

## قوانين مربوط به ترتیب و پایان حضانت ابهام‌ها و خلاً‌ها

میریه علمی فقه، حقوق و علوم اسلامی / شماره ۶ / زمستان ۱۳۹۶ / ص ۸-۱

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 می‌پذیرد یا تحقیق 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 ۱۶۹ 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 انث که تا سال هفتم، حضانت آنها با مادر خواهد بود. فقهاء 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 منافی با شرایط مذکور است، یعنی عوامل نه‌گانه بازدارنده حق حضانت نیز عبارت‌اند از: صغیر، 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 فقهاء شیعه، مباحثی مطرح گردیده است. مانع حضانت با سقط 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. فقهاء شیعه در مورد مانع یا مسقط حضانت بودن کلیه عوامل بازدارنده حق حضانت، غیر از ازدواج مادر، اظهار نظر نکرده‌اند، اما با دقت در استدلال مشهور فقهاء 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 دانسته نه مسقط. قانون مدنی نیز در مورد مانع یا مسقط بودن عوامل بازدارنده مذکور، موضع گیری 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 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.<sup>۱</sup>

قانون مدنی ایران نظر صریحی در خصوص پایان حضانت ندارد. اما فقهاء 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 به علاوه 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 ابیین اشاره نموده و در این صورت حضانت طفل را با دیگری که زنده است دانسته است.<sup>۲</sup> بنابراین قانون مدنی در مورد فوت یکی از ابیین، 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، مثلًاً 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؟

<sup>۱</sup>. محمدحسن نجفی، جواهر الكلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربي، بيروت، ج ۷، بی‌تا، ص ۲۹۴ و ۲۹۵؛ همچنین ر.ک: سیدعلی طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۷، دار الهادی، بيروت، ج ۱، ۱۴۱۲ ق، ص ۲۴۹.

<sup>۲</sup>. 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 خلاً 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.<sup>۱</sup>

### 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 حضانت، متعارض 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:<sup>۲</sup>

### گفتار اول - قول اول: تصدی حضانت توسط جد پدری

مشهور فقها در صورت فقدان ابین، حضانت را با جد پدری دانسته‌اند،<sup>۳</sup> 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.<sup>۴</sup>

### 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 «أُولُوا الْأَرْحَامِ بِعَضْهُمْ أُولَى بِعَضٍ»<sup>۵</sup> خویشاوندان نسبی شخص بعضی بر بعضی دیگر مقدم هستند استدلال کرده و گفته‌اند: اولویت در این آیه، شامل ارث و حضانت می‌شود.<sup>۶</sup>

### 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.<sup>۷</sup> صاحب مفتاح الكرامه هم بعد از وصی پدر یا جد پدری مسئله را به حاکم حواله داده است.<sup>۸</sup>

<sup>۱</sup> محمدحسن نجفی، جواهر الكلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربي، بیروت، ج ۷، بی‌تا، ص ۲۹۴ و ۲۹۵؛ همچنین ر.ک: سیدعلی طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۷، دار الهادی، بیروت، ج ۱۴۱۲، ق، ص ۲۴۹.

<sup>۲</sup> زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۸، مؤسسه المعارف الاسلامیة، قم، ج ۱، ۱۴۱۶ق، ص ۴۳۰.

<sup>۳</sup> محمدحسن نجفی، جواهر الكلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربي، 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، ۱۴۱۹ق، ص ۱۰۲؛ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۵، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۱، ۱۴۱۷ق، ص ۹۷؛ سیدعبدالاعلی موسوی سیزوواری، مهذب الاحکام، ج ۲۵، مؤسسه المنار، قم، ج ۴، ۱۴۱۷ق، ص ۸۱؛ سیدابوالقاسم خوبی، منهج الصالحين، ج ۲، نشر مهر، قم، ج ۱۴۱۷ق، بدون چاپ، ص ۳؛ محمد فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ج ۲، نشر مهر، قم، ج ۱۳۷۷، ص ۳۹۱.

<sup>۴</sup> محمدحسن نجفی، جواهر الكلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربي، بیروت، ج ۷، بی‌تا، ص ۲۹۶؛ محمد فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ج ۲، نشر مهر، قم، ج ۱۳۷۷، ص ۳۹۱؛ سیدابوالقاسم خوبی، منهج الصالحين، ج ۲، نشر مهر، قم، بدون چاپ، ج ۱۴۱۰ق، ص ۳؛ علی حسینی، نظام النکاح فی الشیعۃ الاسلامیة الغراء، ج ۲، مؤسسه الامام الصادق ع، قم، ج ۱۴۱۷ق، ص ۳۳۷.

<sup>۵</sup> احزاب (۳۳)، ۶.

<sup>۶</sup> حسن بن یوسف حلی (علامه حلی)، قواعد الاحکام، ج ۳، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۱، ۱۴۱۹ق، ص ۱۰۲؛ زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۸، مؤسسه المعارف الاسلامیة، قم، ج ۱، ۱۴۱۶ق، ص ۴۳۰.

<sup>۷</sup> سیدیوسف بحرانی، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۵، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۱، ۱۴۱۳ق، ص ۹۷.

<sup>۸</sup> محمدجواد عاملی، مفتاح الكرامه، دار احیاء التراث العربي، بیروت، بدون چاپ، بی‌تا، ص ۲۵۵.

کمیسیون استفتاتی 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، متوازن بوده و یا به علی 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 متوازن بودن زوج (پدر) یا فاسدالاخلاق یا غیر مأمون بودن آن، محکوم نمودن او از سوی دادگاه (در حالی که شرع مقدس محکوم کرده است) به حضانت فرزندش مثمر ثمر نخواهد بود. بنابراین چنانچه زوجه (مادر طفل) حاضر به قبول حضانت به طور مجانی یا در برابر اجرت المثل 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 نفقة و کسوت طفل از مال پدر (که متوازن 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 بخواهد، در این صورت مادر را نمی‌شود الزام به حضانت نمود که قهرآ 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 نامبرده‌گان یا عدم صلاحیت آنان، اقرباً 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 نفقة و کسوت از مال پدر است و در صورتی که مادر مطلقه، حضانت بچه را تقبل کند حق تقاضای مسکن و نفقة مختص به خود را ندارد.»<sup>۱</sup>

#### گفتار چهارم – قول چهارم: تصدی حضانت توسط قیم

یکی از نویسنده‌گان معتقد است حضانت بر اساس قانون مدنی هیچ‌گاه به اقارب نمی‌رسد، زیرا مطابق م ۱۲۳۵ ق.م.<sup>۲</sup> در صورت فقدان وصی، نوبت به قیم می‌رسد.<sup>۳</sup>

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 فقهاء 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 ۱۱۶۰ ق.م (که راجع به نگهداری اطفال صحبت می‌کند) و جمع آن با م ۱۲۱۰ ق.م چنین استبساط کردند که قانون مدنی پایان حضانت را سن بلوغ می‌داند.<sup>۴</sup> در واقع، طفل را متراوف 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 گسیستان 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.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup>. شورای عالی قضایی، پاسخ و پرسش از کمیسیون استفتاتی قضایی، ج ۲، روزنامه رسمی، تهران، ج ۱۳۶۳، ۱، ص ۴۳.

<sup>۲</sup>. م ۱۲۳۵: مواظیت شخص مولیٰ علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوطه به اموال و حقوق مالی او با قیم است.

<sup>۳</sup>. حبیب‌الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۲، انتشارات اسلامی، قم، ج ۲، ۱۳۷۶، ص ۳۳۳.

<sup>۴</sup>. سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، کتابفروشی اسلامیه، تهران، ج ۴، ۱۳۷۰، ص ۱۸۷.

<sup>۵</sup>. 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 فقهاء، رشد را پایان حضانت می‌دانند (اعم از اینکه همزمان با بلوغ باشد یا بعد از آن).<sup>۱</sup>

**مبحث سوم – قول سوم: ملاک بودن سن بلوغ به علاوه رشد برای پایان حضانت**

برخی حقوقدانان نیز بلوغ به علاوه رشد را پایان حضانت دانسته‌اند.<sup>۲</sup> 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 نفقة خلط نموده‌اند، آنچه با بلوغ پایان می‌پذیرد حضانت است، اما پرداخت نفقة مادامی که فرزند قادر به تأمین هزینه زندگی خویش نیست ادامه دارد.

ایشان همچنان به م ۱۱۷۷ ق.م که می‌گوید: «طفل باید مطیع ابوین 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 هرجا 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.<sup>۳</sup> 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 جرمیه 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 ممتنع به استرداد طفل می‌نماید و در صورت ممتنع 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 ذی نفع می‌تواند اقامه دعوای 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 انجاء 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.<sup>۴</sup> این جبران خسارات

<sup>۱</sup>. محمدحسن نجفی، جواهر الكلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربي، بيروت، ج ۷، بي تا، ص ۳۰۱.

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

<sup>۳</sup>. محمد بن مکی عاملی (شهید اول)، القواعد، چاپ سنگی، بي جا، بدون چاپ، بي تا، ص ۱۸۲.

<sup>۴</sup>. محمدجواد مغنیه، الفقه على مذاهب الخمسة، ج ۲، کانون الثانی، بي جا، ج ۷، بي تا، ص ۶۳۰ و ۶۳۱.

بر عهده خود طفل است و از مال او تأديه می‌شود و اگر مالی نداشته باشد متصرر باید منتظر بماند تا طفل بالغ شود و برای استیفاده حق خود به او رجوع کند و حق رجوع به ولی یا حضانت‌کننده را ندارد.<sup>۱</sup>

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

مسئولیت پیش‌بینی شده در م ۷ ق.م. ناشی از تکلیف مربوط به نگاهداری و مواظیت 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 نگاهداری و مواظیت، 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 به سر 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.<sup>۲</sup>

همچنین وفق تبصره یکم از ماده یاد شده، «پدر یا مادر کسانی که حضانت طفل به آنها و آنکنار 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 ضمانات 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 و اگذار کرده است و زن مذبور 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.<sup>۳</sup>

جرائم مذبور از جمله جرایم مستمر محسوب می‌شود، و چنانچه تا زمانی که طفل در اختیار ذی حق قرار نگیرد، جرم ارتکابی همچنان ادامه دارد.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup>. محمدجواد مغنية، الفقه على مذاهب الخمسة، ج ۲، کانون الثاني، بی‌جا، ج ۷، بی‌تا، ص ۶۳۰ و ۶۳۱.

<sup>۲</sup>. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، یلدا، تهران، ج ۱، ۱۳۷۵، ص ۴۰۱.

<sup>۳</sup>. ماده واحده قانون مربوط به حق حضانت مصوب ۱۳۶۵/۴/۲۲.

<sup>۴</sup>. عمل ارتکابی فرد مذبور، 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 خلاً 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 خلاً قانونی، بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی و م ۳ ق. آ. د. م، محکم باید با استناد به منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر اقدام به صدور رأی نمایند و چنانچه گفته شد مشهور فقهاء 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 محسون به دیگران است. در غیر این صورت، مسئول جبران خسارت ناشی از طفل می‌باشد. هر کس به نحوی از انحصار به غیر زیان وارد کند (اعم از اتلاف یا تسیب) 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 تأديه می‌شود و اگر مالی نداشته باشد متضرر باید منتظر بماند تا طفل بالغ شود و برای استئفای 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 یخنندان زمستان پایش بلغزد و با عابری که در حال حمل وسایل شکستنی است برخورد کند و باعث شکستن آنها شود. ولی اگر خسارت وارد 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 الشریعة الاسلامیة الغراء، ج ۲، مؤسسة الامام الصادق، قم، ج ۱، ۱۴۱۷ق.
- [۲] حسن بن یوسف حلبی (علامه حلی)، قواعد الاحکام، ج ۳، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ج ۱، ۱۴۱۹ق.
- [۳] محمدجواد عاملی، مفتاح الكرامة، دار احیاء التراث العربي، بيروت، بدون چاپ، بی تا.
- [۴] حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۲، انتشارات اسلامی، قم، ج ۲، ۱۳۷۶.
- [۵] سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، کتابفروشی اسلامیه، تهران، ج ۴، ۱۳۷۰.
- [۶] حبیب الله طاهری، حقوق مدنی، ج ۳، انتشارات اسلامی، قم، ج ۲، ۱۳۷۶.
- [۷] سیدعلی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۷، دار الهادی، بيروت، ج ۱، ۱۴۱۲ق.
- [۸] زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافہام، ج ۸، مؤسسه المعارف الاسلامیة، قم، ج ۱، ۱۴۱۶ق.
- [۹] یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۵، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ج ۱، ۱۳۶۳.
- [۱۰] سیدعبدالاصلی موسوی سبزواری، مهدب الاحکام، ج ۲۵، مؤسسه المنار، قم، ج ۴، ۱۴۱۷ق.
- [۱۱] محمد فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ج ۲، نشر مهر، قم، ج ۱، ۱۳۷۷.
- [۱۲] سیدابوالقاسم خوبی، منهاج الصالحين، ج ۲، نشر مهر، قم، بدون چاپ، ۱۴۱۰ق.
- [۱۳] جعفر سبحانی، نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء، ج ۲، مؤسسة الامام الصادق، قم، ج ۱، ۱۴۱۷ق.
- [۱۴] حسن بن یوسف حلبی (علامه حلی)، قواعد الاحکام، ج ۳، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ج ۱، ۱۴۱۹ق. زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافہام، ج ۸، مؤسسه المعارف الاسلامیة، قم، ج ۱، ۱۴۱۶ق.
- [۱۵] محمدجواد عاملی، مفتاح الكرامة، دار احیاء التراث العربي، بيروت، بدون چاپ، بی تا.
- [۱۶] شورای عالی قضایی، پاسخ و پرسش از کمیسیون استفتائات قضایی، ج ۲، روزنامه رسمي، تهران، ج ۱، ۱۳۶۳.
- [۱۷] سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، کتابفروشی اسلامیه، تهران، ج ۴، ۱۳۷۰.
- [۱۸] یدالله بازگیر، علل نقض آراء محکم در دیوان عالی کشور در موضوعات احوال شخصیه و مدنی، ققنوس، تهران، بدون چاپ، ۱۳۷۶.
- [۱۹] محمدحسن نجفی، جواهر الكلام، ج ۳۱، دار احیاء التراث العربي، بيروت، ج ۷، بی تا.
- [۲۰] ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، ج ۴، ۱۳۷۵.