

Impact of Insanity and Marriage of Mother on Child Custody in Iranian Law: A Comparative Study with American Law

Sayed Mohammad Hassan Malaekhepour Shoushtari¹

Ala Sadat Afghah²

Received: 15/04/2018; Accepted: 27/08/2018

Abstract:

One of the protective institutions for the child in Iranian Law is custody. In Iranian Civil Code, in articles regarding custody commenced with "on caring and upbringing of the child, Article 1168 provides: "Childcare is both the right and the duty of Abūin." It can be understood from this Article that the legislator has protected the right to custody of parents toward the child equally. However, the way in which some of the legal material is formulated instills doubt into one's mind as to the legislator's maximum protection of the custody of the father. One of these statutory provisions is Article 1170 of the Civil Code concerning the madness and maternal marriage and its impact on the custody of the child in which madness and marriage of mother are considered as barriers to custody. In this paper, with adopting the accepted view in Iranian law based on which the purpose of the legislation on the issues regarding law of the family is preserving the foundation of the family and taking into account the high interests of the child, through a comparative study of the subject in American law, the impact of madness and the mother's marriage on her right to custody to the child will be addressed. In the case of maternal insanity, after considering the legal material, it was concluded that the insanity of each of Abūin caused barrier to custody due to his/her inability to take care of himself/herself and *a fortiori* the child's care. Concerning the impediment of maternal marriage for his custody, the result is that the use of such a ground is not justified.

Keywords: Custody, Child, Marriage, Insanity, American Law.



1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Economic and Social Sciences, Shahid Chamran University of Ahvaz (Corresponding Author); Email: h.malaekhepour@scu.ac.ir
2. Ph. D. Candidate in Women Studies, Department of Women Studies, Faculty of Woman and Family, University of Religions and Denominations.

تأثیر جنون و ازدواج مادر بر حضانت کودک در حقوق ایران: با مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا

سید محمد حسن ملائکه پور شوشتری^۱

تاریخ دریافت ۹۷/۰۱/۲۶ - تاریخ پذیرش ۹۷/۰۶/۰۵ آلاسادات افقه^۲

چکیده

یکی از نهادهای حمایتی از کودک در حقوق ایران، حضانت است. در قانون مدنی در مواد مربوط به حضانت که با عنوان «در نگهداری و تربیت اطفال» شروع شده است، ماده‌ی ۱۱۶۸ مقرر داشته است: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است». از این ماده می‌توان برداشت نمود که قانون‌گذار از حق حضانت پدر و مادر نسبت به طفل به طور یکسان حمایت نموده است؛ با وجود این، شیوه‌ی تدوین برخی از مواد قانونی به‌گونه‌ای است که شائبه‌ی حمایت حداکثری قانونگذار از حضانت پدر را در ذهن ایجاد می‌نماید. یکی از این مواد قانونی، ماده‌ی ۱۱۷۰ قانون مدنی در مورد جنون و ازدواج مادر و تأثیر آن بر حضانت کودک است که جنون و ازدواج مادر را از موانع حضانت دانسته است. در این راستا، در مقاله‌ی حاضر کوشش شده است با این نگاه و بر اساس منطق پذیرفته شده در نظام حقوقی ایران که هدف از تقنین در موضوعات مربوط به حقوق خانواده حفظ بنیان خانواده و در نظر گرفتن مصالح عالی‌ه کودک است، با بررسی تطبیقی موضوع در حقوق آمریکا، به تأثیر جنون و ازدواج مادر بر حق حضانت وی بر کودک پرداخته شود. درباره‌ی جنون مادر پس از بررسی مواد قانونی، این نتیجه به دست آمد که جنون هر کدام از ابویین به دلیل عدم توانایی سرپرستی خود و به طریق اولی سرپرستی طفل، برای حضانت مانع ایجاد می‌کند. در مورد مانع بودن ازدواج مادر برای حضانت او نیز نتیجه آن است که اطلاق چنین موجبی موجه نیست.

واژگان کلیدی: حضانت، کودک، ازدواج، جنون، حقوق آمریکا.

۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده اقتصاد و علوم اجتماعی، دانشگاه شهید چمران اهواز (نویسنده مسئول)؛

رایانامه: h.malaekhpour@scu.ac.ir

۲ دانشجوی دکتری مطالعات زنان، گروه مطالعات زنان، دانشکده زن و خانواده، دانشگاه ادیان و مذاهب.





مقدمه

به رغم تغییرات سریع در سبک زندگی، هنوز هم خانواده مهم ترین نهاد اجتماعی محسوب می شود. بنابراین وضع قوانین باید در راستای استحکام خانواده و بخصوص مصالح کودک باشد. یکی از مواد قانونی، که براساس این اهداف نیاز به اصلاح دارد، ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی راجع به جنون و ازدواج مادر و در نتیجه ایجاد مانع برای حضانت مادر نسبت به طفل است.

هرچند بر اساس عموماً و به استناد سایر قوانین، جنون پدر نیز از موانع حضانت و یا از موجبات سلب حق حضانت طفل از وی است، اما وضع ماده جداگانه در مورد مادر و اشاره صرفاً به جنون وی، شائبه حمایت حداکثری از پدر در مقابل مادر را القاء می نماید. ادامه ماده نیز که مقرر داشته است: «اگر مادر به دیگری شوهر کند، حضانت با پدر خواهد بود»، می تواند سبب عسر و حرج مادر و فرزند شود، همچنین اطلاق این ماده نیز می تواند برخلاف مصالح عالیّه کودک باشد.

فتوایی در زمینه حضانت وجود دارد، بدین شرح که بعضی از فقها در پاسخ به سوالی مبنی بر این که اگر عمل به حق حضانت مستلزم عسر و حرج فوق العاده باشد، مثل این که گرفتن فرزند از مادر و رد به پدر باعث مشقت غیرقابل تحمل برای مادر باشد در این صورت آیا باز حق حضانت ثابت است یا به علت حرج، ساقط می شود؟ در پاسخ بیان نموده اند: اگر مشقت غیرقابل تحمل برای مادر است پدر نباید فرزند را از مادر جدا کند (موسوی الخمینی، ۱۴۲۲: ۲۱۴ و بهجت، ۱۴۲۸: ۱۳۴).

بنابراین از یک سو ممکن است جدا نمودن مادر از فرزند موجب عسر و حرج مادر و فرزند شود و هم برخلاف مصالح فرزند باشد و از طرف دیگر عدم ازدواج مادر نیز باعث عسر و حرج او شود. در جامعه فراوان است مواردی که مادران بسیاری بعد از طلاق،



موقعیت های خوب برای ازدواج دارند ولی از ترس این که مبدا حضانت فرزند را از دست بدهند، از آن چشم پوشی می نمایند.

این در حالی است که قانون چنین محدودیتی را برای پدر در نظر نگرفته است. بلکه هم از حق حضانت پدر و هم ازدواج دوباره او حمایت کرده است. وضع چنین مقرره های قانونی می تواند برخلاف مصالح عالیه کودک باشد و هم سبب عسر و حرج مادر و فرزند شود. بنابراین قابل پذیرش به نظر نمی رسد.

برای ارائه تحلیل درست از موضوع، نخست به ماهیت حضانت در فقه و حقوق ایران و سپس به بررسی و نقد ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی راجع به جنون مادر و ازدواج او با دیگری پرداخته و در پایان پیشنهادات در این زمینه ارائه می گردد. در این زمینه نگاهی تطبیقی به حقوق آمریکا شده است. از این منظر که در حقوق این کشور در مسائل مربوط به نگهداری کودک، مصلحت کودک نخستین ملاک در تصمیم گیری های قضایی است.

پایه حقوق ازدواج در حضانت کودک: حقوق ایران؛ باطلاری، تقی رحمتی آمریکا

۱. ماهیت حضانت در فقه، حقوق ایران و آمریکا

حضانت در مورد کودکان بکار می رود. از منظر اسناد بین المللی باید اذعان نمود به استناد ماده یک کنوانسیون حقوق کودک سازمان ملل، کودک به طفل زیر ۱۸ سال اطلاق می شود.^۱ برای شناخت حضانت و بررسی آثار و احکام آن لازم است ابتدا اصطلاح مذکور را در فقه و سپس در حقوق ایران مورد مذاقه قرار دهیم. قبل از آن در تعریف لغوی حضانت باید گفت: واژه ی حضانت از حضن گرفته شده و معادل فارسی آن پهلو می باشد، حضانت را در زیر بال گرفتن، در بر گرفتن، در دامن خود پروردن، پروراندن، دایگی و پرستاری معنا کرده اند. (معین، ۱۳۵۳: ۱۳۶۰)



^۱for the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.



۱-۱. ماهیت حضانت در فقه

فقیهان، حضانت را در برابر همان معنای لغوی تعریف کرده و می‌گویند: حضانت عبارت از: ولایت بر طفل برای تربیت و تامین مصالح مربوط به او (جبعی العاملی، ۱۴۱۳: ۴۲۱).

علامه حلی در قواعد الاحکام می‌گوید: «حضانت عبارت است از: ولایت و سلطنت بر تربیت فرزند و این تعبیر، در واقع همان نگهداری فرزند و تربیت نمودن اوست» (حلی، ۱۴۱۳: ۱۰۱).

صاحب جواهر در تعریف حضانت از علامه در قواعد و شهید ثانی در مسالک پیروی و حضانت را ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و متعلقات آن از قبیل محافظت و نگهداری او، خواباندن، سرمه کشیدن، تمیز کردن، حمام کردن، شستن لباس‌هایش؛ و این‌گونه موارد می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۳).

در فقه عمدتاً سه نظر در مورد ماهیت حضانت وجود دارد که عبارتند از:

۱-۱-۱- حضانت به‌عنوان حقی قابل اسقاط: میرزای قمی در این خصوص نوشته است: ظاهر اخبار و ادله این است که حق حضانت برای اهل آن ثابت است بر وجه اولویت و رخصت، نه این که واجب باشد بر او، پس هرگاه مادر قبول نکند حضانت را (در جایی که حق او است) بر او لازم نیست و او را نمی‌توان اجبار کرد، هم چنین هر گاه پدر و مادر هر دو امتناع کنند، زیرا حضانت غیر معنی انفاق است تا از آن اجبار مستفاد شود. (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۳۵۵) همچنین حضانت حق است و اقتضای حق این است که صاحب آن می‌تواند حق خود را ساقط نماید و علی القاعده وجوب و الزام ممتنع از امر حضانت به دلیل حق بودن آن جایز نیست و بهتر است که مثل امور محجورین آن را واجب کفایی تلقی نمود. ولی در هر حال اجرت حضانت، رضاع و نفقه‌ی طفل بر عهده‌ی کسی است که شرعاً مکلف به انجام آن است (ذوالمجدین، ۱۳۸۸: ۳۸۴).

۱-۱-۲- حضانت به‌عنوان حکم و غیر قابل اسقاط: لذا نوشته اند: «حضانت واجب است و نمی‌توان آن را ساقط نمود، زیرا سبب حفظ و بقای طفل می‌شود» (مکی عاملی، بی‌تا: ۷۳). بنابراین مطابق این نظر حضانت نسبت به مادر و پدر حکم یا تکلیف است و هیچ‌کدام





توان اسقاط حضانت را به سبب جلوگیری از تلف شدن طفل ندارند. بعضی از فقها درباره -
 ی این نظر نوشته اند: چنین نظری پسندیده است زیرا از تلف شدن فرزند جلوگیری می کند
 (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۴۶۴). هر چند که خودشان چنین نظری را انتخاب ننموده اند. اما
 دقت در این نظر نشان می دهد که درست مقابل نظر پیشین قرار دارد. به دلیل این که در نظر
 قبلی حضانت صرفاً حق پدر و مادر محسوب می شود و می توانند آن را اسقاط کنند، ولی
 در نظر اخیر حضانت نسبت به پدر و مادر واجب است و نمی توانند آن را اسقاط نمایند.

۱-۱-۳- حضانت حق مادر و حق و تکلیف پدر: مطابق با این نظر باید میان پدر و مادر
 در مورد حضانت فرق گذاشت. بدین معنی که اگر مادر از نگاهداری طفل امتناع کند،
 حضانت به پدر واگذار می شود و اگر هر دو امتناع کنند، پدر مجبور می گردد، پس
 حضانت نسبت به مادر حق و در مورد پدر، هم حق و هم تکلیف است (جبعی عاملی،
 ۱۴۱۰، ج ۵: ۴۶۴). پس حضانتی که حق مادر است، او می تواند این حق را ساقط نماید
 ولی حضانتی که متعلق به پدر است، او نمی تواند آن را از عهده‌ی خود ساقط نماید (خو-
 بی، ۱۴۱۰: ۲۸۶).

۲-۱. ماهیت حضانت در حقوق ایران

قانون مدنی در مورد ماهیت حضانت از نظریه دوم فقهی پیروی نموده است، ماده
 (۱۱۶۸) این قانون مقرر می دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است».
 مطابق با این ماده می توان گفت نگاهداری از کودک در زمره‌ی تکالیف پدر و مادر است،
 بنابراین نمی توانند از زیر این بار شانه خالی کنند و بایستی اختیار خود را به مصلحت طفل
 بکار برند. اما چون اجرای هر تکلیف مستلزم داشتن اختیار است، پدر و مادر حق دارند تا
 آنچه را به عهده دارند 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،
 نمی توان آنان را از این امتیاز محروم ساخت (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۲۹ و ۱۳۲).

ماده (۱۱۷۲) قانون مدنی نیز در این راستا مقرر می دارد: «هیچیک از ابویین حق ندارند
 در مدتی که حضانت طفل با آنهاست از نگاهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی
 از ابویین، 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 ابویین 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 تامین کند».

این دو ماده قانونی با توجه به این که حضانت را تکلیف پدر و مادر دانسته اند، به گونه ای که حق امتناع از آن را ندارند قابل دفاع هستند، بدین دلیل که، تامین کننده مصلحت کودک بوده و از رها شدن کودک توسط پدر و مادر جلوگیری می کنند.

پیروی از نظریه حق و تکلیف بودن حضانت برای والدین نشان می دهد که مصلحت کودک در درجه نخست اهمیت قرار دارد. همچنین با توجه به این که قانون حضانت را حق والدین قرار داده، از حق فطری و طبیعی والدین که نگاهداری کودک است دفاع نموده است. اما ظاهر ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی راجع به حضانت می تواند برخلاف مصلحت کودک، هم برخلاف حق طبیعی و فطری مادر در حضانت از فرزندش باشد، بدون در نظر گرفتن این موضوع که آیا در صورت عمل به این ماده قانونی لزوماً مصلحت کودک تامین خواهد شد یا خیر؟

۱-۳. ماهیت حضانت در حقوق آمریکا

تفکیک میان ولایت و قیمومت از یک طرف و حضانت از طرف دیگر که از نهاد های حقوقی ایران می باشد در حقوق آمریکا وجود ندارد. در آمریکا تصمیمات عمده و مهم درباره کودک را با اصطلاح سرپرستی^۱ می شناسند. این اصطلاح را به «حفاظت و نگاهداری» تعریف نموده اند. (Featuring Black's Law Dictionary Free Online

org/custody/), Legal Dictionary 2nd Ed, <https://thelawdictionary>

از منظر نظام حقوقی آمریکا در روابط حقوقی میان والدین و کودک، مرکز ثقل رابطه، کودک می باشد. حمایت های حقوقی نیز بر این محور تنظیم گردیده است. بنابراین با اصطلاح مسئولیت والدین^۲ مواجه می باشیم. در راستای این مسئولیتی که والدین در برابر کودک دارند، مراقبت حمایتی مشترکاً یا به انفراد به والدین داده خواهد شد. حتی اعطای

1. Custody
2. Parent Responsibility



مراقبت حمایتی کودک در برابر پذیرش مسئولیت والدینی به اشخاص دیگر و نهادهای مراقبتی نیز ممکن است اعطا شود.

۲. بررسی تاثیر جنون و ازدواج مادر در حضانت

پس از آن که ماده (۱۱۶۸) قانون مدنی حضانت را هم حق و هم تکلیف ابویین دانسته است، ماده (۱۱۷۰) با عبارت «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود» دو مورد را ذکر می کند که در صورت تحقق آن ها حضانت با پدر کودک خواهد بود. این دو مورد عبارت است از جنون مادر و ازدواج وی با دیگری، که به هر دو مورد در زیر پرداخته خواهد شد.

۲-۱. تاثیر جنون مادر در حضانت

قسمت نخست ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی به صراحت بیان می نماید: «اگر مادر مبتلا به جنون شود حق حضانت با پدر خواهد بود.» به نظر می رسد که ذکر کردن جنون از شرایط حضانت برای مادر از فقه گرفته شده است. فقها جنون مادر را از مواردی دانسته اند که سبب مانعیت برای حضانت یا سقوط حضانت می شود. صاحب جواهر در مبحث حضانت می گوید: «لاحضانه ایضا للمجنونه» یعنی مادری که مجنون باشد حضانت ندارد، به علت عدم توانایی حفظ فرزند و این که تعهد ندارد و خودش نیاز به حضانت دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۷).

همچنین شهید ثانی در مبحث مربوط به حضانت بعد از تعریف حضانت، می گوید: «در طول شیرخوارگی طفل، مادر نسبت به امر حضانت اولویت دارد، اگرچه طفل پسر باشد به شرط آن که مادر، مسلمان و عاقل باشد...» (جبعی العاملی، ۱۴۱۰: ۴۵۸). چنین حکمی البته عقلی نیز می باشد. بدیهی است انسان مجنون به واسطه عدم توانایی عقلی حتی توان نگاهداری خود را هم ندارد تا چه رسد به مواظبت از یک کودک.

اما پرسشی که به میان می آید، حدوث چنین واقعه ای برای پدر و تاثیر آن بر حضانت کودک است. به عبارت دیگر اگر پدر مبتلا به جنون شود، آیا جنون وی بر حق حضانتش تاثیر خواهد داشت و موجب سقوط و یا ایجاد مانع برای آن خواهد شد؟





یکی از استادان حقوق در این زمینه می‌نویسد: جنون پدر نیز در حکم جنون مادر است و در این فرض، حضانت با مادر کودک است، زیرا مصلحت کودک چنین ایجاب می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶۶).

حقوقدان دیگری اظهار نظر نموده است: «این ماده فقط جنون مادر را ذکر کرده و از جنون پدر سخنی نگفته است، لیکن چون جنون مادر خصوصیتی ندارد و ملاک حکم در جنون پدر و مادر یکی است، می‌توان گفت: در صورت جنون پدر، حضانت به مادر واگذار خواهد شد، این قاعده از ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نیز قابل استنباط و بعلاوه موافق نظر فقهای امامیه است» (صفایی، امامی، ۱۳۹۳: ۱۴۲).

همچنین استاد دیگری معتقد است: «حق حضانت برای هر یک از پدر و مادر در صورتی است که قدرت بر اعمال آن را داشته باشند و آن‌که زیانی به حیات و بهداشت طفل از نظر جسمی یا روحی متوجه نشود. بنابراین هرگاه در مدتی که مادر اولی بر حضانت طفل می‌باشد دیوانه شود، چون قادر به نگاهداری و تربیت طفل نخواهد بود و چه بسا که او را در وضعیت خطرناکی بیندازد، حق اعمال حضانت مادر ساقط می‌گردد و پدر تنها کسی خواهد بود که این حق را دارا است. در صورتی که پدر مجنون شود، حضانت طفل به عهده‌ی مادر خواهد بود. زیرا مطابق ماده (۱۱۶۸) قانون مدنی نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است و مستنبط از ماده (۱۱۶۹) قانون مدنی، هر یک از پدر و مادر در تمامی دوران صغر حق نگاهداری را دارا می‌باشند و هرگاه یکی از ابویین به جهتی از جهات نتواند وظیفه خود را انجام دهد دیگری آن را عهده‌دار خواهد بود. بعلاوه نظر به وحدت ملاک ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی حضانت طفل بر عهده‌ی مادر خواهد بود (امامی، ۲۰۶: ۱۳۹۰-۲۰۵).

همچنین یکی از فقهای معاصر از شرایط عامه حضانت برای حضانت کننده را، عقل ذکر نموده است از این جهت که مسلم بودن نیاز به آن در واگذاری حضانت است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۹۴۸). یکی دیگر از فقها نیز، بعد از این که در شرایط مادر گفته: مجنونه‌ای که مخوف است حضانت او ولد را، اهلیت حضانت ندارد، این شرط را نیز در حضانت پدر لازم دانسته است (بهجت، ۱۴۲۶: ۱۰۳ و ۱۰۵). همین‌طور در کتاب فرهنگ فقه مطابق



✱ مذهب اهل بیت علیهم السلام، از شرایط حضانت کننده، عاقل بودن ذکر شده است، بدون این که بین پدر و مادر در این خصوص تفاوتی گذاشته شده باشد (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۳: ۳۱۱-۳۱۰).

پایه حقوق و آموزش در حضانت کودک: حقوق ایران: باطلاری

در تایید نظرات بالا، می توان به ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی و به ویژه بند ۳ آن استناد نمود. ماده مذکور راجع به عدم مواظبت و انحطاط اخلاقی پدر و مادر و تاثیر آن در به خطر افتادن صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی کودک و مانع حضانت بودن است. با توجه به عبارات این ماده، مصادیق این ماده تمثیلی بوده و حصری نیست. هم چنین این ماده یکی از مصادیق را «ابتلا به بیماری های روانی با تشخیص پزشکی قانونی» ذکر نموده است. با توجه به این که اگر پدر، مجنون باشد صحت جسمانی و تربیت اخلاقی کودک در معرض خطر قرار می گیرد و با توجه به حصری نبودن مصادیق این ماده می توان برای جنون پدر نیز به این ماده استناد نمود. همین طور بند ۳ این ماده یکی از مصادیق را بیماری های روانی، ذکر کرده است. بنابراین به طریق اولی می توان جنون پدر را نیز از مصادیق مانعیت حضانت برای او دانست. بر این اساس از این ماده می توان نتیجه گرفت که جنون علاوه بر مانع حضانت برای مادر، برای پدر نیز از موانع حضانت می باشد. مضافاً با توجه به ماده (۴۵) قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ که مقرر می دارد: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه ها و مقامات اجرایی الزامی است» دادگاه حضانت کودک را به مادر مجنون نخواهد سپرد. پس با وجود این ماده دیگر ذکر جنون مادر به صورت جداگانه در ماده (۱۱۷۰) و جاهت قانونی ندارد.

حال با توجه به مطالب ذکر شده و این که جنون هر کدام از ابویین مانع حضانت کودک است، پس چرا قانونگذار صرفاً به ذکر جنون مادر اکتفا نموده است؟ آیا جنون پدر و مادر در خصوصیات و عدم توانایی در نگهداری از طفل با هم تفاوتی دارند که موجب چنین تفاوتی در قانونگذاری شده است؟ آیا نظر مقنن بر این بوده که حق حضانت ابویین با یکدیگر برابر نیست و این حق برای پدر به حمایت بیشتری نیاز دارد؟

همانطور که توضیح داده شد و با توجه به این که مصادیق ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی تمثیلی هستند و با توجه به این که در این ماده بیماری های روانی ذکر شده است که به طریق





اولی می‌توان جنون را از مصادیق ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی دانست، از نظر اصولی و برابر با قواعد عمومی، جنون در هر کدام از ابویین مانع حضانت وی بر کودک می‌شود و از این حیث تفاوتی میان ابویین وجود ندارد. پس ذکر جنون برای مانعیت مادر از حضانت صرفاً جنبه تأکیدی داشته و نمی‌توان از آن برداشت کرد که این شرط برای پدر وجود ندارد. اما چنین تأکیدی از دو جهت فاقد وجهت به نظر می‌رسد. نخست آن که از اصول و فنون قانون‌گذاری است که مقرر قانونی باید با حداقل کلمات ممکن و بدون استفاده از واژه‌های مترادف و آرایه‌های ادبی و عبارات زاید تنظیم گردد. دوم آن که مقرر قانونی باید به نحوی تنظیم شود که موجب ابهام و برداشت‌های نادرست نگردد. از منظر اجتماعی نیز اگر وابستگی کودک به مادر بیشتر از پدر نباشد، اما کمتر نخواهد بود. از قانون‌گذار انتظار می‌رود که در وضع مقررات قانونی به زمینه‌های اجتماعی توجه کرده و به خصوص در مسائل حقوق خانواده با تأکیدی مضاعف، مصالح اجتماعی و حفظ بنیان‌های خانوادگی را در نظر گیرد. یقیناً یکی از مصالحی که سبب پایداری و استواری بنیان خانواده خواهد شد، در نظر گرفتن شرایطی مطلوب برای پدر و مادر در حضانت از کودک با در نظر گرفتن مصلحت کودک است. بعلاوه با توجه به ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی و ماده (۴۵) قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ اساساً دیگر نیازی به کاربرد این واژه در کنار اسم مادر نیست. این ماده با این نحو نگارش موجب این شائبه می‌شود که حضانت مادر چندان مورد حمایت و توجه قانون‌گذار نمی‌باشد و نهایتاً نیز می‌تواند برخلاف مصلحت کودک باشد.

۲-۲. ازدواج مادر با دیگری و تأثیر آن در حضانت بر کودک

همانطور که گفته شد مطابق با قانون مدنی، مادر با ازدواج خود حضانتش را از دست می‌دهد. در این قسمت نخست به بررسی مسقط یا مانع بودن ازدواج مادر بر حضانت، مبانی فقهی و حقوقی لزوم عدم ازدواج مادر برای ایفای حق حضانت و نیز اشکالات وارد بر این موضوع پرداخته خواهد شد.

۲-۲-۱. بررسی مسقط یا مانع بودن ازدواج مادر بر حضانت کودک

در مورد ازدواج مادر این سوال مطرح می‌شود که آیا عواملی مانند ازدواج کردن مادر یا جنون وی باعث سقوط حق حضانت می‌شود یا مانع از آن است و پس از زوال مانع



دوباره حق به مادر باز می‌گردد؟ در این خصوص دو نظر وجود دارد. نخست نظر کسانی که ازدواج مادر را مانع حضانت می‌دانند که با زوال مانع دوباره حق حضانت مادر بر می‌گردد و نظر دوم، کسانی که ازدواج مادر را ساقط کننده حق حضانت می‌دانند. در ادامه به بررسی این دو نظر خواهیم پرداخت:

۲-۱-۱. نظریه مانعیت:

یکی از حقوقدانان در این خصوص می‌گوید: قانون مدنی برای این پرسش پاسخ صریحی ندارد. به نظر می‌رسد که هیچ عامل خارجی نتواند حقی را که پدر و مادر نسبت به نگاهداری از فرزند خود دارند از بین ببرد. مصلحت طفل مهم‌ترین هدف قانون‌گذار است. پس هر جا که حادثه‌ای این مصلحت را به خطر اندازد، حق پدر یا مادر مانع رفع ضرر از طفل نیست. لیکن دلیلی وجود ندارد که پس از زوال مانع و رفع خطر نیز پدر و مادر وضع طبیعی خود را که بنا به فرض مصلحت طفل در آن است، بازنیابند. بنابراین اصطلاح موانع اجرای حق حضانت با طبیعت احکام مربوط به حضانت سازگاری بیشتری دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۰).

در فقه نیز شهید اول در بحث حضانت می‌گوید: «اگر مادر ازدواج کند حضانت او ساقط می‌شود، پس اگر طلاق بگیرد دوباره حضانت مادر بر می‌گردد» (مکی‌العاملی، ۱۴۱۰: ۱۸۹). صاحب‌جواهر نیز در مبحث حضانت همین را عنوان می‌نماید و نظرش بر این است که اگر مادر طلاق بگیرد حضانتش برمی‌گردد. سپس بیان می‌کند که نظر ابن‌ادریس این است که حضانت مادر در این موارد بر نمی‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۰۱). میرزای قمی نیز همین نظر را بیان می‌کند و می‌گوید: هرگاه شوهر دوم، مادر را طلاق بدهد، اشهر بلکه اظهار این است که حق حضانت مادر عود می‌کند و ابن‌ادریس گفته که عود نمی‌کند (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۳۵۴).

می‌توان گفت: نظر این دسته از فقها این است که ازدواج مادر به‌طور کلی ساقط کننده حضانت او نمی‌باشد، بلکه تنها مانعی برای حضانت مادر ایجاد می‌کند که با طلاق مادر این مانع برداشته می‌شود.





به نظر می‌رسد این نظر قابل دفاع است، چراکه مطابق ماده (۱۱۶۸) قانون مدنی نیز نگهداری از کودک حق و تکلیف والدین است. بنابراین اگر مانع برطرف شود، دلیلی وجود ندارد که نتواند حق قانونی خود، همچنین تکلیفی را که قانون به عهده آنان گذاشته، اجرا نمایند. این نظر را در مورد جنون نیز می‌توان اعمال نمود.

۲-۱-۲. نظریه مسقطیت:

یکی از فقهای معاصر در این خصوص می‌گوید: در این مورد فرقی بین ازدواج دائم و موقت نمی‌باشد، مگر این که ازدواج موقت کم و کوتاه باشد که در این صورت حضانت ساقط نمی‌شود و هرگاه از شوهر دوم طلاق بگیرد حق حضانت باز نمی‌گردد. هرچند احتیاط مستحب آن است که زوج و زوجه در این مورد تراضی و تصالح کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲۲۶).

مطابق با این نظر، ازدواج مادر به‌طور کلی مسقط حضانت او می‌باشد، زیرا با طلاق مادر دیگر حضانت بر نمی‌گردد.

۲-۲-۲. مبنای فقهی لزوم عدم ازدواج مادر برای ایفای حق حضانت

برخی از فقها نظر خود را مستند به احادیثی نموده‌اند که در آنها عنوان شده «مادر احق است در حضانت تا زمانی که ازدواج نکرده باشد». برای مثال: از ابو عبدالله سوال شد: از مردی که همسرش را طلاق داد و آنها فرزندی داشتند و پرسیدند: کدام یک از آن دو به فرزند احق است؟ گفتند: زن احق است به فرزند تا زمانی که ازدواج نکرده باشد (عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱: ۴۷۱).

صاحب جواهر نیز در شرایط حضانت مادر، عدم تزویج را ذکر نموده و به احادیثی از پیامبر (ص) مانند «الام احق بحضانه ابنها مالم تتزوج: مادر به حضانت فرزند احق است تا زمانی که ازدواج نکرده است»، استناد می‌کند. همچنین در روایت دیگری زنی از پیامبر (ص) درباره‌ی حضانت فرزند پرسید، پیامبر (ص) جواب داد: «انت احق به مالم تنکحی: تو احق هستی تا زمانی که ازدواج نکنی» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۰-۲۸۹).

در روایتی دیگر نیز آمده است؛ سلیمان بن داود منقری به واسطه حفص بن غیاث یا دیگری از امام صادق علیه السلام نقل کرده که گفت: از آن حضرت پرسیدم: مردی زوجه



ی خود را طلاق گفته و دارای فرزندی هستند، کدام یک به نگهداری فرزند سزاوارند؟
فرمود: مادر مادامی که ازدواج نکرده است (ابن بابویه، ۱۴۱۳: ۴۳۵).

با تدقیق و تامل در مفهوم این احادیث به نظر می رسد مادر در حضانت فرزند نسبت به پدر اولویت دارد و با ازدواج صرفاً اولویت او از بین می رود، اما مانعی برای حضانت ایجاد نمی شود یا حضانت ساقط نمی گردد. بدیهی است که از بین رفتن حق اولویت در حضانت با مانع و ساقط شدن آن، دو مطلب کاملاً متفاوت می باشند. پس با ازدواج مادر، صرفاً حق اولویت وی در حضانت کودک ساقط شده و از آن لحظه به بعد پدر و مادر در حضانت با هم برابر می شوند. بنابراین در سپردن حضانت به هر کدامشان باید مصلحت و غبطه طفل را در نظر گرفت.

۲-۲-۳. مبنای حقوقی لزوم عدم ازدواج مادر برای ایفای حق حضانت

در توجیه این که گرفتن حضانت کودک از مادر به دلیل ازدواج وی بر چه مبنایی استوار است، گفته شده: فرض این است که گرفتاری های ناشی از شرکت در خانواده ی دیگر و لزوم تمکین از شوهر جدید او را از وظایف خود باز می دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۱). چه اغلب در این گونه موارد مادر نمی تواند وظیفه نگهداری طفل را چنانکه باید انجام دهد و جمع بین وظایف ناشی از حضانت و تکالیفی که ازدواج بر دوش او می گذارد دشوار است (صفایی، امامی، ۱۳۹۳: ۱۴۳).

در مورد این موضوع می توان به دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۲۰۵۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۱ شعبه ۲۴۰ دادگاه عمومی خانواده تهران اشاره نمود که با ازدواج مجدد مادر مطابق ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی حضانت فرزند ۵ ساله را از مادر گرفته و به پدر واگذار نموده است (گروه پژوهشی انتشارات چراغ دانش، ۱۳۹۵: ۶۲).

۲-۲-۴. اشکال های وارد بر حکم مانعیت برای حضانت مادر به واسطه ازدواج وی

اشکال های متعددی بر حکم مانعیت برای حضانت مادر به واسطه ازدواج وی وارد شده است. برخی از مهم ترین اشکال های وارد شده مطرح و تحلیل خواهند شد.





۲-۲-۴-۱. تخییر مادر میان دو حق طبیعی خود

یکی از مهم ترین ایراداتی که بر ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی می توان وارد نمود، مخیر نمودن مادر میان دو حق اولیه و طبیعی خود یعنی ازدواج و حضانت بر کودک است. هنگامی که توسط قانون دو حق مجزا برای فرد در نظر گرفته شده است، مخیر نمودن وی میان انتخاب یکی از آن دو به نحوی که با انتخاب یکی، از دیگری محروم گردد، برخلاف حق به رسمیت شناخته شده وی است. ضمن آن که چنین برخوردی برخلاف ماده (۹۵۹) قانون مدنی است که مقرر می کند: «هیچکس نمی تواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». زیرا ازدواج مادر سبب خواهد شد در مواقعی حق حضانت خود را که یکی از حقوق اولیه است، از خود سلب کند. بعلاوه ایجاد چنین شرایطی که زن را مخیر میان دو حق اساسی خود نماید برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه است. زیرا مادر با انتخاب حضانت باید از ازدواج مجدد تا زمانی که حضانت را بر عهده دارد صرف نظر کند. ایجاد مانع برای ازدواج افراد و قرار دادن آن ها در شرایطی که نتوانند از حق طبیعی ازدواج خود بهره مند شوند حتی اگر به واسطه وضع قانون هم باشد، برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه است.

۲-۲-۴-۲. تبعیض میان مادر و پدر در حضانت بدون در نظر گرفتن مصلحت کودک

مخیر نمودن مادر بین دو حق طبیعی خود یعنی حضانت کودک و ازدواج، موجب تبعیض میان وی و پدر در حضانت کودک می شود و این امر لزوما در بردارنده مصلحت کودک نیست. اعمال نادرست ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی موجب می شود در صورت جدایی زن و مرد، پدر به راحتی و بدون هیچ گونه دغدغه ای بتواند ازدواج دیگری نماید. اما برخلاف او، مادر باید یا حق طبیعی حضانت یا حق طبیعی ازدواج را انتخاب کند و با انتخاب یکی، خود را از یک حق اساسی و اولیه دیگر محروم نماید. این امر سبب خواهد شد که زنان جامعه بعد از طلاق با یک دو راهی مواجه باشند. از یک سو زنان همیشه این نگرانی را خواهند داشت که اگر ازدواج را انتخاب کنند حضانت فرزند خود را از دست داده و علاوه بر ناراحتی و مشکلات ناشی از دست دادن حضانت فرزند، فرزندان ازدواج نخست نیز به دلیل این که مادر با ازدواج، آن ها را رها کرده هیچ وقت با مادر رابطه فرزندی



برقرار نکنند. از سوی دیگر این نگرانی نیز همیشه با زنان هست که اگر با انتخاب حضانت کودک، فرصت‌های ازدواج خود را از دست بدهند، در زمان سالمندی تنها بمانند، که این امر یقیناً برخلاف مصلحت کودک نیز می‌باشد. چرا که اگر مادر ازدواج را انتخاب کرده و کودک را رها کند، چنین کودکی تا بزرگسالی حس ناخوشایند رهایی توسط مادر همراهش خواهد بود.

چنین تبعیضی البته که برخلاف اصول قانون اساسی نیز می‌باشد. توضیح آن که در مقدمه قانون اساسی آمده است: «زن در چنین برداشتی از واحد خانواده، ... ضمن بازیافتن وظیفه‌ی خطیر و پرارج مادری در پرورش انسان‌های مکتبی پیشاهنگ و خود هم‌مرم مردان در میدان‌های فعال حیات می‌باشد و در نتیجه پذیرای مسئولیتی خطیرتر و در دیدگاه اسلامی برخوردار از ارزش و کرامتی والاتر خواهد بود».

همچنین اصل و بیست و یکم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد و سپس بند ۲ این اصل بیان داشته: حمایت مادران، بالخصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند و حمایت از کودکان بی‌سرپرست».

اصل بیستم قانون اساسی نیز می‌گوید: «همه‌ی افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه‌ی حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند».

اصل سوم قانون اساسی نیز مقرر می‌کند: «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد». سپس در بند ۱۴ این اصل مقرر می‌کند: «تأمین حقوق همه جانبه افراد از زن و مرد...». بنابراین با توجه به اصول بالا قانونگذار موظف است از حضانت مادر حمایت کرده و حقوق انسانی افراد ملت را مورد حمایت خود قرار دهد.

اما این تبعیض چهره دیگری نیز دارد و آن این است که در مواردی که پدر ازدواج می‌کند و مادر همچنان مجرد است چرا نباید ازدواج پدر را مانع حضانت او دانست. در عمل نیز آمار کودکانی که مورد آزار و اذیت نامادری قرار گرفته‌اند کم نیست.






به نظر می‌رسد در موارد ازدواج پدر و مادر بهترین راه در نظر گرفتن مصلحت کودک است. در این موارد قاضی می‌تواند به درخواست پدر یا مادری که حضانت با طرف مقابلش است یا ذینفع دیگر با ارجاع به مشاوره و روانشناسی، تصمیم بگیرد که آیا ازدواج پدر یا مادر به مصلحت فرزند هست یا خیر؟ و اگر این ازدواج به مصلحت فرزند نبود، حضانت را به طرف دیگر و گذار کند.

حتی با توجه به این که پدر اغلب ساعات را در بیرون از خانه بوده و کودک معمولاً زمان بیشتری را با نامادری می‌گذراند لذا این حساسیت در مورد ازدواج پدر بیشتر احساس می‌شود. شاید برخی اشکال وارد کنند که پدر بر کودک ولایت دارد لذا ازدواج وی در حضانت کودک تاثیری نخواهد داشت. اما پاسخ چنین اشکالی واضح است. ولایت یعنی اداره امور کودک، با حضانت یعنی نگاهداری و تربیت وی متفاوت است. به همین دلیل است که با وجود آن که جد پدری بر کودک ولایت دارد اما حق حضانت ندارد. همچنین گفته شده: این امر (ازدواج مجدد مادر مانع حضانت او شود) در صورتی است که پدر طفل زنده باشد و الا حضانت مادر باقی می‌ماند. زیرا از بیان ماده استنباط می‌شود که سقوط حق حضانت مادر در مورد بالا (ازدواج مادر) در صورت حیات شوهر است (امامی، ۱۳۹۰: ۲۰۶).

همچنین فتاوی متعددی از فقها وجود دارد که در صورت فوت پدر، مادر را حتی اگر ازدواج کند مقدم بر هر شخصی حتی جد پدری می‌دانند (گلیپایگانی، ۱۴۰۹: ۱۷۸؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۲۰۰؛ کرمانشاهی، ۱۴۲۱: ۳۳). صاحب کتاب ریاض نیز در این زمینه می‌گوید: این سخن که فقها می‌گویند: ازدواج مادر باعث سقوط حضانت می‌شود، ظاهراً در زمان حیات پدر است، زیرا قطعاً اشتغال به حقوق زوج غیر کافی برای اسقاط حضانت مادر است (حائری، ۱۴۱۸: ۱۵۹).

در این مورد می‌توان گفت: هرچند تا قبل از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، امکان دفاع از این نظر وجود داشت، ولی متأسفانه با توجه به ماده (۴۳) این قانون ظاهراً که این نظر قابل تأمل باشد. ماده (۴۳) قانون حمایت از خانواده مقرر می‌دارد: «حضانت فرزندی که پدرشان فوت شده با مادر آنهاست مگر آن‌که دادگاه به تقاضای



ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد».  نظریه‌ی مشورتی شماره ۱۳۹۲/۹/۷، ۲۳/۹۲/۱۸۴۸ اداره کل حقوقی قوه قضائیه در این زمینه مقرر می‌دارد: «طبق ماده (۴۳) قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ حضانت فرزندی که پدر آن‌ها فوت شده باشد با مادر است. چنانچه مادر ازدواج نماید و دادگاه خانواده اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند بداند به تقاضای ولی قهری یا دادستان، حضانت را به ولی قهری طفل واگذار خواهد کرد و چنانچه مصلحت قابل تشخیص نباشد حق حضانت مادر استصحاب می‌شود».

با وجود این دور از ذهن نخواهد بود اگر ادعا شود ماده (۴۳) قانون حمایت خانواده «حاوی قاعده جدیدی» است. چرا که قانون اعطای حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادر آن‌ها مصوب ۱۳۶۴ که به موجب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نسخ شده است، حضانت فرزندان صغیر و محجور را به‌طور مطلق به مادران آن‌ها اعطا کرده بود و تبصره ۲ آن ازدواج مادر را در صورت فوت پدر مانع حضانت ندانسته بود. این مقرر به توجه به ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی راجع به مانعیت حضانت از پدر و مادری که صلاحیت ندارند، به نظر می‌رسید کاملاً درست باشد و نیاز به آوردن قید دیگری نباشد. در زمان کنونی هم با توجه به ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی می‌توان برای پدر و مادری که شایستگی ندارند مانع حضانت ایجاد نمود و آوردن قید ولی قهری و مصلحت در ماده (۴۳) قانون حمایت خانواده تنها این تالی فاسد را دارد که در صورت ازدواج مادر، اختیار جد پدری و دادگاه را در دخالت در امر حضانت کاملاً باز می‌گذارد و مادر همچنان باید در نگرانی باشد. بعلاوه چنین برداشتی سبب سلیقه‌ای عمل نمودن قضات می‌شود. برای دفع چنین توهمی ماده (۴۳) قانون حمایت خانواده باید مقرر می‌نمود در صورت فوت پدر، حضانت با مادر است مگر در موارد ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی که در این صورت همان رویه قبلی را که خوب هم بود دنبال می‌نمود و به جد پدری امکان مداخله در امر حضانت را نمی‌داد. کما این که قانونگذار در مورد حضانت پدر اجازه مداخله هیچ فردی را نداده است مگر در محدوده ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی. بنابراین ملاحظه می‌شود که با توجه به ماده (۴۳) قانون حمایت خانواده، مفاد ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی راجع به ازدواج مجدد مادر چقدر



می تواند موجبات عسر و حرج مادر و فرزندان را فراهم آورد و مادر را از حق طبیعی مادری و کودک را از داشتن مادر محروم نماید.

۲-۲-۴-۳. ایجاد عسر و حرج برای مادر و فرزند

قاعده‌ی لاجرح، یکی از قواعد فقهی است که با عنوان ثانوی بر برخی احکام اولی وارد می شود. معنای قاعده آن است که: «هرگاه حکمی از احکام اولیه‌ی شرع مقدس برای فردی ایجاد مشقت شدید و سخت و غیر قابل تحمل نماید، آن حکم رفع می گردد» (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۳۶۸). فقها مستنداتی را برای این قاعده ذکر نموده اند که مهم ترین آن ها قرآن و سنت است. (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۳۶۶-۳۶۵؛ مصطفوی، ۱۳۸۶: ۲۹۶-۲۹۷)

با این نگاه ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی را می توان یکی از مواد قانونی در حوزه حقوق خانواده دانست که می تواند موجبات عسر و حرج خانواده را ایجاد نماید. زیرا ایجاد مانع برای حضانت مادر در شرایطی که ازدواج کند، می تواند موجب عسر و حرج وی گردد. مادر در مدت حضانت به ناچار یا بایستی حضانت فرزند را انتخاب کند و یا ازدواج دوباره را و با انتخاب یکی و صرف نظر نمودن از دیگری، خود را از یک حق ابتدایی محروم نماید. مخیر نمودن وی در چنین شرایطی موجب عسر و حرج وی و حتی در برخی موارد موجب عسر و حرج فرزند نیز می شود. چرا که از یک سو ازدواج دوباره مادر می تواند سبب شود که کودک از آغوش گرم مادرش گرفته شود و نگهداری او توسط نامادری یا افراد دیگری انجام شود و از سوی دیگر همیشه ازدواج مادر به زیان کودک نیست. بعلاوه زنی که مخیر شده است میان حق ازدواج و حق حضانت بر کودک خویش، ممکن است برای حفظ حضانت کودک و ترس از آشکار شدن ازدواج، تن به روابط نامشروع داده و یا آن که دائما ازدواج موقت نماید تا نیاز به ثبت آن نباشد (چرا که ازدواج موقت فقط در شرایط خاصی مطابق با ماده (۲۱) قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، ثبت آن الزامی است نه در همه موارد). در هر دو صورت هم خود مادر و هم کودک در شرایط سختی قرار می گیرند که به مصلحت هیچکدام نیست. راه دیگری که ممکن است مادر انتخاب نماید، ازدواج دائم بدون ثبت واقعه نکاح است. در واقع مادر برای ترسی که از آشکار شدن ازدواج و متعاقبا از دست دادن حضانت طفل دارد ازدواج مجدد خود را ثبت نمی-



نمایند تا حضانت را از دست ندهد. بدیهی است عدم ثبت ازدواج نیز توالی مفسده انگیز خود را خواهد داشت.

بنابراین وجود این ماده می تواند بالقوه موجبات عسر و حرج مادر و کودک را فراهم آورد. پس بهتر است این ماده اصلاح شده و در صورت ازدواج هر یک از ابویین در مدت حضانت، دادگاه با توجه به مصلحت کودک و همچنین در نظر گرفتن موارد دیگری مانند ازدواج نکردن والد دیگر تصمیم مقتضی صادر نماید.

۲-۴-۴. عدم رعایت مصلحت کودک

بعلاوه از منظر مبنایی نیز پذیرش چنین حکمی با اشکال مواجه است. زیرا قواعد حاکم بر روابط پدر و مادر و فرزندان بر دو مبنای همبستگی خانوادگی و حمایت از کودک استوار است. مبنایی که ملازم و مکمل یکدیگر هستند. درباره‌ی حمایت از کودک می توان گفت: گذشته از تامین همبستگی در خانواده، حمایت از کودک نیز یکی از مبنایی مهم سیاست قانون گذاری در تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان است. این موجود ناتوان باید در کانون سالمی پرورش یابد تا استعدادهای نهفته اش شکوفا شود، برخلاف آنچه پیشینیان می پنداشته اند کودک به پدر و مادر تعلق ندارد و حقی که آنها بر فرزند خود دارند مانند حق بر اموال نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۳۰).

به نظر می رسد در وضع ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی مبنای مذکور یعنی حمایت از کودک و مصلحت وی مد نظر قرار نگرفته است. چرا که همیشه ازدواج مادر به ضرر کودک نمی باشد. به همان اندازه که ازدواج پدر می تواند به مصالح عالیه کودک لطمه بزند، ازدواج مادر نیز چنین است. قانون گذار در این موارد، باید همه جوانب را بسنجد و مطابق با مصالح عالیه کودک به وضع قوانین در این مورد پردازد.

۳. سرپرستی در حقوق آمریکا و شرایط آن

پیشینه سرپرستی و حضانت کودکان در کشور آمریکا تحولات بسیاری را نشان می دهد. در قرن ۱۷ و ۱۸ میلادی در جامعه ی مرد سالاری که کودکان نیروی کار محسوب شده و ارزش اقتصادی داشتند، بر اساس پیش فرض، پدران اختیار مطلق نسبت به فرزندان





داشته و لاجرم سرپرستی و حضانت کودکان با پدر بود و تردید و اختلافی در آن وجود نداشت. (Mason M, 1994: 254) این تفوق پدران بر فرزندان تا بدانجا پیش رفته بود که موقعیت کودکان را در حد دارایی و اموال تنزل داده بود. (Melton and others, 2007: 187) این شرایط ادامه پیدا کرد تا اینکه در اوایل قرن نوزدهم در سال ۱۸۰۹ میلادی در دعوی آقا و خانم پرادر، دادگاه کارولینای جنوبی، برای اولین بار مصالح کودک را بر حق تفوق والدین برتری داد و سرپرستی کودک را به مادرش داد. (Kohm, 2008: 326)

با روند رو به رشد آمار دعاوی طلاق، به همان نسبت از اوسط قرن نوزدهم در نظر گرفتن مصالح کودک به عنوان معیار سرپرستی گسترش یافت. برای مثال در سال ۱۸۴۵ میلادی فرانسیس مارک از پنسیلوانیا^۲ دادخواست طلاق علیه شوهرش فردریک^۳ به دلیل عدم وفاداری وی داد و در آن درخواست حضانت دختر شش ساله اش البث^۴ را نمود. دادگاه نیز سرپرستی کودک را با توجه به جنسیت او و به منظور رعایت حال وی به مادرش داد. (GERI and others, 2012: 6)

این وضعیت ادامه یافت تا آن که در قرن بیستم تمایل محاکم عمدتاً به نظر گرفتن نظریه بیشترین شباهت^۵ میان والدین و فرزندان بود. به نحوی که برای دادن سرپرستی کودک به هر کدام از والدین شباهت جنسیتی و علقه کودک نسبت به وی سنجیده می شد. این نظریه نیز مورد انتقاد قرار گرفت (Warshak, 2007: 615) و در نهایت آن چه ملاک عمل و به عنوان یک استاندارد مورد قبول محاکم قرار گرفت، شاخص بیشترین مصالح کودک بود. به این ترتیب سنجش بیشترین مصالح کودک با شاخص هایی چون سن و جنسیت توسط دادگاه صورت می پذیرد.



1. Prather v. Prather
2. Frances Marks
3. Frederick
4. Ellsbeth
5. Approximation rule



به هر حال اختلاف میان پدر و مادر در سرپرستی کودک عمدتاً هنگام طلاق و یا متارکه^۱ به وجود می آید. براساس گزارش اداره آمار آمریکا، یک چهارم کودکان زیر ۱۸ سال فقط با یکی از والدین زندگی می کنند. با آنکه قضات، دیگر مانند سابق از حضانت مادران جانبداری نمی نمایند اما آمارها باز هم حکایت از فزونی میزان آراء صادره به نفع مادران می نماید. به طوری که بر اساس جداول آماری، فقط یک ششم از احکام سرپرستی به نفع پدران صادر می شود.^۲ بعلاوه از میان پدران و مادران مجرد، در بیش از ۵۱ درصد، طرفین رضایت دارند که حضانت با مادر باشد. در حدود ۲۹ درصد این موارد بدون دخالت دادگاه یا میانجی اتفاق می افتد.^۳

با این حال دادگاه ها با هدف ثبات زندگی کودک، محل زندگی وی را در اغلب موارد یکجا مشخص می نمایند. لذا اگر والدین با هم زندگی نکنند، کودک فقط با یکی زندگی خواهد کرد. در ایالت های مختلف حداقل تا سنی اولویت را با مادر دانسته اند. هر چند در پژوهشی که برخی محققان انجام داده اند این فلسفه را به چالش کشیده اند.

(Kelly, 2005: 245)

بر این اساس در نظام حقوقی آمریکا، مبنای اعطای سرپرستی کامل کودکان، رعایت حداکثر منافع و غبطه آنان است. پس اگر مادری بخواهد این سرپرستی را بدست آورد باید ثابت نماید در غیر این صورت، بر کودک آثار منفی ایجاد خواهد شد.

با این وجود، قوانین حاکم بر ازدواج و طلاق در ایالات آمریکا با یکدیگر متفاوت است. لذا نوع سرپرستی که می توان مطالبه نمود نیز متفاوت است. در اکثر ایالات منافع کودک را فارغ از جنسیت والدین، مبنای صدور حکم سرپرستی قرار می دهند. عواملی که دادگاه ها در این مسیر بدان ها توجه دارند شامل سن کودک، ملائت مالی و توان نگهداری والد، سوابق کیفری وی، روابط موجود میان کودک و والد و حتی گاهی اوقات



1. separation
 2. <https://www.verywellfamily.com/overview-of-sole-physical-custody-2997671>
 3. <https://erlichlegal.com/blog/single-fathers-single-mothers-child-custody-statistics-25/5/2018>.



تمایل کودک. در نهایت تمایل دادگاه ها به صدور حکم به نفع والدی است که بتواند محیط زندگی با ثبات تری برای کودک مهیا نماید.

سرپرستی^۱ خود به دو بخش فیزیکی^۲ و حقوقی^۳ تقسیم می شود. اگر سرپرستی به یکی از والدین داده شود در مقابل به والد دیگری حق ملاقات^۴ داده خواهد شد.

(William L F Felstiner & Johannes Feest, 2005: 254)

اصطلاح سرپرستی منحصر به فرد^۵ اغلب به جای سرپرستی فیزیکی منحصر به فرد^۶ به کار می رود. ولی والدی که سرپرستی منحصر به فرد را دارد معمولاً هم سرپرستی فیزیکی را دارد هم حقوقی را. اما می توان سرپرستی حقوقی را به نحو مشترک داد.^۷

برای سرپرستی کودک ابتدا توافق والدین ملاک قرار می گیرد، در صورت عدم حصول توافق می توانند از طریق میانجی گری به نتیجه برسند، و در صورت شکست میانجی گری باید به دادگاه مراجعه نمود و در دادگاه صرف جنسیت والدین تاثیری نخواهد داشت.

سه حالت برای سرپرستی کودک وجود دارد: ۱- سرپرستی فیزیکی و حقوقی مشترک، ۲- سرپرستی حقوقی مشترک برای والدین و سرپرستی فیزیکی انحصاری برای یکی از آنان با در نظر گرفتن حق ملاقات یا دسترسی دیگری، ۳- سرپرستی فیزیکی و حقوقی انحصاری برای یکی از والدین با یا بدون در نظر گرفتن حق ملاقات یا دسترسی دیگری. البته در اکثر ایالت ها سرپرستی حقوقی مشترک متداول است و برعکس سرپرستی فیزیکی مشترک نادر می باشد.

(Galatzer, 2009: 450)

از آنجا که قوانین ایالت های مختلف با یکدیگر متفاوت بوده و می تواند منجر به تعارض قوانین و تعارض دادگاهها گردد، لذا در سال ۱۹۹۷ میلادی قانون یکنواخت



1 custody
2 physical
3 legal
4 visitation
5 sole custody
6 sole physical custody
7 Joint Custody

صلاحیت و اجرای سرپرستی کودکان^۱ که پیشتر پیش نویس آن توسط کنفرانس ملی کمیساریای یکنواخت سازی قوانین ایالتی^۲ تهیه شده بود، مصوب گردید. در این قانون ملاک اصلی برای تشخیص صلاحیت ایالت صالح، عمدتاً ملاک محل زندگی کودک در شش ماه منتهی به طرح موضوع می باشد.

ازدواج می تواند تاثیر غیر مستقیمی بر سرپرستی کودکان داشته باشد، اولاً بر چگونگی ثبت و تنظیم دعوی سرپرستی موثر است. اگر خواهان دعوی سرپرستی، یکی از والدین کودک باشد، برای به دست آوردن سرپرستی طفل باید آن را از طریق دادرسی طلاق مطالبه نماید و اگر متقاضی متاهل نباشد، باید به دنبال دادخواست والدینی^۳ یا دادخواستی باشد که بر روی رابطه والد-فرزندی تاثیر گذار باشد. ثانیاً انحلال ازدواج می تواند تعهدات حمایتی را تحت تاثیر خود قرار دهد. برای مثال والدی که سرپرستی با او نیست، معمولاً مکلف به پرداخت هزینه های حمایتی کودک است. در دادخواست والدینی تنها موضوع میزان مبلغ حمایتی ماهانه است. با این حال در دادخواست طلاق برخی اوقات زوجین در خصوص تقسیم اموال به عنوان بخشی از تعهد حمایتی به مذاکره می پردازند. برای مثال ممکن است یکی از زوجین هزینه ماشین دیگری را به عنوان حمایت کودک در عوض ارسال صورت حساب ماهانه بپذیرد.

ازدواج جدید بر سرپرستی سابق کودک که در جریان حکم طلاق وضع شده است تاثیری ندارد. البته در این شرایط زوج دیگر که سرپرستی به او داده نشده است می تواند در صورتی که ازدواج والدی که سرپرستی کودک را در اختیار دارد منجر به غیر قابل انجام شدن توافقنامه سرپرستی کودک بشود تعدیل و اصلاحات توافقنامه مذکور را بخواهد. اصلاح توافقنامه سرپرستی که در فرایند دادرسی طلاق صادر شده است باید بوسیله تقدیم دادخواست به دادگاه و درخواست صدور رای جدید انجام شود. زمانی می





توان به استناد ازدواج جدید زوجی که سرپرستی به وی داده شده است، اصلاح و تغییر توافقنامه سرپرستی را تقاضا نمود که ازدواج جدید به معنای یکی از موارد زیر باشد:

الف- تغییر در شرایط مالی: که می تواند توانایی نگهداری از کودک را تحت الشعاع قرار دهد

ب- تغییر در ارتباط والدینی: در این شرایط طفل مواجه با سه والد می گردد، این تغییر می تواند عامل تاثیر گذار عظیمی بر اینکه چه کسی برای کودک تصمیم گیر باشد، محسوب شود.

پ- تغییر در ترتیبات زندگی یا مدرسه: حتی یک جابجایی کوچک یا تغییر مدرسه می تواند تاثیر عمیقی بر زندگی کودک بگذارد.

ت- خواهر و برادر جدید و دیگر اعضاء خانواده: خانواده جدید به خصوص خواهر و برادر جدید می تواند عامل بسیار زیادی در تعیین بیشترین منافع کودک باشد به ویژه اگر کودک به این تغییرات مقاومت نشان دهد، وجود این شرایط نشان می دهد که دیگر توافقنامه سرپرستی نمی تواند حاوی بیشترین مصالح کودک باشد، بنابراین باید براساس شرایط جدید توسط دادگاه مورد بازبینی قرار گیرد. البته چنانچه والدین به توافق جدیدی برسند دادگاه ورود نخواهد کرد.

نتیجه گیری:

از آن جا که حضانت نسبت به کودک اعمال خواهد شد، بنابراین در تقابل احتمالی مصالح کودک با مصالح و تمایلات والدین، همچون اسناد بین المللی و حقوق بسیاری از کشورها، مصلحت کودک باید مقدم باشد. بر این اساس مبنای مهم حضانت در هر حال باید حمایت از کودک و مصالح عالییه وی باشد. با این نگاه هرچند ماده (۱۱۶۸) قانون مدنی مقرر داشته: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است». اما این حق علاوه بر حمایت از حق حضانت پدر و مادر بایستی بیشتر به حمایت از کودک و مصالح عالییه او توجه کند. به رغم آن که این ماده برتری برای هیچکدام از والدین برای حضانت کودک قرار نداده است اما ماده (۱۱۷۰) می تواند شائبه برتری حق پدر نسبت به مادر در حضانت



از کودک را ایجاد نماید. در ماده مذکور مقرر شده در صورت جنون و یا ازدواج مادر، حضانت با پدر خواهد بود. با تحلیلی که ارائه شد معلوم گردید جنون پدر و مادر با یکدیگر تفاوتی نداشته و موجب گرفتن حضانت از شخص مجنون خواهد شد.

در عمل تاثیر ازدواج مادر و پدر بر کودک نیز یکسان است. بنابراین چنین شرطی باید در خصوص پدر هم وجود داشته باشد، زیرا بسیار ممکن است ازدواج پدر نیز برخلاف مصلحت کودک باشد. در این شرایط حضانت را باید به مادر سپرد. پس بهتر است بر اساس ماده (۴۵) قانون حمایت خانواده که مقرر داشته "رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است" عمل نمود. به عبارت دیگر با وجود این مقرر نیازی به درج چنین شروطی در مواد قانون مدنی نیست.

پیشنهادات:

با عنایت به مطالب گفته شده در خصوص ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی راجع به جنون و ازدواج مادر و با توجه به ماده (۱۱۷۳) قانون مدنی، دیگر نیازی به ذکر جنون مادر در ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی نمی باشد. همچنین با توجه به «حمایت از کودک و مصالح عالیه کودک» که بایستی مهم‌ترین مبنای حضانت باشد و با توجه به ماده (۴۵) قانون حمایت خانواده که گامی مهم در راستای حمایت از کودکان برداشته است و دادگاه‌ها را ملزم نموده است در تصمیمات خود مصلحت کودکان و نوجوانان را در نظر بگیرند، باید گفت: به‌طور مطلق و صراحت نمی‌توان گفت ازدواج مادر برخلاف مصلحت کودک است.

بنابراین پیشنهاد می‌شود ماده (۱۱۷۰) قانون مدنی به شرح زیر اصلاح گردد:

«در صورت طلاق پدر و مادر و ازدواج مجدد یکی از آنها اولویت حضانت با هر کدام از والدین است که ازدواج نکرده باشد مگر این که مصلحت کودک خلاف آن را ایجاب کند و در صورتی که پدر و مادر هر دو ازدواج کنند، در صورت درخواست ذینفع دادگاه با توجه مصلحت کودک تصمیم‌گیری می‌کند».





منابع

- ۱) امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ۱۳۹۰ش، تهران، انتشارات اسلامی، چ ۱۷، ج ۵.
- ۲) بهجت، محمدتقی، ۱۴۲۸ق، استفتائات، قم، دفتر حضرت آیت الله بهجت، ج ۴.
- ۳)، ۱۴۲۶ق، جامع المسائل، قم، دفتر حضرت آیت الله بهجت، چ ۲، ج ۴.
- ۴) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۳ش، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش چ ۲.
- ۵) جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود، ۱۴۲۶ق، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چ ۱، ج ۳.
- ۶) ذوالمجدین، زین العابدین، ۱۳۸۸ش، شرح تبصره علامه حلی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۲.
- ۷) صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله، ۱۳۹۳ش، حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۶، ج ۲.
- ۸) شبیری زنجانی، سید موسی، ۱۴۱۹ق، کتاب نکاح، قم، موسسه پژوهشی رای پرداز، چ ۱، ج ۲۵.
- ۹) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵ش، خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۲.
- ۱۰) گروه پژوهشی انتشارات چراغ دانش، ۱۳۹۵ش، دعوی حضانت فرزند در رویه دادگاهها، تهران: انتشارات چراغ دانش، چ ۱.
- ۱۱) گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۴۰۹ق، مجمع المسائل، قم، دارالقرآن الکریم، ج ۲.
- ۱۲) محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۹۰ش، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چ ۱۶.
- ۱۳) مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۷ق، استفتائات جدید، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ج ۱.
- ۱۴)، ۱۳۸۹ش، احکام بانوان، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- ۱۵) معین، محمد، ۱۳۵۳ش، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چ ۲، ج ۱.
- ۱۶) موسوی خمینی، سید روح الله، ۱۴۲۲ق، استفتائات، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ج ۳.
- ۱۷) ابن بابویه، محمد، ۱۴۱۳ق، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۲، ج ۳.





- ۱۸) بجنوردی، سید محمد، ۱۴۰۱ق، قواعد فقهیه، تهران، موسسه عروج، ج ۳، ج ۱.
- ۱۹) البیت علیهم السلام، چاپ نخست
- ۲۰) جبعی العاملی، زین الدین، ۱۴۱۰ق، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، کتابفروشی داوری، ج ۱، ج ۵.
- ۲۱)، ۱۴۱۳ق، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ج ۸.
- ۲۲) حائری، سیدعلی، ۱۴۱۸ق، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، موسسه آل بیت (ع)، ج ۱۲.
- ۲۳) حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، قواعد الاحکام فی المعرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۴) خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین، قم، نشر مدینه العلم، ج ۲۸، ج ۲.
- ۲۵) عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، وسائل الشیعۀ الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البیت، ج ۲۱.
- ۲۶) کرمانشاهی، محمدعلی، ۱۴۲۱ق، مقام الفضل، قم، موسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی، ج ۱.
- ۲۷) مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۳۸۶ش، القواعد، قم، موسسه نشر اسلامی، ج ۷.
- ۲۸) مکی العاملی، محمد، ۱۴۱۰ق، اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراثالدار الاسلامیه، ج ۱.
- ۲۹)، بی تا، القواعد و الفوائد، قم، کتابفروشی مفید، ج ۱، ج ۱.
- ۳۰) میرزای قمی، ابوالقاسم، ۱۴۱۳ق، جامع الشتات فی اجوبه السوالات، تهران، مؤسسه کیهان، ج ۴.
- ۳۱) نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۳۱.

- 32) Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary 2nd Ed, <https://thelawdictionary.org/custody>
- 33) GERI S, W, FUHRMANN & ROBERT A, ZIBBELL, (2012) EVALUATION FOR CHILD CUSTODY, Oxford University Press
- 34) **Error! Hyperlink reference not valid.**
- 35) **Error! Hyperlink reference not valid.**
- 36) Joan B. Kelly, (2005) Beneficial Parenting Plan Models for Children Following Separation and Divorce, Parenting Following Separation and Divorce, Vol. 19, p 237-254
- 37) Kohm, L, (2008) Tracing the foundations of the best interests of the child standard in American jurisprudence, Journal of Law & Family Studies, 10(2)



- 38) Mason, M,(1994) From father's property to children's rights: The history of child custody in the United States, New York : Columbia University Press.
- 39) Melton, G, Petrila, J, Poythress , N, & Slobogin, C,(2007) Psychological evaluations for the courts: A handbook for mental health professionals and lawyers ,New York : Guilford ,(3rd ed).
- 40) Robert M, Galatzer,Levy, Louis Kraus, Jeanne Galatzer,Levy,(2009) The Scientific Basis of Child Custody Decisions, Second Edition, , John Wiley & Sons, Inc.
- 41) Warshak , R, (2007) Punching the parenting time clock: The approximation rule, social science, and the baseball bat kids , Family Court Review, 45(4).
- 42) William L F Felstiner & Johannes Feest, (2005) FAMILY LAW AND FAMILY VALUES, OXFORD AND PORTLAND, OREGON.

