

فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر

سال نهم، شماره بیست و پنجم، پاییز ۱۴۰۲، ص ۵-۱۴

سرپرستی کودک از منظر فقه و حقوق

مه‌ری زارعی^۱

فاطمه فلاح^۲

چکیده

این مقاله تحت عنوان بررسی سرپرستی کودک از منظر فقه و حقوق می‌باشد و به این سوال که حضانت سرپرستی کودک برای مادر حق است یا تکلیف پرداخته است. پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی و بر اساس تحقیقات کتابخانه‌ای یا بررسی منابع فقهی و حقوقی معتبر انجام گرفته است. سرپرستی نگاهداری کودک، حمایت جسمی و عاطفی از اوست که یکی از مباحث مهم حقوق خانواده است با وجود بررسی‌های وسیع فقها و حقوقدانان هنوز ابعاد گسترده‌ای از آن مجهول مانده است. با توجه به تحقیقات صلاحیت حضانت برای هر یک از پدر و مادر است که نحوه اجرای آن در مورد پسر و دختر متفاوت است. نتایج تحقیق تبیین‌گر این است که سرپرستی نسبت به مادر حق و در مقابل نسبت به پدر حق و تکلیف است. به این دلیل که مادر در پذیرش یا رد مختار است ولی پدر مسئول و عهده دار امور اولاد است.

واژه‌های کلیدی: حضانت، خانواده فقه حقوق مدنی ابوبین، انحلال نکاح، سرپرست

^۱. کارشناسی ارشد، علوم ارتباطات، دانشگاه بین‌المللی امام رضا(ع)، مشهد، ایران. Mehri.azree.63@gmail.com

^۲. دانشجوی کارشناسی، دانشگاه آزاد مشهد، مشهد، ایران. Fa.fallah1383@gmail.com

مقدمه

خداوند اولین و مهمترین هسته تشکیل دهنده جامعه است که فرزندان را پرورش میدهد و آینده جامعه را تضمین می کند. از این رو موضوع مسئولیت نگهداری فرزندان و اداره امور مالی و معنوی آنان مورد توجه و اهتمام جدی قانون گذار قرار می گیرد. فقه اسلام و به پیروی از آن حقوق موضوعه ایران نیز به مسئله اطفال و تربیت و اداره مالی و معنوی آنان توجه خاصی کرده است و حضانت اطفال را حق و تکلیف والدین آنها می داند.

در فقه امامیه چند دیدگاه در مورد حضانت وجود دارد که قول مشهور آنها مادر تا دو سال در مورد پسر و تا هفت سال در مورد دختر بر پدر اولویت دارد. علاوه بر فقه امامیه حقوق موضوعه ایران نیز که برگرفته از احکام اسلام است نیز نسبت به این مهم مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی را به آن اختصاص داده است. با توجه به جوانب مختلف نظام خانواده و با نظر به مصالح و حقوق کودک و بلکه با توجه به منافع و حقوق زنان سازمان یافته است.

حضانت در لغت

حضانت به معنای پرستاری از کودک دایگی و یک واژه عربی است. این واژه مصدر ثلاثی مجرد از ریشه حَضَنَ است.

اعراب این واژه را در زمانی به کار می برده اند که میخواستند برای نمونه حالت مرغی را بیان کنند که جوجه هایش را که خیلی ضعیف بودند. برای صیانت از پرندگان شکارچی و موجودات مزاحم و هم چنین خوراک دادن به زیر بر می گیرد. (بوجعفر احمد بن علی)

حضانت در اصطلاح

حضانت در اصطلاح نگهداری کودک حمایت جسمی و عاطفی از او توسط اشخاصی که مطابق قانون برای انجام این کار در نظر گرفته شده اند. (نجفی، محمدحسن، ج ۳۱، ص ۳۸۲)

نکته: همان گونه که از تعریف پیداست حضانت با ولایت بر کودک که مربوط به اموال و حقوق مالی است فرق دارد. هم چنین باید توجه داشت که حضانت شامل شیر دادن مادریه طفل نمیشود بلکه مصالح کودک و تربیت و حفظ او در جامعه ملاک است.

حضانت در فقه

در اصطلاح فقه حضانت حق یا مسئولیت نگهداری با پرورش دادن هر کسی که نیاز به مراقبت دیگران دارد. آمده است. مانند کودک و مجنون هم چنین انجام دادن آن چه برای حفظ سلامت جسمی و پرورش روحی او ضروری است. (زین الدین بن علی شهید ثانی، ج ۸، ص ۴۲۱)

حضانت از نگاه حقوق

حقوق دانان حضانت را اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت طفل به والدین اعطا می کند تعریف کرده اند (کاتوزیان، ناصر، ج ۲، ص ۱۳۹) هدف از حضانت نگهداری طفل و تربیت اوست. قانون گذار در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی این چنین بیان می کند، نگاه داری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبن است.

حضانة حق است یا تکلیف

از جمله مباحثی که در ماهیت حضانة مهم است این که حضانة برای پدر و مادر حق است یا تکلیف؟ پاسخ این سؤال در مورد پدر روشن است زیرا پدر نسبت به حضانة فرزند محق و مکلف است ولی در مورد ما در مسئله ابهام دارد؛ زیرا اگر حضانة حق مادر باشد بدون این که وی در این خصوص تکلیفی داشته باشد، مادر می تواند حق خود را اسقاط کند و نمیتوان او را به نگهداری کودک مجبور کرد هم چنین اگر تکلیف حقوقی مادر باشد. وی نمی تواند بابت آن از اموال طفل یا از پدر وی اجرت مطالبه کند و حال آن که در محاسبه اجرت المثل خدمات زوجه تنها اموری محاسبه میشود که در زمره وظایف قانونی وی قرار نگیرد. لذا ما سؤال فوق را از دو حیث حقوق و فقه پاسخ خواهیم داد.

۱- از نگاه فقه در فقه با توجه به تعریفی که از حضانة شده که آن را ولایت بر کودک خوانده است این معنی استنباط میشود که حضانة مانند ولایت حق محض نیست و تکلیف والدین است. صاحب جواهر با اشاره به این معنی و در مقام انتقاد از آن میگوید اگر مراد از ولایت شمردن حضانة این است که مانند سایر ولایات قابل اسقاط نیست و بر مادر مراعات آن واجب است به نحوی که مستحق اجرت نمی شود از ادله چنین مطلبی استنباط نمی شود. بلکه شواهدی بر خلاف آن وجود دارد بنابر این حضانة بر مادر واجب نیست و وی می تواند آن را اسقاط کند یا بابت آن اجرت طلب نماید (نجفی، محمدحسن، ج ۳۱، ص ۳۸۳)

. بعضی نیز مانند صاحب ریاض نظر صاحب جواهر را با اندکی تردید بیان کرده و گفته اند. اگر مادر از حضانة خودداری نمود بدرجه حیازت اولی می شود و اگر هر دو نسبت به امتناع کنند ظاهر پدر اجبار می شود (طباطبائی، علی، ج ۱۲، ص ۱۶۲).

اگر کودک تنها پدر و با مادر داشته باشد. وی مکلف خواهد بود که از طفل به نحو مقتضی نگهداری کند؛ اما اگر هر دو در قید حیات بوده و صالح نیز باشند می توانند برای نگهداری فرزند با یکدیگر مصالحه کنند و مصالحه والدین در مورد نحوه حضانة فرزند از نظر دادگاه محترم است.

۲- از نگاه حقوق از نظر حقوقی قانون مدنی حضانة را حق و تکلیف پدر و مادر دانسته و در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی در مورد آن آمده است هنگامداری اطفال حق و هم تکلیف ابوبین است. از نظر این ماده قانون میان پدر و ۱۱۷۲ مادر در حضانة کودک فرقی نیست و هر دو محق و مکلف تکلف هستند علاوه بر آن در ماده قانون مدنی همین مطالب با تفصیل بیشتری این گونه آمده است. هیچ یک از ابرین حق ندارند در مدتی که حقیقت طفل بر عهده آن هاست از نگاهداری او امتناع کند در صورت امتناع یکی از ابرین حاکم باید به تقاضای دیگری با تقاضای قسم با یکی از اقربا ر با به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابرین که حضانة به عهده اوست الزام کند و هم چنین اداره حقوقی قوه قضایه نیز در بعضی از دیدگاه های خود حضانة را برای والدین حق و تکلیف به شمار آورده است. نما در این میان تکلیفی بودن حضانة برای مادر با اصطلاح «اولویت در ستن ماده ۱۱۶۹ همخوانی ندارد مطابق این قانون جرایب حضانة و نگهداری طفلی که ابرین او جدا از یکدیگر زندگی میکنند مادر با هفت سالگی اولویت دارد. و پس از آن با پیر است.

مستفاد از این ماده این است که اگر مادر بخواهد تا هفت سالگی حضانة کودک را بر عهده داشته باشند بر پدر اولویت دارد اما در صورتی که نخواهد نمی توان او را مجبور کرد و پدر باید

نگهداری آن را بر عهده بگیرد. برای جمع میان مواد مزبور می توان این گونه گفت که با وجود پدر مادر مکلف به نگهداری از کردی نیست ولی اگر پدر فوت شده و با صلاحیت نگهداری از طفل را داشته باشد مادر باید از طفل نگهدارینیست و بر مادر مراعات آن واجب است به نحوی که مستحق اجرت نمی شود از ادله چنین مطلبی استنباط نمی شود. بلکه شواهدی بر خلاف آن وجود دارد؛ بنابراین حضانت بر مادر واجب نیست و وی می تواند آن را اسقاط کند یا بابت آن اجرت طلب نماید. بعضی نیز مانند صاحب ریاض نظر صاحب جواهر را با اندکی تردید بیان کرده و گفته اند: اگر ما در از حضانت خودداری نمود پدر به حیات اولی می شود و اگر هر دو نسبت به امتناع کنند ظاهر ایدر اجبار می شود. اگر کودک تنها پدر و یا مادر داشته باشد وی مکلف خواهد بود که از طفل به نحو مقتضی نگهداری کند؛ اما اگر هر دو در قید حیات بوده و صالح نیز باشند می توانند برای نگهداری فرزند با یکدیگر م صالحه کنند و م صالحه والدین در مورد نحوه حضانت فرزند از نظر دادگاه محترم است.

۳- از نگاه حقوق از نظر حقوقی قانون مدنی حضانت را حق و تکلیف پدر و مادر دانسته و در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی در مورد آن آمده است. نگاهداری اطفال حق و هم تکلیف ابویین است. از نظر این ماده قانون میان پدر و مادر در حضانت کودک فرقی نیست و هر دو محق و مکلف هستند. علاوه بر آن در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی همین مطالب با تفصیل بیشتری این گونه آمده است: هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده آن هاست از نگاهداری او امتناع کند. در صورت امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای دیگری با تقاضای قیم با یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده اوست الزام کند...» هم چنین اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در بعضی از دیدگاه های خود حضانت را برای والدین حق و تکلیف به شمار آورده است.

اما در این میان تکلیفی بودن حضانت برای مادر با اصطلاح «اولویت» در متن ماده ۱۱۶۹ همخوانی ندارد. مطابق این قانون برای حضانت و نگهداری طفلی که ابویین او جدا از یکدیگر زندگی میکنند مادر تا هفت سالگی اولویت دارد.

و پس از آن با پدر است مستفاد از این ماده این است که اگر مادر بخواهد تا هفت سالگی حضانت کودک را بر عهده داشته باشد بر پدر اولویت دارد. اما در صورتی که نخواهد نمیتوان او را مجبور کرد و پدر باید نگهداری آن را بر عهده بگیرد. برای جمع میان مواد مزبور می توان این گونه گفت که با وجود پدر مادر مکلف به نگهداری از کودک نیست ولی اگر پدر فوت شده و با صلاحیت نگهداری از طفل را نداشته باشد. مادر باید از طفل نگهداری کند. ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی ضمن اشاره به این مطلب این گونه بیان میکند که در صورت فوت یکی از ابویین حضانت طفل با آن که زنده است خواهد بود. هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد.

طولی بودن تکلیف پدر و مادر در حضانت کودک از بخش پایانی ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی نیز قابل استنباط است. مطابق بخش اخیر این ماده در صورتی که الزام ابویین به حضانت ممکن نباشد. حاکم باید حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند بنابراین با بودن پدر مادر مکلف به تأمین اجرت حضانت نخواهد بود.

ترتیب حضانت والدین

حضانت رسیدگی به امور کودک و مسئولیتی بسیار سنگین در برابر کودک است. لذا اسلام و قوانینی که در این زمینه وارد و تنظیم شده همه جوانب آن را در نظر گرفته اند. مثال اگر می بینیم که در فقه و قانون در مقطعی از ستین حضانت را به مادر و در مقطع دیگر آن را به پدر واگذار کرده است این یکنوگری نیست بلکه این فرانگری است نسبت یعنی تا دو سالگی برای به کودک زیرا وی هم نیاز به عاطفه پذیری دارد که آن را در زمان حضانت مادر به دست می آورد ولی فقط کودک نیاز به عاطفه ندارد بلکه مصالح دیگری نیز هست که آنها را باید در کنار پدر به دست آورد.

در اینجا این سؤال مطرح است و آن مدت حضانت چگونه و بر چه اساسی است؟ در پاسخ این سؤال می گوئیم که فقهای امامیه متفق هستند بر این که در مدت دو سال، مادر نسبت به دختر و پسر سزاوارتر است و پیرامون آن نظریات متعددی را بیان داشته اند که برخی از آنها عبارت اند از:

۱ - عده ای از فقها مانند شیخ طوسی این ادیس و این براج بر این عقیده هستند که بعد از دو سال حق حضانت پسر با پدر و دختر تا هفت سال با مادر است. البته این نظر با نظر مشهور موافق است. علاوه بر آن در قانون مدنی ماده ۱۱۶۹ نیز دلالت بر همین مسئله می نماید.

۲ - عده ای مانند شیخ مفید و سلار حق حضانت مادر را تا نه سالگی بیان داشته اند.

۳- شیخ مفید باز در نظریه ای این گونه بیان داشته است که مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است برای حضانت اولویت دارد.

۴ - هم چنین فقهای بزرگوارى مانند این جنید و شیخ در کتاب خلاف بر این عقیده هستند: مادر نسبت به دختر اولویت دارد تا زمانی که ازدواج نکرده است و در پسر تا هفت سالگی مسئولیت آن با مادر است.

۵ - عده ای نیز بر این دیدگاه هستند که بعد از طلاق اگر بین پدر و مادر در مورد حضانت اختلاف باشد پدر سزاوار است ولی اگر اختلاف نباشد مادر تا هفت سالگی بر دختر و پسر حق حضانت دارد (بحرانی، یوسف بن احمد، ج ۲۵، ص ۸۸).

علت اصلی اختلاف آرا و نظریات روایات متعددی است که در این زمینه وارد شده است و هر گروه به نحوی بین روایات جمع نموده است. در جمع بین روایات دو نظر آمده است.

نظر مشهور فقیهان و قانون مدنی این است که حضانت پسر بعد از دو سال و حضانت دختر بعد از هفت سال به عهده پدر است. «نظر دیگر دیدگاه صاحب حدائق است که میگوید اگر نزاع بین پدر و مادر نباشد حضانت فرزند اعم از دختر و پسر به عهده مادر است و اگر نزاع باشد بعد از دو سال به عهده پدر است ولی با توجه به روایات شاهدی قوی بر این جمع وجود ندارد. در میان این دو نظریه بهترین واقوی ترین، قول و نظر مشهور است.

نکته دیگری که در زمینه حضانت حائز اهمیت است توجه اسلام و فقهای امامیه به موارد سقوط و شرایط تحقق آن برای هر یک از پدر و مادر است. چون حضانت مربوط به حق یک انسان است که به عنوان خلیه الهی معرفی شده است لذا اسلام برای صاحبان حق شرایط و قیودی را در نظر گرفته است که اگر از آنها تخلف شود حق خود به خود از ذی حق ساقط میگردد. البته این شرایط و نبود باید برای محاکم صالحه مسجل شود تا حق ساقط و یا ثابت شود.

شرایط و موانع حضانت در ابوبین

همان گونه که بیان شد حضانت کودک حق والدین است و نمیتوان بدون دلیل آنها را از نگاهداری کودک خود که حق آنان است محروم نمود زیرا هم شرع و هم قانون مدنی این حق را به آنها داده است. در قانون مدنی قانون گذار ماده ۱۱۷۵ به این موضوع اختصاص داده و در آن آمده است. طفل را نمیتوان از ابوبین و یا از پدر و یا از مادری که حضانت با اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی در فقه و قانون مدنی شرایط و موانعی را برای حضانت بیان کرده اند که از همه آنها این نکته به دست می آید که در شرایط و موانع حضانت فرقی بین پدر و مادر وجود ندارد. به جز در مورد ازدواج مجدد مادر و ما آن شرایط در ذیلاً بیان خواهیم نمود.

علت های جسمانی و روانی

یکی از مسائلی که در باب حضانت کودک مهم است سلامت جسمانی طفل است به گونه ای که حضانت موجب صدمه به سلامت جسمانی کودک نشود. بر همین اساس بعضی از فقیهان امامیه یکی از شرایط حق حضانت را نداشتن امراض مسری قرار داده اند (نجفی، محمدحسن، ج ۳۱، ص ۲۸۸) ولی باید توجه داشت که بین نداشتن حق و «اجرای حق فرق است و داشتن امراض مری که موجب ضرر طفل میشود وظیفه پدر و مادر را در مورد حضانت ساقط نمی کند لذا در آن صورت پدر یا مادر مباشرت خود را در حضانت از دست داده ولی اختیار خود را از دست نمی دهند و آنان برای اجرای وظیفه خود می توانند از دیگران کمک بگیرند. در حقوق موضوعه نیز قانون گذار در ماده ۱۱۷۰ جنون مادر را موجب سقوط حق وی در حضانت فرزند بر شمرده و بیان داشته است. اگر ما در در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود در این ماده گرچه به جنون پدر اشاره نشده است اما روشن است که سپردن کودک به دیوانه اگرچه پدر با شد عاقلانه نخواهد از آن جایی که حضانت به نوعی یک تکلیف و بار مسئولیت است برای والدین لذا مستلزم توان مناسب است که تواند به سهولت به وظائف خود اقدام نماید بر این اساس شخص مجنون نمی تواند دارای حق حضانت باشد چه پدر نیز نمی تواند به تکلیف حضانت عمل کنند. لازم به ذکر است که با توجه به اطلاق ادله حق حضانت ثابت می شود. و مرحله اجرای آن را می توان به دیگری واگذار کرد؛ بنابراین به وحدت ملاک یا به قیاس اولویت جنون نیز از موانع حضانت هست. کفر ابوبین است.

یکی از مسائلی که در فقه امامیه در باب حضانت مطرح و از موانع حضانت به شمار می رود «کفر» یکی از والدین زیرا کودک به تبع یکی از والدین که مسلمان است. مسلمان محسوب میشود و طرف دیگر از والدین که کافر است به خاطر کفرش از حضانت فرزند خویش محروم خواهد بود چون کودک مسلمان در صورتی که تحت تربیت پدر یا مادری که غیر مسلمان است قرار بگیرد تربیت دینی کودک در معرض خطر قرار می گیرد. مبنای فقهی این منع آیه نفی سبیل (۱۴۱) از سوره نام است. خدا با توجه به آیه شریفه هر گونه سلطه و تسلط کافر را بر مؤمنین منع نموده است. فقیهان در تعریف حضانت آن را ولایت بر حفظ و تربیت طفل

تعریف کرده اند، پس حضانت نوعی ولایت است و در صورتی که یکی از والدین کافر باشد نمی تواند بر مسلمان ولایتی داشته باشد (طباطبائی، علی، ج ۸، ص ۴۲۲).

حقوق موضوعه ایران در مورد این فرع فقهی ناقص بوده و به آن اشاره ای ننموده، ولی در عین حال این مطلب با الغای خصوصیت از ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی قابل استنباط است. در این ماده قانون این گونه آمده است: «ولی مسلم نمی تواند برای امور مولی علیه خود و صی غیر مسلم معین کند».

عدالت و امین بودن

در مورد عدالت و امین بودن حاضن بین فقیهان امامیه اختلاف دیدگاه وجود دارد و ما از باب این که بعضی از فقیهان آن را پذیرفته اند در این جا آنها را متعرض شده ایم و در کنار آن دیدگاه مخالفین را هم بیان خواهیم نمود. به طور کلی در مورد شرط عدالت و امین بودن حاضین سه نظریه وجود دارد:

شرط بودن عدالت و امین بودن حاضن، شیخ طوسی از جمله کسانی است که بر این عقیده است وی بر این شروط تأکید داشته که فاسق یا فاسقه حق حضانت ندارد. ظاهراً دلیل ایشان بر این مطلب در معرض خطر قرار گرفتن تربیت اخلاقی کودک است (طوسی، محمد بن الحسن، ج ۶، ص ۴۰).

عدم شرط بودن عدالت و امین بودن خاصین صاحب ریاض مخالف شرط بودن عدالت و امین بودن است (حلی، حسن بن یوسف، ج ۳، ص ۱۰۲) غیر از عدالت و جمع میان شرط بودن امانت و عدم شرط بودن عدالت صاحب جواهر از جمله کسانی است که این جمع را قبول و در مورد آن این گونه گفته است: آن چه مانع حضانت است ظهور فسق است و آن عدم فقه است. بدین ترتیب عدالت لازم نیست و فقه نیز مانع نیست بلکه آن چه مانع است داشتهار به فسق است» با توجه به این مطالب بعضی در اعتبار همین معنا از امانت نیز تردید کرده و نوشته اند: مادر با بچه اش مهربان و دلسوز است و همین موجب میشود حتی اگر امین نباشد به بچه اش آسیبی نرساند. ایشان اضافه می کنند دلایلی که برای اعتبار شرط امانت بیان شد موجه نیست. علاوه بر آن اگر این وجوه موجب سقوط حضانت مادر فاسق شود باید در مورد پدر نیز چنین باشد در حالی که بطلان این سخن واضح است. (نجفی، حلی، ج ۳۱، ص ۲۸۹)

وظیفه مدنی مسئولان حضانت

از آن چه بیان کردیم روشن میشود که حق حضانت بیشتر بار مسئولیت است تا حق، در اینجا این سؤال اساسی مطرح است که اگر از ناحیه کودک ضرری به غیر وارد شود جبران خسارت وارده توسط کودک بر عهده چه کسی است؟

در پاسخ این سؤال این میگوییم که از نظر اسلام اگر کسی مالی را تلف کرد ضامن آن است. مستند این سخن از نظر فقه قاعده اتلاف و مبتنی بر این روایت است که می فرماید من اتلف مال الغیر فهو له ضامن اطلاق این روایت صغیر و غیر رشید را هم شامل می شود. در قانون مدنی نیز در ماده ۱۲۱۶ آمده است: «هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر شود ضامن است». لذا کودک که از خود چیزی ندارد و از طرفی ضامن هم هست در میان کسی که حضانت

او را در دست دارد باید این ضرری را که وی به دیگری وارد کرده است را جبران نماید چون سرپرستی و حضانت وی را بر عهده داشته است.

حضانت طفل در مورد جدایی ابویین

در صورتی که در اثر انحلال نکاح یا ناسازگاری پدر و مادر کودک جدای از آنها زندگی کند. طفل در نزد کسی می ماند که حضانت حق و یا تکلیف او بوده است و طرف دیگر نمیتواند درخواست حضانت کند. اگرچه پدر باشد. زیرا موجبی برای زوال حضانت پیدا نشده است در این صورت طرف مقابل حق ملاقات با طفل را دارد و بالعکس این فرضیه هم درست است؛ زیرا نیاز روحی و عاطفی والدین و فرزند به ملاقات و ابراز علاقه به یک دیگر تشریح شده است تا حق حضانت یکی از والدین دیگری را از این نیاز عاطفی محروم نگرداند حتی در صورت سقوط حضانت به علت ازدواج با شوهر دیگر این حق محفوظ خواهد بود

و علت آن را حرمت قطع رحم و ضرر و زیانهای ناشی از آن بر شمرده اند. ۱۵ حقوق موضوعه در مورد این فرعی فقهی ماده قانون ۱۱۷۴ قانون مدنی را وضع نموده است که در آن این گونه آمده است: «در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر ابویین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند. هر یک از ابویین که طفل تحت حضانت او نیست حق ملاقات طفل را دارد تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات آن در صورت اختلاف بین ابویین به با محکمه است.»

نهایت حد حضانت برای ابویین

حضانت از احکام مسلم اسلام است که برای آن نهایی در فقه مشخص شده است. ابتدای حضانت از بدو تولد کودک آغاز می شود و نهایت آن تا زمانی است که کودک به حد بلوغ نرسیده باشد. امام خمینی در تحریر الوسیله در این زمینه این گونه آورده است: «حق حضانت تا زمانی است که طفل به حد بلوغ نرسیده باشد، اما بعد از بالغ شدن و رشد یافتن هیچ کس حتی پدر و مادر حق حضانت بر او ندارد بلکه او برای خود انسانی است که اختیار خود را دارد چه پسر باشد یا دختر» (موسوی خمینی، سید روح الله، ج ۴، ص ۱۷۸) در قانون موضوعه ماده قانونی از. سوی قانون گذار در این زمینه وضع نشده است.

مراتب حضانت

از جمله مباحث در مورد حضانت مربوط به مراتب آن است که در میان فقیهان به صورت مبسوط به آن پرداخته نشده است و فقط محقق مدقق عصر حاضر امام خمینی (ره) به صورت مبسوط به مراتب آن پرداخته است. ایشان در تحریر الوسیله در این زمینه این گونه آورده است. «داگر پدر بعد از انتقال حق حضانت از مادر به وی و یا قبل از آن از دنیا برود مادر به حضانت طفل سزاوارتر از وصی پدر است هر چند مادر ازدواج کرده باشد و باید طفل را تحویل او دهند. چه پسر باشد وجه دختر و هم چنین مادر سزاوارتر است از باقی بستگان حتی پدر و مادرش تا چه رسد به دیگران هم چنان که اگر مادر در دوران حضانتش از دنیا برود. پدر احق از دیگران است در حضانت طفل و اگر در همین دوران هم پدر بمیرد و هم مادر حق حضانت طفل به پدری در منتقل می شود و اگر پدر پدر نداشت و وصی هم معین نشده بود نه از ناحیه

پدر طفل و نه از ناحیه پدر پدرش اقارب و خویشاوندان طفل البته بارعایت الاقرب فالاقرب حق دارند طفل را حضانت کنند. پس آن که نزدیک تر از دیگری به آن طفل است حق حطائش مانع حضانت آن دیگری است و اگر در یک رتبه چند نفر باشند که در داشتن این حق مساوی اند و با یکدیگر بر سر حضانت طفل نزاع کردند مرجع برای حل اختلافان قرعه است. اگر بدر طفل و یا جد او وصی معین کرده بود آیا باز هم به اقارب باید داد و یا آن که حق حضانت منحصرأ از آن وصی می شود و اگر وصی نبود آن وقت به اقارب منتقل گردد؟ دووجه است که احتیاط آن است که اقارب و وصیها هم مصالحه و سازش کنند.» (موسوی، خمینی، سید روح الله، ج ۴، ص ۱۷۷ و ۱۸۸). در قانون مدنی فقط قسمت اول که یکی از ابویین از دنیا برود را در ماده ۱۱۷۱ آورده است و در مورد بقیه فرضیه ها قانون گذار ماده قانونی را وضع ننموده است و قانون در مورد آنها ساکت است.

نتیجه گیری:

حضانت هم حق است هم تکلیف و با توجه به مطالبی که بیان شد در می یابیم که در فقه دیدگاه فقیهان بر این است که حضانت بر مادر واجب نیست و وی می تواند حق خود را اسقاط کرده یا بابت آن اجرت بگیرد و در صورتی که امتناع کند پدر اجبار میشود و فقط در صورتی ما در مکلف است که پدر در قید حیات نباشد. اما در قانون مدنی بنابر ماده ۱۱۶۸ و ماده ۱۱۷۲ هم پدر و هم مادر در امر حضانت محق و مکلف هستند و در صورت امتناع دادگاه صالحه باید نگره داری طفل بر حاضن را الزام کند اما بنابر ماده ۱۱۶۹ در صورتی که ما در حضانت را نخواهد نمی توان او را مجبور کرد و در مورد ترتیب حضانت نظر مشهور فقها و هم چنین قانون این است که حضانت پسر بعد از دو سال و حضانت دختر بعد از هفت سال بر عهده پدر است اما در مقوله شرایط و موانع حضانت حاضن باید از نظر جسمی و روحی دارای سلامت کامل باشد. لذا اگر حاضن سلامتی خود را از دست بدهد به طوری که موجب ناتوانی در حضانت شود با بیماری مسری باشند و سلامت محضون را در خطر بیاندازه حق حضانت او ساقط نمی شود اما باید برای حضانت از او ر دیگری کمک بگیرد از دیگر شرایط حضانت مسلمان بودن حاضن است و لذا اگر حاضن کافر باشد. بنابر قاعده نمی سیل حق حضانت از او سلب می شود.

منابع

۱. فرهنگ عمید
۲. أحكام، العترة الطاهرة، ج ۲۵، ص ۹۳
۳. بحرانی، یوسف بن احمد الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۵ می ۸۸
۴. بوجعفر احمد بن علی، تاج المصادر، ذیل واژه حضانت
۵. حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۱۰۲
۶. زین الدین بن علی شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸ ص ۴۲۱.
۷. طباطبایی علی ریاض المسائل ج ۱۰، ص ۵۲۳، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام
۸. طباطبایی علی ریاض المسائل، ج ۱۲، ص ۱۶۲
۹. طوسی، محمد بن حسن المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۶ ص ۴۰
۱۰. کاتوزیان ناصر حقوق مدنی خانواده نکاح و طلاق روابط زن و شوهر، ج ۲، ص ۱۳۹
۱۱. موسوی خمینی سید روح الله تحریر الوسیله مترجم مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۴، ص ۱۷۷ و ۱۸۸ مسئله ۱۷
۱۲. -----، تحریر الوسیله، مترجم مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۴، ص ۱۷۸، مسئله ۱۸
۱۳. نجفی، محمد حسن جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ص ۳۸۲
۱۴. -----، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ص ۲۸۹، بحرانی، یوسف بن احمد الحدائق الناضرة فی
۱۵. -----، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ص ۲۹۲
۱۶. -----، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱،