

فهرست مطالب

۷	۱- تعریف حضانت
۷	۲- ماهیت ولایت
۹	۳- ماهیت حضانت
۹	۴- نقد کلام صاحب جواهر
۱۰	۵- ادله مرحوم صاحب جواهر بر حق مادر در پذیرش حضانت
۱۲	۶- ترجمه متن جواهر الکلام
۱۳	۷- بررسی کلام مرحوم صاحب ریاض
۱۴	۸- کلام مرحوم صاحب ریاض
۱۵	۹- پاسخ مرحوم صاحب جواهر به مرحوم صاحب ریاض
۱۶	۱۰- ترجمه متن جواهر الکلام
۱۶	۱۱- بررسی تعریف و ماهیت حضانت در قوانین موضوعه
۱۹	۱۲- حضانت از منظر آراء قضایی
۲۱	۱۳- نظریات مشورتی در خصوص حضانت
۲۳	۱۴- تعیین حاضن
۲۷	۱۵- تعیین حاضن از منظر قوانین موضوعه
۲۹	۱۶- تعیین حاضن از منظر آراء قضایی
۳۱	۱۷- نظریه مشورتی در خصوص تعیین حاضن
۳۲	۱۸- شرایط حاضن
۳۵	۱۹- شرط اسلام حاضن در قوانین موضوعه
۳۸	۲۰- شرط عقل در قوانین موضوعه
۴۰	۲۱- شرط سلامت از بیماری مزمن و مسری در حقوق موضوعه
۴۲	۲۲- شرط اقامت حاضن در حقوق موضوعه
۴۳	۲۳- شرط عدالت حاضن
۴۴	۲۴- شرط عدالت حاضن در حقوق موضوعه

- ۲۵- شرط عدالت از منظر آراء قضایی..... ۴۵
- ۲۶- شرط عدم تزویج مادر..... ۵۰
- ۲۷- عود حضانت در صورت طلاق..... ۵۲
- ۲۸- شرط عدم ازدواج مادر در حقوق موضوعه..... ۵۳
- ۲۹- شرط عدم تزویج مادر در آراء قضایی..... ۵۳
- ۳۰- شرط ارضاع برای حضانت دوره رضاع..... ۵۶
- ۳۱- شرط رضاع در قوانین موضوعه..... ۵۷
- ۳۲- تلقیح مصنوعی..... ۵۷
- ۳۳- تلقیح مصنوعی از منظر قوانین موضوعه..... ۵۹
- ۳۴- تلقیح مصنوعی از منظر آراء قضایی..... ۵۹
- ۳۵- اهدای تخمک از همسر دوم زوج..... ۶۰
- ۳۶- اهدای تخمک از زن بیگانه..... ۶۰
- ۳۷- اهدای جنین..... ۶۱
- ۳۸- اهدای جنین از منظر قوانین موضوعه..... ۶۱
- ۳۹- اهدای جنین از منظر آراء قضایی..... ۶۲
- ۴۰- انحلال نکاح : طلاق..... ۶۳
- ۴۱- شرط بلوغ برای مطلق از منظر قوانین موضوعه..... ۶۴
- ۴۲- ولایت در طلاق..... ۶۵
- ۴۳- طلاق صغیر در قوانین موضوعه..... ۶۶
- ۴۴- ادله فائیلین به منع ولایت در شخص معتوه..... ۶۹
- ۴۵- پاسخ مرحوم صاحب جواهر به این ادله..... ۷۰
- ۴۶- طلاق معتوه و مجنون در قوانین موضوعه..... ۷۲
- ۴۷- الشرط الثانی: العقل..... ۷۳
- ۴۸- ولایت در طلاق سکران و مانند آن..... ۷۳
- ۴۹- ولایت در طلاق مجنون دائم..... ۷۴
- ۵۰- ولایت در طلاق مجنون ادواری..... ۷۴
- ۵۱- شرط عقل از منظر قوانین موضوعه..... ۷۵
- ۵۲- شرط عقل از منظر آراء قضایی..... ۷۶
- ۵۳- الشرط الثالث: الاختیار..... ۸۲
- ۵۴- شرط اختیار از منظر قوانین موضوعه..... ۸۵

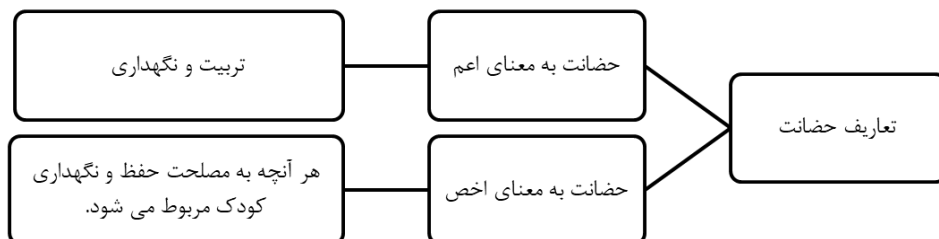
۸۷	۵۵- الشرط الرابع: القصد.....
۹۰	۵۶- لزوم قصد برای مطلق از منظر قوانین موضوعه.....
۹۱	۵۷- لزوم قصد برای مطلق از منظر آراء قضایی.....
۹۸	۵۸- رکن ثانی در طلاق : مطلقه.....
۱۰۶	۵۹- رجوع در قوانین موضوعه.....
۱۰۷	۶۰- رجوع از منظر آراء قضایی.....
۱۰۸	۶۱- بررسی مدت معتبر در طلاق غائب.....
۱۱۱	۶۲- طلاق غائب از منظر قوانین موضوعه.....
۱۱۲	۶۳- طلاق غائب از منظر آراء قضائی.....
۱۱۶	۶۴- شرط چهارم مطلقه: استبراء از مواقعه.....
۱۲۰	۶۵- طلاق زوجه حامله در قوانین موضوعه.....
۱۲۴	۶۶- زوجه استرابه ای (فی سن من تحيض و لا تحيض).....
۱۲۴	۶۷- بحث استرابه ای از منظر قوانین موضوعه.....
۱۲۴	۶۸- شرط پنجم مطلقه: تعیین مطلقه.....
۱۲۷	۶۹- شرط تعیین از منظر حقوق موضوعه.....
۱۳۱	۷۰- رجوع.....
۱۳۲	۷۱- ماهیت حقوقی رجوع.....
۱۳۶	۷۲- رجوع از طلاق از منظر آراء قضائی.....
۱۴۶	۷۳- خلع.....
۱۵۰	۷۴- خلع در قوانین و مقررات موضوعه.....
۱۵۴	۷۵- نظریه مشورتی در خصوص خلع.....
۱۵۵	۷۶- خلع از منظر آراء قضایی.....
۱۶۱	کتابنامه.....

"حضانة"

۱- تعريف حضانة :

در ادبيات فقهی حضانة به معنای اعم و اخص وجود دارد : اگرچه اغلب مقصود از حضانة، نگهداری است؛ لیکن حضانة به معنای اعم (مطلق حضانة) عبارت است از: «تربیت و نگهداری»؛ و حضانة به معنای اخص عبارت است از: «هر آنچه که به مصلحت حفظ و نگهداری کودک مربوط می شود.»

نمودار بحث:



"ولایت"

۲- ماهیت ولایت:

در ابتدای تعریف حضانة در کتاب شرایع الاسلام، واژگان «ولایت و سلطه» بکار رفته اند؛ لذا لازم است تا مقصود از ولایت مشخص شود؛ چهار نظریه در خصوص چیستی و ماهیت ولایت وجود دارد:

- ۱- ولایت از نوع حق است.
- ۲- ولایت از نوع تکلیف است. (مرحوم صاحب جواهر معتقدند ولایت از نوع تکلیف است.)
- ۳- ولایت هم حق و هم تکلیف است.

۴- ولایت از نوع منسب است؛ و مقصود از منسب، شایستگی، شأن و جایگاه است. یعنی موقعیت و شایستگی که خداوند به برخی عطا می کند. (از قائلین به این قول، آیت الله جوادی آملی و آیت الله مکارم شیرازی را می توان نام برد).

این نوع ولایت مشابه نظر آیت الله جوادی آملی است که زوج را دارای ولایت بر زوجه می داند و مراد از ولایت را امتیاز مردان بر زنان نمی داند و بلکه شایستگی و موقعیتی می داند که خداوند به مردان عطا کرده تا وظایف خود را در قبال خانواده انجام بدهند.

مرحوم علامه نجفی صاحب جواهر الکلام معتقدند: «هر آنچه در خصوص حضانت مادر گفته می شود، به پدر نیز سرایت می کند.» لیکن نکته مهم آن است که در خصوص ماهیت حضانت آنچه بدو در کلام مرحوم صاحب جواهر آمده است، در شأن مادر می باشد و نه پدر؛ البته در بحث شرایط حاضن مطالب میان پدر و مادر مشترک است.

نمودار بحث:



۳- ماهیت حضانت :

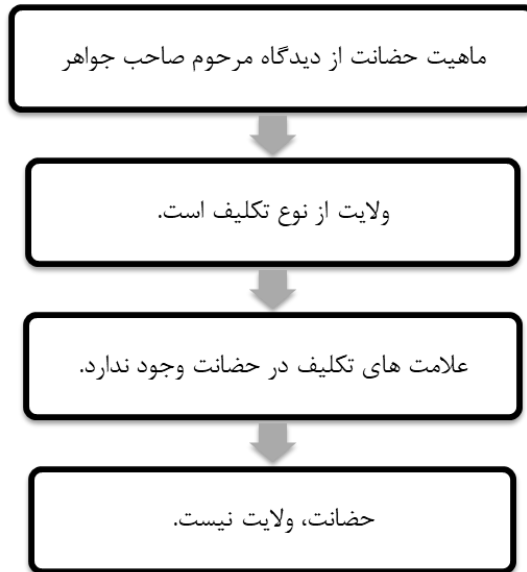
مرحوم صاحب جواهر می فرماید: « ولایت از نوع تکلیف است؛ ولی علامت های تکلیف در حضانت وجود ندارد پس حضانت ، ولایت نیست؛ بعنوان مثال ، مادر می تواند از قبول حضانت فرزندش امتناع کند اما اگر پدر از قبول حضانت امتناع کند، قاضی و حاکم شرع ، او را مجبور می کنند برخلاف مادر که اجبار نمی شود؛ حتی در صورتی که پدر نباشد یا پدر فاقد صلاحیت باشد و اقرباء هم نباشند، مادر اجبار به حضانت نمی گردد؛ لذا در بحث حضانت، اختیار برای مادر وجود دارد و مادر می تواند حضانت را بپذیرد یا نپذیرد از اینرو حضانت حق است و تکلیف نیست؛ در نتیجه اگر ولایت تکلیف باشد مادر ولایت ندارد زیرا اگر حضانت را نپذیرد، اجبار و تکلیف نمی شود ولی پدر ولایت دارد و لذا اگر حضانت را نپذیرد، اجبار و تکلیف خواهد شد؛ پس پدر هم شایستگی حضانت و هم تکلیف بر حضانت دارد زیرا ولایت دارد ولی مادر شایستگی حضانت را دارد ولی تکلیف بر حضانت ندارد؛

علیهذا نظر به اینکه ولایت از نوع تکلیف است و مادر اجبار به حضانت نمی گردد، لذا حضانت ولایت نمی باشد.

۴- نقد کلام صاحب جواهر:

نقدی بر کلام مرحوم صاحب جواهر وارد است که: « این کلام ایشان کلیت ندارد و تنها در خصوص مادر صدق می کند لیکن پدر در فرض امتناع مادر از پذیرش حضانت، مکلف به پذیرش حضانت بوده و تکلیف دارد.»

نمودار بحث:



۵- ادله مرحوم صاحب جواهر بر حق مادر در پذیرش حضانة:

مرحوم صاحب جواهر حضانة را ولایت به معنای تکلیف نمی داند و ۴ دلیل برای آن اقامه می کند:

۱- قبول إسقاط و تعلیق به مشیئه در روایات:

در روایاتی که در آنها حضانة مادر مطرح شده است ، کلمه «مشیئه» وجود دارد؛ مانند: «الأم أحق بالوالد ما شاءت/ إن شاءت» به معنای «اگر خودش بخواهد»؛ یعنی صلاحیت و استحقاق و شایستگی حضانة را دارد اما تکلیف و وظیفه به پذیرش حضانة ندارد و می تواند حضانة به معنای أخص و أعم را نپذیرد و در این صورت خلاف شرع مرتکب نشده است؛ لذا حضانة مادر معلق است به اراده مادر و می تواند حق حضانة را إسقاط کند زیرا حق بوده و حق، قبول إسقاط می کند.

۲- تعلق اجرت به رضاع مادر:

به شیردهی مادر اجرت تعلق می گیرد و مادر می تواند اجرت شیری که به فرزندش می دهد را از پدر فرزند بگیرد و مطابق نظر غالب فقها، اخذ اجرت در برابر واجبات امکان ندارد (مشهور دریافت اجرت در مقابل واجبات را نمی پذیرد) لذا رضاع کودک بر مادر واجب نمی باشد که می تواند اجرت بگیرد.

۳- تعبیر به اُحقیق در روایات:

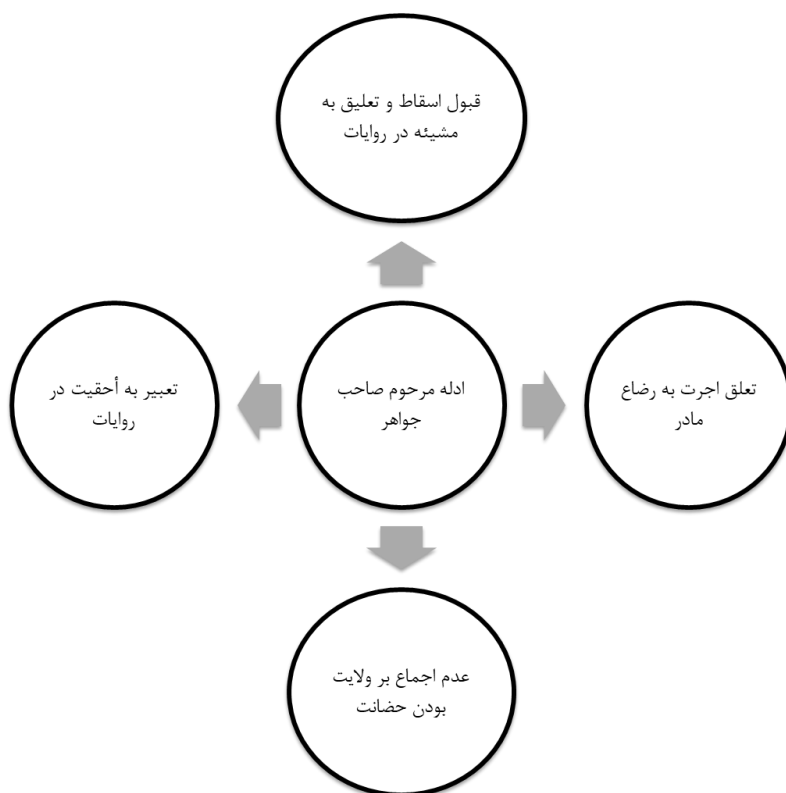
در روایات کلمه «أحق» وجود دارد (الأم أحق بها مدّة الرضاع/ الأم أحق بالولد ما لم تتزوج) در روایات حضانت مادر با أحق آمده است و از حق می آید لذا حضانت برای مادر از قبیل حق بوده و ولایت و تکلیف نمی باشد.

۴- عدم اجماع به ولایت بودن ضمن اینکه تحریر اصل مساله وجود ندارد:

همه فقها نگفته اند که حضانت ولایت است لذا اجماع وجود ندارد؛ بعلاوه آنکه به بحث حضانت در منابع فقهی پرداخته نشده است و لذا تحریر^۱ اصل مساله حضانت در منابع فقهی وجود ندارد. تا پیش از قرن ۷ هفتم تعریفی از حضانت نبوده است و قرن هفتم، علامه حلی تعریفی برای حضانت ارائه نموده است؛ هرچند روایات راه را باز گذاشتند که مادر تکلیفی نداشته باشد، لیکن سیره عقلا و سیره متشرعه، می تواند ما را به سمتی هدایت کند که حضانت برای مادر بعنوان یک تکلیف دانسته شود اما در تقابل بین عقل و نقل مطابق پایه و اساس تبعیدی که در احکام و مدارک شرعی وجود دارد، نقل مقدم است بر عقل و زمانی که شارع حضانت را حق دانسته اند، به حکم عقل نمی توان حضانت را تکلیف دانست.

^۱ - تحریر به معنای پرداختن و توجه کردن است؛ تحریر نشده است یعنی اصلاً این موضوع مورد توجه نبوده است و به این موضوع پرداخته نشده است.

نمودار بحث:



۶- ترجمه متن جواهر الکلام:

مرحوم صاحب جواهر می فرماید: حَضَانَةُ یا حِضَانَةُ (با فتحه یا کسره) همانطور که قواعد و مسالک آمده است، ولایت و سلطه بر تربیت طفل و هر آنچه متعلق به تربیت طفل است از مصلحت، نگهداری و مراقبت طفل، سرمه کشیدن و زینت کردن طفل و بهداشت کودک و شستن لباس هایش و کهنه هایش و مانند آن؛ و در آن اشکال است؛ (مرحوم صاحب جواهر به تعریف فوق اشکال وارد کرده اند) اینکه حضانت را به ولایت تعریف می کنید، این تعریف برای مادر درست نیست و مراد این باشد که حضانت ولایتی است مانند غیر او (غیر از حضانت) از ولایات (ولایت بر نکاح، ولایت بر اموال و...) که این سایر ولایات قابل اسقاط نیستند و اینکه واجب است بر مادر مراعات حضانت، بصورتی که نمی تواند اجرت بگیرد و استحقاق اجرت ندارد یعنی وظیفه دارد و برای امور واجب نمی

توان اجرت گرفت؛ این دو مطلب (غیر قابل اسقاط بودن + عدم تعلق اجرت) در روایات حضانت وجود ندارد زیرا رضاع و شیردادن طفل از اجزاء حضانت است ولی در آن اجرت وجود دارد و اینکه گفتید ولایات قابل اسقاط شدن نیستند، ولی حضانت قابل اسقاط است، روایات این شفافیت را ندارد که مختص مادر باشد درحالیکه فقط در مورد مادر قابل اسقاط بوده و امکان اخذ اجرت وجود دارد و درخصوص پدر این دو مطلب وجود ندارد و خلاف آن در روایات است؛ در روایات تعلیق به مشیئه مادر وجود دارد و حضانت مادر معلق است به اراده کردن مادر و مادر در روایات اُحق است که ثمره ی این اُحقیّت نشان از این است که حضانت حق مادر است و نه تکلیف؛ بلکه ظاهر روایات نشان دهنده ی این است که اُحقیّت در حضانت مادر، در رضاع هم وجود دارد و در رضاع شک ندارید که ابتدا مادر به شیردهی فرزندش نسبت به سایرین سزاوارتر است (اگر مادر نپذیرفت یا اجرت بسیار تقاضا کرد، آن وقت اجباراً نوبت به دیگران می رسد) همان سزاواری در سایر موارد حضانت هم وجود دارد و در این صورت حضانت بر مادر واجب نمی باشد؛ و برای مادر حق اسقاط و مطالبه اجرت وجود دارد؛ اسقاط هم مربوط به حضانت است و هم مربوط به رضاع است؛ اما مطالبه اجرت فقط مختص رضاع است (در تعریف حضانت که آمده است حفظ و نگهداری گفته شده است و یکی از مصادیق حفظ، شیردادن و رضاع طفل است). مگر اینکه اجماعی وجود داشت باشد بر اینکه حضانت تکلیف است برای مادر که چنین اجماعی محقق نشده است. درباره اصل حضانت در کلمات فقها نوشته ای پیدا نشده است یعنی اصلاً به این موضوع نپرداخته اند که پس از آن اجماعی صورت گرفته باشد.

۷- بررسی کلام مرحوم صاحب ریاض:

متن کلام صاحب ریاض به گونه ای است که بدواً تصور می شود که حضانت حق است و بدان تصریح می شود ولی پس از آن مطالبی آورده شده است که خلاف حق بودن را بیان می کند. پیش تر بیان شد که در مبحث حضانت، اجماعی نیست و تحریر مساله وجود ندارد اما فقهای هم عصر با صاحب جواهر الکلام، به مساله حضانت پرداخته اند لیکن متن ایشان دقیقاً حق و تکلیف را مشخص نکرده است و حق و تکلیف هر دو مد نظر ایشان است.

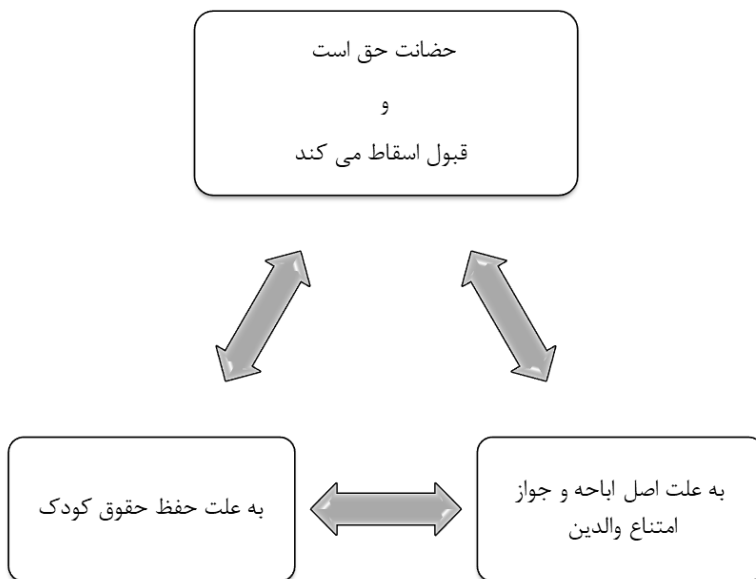
۸- کلام مرحوم صاحب ریاض:

بدون شک حضانت حق است اما آیا ضمناً و جوب هم دارد یا خیر؟ آیا قبول اسقاط می کند؟ یعنی آیا فقط حق است یا حق بعلاوه تکلیف است؟ صاحب ریاض می فرماید: «به دو دلیل اسقاط حضانت جائز است: ۱- اصل جواز و اباحه (کل شیء لک جائز ...) ۲- جواز امتناع والدین و نهایتاً اجبار پدر: در منابع فقهی هست که هم پدر و هم مادر حق دارند امتناع نمایند اما بالاخره پدر اجبار می گردد. (حاکم مطابق قاعده لاضرر، پدر را اجبار می کند) اگر تکلیف بود، حق امتناع وجود نداشت» مرحوم صاحب ریاض می فرماید: «حضانت حق است و برخی رأی به وجوب دادند و اگر بگوییم حضانت واجب است، به این معناست که تکلیف است و حق نیست، این گفته برای حفظ حقوق و منافع کودک بهتر است»

البته مرحوم صاحب ریاض در اینجا خلاف نظر قبلی خویش را بیان فرمودند و مشخص نکردند که طبق نظر خودشان حضانت حق است یا تکلیف؟ البته این وجوب، وجوب کفایی است و اگر پدر حضانت را انجام دهد، از گردن مادر ساقط می شود و بالعکس؛ اینکه مخاطب وجوب کفایی صاحبان حق حضانت^۱ چه کسانی هستند، مورد بحث است؛ در روایات فقط اصل استحقاق ذکر شده است و استحقاق مستلزم وجوب نیست.

^۱ - صاحبان حق حضانت عبارتند از: پدر، مادر، جد پدری، وصی؛ عده ای می گویند به مؤمنین (بر اساس المومنون و المومنات بعضهم اولیاء ببعض)، همسایه ها، اهل شهر و قریه سرایت میکند. نکته مهم: پیش از مومنین، حاکم و طایفه دارد لذا وجوب کفایی مختص پدر و مادر نمی باشد.

نمودار بحث:



۹- پاسخ مرحوم صاحب جواهر به مرحوم صاحب ریاض:

مرحوم صاحب جواهر در رد نظر مرحوم صاحب ریاض، دلایلی را ذکر می فرمایند که عبارتند از:

۱- این کلام تحریر ندارد؛ یعنی استعمال دلیل و پایه و اساسی وجود ندارد و فقط برخی رای به وجوب را گفتند و در روایت هم اصل استحقاق آمده است و ادله کسانی که رای به وجوب داده اند توسط مرحوم صاحب ریاض بیان نشده است و روایاتی که اصل استحقاق را بیان می کنند نیز توسط مرحوم صاحب ریاض آورده نشده است تا اطمینان حاصل شود که در روایات به عنوان حق پرداخته شده است.

۲- عدم اجبار پدر در کلام ایشان واضح الضعف است (اینکه در کلام مرحوم صاحب ریاض بیان شده است که پدر اجبار نمی شود، این سخن ضعیفی است).

تذکر: مرحوم صاحب جواهر فرمودند که در کلام مرحوم صاحب ریاض عدم اجبار پدر وجود دارد؛ درحالیکه مرحوم صاحب ریاض فرمودند که پدر اجبار نمی گردد.

نمودار بحث:



۱۰- ترجمه متن جواهر الکلام:

ابتدا کلام صاحب ریاض آورده شده است و سپس مرحوم صاحب جواهر پاسخ داده اند: « اگر مادر امتناع کند، پدر اولی است و اگر هر دو امتناع کنند، ظاهر^۱ این است که می توان پدر را اجبار کرد؛ یعنی حکم به اجبار پدر بر حضانت کرد (همین که می توانند امتناع کنند یعنی حضانت حق است)؛ برخی از فقها رای به وجوب حضانت دارند (یعنی حضانت حکم است و حق نیست) این نظر پسندیده است در جایی که ترک حضانت مستلزم ترک ترضیع کودک باشد؛ البته حضانت واجب کفایی است برای همه موارد اضطرار و همه کسانی که ناتوان از انجام امور خود بوده و امرشان دائر به کمک دیگری است و طفل و کودک هم از این قبیل است. و اینکه وجوب اختصاص به صاحبان حق داشته باشد، اختلاف نظر است؛ در روایات فقط اصل استحقاق (ثبوت اصل استحقاق) آمده است و آنچه در روایات است مستلزم وجوب نیستند. همانطور که می بینید، تحریری در کلام مرحوم صاحب ریاض وجود ندارد و آنچه که ایشان گفت درباره اینکه پدر اجبار نمی شود واضح الضعف است (یعنی ضعف آن آشکار است).»

۱۱- بررسی تعریف و ماهیت حضانت در قوانین موضوعه

موضوع حضانت اطفال در مواد ۱۱۶۸- ۱۱۷۹ قانون مدنی پرداخته شده است و مطابق ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، رسیدگی به دعاوی پیرامون حضانت در صلاحیت دادگاه خانواده است. قانون تعریفی از حضانت ارائه نداده است، حتی قانون مدنی که بیشترین مباحث حضانت را

^۱ - فالظاهر إجبار الأب

مطرح کرده است تعریفی از حضانت ارائه نکرده است؛ پس برای فهم تعریف حقوقی آن باید به نظر حقوقدانان مراجعه کرد و دریافت که نظر قانون در خصوص تعریف حضانت چیست؟ مطابق نظر دکتر امامی نگاهداری و تربیت طفل را در اصطلاح حقوق اسلام حضانت گویند. (امامی، بی تا، ج ۵، ص ۱۸۷) و در مطابق قانون ایران، حضانت عبارت از نگاهداری و تربیت طفل می باشد که طبق ماده «۱۱۶۹» ق. م سابقاً اینگونه بود که تا دو سال مادر حق اولویت در نگاهداری طفل خود داشت و پس از انقضای این مدت حضانت با پدر بود، مگر نسبت به فرزندان دختر که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر بود؛ ولی مطابق ماده «۱۱۶۹» ق.م. برای حضانت اطفال مادر تا ۷ سالگی اولویت دارد و تفاوتی میان فرزند پسر و دختر وجود ندارد و پس از آن نیز در صورت حدوث اختلاف میان پدر و مادر، دادگاه بر اساس مصلحت طفل تصمیم مقتضی را صادر می کند بدین صورت که تشخیص اینکه کدام یک از پدر و مادر حضانت را برعهده داشته باشند، با دادگاه می باشد؛ نگاهداری طفل عبارت از بکار بردن وسائل لازمه برای بقاء و نمو و بهداشت جسمی و روحی طفل می باشد، مانند دادن خوراک، پوشانیدن لباس پاکیزه، تمیز نگاه داشتن طفل بوسیله شستشو، گذاردن در تخت خواب، پوشانیدن روی او، شستشوی لباس و امثال آن، آنچه سن طفل اقتضاء آن را دارد، و چنانچه طفل بیمار گردد بردن نزد پزشک متخصص و دادن دوا و پرستاری لازم. در هر سنی صغیر یک نوع نگاهداری می خواهد که متناسب با طبیعت او می باشد. تربیت طفل عبارت است از آموختن طفل بآداب اجتماعی و اخلاق متناسب با محیط خانوادگی او و همچنین کوشش در فرا گرفتن طفل علم یا صنعت یا حرفه متناسب با زمان و وضعیت اجتماعی خانوادگی که بعداً بتواند بوسیله بدست آوردن عایدات کافی زندگانی خود را برفاه بگذراند. این است که ماده «۱۱۷۸» ق. م میگوید: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانائی خود بتربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهممل بگذارند». (امامی، بی تا، ج ۵، ص ۱۸۸-۱۹۰) همچنین «هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست از نگاه داری او امتناع کند. در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم، نگاهداری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده اوست الزام کند. و در صورتی که الزام، ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند»، (ماده ۱۱۷۲ ق. م) بر اساس این ماده، هرگاه کسی که مکلف به حضانت است از انجام تکلیف قانونی خود سرباز زند، به وسیله قیم یا یکی از اقربای طفل یا

دادستان، از دادگاه درخواست الزام ممتنع به انجام تکلیف می‌شود. پس از رسیدگی و صدور حکم از طرف دادگاه مربوطه و قطعیت آن، اجرائیه صادر می‌گردد؛ چنانچه محکوم علیه از اجرای حکم سرپیچی نماید، به وسیله شخص دیگری از طفل نگهداری می‌شود. اما هزینه آن، طبق صریح ماده فوق الذکر، اگر پدر محکوم شده باشد از او وصول می‌گردد و اگر مادر محکوم شده است، هزینه از پدر و در صورت فوت پدر، از مادر گرفته خواهد شد. (طاهری، ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۳، ص ۳۲۸-۳۲۹)

به موجب ماده ۱۱۶۸ ق.م، حضانت هم حق و هم تکلیف والدین است یعنی اینکه والدین حق دارند حضانت و سرپرستی کودک خود را به عهده گیرند و قانون جز در موارد استثنایی نمی‌تواند آن‌ها را از این حق محروم کند و از سوی دیگر آنها مکلف هستند تا زمانی که زنده هستند و توانایی دارند، نگهداری و تربیت فرزندان خویش را به عهده بگیرند. در حضانت آن چه از همه مهم‌تر است مصلحت کودک است و به این ترتیب قانون ابتدا مصالح او را در نظر می‌گیرد و سپس حق پدر و مادر برای نگهداری کودکشان را. در این صورت حتی اگر مصلحت طفل ایجاب کند که پیش هیچکدام از پدر و مادرش نباشد، دادگاه رأی می‌دهد که کودک به شخص ثالثی سپرده شود. (سنجولی، ۱۳۹۵، ص ۲۷۹-۲۸۱) پس اولاً: حضانت طفل، حق مسلم پدر و مادر اوست. ثانیاً: حضانت حقی همانند سایر حقوق نیست که به طور کلی قابل اسقاط باشد، بلکه نوعی تکلیف می‌باشد که به عهده والدین گذاشته شده است، لذا در ماده ۱۱۷۲ تصریح کرده است که والدین حق امتناع از نگاهداری طفل را ندارند و در صورت امتناع، حاکم ممتنع را الزام به انجام تکلیفش می‌نماید و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، به خرج پدر و در صورت فوت پدر، به خرج مادر، حضانت را تأمین می‌نماید. و این نشانه آن است که حضانت حقی همانند سایر حقوق مالی نیست که کلاً قابل نظر باشد. لذا در ماده ۱۱۶۸ نگاهداری اطفال را هم حق ابویین دانسته و هم تکلیف. اما اینکه حضانت حق والدین است، بدین معناست که کسی حق مزاحمت آنان را نداشته و نمی‌تواند آنان را از نگهداری فرزندان منع نماید و یا فرزند را از آنها گرفته و جدا نماید (ماده ۱۱۷۵ ق.م) و اینکه گفته می‌شود حضانت یک تکلیف است که به عهده والدین گذاشته شده است، بدین معناست که پدر و مادر نمی‌توانند از حضانت، یعنی نگهداری و تربیت فرزند خود، سرباز زنند؛ لذا در صورت امتناع، اجبار خواهند شد. بنابراین، «حضانت» فرزند، هم حق است به نفع پدر و مادر و هم تکلیف است به ضرر آنها و به نفع طفل. (طاهری، ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۳، ص ۳۲۶)

۱۲- حضانت از منظر آراء قضایی

• رای شماره ۱:

دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۰۰۰۴۵۱

مورخ: ۲۸/۰۳/۱۳۹۳

رای بدوی

در خصوص دعوی آقای ع.الف. فرزند ه. به طرفیت خانم ب.م. فرزند م. با وکالت خانم الف.ط. دایر به صدور حکم حضانت فرزند دختر بنام پ. متولد ۳۰/۵/۱۳۸۵ به دلیل جدایی زن و شوهر از یکدیگر به واسطه طلاق و ازدواج خوانده با توجه به دادخواست تقدیمی و توضیحات خواهان در جلسه رسیدگی مورخه ۱۳/۱۱/۹۲ و با توجه به اینکه طبق تصویر مصدق شناسنامه خوانده که ارائه شد وی ازدواج دائم نموده و لایحه وکیل خوانده که موضوع صوری بودن آن را مطرح نموده مستدل نیست و ضمن اینکه در حال حاضر فرزند بالای سن هفت سالگی است و چون دلیل و مستندی هم از اینکه خواهان دارای سوء رفتار با فرزند باشد و یا اعتیاد زیان آور بر سرنوشت فرزند داشته باشد ارائه نگردید و با توجه به اینکه حضانت و نگهداری فرزند هم حق است و هم تکلیف لذا با در نظر گرفتن مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۶۹ و ۱۱۷۰ و ۱۱۷۵ و تبصره الحاقی ۶۵/۸۲ به ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی حکم حضانت فرزند مذکور برای خواهان صادر و اعلام می گردد این رای حضوری و ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان می باشد. «رئیس شعبه ۲۸۱ دادگاه عمومی خانواده تهران»

رای دادگاه تجدید نظر استان

در خصوص دادخواست تجدیدنظرخواهی ب.م. با وکالت الف.ط. به طرفیت ع.الف. نسبت به دادنامه شماره ۲۰۷۵ مورخ ۲۱/۱۲/۹۲ در پرونده کلاسه ۱۴۷۵ صادره از شعبه ۲۸۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن حکم به حضانت فرزند به پدر صادر گردید نظر به لایحه تجدیدنظرخواه که ادعای اعتیاد و عدم صلاحیت تجدیدنظرخوانده نموده است و ادعای وکیل تجدید نظر منطبق با ماده ۱۱۷۳ نبوده و اینکه برابر ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی مادر با دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود لذا اعتراض تجدیدنظرخواه وارد نمی باشد زیرا دادنامه تجدیدنظرخواسته براساس محتویات پرونده و دلایل و مدارک ابرازی صحیحاً و مطابق مقررات قانونی خالی از هرگونه اشکال صادر شده و

تجدیدنظرخواه در این مرحله از رسیدگی دلیل یا مدرک قانع کننده و محکمه پسندی که موجب نقض و بی اعتباری دادنامه معترض عنه را ایجاد نموده و لایحه اعتراضیه متضمن جهت موجه نیست و تجدیدنظرخواهی با هیچ یک از شقوق ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی مطابقت ندارد. لذا دادگاه ادعای تجدیدنظرخواه را وارد و محمول بر صحت تشخیص نداده دادنامه مورد اعتراض را منطبق با مقررات و اصول دادرسی می داند مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن رد دادخواست تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته را عیناً تایید می نماید. این رای قطعی است. (رئیس شعبه ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)

● رای شماره ۲:

چکیده رای: در حضانت دختر بعد از هفت سالگی به لحاظ جنسیت، نزدیک بودن به سن بلوغ و احتیاج به مراقبت‌های ویژه که فقط از طرف مادر ممکن و میسر خواهد بود، مادر در اولویت است.

تاریخ رای نهایی: ۰۵/۱۲/۱۳۹۳

شماره رای نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۲۱۳

رای دیوانعالی کشور

زوجین دارای دو فرزند مشترک یکی دختر به نام ص. هفت ساله و دیگری پسر به نام الف. سه ساله می باشد که حسب دادنامه نخستین حضانت فرزند دختر به پدر و فرزند پسر به مادر محول گردیده است اگرچه پدر در حضانت فرزند بعد از هفت سالگی قانوناً دارای اولویت بوده ولی چون فرزندان مشترک بدون هیچ گونه تردیدی دارای وابستگی روحی و عاطفی با یکدیگر بوده و واگذاری حضانت هر یک از آنان به یکی از والدین و تعیین زمان ملاقات واحد برای هر یک از والدین جهت ملاقات با فرزند دیگر موجب خواهد شد که فرزندان مشترک ملاقاتی با یکدیگر نداشته و با هم بودن با یکدیگر را تجربه نمایند که این امر ممکن است موجب ورود صدمات روحی به هر یک از آنان گردد و از طرف دیگر فرزند مشترک دیگر به نام ص. که دختر بوده نزدیک به سن بلوغ می باشد و احتیاج به مراقبت‌های ویژه دارد و انجام این مراقبت‌های ویژه فقط از طرف مادر ممکن و میسر خواهد بود بنابراین چون به صلاحیت اخلاقی مادر در نگهداری طفل مشترک دختر خدشه‌ای وارد نشده لذا در مورد حضانت فرزندان مشترک مصلحت فرزندان که ملاک قانونی خواهد بود مراعات نگردیده و از این رو ضرورت قانونی داشته که دادگاه محترم تجدیدنظر با ملاک قرار دادن مصلحت فرزندان مشترک

بویژه فرزند مشترک دختر هفت ساله در خصوص حضانت فرزند مشترک دختر تصمیم مقتضی اتخاذ نماید بنابراین دادنامه فرجام خواسته که بدون توجه به مراتب مرقوم در فوق انشاء گردیده به علت نقص تحقیقات و رسیدگی مخدوش بوده مستنداً به بند ۵ ماده ۳۷۱ و بند الف ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض دادنامه مرقوم رسیدگی مجدد به همان دادگاه محترم صادرکننده رأی منقوض ارجاع می‌گردد. (رئیس شعبه ۸ دیوان عالی کشور)

۱۳- نظریات مشورتی در خصوص حضانت

• نظریه مشورتی شماره ۱

شماره نظریه : ۱۶۷۱/۹۸۷

شماره پرونده : ح ۱۷۶۱-۶۷-۸۹

تاریخ نظریه : ۲۴/۱۲/۱۳۹۸

استعلام :

۱- قلمرو حضانت برای شخص حاضنه به چه میزان است؟ ۲- آیا در مور اسناد هویت طفل مانند کارت ملی، شناسنامه، دفترچه بیمه، گذرنامه و .. در اختیار حاضنه قرار می‌گیرد یا ولی؟ ۳- در صورتی که معتقد باشیم که ولی زوج باید اسناد را به حاضنه بدهد و او امتناع از این تکلیف نماید آیا چه ضمانت اجرایی دارد؟ آیا نقض حق حضانت تلقی می‌شود؟
نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه :

۱ و ۲- عهده داری حضانت به معنی داشتن سلطه و اختیار تصمیم‌گیری در خصوص تربیت روحی و جسمی کودک است. لذا هر آنچه اسباب اعمال این سلطه و اختیارات است و با آن ملازمه دارد، باید در اختیار حاضن قرار گیرد. در فرض سؤال، اسناد هویت کودک و دفترچه بیمه وی که از جمله در راستای رفع نیازهای آموزشی، تربیتی و درمانی کودک است، باید در اختیار حاضن قرار گیرد؛ اما در خصوص اسنادی نظیر گذرنامه، از آنجا که قانونگذار برای فرض طلاق زوجین و خروج کودک تحت حضانت از کشور الزاماتی پیش بینی کرده است (ماده ۴۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱) هرچند تحویل این سند به حاضن منعی ندارد؛ اما در فرض یادشده اقدام حاضن مبنی بر خارج کردن کودک از کشور باید در راستای توافق زوجین و یا با اعمال ماده قانونی مذکور باشد. ۳- در صورت امتناع ولی کودک از تحویل اسناد هویتی، تحصیلی و درمانی به حاضن، از منظر حقوقی دعوای الزام

ولی قهری به تحویل اینگونه اسناد قابل استماع است و در فرض صدور حکم مبنی بر الزام به تحویل اسناد موضوع استعلام، تخلف از اجرای رأی از سوی محکوم علیه تابع عموماً مقرر قانونی است.

● نظریه مشورتی شماره ۲

شماره نظریه : ۳۳۶۶/۹۷/۷

شماره پرونده : ۹۶-۱۶/۹-۱۹۰۷

تاریخ نظریه : ۲۱/۱۲/۱۳۹۷

نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه :

۱- با توجه به مواد مختلف قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ از جمله مواد ۲۹، ۴۱، ۴۲ و ۴۵ آن، مهمترین مسئله در بحث حضانت و ملاقات طفل، حفظ مصلحت طفل با عنایت به نیازهای اساسی مادی، جسمانی، تربیتی و عاطفی و ضروریات نگهداری وی است و از ماده ۲۹ قانون یاد شده که مقرر می‌دارد، «دادگاه ضمن رأی خود... با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین میکند»، استفاده نمی‌شود که تعیین زمان ملاقات طفل با سایر بستگان منحصر به بعد از طلاق باشد، بلکه در ضمن رأی طلاق، دادگاه مکلف است از جمله در خصوص این امر تعیین تکلیف کند و این امر نافی تعیین تکلیف در مواردی که زوجین به هر دلیلی جدای از هم زندگی میکنند و حضانت طفل با یکی از آنها میباشد، نیست.

۲- با توجه به اینکه واژه «بستگان» مندرج در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده معادل واژه اقرباء است و این لفظ هم خانواده «قربان» مندرج در ماده ۱۰۳۱ قانون مدنی است، منظور از سایر بستگان در ماده مذکور، بستگان سببی و نسبی موضوع ماده ۱۰۳۱ یاد شده است که با لحاظ معیارهای مندرج در ماده ۲۹ مذکور، یعنی وابستگی عاطفی و مصلحت کودک، به تشخیص دادگاه برای ایشان ترتیب، زمان و مکان ملاقات تعیین می‌گردد.

۱۴- تعیین حاضن

تعیین صاحبان حق حضانت که استحقاق حضانت دارند:

مادامی که زندگی مشترک میان زوجین برقرار است و طلاق رخ نداده است بحث تعیین حاضن مطرح نمی‌گردد. بنابراین آنچه در این بخش به آن پرداخته می‌شود در صورت وقوع افتراق میان زوجین است. در شرایط جدایی و طلاق والدین دو صورت مفروض است:

صورت اول - اگر فرزند بالغ و رشید باشد

فرزند آنان بالغ و رشید باشد که در این صورت خودش انتخاب می‌کند نزد کدام یک از والدین و یا حتی شخص دیگری زندگی کند.

ادله ای که مبین اختیار فرزند بالغ رشید در تعیین حاضن است به قرار زیر می‌باشد:

۱- اصل (عدم ولایت احد علی احد) و اکتفاء به قدر متیقن در موارد خلاف اصل؛ طبق اصل هیچکس بر هیچکس ولایت ندارد و ولایت بر صغیر و مجنون و ولایت حاکم برای ممتنع هم استثناء بر اصل هستند. بنابراین در صورت شک در وجود ولایت باید به قدر متیقن اکتفاء نمود.

۲- تشریح حضانت برای جبران ضعف مولی علیه بوده است؛ تشریح حضانت در قانون و تعیین اختیارات برای حاضن در مواردی است که مولی علیه قادر به انجام امور خود نبوده و ضعیف باشد لکن بالغ رشید مشمول عنوان ضعف نمی‌باشد و از نظر فقهی در امور مالی، نفسی و حقوقی ضعیف شناخته نمی‌شود.

۳- اطلاق اخبار که موهوم عموم است اعتبار ندارد؛ اطلاق اخبار که اشتباها از آنها عمومیت و شمولیت برداشت می‌گردد فاقد اعتبار هستند. توضیح آنکه مطابق روایات حضانت فرزندان (چه دختر چه پسر) قبل از طلاق و پس از آن با پدر و مادر است و عنوان بالغ رشید در روایات نمی‌باشد و تفکیکی وجود ندارد لذا روایات از جهت بلوغ و رشد اطلاق دارند. فی الواقع اخبار حضانت شامل حال عموم فرزندان اعم از بالغ رشید یا غیر بالغ و غیر رشید می‌شود. طبق نظر صاحب جواهر علیه الرحمه این اطلاق که چنین عمومی را به همراه دارد فاقد ارزش و اعتبار است زیرا چنانکه پیشتر گفته شد مبنای تشریح حضانت رسیدگی توسط دیگری و جبران ضعف مولی علیه است که بالغ رشید مشمول این تشریح نمی‌شود.

نکته: مرحوم صاحب جواهر حضانت را همان ولایت نمی‌دانند چراکه ولایت تکلیف و حضانت حق است اما در این بحث در بیان حضانت بالغ رشید به گونه ای سخن می‌گویند که گویا حضانت همان ولایت است دلیل این امر آن است که ایشان از ادبیات کشف اللثام استفاده نموده و از این کتاب به ما گزارش می‌دهند و آنچه مطرح می‌فرمایند نظر خود ایشان نمی‌باشد.

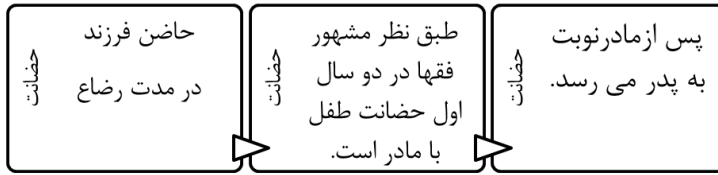
نمودار بحث



صورت دوم – اگر فرزند صغیر باشد:

اگر فرزند در بدو تولد یعنی در دو سال اول زندگی (مدت رضاع) است حتما باید نزد مادر باشد و مادر در این سن نسبت به حضانت کودک احق است خواه خودش به فرزندش شیر بدهد خواه دیگری. اما اگر خود مادر خواهان حضانت نباشد آنگاه نوبت به پدر می‌رسد، و پدر حتی اگر نخواهد حضانت طفل را برعهده بگیرد بدلیل ولایتی که دارد ناچار به پذیرش حضانت است.

نمودار بحث



و در این باره (احقیقیت مادر در حضانت تا دوسالگی) نظر مخالفی وجود ندارد بلکه در کتاب ریاض بر اساس نص و فتوی و اجماع این نظر تایید شده است لذا دلایل این امر عبارتند از؛

۱- اجماع

۲- آیه ۲۳۳ سوره بقره

۳- نصوص دال بر احقیقیت مادر

۴- مرسل منقری: «از امام صادق علیه السلام درباره ی مردی که زوجه ی خود را طلاق داده است و از ازدواجشان فرزندی دارند سوال می شود که کدامیک سزاوارترند که حضانت به او سپرده شود؟ حضرت فرمودند مادر تا زمانی که ازدواج نکرده است سزاوارتر است.» (طبق این روایت حتی پس از دوسال تا مادامی که مادر ازدواج نکرده باشد باید حضانت به او سپرده شود).

۵- خبر ایوب ابن نوح: «بعضی از اصحاب امام علیه السلام نامه نوشتند، مردی در نامه از ایشان سوال می کند که زنی داشته و از او فرزندی داشته ام و اکنون آن زن را طلاق داده ام. حضرت پاسخ میفرمایند: مادر سزاوارتر است تا زمانی که کودک هفت ساله شود و این حضانت برای مادر اختیاری است.