

Delegation Of Custody in the Marriage Contract with a Reflection on Iranian Jurisprudence and Law

Arezoo Malekshah¹ Fatemeh Hasanpoor²

DOI:
10.30497/FLJ.2025.246230.2015



Abstract

The role of the family in the care and nurturing of children is undeniable because children need the support of their parents because of their inability to meet their physical psychological and financial needs. The society also assigns this duty to parents based on the belief that parents are the most appropriate for maintenance and nurturing. Accordingly, many rights for children in the legal system of the world as well as the legal system Of Iran have been reserved, including the right to custody. The right aspect of the legal custody body has received much attention from jurists and lawyers. While the discussion of the agreement on assignment and delegation of custody to another has been remained silent and ignored by most authors. In this regard, this research has been formulated to investigate and answer to the questions regarding the basic ambiguities regarding custody such as the couples ' agreement on the transfer of custody and the possibility of losing children's custody and transferring of it. This study is theoretical in terms of objective and analytical in nature, also gathering information based on library method and discussing the views of jurists. The findings of the study show that custody is apparently the mother's right and the father's right and duty. However, there is a possibility of agreement between the spouses regarding the transfer of custody to each other at the time of dissolution of the marriage. In other words, according to the interest of the child, the wife can entrust the custody of the child to the husband, and on the contrary, the husband can entrust the custody of the child to the wife.

Keywords: Right, ruling, child custody, delegation of custody.

1. (Corresponding Author) Assistant Professor, Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. a.malekshah@iau.ac.ir

2. Master of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. fatemeh.hasanpoor122@gmail.com

تفویض حضانت در عقد نکاح با تأملی بر فقه و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۳۰

آرزو ملکشاها^۱

فاطمه حسن پور^۲

Doi: 10.30497/flj.2025.246230.2015

چکیده

جایگاه خانواده در سرپرستی و پرورش کودکان انکارناپذیر است؛ زیرا کودکان به دلیل ناتوان بودن در تأمین نیازهای جسمی و روحی و مالی خود نیازمند حمایت والدین خود هستند. جامعه نیز براساس این اماره که والدین کودکان، مناسبترین افراد برای نگهداری و پرورش آنها هستند، این وظیفه را متوجه والدین می‌کند؛ از این رو، حقوق بسیاری برای کودکان در نظام حقوقی ایران در نظر گرفته شده است که از بین آنها می‌توان به حق حضانت اشاره کرد. بسیاری از فقها و حقوق‌دانان به جنبه حق و تکلیفی بودن نهاد حقوقی حضانت توجه کرده‌اند؛ درحالی‌که بیشتر نویسندگان درباره توافق در زمینه واگذاری و تفویض آن به دیگری، سکوت کرده، و به آن توجهی نکرده‌اند. این پژوهش قصد دارد به ابهامات اساسی درباره حضانت، تراضی زوجین برخلاف قواعد حضانت، امکان اسقاط حق حضانت فرزند و واگذاری آن پاسخ دهد. روش پژوهش این مقاله با توجه به هدف، از نوع نظری، و با توجه به ماهیت از نوع توصیفی - تحلیلی است و گردآوری اطلاعات برپایه روش کتابخانه‌ای است. بر همین اساس، یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که ظاهراً حضانت برای مادر حق، و برای پدر حق و تکلیف است و زوجین می‌توانند درباره واگذاری حضانت به یکدیگر در زمان انحلال نکاح توافق کنند؛ به عبارت دیگر، هر دو می‌توانند با رعایت مصلحت طفل، حضانت فرزند را به دیگری واگذار کنند.

کلیدواژه‌ها: تفویض حضانت، حضانت طفل، حق بودن حضانت، خانواده.

۱. (نویسنده مسئول) استادیار گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

a.malekshah@iaua.ac.ir

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

fatemeh.hasanpoor122@gmail.com

مقدمه

از آن جهت که در «حضانت» به نحوه نگهداری و مراقبت از کودکان، چه در بعد جسمانی و چه در بعد روحی، توجه می‌شود و این امر نقش اساسی و مؤثری در تربیت کودکان دارد، بسیاری از حائز اهمیت است و به تبع آن مسئله توافق در زمینه واگذاری و تفویض آن به دیگری، از مسائل مهم این حوزه است. سرپرستی و حضانت از فرزندان در دوران زندگی مشترک و پس از آن، از جمله مباحث مهمی است که قانونگذاران نیز به نوبه خود سهم بسزایی در تنظیم مقررات قانونی برای قاعده‌مند ساختن روابط فرزندان با والدین و نحوه ایفای نقش والدین در خصوص نگهداری و تربیت کودکان داشته‌اند. معمولاً حقوق دانان درباره شرط سلب حق حضانت و ارتباط آن با نظم عمومی، قوانین آمره را مطرح کرده‌اند و با بررسی منابع فقهی و فتاوی فقهی بزرگ که مورد توجه تدوین‌کنندگان قانون مدنی ایران در بحث حضانت بوده است، منابع فوق را بر رعایت مصلحت کودک متمرکز دانسته‌اند تا اصلاحات و تغییرات در جهت انطباق بیشتر قوانین با موازین اسلامی صورت گیرد و زمینه استفاده از معیارهای منطقی‌تر در هر دعوی حضانت با در نظر گرفتن همه عوامل مؤثر بر شرایط رشد و پیشرفت کودک فراهم شود. با توجه به ابهاماتی که در زمینه امکان یا عدم امکان تفویض حضانت در ضمن عقد نکاح وجود داشت، پژوهش پیش‌رو با هدف بررسی حدود و تأثیر اراده زوجین جهت تعیین یا تغییر احکام حضانت در ضمن عقد نکاح و صحت یا بطلان چنین شرطی تدوین شده است؛ از این رو، این مقاله در مقام پاسخ به سؤالات ذیل است:

۱. مبانی تفویض حضانت در فقه و حقوق ایران چیست؟
۲. اگر زن و شوهر در ضمن عقد ازدواج شرط کنند که یکی از آن‌ها از حضانت اطفال خود برخوردار نباشد، آیا چنین شرطی از نظر حقوقی نافذ و معتبر است؟
۳. در دوران ازدواج، والدین از لحاظ حضانت با یکدیگر برابرند؟

پیشینه پژوهش

درباره حقوق خانواده و مسائل آن، به ویژه تفویض حضانت، تاکنون تحقیقاتی صورت گرفته است؛ اما درباره موضوع خاص مقاله حاضر به شکل همه‌جانبه کار نشده است. با این حال مقالاتی

وجود دارند که می‌توان به آن‌ها استناد کرد و از دستاوردهای آن‌ها بهره جست؛ این مقالات عبارت‌اند از:

۱. «بررسی تأثیر اراده در حضانت»، به قلم نیوشا مصلی‌نژاد (۱۳۹۰): مقاله حاضر ضمن تشریح دیدگاه فقها و حقوق‌دانان درباره ماهیت حضانت و اشخاص عهده‌دار آن و تأثیر اراده در حضانت، بر آن است که نشان دهد که آیا حضانت به موجب قرارداد قابل اسقاط و واگذاری است یا خیر؟ و به این نتیجه رسیده است که سلب حق امکان‌پذیر است؛ مگر آنکه قانون آن را منع کرده باشد و حضانت از فرزندان، حق و امتیازی است که قانون به اشخاص داده است.

۲. «توافقات راجع به حضانت با تأکید بر رویه قضایی»، به قلم سجاد محمدی جوزانی و فردین عوض‌پور هیبت‌لو (۱۴۰۱ ش): این مقاله به طور اجمال درباره اعراض از حق حضانت، واگذاری حق حضانت، توافقات راجع به این حق، امکان اعطای حضانت به شخص ثالث و سرنوشت توافق والدین پس از دخالت دادگاه سخن می‌گوید و به این نتیجه می‌رسد که با تأکید بر رویه قضایی و در دکتترین حقوقی توافق راجع به حضانت بین والدین طفل صحیح و لازم‌الاجرا است.

۳. «واکاوی وضعیت حقوقی واگذاری حضانت در مقابل بذل مهر یا طلاق، رفع چالش قضایی با تأکید بر آموزه‌های فقه خانواده»، به قلم امین سلیمان کلوانق (۱۴۰۳ ش): در این مقاله نویسنده می‌نویسد: دسته‌ای حضانت را مطلقاً خواه از طرف پدر، خواه از طرف مادر اسقاط‌ناپذیر، و توافق متضمن واگذاری آن را باطل می‌دانند. دسته‌ای نیز حضانت را به طور مطلق اسقاط‌پذیر، و از این رو توافق موجب واگذاری آن را صحیح می‌دانند. برخی نیز حضانت را از طرف مادر اسقاط‌پذیر، ولی از طرف پدر اسقاط‌ناپذیر می‌دانند.

علاوه بر این مقالات، پایان‌نامه مژگان ندرتی (۱۳۹۵) با عنوان وضعیت حقوقی توافق زوجین در حضانت فرزند نیز به این موضوع پرداخته است. پژوهش حاضر با هدف امکان توافق زوجین درباره واگذاری حضانت تدوین شده است.

اغلب پژوهش‌های پیشین در خصوص توافقات زوجین در زمینه حضانت، عمدتاً با تمرکز بر اصل حاکمیت اراده، بر اعتبار این توافقات به عنوان ابزار کاهش تنش‌های پس از طلاق تأکید

کرده‌اند، بدون آنکه به صورت نظام‌مند نسبت این توافقات را با قواعد آمره و نظم عمومی و مصلحت کودک تحلیل کرده باشند. تمایز اساسی پژوهش حاضر در آن است که با رویکردی جامع‌نگر، فراتر از اراده طرفین، به بررسی دقیق‌تر قلمرو مداخله قواعد آمره و نقش دادگاه در سنجش مصلحت طفل پرداخته، و نشان داده است که توافق والدین، تنها در صورتی که از صافی مصلحت کودک عبور کند و با نظم عمومی مغایرت نداشته باشد، واجد اعتبار حقوقی خواهد بود. همچنین برخلاف بسیاری از پژوهش‌ها که رویکردی ایستا و نظری دارند، این مطالعه با تحلیل تطبیقی و بررسی آرای قضایی، چهارچوبی عملی برای داوری قضات درباره اعتبار یا عدم اعتبار توافقات والدین ارائه می‌دهد.

روش پژوهش

روش تحقیق در این مقاله با توجه به هدف از نوع نظری، و با توجه به ماهیت از نوع توصیفی - تحلیلی است. گردآوری اطلاعات نیز بر پایه روش کتابخانه‌ای است و محقق برای دستیابی به اهداف تحقیق به متون فقهی و کتاب‌های حقوقی مراجعه کرده است.

تبیین مفهوم حضانت

۱. مفهوم لغوی حضانت

حضانت در لغت واژه‌ای عربی است که به ادبیات فقهی و حقوقی راه یافته است و از ریشه حَضَنَ و در باب فعل یفعل است. امکان دارد مصدر باشد یا اسم مصدر که در معانی متعددی به کار رفته است؛ مانند: سینه، بازوان، مابین بازوان، جنب و پهلو، زیر بغل تا نشیمنگاه (مرادخانی و هاشمی نژاد، ۱۳۹۲، ص ۱۳۶-۱۳۷). حضانت به فتح و کسر حاء به تصریح همه لغت‌پژوهان از کلمه حَضَن مشتق شده، و در لغت حضانت مصدر حاضن و حاضنه است که به زن و مردی می‌گویند که امر سرپرستی و نگهداری و تربیت کودک را برعهده دارند (امامی، ۱۳۷۵، ص ۱۸۷؛ افخمی مهرجردی، ۱۳۹۳، ص ۹-۱۰)؛ بنابراین در معنای لغوی حضانت، آنچه محور و محل توجه است، مسئله نگهداری و حفاظت و صیانت از کودک بوده است و رسیدگی به ابعاد معنوی و تربیت طفل، از قبیل تعلیم و آموزش حرفه‌ای یا اتخاذ تدابیر مقتضی جهت ایجاد ارتباط طفل با دنیای خارج و با اشخاص مختلف، برای معنای حضانت وضع نشده است

(نظری توکلی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۸). هرچند ممکن است نگهداری و حفاظت و برآورده کردن نیازهای مادی کودک، در چگونگی تربیت او نیز مؤثر افتد (امین املشی، ۱۳۹۴، ص ۲-۳).

۲. مفهوم اصطلاحی حضانت

حضانت یکی از آثار قرابت نسبی است. حضانت در معنی اصطلاحی عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۲۱۶). حضانت، نگاهداری کودک و تربیت او با در نظر گرفتن مصلحتش و بازداشتن او از مضار است و تا سن معینی درباره کودک قابل اعمال است (افضل آبادی، ۱۳۹۶، ص ۷-۱۱). می توان حضانت را به دو عنصر نگاهداری و تربیت طفل تجزیه کرد. این دو عنصر در عمل به دشواری جدا از هم تصور می شوند؛ زیرا شیوه نگاهداری کودک در پرورش استعدادها و مؤثر است و زمینه آموزش به او را نیز فراهم می سازد. با وجود این، آنچه به طور مستقیم ناظر به پذیرفتن کودک و پرستاری و تأمین نیازهای مادی و معنوی او است، مانند تهیه غذا و مسکن و پوشاک، در زمره کارهای مربوط به نگاهداری است؛ ولی هدایت او در شناسایی محیط، آموختن تجربه زندگی، عادات و رسوم آن، تأمین وسیله تحصیل و مانند این ها در شمار تکالیف مربوط به تربیت کودک است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۳۹؛ افشاری پور، ۱۴۰۰، ق، ص ۲۱-۲۲). در قانون مدنی ایران و قانون حمایت خانواده، کلمه حضانت تعریف نشده است؛ اما با توجه به باب دوم از کتاب هشتم قانون مدنی ایران در نگاهداری و تربیت طفل و همچنین ذکر کلمه حضانت در بعضی موارد در این باب، معلوم می شود که حضانت از منظر قانون مدنی ایران، عبارت است از نگاهداری و تربیت اطفال (مدنی کرمانی، ۱۳۹۴، ص ۲۰۳؛ جان نثاری، ۱۳۹۹، ص ۸). از ذکر کلمه حضانت در برخی از موارد، معلوم می شود که حضانت عبارت است از پرداختن به امور جسمی و معنوی (تربیت) طفل. ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی فقط حق و تکلیف پدر و مادر را بیان کرده، و تعریفی از حضانت به دست نداده است؛ بنابراین بهتر است درباره ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی بگوییم: «حضانت عبارت است از پرداختن به امور جسمی و معنوی و تربیت روحی و اخلاقی طفل به قدر متعارف مطابق مصلحت وی، و آن حق و تکلیف ابویین است». بدین ترتیب در این تعریف هم حضانت طفل تعریف شده، و هم مصلحت وی در نظر

گرفته شده است (گرچی، ۱۳۸۴، ص ۴۶).

۳. مفهوم فقهی حضانت

فقه‌های بزرگ حضانت را این‌گونه تعریف کرده‌اند: سلطه و اقتدار بر کودک برای تربیت و مصالحی که مربوط به آن است؛ مانند حفظ و نگهداری از او، قراردادنش در تخت و بلندکردنش از آن، سرمه‌کشیدن او، نظافت‌کردن او، شستن کهنه و لباسش و مانند آن (صمیمی، ۱۳۸۵، ص ۶-۷). در اینجا حضانت تعبیر به ولایت شده است. علامه حلی در قواعد الأحكام (۱۴۱۳ ق، ص ۱۰۱) و شهید ثانی در مسالك الأفهام (۱۴۱۰ ق، ص ۴۵۸)، و به تبع ایشان، فاضل مقداد (۱۴۰۴ ق، ص ۲۷۱) حضانت را به ولایت بر نگهداری کودک تعریف کرده‌اند. صاحب جواهر در ماهیت حضانت و تعبیر آن به ولایت اشکال کرده، و فرموده است: اگر مقصود این است که حضانت مثل دیگر ولایات قابل اسقاط نیست و بر مادر واجب است که آن را مراعات کند و حتی حق گرفتن اجرت را نیز ندارد، باید گفت در لسان ادله نه تنها دلیلی که مقتضی این معنی باشد وجود ندارد، بلکه قرائنی در ادله است که خلاف آن را اقتضا می‌کند؛ مثل تعبیر به احقیت یا واگذارکردن پذیرش مسئولیت حضانت به خواست و رأی مادر (۱۳۷۴ ق، ص ۲۸۳-۲۸۴). هر جا از «حق» تعبیر به «ولایت» شده است، مقصود ولایت به معنی اعم است که برگشت آن به تولیت و تفویض است (بحرالعلوم، ۱۴۱۳ ق، ص ۲۱۱). عده‌ای از فقه‌های امامیه نیز معنای ولایت را از حضانت نفی کرده، و آن را به نگهداری و تربیت کودک تعریف کرده‌اند (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۱ ق، ص ۵۵۶؛ صمیمی، ۱۳۸۵، ص ۶-۷).

۱. حق یا حکم بودن حضانت

در این قسمت به بررسی نظریاتی که در حوزه حق یا تکلیف بودن حضانت است، می‌پردازیم.

۱-۱. نظریه نخست: حق محض

حضانت، حقی فردی است که قابلیت نقل و انتقال یا اسقاط دارد و زوجه می‌تواند این حق را عوض در طلاق خلع قرار بدهد و نمی‌توان دارنده حق حضانت را ملزم به نگهداری فرزند کرد، مگر اینکه حضانت به وسیله شخص دیگر ممکن نباشد؛ بنابراین مادر می‌تواند در ازای حضانت، اجرت مطالبه کند؛ اما اگر ترک حضانت طفل مستلزم تلف شدن او بشود و شخص

ثالثی نگهداری طفل را برعهده نگیرد، از نظر اینکه طفل از جمله مضطربین قرار می‌گیرد و نباید حق او ضایع شود، پدر و مادر را ملزم به نگهداری او می‌کنند (صفائی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۳۳۴؛ توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۱۹). مهم‌ترین دلیل کسانی که قائل به حق بودن حضانت هستند، استناد به برخی روایات است. این روایات عبارت‌اند از:

الف - روایت ایوب بن نوح از امام کاظم(ع): یکی از اصحاب امام کاظم (ع) نامه‌ای به آن حضرت نوشت و درخصوص حضانت طفل پرسید. امام در جواب نوشت: زن به فرزند تا هفت‌سالگی سزاوارتر است، مگر اینکه زن نخواهد. در این روایت، حضانت معلق به خواست و مشیت مادر شده، و امام تعبیر احق را به کار برده است؛ بنابراین می‌توان گفت حضانت بر او واجب نیست و مادر می‌تواند این حق را اسقاط کند یا درعوض آن اجرت بگیرد (ابن بابویه، ۱۴۱۳ ق، ص ۴۳۵).

ب - در روایتی دیگر ایوب بن نوح از امام هادی(ع) پرسید: اگر مردی ازدواج کند، سپس صاحب فرزندی شود و آنگاه از همسرش جدا شود، چه زمانی بر او واجب است فرزند خود را از زن بگیرد؟ امام(ع) در پاسخ فرمود: «هرگاه طفل به سن هفت‌سالگی برسد، مرد می‌تواند طفل را از زن بگیرد یا اینکه او را ترک کند». از این روایت این‌گونه برداشت می‌شود که حق حضانت بر پدر الزامی (واجب) نیست، بلکه او مختار در استفاده از این حق است (حر عاملی، ۱۴۱۲ ق، ص ۴۷۲؛ توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۱۹).

۲-۱. نظریه دوم: هم حق، هم تکلیف

مطابق دیدگاه دیگر در فقه امامیه، حضانت هم حق است و هم تکلیف؛ بنابراین دارنده حضانت نمی‌تواند آن را منتقل یا اسقاط کند. به عقیده شهید ثانی، حضانت علاوه بر اینکه حقی برای پدر و مادر است، به وجوب کفایی، تکلیف آنان هم خواهد بود. او معتقد است که: «حضانت، ولایت است و مادر در مقابل حضانت حق اخذ اجرت ندارد» (شهید ثانی، ۱۴۱۶ ق، ج ۸، ص ۴۲۲). از ظاهر کلام برخی دیگر از فقیهان نیز چنین بر می‌آید که حضانت را علاوه بر حق بودن، تکلیف نیز می‌دانند. سبزواری از فقیهان معاصر، از این دسته به شمار می‌رود که حضانت را از جمله حقوقی می‌داند که منشأ طبیعی دارد و خداوند به منظور اتمام نعمت خود، آن را برای

فرزند قرار داده است. ایشان در ادامه برای اثبات واجب بودن اصل حضانت، به قرآن، سنت، اجماع و عقل تمسک کرده است (سبزواری، ۱۴۱۳ ق، ص ۲۷۶). در قانون مدنی ماده ۱۱۶۸، همین قول پذیرفته شده است؛ یعنی از منظر حقوقی، حضانت برای والدین حق است و در صورت تمرد یکی از والدین، طرف دیگر حق دارد به وسیله حاکم آن را بخواهد و متخلف را به انجام آن مجبور سازد. همچنین کسی حق مزاحمت آنان را ندارد و نمی‌تواند آنان را از نگهداری فرزندشان منع یا فرزند را از آن‌ها بگیرد و جدا کند. حضانت تکلیف هم است؛ تکلیفی که بر عهده والدین گذاشته شده است، به این معنا که پدر و مادر نمی‌توانند حضانت را نپذیرند؛ بنابراین حضانت هم حقی است به نفع پدر و مادر، و هم تکلیفی است به ضرر آن‌ها و به نفع طفل (توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۲۰-۲۱).

۳-۱. نظریه سوم: حق مادر و تکلیف پدر

حضانت بازنمایی از حق و حکم است و جنبه‌های نگهداری و تربیت کودک توسط حاضن است و قابل اسقاط نیست، حتی اگر هریک از زوجین این استحقاق را از خود سلب کنند (نوحی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۵؛ توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۲۱-۲۲). همچنین حضانت در امور تربیتی و آموزشی هم حق و هم تکلیف ابوی است که طبق قوانین، حضانت فرزند تا رسیدن طفل به سن بلوغ (در دختران ۹ سالگی و در پسران ۱۵ سالگی) به عهده والدین است؛ یعنی برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن حضانت کودک با پدر است. همچنین پس از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه است و قانون جز در موارد استثنایی نمی‌تواند آنان را از این حق محروم کند. در مواردی، پدر و مادر می‌توانند به نفع یکدیگر از حق حضانت خود صرف نظر کنند؛ بنابراین قراردادهای بین والدین درباره حق حضانت در صورتی که برخلاف مصلحت طفل نباشد، معتبر و لازم‌الاجرا است (هاشمی، ۱۳۹۵، ص ۱۱۳). بر این اساس حضانت طفل پس از هفت سالگی به طور مطلق به پدر واگذار نمی‌شود، بلکه هرگاه بین پدر و مادر طفل درباره حضانت او اختلاف شود، معیار تعیین‌کننده حضانت صرفاً مصلحت طفل است. چه بسا به‌رغم عدم وجود عیب و نقصی در پدر،

به تشخیص دادگاه مصلحت طفل از جمله در وابستگی های شدید طفل و مادر و اثر سوء جدائی آنها از یکدیگر اقتضاء کند که حضانت او برعهده مادرش باشد. پس از رسیدن طفل به سن بلوغ، دادگاه خود را از رسیدگی درخصوص حضانت فارغ می‌داند و فرزندان حق انتخاب ادامه زندگی نزد یکی از والدین را خواهند داشت، که درهرصورت، تأمین مخارج زندگی با پدر خواهد بود (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۸، ص ۱۲۷). اگر پدر از دادن فرزندان زیر هفت سال به مادر خودداری کند، مادر می‌تواند با مراجعه به دادگاه، اولاً الزام زوج را به پرداخت نفقه فرزند بخواهد، ثانیاً برای صدور دستور موقت مبنی بر استرداد فرزند درخواست دهد. با توجه به اینکه قانون، حضانت را با مادر دانسته است، نیازی نیست که امری را در دادگاه اثبات کند و دادگاه بدون رعایت تشریفات قانونی و خارج از نوبت، حکم استرداد طفل را صادر می‌کند و این حکم فوراً قابل اجرا است تا مادر بتواند با پرداخت نفقه ازسوی خود یا به شرط مطالبه بعدی از زوج به وظیفه حضانت درقبال طفل یا اطفال خود عمل کند. البته چنانچه مادر در ضمن سند رسمی طلاق متقبل حضانت و نگهداری فرزند مشترک با هزینه شخصی خود شده باشد، نمی‌تواند به موجب دادخواست بعدی از خود سلب تکلیف کند. چنین درخواستی پذیرفتنی نیست. ازدواج مجدد مادر حق حضانت وی را به نفع پدر ساقط می‌کند؛ اما در مواردی که پدر فوت کرده باشد، ازدواج مجدد مادر موجب سقوط حق حضانت وی نخواهد شد (محمدی، ۱۳۸۳، ص ۱۴۳). بنابراین طبق این نظر حضانت مادر، حق محض و حضانت پدر تکلیف است؛ به این معنی که اگر مادر از نگهداری طفل امتناع ورزد، حضانت به پدر واگذار می‌شود و اگر هر دو خودداری کنند، پدر مجبور به آن می‌شود. طبق نظر شهید اول، اگر مادر از نگهداری کودک امتناع کند، پدر اولویت پیدا می‌کند و اگر وی هم امتناع کند، اجبار می‌شود (شهید اول، بی تا، ص ۳۹۶). صاحبان این نظریه چنین استدلال کرده‌اند که مراد از حق حضانت مادر، صرف اولی بودن او بر دیگران برای شیردادن به طفل است، که قابلیت اسقاط این حق از طرف او وجود دارد؛ اما حق حضانت برای پدر به معنای ولایت بر طفل است که غیرقابل اسقاط است (فیاض، ۱۳۷۸، ص ۶۹؛ توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۲۱-۲۲).

۴-۱. نظریه برگزیده

فایده بحث از حق یا حکم بودن حضانت این است که اگر حضانت را حق بدانیم، در این صورت کمترین اثر حق آن است که قابل اسقاط است (صمیمی، ۱۳۸۵، ص ۱۴)؛ اما چنانچه حضانت را حکم بدانیم، در این صورت سرپرستی و نگهداری از فرزند واجب است و در صورت امتناع از پذیرش مسئولیت، حاکم شرع می‌تواند او را به این امر وادار کند و در این باره سه نظریه وجود دارد: نظریه اول، حق محض بودن حضانت؛ نظریه دوم، هم حق و هم تکلیف بودن حضانت؛ نظریه سوم، حق مادر و تکلیف پدر بودن حضانت. با توجه به اینکه یکی از مهم‌ترین مصالح طفل، سرپرستی و نگهداری او به‌طور صحیح است و از آنجاکه مناسب‌ترین گزینه برای انجام این مسئولیت مهم، والدین طفل هستند، می‌توان گفت انجام امور سرپرستی کودک بر والدین واجب است و در این زمینه تفاوتی میان پدر و مادر وجود ندارد؛ زیرا در هر دوره‌ای نیاز طفل به یکی از والدین بیشتر احساس می‌شود و امتناع پدر یا مادر از سرپرستی و تربیت او موجب ضرر طفل است که به‌موجب قاعده لاضرر نفی شده است (توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۲۲-۲۳). قانون مدنی نیز نظریه دوم را پذیرفته است؛ زیرا در ماده ۱۱۶۸ این قانون مقرر می‌دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است» و ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد: «هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به‌عهده آنها است، از نگاهداری او امتناع کند. در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی‌العموم، نگاهداری طفل را به هریک از ابویین که حضانت به‌عهده اوست، الزام کند و در صورتی که الزام، ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر، و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند». حضانت طفل با پدر و مادر است؛ ولی قانون برای اینکه بین آنان بر سر انتخاب روش لازم برای نگهداری و تربیت کودک اختلافی رخ ندهد، چاره‌ای اندیشیده است که به‌سبب آشنابودن به طرز نگاهداری، مادر را بر پدر مقدم داشته است. هر عملی که مادر برای نگاهداری طفل لازم بداند، انجام خواهد داد و پدر نمی‌تواند او را منع، یا روش دیگری را بر او تحمیل کند؛ بنابراین، نه‌تنها اشکالی نیست که حضانت،

ولایت باشد، بلکه مصلحت خود کودک نیز اقتضا می‌کند که تنها، صرف حقی نباشد که قابل اسقاط باشد و باید تکلیف لازم‌الاجرائی باشد که از ولایت و اقتداری نشأت گرفته، که شارع متعال به مصلحت طفل تشریح کرده است و برای مصالح فردی و اجتماعی جامعه، قابل اسقاط نباشد و نیز نتواند از عمل به آن خودداری کند، چنان‌که از این وظیفه خودداری کنند، موجب هرج‌ومرج و آسیب‌های اجتماعی و موجب ضایع شدن کودک خواهد شد (امامی، ۱۳۹۰، ص ۱۹۱).

۲. حضانت و شرط مخالف آن

سرپرستی و حضانت فرزندان در دوران زندگی مشترک و پس‌از آن، از جمله مباحث مهمی است که موضوع بحث از دیدگاه‌های مختلف است و قانونگذاران نیز به‌نوبه خود سهم بسزایی در تنظیم مقررات قانونی برای قاعده‌مند ساختن روابط فرزندان با والدین و نحوه ایفای نقش والدین در خصوص نگهداری و تربیت کودکان داشته‌اند (ربوبیت، ۱۳۸۸، ص ۶۸). در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی آمده بود: «برای نگهداری 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». این ماده که مطابق نظر مشهور فقها بود در تاریخ ۱۳۸۱/۳/۸، توسط مجلس شورای اسلامی، این‌گونه اصلاح شد: «برای حضانت و نگاهداری طفل، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس‌از آن، در صورت حدوث اختلاف، با رعایت مصلحت کودک و به تشخیص تأیید دادگاه می‌باشد». البته شورای نگهبان، این مصوبه را خلاف شرع اعلام کرد. در نتیجه این مصوبه در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام به شرح زیر اصلاح و تصویب شد: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوبین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس‌از آن با پدر است. تبصره: بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد».

با توجه به روشن شدن مفهوم و ماهیت حضانت، اکنون می‌خواهیم بررسی کنیم که زن و شوهر

می‌توانند ضمن عقد نکاح یا پس‌از آن شرط واگذاری یا اسقاط حضانت کنند؟ به‌گونه‌ای که از همان ابتدا شرط کنند که یکی از طرفین هیچ مسئولیتی در نگهداری و مراقبت از طفل نداشته باشد و وی حق حضانت خود را به دیگری واگذار کند؟

۲-۱. شرط مخالف با حضانت پدر و مادر در ضمن عقد نکاح

همان‌طور که گفته شد، حضانت برعهده پدر و مادر است و آن دو به‌طور مشترک وظیفه نگهداری و مراقبت از اطفال خود را برعهده دارند. البته با توجه به آراء مختلف در خصوص تفاوت ماهیت حضانت درباره پدر و مادر می‌توان شرط مخالف با حضانت را به دو صورت شرط مخالف با حضانت پدر و شرط مخالف با حضانت مادر، بررسی کرد. درباره شرط مخالف با حضانت پدر باید این‌طور بیان کرد که حضانت برای پدر، افزون‌بر حق بودن، تکلیف نیز است؛ اما حق تقدم پدر بر مادر برای حضانت بیشتر در مرحله پس‌از سنین کودکی طفل است؛ یعنی در سنی که از احتیاج شدید کودک به حضور مادر، کاسته شده باشد. بنابر قول مشهور فقهای امامیه، مادر تا دو سال درباره اولاد ذکور و تا هفت سال درباره اولاد اناث بر پدر اولویت و حق تقدم دارد و عقیده دیگر این است که مادر تا هفت سالگی کودک اولویت دارد، اعم از اینکه کودک، پسر یا دختر باشد (صاحب‌جواهر، ۱۳۷۴ ق، ص ۲۹۰). در فقه اهل سنت برای فرزند پسر هفت و تا نه سال هم بیان شده، و برای فرزند دختر، نه تا یازده سال هم بنابر مصلحت طفل، مجاز شناخته شده است؛ اما این بدان معنا نیست که پدر در این سنین هیچ‌گونه وظیفه‌ای به‌عهده ندارد، بلکه گویند پدر موظف است در دوران زندگی مشترک، در خصوص حضانت به مادر کمک کند و با او همکاری داشته باشد (صفائی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۳۳۵). حال اگر زن و شوهر ضمن عقد، برخلاف حضانت پدر که تکلیف او نیز است، شرط کنند، یعنی پدر حضانت خود را به مادر واگذار کند یا در عوض واگذاری آن وجهی دریافت کند، از آنجایی که این تکلیف برای پدر همراه با الزام بیشتری است، به‌طوری که گفته شد، چنانچه مادر از حضانت طفل خودداری کند، حضانت به‌عهده پدر خواهد بود و چنانچه به این وظیفه عمل نکند، حاکم او را الزام خواهد کرد؛ بنابراین شرط مخالف حضانت پدر، با توجه به اهمیت موضوع دارای

اشکال خواهد بود و باطل و بی اثر است (ربوبیت، ۱۳۸۸، ص ۷۳).

درباره شرط مخالف با حضانت مادر باید این گونه بیان کرد که بسیاری درباره ماهیت حضانت مادر قائل به حق بودن آن هستند، به طوری که گویند توسط مادر قابل اسقاط است. امامیه و حنابله و شافعیه بر حق بودن آن اتفاق نظر دارند و گویند مادر می تواند از این حق خود بگذرد و اجبار او نیز ممکن نیست؛ زیرا حضانت را همانند شیردادن به طفل دانسته اند (مغنیه، ۱۹۸۲ م، ص ۳۸۲)؛ بنابراین در خصوص ملاک حضانت، باید مهم ترین حکمت حضانت را، حمایت و رعایت غبطه و مصلحت طفل دانست؛ زیرا به طور طبیعی، کودک از زمان تولد به کسی احتیاج دارد که درباره تربیت، نگهداری و پرورش وی و برآوردن احتیاجاتش اقدام کند تا زمانی که خود بتواند مستقلاً نیازهایش را برآورده کند و به نظر می رسد سزاوارترین شخص برای حضانت طفل در دوران کودکی او، مادر است. همان گونه که بعضی از فقها بیان کرده اند که حضانت نوعی از ولایت و سلطنت است که زنان به دلیل زیادت مهربانی و شفقت و صبر بر تربیت، بر آن شایسته ترند تا اینکه طفل به سن معینی برسد و پس از آن نوبت به حق مردان در تربیت و حضانت می رسد؛ زیرا آن ها بر حمایت و نگهداری طفل توانا ترند. ایشان زن را در حضانت کودک، اعم از دختر و پسر، تا رسیدن به سن معینی شایسته تر می دانند و پس از آن مرد را در حضانت توانا تر می بینند؛ اما برخی از فقها، زن را برای حضانت دختر شایسته تر از مرد تلقی می کنند و دلیل آن را شفقت و مهربانی زن در خلقت اصلی او می دانند و از این جهت او را آماده و مهیای پرورش و نگهداری کودک می دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۲۱). برخی نیز از اطلاق آیه «لاتضار والده بولدها» (بقره/۲۳۳) استنباط کرده اند که دور کردن طفل از دامن پرمهر مادر، ضرر زدن به کودک است و اطلاق نهی آیه آن را در بر می گیرد. به نظر می رسد که هیچ عامل خارجی ای نتواند حقی را که پدر و مادر در نگاهداری از فرزند خود دارند، از بین ببرد. مصلحت طفل مهم ترین هدف قانونگذار است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۷۰). چون قانونگذار در ماده ۱۱۶۸ تفاوتی میان پدر و مادر در نگاهداری فرزند قائل نشده، و آن را حق و تکلیف مشترک والدین دانسته است، به نظر می رسد شرط مخالف با حضانت مادر که مطابق

آن مادر از حق خود صرف‌نظر کند یا آن را واگذار کند، معتبر نباشد (ربویت، ۱۳۸۸، ص ۷۴). مطابق نظر مشهور فقها، حضانت برای مادر حق محسوب می‌شود و در صورت امتناع مادر، پدر به آن ملزم می‌شود؛ اما قانون مدنی بین این دو تفاوتی قائل نشده است. به نظر می‌رسد حتی اگر شرط مخالف با حضانت والدین را بپذیریم، دربارهٔ مادر، با توجه به حق بودن ماهیت حضانت برای وی، به استناد نظر مشهور فقها، شرط مخالف با آن نامشروع نیست. با توجه به مادهٔ ۱۱۶۸ قانون مدنی و در نظر گرفتن آن به‌عنوان قانون امری، چنین شرطی را باید مخالف قوانین آمره و نظم عمومی دانست. مادهٔ ۱۱۰۴ قانون مدنی، زوجین را مکلف به معاضدت و همکاری در تربیت اولاد دانسته است؛ زیرا دربارهٔ شرط سلب حق حضانت، معمولاً حقوق‌دانان، بحث ارتباط آن با نظم عمومی و قوانین آمره را مطرح کرده‌اند و گفته‌اند: کسی که ولایت یا حضانت با او است نمی‌تواند از آن بگذرد یا امتیازی را که قانون به او داده است به دیگری واگذار کند و به دلیل ارتباط حضانت با نظم عمومی، شوهر نمی‌تواند در روابط میان خود با دیگران با توافقات و قرارداد خصوصی تجاوز کند؛ زیرا سلطهٔ پدر بر تربیت و نگهداری کودک به‌منظور حمایت از او است و از این جهت با نظم عمومی در ارتباط است و مصلحت طفل مهم‌ترین هدف قانونگذار است و دربارهٔ انصراف از حق حضانت توسط والدین، انصراف زن بر اساس حق بودن حضانت برای وی است و انصراف مرد خلاف نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳۶).

۲-۲. وضعیت حقوقی شرط مخالف حضانت

به دلیل ارتباط حضانت با نظم عمومی، زن و شوهر نمی‌توانند در روابط میان خود یا روابط با دیگران، با قرارداد خصوصی تجاوز کنند؛ زیرا سلطهٔ پدر و مادر بر تربیت و نگهداری کودک به منظور حمایت از او است و از این جهت با نظم عمومی در ارتباط است و مصلحت طفل مهم‌ترین هدف قانونگذار است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳۶). برخی نیز این حق را سلطه‌ای قانونی می‌دانند که جز با وجود جهت قانونی و مشروع نمی‌توان از والدین سلب کرد (ربویت، ۱۳۸۸، ص ۷۵). برخی نیز این‌گونه شروط را که در آن زن بر شوهر شرط کند که

حق حضانت یا ولایت بر اطفال خود را نداشته باشد، از جمله شروط نامشروع و مخالف قواعد آمره به حساب آورده، و باطل دانسته‌اند (صفائی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۵۹). همان‌گونه که در فقه اهل سنت نیز بیان شده است، سزاوارتر است که حضانت، حق طفل در نظر گرفته شود تا حق والدین او، که در آن صورت اسقاط حضانت مجاز نیست و مصالحه طرفین بر ترک حضانت نیز صحیح نیست و چنین شروطی باطل است (مغنیه، ۱۹۸۲ م، ص ۳۸۳). حضانت از روی تسامح، تعبیر به حق شده، و در واقع تکلیفی است که از طرف قانونگذار به پدر و مادر تحمیل شده است و در نتیجه قابل اسقاط و واگذاری نیست و نمی‌توان به موجب قرارداد منتقل کرد یا شرط ضمن عقد خارج لازم، آن را ساقط یا منتقل کرد، بلکه تکلیفی است که قانونگذار به جهت حفظ مصلحت طفل و جامعه برعهده والدین او گذاشته، و جز در مواردی مانند انحرافات اخلاقی و ثبوت عدم لیاقت آن‌ها که قانونگذار معین کرده است، این حق را نمی‌توان از آن‌ها سلب کرد (ملک‌محمدی، ۱۳۹۵، ص ۲۷)؛ بنابراین هیچ‌کدام از والدین نمی‌توانند از حق حضانت خود، که قانون، حق و تکلیف آنان دانسته است، صرف‌نظر کنند و آن را به دیگری بسپارند و در خصوص سرنوشت طفلی که خداوند و جامعه به دست آنان، به ودیعه سپرده است، معامله کنند؛ بنابراین پذیرفتن اینکه مثلاً در زمان عقد، مردوزن بتواند حق حضانت خود را کلاً اسقاط کنند، بسیار سخت به نظر می‌رسد؛ زیرا ممکن است یکی قبل از دیگری فوت کند و آنکه حق حضانت خود را اسقاط کرده است، فوت کند، تکلیف این کودک و سرپرستی از او چه خواهد شد؟ اما به نظر می‌رسد والدین بتوانند در خصوص به عهده گرفتن حضانت کودک خود برای زمان انحلال عقد و جدایی، توافقاتی را با یکدیگر بکنند؛ مثلاً زن و مرد در ضمن عقد نکاح، شرط کنند که حق حضانت طفل در صورت جدایی آن‌ها و داشتن فرزند در آن زمان، با یکی از آن‌ها باشد. باید توجه داشت آنچه مهم است در نظر گرفتن مصلحت طفل و سلامت و تربیت او است نه صرف توافقاتی که بین پدر و مادر درباره کودک انجام می‌گیرد. با توجه به ماده ۱۶۸ ق.م و ماهیت دو وجهی حق و تکلیف بودن حضانت در قانون ایران، بعضی از حقوق‌دانان بی‌اعتباری قرارداد راجع به واگذاری یا اسقاط یا مطالبه دستمزد

درقبال حضانت را از نتایج تکلیفی بودن حضانت دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۷۱۶).

۳. اعتبار تراضی حضانت از کودک از نظر قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه

دراین قسمت، اعتبار تراضی درباره حضانت از کودک از نظر قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه بررسی می‌شود.

۳-۱. قانون

بنابر اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادها قانونگذار در ماده ۱۰ قانون مدنی قاعده‌ای را بنا نهاد تا با استفاده از آن اشخاص در جامعه با توجه به نیازهای مختلفی که در تعاملات اجتماعی خود با دیگران دارند، بتوانند انواع مختلفی از قراردادها را منعقد کنند که به دلایل مختلفی همچون نیازهای جدید و نوظهور این موضوعات را نمی‌توان با عقود معین قانون مدنی هماهنگ کرد؛ بنابراین می‌توان گفت توافق راجع به حضانت از عقود نوپیدا و جدیدی است که دارای قواعد و آثار مخصوص به خود است. حال که آن را عقد غیرمعین دانستیم باید گفت با توجه به اصل لزوم قراردادها به نظر می‌رسد که باید قرارداد راجع به حضانت را قراردادی لازم‌الوفا دانست و بتوان طرف مقابل را الزام به رعایت مفاد آن کرد. دراین خصوص نظریه شماره ۳۴۴۱/۷ به تاریخ ۱۳۸۶/۰۵/۲۷ اعلام می‌کند: توافق والدین درخصوص حضانت فرزندان حتی به صورت دائم وفق ماده ۱۰ قانون مدنی لازم‌الوفا است. البته این توافقات در صورتی لازم‌الوفا هستند که مصلحت کودک به درستی رعایت شده باشد؛ چراکه حق حضانت از حقوق و تکالیف والدین است؛ اما در اصل با حق کودک بر داشتن فضای مناسبی برای رشد و نمو هم در ارتباط است و درحقیقت حاضن باید محیطی مناسب را برای رشد و تربیت طفل فراهم کند و اگر دراین باره کم‌کاری کند یا توانایی فراهم کردن این شرایط را نداشته باشد، دادگاه طبق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی و ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ به موضوع ورود می‌کند و تصمیم مقتضی می‌گیرد (محمّدی جوزانی، و عوض پور هیبت‌لو، ۱۴۰۱ ش، ص ۴۲۰-۴۲۱).

۳-۲. نظم عمومی

دولت باید در انجام وظایف خود از قواعد خاصی پیروی، و نظم را رعایت کند، مانند نظم در اساس سیاست، امور اداری، خانواده، و زندگی اقتصادی. پس، وقتی می‌گویند قاعده‌ای درباره

نظم عمومی است، مقصود این است که آن قاعده در شمار اصولی است که مسیر حرکت دولت را در این راه تعیین می‌کند. طبیعی است که در جامعه‌ای منظم، اشخاص نباید توانایی آن را داشته باشند که با تراضی خود، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، این نظم را برهم زنند؛ بنابراین، در بیان یکی از مهم‌ترین اوصاف نظم عمومی، می‌توان گفت: نظامی است که رعایت آن به پیروی همگان وابسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۵۹). سلطهٔ پدرومادر بر تربیت و ادارهٔ اموال کودک برای حمایت از او است و به‌همین جهت، به نظم عمومی ارتباط دارد؛ بنابراین، زن و شوهر در روابط میان خود با دیگران، نمی‌توانند به وسیلهٔ قرارداد خصوصی به قواعد آن روابط تجاوزکنند، یا بابت خدماتی که در اجرای تکالیف خود انجام می‌دهند، دستمزد بخواهند و کسی که ولایت یا حضانت با او است، نمی‌تواند از آن بگذرد یا امتیازی را که قانون به او داده است، به دیگری واگذار کند. با وجود اینکه تربیت کودک به نظم عمومی ارتباط دارد، این سؤال پیش می‌آید که تراضی زوجین دربارهٔ واگذاری حضانت فرزند مشترکشان به یکی از آنها، مغایر با نظم عمومی است یا اینکه این تراضی تعارضی با نظم عمومی ندارد و مطابق با قانون است و دادگاه نیز مکلف به ترتیب‌اثر دادن به آن توافق، خواهد بود؟ این موضوع از ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه استعلام شد و این اداره به‌موجب نظریهٔ مشورتی شماره ۷/۱۳۴۷ مورخ ۱۳۶۰/۴/۱ چنین پاسخ داد: «به‌موجب مادهٔ ۱۱۶۸ قانون مدنی حضانت و نگاهداری اطفال برای ابوبین هم حق است و هم تکلیف، قابل اسقاط یا مصالحه نیست؛ زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبهٔ امری برای مکلف دارد و ارادهٔ فردی نمی‌تواند چنین حکمی را تغییر دهد». این نظریه، قابل تأمل است؛ زیرا با توجه به اینکه حضانت از حقوق مدنی افراد تلقی می‌شود، حقی است که به‌موجب مادهٔ ۹۵۹ قانون مدنی، کسی نمی‌تواند آن را به‌طور کلی از خود سلب کند؛ به‌ویژه آنکه در قبال آن تکلیفی قرار دارد. مادهٔ مزبور، صراحتاً بیان می‌دارد که «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید» (مصلی‌نژاد، ۱۳۹۰، ص ۸۵-۸۶). ادارهٔ حقوقی پس از چندی با عدول از نظریهٔ خویش در پاسخ به این سؤال برآمد که آیا حق حضانت قابل اسقاط است یا خیر و آیا در قبال اسقاط حق حضانت، احدی از زوجین می‌تواند مابازاء اخذ کند یا خیر؟ این

اداره به موجب نظریه مشورتی شماره ۷/۳۱۲۳ مورخ ۱۳۷۰/۶/۳۱ چنین پاسخ داد: «با عنایت به ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که نگاهداری اطفال را هم حق و هم تکلیف ابوبین دانسته است، کما اینکه ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز در شرایطی خاص، امر حضانت را متغیر تلقی کرده است، به نظر می‌رسد درقبال حق حضانت، یکی از زوجین می‌تواند مابازاء اخذ کند. همچنین به موجب نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۷/۳۵۶۳ مورخ ۱۳۸۰/۴/۱۳ مقرر می‌دارد: هریک از ابوبین که دارای حق حضانت هستند، می‌توانند با تنظیم توافق‌نامه، اعم از عادی و رسمی، این حق را به دیگری تفویض کنند (پورنگ‌نیا، ۱۳۸۲، ص ۷۹-۸۱). به نظر برخی از حقوق‌دانان، طبق مواد ۱۰، ۹۵۹، ۹۶۰، ۹۷۵ قانون مدنی و در چهارچوب موازین و اصول حقوقی، سلب حق امکان‌پذیر است. حضانت از فرزندان نیز امتیازی است که از طرف قانونگذار به افراد داده شده است و از طرف یکی از زوجین به یکی از آنها قابل اسقاط و واگذاری است، مگر اینکه مستنبت از مواد مذکور بتوان اسقاط آن را منع کرد (مصلی‌نژاد، ۱۳۹۰، ص ۸۷).

۳-۳. اخلاق حسنه

به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دارکردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجراء گذارد. اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز در این باره چنین مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». اخلاق حسنه چهره خاصی از نظم عمومی است. با اینکه منظور نهایی اخلاق، ساختن انسانی منزه و پارسا است و حقوق به برقراری عدالت و برابری نظر دارد، نظام حقوقی هیچ‌گاه بی‌نیاز از اخلاق نبوده است؛ زیرا در بسیاری از موارد، برای حفظ عدالت اجتماعی، دولت ناگزیر است که پاره‌ای از قواعد اخلاقی را حمایت کند. به همین جهت، باید اخلاق را بی‌گمان یکی از منابع مهم حقوق دانست. رابطه میان اخلاق حسنه و نظم عمومی را به اصطلاح منطقی، باید عموم و خصوص مطلق دانست. به این صورت که آنچه با اخلاق حسنه منافات دارد، با نظم عمومی نیز مخالف است؛ ولی این امکان وجود دارد، قراردادی که

با نظم عمومی در تعارض است، از نظر اخلاقی، ناپسند به نظر نیاید (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۸۱). مخالفت اخلاق با قرارداد، ممکن است در اثر تعارض موضوع آن با قوانین اخلاقی باشد، مانند قرارداد راجع به خودفروشی یا پیمان مربوط به اداره قمارخانه. در بطلان چنین قراردادهایی تردیدی نیست. ممکن است موضوع قرارداد مشروع باشد؛ ولی هدف از انعقاد آن، نقض قوانین اخلاقی باشد؛ مانند اینکه مالکی، خانه خود را برای ایجاد قمارخانه یا فاحشه‌خانه، اجاره می‌دهد یا می‌فروشد، قراردادی که موضوع آن مشروع است؛ اما اهداف آن غیر اخلاقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۸۴-۱۸۵). مشخص است که تربیت کودک به نظم عمومی ارتباط دارد و این نظم، واگذاری حق حضانت کودک به شخص ثالث را ممنوع می‌کند؛ اما واگذاری و تفویض حق حضانت فرزند به یکی از زوجین که اغلب مادر است، علاوه بر اینکه مغایرتی با نظم عمومی ندارد، با اخلاق حسنه نیز در تعارض نیست؛ زیرا اخلاق جامعه و خردمندان، چنین توافقی را مذموم نمی‌دانند. در نتیجه، این تراضی نافذ است و دادگاه نیز باید به آن ترتیب اثر بدهد. ضمن آنکه گاهی ممکن است والدین بنابه دلایلی صلاحیت نگهداری از کودک را نداشته باشند و دادگاه حضانت کودک را به ثالث واگذار کند (ندرتی، ۱۳۹۵، ص ۷۱-۷۳).

یافته‌های پژوهش

با توجه به اهمیت نهاد خانواده و در نتیجه حساسیت درج هرگونه شرط ضمن عقد نکاح، این شروط باید با نهایت دقت و ظرافت و پس از بررسی بسیار انجام پذیرد. به دلیل اهمیت موضوع، شرط تفویض حضانت در ضمن عقد نکاح، باطل و بی‌اثر است؛ مگر آنکه برای دوران پس از انحلال نکاح باشد که یکی از طرفین این حق را به دیگری واگذار کند که پذیرفتنی است و میان واگذاری و تفویض حضانت توسط یکی از زوجین به دیگری با تفویض آن به شخص ثالث تفاوت وجود دارد؛ به این صورت که زوجین نمی‌توانند برخلاف قواعد حضانت تراضی، و حضانت فرزند خود را ساقط، و به شخص ثالثی واگذار کنند؛ اما امکان توافق بین زوجین درباره واگذاری حضانت به یکدیگر پس از انحلال نکاح وجود دارد. تراضی حضانت از کودک، عقدی لازم شمرده می‌شود که هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند به طور یک‌جانبه آن را فسخ کنند؛ زیرا این تراضی، بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه‌پذیر است. تراضی حضانت از کودک، از

قواعد عمومی قراردادها تبعیت می‌کند و برطبق این قواعد، اصل بر لزوم قراردادها است. از آنجایی که خلاف این اصل درباره تراضی حضانت از کودک مشاهده نمی‌شود، در نتیجه، باید این تراضی را قراردادی لازم دانست؛ اما استثنائی که بر لازم بودن این تراضی وارد است، فوت حضانت‌کننده و کودک است که موجب از بین رفتن توافق می‌شود. همچنین، این نوع توافق در ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ نیز به صراحت پیش‌بینی شده است.

عبارت زیر به خوبی اعتبار این نوع تراضی را نشان می‌دهد: «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل، برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند». چنانچه پس از وقوع تراضی میان زوجین درباره واگذاری حضانت، حاضن به بیماری جنون مبتلا شود، یا فوت کند، یا کافر شود، یا مادر از دواج مجدد کند یا اینکه کودک تحت حضانت فوت کند، تراضی خودبه‌خود منفسخ می‌شود و اعتبار خود را از دست می‌دهد. به موجب نص صریح ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی، حق انحصاری مذکور در این ماده، در صورت وجود علت قانونی، از بین می‌رود و دادگاه اجازه می‌یابد تا برطبق مصلحت کودک رفتار کند. درباره اعتبار تراضی حضانت نیز باید گفت که صرفاً اراده پدر و مادر دخالت ندارد، بلکه معیار اصلی در این امر، رعایت مصلحت طفل است. پس، هرگاه مصلحت طفل برخلاف توافق پدر و مادر باشد، این توافق نمی‌تواند عملی شود؛ اما هرگاه توافق به مصلحت طفل باشد، دادگاه می‌تواند مطابق با این توافق عمل کند و حکم به تغییر حضانت‌کننده صادر کند. معیار و مبنایی که دادگاه طبق آن درباره مصلحت طفل در حضانت تصمیم‌گیری می‌کند، از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی به دست می‌آید؛ بنابراین، دو معیار برای تشخیص رعایت مصلحت طفل در حضانت از این ماده برداشت می‌شود: عدم مواظبت از طفل و انحطاط اخلاقی پدر یا مادر. این دو معیار در صورتی قابل استناد است که صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل را در معرض خطر قرار

دهند، در غیر این صورت، حضانت به حال خود باقی خواهد ماند.

پیشنهادها

در این باره مشخص شد که به رغم ویژگی‌های بارزی که در قوانین موجود درباره حمایت از اطفال وجود دارد و قانون، نهایت تلاش خود را برای تحقق عدالت می‌کند، خلأ و کمبودهایی نیز در این میان وجود دارد که باید در تنظیم قوانین به آن‌ها توجه شایسته‌ای کرد؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود:

۱. با وجود اهمیت نقش والدین در تربیت کودک، لازم است وظایف و تکالیف زوجین به صورت دقیق مشخص شود تا احتمال سوءاستفاده احتمالی بعضی از والدین سهل‌انگار فراهم نشود. برای مثال در ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی به واژه‌هایی همچون «در حد توانایی»، «برحسب مقتضی»، «نباید آن‌ها را مهمل بگذارند» اشاره شده است که تمام این واژه‌ها مجمل‌اند و تعاریف دقیق و خاصی از آن‌ها نشده است و امکان سوءاستفاده از آن نیز در فرار از ادای تکلیف وجود دارد. همچنین قانونگذار به صراحت، قواعد مربوط به تراضی درباره حضانت از کودک را مورد توجه قرار نداده است و به صورت دقیق و جامع، قواعد آن را تشریح نکرده است. در حالی که بهتر بود این قواعد به صورت دقیق و جامع وضع می‌شد.

۲. در حقوق خانواده، علاوه بر چهره قانونی و منطقی قواعد، جنبه عاطفی و اخلاقی نیز حکومت دارد. این خصلت در تنظیم قوانین راجع به اطفال، به مقدار زیادی مورد غفلت واقع شده است. در مواد قانونی، همه چیز رنگ و بوی تکلیف دارد و از آنجایی که طبع خانواده، با قواعد و احکام آمرانه در تمام موارد سازگار نیست، باید قبل از هر چیز، پدر و مادر با مسئولیت‌های اخلاقی و اجتماعی آشنا، و بدان ملزم شوند. این مهم در متون حقوقی، با همیاری اساتید و اندیشمندان حقوق امکان‌پذیر است.

۳. با توجه به حساسیت موضوع حضانت، به نظر می‌رسد باید به مصلحت و تمایل کودک بیشتر توجه کرد و ضمانت اجرایی محکم‌تری در نظر گرفت. در زمینه اجرای قانون، تشکیلات منظمی نداریم. در قانون مشخص شده است که دادستان باید در مقام مدعی‌العموم پیگیر مسائل

کودک باشد؛ ولی عملاً با توجه به حجم پرونده‌های ارجاع‌شده به محاکم، به این مسائل رسیدگی نمی‌شود. در برخی از کشورها که سیستم مددکاری، دارای جایگاه تعریف‌شده است، وقتی حضانت به یکی از والدین سپرده می‌شود، مددکار اجتماعی بر چگونگی حق ملاقات و مراقبت از کودک نظارت دارد؛ اما سیستم مددکاری در قوه قضائیه ایران جایگاهی که باید داشته باشد، ندارد و در بحث حضانت عملاً نمی‌توان چنین حمایت و پشتیبانی‌ای را از کودک دید. پیشنهاد می‌شود دولت مسئولیت نظارت بر اجرای حضانت را به دایره مددکاری واگذار کند و بحث مددکاری را به عنوان قانون تکمیل‌کننده وارد، و جایگاه آن را مشخص کند.

منابع

قرآن کریم.

ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ ق). *من لایحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

افخمی مهرجردی، محسن (۱۳۹۳). *حضانت اطفال و مسئولیت‌های ناشی از آن در فقه امامیه و حقوق ایران* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد اسلامی واحد تفت، یزد، ایران.

افشاری پور، ندا (۱۴۰۰ ش). *ابعاد حقوقی توافق زوجین راجع به حضانت فرزندان با بررسی رویه قضایی ایران* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه پیام نور، مشهد، ایران.

افضل‌آبادی، ابوالفضل (۱۳۹۶). *بررسی تطبیقی حضانت فرزند از دیدگاه فقه امامیه با حقوق کانادا و آمریکا* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران.

امامی، حسن (۱۳۹۰). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات اسلامیة.

امین املشی، محسن (۱۳۹۴). *ماهیت و آثار قراردادهای راجع به حضانت در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه رازی، کرمان، ایران.

بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۱۳ ق). *بلغة الفقیه*. تهران: منشورات مکتبه الصادق.

پورنگ‌نیا، اکرم (۱۳۸۲). *حضانت و فقه*. بی‌جا: نشر مادر.

توکلی پینزی، مریم (۱۳۹۷). *حدود آزادی اراده زوجین در حضانت کودک* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه میبد یزد، یزد، ایران.

جان‌نثاری، ریحانه (۱۳۹۹). *مبانی حضانت فرزندان طلاق، نامشروع، بی‌سرپرست و بدسرپرست در فقه و حقوق موضوعه ایران* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه رفاه، تهران، ایران.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
 حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل بیت.
 ربوبیت، ریحانه (۱۳۸۸). جایگاه شروط ضمن عقد در ارتباط با آثار غیرمالی و انحلال نکاح در حقوق موضوعه
 ایران و فقه اسلامی (پایان نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.
 سبزواری، عبد الاعلی (۱۴۱۳ ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
 سلیمان کلوانق، امین (۱۴۰۳ ش). واکاوی وضعیت حقوقی واگذاری حضانت در مقابل بذل مهر یا طلاق، رفع
 چالش قضایی با تأکید بر آموزه های فقه خانواده. فصلنامه مطالعات زن و خانواده، ۴ (۳۲)، ص ۱۳۵-
 ۱۵۸.

شهید اول، محمد بن مکی (بی تا). القواعد والفوائد (عبدالهادی حکیم، مترجم). قم: مکتبه مفید.
 شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: انتشارات داوری.
 شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۶ ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
 صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۳۷۴ ق). جواهر کلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
 صفائی، حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۸۲). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
 صمیمی، سید محمد (۱۳۸۵). مسئله حضانت در فقه اسلامی (پایان نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه شهید چمران،
 اهواز، ایران.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی
 وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
 فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله (۱۴۰۴ ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی
 نجفی.

فاضل موحدی لنگرانی، محمد (۱۴۲۱ ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیلة، النکاح. قم: مرکز فقهی ائمه
 اطهار علیهم السلام.
 فیاض، محمد اسحاق (۱۳۷۸). منهاج الصالحین. قم: مکتب آیه الله العظمی محمد اسحق الفیاض.
 قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱.
 قانون مدنی.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشار.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن
 برنا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده. تهران: میزان.

- گرچی، ابوالقاسم (۱۳۸۴). بررسی تطبیقی حقوق خانواده. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۳). مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محمدی جوزانی، سجاد؛ و عوض پور هیبت‌لو، فردین (۱۴۰۱ ش). توافقات راجع به حضانت با تأکید بر رویه قضایی. پژوهش‌های حقوقی، ۲۱ (۵۰)، ص ۴۰۵-۴۳۳.
- مدنی کرمانی، عارفه (۱۳۹۴). دعاوی خانوادگی. تهران: مجد.
- مرادخانی، احمد؛ هاشمی نژاد، سید طوبی (۱۳۹۲). حضانت اطفال از دیدگاه فقه امامیه. مطالعات فقهی و فلسفی، ۴ (۱۳۷)، ص ۱۳۵-۱۵۲.
- مصطفی نژاد، نیوشا (۱۳۹۰). بررسی تأثیر اراده در حضانت. دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده. ۱۶ (۵۵)، ص ۷۰-۹۰.
- معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۸). رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده. تهران: جنگل.
- مغنیه، محمد جواد (۱۹۸۲ م). الفقه علی مذاهب الخمسة. قم: مؤسسه الصادق.
- ملک محمدی، محبوبه (۱۳۹۵). تحلیل سن حضانت و نقش آن در مسئولیت‌های فردی و اجتماعی در آرای فقهی امام خمینی و قانون مدنی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد اسلامی واحد دماوند، تهران، ایران.
- ندرتی، مژگان (۱۳۹۵). وضعیت حقوقی توافق زوجین در حضانت فرزند (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد واحد بندر عباس، بندر عباس، ایران.
- نظری توکلی، سعید (۱۳۹۱). حضانت کودکان در فقه اسلامی. تهران: سمت.
- نوحی، امیدرضا (۱۳۹۰). قواعد فقهی در آثار امام خمینی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- هاشمی، محمد (۱۳۹۵). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: میزان.