



A Comparative Study of Child Custody After Divorce in Iranian, English, and Canadian Laws

Sayyed Ali Mosavilar¹, Javad Niknejad²

¹ PhD student in Private Law, Ayatollah Amoly Branch, Islamic Azad University, Amol, Iran.
mousavi346_180@yahoo.com.

² Assistant Professor, Department of Private Law, West Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran
(Corresponding Author). J.niknejad@yahoo.com

Abstract

Child custody is a significant issue faced by families after divorce in all legal systems. In Iranian law, custody refers to the keeping, care, and regulation of a child's relationships with others, while in Canadian and English law, it encompasses all the rights, duties, powers, responsibilities, and authorities that parents have concerning their child and their property. The crucial question to be addressed is how divorce affects child custody according to the legal systems of Iran, England, and Canada. It appears that while divorce itself does not have a direct impact on the priority of one parent over the other in terms of child custody in Iranian law, the actual determination of custody between the father and mother becomes evident after divorce due to their pre-divorce cohabitation. In Canadian and English law, explicit gender priority in post-divorce custody has largely subsided since the 1970s, with custody laws focusing on an independent assessment of the child's best interests and welfare, thus divorce does not affect the priority of one parent over the other regarding child custody. The research methodology employed in this study is descriptive-analytical and documentary, utilizing a library-based approach. After analyzing the content, the following conclusions were drawn: firstly, it should be noted that Canadian law is similar to English law in most related aspects. Secondly, custody in Iran only encompasses child custody, while in common law, it also includes guardianship and wardship. In common law, both parents can jointly seek custody, and there is no priority between them. The court decides which parent should be responsible for custody based on the child's best interests and welfare. Additionally, the mother's remarriage does not affect custody arrangements. However, in Iranian law, although custody remains with the mother until the child reaches the age of 7, guardianship remains with the father. Anything that endangers the child, such as insanity, leads to the deprivation of custody. Iranian legislation considers the mother's remarriage as a ground for depriving her of custody, but it does not consider the father's remarriage as an effective ground for deprivation. Nevertheless, according to Article 41 of the Law on Family Protection enacted in 2012, the court has the authority to modify or extend custody duration and the custodial parent based on the child's best interests.

Keywords: Custody, Child, Nature of Custody, Deprivation of Custody, Divorce, Parents.

Received: 2023/01/27 ; Revised: 2023/06/26 ; Accepted: 2023/12/25 ; Published online: 2023/12/27

How To Cite: Mosavilar, Sayyed Ali; Niknejad, Javad (1402). A Comparative Study of Child Custody After Divorce in Iranian, English, and Canadian Laws, *Comparative Study on Islamic and Western Law*, 10(4), 117-134.
doi.org/10.22091/CSIW.2024.8993.2380

Published by: University of Qom

© The Author(s)

Article type: Research





مطالعه تطبیقی حضانت فرزند پس از طلاق در حقوق ایران، انگلستان و کانادا

سید علی موسوی لر^۱، جواد نیک‌نژاد^۲

^۱ دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی، واحد آیت‌الله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران. mousavi346_180@yahoo.com
^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول). J.niknejad@yahoo.com

چکیده

در همه نظام‌های حقوقی یکی از مسایلی مبتلا به خانواده‌ها پس از طلاق، مسئله حضانت کودکان است. حضانت در حقوق ایران به مفهوم نگهداری کودک، مواظبت و مراقبت از او و تنظیم روابط او با خارج و در حقوق کانادا و انگلیس به مفهوم کلیه حقوق، وظایف، اختیارات، مسئولیت‌ها و اختیاراتی است که طبق قانون والدین در رابطه با کودک و اموالش دارند. سوالی که پاسخ به آن از اهمیت بسیاری برخوردار است این است که طلاق چه تأثیری بر حضانت کودک مطابق قوانین حقوقی ایران، انگلستان و کانادا دارد؟ به نظر می‌رسد در حقوق ایران اگرچه فی‌نفسه طلاق تأثیری نسبت به اولویت یکی از زوجین نسبت به حضانت فرزند یا فرزندان ندارد ولی عملاً به علت زندگی زوجین در کنار هم قبل از طلاق بحث اولویت پدر یا مادر نسبت به حضانت فرزند عینیت پیدا نمی‌کند بلکه این عینیت پس از طلاق ظهور و بروز می‌یابد. به نظر می‌رسد در حقوق کانادا و انگلیس اولویت جنسیتی صریح در حضانت پس از طلاق تقریباً از دهه ۱۹۷۰ کنار نهاده شده و قانون حضانت بر یک استعلام مستقل از جنسیت درباره بهترین منافع و مصالح کودک متمرکز شده است و بدینگونه طلاق تأثیری نسبت به اولویت یکی از زوجین نسبت به حضانت فرزند یا فرزندان ندارد. روش تحقیق، توصیفی - تحلیلی و اسنادی و به شیوه کتابخانه‌ای است. پس از تجزیه و تحلیل مطالب این نتیجه به دست آمد: نخست باید اشاره گردد که حقوق کانادا با حقوق انگلستان در بیشتر مباحث مشابه است. دوم، حضانت در ایران تنها سرپرستی کودک را دربر می‌گیرد ولی در حقوق کامن‌لا، علاوه بر سرپرستی، ولایت و قیمومیت را نیز شامل می‌شود. در حقوق کامن‌لا پدر و مادر مشترکاً می‌توانند نسبت به حضانت اقدام نمایند و هیچ اولییتی بین آن‌ها وجود ندارد و این دادگاه است که براساس بهترین مصالح و منافع کودک رأی صادر می‌نماید حضانت برعهده کدام یک از پدر یا مادر باشد. در ضمن، ازدواج مادر تأثیری در حضانت ندارد. اما در حقوق ایران، اگرچه حضانت کودک تا ۷ سالگی با مادر است، اما ولایت همچنان با پدر است. هر چیزی که موجب خسران کودک شود از جمله جنون موجب سلب حضانت می‌گردد. قانون‌گذار ایران، ازدواج مادر را موجب سلب حضانت قرار داده است ولی ازدواج پدر را در سلب حضانت موثر ندانسته است. اگرچه مطابق ماده (۴۱) قانون حمایت از خانواده مصوب (۱۳۹۱) دادگاه می‌تواند مدت حضانت و فرد حاضن را براساس مصلحت کودک افزایش و یا تغییر دهد.

کلیدواژه‌ها: حضانت، فرزند، ماهیت حضانت، سلب حضانت، طلاق، والدین.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۰۷؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۲/۱۰/۰۶
استاد به این مقاله: موسوی لر، سید علی؛ نیک‌نژاد، جواد (۱۴۰۲). مطالعه تطبیقی حضانت فرزند پس از طلاق در حقوق ایران، انگلستان و کانادا، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۱۰(۴)، ۱۱۷-۱۳۴. doi.org/10.22091/CSIW.2024.8993.2380

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم



مقدمه

با ورود به عصر جدید ارتباطات و اطلاع‌رسانی و تعامل ایده‌ها و فرهنگ‌ها، و شناخت بیش‌ازپیش زنان از موقعیت خویش در جهان حاضر، چالش‌های جدیدی بین خواسته‌های عادلانه و به‌حق زنان به‌ویژه در بخش حقوقی به وجود آمده است. یکی از این مباحث، مسئله حضانت کودک یا کودکان توسط والدین پس از انحلال نکاح بین زوجین است. از سوی دیگر نگهداری و تربیت کودکان در سنین پایین از لحاظ روانی و جسمی تأثیرات زیادی بر شخصیت فرد در بزرگسالی و در برخورد با مشکلات و مسایل خانوادگی و در سطح کلان در سطح اجتماعی می‌گذارد. بنابراین، بررسی مزایا و معایب قانون‌گذاری در حیطه کودکانی که والدین آن‌ها از هم جدا شده‌اند، امری مهم و درخور توجه است.

در حقوق ایران که متأثر از فقه شیعه ۱۲ امامی است، طلاق، عبارت از پایان دادن به نکاح دائم از طرف شوهر است. ماده (۱۱۳۳) ق.م. حق انحلال نکاح دائم را به طور مطلق بدون آن که علت خاصی را در نظر بگیرد به شوهر داده است. «مرد می‌تواند هر وقت بخواهد زن را طلاق دهد»^۱. بنابراین، در تشکیل و تدوام خانواده، اراده مرد کارساز است، در فروپاشی نهاد خانواده نیز به استناد این ماده، اراده مرد کارا تر به نظر می‌رسد. از همین نقطه، تفاوت دیدگاهی در حقوق خانواده در کشورهای مختلف آغاز می‌شود. این اولویت در قانون ایران خواه در تشکیل و خواه در انحلال ازدواج، به تبع در شرایط و اولویت‌های حضانت نیز دیده می‌شود، در حقوق انگلیس و کانادا که تحت قوانین کامن‌لا هستند، به تدریج از بین رفته است. در این دو کشور، هیچ فرقی بین زن و مرد در طلاق وجود ندارد و طلاق، حکمی است که توسط دادگاه صادر می‌شود و زن و مرد آن را به تساوی در اختیار می‌گیرند. دادگاه در صورتی می‌تواند حکم به طلاق دهد که شکست ازدواج و زندگی زناشویی با اثبات یکی از علل خاص مذکور در قانون احراز شود.

مسئله تحقیق، مطالعه تطبیقی حقوق زن و مرد در حضانت فرزندان پس از طلاق در حقوق ایران با حقوق انگلستان و کانادا است. بنابراین، نگارنده این سؤال اساسی را مطرح می‌کند: طلاق چه تأثیری بر حضانت کودک مطابق قوانین حقوقی ایران، انگلستان و کانادا دارد؟

برای پاسخگویی به پرسش مزبور، ۴ مبحث ماهیت حضانت: حق یا تکلیف؛ اولویت حضانت: سن کودکان؛ سلب حضانت: جنون و ازدواج مادر؛ حضانت پس از فوت والدین و یا امتناع والدین از حضانت در حقوق سه کشور ایران، انگلستان و کانادا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. اگرچه برای زن نیز تحت شرایطی این حق را قرار داده است تا درخواست طلاق نماید مانند مفقودالثر شدن شوهر در مدت ۴ سال (ماده ۱۰۲۹ ق.م.)، استنکاف شوهر از دادن نفقه، عدم ایفاء سایر حقوق واجبه از طرف شوهر، سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی را غیرقابل تحمل سازد، امراض مسریه صعب‌العلاج شوهر که زن را به مخاطره بیندازد (ماده ۱۱۳۰ ق.م.).

۱. مفهوم حضانت

حضانت از ریشه حَضَن به معنای دامن گرفته شده است (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۲۲۰) که معادل فارسی آن پهلو می‌باشد و مترادف با پروراندن، دایگی و پرستاری می‌شود (معین، ۱۳۸۲: ۱۳۶۰). این واژه کنایه از نگهداری و پرورش فرزندان خردسال در دامن مادر است. در فقه حضانت عبارت از «ولایت بر طفل برای تربیت و تأمین مصالح مربوط به او» (شهیدثانی، ۱۴۱۶: ۴۲۱) یا «ولایت و سلطنت بر تربیت فرزند» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۰۱) است. در حقوق، حضانت، نگهداری کودک، مواظبت و مراقبت از او و تنظیم روابط او با خارج (صفایی، امامی، ۱۳۶۹: ۳۴۴) و نیز نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی است که قانون طبق شرایط معینی مقرر داشته (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۱۶) است.

لازم به اشاره است در حقوق ایران حضانت با ولایت و قیمومیت تفاوت دارد. طبق ماده (۱۱۸۰) قانون مدنی: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری است و همچنین است طفل غیر رشید یا معجون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد» و مطابق ماده (۱۱۸۱) قانون مدنی: «هر یک از پدر و جد پدری، نسبت به اولاد خود ولایت دارند». بدین گونه، ولایت قهری تنها شامل پدر و جد پدری می‌شود و مادر و جد مادری از این حوزه خارج می‌شوند. این ولایت بدین جهت قهری شمرده می‌شود که پدر و پدربزرگ به حکم قانون و اجباراً، به محض تولد طفل، بر او ولایت می‌یابند و کلیه امور مالی و حقوق مالی طفل با آنهاست؛ مگر آن‌که ولایت از پدر و جد پدری به دلایلی سلب شود. این بدان معناست که امور حقوقی طفل از جمله انجام معاملات برای طفل که نیاز به ولایت دارد همچنان با پدر است. مطابق ماده (۱۲۳۵) قانون مدنی: «مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیم است». بنابراین قیم مانند ولی قهری بر اموال و حقوق مالی صغیر نظارت دارد.

در حقوق کامن لا حضانت و سرپرستی یعنی در اختیار داشتن حق قانونی (امور مالی، جسمی، روانی و عاطفی)^۱ والدین و مسئولیت اتخاذ تمام تصمیمات مهم درباره زندگی کودک. این امر شامل ۱- انتخاب مدرسه کودک ۲- انتخاب مذهب کودک ۳- تصمیم‌گیری درباره خدمات پزشکی کودک و دیگر تصمیمات مهم می‌شود (Gaffney, 2012: 193). بدین گونه، به طور کلی، حضانت شامل نگهداری و تربیت کودک طبق آداب و محیطی است که کودک در آنجا زندگی می‌کند.

۱. در این قانون «مسئولیت والدین» به معنای کلیه حقوق، وظایف، اختیارات، مسئولیت‌ها و اختیاراتی است که طبق قانون والدین طفل در رابطه با طفل و اموال او دارند (بند ۱ ماده ۳ قانون کودکان ۱۹۸۹ م. انگلستان).

(1) In this Act "parental responsibility" means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.

با بررسی حضانت در بین حقوق سه کشور اولین تفاوت آشکار می‌شود. نظام حقوقی ایران بین حضانت و ولایت تفاوت قایل شده است اما در حقوق انگلستان و کانادا حضانت شامل ولایت نیز می‌شود و در این زمینه فرقی بین پدر و مادر وجود ندارد به عبارت دیگر مادر می‌تواند همزمان تمام تصمیم‌های مالی و غیرمالی را برای کودک بگیرد همان اندازه که پدر این توانایی را دارد. در صورتی که در ایران مادر تنها دارای حضانت است و حتی با فوت پدر کودکش نیز نمی‌تواند ولایت فرزندش را به دست آورد و این حق به پدر بزرگ پدری کودک داده می‌شود.

۲. ماهیت حضانت

۱-۲. ماهیت حضانت در حقوق ایران

ماده (۱۱۶۸) قانون مدنی درباره حضانت چنین می‌آورد: «نگهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است». ماده مذکور نظریه‌ای را که حضانت را حق فردی محض و ساده تلقی می‌نماید و در نتیجه قابل اسقاط و انتقال باشد را رد می‌نماید و حضانت را آمیزه‌ای از حق و تکلیف می‌پندارد. لذا دارنده حضانت نمی‌تواند آن را اسقاط و یا منتقل کند، یا عوض طلاق خلع قرار دهد. دیوان عالی کشور با توجه به با این مسئله بیان می‌دارد «با توجه به اینکه حضانت طبق قانون هم حق و هم تکلیف است، می‌توان حق را ساقط نمود، ولی تکلیف قابل اسقاط و مصالحه نیست».^۱ بنابراین، اگر پدر، حضانت را در مقابل مالی، به مادر واگذار کند و یا بالعکس، دلیل بر انتقال نیست، بلکه با توجه به نیابت و انجام غیرمستقیم عمل هم قابل توجیه است. چنانچه، در پرونده‌های مختلف در دادگاه‌های خانواده، زوج با بذل مهریه در قبال حضانت همیشگی فرزند، طلاق می‌گیرد^۲ و دادگاه نیز با پذیرش خواسته زوجین گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند و ماده (۴۱) قانون حمایت از خانواده مصوب (۱۳۹۱) با اشاره به توافقات طرفین در امور حضانت این رویه را تأیید می‌کند. بنابراین هیچ کدام از ابوین نمی‌توانند از خود در زمینه حضانت فرزند اسقاط حق کنند گرچه رویه قضایی در طلاق‌های توافقی می‌پذیرد که زوجین با توافق حضانت را به دیگری واگذار کند زیرا همانطور که گفته شد حضانت هم جنبه حق دارد و هم جنبه تکلیف و با قبول حضانت پدر یا مادر و موافقت دیگری جنبه حتی حضانت دائم فرزند با توافق تقویض می‌شود و اگر

۱. دیوان عالی کشور جمهوری اسلامی ایران، رأی شماره ۴۲۳۶ مورخ ۷۳/۱/۲۰.

۲. مطابق دادنامه شماره ۸۳۳-۲۷/۵/۱۳۹۲-مهریه از سوی زوج مشروط به عوض و در قبال حق الحضانت که در صورت تحقق شرط و بذل زوج حق الحضانه خود در قبال مهریه معاوضه حق الحضانه بالمال می‌شود که باطل است زیرا حق الحضانه مانند حق الولايه و نظیر آنها از حقوقی می‌باشد که قابل نقل و انتقال و قابل اسقاط و قابل معاوضه بالمال نمی‌باشند و ثانیاً با قطع نظر از بطلان بذل به دلیل مذکور بذل و هم از عقود می‌باشند و تلقی دادگاه آنرا در قالب ابراء که از ایقاعات است مبنی بر اشتباه و غیرموجه است.

مخالفت مصلحت طفل نباشد دادگاه هم ممانعتی ندارد.

بنابراین، مطابق ماده (۱۱۶۸) ق.م. نگاهداری از کودک در زمره تکالیف پدر و مادر است، بنابراین نمی‌توانند از زیر این بار شانه خالی کنند و بایستی اختیار خود را به مصلحت طفل به‌کار برند. اما چون اجرای هر تکلیف مستلزم داشتن اختیار است، پدر و مادر حق دارند تا آنچه را به عهده‌دارند انجام دهند و از کودک و سایرین بخواهند تا مانع اجرای وظیفه آنان نشوند و به لوازم آن گردن نهند. زیرا جز در موردی که قانون مجاز شناخته است، نمی‌توان آنان را از این امتیاز محروم ساخت (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۲۹ و ۱۳۲).

ماده (۱۱۷۲) قانون مدنی نیز در این راستا مقرر می‌دارد: «هیچ یک از ابوبین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل با آنهاست از نگاهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوبین، 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 ابوبین که حضانت بر عهده اوست 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 تأمین کند». بنابراین، مطابق ماده مذکور، از آنجاکه هیچ یک از پدر و مادر نمی‌توانند در مدتی که حضانت کودک بر عهده آنهاست از نگاهداری او امتناع کند، و نمی‌توانند آن را اسقاط و یا واگذار به غیر کنند، بلکه باید شخصاً در مدت مقرر تکلیف قانونی خود را که از نظر حفظ نظم اجتماعی در جهت منافع کودک برقرار شده است، انجام دهد. به همین جهت آن‌ها نمی‌توانند مطالبه اجرت نسبت به عمل خود نمایند، حتی اگر کودک از خود دارایی داشته باشد. ولی پدر و مادر می‌توانند فرد دیگری را برای حضانت کودک انتخاب نمایند که تحت نظر انجام وظیفه نماید (امامی، ۱۳۹۰: ۱۹۳).

ماده (۱۱۷۲) ق.م. بر جنبه تکلیف بودن حضانت و ماده (۱۱۷۵) ق.م. که مقرر می‌دارد: «طفل را نمی‌توان از ابوبین و یا از پدر و یا از مادری که حضانت با اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی»، بر جنبه حق بودن برای والدین طفل دلالت دارد. این دو ماده قانونی با توجه به اینکه حضانت را تکلیف پدر و مادر دانسته‌اند، به گونه‌ای که حق امتناع از آن را ندارند قابل دفاع هستند، بدین دلیل که، تأمین‌کننده مصلحت کودک بوده و از رها شدن کودک توسط پدر و مادر جلوگیری می‌کنند.

اما مطلب دیگری که باید در اینجا به آن اشاره شود تفاوت حضانت و ولایت است. در قانون ایران کودک به دو سبب ۱- نگاهداری و تربیت، ۲- حفظ و اداره اموال باید حمایت شود. کسانی که عهده‌دار هر یک از تکالیف مذکور هستند متفاوت می‌باشند (امامی، ۱۳۹۰: ۱۸۸). ولی قهری عبارت از پدر و جد پدری است. مطابق ماده (۱۱۸۱) ق.م. «هریک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند» در حالی که مادر از آن محروم است. بنابراین اگرچه ممکن است حضانت با مادر باشد ولی ولایت کودک همچنان منحصر به پدر و جد پدری است. اگر کودک اموالی داشته باشد، مادر نمی‌تواند آن اموال را اداره نماید، زیرا وی ولایت کودک را ندارد و تنها پدر و جد پدری وی این قدرت را دارند. ماده (۱۱۸۳) ق.م.

در این باره چنین می‌آورد: «در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه، ولی نماینده قانونی او می‌باشد». زیرا همچنان که گفته شد: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد...» (ماده ۱۱۸۰ ق.م.).

۲-۲. ماهیت حضانت در حقوق انگلستان

در حقوق کامن‌لا تفکیک میان ولایت و حضانت وجود ندارد و تصمیمات مهم درباره کودکان با اصطلاح سرپرستی^۱ ارائه می‌شود. در حقوق انگلیس، مسئولیت حضانت و سرپرستی هر کدام از والدین نسبت به اولادشان، شامل تمام حقوق، وظایف، قدرت‌ها، مسئولیت‌ها و اختیاراتی است که از جانب قانون و در رابطه با نگهداری از کودک و دارایی‌های وی می‌شود (Burton, 2011: 113). در این رابطه در بندهای (۱) و (۲) ماده (۳) قانون کودکان ۱۹۸۹ م. چنین آمده است: «(۱) در این قانون «مسئولیت والدین» به معنای کلیه حقوق، وظایف، اختیارات، مسئولیت‌ها و اختیاراتی است که طبق قانون والدین طفل در رابطه با طفل و اموال او دارند. (۲) همچنین شامل حقوق، اختیارات و وظایفی است که محافظ دارایی کودک در رابطه با کودک و دارایی او داشته است»^۲.

بنا بر قانون حضانت صغار، مصوب ۱۹۷۱ م. و ۱۹۷۳ م. پدر و مادر به طور مشترک^۳ حق دارند از کودکانشان مراقبت و مواظبت کنند و اگر یکی از والدین فوت کند، این وظایف برعهده آن که در قید حیات است محول می‌شود. بنابراین، مسئولیت حضانت و سرپرستی در حقوق انگلستان شامل نگهداری جسمی و روحی و نیز مدیریت امور مالی و حقوقی وی هم می‌شود (Gaffney, 2012: 100). چیزی که وسیع‌تر از حقوق ایران هست و به نوعی با حق ولایت و قیمومیت طفل درهم آمیخته است.

1. Custody

2. (1) In this Act "parental responsibility" means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property. (2) It also includes the rights, powers and duties which a guardian of the child's estate (appointed, before the commencement of section 5, to act generally) would have had in relation to the child and his property.

۳. در نظام حقوقی انگلیس بیش‌تر بر حضانت اشتراکی توجه شده البته، نه بطور مطلق. به عبارت دیگر پدر و مادر به طور مشترک دارای حضانت قانونی طفل می‌باشند مگر این که دادگاه تصمیم دیگری در ارتباط با حضانت اتخاذ کند، بنابراین، در حقوق انگلیس از نظر حق بودن در صورت ازدواج پدر و مادر حضانت حقی است مشترک بین والدین. اساس اصلی توافق حضانت مشترک این است که والدین هر دو دارای حق حضانت هستند و بصورت مشترک برای تامین بهترین منافع کودک همکاری می‌کنند. معنای حضانت مشترک بسیار متغیر است ولی به طور کلی به معنای حضانت مشترک قانونی است یعنی قدرت تصمیم‌گیری مشترک درباره احتیاجات مهم تربیت کودک مانند مدرسه، پزشک، و غیره. با اینحال اقلیتی این نوع حضانت را حضانت جسمانی مشترک تعبیر می‌کنند به عبارت دیگر تقسیم برابر یا تقریباً برابر زمان بودن کودک با والدین. (Melli et al., 1997: 799)

به موجب بند دوم از قسمت اول قانون کودکان مصوب ۱۹۸۹م. اگر پدر و مادر ازدواج کرده باشند و در نتیجه کودک آنها مشروع باشد، هر دو آنها از زمان تولد نسبت به کودک مسئولیت پدری و مادری دارند. در غیر این صورت، اگر کودک نامشروع باشد، فقط مادر مسئولیت دارد. با توجه به قانون کودکان مصوب ۱۹۸۹ م. و قانون حمایت از کودکان مصوب ۱۹۹۵ م. و قانون مراقبت از کودک مصوب ۲۰۰۶، پدر و مادر در قبال نگهداری و حضانت از کودکان مسئولیت دارند و در صورتی که رفتار آنها با کودک برخلاف عرف و اخلاق باشد، دادگاه دخالت می نماید و ممکن است حضانت کودک را به شخص یا اشخاص دیگری محول نماید (قانون کودکان، ۲۰۰۶).

ب) با کودکان و سازمان‌هایی که با کودکان کار می کنند، در مورد موضوعاتی که کمیسیونر پیشنهاد می کند در اجرای وظیفه اصلی در نظر گرفته یا تحقیق کند، مشورت کنید.

لازم به ذکر است براساس بخش اول قانون کودکان ۲۰۰۴م. مقام عالی رتبه دولتی (کمیسیونر)^۱ نظارت کننده کودکان^۲، وظیفه نظارت بر رفاه جسمی، روحی و آموزشی کودکان را برعهده دارد و در هر مورد که نگرانی خاصی نسبت به وظایف حضانت هر کدام از والدین باشد، آن را جهت تصمیم‌گیری مقتضی به دادگاه منعکس می نماید (قانون کودکان ۲۰۰۴). رایزنی کردن با کودکان و سازمان‌هایی (دادگاه و مراکز خاص امور کودکان) که با کودکان کار می کنند، در مورد موضوعاتی که کمیسیونر پیشنهاد می کند در اجرای وظیفه اصلی بررسی یا تحقیق شود (بند ۲ ماده ۲ بخش اول قانون کودکان ۲۰۰۴ و بند ۲ بی بخش ۶ ماده ۱۰۷ قانون کودکان و خانواده‌ها ۲۰۱۴). به همین سبب، هیچ‌گونه توافقی مابین اشخاص (خواه والدین و خواه افراد دیگر خواهان سرپرستی و حضانت مانند اجداد، خویشان، دوست، ناپدری، نامادری، و یا دایه)^۳ در خصوص مسئولیت حضانت و سرپرستی کودک، اثر ندارد و باعث دستیابی به اهداف قانونی جهت سرپرستی و حضانت نیست مگر در موارد استثنایی که این رویه به صورت قانونی و به وسیله مقررات مطرح شده از سوی رئیس کل قضات محاکم ارایه شده باشد (Burton, 2011: 114).

بنابراین با توجه به قوانین مذکور در حقوق انگلستان، حضانت کودک برای پدر و مادر یک تکلیف و

1. The Children's Commissioner

۲. (۲) کمیسر کودکان، یا شخصی که توسط کمیسر مجاز است، می تواند در هر زمان معقولی وارد هر محل، به غیر از یک خانه خصوصی شود. الف) به منظور مصاحبه با کودک، یا ب) به منظور رعایت استانداردهای مراقبتی ارائه شده به کودکانی که در آنجا اسکان داده می شوند یا از آنها مراقبت می شود (ماده ۱۰۹ قانون کودکان و خانواده‌ها ۲۰۱۴).

۳. پدر بزرگ و مادر بزرگ و سایر سرپرستان: پدر بزرگ و مادر بزرگ کودک حق اعتراض به فرزندخواندگی را ندارند حتی اگر حقوق ملاقات قانونی به آنها داده شده باشد، رضایت آنها لازم نیست (بند ای ماده ۴۵ بی حقوق کودکان ۲۰۰۴).

Grandparents/other custodians. A child's grandparents have no right to object to adoption. Their consent is not required even if they have been granted statutory visitation rights.

مسئولیت قانونی است و حق یا امتیاز نیست که قابل انتقال یا اسقاط باشد. در هر مورد که نیاز به تغییر سرپرست کودک باشد، دادگاه مستقیماً دخالت می‌نماید و درخصوص حضانت کودک، رفاه و منفعت وی بیشترین اهمیت را دارد.

۳-۲. ماهیت حضانت در حقوق کانادا

مسئولیت و حضانت^۱ در حقوق کانادا وسیع است و به نوعی با حق ولایت و قیمومیت طفل درهم آمیخته است (Silver, 1995: 138). و واژه سرپرستی درباره مسئولیت کودک کاربرد دارد. سرپرستی یعنی در اختیار داشتن حق قانونی والدین و مسئولیت اتخاذ تمام تصمیمات مهم درباره زندگی کودک. این امر شامل موارد زیر است: ۱- انتخاب مدرسه کودک. ۲- انتخاب مذهب کودک. ۳- تصمیم‌گیری درباره خدمات پزشکی کودک و دیگر تصمیمات مهم (Gaffney, 2012: 193). بنابراین، حضانت شامل نگهداری جسمی و روحی، تربیتی و نیز مدیریت امور مالی و حقوقی کودک هم می‌شود. مطابق بند (۱) بخش (۲۰) لایحه اصلاحی حقوق کودکان، حضانت کودک در کانادا برای پدر و مادر یک تکلیف و مسئولیت قانونی است (حقوق کودک، ۲۰۰۶) و پدر و مادر از زمان تولد نسبت به کودک مسئولیت دارند. مطابق ماده مزبور، حضانت، حق یا امتیاز محسوب نمی‌شود که قابل انتقال یا اسقاط باشد. هرگاه نیاز به تغییر سرپرست کودک باشد دادگاه مستقیماً دخالت می‌نماید. بدین‌گونه، به موجب قانون، هر دو والدین در اکثر موارد حق دارند که فرزندان خود را پرورش دهند و درباره نحوه مراقبت از آنها تصمیم‌گیری نمایند.

مطابق بند (۱) بخش (۲۰) لایحه اصلاحی حقوق کودکان ۲۰۰۶م، هر دوی والدین حق مساوی برای حضانت کودک دارند. «در تعیین اینکه چه چیزی به نفع کودک است، دادگاه رفتار گذشته هیچ شخصی را در نظر نمی‌گیرد^۲، مگر اینکه این رفتار مربوط به استفاده از زمان فرزندپروری، مسئولیت

۱. قانون طلاق، لایحه اصلاح قانون کودکان انتاریو و آرا دادگاه‌ها مجموعه قواعدی (رسمی و غیررسمی) را برای اتخاذ تصمیم در خصوص مسایل حضانت فرزند ارائه می‌دهند. این قواعد دستورالعمل‌های مهمی را فراهم نموده‌اند اما اختیار قابل توجهی نیز به دادگاه داده است.

۲. یعنی ممکن است در نظر گرفته شود که والدین سابقه سوء استفاده یا خشونت داشته باشند. به عبارت دیگر رفتار والدین در زمان فرزندپروری توسط دادگاه مورد توجه قرار می‌گیرد. هنگامی که یک قاضی به نحوه رفتار والدین در هنگام حضور با کودک توجه دارد، ممکن است دستوری برای نظارت بر زمان فرزندپروری صادر شود. اگر یکی از والدینی که در زمان فرزندپروری است، مشکلات سوء مصرف مواد یا سابقه مصرف مواد داشته باشد یا سعی نموده کودک را برآید، در این صورت لازم است فرد دیگری (یکی از بستگان، دوستان یا کارمند خصوصی) نیز در هنگام حضور والدین و فرزند با یکدیگر حضور داشته باشد.

تصمیم‌گیری یا تماس با کودک تحت دستور تماس باشد»^۱ (بخش ۵ ماده ۱۶ قانون طلاق مصوب ۱۹۸۵م. کانادا). بنابراین، در این زمینه تفاوتی بین زن و مرد وجود ندارد و آن چه که دادگاه در سپردن حضانت به دنبال آن است تامین منافع کودک در بهترین حالت است. بدین‌گونه، هر دو زوج مسئول حفاظت کودکان بعد از طلاق هستند، اما عمل طلاق هیچ عامل خاصی برای دادگاه در نظر نمی‌گیرد تا در تعیین این موضوع مورد توجه قرار گیرد که چگونه برای این کار والدین باهم مشارکت کنند.

معمولاً مسئولیت حمایت مالی و پرداخت خرجی کودک بر عهده کسی است که حضانت و سرپرستی کودک را بر عهده ندارد و کودک نزد او زندگی نمی‌کند. در این زمان مطابق بند (۱) ماده (۱۵) قانون طلاق ۱۹۸۵م. دادگاه صلاحیت‌دار می‌تواند بنا به درخواست یکی از زوجین یا هر دو، حکمی صادر کند که همسر را ملزم به پرداخت هزینه حمایت از یک یا همه فرزندان ازدواج کند. البته تنها کودکان شرعی حاصل از ازدواج رسمی شامل نفقه نمی‌شوند بلکه زوج‌های «ازدواج نکرده» نیز شامل این قانون می‌شوند. بنابراین، «قانونا پرداخت یا عدم پرداخت خرجی کودک به اینکه ازدواج رسمی بین والدین صورت گرفته است ارتباطی ندارد و والدین حتی اگر تنها یک شب را با هم گذرانده و بچه‌دار شده باشند بازهم ملزم به حمایت مالی از کودک خود هستند» (Mayer, 1998: 248).

نکته مهم دیگر این است که برای لازم‌النفقه بودن بچه، لازم نیست او فرزند مشترک زوجین باشد. اصطلاح «بچه خانواده» در قانون به‌طور وسیعی تعریف شده و شامل بچه‌های مشترک زوجین و بچه‌های غیرهمخون (ناتنی) نیز می‌گردد؛ قانون اسباب و علل زناشویی مصوب ۱۹۷۳م. در این مورد مقرر می‌دارد که هرگاه دو نفر با یکدیگر ازدواج نمایند و زن از همسر قبلی خود دارای بچه‌ای باشد، طرف دیگر ازدواج (شوهر دوم) نسبت به آن کودک التزام و تعهد دارد (ماده ۵۲ قانون اسباب و علل زناشویی ۱۹۷۳م.).

در این بخش از سه حقوق مذکور حضانت در ایران هم حق و هم تکلیف است در حالی که در حقوق انگلستان و کانادا حضانت، تنها تکلیف و مسئولیت برای اولیا به وجود می‌آورد و حق نیست بنابراین قابل انتقال یا اسقاط نیست و این دادگاه است که بنا به نیاز سرپرست کودک را تغییر می‌دهد و کودک را از والدین می‌گیرد. اما در حقوق ایران اگرچه مطابق ماده (۴۱) قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ش. «هرگاه دادگاه، تشخیص دهد ... 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

1. In determining what is in the best interests of the child, the court shall not take into consideration the past conduct of any person unless the conduct is relevant to the exercise of their parenting time, decision-making responsibility or contact with the child under a contact order.

اتخاذ کند» اما به نظر می‌رسد به دلیل حق داشتن والدین بر کودک حتی در شرایط بحرانی مانند آزار کودکان توسط اولیا، دادگاه کودک آزار دیده را باز به همان اولیا شکنجه‌گر برمی‌گرداند.

۳. اولویت حضانت

۳-۱. اولویت حضانت در حقوق ایران

نگاهداری و تربیت کودک با هر دو والدین است و قانون برای این که بین آنها در انتخاب روش لازم در نگهداری و تربیت اختلافی به وجود نیاید، تمهیدی اندیشیده و تربیت و نگاهداری مادر را تا ۷ سالگی بر پدر مقدم داشته و پس از آن قانون پدر را بر مادر مقدم داشته است و او می‌تواند آن‌گونه که می‌خواهد روش مناسب در تربیت کودکان به کار بندد و مادر نمی‌تواند وی را از آن بازدارد و یا روش دیگری را بر او تحمیل نماید (امامی، ۱۳۹۰: ۱۹۱-۱۹۲). بدین‌گونه در حقوق ایران بین حضانت پدر و مادر تفاوت قائل شده است و سن خاصی را برای حضانت والدین در نظر گرفته است. مطابق ماده (۱۱۶۹) ق.م. «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی وی جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است».

درباره سن اعلام‌شده برای حضانت کودک توسط مادر این‌گونه آورده شده است که کودک در سنین پایین اصولاً وابستگی عاطفی بیشتری به مادر دارد و این وابستگی از دوران جنینی آغاز می‌گردد. همچنین از بعد روانی و جامعه‌شناختی نیز سن ۷ سالگی در تعیین اولویت مادر، در نگهداری کودک، چه پسر باشد، چه دختر، سن مناسبی به نظر می‌رسد، هر چند که بعضی از فقهای امامیه تا سن بلوغ برای مادر اولویت قائل شده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹: ۴۸). بعد از ۷ سالگی نیز، مطابق تبصره ماده (۱۱۶۹) ق.م. «بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد». در این باره دادگاه حتی ممکن است حضانت طفل را به فرد ثالثی غیر از والدین واگذار کند.

هرکدام از والدین باید در دوران حضانت، دیگری را حمایت نماید و از معاضدت با وی کوتاهی ننماید. مطابق ماده (۱۱۰۴) ق.م. «زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند».

در صورتی که نکاح بین والدین منحل شود و یا والدین در محل‌های جداگانه سکونت داشته باشند، کودک نزد کسی می‌ماند که در حضانت او بوده است و طرف دیگر نمی‌تواند بخواهد که کودک در حضانت وی قرار گیرد، حتی اگر پدر باشد، زیرا موجبی برای زوال اولویت حق حضانت موجود نشده است. فردی که حضانت به عهده اوست، تکالیف قانونی خود را انجام می‌دهد و طرف دیگر حق ملاقات طفل را دارد. ماده (۱۱۷۴) ق.م. در این رابطه چنین می‌آورد: «در صورتی که به علت طلاق یا به هر علت

دیگر ابوبن طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هریک از ابوبن که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوطه به آن در صورت اختلاف بین ابوبن با محکمه است».

۲-۳. اولویت حضانت در حقوق انگلستان

در حقوق انگلیس، سن خاصی را برای کودک تحت حضانت والدین وجود ندارد و دادگاه و بسته به شرایط در این باره تصمیم‌گیری می‌کند. در شرایط عادی زمانی که زن و شوهر باهم زندگی می‌کنند، پدر و مادر طفل مسئولیت نگهداری و سرپرستی آنها را به عهده‌دارند و در صورت قصور، مسئولیت دارند. در شرایط غیرعادی، یعنی حالتی که پدر و مادر جدا از هم زندگی می‌نمایند، نگهداری و سرپرستی اطفال تابع شرایط و احکام خاصی است. در حالتی که پدر و مادر جدا از هم زندگی می‌کنند، مادر نسبت به نگهداری کودک اولویت دارد و اگر مادر فوت شود، اولویت با پدر است. در حالتی هم که هیچ‌کدام وجود نداشته باشند و یا شرایط لازم را نداشته باشند اولویت با پدر بزرگ و مادر بزرگ کودک است (Gaffney, 2012: 72).

بنابراین، اگر اختلافی بین والدین بروز کند یا رسیدگی‌های راجع به طلاق اتفاق بیفتد، ممکن است درخواست‌نامه‌ای به محضر دادگاه ارسال شود. در این حالت دادگاه اوضاع و احوال قضیه را بررسی می‌کند و درباره موضوع حضانت تصمیم می‌گیرد، آن هم با در نظر گرفتن این نکته که مهم‌ترین ملاحظات، رفاه و آسایش کودک است. البته برای مراقبت از کودک، در شرایط فوق، نیاز به مجوز خاص از محاکم ذی‌صلاح، یعنی دادگاه و مراکز خاص امور کودکان است. بدین گونه که متقاضی سرپرستی و نگهداری کودک، باید درخواست کرده باشند، توانایی لازم را دارد و بتواند مراجع فوق را درخصوص مجوز نگهداری کودک اقناع کند. بدیهی است در صورت عدم احراز شرایط لازم، از قبیل: علاقه کافی، توانایی مالی و صلاحیت فردی و غیره در شخص متقاضی، وی حتی اگر پدر، مادر، مادر بزرگ و یا پدر بزرگ کودک هم باشد درخواست وی رد می‌شود. مهم‌ترین اصل در احراز شرایط لازم برای نگهداری کودک، رفاه و آسایش وی است (Burton, 2010: 73). در موارد مشکوک و ضروری، تا زمان احراز شرایط خاص، مجوز قطعی صادر نشده و صرفاً دستور اقامت کودک همراه با اعمال نظارت ویژه صادر می‌شود (Wallbank, 2010: 18).

در حقوق انگلیس، کسانی که عهده‌دار حضانت کودک هستند، باید شرایطی^۱ را فراهم نمایند تا دادگاه

۱. این شرایط د باید هنگام طلاق احراز شود. علاوه بر آن این شرایط نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد: ۱- مراقب اولیه کیست؟ ۲- توانایی والدین برای ارائه ۳- پیوند والدین و فرزند ۴- رابطه والدین و کودک ۵- شخصیت و تاریخچه هر یک از والدین ۶- بهترین منافع کودک و ۷- در صورت اقتضای خواسته‌ها و احساسات کودک. دادگاه هم شخصیت هر یک از والدین و هم سابقه گذشته آنها را در نظر می‌گیرد. اگر سابقه خشونت یا سوء استفاده یکی از والدین وجود داشته

با لحاظ آن شرایط، حکم به حضانت کودک دهد. از جمله این شرایط می‌توان به داشتن سن قانونی^۱، عاقل بودن، توانایی عملی در نگهداری و تربیت طفل، داشتن اقامت در انگلستان و شایستگی اخلاقی اشاره نمود. در مواردی دادگاه حتی در صورتی که شخص سرپرست به طفل توهین^۲ کرده از وی لغو حضانت نموده است (Gaffney, 2012: 73).

باید اشاره شود که در حقوق انگلستان، فرزند نامشروع تحت سرپرستی مادر خود است و مادر مکلف است نفقه او را تا ۱۶ سالگی بپردازد. پدر اسمی جز در موردی که دادگاه مؤسستریت حکم «انفاق به کودک نامشروع توسط پدر مدعی ابوت» را علیه او صادر کرده، هیچ تعهدی نسبت به تأمین وسایل آسایش کودک ندارد. اگر چنین حکم شده باشد، پدر اسمی مسئول است نفقه کودک را تا ۱۶ سالگی بپردازد، گو این که اگر کودک نیاز به تحصیلات یا آموزش‌هایی بیشتر داشته باشد، این حد به بعد از ۱۶ سالگی نیز کشیده می‌شود.

۳-۳. اولویت حضانت در حقوق کانادا

در باب سرپرستی کودکان در حقوق کانادا، بین پدر و مادر تمایز زیادی قائل نمی‌شود فقط این تمایز قابل توجه وجود دارد که سرپرستی کودکان زیر ۱۰ سال را در حد امکان به مادر واگذار کند. هنگامی که هر یک از زوجین خواستار حق حضانت فرزند هستند با یکدیگر به توافق نرسند قاضی دادگاه بر پایه اصول زیر در این مورد تصمیم‌گیری می‌کند: الف: تأمین حداکثر مصالح و علائق کودک همواره در اولویت است. ب: کودک باید تا آنجا که مصالح و علائق وی اجازه می‌دهد هم با پدر و هم با مادر خود تماس و ارتباط داشته باشد. «در تخصیص زمان والدین، دادگاه به این اصل عمل می‌کند که کودک باید به اندازه‌ای که با منافع کودک سازگار است با هر یک از همسران وقت داشته باشد» (بخش ۶ ماده ۱۶ قانون طلاق مصوب ۱۹۸۵م کانادا). ج: رفتار قبلی یکی از والدین توسط دادگاه نمی‌تواند مورد

باشد، دادگاه حضانت والدی را که تهدیدی برای کودک تلقی شود، رد می‌کند. دادگاه همچنین هرگونه رویداد منفی در گذشته، مانند محکومیت‌های کیفری، اعتیاد، یا هر چیز دیگری را که ممکن است مشکوک ببیند، در نظر می‌گیرد. دادگاه سلامت روانی و جسمی هر یک از والدین را بررسی خواهد کرد تا اطمینان حاصل کند که آنها برای مراقبت ایمن از کودک مناسب هستند.

۱. دادگاه همچنین می‌تواند حقوق و تعهدات والدین را به والدینی که صغیر هستند اما بالای ۱۶ سال سن دارند، در مورد حضانت فرزند صغیر، با رعایت شرایط مندرج در بند ۲۹ قانون خانواده، اعطا کند.

۲. سوء استفاده زمانی ممکن است که والدین «مسئول یک سری رویدادهای توهین‌آمیز درباره یک یا چند فرزند باشند» حکم خاتمه داده شود (بند دی ماده ۴۵ ای حقوق کودکان ۲۰۰۴).

Abuse. Termination may be ordered when a parent "has been responsible for a series of abusive events concerning one or more children."

توجه قرار بگیرد مگر اینکه رفتار مذکور بر توانایی فرد جهت ایفای نقش پدری یا مادری تأثیرگذار باشد (Burton, 2010: 264).

در حقوق کانادا مانند حقوق انگلستان، کسانی که عهده‌دار حضانت کودک هستند، باید شرایطی را فراهم نمایند که دادگاه به لحاظ آن شرایط، حکم به حضانت کودکان دهد. از جمله این شرایط داشتن سن قانونی، عاقل بودن، توانایی عملی در نگهداری و تربیت طفل، داشتن اقامت در کانادا و شایستگی اخلاقی هست. حتی در صورتی که شخص سرپرست به طفل توهین کرده از او لغو حضانت می‌کند (Ryan, 2004: 184, Ryan, 1995: 212-213).

همان طور که پیش‌تر نیز گفته شد در حقوق کامن‌لا، تأمین حداکثر مصالح و علایق کودک^۱ همواره در اولویت است. قاضی برای تشخیص بیشترین مصالح و علائق کودک را مد نظر قرار می‌دهد (Kronby, 2010: 183). دادگاه معمولاً به خواسته کودکان توجه می‌کند به‌ویژه این که نوجوان باشند. همچنین دادگاه هنگام بررسی بهترین مصالح و منافع کودک «به ایمنی، امنیت و رفاه جسمی، عاطفی و روانی کودک توجه اولیه خواهد کرد» (بند ۲ ماده ۱۶ قانون طلاق مصوب ۱۹۸۵م). در تعیین بهترین منافع و مصالح کودک^۲، دادگاه کلیه عوامل مربوط به شرایط کودک را در نظر می‌گیرد که شامل موارد زیر می‌شود:

- الف) نیازهای کودک، با توجه به سن و مرحله رشد کودک، مانند نیاز کودک به ثبات؛
- ب) ماهیت و استحکام رابطه کودک با هر همسر، هر یک از خواهران و برادران و پدربزرگ و مادربزرگ کودک و هر شخص دیگری که نقش مهمی در زندگی کودک ایفا می‌کند. (معمولاً خواهران و برادران باید در کنار هم زندگی کنند، اما در برخی موارد ممکن است با جدایی آنها موافقت شود).
- ج) تمایل هر یک از همسران برای حمایت و توسعه روابط کودک با همسر دیگر؛
- د) سابقه مراقبت از کودک؛ (کدام یک از والدین در بیشتر مواقع نگهداری کودک را بر عهده داشته؟ کدام یک کودک را به دکتر و دندان‌پزشک می‌برده است؟ چه کسی با معلمان و مدرسه کودک در ارتباط بوده؟ و...).

۱. بهترین منافع کودک، اصلی حقوقی است که در گذر زمان از طریق قانون‌گذاری و رویه قضایی توسعه یافته است.
 ۲. زمانی که دادگاه‌ها در مورد فرزندپروری حکمی می‌دهند، بهترین منافع کودک است. از آنجایی که هر کودک با کودک دیگر و هر خانواده با خانواده دیگر متفاوت است، در نتیجه یک ترتیب والدینی که ممکن است به نفع یک کودک باشد، اما برای کودک دیگر نفع نباشد. بنابراین، همانطور که کمیته مشترک ویژه حضانت و دسترسی به کودکان در گزارش خود به خاطر کودکان در سال ۱۹۹۸ اشاره کرد، یک فرض به نفع یک ترتیب خاص والدین احتمالاً به نفع کودکان نخواهد بود. ترتیب والدینی برای یک کودک باید بهترین برای آن کودک در موقعیت خاص آن کودک باشد.

ه) نظرات و ترجیحات کودک؛ نظرات و ترجیحات کودک، با توجه به سن و بلوغ کودک، مگر اینکه نتوان آنها را مشخص کرد. (سن مشخصی که کودک در آن سن حق انتخاب مادر یا پدر برای سرپرستی و تربیت خود را داشته باشد وجود ندارد. متناسب با سن کودک دادگاه وزن بیشتری را به آرزو و خواسته کودک اختصاص می‌دهد؛ معمولاً خواسته و نظر فرزندان نوجوان مورد پذیرش دادگاه نیز قرار می‌گیرد).

و) تربیت و میراث فرهنگی، زبانی، مذهبی و معنوی کودک، از جمله تربیت و میراث بومی؛
ز) هرگونه برنامه‌ای برای مراقبت از کودک؛ (هریک از والدین برای مراقبت و تربیت کودک چه طرح و برنامه‌هایی را در نظر دارند).

ح) توانایی و تمایل هر فردی که در مورد او دستور مراقبت و برآوردن نیازهای کودک اعمال می‌شود
ج) توانایی و تمایل هر فردی که این دستور برای ارتباط و همکاری، به ویژه با یکدیگر، در مورد مسائل مربوط به کودک در مورد آنها اعمال می‌شود؛
ی) هرگونه خشونت خانوادگی و تأثیر آن بر سایر موارد،
ک) هرگونه رسیدگی مدنی، جنایی، قانونی، شرایط یا اقدامی که مربوط به ایمنی، امنیت و رفاه کودک باشد (بند ۳ ماده ۱۶ قانون طلاق مصوب ۱۹۸۵م کانادا).

به‌هرحال حضور هر دو والدین در جنبه‌های طولانی مدت زندگی کودک به پایان نمی‌رسد (مانند تصمیمات روزانه). والدین باید در شهر یا شهرستانی تقاضای سرپرستی کودک خود را بنمایند که فرزندان معمولاً در آنجا زندگی می‌کند. اگر تغییر شرایط زندگی هر یک از والدین بسیار مهم باشد، احکام در مورد سرپرستی یا دسترسی نیز تغییر می‌کنند.

از بین سه حقوق مزبور اولویت حضانت در ایران تا سن ۷ سالگی با مادر و پس از آن با پدر، در حقوق کانادا تا حد امکان کودکان زیر ۱۰ سال با مادر و در حقوق انگلیس سن خاصی برای حضانت کودک وجود ندارد. البته در هر سه حقوق اگرچه حضانت با یکی از والدین است اما به معنای سلب مسئولیت از دیگری نیست و هر دو والدین همدیگر را در تربیت فرزند باری می‌دهند مگر این که دادگاه براساس منافع و مصلحت کودک این امر را به دلایلی ممنوع کرده باشد.

نتیجه‌گیری

باتوجه به مطالب مطرحه حقوق این سه کشور در ارتباط با حضانت بایکدیگر دارای تفاوت‌هایی است که به نوع عقد ازدواج و انحلال آن برمی‌گردد. در حقوق ایران، ازدواج و انحلال آن، به اختیار مرد است و

۱. جا دارد تا اشاره شود انحلال نکاح در حقوق ایران عبارت است از انقطاع و از بین رفتن رابطه زناشویی که اسباب آن عبارتند از: طلاق، فوت، فسخ، و بطلان و بذل مدت در عقد انقطاع (ماده ۱۱۲۰ ق.م.) که در این مقاله تنها طلاق مورد

شوهر به طور مطلق بدون ذکر علت خاصی می‌تواند زن را طلاق دهد. اما در حقوق کامن‌لا این حق به تساوی به زن و مرد داده شده و دادگاه است که در این باره تصمیم می‌گیرد. بسیاری از مباحث حقوق کانادا (به استثنای ایالت کبک) تحت حقوق کامن‌لا است، بنابراین، شباهت بسیاری با حقوق انگلستان دارد و تنها تفاوت‌های جزئی بین آنها دیده می‌شود.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران اگرچه تلاش‌هایی را در جهت تساوی حقوق مادر و پدر در حضانت کودک برداشته است با این حال هنوز دارای تبعیض‌هایی است. در حضانت اگرچه حضانت کودکان را تا ۷ سال به مادر می‌دهد اما ولایت آن‌ها همچنان با پدر و سپس جد پدری است. در حالی که در حقوق کامن‌لا پدر و مادر می‌توانند خواهان حضانت کودک شوند و دادگاه بدون تبعیض بین زن یا مرد بودن بر اساس تأمین حداکثر مصالح و منافع کودک تصمیم می‌گیرد و رأی به حضانت یکی از آنها و یا به اشتراک می‌دهد.

در حقوق کامن‌لا، حضانت وسیع‌تر از واژه حضانت در حقوق ایران است و ولایت و قیمومیت را نیز در بر می‌گیرد. در حقوق مزبور هر چیزی از جمله جنون که موجب خسران مادی و روانی کودک تحت حضانت مادر یا پدر شود، موجب سلب حضانت می‌گردد. در حقوق ایران نیز همین گونه است. اگرچه به این مسئله در ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی و در حق مادر اشاره نموده اما آن به پدر نیز تسری می‌یابد. اما ازدواج مادر که در حقوق ایران موجب سلب حضانت وی می‌گردد در حقوق کامن‌لا، تأثیری در حضانت ندارد.

توجه قرار گرفته است. در طلاق ماده (۱۱۶۹) ق.م. درباره سن کودکان چنین می‌آورد: برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی وی جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره این ماده واحده چنین می‌آورد: بعد از ۷ سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد. اما با فوت این اتفاق نمی‌افتد. چنان که قانون مدنی در این زمینه چنین می‌آورد: «در صورت فوت یکی از ابوی، حضانت طفل با آن که زنده است خواهد بود هر چند متوفا پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد» (ماده ۱۱۷۱ ق.م.). بدینگونه، در صورتی که پدر مرده باشد حضانت تکلیف منحصر مادر خواهد بود (امامی، ۱۳۹۰: ۲۰۳-۲۰۴). بنابراین، با تفاوت در انحلال نکاح، حضانت نیز متفاوت خواهد شد.

فهرست منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۰۸ق، لسان العرب، لبنان، احیاء التراث العربی، ج ۱، ج ۳.
- افشار، حسن، ۱۳۷۹ش، کلیات حقوق تطبیقی، تهران، دانشگاه تهران، ج ۱، ج ۱.
- امامی، سیدحسن، ۱۳۹۰ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۹، ج ۵.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۸ش، مبسوط ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ج ۳.
- حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، قواعد الاحکام فی المعرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۲.
- شهیدثانی، زین الدین، ۱۴۱۶ق، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ج ۲.
- شیروی، عبدالحسین، ۱۳۸۴ش، حقوق تطبیقی، تهران، سمت، ج ۱.
- صفایی، سیدحسین، امامی، اسدالله، ۱۳۶۹ش، حقوق خانواده، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ج ۱.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۸ش، حقوق مدنی خانواده، تهران، بهمن برنا، ج ۳.
- معین، محمد، ۱۳۸۲ش، فرهنگ فارسی یک جلدی، تهران، نشر سرایش، ج ۵.
- موسوی بجنوردی، سید محمدحسن، ۱۳۸۹ق، القواعد الفقهیه، نجف، مطبوعه الآداب، ج ۳، ج ۳.

References

- Black, J. D., Bridge, J., Bond, T., Gribbin, L., & Reardon, M. (2012). A Practical Approach to Family Law (9th ed.). Oxford University Press.
- Burton, F. (2010). Family Law. Palgrave.
- Civil Marriage Act. (2005). Act current to 2021-08-10 and last amended on 2015-06-18. In Justice Laws Website. Retrieved from <http://laws-lois.justice.gc.ca>
- Divorce Act Canada. (1985). Act current to 2021-08-10, last amended on 2021-08-10. In Justice Laws Website. Retrieved from <http://laws-lois.justice.gc.ca>
- Freeman, M. (2010). Family Values. Palgrave.
- Gaffney, R. (2012). Family Law. Oxford University Press.
- Herring, J. (2014). Family Law (A Very Short Introduction). Oxford University Press.
- Kronby, M. (2010). Canadian Family Law. Wiley.
- Mayer, D. (1998). Divorce in Canada. Ottawa, K1A.
- Melli, M. S., Brown, P. R., & Cancian, M. (1997). Child Custody in a Changing World: A Study of Post-divorce Arrangements in Wisconsin. U. Ill. L. Rev.
- Ministry of the Attorney General. (2012). What You Should Know About Family Law in Ontario. Court Services Division.
- Ryan, E. (1995). Divorce in Canada. Ottawa, Ontario.
- Ryan, W. F. (2004). The Law Reform Commission of Canada. Ottawa.
- Silver, C. (1995). Family Autonomy and the Charter of Rights: Protecting Parental Liberty in a Child-Centered Legal System. Ottawa.

The Law of Succession. (1995). Retrieved from:

<http://www.Londonexternal.ac.uk/currentstudents/programmerresources/laws/subjectguides/succession.shtml>

Wallbank, J. (2010). Family Law. Rutledge.

Persian and Arabic Sources

Afshar, H. (1379 SH). General Principles of Comparative Law (Vol. 1, Pt. 1). University of Tehran.

Helli, H. i. Y. (1413 AH). Qawaid al-Ahkam fi al-Ma'rifah al-Halal wa al-Haram (Vol. 2). Islamic Publication Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom.

Ibn Manzur, M. i. M. (1408 AH). Lisan al-Arab (Vol. 1, Pt. 3). Ihya al-Turath al-Arabi Publication.

Imami, S. H. (1390 SH). Civil Law (Vol. 9, Pt. 5). Islamic Publications.

Jafari Langroudi, M. J. (1378 SH). Comprehensive Legal Terminology (Vol. 3). Ganj Danesh Publication.

Katouzian, N. (1378 SH). Civil Family Law (Vol. 3). Bahman Barana Publication.

Mo'in, M. (1382 SH). One-Volume Persian Dictionary (Vol. 5). Sarayesh Publication.

Musavi Bojnurdi, S. M. H. (1389 AH). Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah (Vol. 3, Pt. 3). Matba'at al-Adab Publishing.

Safa'i, S. H., & Imami, A. (1369 SH). Family Law (Vol. 1). Tehran University Press.

Shahid Thani, Z. a.-D. (1416 AH). Masalik al-Afham ila Tanqih Sharayi al-Islam (Vol. 2). Islamic Knowledge Institute.

Shiravi, A. H. (1384 SH). Comparative Law (Vol. 1). SAMT Publishing.