

مقایسه ی تطبیقی حضانت در حقوق ایران فقه اسلامی و کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان

دکتر علی غریبه¹
دکتر ناصر رهبر فرش پیرا²
اکرم قلی زاده

چکیده

حضانت نوعی ولایت و سلطنت بر حفظ و نگهداری و تربیت کودک و مجنون است. زمانی که پدر و مادر کودک از هم جدا می شوند مساله حضانت و اولویت هر یک از آنها برای نگهداری و سرپرستی فرزند مطرح می شود. آرای فقها در مورد صلاحیت هر یک از پدر و مادر در سنین کودکی مختلف است، مشهور فقها بر آنند که مادر برای حضانت از فرزند تا دوسال و چنانچه دختر باشد تا هفت سال شایسته تر است. قانون مدنی هرچند در گذشته از نظر مشهور تبعیت می نمود ولی با تغییر آن امروزه حضانت از فرزند چه پسر باشد چه دختر تا سن هفت سالگی با مادر است. طبق کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان که در سال 1979 میلادی جهت دفاع از حقوق زنان تصویب گردید، هرگونه قانون، رویه ی عملی، فرهنگ و سنن رایج که به تساوی زن و مرد در تمامی زمینه های سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی لطمه وارد نماید، تبعیض محسوب می گردد. به نظر می رسد بند دوم ماده 5 این کنوانسیون از این حیث که مسؤولیت مشترک زنان و مردان را در امر تربیت و پرورش کودکان مطرح می سازد مغایرتی با حقوق ما از حیث حضانت نداشته باشد. در این مقال ضمن بررسی حضانت در حقوق ایران و فقه اسلامی و بررسی آن در کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان به این نتیجه رسیدیم که در حقوق ایران در صورت جدایی زوجین، زوجه تا 7 سالگی فرزندش، حق حضانت خواهد داشت، که، این مورد، با توجه به مفهوم بند دوم ماده 5 کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان نوعی تبعیض به حساب می آید.

واژه های کلیدی: کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان، حضانت در حقوق ایران، حضانت پس از انحلال نکاح، حضانت حق یا تکلیف؟

¹ - عضو هیئت علمی، گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران n.rahbar@iaut.ac.ir

² - عضو هیئت علمی، گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران gharibe@iaut.ac.ir

³ - گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران (نویسنده مسئول)

مقدمه

همانگونه که بسیاری از صاحب نظران بر این امر متفق القول اند اساس جوامع سالم را خانواده ای که بنیان سالم داشته باشد تشکیل می دهد یعنی تربیت خانواده هسته اولیه و شالوده ی جامعه بشری است. به همین جهت در تمامی جوامع دنیا قوانین ویژه ای جهت حمایت از این نهاد عظیم اجتماعی وضع شده است.

مسأله ی حضانت و سرپرستی فرزندان نیز یکی از مباحث مهم و اساسی است که قانون گذاران سهم بسزایی در نحوه ایفای نقش والدین در این خصوص را داشته اند. حضانت کلمه ای عربی و در لغت به معنای پروردن است و در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است (لنگرودی، 1367، 1720). البته معانی دیگر نیز در لغت نامه وجود دارد از جمله در لغت نامه معین حضانت به معنای (زیر بال گرفتن، در دامن خود پروردان، در بر گرفتن) است (معین، 1371، 1360).

قانون تعریفی از حضانت ارائه نکرده است اما حقوقدانان به تعاریفی در این مورد پرداخته اند: عده ای بر این باورند که حضانت «اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر اعطا کرده است» (امامی، 1390، ج 5، 187)، (کاتوزیان، 1388، ج 2، 139). بعضی دیگر ابراز داشته اند «حضانت عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و متعلقات آن از قبیل نگهداری کودک» شهید ثانی نیز در این باره گفته است «الحضانة ولاية علی الطفل و المجنون لفائدة تربیت و ما يتعلق بها من مصلحت من حفظت و ...» (قربان نیا، 1388، 154) دکتر لنگرودی نیز بیان می دارد که حضانت عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است (لنگرودی، 1367، 1720).

نهایتاً اینکه نظر به کاربرد کلمه (حضانت) در برخی از مواد مربوط به باب دوم کتاب هشتم در قانون مدنی ایران، معلوم می شود که حضانت از نظر قانون مدنی ایران عبارت است از نگاهداری و تربیت اطفال.

هدف عمده در این تحقیق پاسخ به سؤالاتی است که امروزه ذهن جامعه را درباره حضانت مشغول کرده است، برخی بر این عقیده اند که شرع مقدس اسلام در امر حضانت اولاد به مادر جفا روا دیده، چگونه است که اسلام، دینی کامل و بی نقص، با

احکامی سرشار از عدالت، بر زن که نیمی از انسانها را تشکیل می دهد جفا کند؟ چرا پس از جدایی از همسر، مادر فقط 7 سال می تواند حضانت فرزند را به عهده داشته باشد؟ اینها سوالاتی است که ما، در اجتماع امروز با آن رو به رو هستیم. البته با دقت نظر و مطالعاتی در فقه و آیات و روایات در این باب، که به صورت اجمالی و با توصیف بحث حضانت و شرایط آن و بیان اولویت والدین در حضانت از طفل، در این مقال بیان گردیده؛ به این نتیجه می رسیم که نه تنها احکام حضانت تضييع حق زن نیست بلکه ضرر و زیان احتمالی را از او دور می کند و به صلاح و مصلحت وی می باشد. این تحقیق به روش کتابخانه ای و فیش برداری با استفاده از ابزار کتابخانه ای انجام گرفته است. روش تنظیم اطلاعات در این پژوهش به شکل توصیفی، تطبیقی صورت گرفته است. از مشکلات کار می توان به نبود منابع کافی در زمینه ی کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان اشاره نمود.

تعریف حضانت: حضانت در لغت به معنای نگاهداری است. معنای اصطلاحی آن نیز تقریباً به همین مضمون می باشد (محقق داماد، 1372، 287). در قانون مدنی حضانت تعریف نگردیده اما در فقه امامیه بعضی از فقها حضانت را اینگونه تعریف کرده اند: «حضانت عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و متعلقات آن از قبیل نگاهداری کودک، گذاردن او در بستر، سرمه کشیدن، پاکیزه کردن، شستن جامه های او و مانند آن» (العالمی، 1419، 421).

برخی از نویسندگان حقوقی نیز در این خصوص گفته اند «نگاهداری طفل عبارتست از ایجاد زمینه ی مناسب برای بقاء و نمو و بهداشت روانی و جسمی او» (یثربی، 1376، 177). و در واقع حضانت اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است (امامی، ج 5، 187؛ کاتوزیان، خانواده، ج 2، 139). کلمه ی تربیت که فقهاء در تعریف حضانت به کار برده اند دارای دو جنبه جسمی و روحی، مادی و معنوی است و اختصاص به پرورش جسمی ندارد.

ماده ی 1173 قانون مدنی نیز به جنبه ی معنوی و اخلاقی حضانت اشاره می کند، چه این ماده مقرر می دارد که هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، دادگاه می تواند هر تصمیمی را که درباره ی حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند (صفائی، امامی، 1388، 344).

حق و تکلیف بودن حضانت برای والدین: حق بودن حضانت موجب می گردد که شخص در اعمال آن مختار باشد و بتواند از انجام آن شانه خالی کند، در حالی که اگر حضانت را تکلیف بدانیم امکان آن وجود ندارد (قربان نیا، ج 2، 154، 1384). قانون مدنی حضانت را دو وجهی دانسته است و در ماده ی 1168 مقرر می دارد. «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است».

ماده ی 1172 قانون مدنی که می گوید: «هیچ یک از ابوین حق ندارد در مدتی که حضانت طفل به عهده ی آنهاست از نگاهداری او امتناع کند، در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم شرع باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم، نگاهداری طفل را به یکی از ابوین که حضانت به عهده ی 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»، بر جنبه ی تکلیف بودن حضانت، و ماده ی 1175 که مقرر می دارد «طفل را نمی توان از ابوین و یا از پدر یا مادری که حضانت با اوست گرفت مگر این که در صورت وجود علت قانونی» بر جنبه ی حق بودن برای والدین طفل دلالت دارد (صفائی، امامی، 1388، 347).

اولویت هر یک از والدین نسبت به حضانت فرزندان: در مورد اولویت هر یک از پدر و مادر برای حضانت، در فقه چند نظر مطرح گردیده است. که نظر مشهور فقهای امامیه در ماده ی 1169 سابق، آمده بود. طبق ماده ی 1169 سابق قانون مدنی «برای نگاهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ تولد 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». در توجیه این حکم گفته اند که در خانواده های ایرانی ریاست خانواده با زوج می باشد و وی نسبت به فرزندان خود دارای ولایت قهری می باشد، لذا به جز سالهای اول که طفل نیاز بیشتری به مراقبتهای مادر دارد این مسؤولیت به عهده ی وی می باشد (صفائی، امامی، 1388، 349).

به عقیده ی برخی نویسندگان، نظری که مورد قبول قانون مدنی قرار گرفته است با مصلحت طفل سازگار می باشد زیرا همانگونه که ذکر شد، طفل، نیازمند مراقبت های والدین به خصوص مادر می باشد، لذا شایسته است حضانت را به کسی که برای این امر آمادگی دارد تحمیل نمایند (صفائی، امامی، 1388، 347).

به نظر می رسد که اولویت مادر تا سن دو سالگی در مورد پسر با واقعیت های جامعه و مصلحت طفل سازگار نیست. از این رو طرحی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که مقرر می داشت: «برای حضانت و نگهداری طفل، مادر تا سن 7 سالگی اولویت دارد و پس از آن، در صورت حدوث اختلاف، با رعایت مصلحت کودک و به تشخیص و تایید دادگاه می باشد». این طرح به دلیل مغایرت با اصول شرع و قانون اساسی در شورای نگهبان مردود اعلام گردید و به مجلس بازگردانده شد، ولی مجلس مصوبه پیشین را بار دیگر تصویب کرد و بدین جهت طرح مزبور برای تعیین تکلیف نهایی به مجمع تشخیص مصلحت ارجاع شد و ماده ی 1169 اصلاحی به شرح زیر در 82/9/8 به تصویب مجمع تشخیص مصلحت رسید :

« برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می کنند، مادر تا سن 7 سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره - بعد از 7 سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می باشد.» همان طور که اشاره شد، ماده ی 1169 قبلی توجه چندانی به مصلحت کودک و واقعیت های اجتماعی نداشته، ولی در ماده ی اصلاحی موارد مذکور مورد توجه قرار گرفته است، زیرا اولاً، ماده ی اصلاحی سن اولویت مادر در نگهداری پسر را افزایش داده و تفاوت میان دختر و پسر را در حضانت طفل تا سن 7 سالگی از بین برده است. کودک در سنین پایین اصولاً وابستگی عاطفی بیشتری به مادر دارد و این وابستگی از دوران جنینی آغاز می گردد. از بعد روانی و جامعه شناختی نیز سن 7 سالگی در تعیین اولویت مادر، در نگهداری کودک، چه پسر باشد، چه دختر، سن مناسبی به نظر می رسد، هر چند که بعضی از فقهای امامیه تا سن بلوغ برای مادر اولویت قائل شده اند (موسوی بجنوردی، 1381، 48).

ثانیاً، بعد از 7 سالگی به منظور حمایت از کودک و رعایت مصلحت وی در صورت بروز اختلاف بین زوجین در زمینه حضانت، دادگاه، به هر ترتیب که تشخیص دهد، با رعایت مصلحت کودک، تصمیم خواهد گرفت و حتی ممکن است حضانت طفل را به فرد ثالثی غیر از ابوی واگذار کند.

بنابراین، ماده اصلاحی سن مناسبی برای اولویت مادر و پدر در حضانت تعیین کرده و به رعایت مصلحت کودک و اختیار دادگاه در این زمینه تصریح نموده و از این جهات بر ماده 1169 پیشین رجحان دارد.

در اینکه مادر تا پایان دوران شیر خواری طفل اولویت در حق حضانت دارد، هیچ اختلافی نیست و نصوص شرعی همچون آیات قرآنی دلالت بر آن دارد، ولی اختلاف، بیشتر در بعد از انقضای دو سال است. اقوال فقها و ادله روایی در این مورد را می توان به چند دسته تقسیم کرد:

1- روایاتی که به طور مطلق مادر را برای سرپرستی کودک سزاوارتر می داند، مثل روایتی که قبلا در مورد دختر حمزه سیدالشهدا، مطرح گردید که پیامبر(ص) فرمودند: «الخاله والدة».

از میان فقهای امامیه کسی قائل به این نظر نمی باشد(قربان نیا، 1384، 166)، ولی فقهای اهل سنت بر مبنای پاره ای روایات و به سبب مهربانی و شفقت مادر، حضانت مادر را مقدم می دارند (الجزیری، 1411، 598-594).

2- روایاتی که به اولویت مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است، دلالت دارد؛ هم چون روایت مرسله ای که منقروی نقل کرده اند که امام در پاسخ به این که کدام یک از والدین احق در حضانت می باشند، فرمودند: «المراه احق بالولد ما لم تتزوج» (الطبرسی، 1409، ق، ج 2، 625).

3- روایات و اقوالی از فقها که مادر را تا 9 سالگی فرزند احق و اولی می داند. شیخ مفید معتقد است که مادر تا 9 سال نسبت به دختر مقدم است. (العکبری البغدادی، 1410، 83).

4- مادر تا سن تمییز (8 سالگی) بدون تفکیک و تفاوت بین دختر و پسر، و بعد از آن پدر نسبت به پسر و مادر نسبت به دختر (شیخ طوسی، 1361، ج 39، 6، علامه حلی، 1372، جلد 7، 307).

5- مادر تا سن 7 سالگی بدون تفکیک و تفاوت بین پسر و دختر مقدم است. روایتی از ایوب بن نوح است که می گوید: «کتب الیه امام هادی(ع)، بعض اصحابه، کانت لی امرأه و لی منها ولد و خلیت سبیلها، فکتب: المرأه احق بالولد الی ان یبلغ سبع سنین الا ان تشاء المرأه» (الحرالعالمی، 1403، ج 15، باب 81 از ابواب احکام اولاد، حدیث 6).

روایتی دیگر با همین مضمون از امام(ع) وجود دارد (الحرالعالمی، 1403، ج 15، باب 81 از ابواب احکام اولاد، حدیث 7). فقهای که بین دختر و پسر تفصیل داده اند، خواسته اند به نحوی اخبار متعارض را جمع کنند و عمدتا اخباری که به 7 سال اشاره دارند را به خاطر کثرت، ترجیح داده اند (الخویی، 1416، 310).

6- قول مشهور که در مورد پسر تا 2 سال و در مورد دختر تا 7 سال، برای مادر اولویت قائل است و در ماده 1169 سابق قانون مدنی هم همین قول منعکس بوده است. این عقیده را شیخ طوسی در نهاییه و ابن حمزه و ابن ادریس و سرانجام محقق برگزیده و علامه و دیگران نیز همین نظر را انتخاب کرده اند. نظر مشهور بنا به عقیده صاحب جواهر اجماعی است و نیز مقتضای جمع بین روایات است (قربان نیا، 166، 1384 و 167).

برخی گفته اند قول مشهور فقها که مقتضای جمع بین روایات است، دلیلی از شرع و عرف ندارد؛ زیرا اولاً، این جمع، جمع اعتباطی است، ثانیاً، لفظ «ولد» در روایات اعم از دختر و پسر است، ثالثاً، این رای با روایاتی که مادر را مطلقاً یا تا زمان ازدواج یا سن نه سالگی کودک یا بلوغ او مقدم می دارد، معارض است. از سوی دیگر، اینکه مستند قول مشهور را اجماع بدانیم، با اختلاف آرا مورد قبول نمی باشد، ضمن اینکه این نوع، اجماع مدرکی است و به عنوان دلیل مستقلی بر حکم مساله، ارزش فقهی ندارد.

شرایط حضانت: مقصود از شرایط حضانت شرایطی است که باید در شخصی که نگاهداری طفل را به عهده می گیرد وجود داشته باشد. در حقوق ایران چنانکه بعضی از نویسندگان بیان داشته اند، شرایط حضانت عبارتست از:

عقل: طبق ماده 1170 قانون مدنی اگر مادر در مدتی که حضانت طفل را بر عهده دارد مثلاً دچار جنون گردد حق حضانت با پدر خواهد بود. هر چند که قانونگذار فقط در مورد مادر این شرط را بیان نموده ولی بدیهی است که در صورت جنون پدر نیز نمی توان حضانت را به وی واگذار نمود و این شرط در مورد پدر نیز وجود دارد (صفائی، امامی، 1388، 357). به هر صورت شرط عقل از جمله شرایط ضروری است که فقها نیز در آن مورد اتفاق نظر دارند (نجفی، 1417، ج 31، 287).

توانایی عملی: به عقیده برخی نویسندگان اگرچه در مورد این شرط نص صریحی در قانون وجود ندارد اما این امر بدیهی است که نمی توان حضانت فرزند را به کسی که توانایی انجام آن را ندارد واگذار نمود این مطلب را می توان از ماده 1173 قانون مدنی استنباط نمود؛ به موجب این ماده اگر در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی کسی که حضانت با اوست، صحت جسمانی با تربیت اخلاقی طفل به خطر افتد دادگاه می تواند حضانت را به دیگری واگذار کند، لذا قانون گذار توانایی بر مواظبت و نگاهداری طفل را مدنظر داشته است (صفائی، امامی، 1388، 357).

برخی نویسندگان عقیده دارند لازم نیست که شخصی که عهده دار حضانت می‌گردد، توانایی آن را داشته باشد بلکه اگر بوسیله‌ی دیگری نیز به درخواست وی انجام گیرد یا اگر طفل را با مسؤولیت خود به یک مؤسسه مناسب جهت حضانت بسپارد کفایت می‌نماید لیکن مسؤولیت حضانت با کسی است که قانوناً مکلف به آن است (صفائی، امامی، 1388، 133-134).

شایستگی اخلاقی، این شرط را برخی از فقها تحت عنوان عدالت و برخی تحت عنوان امین بودن و فقههای اهل سنت با عناوین عفت، امانت، فاسق نبودن و... آورده‌اند. شیخ طوسی یکی از شرایط سرپرست کودک را عدالت دانسته و علامه در قواعد عدالت را شرط ندانسته است (طوسی، 1361، ج 6، 40).

در مورد این شرط اگر چه قانونگذار ایران تصریحی ندارد اما به عقیده برخی نویسندگان می‌توان آن را از ماده 1173 قانون مدنی مانند شرط پیشین استنباط نمود (صفائی، امامی، 1388، 134).

اسلام: هرگاه یکی از والدین طفلی که مسلمان است کافر باشد حق حضانت او ساقط می‌گردد. در توجیه این حکم گفته شده است که حضانت نوعی ولایت بر طفل است و خداوند فرموده است «لن يجعل الله للكافرين على المومنين سيلا» و بدین طریق ولایت کفار بر مومنین را نفی نموده است و طفلی که تحت تربیت کافر قرار گیرد (امامی، 1390، ج 5، 207، طاهری، 1375، ج سوم، 335) معتقدات او را پذیرفته و به خلق و خوی او در می‌آید.

در حقوق ایران اگرچه قانونگذار اشاره‌ای به شرط مسلمان بودن ننموده است ولی به عقیده برخی نویسندگان این امر را از جمله «با توجه به فقه امامیه و ملاک ماده 1192 قانون مدنی که مربوط به وصی است» می‌توان استنباط نمود (کاتوزیان، 1385، خانواده، ج 2، 174-173).

عدم ازدواج مادر با دیگری: طبق ماده 1170 قانون مدنی مادر تا زمانی دارای حق حضانت می‌باشد که شوهر دیگری غیر از پدر طفل اختیار نکرده باشد. در صورت جدایی والدین، زمانی که مادر طفل، شوهر دیگری اختیار نکرده حق حضانت خواهد داشت در غیر این صورت باید فرزند از مادر گرفته شود و به پدر سپرده گردد در توجیه این حکم گفته اند که با ایجاد رابطه زناشویی با مرد دیگر، مادر موظف به حسن معاشرت با شوهر خود بوده و عهده دار تکالیف زناشویی می‌باشد و دیگر نمی‌تواند آنگونه که شایسته است از

عهدہ حضانت برآید (امامی، 1390، ج 5، 207-206). البته این امر در صورتی است که پدر طفل زنده باشد و الا حضانت مادر با وجود ازدواج باقی است (امامی، 1390، ج 5، 207-206)

به عقیده برخی نویسندگان با توجه به مواد 12 و 13 قانون حضانت خانواده می توان گفت دادگاه می تواند در صورتی که مصلحت طفل اقتضاء کند حضانت را به مادری که ازدواج کرده واگذار نماید و یا در صورتی که حضانت با اوست در سمت حضانت باقی بماند. اخذ تصمیم در این مورد با دادگاه است (صفائی، امامی، 1388، ص 358).

عدم ابتلا به بیماری های واگیردار: بند 3 ماده 1173 قانون مدنی (اصلاحی 1376/8/11)، «ابتلا به بیماری های روانی با تشخیص پزشکی قانونی» را از مصادیق عدم مواظبت و یا به تعبیری از مصادیق در معرض خطر جسمی قرار دادن طفل دانسته است. در واقع، این بند از ماده ی یاد شده، این بیماری ها را در حکم جنون و از موانع حضانت می داند، اما در خصوص بیماری های واگیردار و مزمن صحبتی نکرده است.

اگر مصادیق عدم مواظبت در ماده مزبور ذکر نمی شد، ممکن بود با استناد به صدر ماده، وجود بیمار های یاد شده را از مواردی که صحت جسمانی طفل را به خطر می اندازد دانست و از دادگاه تقاضای اخذ تصمیم شایسته نمود. تعیین مصادیق توسط مقنن اگر چه واجد محاسنی است، اما این عیب را دارد که دست دادگاه را در ارزیابی و تشخیص تا حدودی می بندد. حال باید دید از دیدگاه علمای فقه و حقوق، بیماری های واگیردار و مزمن چه تاثیری در امر حضانت می گذارد. اگر بیماری های یاد شده به علت درد و ناراحتی، مجال رسیدگی و تدبیر را سلب کند، در این صورت باید گفت: این نوع بیماری ها صلاحیت حضانت را از فرد سلب می نماید.

در فقه امامیه، این نظر در مورد سل، جذام، برص و حتی فلجی که امید به بهبودی آن نباشد پذیرفته شده است، مگر اینکه شخصی بتواند بوسیله پرستار یا دیگری تکالیف حضانت را انجام دهد. در مورد بیماری های مسری همچون جذام به دلیل رفع ضرر از کودک، حضانت ساقط می گردد (قربان نیا، 1384، 162).

برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، حقوق خانواده، 1388، ج 2، 174) موانع منعکس در ماده 1173 قانون مدنی را قبل از اصلاحات قانون مدنی که تربیت اخلاقی و صحت جسمانی طفل را به مخاطره می انداخت، نیازمند ارزیابی دادگاه می دانستند، اما به نظر می رسد با اصلاح این ماده در سال 1376 و بیان مصادیق، دیگر نیازی به ارزیابی دادگاه نیست.

این موارد در پنج بند در ماده مزبور ذکر شده است. گفتنی است در شمارش مصادیق، این ماده ناقص می باشد؛ زیرا ناتوانی در نگاهداری طفل به دلایلی نظیر غیبت، حبس، زمین گیری و همچنین فسق و کفر و ابتلا به بیماری های مسری می تواند از موانعی باشد که در ماده مزبور نامی از آن برده نشده است (قربان نیا، 1384، 163).

حضانة فرزندان در صورت جدایی والدین: ماده 1174 قانون مدنی مقرر می دارد «در صورتی که به علت طلاق یا هر جهت دیگر ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند هر یک از ابوین که طفل تحت حضانة او نمی باشد، حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوطه به آنها در صورت اختلاف بین ابوین با محکمه است» طبق این ماده در صورتی که نکاح بین ابوین طفل منحل گردد و یا در اثر ناسازگاری بدون انحلال نکاح، ابوین در محل جداگانه زندگی می کنند طفل باید نزد کسی بماند که حضانة را به عهده دارد و طرف دیگر نمی تواند درخواست نماید که طفل در حضانة او قرار گیرد اگر چه پدر باشد، زیرا موجبی برای زوال اولویت وجود ندارد (یثربی، 1376، 192). همچنین کسی که طفل نزد او نمی باشد حق ملاقات با طفل را خواهد داشت و کسی که طفل نزد اوست حق منع او را از ملاقات طفل ندارد. برای ملاقات با طفل اگر بین ابوین توافق وجود داشته باشد هر طور که خود برنامه ریزی نموده باشند با رضایت طرفین زمان معینی در روز، هفته، یا ماه برای ملاقات مشخص می نمایند.

حضانة فرزندان در صورت فوت هر یک از والدین: طبق ماده 1171 قانون مدنی در صورت فوت یکی از ابوین حضانة طفل با کسی است که زنده است هر چند که شخص متوفی پدر طفل باشد و برای او قیم تعیین نموده باشد. طبق این ماده هر گاه یکی از ابوین فوت نماید دیگری مستقلاً حضانة را به عهده خواهد گرفت.

به عقیده برخی نویسندگان مقصود از قیم در این ماده وصی می باشد لذا در صورتی که متوفی پدر طفل باشد هر چند هنگام مرگ وصیت نموده و شخصی را برای حضانة طفل تعیین نموده باشد، باز حضانة به عهده مادر خواهد بود، زیرا وصی نماینده موصی می باشد و حضانة حق مسلم دیگری است که زنده است یعنی مادر و با وجود او نوبت به نماینده نمی رسد (امامی، 1390، ج5، 209، 210).

ضمانت اجرای حضانة: طبق ماده ی 1172 قانون مدنی «هیچ یک از ابوین حق ندارد در مدتی که حضانة طفل به عهده آنها است از نگهداری او امتناع کنند. در صورت

امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم با یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العلوم، نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا موثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تامین کنند».

از آنجا که قانون هر یک از ابویین را عهده دار نگاهداری طفل در تمام دوران قبل از رشد دانسته است بنابراین چنانچه هر یک از والدین طفل که قانون حضانت به عهده او است از انجام این امر امتناع نماید. دادگاه او را ملزم به نگاهداری طفل می نماید و در صورتی که الزام ممکن نباشد چنانچه حضانت به عهده مادر باشد و امتناع نماید و نتوان او را اجبار نمود پدر اصالتاً دارای وظیفه است و اگر او هم امتناع نماید، به هزینه ی او طفل حضانت می شود و در صورتی که پدر مرده باشد چون حضانت تکلیف منحصر مادر خواهد بود، هزینه به عهده او می باشد (امامی، 1390، ج 5، 203-204).

قانونگذار علاوه بر وضع این ماده ضمانت اجراهای دیگری نیز برای حمایت طفل و حفظ حقوق او مقرر داشته است از جمله ماده واحده ی مصوب 1365 مربوط به حضانت که مقرر می دارد «چنانچه به حکم دادگاه مدنی خاص با قائم مقام آن دادگاه، حضانت طفل به عهده کسی قرار گیرد و پدر یا مادر و یا شخص دیگری مانع اجرای حکم شود و یا از استرداد طفل امتناع ورزد دادگاه صادر کننده حکم وی را الزام به عدم ممانعت یا استرداد طفل می نماید و در صورت ممانعت به حبس تا اجرای حکم محکوم خواهد داشت».

این ماده برای تخلف از انجام تکلیف حضانت و جهت حفظ و تضمین حق حضانت، مجازات حبس تعیین نموده است. در واقع ضمانت اجرای مقرر در این ماده به سود طفل و هم به نفع کسی است که دادگاه امر حضانت را به او سپرده است. زیرا هرکس هر چند پدر یا مادر طفل، مانع اجرای حکم دادگاه گردد یا از تحویل و سپرده طفل به دارنده حق حضانت استتکاف نماید دادگاه ابتدائاً او را ملزم به عدم ممانعت می نماید و در صورت ادامه مخالفت، به حبس تا اجرای حکم محکوم می نماید (صفایی، امامی، 1388، 362-363).

حضانت از منظر کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان: در ماده ی 5 کنوانسیون رفع

تبعیض علیه زنان سخن از دو چیز است:

1- تعدیل الگوهای اجتماعی و فرهنگی رفتاری مردان و زنان.

2- تغییر تلقی از مادری به عنوان یک وظیفه اجتماعی و شناسایی مسؤولیت مشترک زنان و مردان در امر تربیت کودکان.

بند دوم این ماده از این حیث که مسؤولیت مشترک زنان و مردان را در امر تربیت و پرورش کودکان مطرح می سازد مغایر مواد قانونی ما نیست؛ زیرا تربیت و پرورش تحت عنوان واژه حضانت در ماده 1168 قانون مدنی به کیفیت ذیل منظور شده است: نگاه داری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است. همچنین در مورد این که زن و مرد دارای حق حضانت هستند به نظر می رسد بین مواد کنوانسیون و قانون های جمهوری اسلامی اختلافی وجود ندارد. در سیره ی معصومین (علیهم السلام) نیز جلوه های فوق العاده تسهیم مسؤولیت نسبت به فرزندان وجود دارد؛ اما در عین حال به موجب ماده 1169 قانون مدنی: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوبین او جدا از یکدیگر زندگی می کنند، مادر تا سن 7 سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.

تبصره- بعد از 7 سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می باشد.»

ممکن است گفته شود نوعی تبعیض در حقوق زن و مرد مشاهده می شود، زیرا که مدت حق حضانت پدر در مورد فرزندان بیش از مدت اعمال حق حضانت از طرف مادر است، پس قوانین و مقررات جمهوری اسلامی با مواد کنوانسیون در خصوص حق حضانت، اختلاف دارند. در جواب این اشکال و شبهه می توان گفت:

1- تا زمانی که پدر و مادر با هم زندگی مشترک دارند، عمدتاً حضانت اطفال را به طور مشترک بر عهده دارند و این بحث که کدام یک اولویت حضانت را تا چه سالی بر عهده دارد پیش نمی آید. پس اجرای ماده 1169 قانون مدنی غالباً در صورت اختلاف و جدایی مطرح می گردد، و در این هنگام باید تکلیف اطفال از جهت حضانت روشن شود، یا باید کاملاً به دست مادر سپرده شوند و یا به دست پدر و یا این که متناسب با حال پدر و مادر و اطفال، تقسیم کار صورت گیرد. این که کلاً حضانت آنان با پدر و مادر باشد این خود تبعیض آمیز بوده و هیچ کس به آن ملتزم نیست، در مورد تقسیم کار چند فرض قابل تصور است.

- حضانت دختران با مادر باشد، و حضانت پسران با پدر.

- حضانت پسران با مادر باشد و حضانت دختران با پدر.

- مدت زمانی، حضانت با مادر باشد و مدت زمانی نیز با پدر.

به نظر می رسد که فرض اول و دوم معقول نباشند، زیرا هیچ توجیه منطقی ندارد. پس می ماند فرض سوم که در این فرض قانونگذار در ماده 1169 قانون مدنی حضانت اطفال در سال های اولیه تولد را حق مادر دانسته، آن هم احتمالا به سبب این که در این دوران فرزندان نیاز بیشتری به مادر دارند خصوصا دختران، و در سال های بعد این حق را به پدر داده است.

2- حدود اعمال حق حضانت از تولد است تا رشد، یعنی با رشید شدن کودک، مدت حضانت پایان می یابد. و با توجه به این که قانونگذار ایرانی سن بلوغ را سن رشد قرار داده است (ماده 1210 قانون مدنی)، و سن بلوغ را در پسران 15 سال و در دختران 9 سال معین کرده است، و در مدت زمان اعمال حق حضانت، حق حضانت پدر به مدت دو سال در حق دختر قابل اجرا است؛ یعنی از هفت تا نه سالگی، و هشت سال در حق پسر، یعنی از هفت تا پانزده سالگی، و حق حضانت مادران هفت سال در حق دختر و هفت سال در حق پسر خواهد بود. بنابراین با کمی اختلاف اعمال حق حضانت به هر دو داده شده است، و به نظر نمی رسد که این مدت مختصر تبعیض ناروا باشد، علاوه بر این که این مدت کم نیز، که اختلاف مشاهده می شود قابل توجیه است با این بیان که یکی از وظایف پدر این است که نفقه کودک را بدهد که اگر از این دوران اعمال حق حضانت، مدت بیشتری نزد او باشد بهتر می تواند این تکلیف را به انجام برساند. و این که اگر زنی از شوهرش جدا شده قصد ازدواج مجدد داشته باشد، در صورتی که مسؤولیت حضانت طفلی را عهده دار نباشد بهتر و راحت تر می تواند برای آینده خود تصمیم گرفته و ازدواج کند. علاوه بر این در مواردی قانون حضانت طفل را به مادر داده است. ماده ی 1171 قانون مدنی مقرر می دارد: «در صورت فوت یکی از ابویین، حضانت طفل با آن کسی که زنده است خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد».

بنابراین به نظر نمی رسد که قانون حضانت جمهوری اسلامی تبعیض ناروا باشد تا برای رفع اختلاف بین مواد کنوانسیون، آنگونه که برخی پیشنهاد داده اند (کار، 1387، 335). در قانون داخلی تجدید نظر شود، زیرا که این اقدام خلاف مصلحت کودک و نیز مادر خواهد بود، چون زنان در صورت طلاق اگر با تکلیف حضانت نیز مواجه باشند، برای ازدواج مجدد مشکل خواهند داشت (سجادمنش، 1383، 100-101).

روشن است که مادران به طور طبیعی وابستگی جدی به فرزندان خود دارند و خود نیز از نگاه داری فرزند خود لذت می برند. شدت نیاز فرزندان در اولین سال های زندگی به مادران نیز به دلیل فیزیک خاص بدن و مقتضیات روحی آنها امری انکارناپذیر است؛ لذا تکلیف اولیه در این رابطه متوجه مادران است. اما پس از طی دورانی که در روایات دینی آمده است، بار تکلیف قضیه متوجه پدران می شود. در این سنین نیازهای فرزندان ابعاد متنوع تری می گیرد. توجه آنها از دیدگاه روان شناختی متوجه گروه و اجتماع بیرون خانواده می شود. در همین ایام مسؤولیت جدی به سمت پدران جهت می گیرد و از نظر شارع، مادران باید در وسعت و راحتی قرار گیرند. پس این تقسیم مسؤولیت یک نابرابری به سود زنان است. البته طبیعی است که حکم مزبور در فرض جدایی والدین (که در یک فرهنگ درست و صحیح خانوادگی و اجتماعی باید یک استثنا بماند) جاری است.

با ژرفنگری در قانون حضانت این امر نیز به ذهن می رسد که؛ این حکم جنبه پیش گیرانه دارد؛ یعنی خود عامل بازدارنده ای برای وقوع طلاق است؛ زیرا: اولاً، وجود بچه ها در اغلب موارد علت تداوم یک خانواده است. گاهی والدین بر اساس میل شخصی خود، به ادامه زندگی راغب نیستند و همسر خود را ایده آل و یا مناسب نمی دانند، لیکن به خاطر فرزندان از خودخواهی و یا مصلحت فردی صرف نظر می کنند و به جدایی نمی اندیشند.

ثانیاً، مشغولیت های کاری و اجتماعی پدران که (دارای حق طلاق هستند) برایشان محرز ساخته که به تنهایی نمی توانند به فرزندان رسیدگی کنند و از این کار می هراسند؛ لذا ترس از این که قانون پس از طلاق فرزندان را از مادر گرفته، به آنان می سپارد، باعث می شود که هرچه دیرتر به این امر اقدام کنند. روشن است در موارد متعددی که پدران همسران خود را به گرفتن بچه ها تهدید می کنند، نه از روی میل واقعی، بلکه استفاده از یک اهرم فشار علیه زنان است.

ثالثاً، وجود فرزندان در موارد بسیاری، ازدواج مجدد زنان و مردان را با سختی مواجه می کند؛ لذا قانون حضانت برای مردان یک امر بازدارنده است و برای زنان جنبه حمایتی دارد؛ زیرا در فرایند ازدواج زنان نوعاً انتخاب شونده هستند و وجود فرزندان شانس ازدواج مجدد آن ها را پایین می آورد. به راستی تعداد زنانی که می توانند پس از طلاق زندگی راحت و آرامی، به خصوص از نظر اقتصادی داشته باشند، چه قدر است؟

بنابراین با توجه به وضعیت موجود که همیشه در طول تاریخ هم وجود داشته، مبنی بر وضعیت مشکل تر زنان مطلقه از جهات مختلف، شارع رأفت بیش تری به خرج داده است. به خصوص که هر چه وضعیت معیشت سخت تر شود و یا احساس فقر (با وجود دارایی نسبی) و توقع رو به تزاید باشد، سامان دهی فرزندان مشکل تر هم می شود.

البته زنانی که طلاقشان دلیل موجهی دارد و یا مردانشان صلاحیت نگه داری فرزند را ندارند و خود تمکن مالی نسبت به اداره فرزند دارند وضعیت شان متفاوت است. اینان در صورتی که بتوانند عدم صلاحیت شوهران خود را ثابت کنند و یا راجع به اداره فرزندان و حمایت عاطفی آنها به توافق برسند، می توانند فرزندان را خود تکفل نمایند؛ و لازم است قانون برای تسهیل این موارد چاره ای بیندیشد.

ناگفته نماند که در مواردی نیز ممکن است زنان راه به جایی نبرند و فرزندان به دلیل وجود این ماده قانونی به زحمت زیادی بیفتند که این مقدار ناگزیر است. اگر در همه موضوعات نگرشی سازمانی وجود داشته باشد و دولت مردان خود را موظف بدانند که برای این دسته از فرزندان طلاق، که شاید سپردن آنها به مادران هم مشکل را حل نکرده، بلکه هم آن ها و هم مادران آن ها را به دردسرهای غیر قابل تحمل و یا حتی معضلات اجتماعی بکشاند، برنامه ریزی نمایند.

نتیجه

با بررسی و تحقیق صورت گرفته در خصوص حضانت به این نتیجه رسیدیم که در فقه اسلامی در مورد حضانت از فرزند، نظرات متفاوتی وجود دارد عده ای آن را حق پدر می دانند و عده ای دیگر تا مدتی حق حضانت را با مادر دانسته و در مدت زمان آن، اختلاف وجود دارد.

در حقوق کنونی ایران، حضانت فرزند اعم از دختر یا پسر تا سن 7 سالگی با مادر خواهد بود. که این امر مستتب از بند دوم ماده 5 کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان در ظاهر امر، نوعی تبعیض بر علیه زنان است. ولی با بررسی و ژرفنگری به این نتیجه رسیدیم که نه تنها تبعیضی وجود ندارد بلکه قانون حضانت کنونی بر له زنان بوده و قانونگذار بیشتر از هر امری مصلحت کودک و مادر را در نظر گرفته؛ هر چند ایراداتی هم بر آن متصور است و این امری طبیعی و غیر قابل انکار است.

منابع:

- امامی، سیدحسن (1388)، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیة، چاپ اسلامیة، ج 4.
- امامی، سیدحسن (1390)، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیة، چاپ اسلامیة، ج 5.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (1368)، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
- صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی (1385)، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، چاپ دهم.
- طاهری، حبیب الله (1375)، حقوق مدنی، دفتر انتشارات اسلامی، ج 3، چاپ اول.
- قربان نیا، ناصر و همکاران، ن (1384)، بازپژوهی حقوق زن، بررسی قوانین مربوط به زنان در جمهوری اسلامی ایران، چاپ ترام، مرکز امور مشارکت زنان، ج 2.
- کاتوزیان، ناصر (1388)، دوره ی حقوق مدنی، خانواده، تهران، شرکت سهامی برنا، ج 2، چاپ اول.
- کار، مهرانگیز (1378)، رفع تبعیض از زنان، انتشارات پروین، تهران.
- محقق داماد، سیدمصطفی (1372)، تحلیل فقهی حقوقی خانواده، سازمان وزارت ارشاد، چاپ 14.
- معین، سید محمد (1360)، فرهنگ فارسی، انتشارات کبیر، ج 1، چاپ چهارم.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد کاظم (1386)، حقوق خانواده، به کوشش ابوالفضل احمدزاده، تهران.
- یشربی، سیدعلی محمد (1376)، حقوق خانواده، مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
- الجزیری، عبدالرحمن (1411)، الفقه علی مذاهب الاربعه، قم، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ اول.
- الحر العاملی، شیخ محمد بن الحسن (1403)، وسایل الشیعه، تهران، المطبعه الاسلامیه، ج 15، چاپ ششم.
- حلّی، ابو منصور (1372)، مختلف الشیعه، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، جلد 7، چاپ اول.
- الخویی، ابوالقاسم (1416)، صراط النجاه فی اجوبه الاستفتاءات، قم، نشر برگزیده.
- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی) (1361)، المبسوط، انتشارات مرتضوی، جلد 6، چاپ اول.
- العاملی، زین الدین (1419)، مسالک الافهام، قم، مکتبه بصیرتی، چاپ سنگی.
- العکبری البغدادی (شیخ مفید)، ابو عبدالله (1410)، المقننه فی الصول والفروع، قم، موسسه النشر الاسلامیه.

- نجفی، شیخ محمد حسن (1417)، جواهرالکلام، انتشارات اسلامیة، قم، ج 31.
- النوری الطبرسی، المیرزا حسین بن محمد (1409ه.ق)، مستدرک الوسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت، ج 2.

