

پژوهش‌هاک تطبیقی فقه،

حقوق و سیاست

مصلحت قانون‌گذار در حمایت از فرزندان طلاق از منظر فقه و حقوق ایران

۱. زهرا خزایی: دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۲. موسی بیات*: استادیار گروه فلسفه اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. پست الکترونیک: mousa-bayat@iau-tnb.ac.ir

(نویسنده مسئول)

۳. سارا آخوندی: استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

چکیده

فرزندان طلاق نسبت به سایر کودکان آسیب‌پذیر و نیازمند حمایت قانون‌گذار هستند. همین امر بررسی مصلحت قانون‌گذار در حمایت از فرزندان طلاق از منظر فقه و حقوق ایران را ضروری ساخته است. بر همین اساس هدف مقاله حاضر بررسی این موضوع مهم است که قانون‌گذار در حمایت از فرزندان طلاق از منظر فقه و حقوق ایران در چه موارد بر اساس مصلحت عمل کرده و یا به آن استناد کرده است؟ این مقاله توصیفی تحلیلی است و با استفاده از روش کتابخانه‌ای به بررسی سؤال مورد اشاره پرداخته است. یافته‌ها برای امر دلالت دارد که در فقه، بر مبنای مصلحت فرزند، حضانت از والدین تحت شرایطی مانند اشتهار به فسق، ازدواج مادر، ناتوانی در اداره فرزند و جنون ساقط می‌شود. این شرایطی در حقوق موضوعه نیز مورد توجه قرار گرفته است. مطابق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، برای حضانت فرزندان طلاق، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن این اولویت با پدر است، مگر آنکه مصلحت فرزند به گونه‌ای دیگر اقتضا کند. در سرپرستی و حضانت طفل مصلحت کودک در اولویت قرار دارد، اگر مصلحت طفل بر این قرار گیرد که طفل نزد هیچ یک از پدر و مادر نباشد دادگاه طفل را به شخص ثالثی که از هر جهت واجد شرایط باشد می‌سپارد. ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ از مصادیق بارز مصلحت اندیشی و مبتنی بر مصالح مرسله است؛ رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان و کلیه تصمیمات دادگاهها و مقامات اجرایی الزامی است.

واژگان کلیدی: مصلحت، قانون‌گذار، کودک طلاق، حضانت، مصالح کودک، تشخیص دادگاه

نحوه استناددهی: خزایی، زهرا، بیات، موسی، و آخوندی، سارا. (۱۴۰۲). مصلحت قانون‌گذار در حمایت از فرزندان طلاق از منظر فقه و حقوق ایران. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۲۴۰-۲۲۷.

© ۱۴۰۲ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به‌صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.



تعیین تکلیف وضعیت حضانت فرزند در زمان جدایی والدین امری حیاتی در مورد وضعیت آتی فرزند است و این اهمیت از آن جهت می‌باشد که در واقع در مجادله بین والدین آنچه در آستانه تزییع قرار دارد حقوق فرزند مشترک می‌باشد که تحت تأثیر اختلاف والدین است. حمایت حقوقی و قضائی از کودک به هنگام طلاق از اهمیت شایانی برخوردار است و به همین مناسبت در مقدمه کنوانسیون حقوق کودک بیان شده است که طفل به لحاظ اهمیت توجه به ظرافت روح و احساسات رقیق او احتیاج به حمایت و مراقبت مخصوص دارد و خانواده مسوولیت اساسی مراقبت و حمایت از طفل را به عهده دارد. بررسی این موضوع از این جهت اهمیت دارد که مصلحت کودک یک مفهوم کلیدی در جنبش حمایت از حقوق کودک در جهان است. موضوع کلی این اصل این است که هر زمان سیاست‌ها، قوانین و تصمیماتی که به‌طور مستقیم و غیرمستقیم بر کودکان تأثیرگذار باشد. باید به مصلحت و منافع سیاسی، اقتصادی و اجتماعی کودک نیز توجه شود. این اصل ابتدا صراحتاً در اعلامیه ژنو ۱۹۲۴ و اعلامیه سازمان ملل متحد در مورد حقوق کودک ذکر شد و یکی از پایه‌های کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ (URCRC) و منشور آفریقایی حقوق و رفاه کودک ۱۹۹۰ می‌باشد (Degol and Dinku, 2011:319-337). مطابق با ماده ۲۴ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا نیز: «در کلیه اقداماتی که توسط مقامات عمومی و خصوصی در خصوص کودکان انجام می‌شود، تأمین منافع عالی‌ه کودکان از اولویت برخوردار است». با توجه به اهمیت و ضرورت توجه به مصلحت کواکان به صورت عموم و کودکان طلاق به طور خاص، هدف مقاله حاضر بررسی این سؤال است که قانون‌گذار در حمایت از فرزندان طلاق از منظر فقه و حقوق ایران، در چه مواردی به مصلحت توجه و استناد کرده است؟ به منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا مفهوم غبطه و مصلحت، مفهوم کودک و مفهوم حضانت در مفهوم فقهی و حقوقی بررسی شده و در ادامه از مصلحت کودکان طلاق در فقه و سپس مصلحت کودک طلاق در حقوق موضوعه بحث شده است.

۱. مفهوم غبطه و مصلحت

غبطه در لغت به معنای حسن حال و سرور و منفعت است (ابن منظور، ۱۴۰۴، ۲: ۳۷۸). غبطه در معنای اصطلاح به معنای مصلحت (نراقی، ۱۳۸۳: ۷۶۳) منفعت (کلوذانی، ۱۴۲۵: ۸۵) حظ (ابن قدامه، ۱۰، ۱۳۴۷: ۶۶) اصلح و انفع (حماد، ۱۴۲۹: ۳۴۱) به کار رفته است. این واژه معمولاً همسنگ با مصلحت و در برابر مفسده قرار داده شده است. مصلحت در لغت عبارت است از صالح، خیر، نفع، آسایش (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۳: ۳۰۳) و نقیض فساد معنا شده است (نجار، ۱۳۸۶، ۱: ۵۲۰). نراقی واژه غبطه را به مفهوم مصلحت به کار برده است (نراقی، ۱۳۸۳: ۷۶۳) برخی نیز به معنای اصلح و انفع به کار برده‌اند (حماد، ۱۴۲۹: ۳۴۱). «مصلحت در لغت به معنای نقیض و مخالف مفسده معنا شده است، چنان‌که به خیر نیز تفسیر گردیده است» (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۳: ۳۰۳). غبطه و مصلحت در حقوق به معنای صالح و منفعت است و مصلحت جلب نفع و دفع ضرر به عقیده اهل عرف می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۲۰). «مفهوم واژه مصلحت در کنوانسیون معمولاً منافع دنیوی را در برمی‌گیرد که شامل مصالح عالی کودک به‌ویژه غایات معنوی نمی‌شود چنان‌چه مطابق بند یک ماده ۳ در صورتی که مصالح عالی معنوی و اخلاقی کودک مستلزم زندگی در وطن و منافع عاجل وی قرین با ترک وطن باشد مصالح عالی وی نادیده گرفته می‌شود» (توحیدی، ۱۳۸۲: ۱۶۸-۱۱۹).

۲. مفهوم قانونی کودک

نظام حقوقی ایران، از کودک تعریفی ارائه نموده و به تعیین میزان سن مسئولیت کیفری اکتفا کرده است. ماده یک این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «از نظر پیمان نامه کنونی، منظور از کودک هر انسان دارای کمتر از ۱۸ سال سن است، مگر اینکه طبق قانون قابل اعمال در مورد کودک، سن قانونی کمتر تعیین شده باشد. این ماده، کودک را بر اساس معیار سنی که بر اساس تاریخ تولد تعیین می‌شود و کمتر از ۱۸ سال دارد تعریف کرده است. بر اساس قسمت اخیر ماده، شرط سنی تعیین شده منوط به این است که در قانون داخلی کشورها سن کمتری تعیین نشده باشد که در فرض اخیر همان قانون داخلی ملاک خواهد بود و دیگر اینکه، این تعریف فقط ناظر به بعد از تولد است و دوران جنینی را در بر نمی‌گیرد. تفاوت‌ها و اختلافاتی که در تعریف کودک و تعیین معیار سنی کودک در سطح بین‌المللی وجود دارد در قلمرو داخلی کشورها نیز مشاهده می‌شود. در خصوص تعیین حد سنی کودکان، نظام حقوقی ایران، رویه یکسانی را در پیش نگرفته و در قوانین گوناگون معیارهای سنی متفاوتی را ارائه کرده است. قانون مدنی ایران درباره حقوق کودکان طی ماده ۱۲۱۰ مقرر می‌دارد: هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد. تبصره ۱ - سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام و در دختر نه سال تمام قمری است. تبصره ۲- اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.

مطابق این ماده پایان دوره کودکی در دختران ۹ سال و در پسران ۱۵ سال است. زیرا، همین سن می‌تواند مبنای نکاح و خروج از دوره کودکی گردد. مطابق مفهوم این ماده، تفاوت دوران کودکی دختران از پسران شش سال است. البته، مطابق تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰، رشد اقتصادی اطفال بعد از بلوغ تا سن ۱۸ سالگی نیاز به اثبات در دادگاه دارد. نتیجه حقوقی تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ این است که آثار دوره کودکی، در امور اقتصادی تا پایان ۱۸ سال ادامه دارد و اینکه بلوغ جنسی و بلوغ اقتصادی (رشد) دارای دو حکم متفاوت هستند. در مورد مسائل کارگری مطابق ماده ۷۹ قانون کار مصوب ۱۳۶۹، پایان کودکی در دختر و پسر بصورت یکسان، ۱۵ سالگی تعیین شده است. بر اساس حکم ماده فوق‌الذکر «به کار گماردن افراد کمتر از ۱۵ سال تمام ممنوع است.»

۳. مصلحت کودک طلاق در فقه

«فرزند انسان در زمان تولد بدون حمایت و مراقبت دیگری قادر به ادامه‌ی حیات خویش نیست و به طور مستقل توانایی بقا ندارد. او علاوه بر نیازهای جسمانی، نیازمند بهره‌مندی از آموزش‌ها و تجربیات متفاوتی است تا بتواند به درستی پرورش یافته و آماده ورود به اجتماع شود. خداوند در آیه ۲۲۳ سوره‌ی بقره می‌فرماید: لا تضرار والدۀ بولدها و لا مولودله بولده؛ هیچ مادری نباید به فرزندش ضرر برساند و نیز هیچ پدری نباید به فرزندش زیان بزند. برخی از فقها از اطلاق این آیه برای وجوب اصل حضانت استفاده نموده‌اند. در این آیه مبنای عدم تضرر برای حضانت فرزند ملاک قرار گرفته است که همان رعایت غبطه و مصلحت طفل می‌باشد. برای اثبات رعایت مصلحت کودکان توسط والدین در نگهداری از فرزندان خود، ادله‌ای زیر در کتب فقهی ذکر شده‌اند: (۱) آیات قرآن: از آیه مبارکه لا تضرار والدۀ بولدها و لا مولودله بولده استفاده می‌شود، پدر و مادر نباید در هیچ موردی موجب ضرر بر فرزند خود باشند (سوره بقره، آیه ۲۲۳). عدم حمایت و مراقبت از کودک توسط پدر و مادر موجب ضرر بر او است که به‌طور التزامی این آیه آن را نفی و منع نموده است» (الفیومی، ۲۰۱۲، ۳: ۱۵۷). «هم‌چنین فرموده است: درباره فرزندان کار را با مشاوره شایسته انجام دهید، و اتمروا بینکم بمعروف (سوره طلاق، آیه ۶). یعنی درباره سرنوشت فرزندان و به‌طور کلی امور مربوط به آن‌ها، مانند حضانت و نگهداری و تربیت، با مشاوره یکدیگر و به‌طور شایسته و شناخته شده تصمیم بگیرید، مبدا اختلافات زن و شوهر ضربه بر منافع کودکان وارد سازد، از نظر جسمی و ظاهری گرفتار خسران شوند یا از نظر عاطفی از محبت و

شفقت لازم محروم بمانند، پدر و مادر موظف‌اند خدا را در نظر بگیرند و منافع نوزاد بی دفاع را فدای اختلافات و اغراض خویش نکنند. وجوب حفظ و نگهداری طفل بر والدین در بیان این آیه امری روشن و مسلم است و در صورت اختلاف باید با مشاوره شایسته و در چارچوب مشخص که مصلحت طفل رعایت شود، انجام وظیفه شود» (فیروز آبادی، ۲۰۰۸، ۱: ۲۷۷). (۲) احادیث و روایات: روایات متعددی در این باره وجود دارد، به‌عنوان نمونه در حدیث صحیح، فرزند رثاب می‌گوید: «از حضرت موسی بن جعفر (علیه‌السلام) سؤال کردم، مردی که با من قرابت داشته، از دنیا رفته است، در حالی که فرزندان صغیر و خدمت‌گزارانی از مرد و زن، از او باقی مانده و به کسی وصیت نکرده است، نظر شما در مورد کسانی که کنیزان او را، می‌خرند و از آنان صاحب فرزند می‌شود، چیست؟ و حکم معامله با اموال این شخص با این‌که فرزندان صغیر دارد و وصیت ننموده، چیست؟ امام (علیه‌السلام) فرمود: اگر برای صغار ولی باشد که در امور آنها دخالت کند و با رعایت مصلحت، انجام وظیفه نماید، در نزد خداوند مأجور است و منعی ندارد. «فَقَالَ: إِنَّ كَانَ لَهُمْ وَلِيٌّ يَقُومُ بِأَمْرِهِمْ بَاعَ عَلَيْهِمْ وَنَظَرَ لَهُمْ، كَانَ مَأْجُورًا فِيهِمْ». «دوباره از حضرت سؤال کردم، نظر شما در مورد کنیزان، که افرادی آن‌ها را می‌خرند و از آنها صاحب فرزند می‌شود، چیست؟ امام فرمود: در صورتی که قیّم بر ایتم گمارده شده، با رعایت مصلحت به فروش آنها اقدام نماید، منعی ندارد و کودکان بعد از بلوغشان نمی‌توانند آن‌چه را قیّم با رعایت مصلحت انجام داده است، ردّ نمایند. قال: لأَبْسَ إِذَا بَاعَ عَلَيْهِمُ الْقَيِّمُ لَهُمُ النَّاطِرُ فِيمَا يُصَلِّحُهُمْ وَلَيْسَ لَهُمَانَ يَرْجِعُوا عَمَّا صَنَعَ الْقَيِّمُ لَهُمُ النَّاطِرُ فِيمَا يُصَلِّحُهُمْ» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ۱۹: ۲۴۲-۲۴۱). «مورد سؤال در روایت، مربوط به صغار یتیمی است که پدر و وصی پدر و همچنین جدّ پدری نداشته باشند، در این مورد، امام (علیه‌السلام) می‌فرماید: اگر برای آنها ولی باشد که با رعایت مصلحت دخالت نماید، منعی ندارد. مقصود از جمله «نَظَرَ لَهُمْ» این است که معامله با ملاحظه سود و مصلحت یتیم، انجام می‌شود. هم‌چنین مفهوم شرط در جمله اخیر لأَبْسَ إِذَا بَاعَ عَلَيْهِمُ الْقَيِّمُ لَهُمُ النَّاطِرُ فِيمَا يُصَلِّحُهُمْ دلالت دارد بر این‌که باس یعنی عذاب الهی، در انتظار کسی است که بدون رعایت مصلحت یتیم، دخالت در اموال او داشته باشد» (الحسینی، ۱۳۸۶، ۲: ۱۸۳).

غالب فقها جنون را جزو موانع حضانت عنوان کرده‌اند و بر لزوم صحت و سلامت عقل برای والدینی که حضانت طفل را بر عهده دارند، تصریح نموده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳: ۱۰۱). زیرا فرد مجنون خود از نظر فقهی محجور است، پس نمی‌تواند سرپرستی محجور دیگری (که طفل وی می‌باشد) را اجرا کند و این مسئله، مورد اتفاق تمام حقوق دانان و فقها می‌باشد. فقهای مشهوری مانند شیخ طوسی، شهید ثانی و امام خمینی (ره) قائل به اعاده حق حضانت در صورت رفع مانع آن می‌باشند (جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰: ۱۴۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۵: ۱۳۳؛ موسوی خمینی، ۲: ۱۳۸۳: ۲۷۹).

علاوه بر این، مطابق دیدگاه فقها، ازدواج مجدد مادر، تنها مانعی است که شمول آن فقط مادر را در بر می‌گیرد. هرگاه مادر بعد از امر طلاق، دارای صلاحیت برای حضانت شناخته شود و کودک به او واگذار شود، اگر وی در این زمان ازدواج مجدد کند، حق حضانت و سرپرستی فرزند از مادر ساقط می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳: ۱۰۲؛ شیخ صدوق (ابن بابونه)، ۱۴۱۳، ۳: ۱۴۵). شهید ثانی نیز بر مانعیت ازدواج مجدد ادعای اجماع کرده و در توجیه آن می‌نویسد: «ازدواج، زن را به رعایت حقوق زوجیت مکلف می‌سازد و موجب می‌گردد مادر نتواند آنطور که الزم و شایسته است، به مراقبت و نگهداری از طفل خود همت گمارد» (جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰، ۵: ۴۳۶). البته باید در جواب به این دیدگاه باید گفت حضور هر دو نفر ناپدری و نامادری، می‌تواند برای کودک به یک اندازه نامطلوب و ناخوشایند و خسارت بار باشد و به طور یقین نمی‌توان گفت که مصلحت کودک در این شرایط، در کنار مادر به نسبت حضور در کنار پدر بیشتر تأمین می‌شود.

همچنین انحطاط اخلاقی و ناتوانی در نگهداری طفل از دیگر مواردی است که فقها، بر مبنای مصلحت کودک از موانع حضانت برشمرده‌اند. شخص فاسق اصولاً نمی‌تواند حضانت کودک را عهده دار شود و از همین رو فرد عادل را نسبت به شخص فاسق جهت حضانت، شایسته می‌دانند (طوسی، ۱۳۷۶، ۶: ۴۰). عمل حضانت، نوعی ولایت است و چنان که می‌دانیم شخص فاسق نمی‌تواند ولایت کسی را بر عهده بگیرد. از سوی دیگر، شخص فاسق قابل اعتماد نیست؛ چرا که بیم آن می‌رود که در حق کودک خیانت کند. سومین دلیل آن است که شخص فاسق، با رفتار و سلوک خود، طفل را مراقبت و تربیت خواهد داد (جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۶، ۸: ۴۲۶). این نکته را باید دقت نمود که جهت اجرای این حکم، مشکلات اخلاقی شخص باید به اندازه‌ای باشد که احتمال به خطر افتادن صحت جسمی و سلامت اخلاقی طفل زیاد باشد و در صورت منتقل شدن حضانت به فرد صلاحیت‌دار دیگر، اندازه آسیب به کودک، از آسیب مراقبت توسط فرد یا افراد فعلی کمتر باشد.

از موارد دیگر گرفتن حق حضانت فرزند، مبتلا شدن به بیماریهای جسمی و روحی است. در این مورد نیز، فقها حق حضانت را از افرادی مبتل به بیماریهای خطرناک، ساقط شمرده و آن را از موانع حضانت می‌دانند و بر این عقیده‌اند که مطابق اطلاق آیه شریفه «لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا؛ پدر و مادر نباید به کودک خود آسیب و ضرر وارد کنند» و همچنین حدیث شریف «الضَّرَرُ وَالضَّرَارُ فِي الْإِسْلَامِ؛ آسیب وارد کردن و آسیب دیدن در اسلام وجود ندارد» (کلینی، ۱۴۰۷، ۴: ۲۹۴)، این اشخاص صلاحیت و شایستگی الزم برای حضانت طفل را ندارند (عاملی (شهید اول)، ۱۴۰۰، ۱: ۳۹۶). چرا که با قرار گرفتن کودک تحت سرپرستی این افراد، صحت جسمی او در معرض آسیب قرار می‌گیرد و کودک ممکن است از سلامت جسمی برخوردار نشود و نیز به این علت که این اشخاص، به طور معمول از مدیریت کارها و امور خود ناتوان هستند و علی‌القاعده قادر به اداره امور مربوط به حضانت نیز نخواهند بود.

۴. مصلحت کودک در حقوق

منفعت و مصلحت کودک مالک اصلی در تمامی تصمیم‌گیری‌های مربوط به وی است و حمایت قانون‌گذاران از والدین در این خصوص به جهت رعایت نفع و مصلحت طفل است. قانون‌گذار، باید اصل تأمین مصلحت کودک را نظر بگیرد که چگونه حقوق و منافع کودکان متأثر از این تصمیمات و اقدامات خواهد شد. پس در تمامی احکام حضانت، باید مصلحت طفل اولویت اول را داشته باشد.

۴-۱. حضانت فرزند تا هفت سالی توسط مادر

ماده ۱۱۶۹ ق.م. بیان می‌دارد: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا هفت‌سالگی اولویت دارد و پس‌از آن با پدر است». کودکی که امروز بچه طلاق است آینده‌ای دارد که مهم‌تر از همه چیز است. در مورد حضانت مهم‌ترین مسئله رعایت مصلحت طفل است چراکه اوست که قربانی جدایی پدر و مادر گشته و از حق زندگی در کنار خانواده محروم شده است. کودک در سنین پایین احوال وابستگی عاطفی بیشتری به مادر دارد به همین علت حضانت کودک بعد از جدایی والدین تا سن ۷ سالگی به مادر داده می‌شود و پس‌از آن با پدر است. در فقه «در این که مادر تا دو سال حق حضانت دارد اختلافی نیست تمام کلام و اختلاف در بعد از انقضای دو سال می‌باشد که آن هم مولود اختلاف روایات وارده می‌باشد. اخباری که لسان برخی از آنها بدون تفصیل و فرق گذاشتن بین پسر و دختر مبین آن است که مادر تا مادامی که ازدواج نکرده به حضانت طفل سزاوارتر است. و در بعضی از اخبار مادر تا ۷ سال مقدم است و بالاخره برخی دیگر تا ۹ سال را گفته‌اند و در تعدادی از روایات آمده است که پدر مقدم است» (جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۶، ۴: ۴۲۱). «فقهای که بین دختر و پسر تفصیل داده‌اند خواسته‌اند به نحوی این اخبار متعارض را جمع کنند و عمدتاً اخباری که به ۷ سال اشاره دارند را به خاطر کثرت ترجیح داده‌اند» (موسوی خویی، ۱۳۶۳، ۱: ۳۱۰)

۴-۳. تصمیم و تشخیص دادگاه در خصوص حضانت بعد از هفت سال بر مبنای مصلحت کودک

«هنگامی که والدین از هم جدا می‌شوند و نمی‌توانند در مورد حضانت فرزندان به توافق برسند، هر کدام حق دارند از دادگاه برای حکم حضانت درخواست کنند. دادگاه باید بر اساس مصلحت کودک تصمیم خود را در مورد حضانت کودک اتخاذ کند. دادگاه برای اتخاذ تصمیم خود، وضعیت مطلوب و مصالح کودک را برای سلامت جسمی، عاطفی، فکری و اخلاقی کودک ارزیابی می‌کند. دادگاه والدین را تشویق می‌کند که اختلاف خود را از طریق میانجیگری حل کنند. در واقع، تغییرات اخیر در دادگاه خانواده، والدین را مجبور می‌کند تا قبل از مراجعه به دادگاه، برای رسیدن به توافق خارج از دادگاه تلاش کنند. قاضی می‌تواند والدین را به یک میانجی ارجاع دهد. در صورتی که میانجیگری با شکست مواجه شود، دادگاه بر اساس مصلحت کودک تصمیم خود را اتخاذ خواهد کرد» (صفائی و امامی، ۱۳۹۲، ۲: ۷۴).

مطابق تبصره ماده ۱۱۶۹ ق.م «بعد از ۷ سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت طفل، به تشخیص دادگاه است». بنابراین دادگاه اصل را بر مصلحت طفل می‌گذارد و در درجه بعد خواست پدر و مادر در نظر گرفته می‌شود. ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ بیان می‌دارد: «که هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی صادر کند».

«حضانت فرزند بعد از فوت مادر، با پدر او است و حضانت فرزند بعد از فوت پدر، با مادر وی است، حتی اگر پدر، قبل از فوت، برای فرزند، قیم مشخص نموده باشد. حضانت فرزند بعد از فوت والدین، در درجه اول، با جد پدری او، خواهد بود.^۱ اما ممکن است بنا به دلایلی، مادر توانایی نگهداری از فرزندان خویش را نداشته باشد و از قبل آن، مصالح جسمی و روحی طفل تضییع گردد، در این مورد ماده‌ی ۴۳ قانون حمایت از خانواده تعیین تکلیف نموده است. «حضانت فرزندی که پدرشان فوت شده است با مادر آنهاست، مگر آنکه دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد. پس در صورت تداخل و تناقض میان مصلحت طفل و اراده والدین، آنچه ارجحیت خواهد داشت، مصلحت طفل است و هر گونه اعمال اراده بدون در نظر گرفتن مصلحت طفل باطل و بلااثر خواهد بود» (علی محمدی و خاکساری، ۱۳۹۵: ۱۴۵-۱۲۹). قانون‌گذار در ماده ۴۱ قانون حمایت از خانواده از این نظر تبعیت نموده و بیان می‌دارد که: «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسوول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند».

همچنین برابر ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در تمام تصمیم‌های دادگاه‌ها و مقام‌های اجرائی الزامی است. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، نشانگر رویکرد مصلحت‌اندیشی و مبتنی بر مصالح مرسله است بیان می‌دارد: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرائی الزامی است». این بیان قانونگذار، بطور مستقیم به وجوب قانونی رعایت مصلحت در صدور احکام قضائی تصریح کرده است. ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ دارای

^۱ ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی.

یک عمومیت و مبنی بر تشخیص مصلحت است و مصلحت، اولویت را در مقام عمل به قانون، واجب می‌سازد. از طرفی ماده ۴۵ با استفاده از عبارت «کلیه تصمیمات» دادرس را در صدور حکم یا قرار، به رعایت مصلحت با توجه به قرائن موجود در پرونده موظف نموده است. «البته با توجه به ممنوعیت حضور کودکان زیر ۱۵ سال در جلسات رسیدگی به دعاوی خانوادگی طبق ماده ۴۶ این قانون و همچنین تکلیف دادگاه به تعیین زمان و مکان ملاقات طفل با پدر و مادر و سایر بستگان برابر قسمت اخیر ماده ۲۹، مشخص نیست که الزام به رعایت غبطه و مصلحت کودکان، بدون امکان حضور متعارف آنان در جلسات دادگاه یا استماع نظرات و درخواست‌هایشان چگونه برای دادگاه محرز و محقق خواهد شد. همچنین در این قانون بر تعیین وضعیت و شرایط ملاقات کودک با خانواده پیش‌بینی و تأکید شده است، نه موضوع مهم وضعیت حضانت کودک» (شکوهی و بابایی ساخمرس، ۱۴۰۲: ۵۰-۳۷). رویکرد رویه قضایی نیز بر این امر دلالت دارد که ملاک قانونی در امر حضانت فرزند مشترک اساساً رعایت غبطه و مصلحت فرزند می‌باشد و رعایت این امر مقدم بر رعایت حق اولویت هر یک از والدین است. در دادنامه شماره ۲۰۸۲-۹۹ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۶ تصریح شده است که «با توجه به جامع اوراق پرونده اعتراض فرجامخواه در خصوص مورد وارد و موجه نیست زیرا اولاً- ا. فرزند ا. مشترک به نام ا. متولد ۱۳۹۴/۶/۱۵ کمتر از هفت سال سن داشته و مطابق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی باعتبار سن این فرزند مشترک مادر در حضانت و نگهداری وی قانوناً دارای اولویت می‌باشد. ثانیاً- در حضانت فرزند مشترک دیگر به نام ا. متولد ۱۳۹۰/۴/۲۰ اگر چه باعتبار سن این فرزند که بیش از هفت سال بوده قانوناً پدر (زوج فرجام خواه) در حضانت این فرزند دارای اولویت می‌باشد. لیکن مطابق تبصره ذیل ماده مذکور در امر حضانت فرزند مشترک اساساً ملاک قانونی رعایت غبطه و مصلحت فرزند بوده و رعایت این امر مقدم بر رعایت حق اولویت هر یک از والدین خواهد بود که در ما نحن فیه دادگاه با لحاظ غبطه و مصلحت فرزندان مشترک حضانت آنان را بمادر واگذار نموده و از ناحیه فرجام خواه هیچ دلیلی که فقدان صلاحیت مادر فرزندان را در حضانت و نگهداری از آنان ثابت و مدلل دارد. اقامه و ابراز نشده است. بنابراین تشخیص و تصمیم قضایی دادگاه در خصوص مورد قانونی و موجه بوده و از این رو دادنامه فرجام خواسته در قسمت معترض عنه موج‌ها و مطابق موازین و مقررات قانونی اصدار یافته و اعتراض فرجام خواه در حدی نیست که خلل و خدش‌های بران وارد و موجبات نقضان را فراهم سازد و چون از حیث رعایت اصول و قواعد دادرسی ایراد موثری بر داد نامه مرقوم مترتب نمی‌باشد. لهذا ضمن رد فرجام خواهی فرجام خواه مستنداً به مواد ۳۷۰ و ۳۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه فرجام خواسته در قسمت معترض عنه ابرام می‌گردد».

۴-۴. موارد سلب حضانت بر مبنای مصلحت کودک

حضانت تکلیفی است که پدر و مادر به واسطه علقه و علاقه‌ای که ما بین آنها و فرزند خویش وجود دارد بنابر ترتیبات قانونی از آن برخوردار می‌شوند؛ اما قانون مدنی، مواردی را بیان می‌نماید که باعث سلب حضانت توسط قانونگذار، جهت جلوگیری از متضرر شدن طفل است و مبنای این سلب، اعمال مصلحت کودک بر مبنای قاعده‌ی لاضرر می‌باشد.

قسمت اول ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۷۹ درباره رعایت مصلحت چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه ولی قهری طفل، رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر موکلی علیه گردد، به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضایی پس از اثبات، دادگاه، ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل، فرد صالحی را به‌عنوان قیم تعیین می‌نماید...». «کسی که به نمایندگی دیگری، عملی انجام می‌دهد باید در حدود متعارف اقدام کند و متعارف در اداره اموال غیر، رعایت غبطه و مصلحت اوست لذا تنها چیزی که اختیارات نماینده و ولی قهری را محدود می‌کند، غبطه و مصلحت موکلی علیه است و نمی‌تواند عملی

برخلاف مصلحت او انجام دهد. رعایت این شرط، از مواد ۷۹، ۸۰، ۸۱، ۸۳ و ۸۴ قانون امور حسبی نیز استنباط می‌گردد، هرچند بدان تصریح نشده است» (امامی، ۱۳۹۵، ۵: ۲۲۴).

به گفته برخی از حقوق‌دانان نه تنها جنون مادر باعث سلب حق حضانت می‌شود که جنون پدر نیز چنین شرایطی را ایجاب می‌کند و فرقی بین والدین نیست (صفائی و امامی، ۱۳۹۲، ۳: ۱۹۵). به نظر می‌رسد مطابق ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی هرگاه نکاح بین مادر و پدر در اثر طلاق منحل گردد و مادر عهده‌دار حضانت طفل خود باشد و شوهر دیگری انتخاب نماید حضانت مادر ساقط می‌شود در این صورت حضانت با پدر است.

«ماده فوق از جهانی قابل بحث و بررسی است. اولاً؛ در این ماده صرفاً از جنون و ازدواج مادر به عنوان موانع یاد شده، ولی به موانع دیگر از جمله کفر اشاره‌ای نشده است در حالی که فقها به آن تصریح کرده‌اند. چنانکه برخی از حقوقدانان نیز معتقدند هرچند قانون در این مورد ساکت است اما با توجه به فقه امامیه، اصل ۱۶۷ قانون اساسی ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی و ملاک برخی از مواد قانونی مدنی می‌توان گفت «کفر» نیز از موانع می‌باشد. ثانیاً؛ آنچه در ماده ۱۱۷۰ ق. م آمده است صرفاً دو مورد از موانع حضانت مادر است اما به موانع اعمال حق حضانت پدر، اشاره‌ای نشده است، در حالی که جنونی که در این ماده آمده است و نیز «کفر» و برخی موارد دیگر در کتب فقهی به عنوان موانع مشترک بین پدر و مادر شمرده شده‌اند. حقوقدانان نیز در شرح ماده ۱۱۷۰ ق. م موانع حضانت را مختص به مادر ندانسته و حکم ماده مذکور را در مورد جنون پدر نیز جاری دانسته‌اند. در اصلاحی که نسبت به ماده ۱۱۷۳ ق. م در سال ۱۳۷۶ به عمل آمد مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی برای هر یک از والدین ذکر شده است اما نسبت به اشتراک پدر و مادر در موانع حضانت (جنون و کفر) سخنی به میان نیامده است. ثالثاً؛ آیا موارد مذکور در ماده ۱۱۷۰ ق. م مانع اجرای حق هستند یا عامل سقوط حق؟ اگر از موانع تلقی شوند به این معنی خواهد بود که پس از زوال مانع می‌توان به اعاده حق امیدوار بود در حالی که اگر از عوامل سقوط تلقی شوند چنین امری ممکن نخواهد بود. در فقه مشهور فقها قائل به بازگشت حق حضانت در صورت زوال مانع می‌باشند. با لحاظ مطالب سه گانه یاد شده لزوم اصلاح ماده ۱۱۷۰ ق. م جهت رفع اشکال خلاء و سکوت آن ضروری جلوه می‌کند. بویژه آن که هم اکنون کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس طرح اصلاح موادی از قانون مدنی از جمله ماده ۱۱۶۹ ق. م که به اولویت نگهداری مربوط است را در دست بررسی دارد» (نصیری، ۱۴۰۰: ۷۸-۷۱).

«برخی از حقوقدانان با تقسیم موانع به موارد مصرح در قانون و موانعی که به ارزیابی دادگاه نیاز دارد، در مورد اخیر به ماده ۱۱۷۳ ق. م اشاره کرده و گفته‌اند: این دادگاه خواهد بود که تشخیص خواهد داد آیا طفل در معرض خطر صحت جسمانی و تربیت اخلاقی قرار گرفته است یا خیر؟ این عده بر این باورند که وجود چنین خطری تنها سبب باز ستاندن طفل از پدر و مادر نالایق نیست بلکه مانع از سپردن کودک به آنان نیز هست» (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۷۴). «به نظر می‌رسد با اصلاحیه ۱۳۷۶ مجلس شورای اسلامی و تعیین مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی در ماده ۱۱۷۳ ق. م مبنای تقسیم مذکور از بین خواهد رفت چرا که با تعیین مصادیق در ماده فوق دیگر تعیین مصادیق به ارزیابی دادگاه منوط نخواهد بود و دادرسی صرفاً می‌بایستی در چهارچوب مصادیق مصرح در ماده ۱۱۷۳ ق. م اقدام به صدور حکم کند. مجلس

۱. ماده ۷۹: «قیم باید در تربیت و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت را بنماید».

۲. ماده ۸۰: «قیم باید اموال ضایع شدنی محجور را بفروشد و از پول آن با رعایت مصلحت محجور مالی خریداری و یا به ترتیب دیگری که مصلحت باشد رفتار نماید».

۳. ماده ۸۱: «قیم می‌تواند با رعایت مصلحت اموال منقول‌ه‌ای که مورد احتیاج محجور نیست فروخته و نسبت به پول آن مطابق ماده فوق عمل نماید».

۴. ماده ۸۳: «اموال غیر منقول محجور فروخته نخواهد شد. مگر با رعایت غبطه او و تصویب دادستان».

شورای اسلامی موارد ذیل را از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی دانسته است. ماده ۱۱۷۳ ق. م می‌گوید: ۱. اعتیاد زیان آور به الکل مواد مخدر و قمار. ۲. اشتها به فساد اخلاق و فحشا. ۳. ابتلا به بیماریهای روانی با تشخیص پزشکی قانونی. ۴. سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشا تکدی گری و قاچاق. ۵. تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف» (صفائی و امامی، ۱۳۹۲، ۳: ۱۹۸).

در دادنامه قطعی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۹۴۴ مورخ ۱۳۹۳/۶/۴ در سامانه ملی آرای قضایی در رأی بدوی در خصوص درخواست مادر به طرفیت پدر به خواسته صدور دستور موقت حضانت فرزند مشترک چنین آمده است دادگاه پس از احراز رابطه زوجیت خواهان و عدم امکان حضانت مشترک و واگذاری اولویت حضانت اطفال به مادر (خواهان) خواسته خواهان را وارد دانسته و با استناد به مواد ۳۲۰ و ۳۱۵ و ۳۱۰ و ۳۲۵ آئین دادرسی مدنی و ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی دستور موقت مبنی بر واگذاری حضانت طفل موضوع پرونده به خواهان صادر و اعلام می‌نماید و در ادامه بیان می‌دارد دادگاه با عنایت به مطالعه محتویات پرونده، اظهارات وکلای زوج (خواهان) ملاحظه تحقیقات واحد مددکاری به شرح صفحات ۱۴ و ۱۵ پرونده و نظر دکتر ف.س متخصص روانشناسی بالینی و این که فرزند مشترک از مدرسه به لحاظ ترس از پدرش فراری شده و نزد مادر خود رفته و زوجین هم از همدیگر جدا زندگی می‌کنند دادگاه دعوی خواهان را حسب نظریه واحد مددکاری و واحد مشاوره مستقر در مجتمع به کیفیت مطروحه وارد تشخیص داده و مستند به تبصره ماده ۱۱۶۹ و ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی به لحاظ مصلحت طفل حضانت خواهان (مادر) واگذار و به پدر اذن داده می‌شود تا هر هفته به مدت ۲۴ ساعت از عصر پنج شنبه تا عصر جمعه فرزند مشترک را ملاقات نماید.

همچنین صورتجلسه نشست قضایی ۱۴۰۱-۸۶۶۰ مورخ ۱۳۹۹/۷/۹ کاملاً موضوع رعایت مصلحت را تشریح می‌نماید: سؤال: «مبنای محروم ساختن یکی از والدین از حضانت طفل و سپردن حضانت به دیگری دفع ضرر تحمل ناپذیر است یا جلب منفعت بیشتر؟ اثر بحث زمانی مشخص می‌شود که مثلاً مادر دادخواستی به خواسته سلب حضانت پسر هشت ساله علیه پدر مطرح نموده است طبق بررسی دادگاه حضانت پدر متضمن خطر برای صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل نیست؛ اما حضانت مادر منفعت بیشتری برای طفل دارد. آیا باید حضانت به مادر واگذار شود؟ نظر هیئت عالی در فرض سؤال نظر اکثریت صائب است؛ بنا به مستنبط از مواد ۴۱ و ۴۵ قانون حمایت خانواده مبنای سپردن حضانت طفل به پدر یا مادر رعایت غبطه و مصلحت کودک است و این مبنا در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی نیز تصریح شده است».

نظر اکثریت مبنای مصلحت طفل جلب منفعت است چرا که آخرین اراده قانونگذار در مواد ۴۱ و ۴۵ از قانون حمایت خانواده بیان شده است و صراحتاً و مؤکداً از مصلحت طفل صحبت شده است به‌ویژه ماده ۴۵ که بیان می‌دارد: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاهها و مقامات اجرایی الزامی است». هم چنین با توجه به فرآیند اصلاح ماده ۱۱۶۹ مشخص است که مصلحت طفل بر حق والدین اولویت دارد؛ چرا که ماده ۱۱۶۹ سابق بیان می‌داشت: «برای نگهداری طفل مادر تا ۲ سال از تاریخ تولد اولویت خواهد داشت. پس از انقضای مدت حضانت با پدر است؛ مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنان با مادر خواهد بود».

۴-۵. نفقه و مصلحت کودک طلاق

ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی در مورد مصادیق نفقه بیان می‌دارد نفقه اقارب عبارت است «از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت، به قدر حاجت، با در نظر گرفتن استطاعت منق». مصادیق اولاد که جزء اقارب می‌باشد؛ عبارتند از مسکن، خوراک، پوشاک اثاث زندگی البته نمی‌توان مصادیق نفقه را منحصر به موارد مذکور دانست و به نظر می‌رسد باید ضرورت‌های زنان را در نظر داشت البته می‌توان می‌گفت مجموعه‌ای از نیازهای

زندگی برای انسانی متعارف و در حد تعارف. مطابق ماده ۱۱۹۷ قانون مدنی: «کسی مستحق نفقه است که ندار بوده و نتواند به وسیله اشتغال به شغلی وسایل معیشت خود را فراهم نماید» و این ملاک تصمیم‌گیری قضات در این خصوص است. نپرداختن نفقه فرزند در صورت تمکن مالی طبق ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده جرم می‌باشد چنان‌که بیان می‌دارد مجازات نپرداختن نفقه افراد واجب‌النفقه مثل فرزند حبس تعزیری درجه ۶ می‌باشد. رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور شماره ۳۴ مورخ ۱۳۶۰/۸/۳۰ «نظر به این که نفقه زن و اولاد واجب‌النفقه که زندگی مشترک دارند معمولاً یک جا و بدون تفکیک سهم هریک از آنان پرداخته می‌شود ترک انفاق زن و فرزند از ناحیه شوهر در چنین حالتی، ترک فعل واحد محسوب و مستلزم رعایت ماده ۳۱ قانون مجازات عمومی (سابق) است و آثار و نتایج متعدد فعل واحد موجب اعمال مقررات مربوط به تعدد جرم نخواهد بود بنابراین رأی شعبه دوم دیوان عالی کشور که بر مبنای این نظر صادر شده صحیح و مطابق با موازین قانونی است» (یمرلی و منصور، ۱۴۰۰: ۱۸۹-۱۵۷).

طبق ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی «پرداخت نفقه فرزند بعد از فوت پدر یا عدم قدرت او با رعایت الاقرب فالاقرب بر عهده اوست و در صورت نبودن یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهده مادر است و اگر مادر هم زنده یا قادر به انفاق نباشد با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب‌النفقه است». از لحاظ رویه قضایی فرزند نفقه معوقه نداشته و نمی‌تواند برای دریافت نفقه ایام گذشته خود شکایت کند؛ مگر این که منفق به موجب حکم دادگاه ملزم به پرداخت نفقه شده باشد و از پرداخت آن خودداری نماید در این صورت می‌توان با استتکاف نفقه دهنده بعد از حکم دادگاه جهت پرداخت نفقه فرزند؛ مطالبه نفقه معوقه را از تاریخ صدور رأی قطعی نمود. «هر چند ماده ۱۹۸ قانون مدنی بیان می‌دارد کسی ملزم به اتفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد یعنی بتواند نفقه دهد بدون این که از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد برای تشخیص تمکن باید کلیه تعهدات و وضع زندگی شخصی او در جامعه در نظر گرفته شود. دادگاه صالح برای رسیدگی دادگاه خانواده محل اقامت خوانده و در نقاطی که دادگاه مدنی نباشد دادگاه عمومی است به طور کلی دعوی مطالبه نفقه خویشان از حیث تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی و اجرای حکم و مانند اینها تابع قواعد مربوطه به سایر دعاوی خانوادگی است ولی در مواردی که فرزند طبیعی یا برادر و خواهر به استناد قواعد مسئولیت مدنی یا دین طبیعی اقامه دعوی می‌کنند رسیدگی تابع قواعد عمومی دادرسی است» (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲: ۳۵۴).

در نشست قضایی ۹۶۴۷ - ۱۴۰۲ مورخ (۱۴۰۰/۸/۲۷) رویه‌ی قضایی قابل ملاحظه است در خصوص نفقه فرزند مشترک که حضانت آن با مادر بوده گزارش اصلاحی تنظیم می‌شود که پدر ماهیانه ۵۰۰ هزار تومان بدهد هم اکنون پدر هم لغو حضانت را از دادگاه اخذ نموده آیا در این خصوص توقف عملیات اجرایی با دادگاه است یا اجرای احکام مدنی؟ چنان چه مادر از تحویل فرزند امتناع نماید پرداخت نفقه به چه صورت است؟ در فرض سؤال توقف عملیات اجرایی از وظایف دادگاه صادر کننده اجرایی است و چنان چه مادر از تحویل طفل (علیرغم سلب صلاحیت در حضانت) خودداری نماید زوج وفق ماده ۴۰ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۹۱ می‌تواند درخواست تعقیب مادر مستنکف از اجرای حکم دادگاه را به عمل آورد صدور رأی سلب حضانت مادر در فرضی که قبلاً رأی اصلاحی بین زوج و زوجه برای نگهداری فرزند مشترک صادر نشده است.

«ماده پیشنهادی فوق 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. بدین جهت برای تعیین تکلیف نهایی به مجمع تشخیص مصلحت ارجاع شد و نهایتاً ماده

۱۱۶۹ کنونی در سال ۸۲ به تصویب مجمع رسید؛ لذا مبنای مصلحت نه تنها در قانون حمایت خانواده بلکه در قانون مدنی نیز مورد توجه قرار گرفته است» (جندقی، ۱۳۹۶: ۲۰-۹).

به نظر می‌رسد مبنای در قانون مدنی دفع ضرر تحمل ناپذیر و در قانون حمایت خانواده جلب منفعت بیشتر است. هر یک از دو قانون فوق در محل خود معتبر بوده و منافاتی با هم ندارند با این توضیح که زمانی که نکاح منحل نشده باشد قانون مدنی حاکم بوده و سلب حق حضانت نیازمند اثبات وجود ضرر تحمل ناپذیر است اما در مورد انحلال، نکاح قانون حمایت خانواده حکومت دارد و مصلحت طفل بر حق تقدم حضانت و حتی بر توافق طرفین نیز ارجحیت دارد و دادگاه مختار در اتخاذ تصمیم بر مبنای مصلحت طفل است. دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۶۰۷ مورخ ۱۳۹۲/۴/۲۵ که مقرر می‌دارد زوجه می‌تواند برای مطالبه نفقه فرزند مشترک که تحت حضانت وی است به طرفیت زوجه طرح دعوی نماید و ایراد فقدان سمت وارد نیست هر چند نفقه فرزند نسبت به آینده قابل مطالبه است و نفقه ایام گذشته قابلیت مطالبه ندارد ولی از زمان تقدیم دادخواست که به منزله مطالبه است نفقه وی مورد حکم قرار می‌گیرد.

۴-۶. حق ملاقات و مصلحت کودک

قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ مواد مختلفی را به امر ملاقات با فرزند بعد از طلاق اختصاص داده است. همچنین بر اساس ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی: «در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر، ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هر یک از ابوین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد، حق ملاقات با فرزند خود را دارد». پس در صورتی که والدین از هم جدا شده باشند یا به هر علت دیگری جدا از یکدیگر زندگی کنند؛ اولاً؛ هر کدام از آنها این حق ملاقات با فرزند خود را خواهند داشت. به همین دلیل بر اساس قانون هیچ کدام از والدین نمی‌توانند سبب جلوگیری از ملاقات با فرزند توسط دیگری بشوند؛ ثانیاً؛ امکان سلب نمودن حق ملاقات فرزندان بعد از طلاق نیز وجود ندارد، حتی در صورتی که یکی از والدین دارای فساد و انحطاط اخلاقی نیز باشد، نمی‌توان حق ملاقات با فرزند را از او به طور کلی سلب نمود و تنها ممکن است که به نظر دادگاه مواعد و زمان ملاقات با فرزند کاهش یابد (روشن، ۱۳۹۹: ۱۱۱-۸۹).

ملاقات با فرزند حق هر یک از والدین است که حضانت فرزند خود را به عهده ندارد؛ با این حال در صورتی که در خصوص زمان و مکان ملاقات با فرزند پس از طلاق والدین مشکلاتی به وجود آید، می‌توان به طریق مقتضی و با مراجعه به مراجع قانونی این مشکلات را مرتفع نمود که در این صورت، دادگاه جزییات زمان و مکان ملاقات را تعیین می‌کند. در صورتی که والدین طفل از هم طلاق گرفته باشند، مسئله حضانت فرزندان بعد از طلاق مطرح می‌شود که به موجب آن، در نهایت کودک تحت حضانت یکی از والدین قرار می‌گیرد. اما این امر نباید سبب شود که دیگری از حق ملاقات با فرزند خود محروم شود. ملاقات با فرزند حق فطری والدین است؛ به همین دلیل است که نمی‌توان آنها را از این حق محروم کرد. یکی از مواردی که در این خصوص حائز اهمیت است تعیین زمان و مکان مناسب برای ملاقات با فرزندان مشترک است که مصلحت طفل از روحی و عاطفی رعایت شود. تعیین زمان و مکان ملاقات با فرزند و کاهش و افزایش زمان ملاقات در گام اول با توافق والدین و در صورتی که به توافق نرسند با قاضی پرونده است. «طبق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده دادگاه با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل ترتیب زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین می‌نماید. در ماده ۲۳ همان قانون آورده شده که در مواردی که طفل به هر دلیل از ملاقات امتناع می‌کند، اجرای احکام باید با هماهنگی با دادگاه تدابیر لازم از جمله ارجاع موضوع به مددکار اجتماعی و مرکز مشاوره خانواده برای جلب تمایل طفل به ملاقات اقدام نماید اگر برای دادگاه محرز شود اجرای حکم حضانت یا

ملاقات به سلامت روانی کودک آسیب وارد می‌کند اجرای احکام می‌تواند با موافقت دادگاه تا فراهم شدن آمادگی طفل اجرای حکم را به تأخیر بیناندازد» (شکوهی و بابایی ساخمرس، ۱۴۰۲: ۴۲).

نتیجه‌گیری

کودک به دلیل ضعف و ناتوانی و عدم بلوغ او برای پذیرش مسئولیت نتایج اعمال خود نیازمند توجه و حمایت ویژه است. حمایت از او حفاظت از بشریت و آینده آن محسوب می‌شود. برای مراقبت و حمایت از طفل باید وی تحت سرپرستی و ولایت قرار بگیرد، به گونه‌ای که تمام شئون و امور مربوط به نگهداری، تربیت، آموزش و اداره اموال و دارایی‌اش به نظارت و حمایت ولی و سرپرست واگذار شود. محور و عامل اساسی برای دخالت و حمایت سرپرست، مصلحت و غبطه کودک است. رعایت مصلحت و غبطه به عنوان فلسفه و حکمت نهاد حضانت، اختیار و اقتدار قانونی سرپرست و حد و مرز آن را مقرر می‌نماید. سرپرست و ولی طفل موظف است مانند هر امین در حدود متعارف برای حفظ مصلحت مولی علیه بکوشد. تعهد او در این حضانت از نوع تعهد به وسیله است لذا معیار اصلی در رعایت صلاح کودک، حفظ رفتار متعارف و اقدام در جهت رعایت مصالح کودک است. توافقات قبلی والدین در خصوص حضانت فرزند نمی‌تواند مانع از مصلحت اندیشی آتی از طریق مرجع قضایی برای کودک باشد و چنانچه این توافقات منافی مصلحت طفل و رشد صحیح وی باشد، امکان جلوگیری از استمرار آن وجود دارد. در تعیین حضانت طفل، مصلحت طفل ملاک است نه عسر و حرج. در فرضی که فرد عهده دار حضانت، علی‌رغم توافقات اولیه و با تخطی از شروط بنایی این امر، اقدامی بر خلاف مصلحت طفل و مغایر با اوصاف امانت و مباشرت نماید، موضوع می‌تواند از موارد سلب حضانت باشد. در قانون و رویه قضایی حضانت طفل هم حق و هم تکلیف می‌باشد و امکان اعراض از آن وجود ندارد؛ کنوانسیون بین الملل در این مورد همسو با قانون و رویه قضایی ایران می‌باشد. از آن جایی که در حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک بر هر دو جنبه حق و تکلیف بودن حضانت اصرار دارد چنانچه طفل در معرض خطر قرار گیرد یا در خصوص او مسامحه و اهمال صورت گیرد، والدین با ضمانت اجراهایی مثل سقوط دائمی یا موقت حضانت و جبران خسارت زیان دیده روبرو می‌شوند اما با این حال برخلاف قوانین ایران که صریحاً موارد سلب حضانت را بیان نموده است. رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاهها و مقامات اجرایی الزامی است. مبنای مصلحت طفل جلب منفعت است، مشخص است که مصلحت طفل برحق والدین و عسر و حرج ایشان اولویت دارد. لذا برای حضانت طفل مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن در صورت حدوث اختلاف با رعایت مصلحت کودک و به تشخیص و تأیید دادگاه می‌باشد. پس می‌توان گفت این قانون بطور مستقیم مصلحت‌گرایی را لازمه امر قضاوت دانسته و به وجوب قانونی رعایت آن در صدور احکام قضائی تصریح نموده است.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

حامی مالی

این پژوهش حامی مالی نداشته است.

فهرست منابع

- امامی، س. ح. (۲۰۱۶). حقوق مدنی (جلد پنجم، چاپ بیست و چهارم). قم: انتشارات اسلامیة.
- جعفری لنگرودی، م. ح. (۱۹۸۹). ترمینولوژی حقوق (چاپ سی و هفتم). تهران: انتشارات مجد.
- صفائی، س. ح. و امامی، ا. (۲۰۱۳). حقوق خانواده (جلد سوم، چاپ سی و پنجم). تهران: انتشارات میزان.
- کاتوزیان، ن. (۱۹۹۹). الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری) (جلد دوم، چاپ دوم). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ن. (۱۹۹۶). حقوق مدنی و خانواده (چاپ ششم). تهران: شرکت سهامی انتشار.
- توحیدی، ا. ر. (۲۰۰۳). تحلیل کنوانسیون حقوق بشر در پرتو جهان‌شمولی حقوق بشر. نشریه ندای صادق، ۸(۳۱)، ۱۶۸-۱۱۹.
- جندقی، ب. (۲۰۱۷). قوانین حضانت کودک در قانون مدنی ایران: آسیب‌ها و راهکارها. مجله فقه-حقوق و علوم جزا، ۲(۶)، ۲۰-۹.
- روشن، م. (۲۰۲۰). نقش اضطرار در رفع تکلیف قانونی حضانت کودکان و حق ملاقات در شرایط پاندمی کووید ۱۹. فصلنامه تحقیقات حقوقی (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، ۲۳(۹۰)، ۸۹-۱۱۱.
- شکوهی، ح. و بابایی ساخمرس، م. (۲۰۲۳). بررسی فقهی حقوقی قاعده لاضرر در تعیین حضانت کودکان بعد از طلاق والدین. ماهنامه آفاق علوم انسانی، ۷(۸۱)، ۵۰-۳۷.
- علی محمدی، ط. و خاکساری، ا. (۲۰۱۶). حضانت کودکان از منظر فقه امامیه و قانون مدنی. مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۴۹(۱)، ۱۴۵-۱۲۹.
- نصیری، م. (۲۰۲۱). نقدی بر محدوده حضانت کودکان در حقوق ایران با تأکید بر مبانی فقهی. مجله حقوق کودک، ۳(۱۰)، ۷۸-۷۱.
- یمرلی، ص. و منصور، ف. (۲۰۲۱). واکاوی معیار حاکم بر مصلحت کودک تحت حضانت در حقوق ایران، مصر و فقه مذاهب اسلامی. مجله مطالعات فقه تربیتی، ۸(۱۶)، ۱۵۷-۱۸۹.
- ابن فارس احمدبن فارسی. (۱۹۸۴). معجم مقاییس اللغة احمدبن فارسی هارون عبدالسلام (جلد سوم، چاپ اول). قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ابن قدامه، ا. م. ع. ب. ا. ب. م. (۱۹۲۸). المغنی (جلد دهم، چاپ اول). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن منظور، م. ب. م. (۱۹۸۴). لسان العرب (جلد دوم، چاپ نهم). بیروت: دارالفکر.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، ز. ب. ع. (۱۹۹۵). مسالک الافهام الی التفقیح شرایع الاسلام (جلد چهارم و هشتم، چاپ اول). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، ز. ب. ع. (۱۹۸۹). الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (جلد دوم و پنجم، چاپ نهم). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- حر عاملی، م. ب. ح. (۱۹۹۵). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعة (جلد نوزدهم، چاپ نهم). قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- الحسینی، م. ب. ع. (۲۰۰۷). تاج العروس فی شرح القاموس (جلد دوم، چاپ اول). قم: مکتبه الشیرازی.
- حماد، ن. (۲۰۰۸). معجم المصطلحات المالیة و الاقتصادية فی لغة انفقها (چاپ اول). دمشق: دار القلم.
- شیخ صدوق (ابن بابویه)، م. ب. ع. (۱۹۹۲). من لایحضر الفقیه (جلد سوم) (تصحیح ع. ا. غفاری). قم: دفتر انتشارات اسلام وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- طوسی، م. ب. ح. (۲۰۰۰). المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ششم، چاپ سوم). تهران: نشر کشفی.
- طوسی، م. ب. ح. (۱۹۸۷). الخلاف (جلد پنجم، چاپ نهم). قم: انتشارات جامعه مدرسین.

- عاملی (شهید اول)، م. ب. م. (۲۰۲۱). القواعد و الفوائد (جلد اول، چاپ سوم) (تصحیح س. ع. حکیم). قم: کتابفروشی مفید.
- علامه حلی، ح. ب. ی. (۱۹۹۲). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام (جلد سوم، چاپ ششم). قم: نشر انتشارات اسلامی.
- الفیومی، ا. ب. م. ب. ع. (۲۰۱۲). مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر (جلد سوم، چاپ دوم). بیروت: دارالکتب.
- کلوذانی، م. ب. ا. (۲۰۰۴). الهدایه علی مذهب الإمام أبی عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشیبانی (چاپ اول) (تحقیق ع. ه. و م. ی. فحل). کویت: نشر غراس.
- کلینی، م. ب. ی. (۱۹۸۷). الکافی (جلد چهارم، چاپ دهم). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- موسوی خمینی، س. ر. (۲۰۰۴). تحریر الوسیله (جلد دوم، چاپ بیست و یکم) (ترجمه م. قاضی زاده). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- موسوی خویی، س. ا. (۱۹۸۴). تکملة المنهاج (جلد اول، چاپ ششم). قم: مدینه العلم.
- نجار، م. ع. (۲۰۰۷). معجم الوسیط (جلد اول، چاپ اول). قم: مؤسسه الصادق (ع).
- نراقی، ا. ب. م. (۲۰۰۴). الحاشیه علی الروضه البهیة (چاپ دوم) (تصحیح م. احمدی و ر. استادی). قم: مؤسسه نشر الاسلامی
- Degol, A., & Dinku, S. (2011). Notes on the principle “best interest of the child”: Meaning, history, and its place under Ethiopian law. *Mizan Law Review*, 5(2), 319–337.