وی می‌باشد. قانون جدید حمایت خانواده، به دادگاه اجازه بازنگری در تصمیم خود در رابطه با حضانت را می‌دهد. بر اساس ماده ۴۱ این قانون، هرگاه دادگاه تشخیص دهد ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به فرزند بر خلاف مصلحت او است یا در

صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند یا مانع ملاقات فرزند تحت حضانت با اشخاصی که حق ملاقات دارند شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری با تعیین شخص ناظر با پیش بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت فرزند تصمیم مناسبی اتخاذ کند [۱۱].

## ۲-۲- نفقه فرزند

طبق ماده ۶ قانون حمایت خانواده، مادر یا هر شخصی که حضانت فرزند را به اقتضای ضرورت به عهده دارد، می‌تواند به عنوان شاکی جهت مطالبه نفقه فرزند اقدام کند. در این شرایط دادگاه باید ابتدا ادعای ضرورت را بررسی کند. دقت داشته باشید، کسی که حضانت فرزند را به عهده دارد، لزوماً همان شخصی نیست که تکلیف پرداخت نفقه کودک را عهده دار است. یعنی ممکن است حضانت به عهده مادر باشد اما پدر نفقه وی را پرداخت کند. طبق ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، نفقه فرزندان به عهده پدر است و پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به دادن نفقه به عهده اجداد پدری است. در صورت نبود اجداد پدری یا عدم قدرت آنها در پرداخت نفقه فرزند، نفقه به عهده مادر است. اگر مادر در قید حیات نباشد، نفقه فرزند به عهده اجداد مادری است [۱۲].

## ۲-۳- مراحل قانونی گرفتن حضانت فرزند

در صورتی که به دلیل عدم مراقبت و یا انحطاط اخلاقی پدر و مادری که فرزند تحت حضانت او است، صحت جسمی یا تربیت اخلاقی فرزند در معرض خطر باشد، دادگاه می‌تواند با تقاضای بستگان، قیم (سرپرست) و یا رئیس حوزه قضایی ترتیب شرایط بهتری را برای حضانت کودک اتخاذ نماید. شرایط سلب حضانت فرزند از پدر و مادر عبارتند از [۱۳]:

عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادر  
اعتیاد زیاد به الکل، مواد مخدر و قمار  
سرشناس بودن به فساد اخلاقی و فحشا  
ابتلا به بیماری روانی به تشخیص پزشکی قانونی  
تکرار ضرب و شتم خارج از عرف  
سوءاستفاده از فرزند یا گماشتن او به کارهای غیراخلاقی مانند فساد، فحشاء، تكدی‌گری، قاچاق  
جنون مادر  
ازدواج دوباره مادر

فاسد بودن مادر مانع ملاقات فرزند نخواهد شد، زیرا ملاقات فرزند حق فطری و طبیعی یک مادر است. اگر پدر فوت کرده باشد، ازدواج مجدد مادر موجب ضایع شدن حق حضانت وی نخواهد شد. با توجه به حکم ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی که ریاست خانواده را از ویژگی‌های مرد دانسته است، به نظر می‌رسد در موارد اختلاف، نظر مرد باید رعایت شود. البته در هر صورت در موضوع حضانت اصل، رعایت مصلحت فرزند است. بنابراین اگر رویه پدر در تربیت و نگهداری از فرزند به مصلحت وی نباشد، هریک از نزدیکان او از جمله مادر می‌تواند در این مورد به دادگاه مراجعه کند.

### ۳- حضانت فرزند

در طلاق توافقی همه چیز باید با توافق زوجین صورت بگیرد. در مورد حضانت فرزند نیز به همین ترتیب است. یعنی پدر و مادر باید در مورد حضانت فرزند با یکدیگر به توافق برسند. در طلاق توافقی والدین حق دارند تنها در مورد حضانت فرزندی توافق کنند که در پسر کمتر از ۱۵ سال تمام سن داشته باشد و در دختر نیز کمتر از ۹ سال تمام سن داشته باشد، در غیر این صورت حق انتخاب با خود فرزند خواهد بود. پس از آنکه پدر و مادر در بحث حضانت فرزند با یکدیگر به توافق رسیدند باید تکلیف ملاقات فرزند و شرایط آن و نفقه فرزند و میزان آن را مشخص کنند [۱۴].

### ۳-۱- حضانت در لقاح مصنوعی

در صورتی که به وسیله‌ی لقاح مصنوعی از منی مرد بیگانه زنی حامله شود، خواه زن مزبور شوهردار باشد، یا آن که شوهر نداشته باشد، طفلی که از آن متولد گردد، به صورت یکی از دو شکل زیر می‌باشد:

#### ۳-۱-۱- در صورت جهل زن و مرد به عمل لقاح

در این صورت طفل، ملحق به پدر و مادر طبیعی خود می‌باشد، زیرا طفل مزبور در ردیف ولد شبهه است و همان گونه که ولد شبهه ملحق به کسی است که جاهل به حرمت رابطه بوده است در مورد مزبور به طریق اولی ملحق به او خواهد بود، زیرا دخول با مرد اجنبی واقع نشده است. در صورتی که یکی از زن و مرد جاهل به حقیقت امر باشد، طفل نسبت به او در حکم ولد شبهه است. بنابراین تکلیف حضانت نیز در صورت جهل دو طرف با هر دو طرف است و در صورت جهل یکی از آنها به وی ملحق است (مجتهد سلیمانی، ۱۳۹۸، ص ۱۵۱).

### ۳-۱-۲- در صورت علم زن و مرد به عمل لقاح

هرگاه در لقاحی که حکم به عمل می‌آید زنی که منی در رحم او گذارده می‌شود و هم چنین مردی که منی از او گرفته می‌شود آگاه به حقیقت امر باشند، خواه زن و مرد یکدیگر را بشناسند یا نشناسند، مانند آن که زنی برای عمل لقاح مصنوعی نزد پزشک برود و پزشک برای این امر منی مردی را که زن او را ندیده و نمی‌شناسد در رحم او بگذارد و از آن طفلی متولد گردد، در الحاق طفل به مادر و پدر بین علمای حقوق اختلاف است. بعضی از فقهاء بر آنند که طفل متولد از لقاح مصنوعی منی مرد و زنی که حقیقت امر را در حین ارتکاب عمل لقاح می‌دانستند در حکم ولد زنا می‌باشد و ملحق به پدر و مادر طبیعی خود نمی‌شود، زیرا با علم زن و مرد به نبودن رابطه زوجیت بین آن دو، احترامی برای منی از نظر اجتماعی موجود نیست. برخی دیگر بر آنند که ولد زنا فقط به مادر طبیعی ملحق می‌شود، زیرا فرزند ملحق به مادر است، مگر آنکه از زنا باشد و عمل لقاح را به هیچ وجه نمی‌توان زنا محسوب داشت، ولی چون الحاق طفل به پدر در صورتی است که از طریق متعارف متولد شود، لذا نمی‌توان او را به پدر طبیعی ملحق نمود.

از نظر تحلیلی می‌توان بر آن بود که آنچه از اصول حقوقی و مخصوصاً مواد قانون مدنی ایران استنباط می‌شود آن است که، هر فرزند طبیعی، قانونی است مگر آن که قانون تصریح بر خلاف نموده باشد و موردی را که قانون نشناخته، ولد زنا است که ملحق به کسی که مرتکب زنا شده نمی‌گردد و در بقیه موارد طفل ملحق به پدر و مادر است و فرقی هم بین پدر و مادر از جهت آن که به وسیله طبیعی منی در رحم زن قرار گرفته یا به وسیله مصنوعی منی نمی‌توان گذارد. به نظر می‌رسد که پیروی از نظریه‌ی اول با اصول اخلاقی و حفظ خانواده که سلول‌های متشکله اجتماع است اولی باشد ولی از نظر قضایی محض نمی‌تواند از نظر اخیر دست برداشت.

بنابراین در این رابطه حضانتی نیز برای وی متصور نمی‌توان بود. در مورد مالک اسپرمی که فرزند از اسپرم وی شکل گرفته است باید در نهایت گفت که چون عدای به حرمت چنین تلقیحی معتقدند در روش تلقیح درون رحمی، اجمالاً طفل به صاحب اسپرم ملحق نمی‌شود چراکه این عمل در حکم زنا است ولی در روش تلقیح خارج از رحم مسأله را می‌توان در دو شکل تصور نمود: می‌توان با توجه به عدم دخالت رحم در شکل‌گیری نطفه، طفل را به صاحب منی ملحق دانست. در هر حال فرزند متعلق به صاحب منی می‌شود، چرا که این عمل را نمی‌توان زنا دانست و به علاوه حرمت عمل مزبور در صدق عناوین نسبی مدخلیت ندارد.



بنابراین می‌توان گفت اهدای اسپرم وقتی است که مرد فاقد اسپرم بوده یا اسپرم او توانایی بارور کردن تخمک را نداشته باشد یا وقتی مرد اختلال ژنتیکی یا ارثی داشته باشد یا ناقل ناهنجاریهای کوروموزومی باشد استفاده می‌گردد.

تولد کودکی اینچنین مسائل حقوقی خاصی را مطرح می‌کند که هیچ سابقه‌ای در نظام حقوقی کشور ما نداشته‌اند. از طرف دیگر بنای خانواده که هسته‌ای اصلی قوانین کشور ما مترتب بر آن شکل گرفته است در صورت بسط پیدایش چنین کودکانی، با چالش‌های جدی مواجه خواهد شد. در مورد حضانت فرزندان حاصل از جنین اهدایی در ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ تعیین تکلیف شده و حق و تکلیف حضانت چنین نوزادی بر عهده زوجین دریافت کننده جنین است و واگذاری این حق و تکلیف که خاص والدین به صورت طبیعی است به زوجین پذیرنده جنین اهدایی حاکی از آن است که رابطه فرزند مزبور با زوجین اشاره شده، رابطه نسبی قانونی یا در حکم نسب است و نظر کسانی که دو مادر برای کودک قایلند حداقل از نظر آثار حقوقی مشک لافزین است و مصلحت کودک و خانواده وی و جامعه نیز با نظر این گروه به خطر خواهد افتاد. ضمناً صاحبان اسپرم و تخمک اهدایی هرگز قصد ایجاد حق و تکلیف برای خود نداشته‌اند و ناشناس باقی خواهند ماند. به این ترتیب زوجین پذیرنده جنین اهدایی همان حقوق و تکالیف عنوان شده در ماده ۱۱۶۸ ق.م.را دارند و امتناع آنان از انجام تکلیف موجب ایجاد مسئولیت مدنی و کیفری خواهد بود. البته در واقع و نفس الامر رابطه نسبی صاحبان جنین با کودک منتفی نیست. حقوق و تکالیف حضانت، نگهداری و تربیت کودک را با توجه به مواد ۱۱۷۳ و ۱۱۷۵ قانون مدنی ایران، نمی‌توان از زوجین پذیرنده جنین سلب کرد مگر این که در اثر انحطاط اخلاقی زوجین یا مسامحه آنان در حضانت کودک، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر قرار گیرد که در این صورت، طبق حکم دادگاه صلاحی تدار که دادگاه خانواده محل اقامت کودک است، حق حضانت از آنان یا یکی از آنان سلب خواهد شد. البته اعتیاد زیان آور به الکل، اعتیاد به مواد مخدر و عادت به قماربازی، اشتها به فساد اخلاق و فحشاء، ابتلاء به بیماری‌های روانی، سوء استفاده از کودک یا اجبار او به ورود در مشاغل ضداخلاقی مانند فحشاء، تکدی‌گری، قاچاق و تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف و امثال آن، از جمله موجبات سلب صلاحیت زوجین در زمینه نگهداری و تربیت کودک خواهد بود.

### ۳-۲- حضانت در طلاق توافقی

در خصوص حضانت بر طلاق توافقی و توافق طرفین بر حضانت آنچه که پر واضح است توافق بر قواعد آمره نمی‌تون نمود و بر قواعد مخیره می‌توان توافق نمود. از این رو اگر چه مسئله حضانت طفل از قواعد مخیره است که تا ۷ سالگی بر عهده مادر و بعد از آن بر عهده پدر است ولی واضح است که توافق طرفین در صورت عدم تصریح برای بعد از سنین ذکر شده می‌باشد. در این خصوص رأیی قابل نقد از نظر نگارندگان صادر شده است که به صورت ذیل است :

شماره دادنامه قطعی: ۱۰۴۱/۰۲۳۳۰۰۹۹۷۰۹۳۰ شعبه ۲۷۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران سال

۱۳۹۳

« در این پرونده خواهان آقای ع.س. با وکالت آقای الف.ج. و خانم ط.م. دادخواستی به خواسته تحویل فرزند به طرفیت خوانده خانم م.ج. با وکالت آقای الف.ص. تقدیم داشته است، بدین شرح که زوجین به موجب دادنامه ۱۳۳۷ مورخه ۱۳۹۱/۹/۱۰ با توافق از یکدیگر به طلاق جداشده اند و حاصل ازدواج آن‌ها دو فرزند پسر د. متولد ۱۳۸۵/۱۲/۲۱ و م. متولد ۱۳۸۷/۳/۲۶ می‌باشند که در طلاق توافقی حضانت فرزندان به مادر سپرده شده است و زوج (پدر) حق ملاقات فرزندان مشترک را داشته است، اینک فرزند مشترک دانیال از سن هفت سالگی عبور نموده است زوج خواهان حضانت فرزند مشترک و تحویل آن از سوی زوجه می‌باشد، نظر به اینکه زوجه (مادر) تا هفت سالگی حق حضانت فرزند مشترک را دارد و پس از پایان هفت سالگی حق حضانت با پدر (زوج) می‌باشد هرچند که در طلاق توافقی حق حضانت به مادر سپرده شده باشد زیرا به نظر می‌رسد که امکان عدول از آن وجود داشته باشد. النهایه با پذیرش خواسته خواهان حکم به تحویل فرزند مشترک با نام د. به پدر (زوج) جهت حضانت صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی می‌باشد. »

در خصوص تجدیدنظر خواهی ۱- آقای ع.س. با وکالت الف.ج. ۲- خانم م.ج. به طرفیت یکدیگر نسبت به دادنامه شماره ۹۵۲ مورخه ۹۳/۴/۲۴ صادره از شعبه ۲۷۱ دادگاه خانواده تهران که به موجب آن با درخواست تجدیدنظرخواه ردیف اول حضانت یکی از فرزندان مشترک بنام د. به لحاظ اینکه به سن هفت سالگی رسیده است به مشارالیه واگذار شده است با توجه به مندرجات پرونده و لایحه اعتراضی و دفاعی و توضیحات طرفین و مستندات رأی و استدلال دادگاه دادنامه تجدیدنظرخواسته مطابق قانون و دلایل موجود در پرونده صادرشده و مخالفتی نیز با موازین شرعی ندارد لذا بااستناد به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن ردّ تجدیدنظر خواهی دادنامه مذکور تأیید می‌شود این رأی قطعی است. (پژوهشگاه قوه قضاییه، بازدید شده در تاریخ ۱۷، خرداد ۱۴۰۱، سامانه ملی آرای قضایی)

آنچه قابل نقد است اینست که توافق برای بعد از سنین ذکر شده است که قانون حکمی نکرده و الا در حوزه سنین ذکر شده حکم قانون مصرح و مشخص است و نیازی به توافق نیست چه اینکه این حق را قانون نیز به مادر تا سن هفت سالگی تفویض نموده است. بنابراین باید به محتوای و مقتضای توافق توجه نمود و در غالب امور زوجه در قبال بخشش مهریه حضانت را بدست می‌آورد و حال فایده ای بر این توافق اگر مترتب نباشد، اثر توافق از بین می‌رود. بنابراین به نظر می‌رسد در رأی ذکر شده به مقتضای توافق بر حضانت توجه نشده است و توافق ذکر شده عمدتاً بعد از سنین ذکر شده که قانون در این باره تکلیفی نکرده است بار می‌شود.

### ۳-۳- ملاقات فرزند بعد از طلاق توافقی

مطابق با ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی، در صورتی که به علت طلاق یا به هر علت دیگری والدین فرزند در یک منزل ساکن نباشند، هریک از والدین که فرزند تحت حضانت او نمی‌باشد حق ملاقات فرزند خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوط به آن در صورت اختلاف بین پدر و مادر و نبود توافق با دادگاه خانواده می‌باشد. نمی‌توان فرزند را به خاطر حق حضانت از ملاقات با پدر، مادر و دیگر خویشاوندانش محروم کرد. علاوه بر آن پدر، مادر و خویشاوندان فرزند حق دارند او را ملاقات کنند. منع ملاقات فرزند برای طرف دیگر تا دو بار جزای نقدی و برای بار سوم موجب سلب حضانت فرزند می‌گردد. اگر یکی از والدین احساس کند که برخلاف توافق، حضور فرزند نزد طرف مقابل باعث آسیب دیدن فرزند می‌شود، باید به دادگاه مراجعه کند. دادگاه پس از بررسی دلایل در صورتی که تشخیص دهد حضانت و نگهداری از کودک توسط فرد مقابل برخلاف مصلحت وی می‌باشد، تصمیم دیگری اتخاذ خواهد کرد [۱۵].

### ۳-۴- نفقه فرزند در طلاق توافقی

در طلاق توافقی پدر و مادر باید در زمینه نفقه فرزند مشترک و میزان آن نیز با یکدیگر توافق کنند. بنابراین نفقه فرزند مشترک را می‌تواند مادر به عهده بگیرد یا پدر. در این شرایط معمولاً والدین بر سر میزان نفقه با یکدیگر به مشکل می‌خورند. در این شرایط می‌توانند از دادگاه رسیدگی کننده به طلاق توافقی بخواهند تا کارشناس آن‌ها میزان نفقه فرزند مشترک را تعیین کند. اما به طور کلی نفقه اولاد به عهده پدر است. با توجه به تورم و افزایش قیمت‌ها بعضاً شرایطی به وجود می‌آید که ارزش نفقه دریافتی کم می‌شود. در این شرایط دریافت کننده نفقه باید دادخواستی را همراه با دلیل جهت افزایش میزان نفقه به دادگاه ارائه کند.

#### ۴- ضمانت اجرای حضانت

قانون برای آنکه هریک از والدین وظایف خود را در اجرای حضانت فرزند بعد از طلاق به درستی انجام دهند، ۳ ضمانت اجرایی در نظر گرفته است که از اهمیت بسیار بالایی برخوردار هستند. طبق ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی، اگر کسی از دادن فرزندی که به او سپرده شده است، در موقع مطالبه اشخاصی که قانوناً حق مطالبه دارند، امتناع کند به مجازات حبس از ۳ تا ۶ ماه یا به جزای نقدی از یک میلیون و پانصد هزار ریال تا سه میلیون ریال محکوم خواهد شد. طبق ماده ۱۱۷۲، هیچ یک از والدین حق ندارند در مدتی که حضانت فرزند به عهده اوست، از نگهداری وی امتناع کند. در صورت امتناع یکی از والدین، حاکم باید به تقاضای قیم (سرپرست) یا یکی از نزدیکان و یا به تقاضای مدعی العموم (دادستان) فرزند را به هریک از والدین که حضانت به عهده اوست، الزام کند. طبق ماده ۱۱۷۳، اگر کسی که نگهداری یا مواظبت از فرزند به او سپرده شده است در انجام وظایف خود کوتاهی کند و زینانی به فرزند وارد شود، مسئول جبران زیان وارده خواهد بود. به عنوان مثال ماده ۶۳۳ قانون مجازات اسلامی گفته است، هرگاه کسی شخصاً یا به دستور دیگری فرزند یا شخصی را که قادر به محافظت از خود نمی‌باشد، در محلی که خالی از سکنه است رها نماید به حبس شش ماه تا دو سال و یا جزای نقدی سه تا دوازده میلیون ریال محکوم خواهد شد. طبق ماده ۱۱۷۱، در صورت فوت یکی از والدین حضانت فرزند با آن که زنده است خواهد بود حتی اگر متوفی پدر فرزند باشد و برای وی قیم (سرپرست) معین کرده باشد. در صورتی که پدر فرزندی شهید شود، حضانت فرزند با مادر است، مگر آنکه عدم صلاحیت مادر به حکم دادگاه ثابت شده باشد [۱۶].

#### نتیجه گیری

حضانت در لغت به معنای پرورش و نگهداری از کودک معنا می‌شود. تربیت و نگهداری کودکان پس از تولد مهم‌ترین دغدغه والدین است و در صورت طلاق حضانت فرزند مسئله‌ای قابل بحث است. رشد عقل و شخصیتی کودک در بستر خانواده فراهم می‌شود و در سایه خانواده می‌تواند به موفقیت دست پیدا کند. از آن جایی که کودکان بی دفاع‌ترین افراد جامعه هستند قانون برای آن‌ها شرایط حضانت در نظر گرفته تا به حقوق آن‌ها رسیدگی شود. ماده ۱۱۷۹ و ۱۱۶۸ قانون مدنی به حقوق کودکان پرداخته و شرایط حضانت را عنوان کرده است. در این قوانین بیشتر به نحوه پرورش

و رشد کودکان پرداخته و به مسائل تربیتی اشاره ای نشده است. حضانت به حمایت عاطفی و مادی از فرزندان گفته می‌شود که پدر یا مادر با توافق دوطرفه می‌توانند آن را به عهده گیرند. بر اساس قانون، حضانت فرزند حقی است که بر عهده پدر و مادر قرار می‌گیرد از این رو والدین حتی بعد از طلاق باید از فرزندان خود به خوبی مراقبت کنند و مسئولیت‌های آن‌ها را بپذیرند. پدر یا مادری که مسئولیت فرزند را برعهده می‌گیرد در واقع حضانت او را پذیرفته است. در طلاق توافقی حضانت کودک براساس توافق انجام می‌گیرد اما در برخی طلاق‌ها موضوع حضانت بحثی پیچیده است. قانون حضانت کودک را به پدر و مادر سپرده است و هر دوی آن‌ها باید در رشد کودکان نقش داشته باشند. در ابتدا باید والدین با یکدیگر بر سر نگهداری کودکان به توافق برسند ولی اگر تفاهم بین آن‌ها برقرار نشود قانون بین آن‌ها حکمرانی می‌کند.

رویکردی که در این پژوهش برای امکان‌سنجی توافقی‌سازی آثار و احکام زوال نکاح در پیش گرفته شد بررسی حق، حکم یا هر دو بودن آنچه مورد توافق قرار می‌گیرد است. بنابراین مصادیقی مورد بحث است که حکم یا حق بودن آن‌ها مورد تردید است یا نظرات گوناگون در مورد آن‌ها ابراز گردیده است. اگر آن مصداق حکم باشد مسلماً نمی‌توان بر خلاف آن توافق نمود ولی اگر حق باشد می‌توان خلاف آن توافق کرد و اگر دوجهته است باید جنبه غالب مشخص شود. نتیجه و نوآوری پژوهش این است که در فرزند ناشی از لقاح مصنوعی چنانچه لقاح در رحم زن با اسپرم بیگانه باشد و بیگانه هم معلوم نباشد، هیچ ترجیحی برای طفل ناشی از ولد به شبهه یا زنا متصور نیست و توافق بر گرفتن حضانت طفل دیگری اعتباری از نظر قانونی ندارد. از طرفی در خصوص تلقیح مصنوعی و خارج از رحم چنانچه با علم و آگاهی باشد، تنها حقی که برای حضانت متصور است اینست که مادر بتواند حضانت او را بر عهده گیرد و شوهر مادر حقی در این خصوص ندارد. اما در خصوص توافق بر حضانت فرزندی متولد از فراس زن و مرد، اثر توافق عمدتاً برای بعد از موردی است که قانون حکم و اثر خود را بار می‌کند و الا تا ۷ سالگی که حکم قانون مشخص است و نیازی به تصریح و توافق ندارد. از این رو توافق طرفین ظهور در بعد از ۷ سالگی طفل دارد.

## منابع

صفایی، سیدحسین (۱۳۷۹)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اشخاص و اموال، ج ۱، چاپ اول، میزان، تهران.

صمدی اهری، محمدهاشم. حقوق و تکالیف فرزندان ناشی از جنین اهدایی. تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۱؛ ۵(۱۸): ۱۱۳-۱۳۸.

رئیس. رویا و همکاران (۱۳۹۱). «تاثیر جلسات مشاوره حضوری آموزش مهارت‌های زندگی بر سلامت روانی فرزندان خانواده‌های طلاق»، مجله دانشگاه علوم پزشکی شهر کرد، دوره ۱۴، شماره ۴.

کاظمیان، سمیه. و معصومه اسماعیلی (۱۳۹۱). «اثر بخشی آموزش خود متمایزسازی بر کاهش اضطراب فرزندان خانواده‌های طلاق»، فصل‌نامه پژوهش در سلامت روان‌شناختی، دوره ششم، شماره چهارم.

اسماعیلیان، نسرین و دیگران (۱۳۹۲). «اثر بخشی شناخت درمانی مبتنی بر ذهن آگاهی بر نشانی افسردگی و پذیرش کودکان دارای والدین مطلقه»، مجله روان‌شناسی بالینی، سال پنجم، شماره ۳ (پیاپی ۱۹).

مشهدی نژاد، علیرضا (۱۳۸۸)، بررسی اجرای مفاد گواهی عدم امکان سازش در طلاق توافقی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۰ شماره ۲۵

وسایل الشیعه، ج ۱۵، ابواب اقسام الطلاق و احکامه، باب ۴، حدیث ۷، ص ۳۵۹. و نیز ر.ک: ص ۳۶۰ و ۳۶۱. و تفسیر روض الجنان، ج ۳، ص ۲۷۲؛ مجمع البیان، ج ۱، ص ۵۷۸.

ابن عاشور، محمد الطاهر (۱۴۲۱) مقاصد الشریعه الاسلامیه، دارالنفائس، عمان.

زائری، حمید (۱۳۹۴)، بررسی واقعه طلاق توافقی در حقوق ایران فرانسه و فقه امامیه،

بیهقی، احمدبن حسین، (۱۴۲۵)، سنن الکبری، چاپ عبدالسلام علوس، ریاض، ج ۶: ۱۶

اکبری جدی، مریم (۱۳۹۴)، بررسی فقهی حقوقی طلاق توافقی و خلأهای قانونی آن.

محسنی، فاطمه (۱۳۹۴)، ماهیت و آثار حقوقی طلاق توافقی،

محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶) قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ایران.

مجتهد سلیمانی ابوالحسن، عزیزی راضیه. حضانت در کودکان ناشی از لقاح مصنوعی. مجله علمی

سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران. ۱۳۹۸؛ ۳۷ (۳): ۱۵۵-۱۴۴.

نصرتی، فریده (۱۳۹۲)، بررسی ماهیت و احکام طلاق توافقی بر اساس مبانی فقهی مذاهب چهارگانه.

فقیه (۱۳۸۹)، طلاق قضایی در فقه و حقوق ایران، نشریه معرفت، شماره ۱۴۸.

پوراسدی و هاشمی (۱۳۹۱)، بررسی پدیده طلاق و چگونگی حضانت فرزندان پس از مفارقت.

فصلنامه مطالعات پلیس زن، سال ۶ شماره ۱۶

حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹) وسائل الشیعه، بیروت.

پژوهشگاه قوه قضائیه، سامانه ملی آرای قضایی، ۱۳۹۳، بازدید شده مورخ ۱۷ خرداد ۱۴۰۱.  
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/7985>