

قوانین مربوط به ترتیب و پایان حضانت ابهام ها و خلأ ها

بهروز جندقی

دکترای فقه و حقوق جزا و جرم شناسی، عضو شورای علمی گروه حقوق دانشگاه بین المللی
المصطفی (ص)

نام نویسنده مسئول:

بهروز جندقی

چکیده

در بررسی مقررات مربوط به حضانت، در قانون مدنی، سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که در صورت فوت پدر و مادر که حضانت کودک با آنهاست و نیز در صورتی که آنان فاقد شرایط باشند، حضانت به عهده کیست و چه ترتیبی در آن رعایت می‌شود. سؤال مهم دیگر آنست که آیا با صرف رسیدن کودک به سن بلوغ، حضانت پایان می پذیرد یا تحقق رشد کودک نیز الزامی است. ضرورت تحقیق در این موضوع باعث شد تا از میان مجموعه مباحث گسترده مربوط به حضانت به بررسی و آسیب شناسی فقهی - حقوقی قوانین در زمینه ترتیب و پایان حضانت بپردازیم تا بتوانیم ابعاد علمی و کاربردی باب حضانت را هم‌زمان مورد بررسی قرار دهیم. مقاله حاضر با روش نظری و تحلیلی و با استفاده از قوانین و به خصوص قانون مدنی در زمینه حضانت و با استفاده از منابع فقهی نگاشته شده است.

واژگان کلیدی: حضانت کودک، والدین، ترتیب حضانت، پایان حضانت، اولویت حضانت

مقدمه

قانون مدنی که عهده‌دار تبیین احوال شخصیه شیعیان ایران است در ماده ۱۱۶۹ خود اشعار می‌دارد: برای نگاهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت، پس از انقضای این مدت، حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم، حضانت آنها با مادر خواهد بود. فقها و حقوقدانان در مبحث حضانت کودک، شرایط نه‌گانه‌ای را برای متصدی حضانت برشمرده‌اند که عبارت‌اند از: بلوغ، عقل، قدرت بر حضانت، سلامت از بیماری‌های مسری و مزمن، اسلام، امانت، حریت، عدم ازدواج مادر و اقامت. آنچه وجودش منافعی با شرایط مذکور است، یعنی عوامل نه‌گانه بازدارنده حق حضانت نیز عبارت‌اند از: صغر، جنون، عدم قدرت بر حضانت، ابتلای به بیماری‌های مسری و مزمن، کفر، فسق، رقیت، ازدواج مادر و سفر. در مورد تشخیص اینکه کدام یک از عوامل بازدارنده مذکور، مانع حضانت هستند و کدام یک مسقط حضانت، در میان فقهای شیعه، مباحثی مطرح گردیده است. مانع حضانت با مسقط حضانت، متفاوت است، زیرا مانع، اجرای حق حضانت را به حالت تعلیق درمی‌آورد که با زوال آن، حق به حالت عادی و قابل اجرا بازمی‌گردد، در حالی که مسقط، حق حضانت را برای همیشه از بین می‌برد. فقهای شیعه در مورد مانع یا مسقط حضانت بودن کلیه عوامل بازدارنده حق حضانت، غیر از ازدواج مادر، اظهارنظر نکرده‌اند، اما با دقت در استدلال مشهور فقهای شیعه در مورد مانع بودن (مسقط نبودن) ازدواج مادر، می‌توان این نحوه استدلال را به سایر عوامل بازدارنده حضانت نیز تعمیم داد و آنان را نیز مانع دانست نه مسقط. قانون مدنی نیز در مورد مانع یا مسقط بودن عوامل بازدارنده مذکور، موضع‌گیری صریحی را اتخاذ نکرده است، اما با در نظر گرفتن مصلحت محضون در فلسفه قوانین حضانت، به نظر می‌رسد که بازگشت حق حضانت به متصدی حضانت که پس از زوال عوامل بازدارنده، قادر به تأمین مصالح محضون است، با روح قوانین مدنی سازگارتر خواهد بود. همچنین نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که هرگاه هر یک از پدر و مادر که عهده‌دار حضانت است فاقد شرایط شود، دیگری حق حضانت داشته و او بر افراد دیگر اولویت دارد. بنابراین اگر پدر، مجنون یا کافر شود حضانت به عهده مادر خواهد بود حتی اگر ازدواج کرده باشد.^۱

قانون مدنی ایران نظر صریحی در خصوص پایان حضانت ندارد. اما فقها و حقوقدانان در این مسئله سه دیدگاه متفاوت را مطرح کرده‌اند:

قول اول: ملاک بودن سن بلوغ برای پایان حضانت

قول دوم: ملاک بودن سن رشد برای پایان حضانت

قول سوم: ملاک بودن سن بلوغ به‌علاوه رشد برای پایان حضانت

گفتار اول: ترتیب در حضانت

در بررسی مقررات مربوط به حضانت، در قانون مدنی، سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که در صورت فوت پدر و مادر که حضانت طفل با آنهاست و نیز در صورتی که آنان فاقد شرایط باشند، حضانت به عهده کیست و چه ترتیبی در آن رعایت می‌شود؟ برای روشن‌تر شدن اشکال فوق، بحث را در دو قسمت پی می‌گیریم:

مبحث اول - ترتیب حضانت در صورت فوت یا عدم صلاحیت یکی از والدین

قانونگذار در ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی، به مسئله فوت یکی از ابویین اشاره نموده و در این صورت حضانت طفل را با دیگری که زنده است دانسته است.^۲ بنابراین قانون مدنی در مورد فوت یکی از ابویین، نظر صریح و روشنی را ارائه داده است. در مورد فقدان شرایط حضانت در مادر نیز ماده ۱۱۷۰ مقرر داشته است که در صورت ابتلای به جنون یا ازدواج مادر در مدت حضانت، حق حضانت با پدر خواهد بود. اما نسبت به صورتی که پدر فاقد شرایط حضانت شود حکمی در قانون بیان نشده است، لذا این سؤال مطرح می‌شود که هرگاه پدر در مدتی که عهده‌دار حضانت است، فاقد شرایط حضانت شود، مثلاً مبتلا به جنون گردد و یا کافر شود آیا حضانت به مادر طفل می‌رسد یا به کسی دیگر (مثل جد پدری) و به طور کلی، ترتیب حضانت در چنین مواردی چگونه است؟

^۱. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۷، بی‌تا، ص ۲۹۴ و ۲۹۵؛ همچنین ر.ک: سیدعلی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۷، دار الهمدانی، بیروت، ج ۱، ۱۴۱۲ ق، ص ۲۴۹.

^۲. دکتر حبیب‌الله طاهری به درستی به این نکته اشاره کرده‌اند که در م ۱۱۷۱ به جای کلمه قیم باید از کلمه وصی استفاده می‌شد (حبیب‌الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۳، انتشارات اسلامی، قم، ج ۲، ۱۳۷۶، ص ۳۳۳).

از طرف دیگر ماده ۱۱۷۳ در برخی موارد، به دادگاه اجازه داده است که تصمیم مقتضی را بگیرد، ولی به درستی مشخص نکرده است که در این موارد دادگاه باید چه ترتیبی را در انتخاب افراد رعایت نماید. بنابراین ملاحظه می‌شود که قانون مدنی از این لحاظ دچار خلأ بوده و این مسئله با توجه به مبانی و نظریات فقهی باید مورد بررسی قرار گیرد.

نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که هرگاه هر یک از پدر و مادر که عهده‌دار حضانت است فاقد شرایط شود، دیگری حق حضانت داشته و او بر افراد دیگر اولویت دارد. بنابراین اگر پدر، مجنون یا کافر شود حضانت به عهده مادر خواهد بود حتی اگر ازدواج کرده باشد.^۱

مبحث دوم - ترتیب حضانت در صورت فوت یا عدم صلاحیت هر دو نفر والدین

مسئله دیگری که در این باب مطرح می‌شود، ترتیب حضانت در صورت فوت والدین یا عدم صلاحیت هر دو می‌باشد که قانون مدنی متعرض آن نشده است و لذا از موارد سکوت قانون شناخته می‌شود.

فقها و حقوقدانان معمولاً در مبحث حضانت، متعرض حالت فقدان ابویین شده و ترتیب حضانت را در این مورد بیان نموده‌اند و از آنجا که درباره عهده‌داری حضانت، تنها در مورد پدر و مادر، نص خاص وجود دارد و درباره کسانی که بعد از پدر و مادر مستحق حضانت هستند نص خاصی وارد نشده است (البته نص فی‌الجمله وارد شده است)، لذا چهار قول در این زمینه ابراز شده است:^۲

گفتار اول - قول اول: تصدی حضانت توسط جد پدری

مشهور فقها در صورت فقدان ابویین، حضانت را با جد پدری دانسته‌اند،^۳ و در صورتی که جد پدری نیز وجود نداشته یا فاقد شرایط باشد، مطابق نظر مشهور فقها حضانت با وصی پدر یا وصی جد پدری است. در مرحله بعد حضانت با اقارب و ارحام طفل به ترتیب ارث است، و در صورت تساوی با قرعه تعیین می‌شود و در صورتی که ارحام موجود نباشند یا شرایط را نداشته باشند، امر حضانت به حاکم محول می‌شود تا تصمیم مقتضی را اتخاذ کند.^۴

گفتار دوم - قول دوم: تصدی حضانت مطابق ترتیب ارث

در مقابل نظر مشهور، برخی از فقها حضانت را بعد از جد پدری مطابق ترتیب ارث می‌دانند. اینان به آیه شریفه «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ»^۵ خویشاوندان نسبی شخص بعضی بر بعضی دیگر مقدم هستند استدلالت کرده و گفته‌اند: اولویت در این آیه، شامل ارث و حضانت می‌شود.^۶

گفتار سوم - قول سوم: تصدی حضانت بر اساس تصمیم حاکم

برخی دیگر از فقها نیز معتقدند که بعد از وصی پدر یا جد پدری، باید امر را به حاکم محول نمود تا تصمیم مقتضی را اتخاذ کند.^۷ صاحب مفتاح الکرامه هم بعد از وصی پدر یا جد پدری مسئله را به حاکم حواله داده است.^۸

۱. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۷، بی‌تا، ص ۲۹۴ و ۲۹۵؛ همچنین ر.ک: سیدعلی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۷، دار الیهادی، بیروت، ج ۱، ۱۴۱۲ ق، ص ۲۴۹.

۲. زین‌الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۸، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ج ۱، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۳۰.

۳. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۷، بی‌تا، ص ۲۹۵؛ همچنین ر.ک: حسن بن یوسف حلی (علامه حلی)، قواعد الاحکام، ج ۳، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۱، ۱۴۱۹ ق، ص ۱۰۲؛ یوسف بحرانی، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۵، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۱، ۱۳۶۳، ص ۹۷؛ سیدعبدالاعلی موسوی سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۲۵، مؤسسه المنار، قم، ج ۴، ۱۴۱۷ ق، ص ۲۸۱؛ سیدابوالقاسم خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، نشر مهر، قم، بدون چاپ، ۱۴۱۰ ق، ص ۳؛ محمد فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ج ۲، نشر مهر، قم، ج ۱، ۱۳۷۷، ص ۳۹۱.

۴. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۷، بی‌تا، ص ۲۹۶؛ محمد فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ج ۲، نشر مهر، قم، ج ۱، ۱۳۷۷، ص ۳۹۱؛ سیدابوالقاسم خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، نشر مهر، قم، بدون چاپ، ۱۴۱۰ ق، ص ۳؛ جعفر سبحانی، نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیه الغراء، ج ۲، مؤسسه الامام الصادق، قم، ج ۱، ۱۴۱۷ ق، ص ۳۳۷.

۵. احزاب (۳۳)، ۶.

۶. حسن بن یوسف حلی (علامه حلی)، قواعد الاحکام، ج ۳، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۱، ۱۴۱۹ ق، ص ۱۰۲؛ زین‌الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۸، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ج ۱، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۳۰.

۷. سیدابوالقاسم خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، نشر مهر، قم، بدون چاپ، ۱۴۱۰ ق، ص ۹۷.

۸. محمدجواد عاملی، مفتاح الکرامه، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بدون چاپ، بی‌تا، ص ۲۵۵.

کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی نیز در پاسخ به سؤالی در مورد ترتیب حضانت، نظریه مشهور فقها را پذیرفته است که متن سؤال و جواب آن را در اینجا می‌آوریم:

سؤال: در صورتی که زوج متمول، متواری بوده و یا به عللی صلاحیت حضانت طفل را نداشته باشد و زوجه نیز حاضر به حضانت نباشد در این میان چه کسی را باید ملزم به حضانت نمود؟

جواب: «اگرچه حضانت فرزند حسب مورد بعد از دو سالگی و هفت سالگی به عهده پدر می‌باشد و همچنین قبل از رسیدن به دو سال یا هفت سال در صورتی که مادر از حضانت فرزند امتناع نماید باز هم پدر مکلف به حضانت است، ولیکن با فرض متواری بودن زوج (پدر) یا فسادالاخلاق یا غیر مأمون بودن آن، محکوم نمودن او از سوی دادگاه (در حالی که شرع مقدس محکوم کرده است) به حضانت فرزندش متمر ثمر نخواهد بود. بنابراین چنانچه زوجه (مادر طفل) حاضر به قبول حضانت به طور مجانی یا در برابر اجرت‌المثل یا کمتر از آن باشد، در این صورت مادر احق و اولی به حضانت است از هر کس دیگر حتی از جد پدری، اگرچه ازدواج هم کرده باشد و اجرت حضانت و نفقه و کسوت طفل از مال پدر (که متواری شده یا شرعاً صلاحیت حضانت ندارد) پرداخت خواهد شد (در صورت مکنت و یسار او) و هرگاه در فرض فوق، زوجه (مادر) نیز غیر مأمون باشد یا از قبول حضانت امتناع کند یا بیشتر از دیگران اجرت بخواند، در این صورت مادر را نمی‌شود الزام به حضانت نمود که قهراً نوبت حضانت به نحو الزام می‌رسد به ترتیب به پدر پدر و وصی پدر اگر فوت کرده باشد یا وصی پدری و در صورت فقدان همه نام‌برداران یا عدم صلاحیت آنان، اقربا و کسان طفل احق از دیگران هستند و در صورت نبودن اقارب باید بچه را تحت حضانت کس دیگر قرار داد و در این سه صورت نیز اجرت حضانت و نفقه و کسوت از مال پدر است و در صورتی که مادر مطلقه، حضانت بچه را تقبل کند حق تقاضای مسکن و نفقه مختص به خود را ندارد»^۱.

گفتار چهارم - قول چهارم: تصدی حضانت توسط قیم

یکی از نویسندگان معتقد است حضانت بر اساس قانون مدنی هیچ‌گاه به اقارب نمی‌رسد، زیرا مطابق م ۱۲۳۵ ق.م.د در صورت فقدان وصی، نوبت به قیم می‌رسد.^۲

البته به نظر می‌رسد قانونگذار در ماده فوق در مقام بیان اختیارات و وظایف قیم است نه بیان ترتیب حضانت و مقایسه میان قیم و اقارب در به عهده گرفتن امر حضانت در صورت فقدان وصی، لذا از آنجایی که قانونگذار در مقام بیان ترتیب حضانت نیست، نمی‌توان این ماده را به عنوان دلیل مورد تمسک قرار داد.

گفتار دوم: پایان حضانت

قانون مدنی ایران نظر صریحی در خصوص پایان حضانت ندارد. اما فقها و حقوقدانان در این مسئله سه دیدگاه متفاوت را مطرح کرده‌اند:

مبحث اول - قول اول: ملاک بودن سن بلوغ برای پایان حضانت

۱. برخی حقوقدانان از م ۱۱۶۸ ق.م (که راجع به نگهداری اطفال صحبت می‌کند) و جمع آن با م ۱۲۱۰ ق.م چنین استنباط کرده‌اند که قانون مدنی پایان حضانت را سن بلوغ می‌داند.^۳ در واقع، طفل را مترادف صغیر دانسته است. پذیرش بلوغ به عنوان پایان حضانت، خصوصاً در دختران که تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰، مطابق نظر مشهور امامیه، سن بلوغ آنان را ۹ سالگی فرض کرده است، دشوار است. این مسئله، اختیار انتخاب و گزینش زودهنگام را به کودکان می‌دهد و مصالح بلندمدت آنان را تأمین نمی‌کند. چه بسا کودکانی که به دنبال بروز اولین اختلاف و یا حتی به دلیل برنتابیدن نصایح یکی از والدین، با استناد به بلوغ و پایان حضانت، نسبت به گسستن رشته‌های ارتباط خود با آنها اقدام کنند. بر اساس نظر دیوان، فرزند پسر بعد از ۱۵ سالگی و فرزند دختر بعد از ۹ سالگی نسبت به انتخاب نحوه زندگی، اختیار تام دارد.^۴

^۱. شورای عالی قضایی، پاسخ و پرسش از کمیسیون استفتائات قضایی، ج ۲، روزنامه رسمی، تهران، چ ۱، ۱۳۶۳، ص ۴۳.

^۲. م ۱۲۳۵: مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوطه به اموال و حقوق مالی او با قیم است.

^۳. حبیب‌الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۲، انتشارات اسلامی، قم، چ ۲، ۱۳۷۶، ص ۳۳۳.

^۴. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، کتابفروشی اسلامی، تهران، چ ۴، ۱۳۷۰، ص ۱۸۷.

^۵. ر.ک: یدالله بازگیر، علل نقض آراء محاکم در دیوان عالی کشور در موضوعات احوال شخصیه و مدنی، ققنوس، تهران، بدون چاپ، ۱۳۷۶، ص ۱۱۶ و ۱۴۱.

مبحث دوم - قول دوم: ملاک بودن سن رشد برای پایان حضانت

۲. در مقابل این عقیده (که بلوغ پایان حضانت است) غالب فقها، رشد را پایان حضانت می‌دانند (اعم از اینکه هم‌زمان با بلوغ باشد یا بعد از آن).^۱

مبحث سوم - قول سوم: ملاک بودن سن بلوغ به‌علاوه رشد برای پایان حضانت

برخی حقوقدانان نیز بلوغ به‌علاوه رشد را پایان حضانت دانسته‌اند،^۲ استدلال ایشان آن است که کودکان با رسیدن به سن بلوغ، هنوز قادر به تأمین هزینه زندگی و کار کردن نیستند، لذا باید شرط رشد را نیز به بلوغ افزود، اما استدلال ایشان صحیح به نظر نمی‌رسد چون ظاهراً ایشان، حضانت را با ولایت و پرداخت نفقه خلط نموده‌اند، آنچه با بلوغ پایان می‌پذیرد حضانت است، اما پرداخت نفقه مادامی که فرزند قادر به تأمین هزینه زندگی خویش نیست ادامه دارد.

ایشان همچنان به م ۱۱۷۷ ق. م که می‌گوید: «طفل باید مطیع ابوبین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آنها احترام کند» استناد کرده‌اند. در حالی که این ماده بیشتر از آنکه تکلیف قانونی باشد، دستوری اخلاقی است (نظیر م ۱۱۰۴ ق.م) و ضمانت اجرایی برای آن در نظر گرفته نشده است.

از م ۱۱۷۷ ق. م به خوبی استفاده می‌شود که هر جا در قانون کلمه طفل به کار رفته منظور فرد نابالغ نیست و استناد امثال مرحوم امامی (که به آن اشاره شد) صحیح نیست.

گفتار سوم - ضمانت اجرای حضانت

ضمانت اجرای حضانت را از دو بعد می‌توان مورد بررسی قرار داد که عبارت‌اند از:

مبحث اول - مسئولیت متصدی حضانت در برابر کودک

فقها کمتر به این مسئله پرداخته‌اند. شهید اول به مسئله اجبار پدر در صورت امتناع مادر اشاره کرده است.^۳ مطابق م ۱۱۷۲ ق. م حاضن یا حاضنه ممتنع به این کار الزام می‌شوند و اگر الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت به خرج پدر و هرگاه فوت شده باشد به خرج مادر تأمین می‌شود. م ۱۴ قانون حمایت از خانواده جریمه نقدی برای ممتنع در نظر گرفته است.

در ماده واحد مصوب ۱۳۶۵/۴/۲۲ آمده است: «چنانچه به حکم دادگاه مدنی یا قائم مقام آن دادگاه، حضانت طفل به عهده کسی قرار گیرد و پدر و مادر یا شخص دیگری مانع اجرای حکم شود و یا از استرداد طفل امتناع ورزد، دادگاه صادرکننده حکم، وی را الزام به عدم ممانعت به استرداد طفل می‌نماید و در صورت ممانعت به حبس تا اجرای حکم محکوم خواهد شد». از طرفی، مطابق ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی: «اگر کسی از دادن طفلی که به او سپرده شده است در موقع مطالبه اشخاصی که قانوناً حق مطالبه دارند امتناع کند، به مجازات از سه تا شش ماه حبس یا به جزای نقدی از یک میلیون و پانصد هزار تا سه میلیون ریال محکوم خواهد شد».

بنابراین اگر حکم دادگاه مبنی بر استرداد طفل، صادر شده باشد و پدر و مادر یا شخص دیگری از استرداد طفل خودداری کند، دادگاه صادرکننده حکم می‌تواند حکم به الزام استرداد طفل صادر و قید نماید که در صورت مخالفت ممتنع تا استرداد طفل در حبس نگهداری شود. در صورت فوق ذی‌نفع می‌تواند اقامه دعوی کیفری نموده و تقاضای تعقیب کیفری ممتنع را نماید که دادگاه، مجازات مقرر در ماده ۶۳۲ قانون مجازات اسلامی را درباره او اعمال کند.

مبحث دوم - مسئولیت مدنی متصدی حضانت در برابر دیگران

یکی از وظایف حاضن یا حاضنه جلوگیری از آسیب رساندن محضون به دیگران است. در غیر این صورت، مسئول جبران خسارت ناشی از طفل می‌باشد. هر کس به نحوی از انحاء به غیر زیان وارد کند (اعم از اتلاف یا تسبیب) بایستی زیان متضرر را جبران کند. و در این امر فرقی بین کبیر و صغیر و عاقل و مجنون نیست، زیرا ضمان از احکام وضعیه‌ای است که در آن عقل و بلوغ شرط نیست.^۴ این جبران خسارات

۱. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۷، بی تا، ص ۳۰۱.

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، ج ۴، ۱۳۷۵، ص ۱۳۵.

۳. محمد بن مکی عاملی (شهید اول)، القواعد، چاپ سنگی، بی جا، بدون چاپ، بی تا، ص ۱۸۲.

۴. محمدجواد مغنیه، الفقه علی مذاهب الخمسة، ج ۲، کنون الثانی، بی جا، ج ۷، بی تا، ص ۶۳۰ و ۶۳۱.

بر عهده خود طفل است و از مال او تأدیه می‌شود و اگر مالی نداشته باشد متضرر باید منتظر بماند تا طفل بالغ شود و برای استیفای حق خود به او رجوع کند و حق رجوع به ولی یا حضانت‌کننده را ندارد.^۱

البته این مطلب در جایی است که حضانت‌کننده کوتاهی نکرده باشد، مثل کودکی که در یخبندان زمستان پایش بلغزد و با عابری که در حال حمل وسایل شکستی است برخورد کند و باعث شکستن آنها شود. ولی اگر خسارت وارده ناشی از کوتاهی حضانت‌کننده باشد او مسئول جبران خسارت است (م ۷ ق.م.م).

مسئولیت پیش‌بینی شده در م ۷ ق.م.م ناشی از تکلیف مربوط به نگهداری و مواظبت از محجوران است نه داشتن قرابت با آنان یا اقتدار پدر بر خانواده. بنابراین هر کس، حضانت را بر عهده دارد، در برابر تقصیر در نگهداری و مواظبت، مسئول زیان اشخاص ثالث قرار می‌گیرد، خواه پدر باشد یا مادر یا قیم و دادستان، ولی در فرض شایع و معمول که پدر و مادر با هم به‌سر می‌برند و به اشتراک، حضانت را بر عهده دارند، باید پذیرفت که مسئولیت تضامنی دارند و بر طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی نیز در جایی که چند سبب در ورود ضرر دخالت دارند، تضامن همه مسئولان از قوانین به خوبی برمی‌آید.^۲

همچنین وفق تبصره یکم از ماده یاد شده، «پدر یا مادر کسانی که حضانت طفل به آنها واگذار شده نمی‌توانند طفل را به شهرستانی غیر از محل اقامت مقرر بین طرفین و یا غیر از محل اقامت قبل از وقوع طلاق و یا به خارج از کشور بدون رضایت والدین بفرستند مگر در صورت ضرورت با کسب اجازه از دادگاه» حال، این سؤال مطرح می‌شود که آیا عدم رعایت مقررات یاد شده دارای چه ضمانت اجرا، یا اجرایی می‌باشد؟ مثلاً زنی که از شوهرش به حکم دادگاه، جدا شده و طلاق گرفته است و دادگاه نیز در اجرای مواد یاد شده حضانت فرزندان مشترک را بر عهده پدر واگذار کرده است و زن مزبور نیز بدون توجه به حکم دادگاه و مقررات قانونی و بدون کسب اجازه از پدر بچه‌ها (یعنی شوهر سابق خود که حضانت اطفال مشترک با وی بوده است) اطفال را با خود به خارج از کشور برده است.

سؤال این است که آیا از نظر کیفری عمل این زن جرم محسوب می‌شود یا خیر؟ با توجه به قوانین ایران پاسخ به این سؤال مثبت است.^۳

جرم مزبور از جمله جرایم مستمر محسوب می‌شود، و چنانچه تا زمانی که طفل در اختیار ذی حق قرار نگیرد، جرم ارتكابی همچنان ادامه دارد.^۴

^۱ محمدجواد مغنیه، الفقه علی مذاهب الخمسة، ج ۲، کانون الثانی، بی‌جا، ج ۷، بی‌تا، ص ۶۳۰ و ۶۳۱.

^۲ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، یلدا، تهران، ج ۱، ۱۳۷۵، ص ۴۰۱.

^۳ ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت مصوب ۱۳۶۵/۴/۲۲.

^۴ عمل ارتكابی فرد مزبور، بر اساس ماده (۱۸) قانون گذرنامه نیز جرم محسوب می‌شود و قابل مجازات است.

نتیجه گیری

به نظر ما، قانونگذار در م ۱۱۶۸ ق. م اصلاً در مقام بیان پایان حضانت نبوده است، بلکه صرفاً جهت ایجابی حضانت را بیان کرده است.

این عقیده اشکال خلأ قانونی در خصوص پایان حضانت را برطرف نمی‌کند، اما از تالی فاسدی که ممکن است با مفهوم‌گیری از م ۱۱۶۸ ق. م به دست آید جلوگیری می‌کند. بنابراین تا زمان رفع این خلأ قانونی، بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و م ۳ ق. آ. د. م، محاکم باید با استناد به منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر اقدام به صدور رأی نمایند و چنانچه گفته شد مشهور فقها معتقدند فرزند در صورتی از حضانت خارج می‌شود که علاوه بر بلوغ به سن رشد نیز برسد و بعد از آن مختار است که با چه کسی زندگی کند، اعم از والدین یا دیگران. در مورد ضمانت اجرای حضانت باید گفت که یکی از وظایف حاضن یا حاضنه جلوگیری از آسیب رساندن محضون به دیگران است. در غیر این صورت، مسئول جبران خسارت ناشی از طفل می‌باشد. هر کس به نحوی از انحاء به غیر زیان وارد کند (اعم از اتلاف یا تسبیب) بایستی زیان متضرر را جبران کند. و در این امر فرقی بین کبیر و صغیر و عاقل و مجنون نیست، زیرا ضمان از احکام وضعیه‌ای است که در آن عقل و بلوغ شرط نیست. این جبران خسارات بر عهده خود طفل است و از مال او تأدیه می‌شود و اگر مالی نداشته باشد متضرر باید منتظر بماند تا طفل بالغ شود و برای استیفای حق خود به او رجوع کند و حق رجوع به ولی یا حضانت‌کننده را ندارد. البته این مطلب در جایی است که حضانت‌کننده کوتاهی نکرده باشد، مثل کودکی که در یخبندان زمستان پایش بلغزد و با عابری که در حال حمل وسایل شکستنی است برخورد کند و باعث شکستن آنها شود. ولی اگر خسارت وارده ناشی از کوتاهی حضانت‌کننده باشد، مطابق ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی ایران او مسئول جبران خسارت است.

منابع و مراجع

- [۱] جعفر سبحانی، نظام النکاح فی الشریعۃ الاسلامیۃ الغراء، ج ۲، مؤسسۃ الامام الصادق □، قم، چ ۱، ۱۴۱۷ق.
- [۲] حسن بن یوسف حلّی (علامه حلّی)، قواعد الاحکام، ج ۳، مؤسسۃ النشر الاسلامی، قم، چ ۱، ۱۴۱۹ق.
- [۳] محمدجواد عاملی، مفتاح الکرامۃ، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بدون چاپ، بی تا.
- [۴] حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۲، انتشارات اسلامی، قم، چ ۲، ۱۳۷۶.
- [۵] سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، کتابفروشی اسلامی، تهران، چ ۴، ۱۳۷۰.
- [۶] حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۳، انتشارات اسلامی، قم، چ ۲، ۱۳۷۶.
- [۷] سیدعلی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۷، دار الہادی، بیروت، چ ۱، ۱۴۱۲ق.
- [۸] زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافہام، ج ۸، مؤسسۃ المعارف الاسلامیۃ، قم، چ ۱، ۱۴۱۶ق.
- [۹] یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة فی احکام العترۃ الطاهرۃ، ج ۲۵، مؤسسۃ النشر الاسلامی، قم، چ ۱، ۱۳۶۳.
- [۱۰] سیدعبدالاعلی موسوی سبزواری، مہذب الاحکام، ج ۲۵، مؤسسۃ المنار، قم، چ ۴، ۱۴۱۷ق.
- [۱۱] محمد فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ج ۲، نشر مهر، قم، چ ۱، ۱۳۷۷.
- [۱۲] سیدابوالقاسم خویی، منہاج الصالحین، ج ۲، نشر مهر، قم، بدون چاپ، ۱۴۱۰ق.
- [۱۳] جعفر سبحانی، نظام النکاح فی الشریعۃ الاسلامیۃ الغراء، ج ۲، مؤسسۃ الامام الصادق □، قم، چ ۱، ۱۴۱۷ق.
- [۱۴] حسن بن یوسف حلّی (علامه حلّی)، قواعد الاحکام، ج ۳، مؤسسۃ النشر الاسلامی، قم، چ ۱، ۱۴۱۹ق. زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافہام، ج ۸، مؤسسۃ المعارف الاسلامیۃ، قم، چ ۱، ۱۴۱۶ق.
- [۱۵] محمدجواد عاملی، مفتاح الکرامۃ، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بدون چاپ، بی تا.
- [۱۶] شورای عالی قضایی، پاسخ و پرسش از کمیسیون استفتائات قضایی، ج ۲، روزنامه رسمی، تهران، چ ۱، ۱۳۶۳.
- [۱۷] سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، کتابفروشی اسلامی، تهران، چ ۴، ۱۳۷۰.
- [۱۸] یدالله بازگیر، علل نقض آراء محاکم در دیوان عالی کشور در موضوعات احوال شخصیه و مدنی، ققنوس، تهران، بدون چاپ، ۱۳۷۶.
- [۱۹] محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چ ۷، بی تا.
- [۲۰] ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، چ ۴، ۱۳۷۵.