



نگرشی بر حقوق کودک از دیدگاه اسلام

حجت الاسلام والمسلمین
دکتر بهرام محمدیان

می‌گیرد، باید نسبت به احوال پدر و مادر نیز توجه شود و صلاحیت آنان برای نگهداری فرزند مورد دقت باشد، ای بسا آن کسی که در مطلق فتوا مقدم شمرده شده به ملاحظه شرطی فاقد صلاحیت باشد و یا آن دیگری برای جلوگیری از مفسده‌ای اولویت پیدا کند.

سلب حضانت از دارنده اولویت

قانون مدنی، بر اساس فقه امامیه و با توجه به مصلحت طفل، امکان سلب حضانت را از کسی که اصولاً باید دارای اولویت باشد، پیش‌بینی کرده است. ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی

در بحث حضانت، دامنه سخن بدینجا کشید که به هنگام طلاق و جدایی پدر و مادر، اولویت نگهداری کودک در صورتی که دختر باشد تا هفت سالگی با مادر است و در مورد نوزاد پسر نیز این اولویت تا دو سالگی مراعات می‌شود. در ضمن به مواردی از مستثنیات و توصیه‌های تربیتی و اخلاقی نیز اشاره کردیم. همچنین یادآور شدیم که در محاکم قضایی در تعیین سرپرست برای نگهداری کودک، علاوه بر اینکه شرایط و حال کودک مورد ملاحظه قرار

به طور مثال مادر به علت ابتلا به بیماری مُسری مانند سل، شایستگی خود را برای نگهداری فرزند از دست می دهد. اما باید توجه داشت که پس از اعاده و رفع موانع، حق حضانت مجدداً برقرار می گردد و در مثال مذکور، مادر پس از درمان و رفع سرایت بیماری می تواند بار دیگر از فرزند خود نگهداری کند.

اینک مواردی را که به عنوان موانع اعمال حق حضانت در قانون مدنی و فقه امامیه مطرح شده است، یادآور می شویم:

۱- جنون: هرگاه مادر در مدتی که حق حضانت با اوست و کودک تحت حضانت او قرار دارد (دو سال در پسر و هفت سال در دختر)، دچار جنون شود، حق حضانت و سرپرستی وی ساقط می شود. قانون مدنی در این باره تصریح دارد که در چنین حالتی حق حضانت با پدر خواهد بود،^۱ زیرا در این حالت مادر قادر به نگهداری فرزند نخواهد بود و چه بسا که او را در وضعیت خطرناکی قرار دهد. بنابراین با وجود چنین مانعی پدر تنها فردی است که حق حضانت فرزندش را خواهد داشت.

اما شاید کسی این سؤال را مطرح کند که اگر در دوره حضانت کودک، پدر دچار جنون شود، مسأله چگونه خواهد بود؟ پاسخ این است که هر چند قانون مدنی در ماده مذکور، فقط جنون مادر را ذکر کرده و از جنون پدر سخن نگفته است، چون جنون مادر خصوصیتی ندارد و ملاک حکم در جنون پدر و مادر یکی است، می توان گفت در صورت جنون پدر، حضانت به مادر واگذار خواهد شد. البته علاوه بر این با استفاده از وحدت ملاک ماده ۱۱۷۱ و همچنین

در این باره می گوید: "هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد محکمه می تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا با تقاضای مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند."

با توجه به ماده مذکور از قانون مدنی روشن می شود که قانون مواردی را به عنوان عوامل سلب حق حضانت و موانع اعمال حق حضانت پذیرفته است. مثلاً با استناد به ماده مذکور دادگاه می تواند با شرایط ذکر شده در متن ماده فوق، حضانت را از پدر یا مادری که حق تقدّم دارد، سلب کرده، به دیگری واگذار کند و یا اینکه شخص ثالثی را برای حضانت طفل تعیین نماید. به طور مثال اگر مادری که حق حضانت طفل با اوست دچار انحطاط اخلاقی باشد و یا پدری که طفل تحت حضانت اوست مبتلا به اعتیاد مواد مخدر باشد، به نحوی که سلامت جسمی یا روانی کودک به خطر بیفتد، دادگاه می تواند سرپرستی و نگهداری کودک را به شخص دیگری واگذار کند. البته غیر از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، ماده ۱۱۷۰ نیز به موانع اعمال حق حضانت اشاره دارد. گاهی پیش می آید که در اثر عارضه یا حادثه ای حق حضانت سلب می شود، یعنی کسی که به موجب قانون حق داشته و یا مکلف بوده که از کودک نگهداری کند صلاحیت خود را از دست می دهد. البته در این حالت قانون به مقتضای مصلحت کودک و برای حفظ منافع او، به پدر یا مادری که صلاحیت خود را از دست داده اند اجازه نمی دهد که از کودک سرپرستی نمایند.

۱۱۷۰ قانون مدنی به این مطلب تصریح دارد: "اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود." زیرا غالباً در این موارد مادر نمی‌تواند چنانکه بایسته است وظیفه نگاهداری طفل را انجام دهد و جمع بین وظایف ناشی از حضانت کودک و تکالیفی که ازدواج جدید بر دوش او می‌گذارد، بسیار دشوار است.

البته آنچه گفته شد در صورتی است که پدر زنده باشد، در غیر این صورت، ازدواج مجدد مادر موجب از بین رفتن حق حضانت وی نمی‌شود، که در جای خود بدان اشاره خواهیم کرد.

اما سؤال قبل در این مورد نیز قابل طرح است که آیا در صورت انحلال نکاح بعد از ازدواج مجدد، مادر حق حضانت را باز خواهد یافت؟ یا به عبارت دیگر هرگاه بر اثر ازدواج مادر، حضانت طفل به پدر واگذار شود و پس از مدتی ازدواج مادر منحل شود، آیا بار دیگر حق حضانت به مادر باز می‌گردد؟

نظریه فقهای امامیه در این مورد مختلف است، ولیکن اکثر فقهای امامیه بر این اعتقادند که با انحلال ازدواج (به جز در ایام عده رجعیه)، مادر حق خود را برای حضانت باز می‌یابد^۵ و وفق قاعده "ما زال المانع، عاد الممنوع"، حکم به عود حق حضانت می‌نمایند. محقق حلی در شرایع الاسلام و شهید اول در لمعه دمشقیه^۶ عباراتی دارند که بر بازگشت حق حضانت تصریح می‌کند.

امام خمینی رضوان الله تعالی علیه بازگشت حق حضانت را بعید نمی‌داند، ولیکن بهتر آن می‌بیند که پدر و مادر با هم مصالحه کنند.

مفاد ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی می‌توان گفت که در صورت جنون پدر، حضانت به مادر منتقل می‌شود. و این استنباط موافق نظر برخی از فقهای امامیه همچون شهید ثانی (ره) و آشتیانی (ره) است.^۲ آیا جنون نیز مانند بیماری مسری است؟ اگر به علت جنون حق حضانت از مادر یا پدر ساقط شود و پس از مدتی بهبودی حاصل گردد، آیا حق حضانت قابل اعاده است؟ برخی معتقدند با سقوط حضانت به علت جنون، دیگر حقی برای پدر یا مادر باقی نمی‌ماند و دلیلی بر اعاده آن حق بعد از بهبودی وجود ندارد و چون در عودت حق تردید است، اصل، عدم بازگشت حق حضانت است. اما فقهای امامیه ظاهراً بر این اعتقادند که پس از زوال جنون، مانعی که برای اعمال حق حضانت وجود داشته از بین می‌رود و مادر یا پدر می‌تواند حق خود را اعمال کند.^۳ البته در تأیید این نظر می‌توان گفت که حق مادر یا پدر در مورد حضانت، از جمله حقوق طبیعی است که قانون آن را به رسمیت شناخته و امضاء کرده است و با جنون پدر یا مادر این حق برای همیشه ساقط نمی‌شود، بلکه فقط مانعی برای اعمال آن ایجاد می‌گردد و هر وقت این مانع بر طرف شد، پدر یا مادر باید بتواند حق خود را اعمال کند و مصلحت کودک خردسال نیز در این است که حتی الامکان نگاهداری او با پدر یا مادرش باشد.

۲- ازدواج مادر: هرگاه نکاح بین والدین در اثر طلاق یا فسخ منحل شده، مادر عهده‌دار حضانت گردد و سپس با مرد دیگری ازدواج نماید، حق حضانت او از بین می‌رود و پدر می‌تواند فرزند خود را حضانت کند. ماده

اگرچه خود نتوانسته‌اند در کنار هم زندگی مشترک را ادامه دهند، فضای مسالمت‌آمیز و آرامش بخشی را برای فرزند یا فرزندان باقی مانده از طلاق فراهم آورند. به هر دلیلی که از هم جدا شده‌اند نباید به تخریب شخصیت هم پیردازند و همدیگر را در پیش چشم کودک خوار و خفیف نمایند. در ایامی که کودک در نزد آنان است، باید سعی کنند همچون اساتمی در حفظ و صیانت او بکوشند و در رشد و تربیت وی اهتمام ورزند. اگر قانون‌گذار پدر یا مادر را برای تربیت و حضانت کودک در مقطعی مقدم می‌دارد، برای این است که مصلحت کودک را در آن می‌بیند. لذا ضرورت دارد کسی که فرزند در پیش اوست جز به صلاح کودک اقدام ننماید و وظیفه خود را در ادای حقوق فرزند و انجام تکلیف خویش بجای آورد.

۳- ابتلا به بیماریهای واگیر و صعب‌العلاج که از انجام وظیفه حضانت باز دارد: هرگاه پدر

عبارت ایشان در تحریرالوسیله این‌گونه است: "... فلو تزوجت سقط حقها عن الذکر والانشی وکانت الحضانه للاب ولو فارقتها الثانی لا یبعد عود حقها، والاحوط التصالح و التسالّم".^۸ هرگاه مادر از دواج نماید، حق حضانت او در باره فرزند چه پسر باشد چه دختر، ساقط می‌شود و این حق برای پدر خواهد بود. ولی اگر مادر از شوهر دوم نیز جدا شود، بعید نیست که این حق (حضانت) باز گردد، ولی احوط آن است که با هم مصالحه و سازش کنند.

البته چنانکه ملاحظه می‌شود در همه موارد مصلحت کودک دایر مدار حکم است. بنابراین دادگاه نیز می‌تواند در راه مصلحت طفل با استناد به برخی از مواد قانون حمایت خانواده، پدر را در حضانت ابقاء نماید. اما آنچه تذکر و سفارش آن لازم است توجه دادن والدین به آسیب‌پذیری کودکان در این دست به دست گشتن‌هاست. پدران و مادران وظیفه دارند،



است، صحت و سلامت او را به خطر خواهد انداخت و این مغایر با روح ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی است. همچنانکه برخی از صاحب نظران حقوق در این باره گفته‌اند: "حق حضانت در این موارد ساقط می‌شود، مگر اینکه شخص بتواند به وسیله پرستار تکالیف حضانت را انجام دهد."^۸

البته در فقه امامیه بر مبنای روایتی از پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله و سلم، در صورت ابتلای پدر یا مادر، که حق حضانت با اوست، به یکی از بیماریهای مسری که به کودک آسیب برساند و یا بیماری مزمن و صعب‌العلاجی که او را از انجام وظیفه باز دارد، نظریه سقوط حق حضانت پذیرفته شده است... لوکان المرضی ممّا یعدی کالجذام و البرص فالظاهر سقوط حضانتها بذلک تحرزاً من تعدی الضرر الی الولد...^۹

و در مورد بیماریهای صعب‌العلاج نیز که از انجام وظیفه باز می‌دارد، این جمله ذکر شده است: "و فی الحاق المرض المزمن الذی لایرجی زواله کالسّل والفالج بحیث یشغل الالم عن کفالتة و تدبیر امره..."^{۱۰}

اما با توجه به ذیل این نظریات می‌توان گفت که اصل، بقای حضانت است و دلیلی بر سقوط حضانت به صرف ابتلای شخص به یک بیماری صعب‌العلاج و یا واگیر وجود ندارد، مخصوصاً در موردی که بیمار بتواند بدون مباشرت در نگهداری طفل اقدام لازم برای جلوگیری از سرایت بیماری به عمل آورد و یا به کمک دیگری به وظیفه خود قیام کند.

۴- عدم مراقبت از طفل و یا عدم سلامت اخلاقی: قانونی مدنی، در صورتی که صحت



یا مادر که دارای حق حضانت است دچار بیماری واگیر مانند سل، حصبه، سیفلیس و ... شود که بیم سرایت آن و آسیب دیدن فرزند باشد، از اعمال حق تارفع مانع محروم می‌شود. هر چند در قانون مدنی صراحتاً این نکته پیش‌بینی نشده است، ولی به حکم عقل و به دلیل اینکه حفظ حیات و بقای ذات طفل مهمترین نکته و مصلحت در حضانت اوست، زندگی کردن کودک با کسی که به صورت مستقیم و مباشر بخواهد او را نگهداری کند، در حالی که مبتلا به بیماری مسری صعب‌العلاج

او را به مهدکودک یا مؤسسه‌ای که عهده‌دار چنین وظایفی است بسپارد. هزینه نگهداری چنین طفلی بر طبق احکام نفقه پرداخت می‌شود.

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی مستفاد از نظریات فقهای امامیه است که امین بودن، عدالت و شایستگی اخلاقی پدر و یا مادری را که حضانت را به عهده دارد، لازم می‌دانند.

حق ملاقات کودک

چنانکه قبلاً اشاره داشتیم، طلاق آثار و عوارض منفی به دنبال دارد و پدر و مادر موظفند تا جایی که ممکن است از عوارض ناشی از طلاق (بر روی فرزندان) بکاهند. قانونگذار نیز به این مهم توجه کرده و حسب فقه امامیه با وضع مقررات، در صدد کاهش این ضایعات برآمده است. ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی دربارهٔ حق ملاقات کودک با والدین می‌گوید: "در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر، ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هر یک از ابوین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد، حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوط به آن در صورت اختلاف بین ابوین با محکمه است."

هر چند در مفاد قانون، موضوع به عنوان حق ملاقات پدر یا مادر با فرزند تلقی شده است، با اندک توجهی می‌توان دریافت که غایت و غرض از وضع آن تأمین سلامت روانی بیشتر برای فرزند و رعایت مصلحت اوست، چون فروعات این بحث در فقه مؤید این مدعاست. البته متکر این نیستیم که ممانعت از ملاقات با فرزند صدمات روانی و معنوی

جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل، در اثر عدم مراقبت و یا انحطاط اخلاقی پدر و یا مادری که طفل در حضانت اوست، در معرض خطر باشد؛ دادگاه را برای اتخاذ تصمیم مقتضی مجاز می‌داند.^{۱۱} از اینجا معلوم می‌شود که عدم سلامت اخلاقی و یا عدم مراقبت از طفل، از موانع حق حضانت است. البته در این ماده دو صورت قابل تصور است.

صورت اول آن است که به علت انحلال نکاح یا به هر علت دیگری والدین طفل با هم زندگی نمی‌کنند و در اثر عدم مراقبت و یا انحطاط اخلاقی کسی که طفل تحت حضانت اوست، طفل به لحاظ جسمی یا اخلاقی در معرض خطر قرار دارد، در این حالت طفل را از کسی که عهده‌دار حضانت اوست، گرفته و به دیگری (پدر یا مادر) می‌سپارند. زیرا وفق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی حضانت طفل هم حق و هم تکلیف والدین است و با سقوط حق یکی از آنها، دیگری مکلف به حضانت می‌شود.

صورت دوم آن است که پدر و مادر با هم زندگی می‌کنند، لکن در اثر انحطاط اخلاقی آنان سلامت اخلاقی، روانی و جسمانی طفل در معرض خطر قرار دارد. مثلاً پدر و مادر دچار اعتیاد به مواد مخدر هستند، یا به منکرات دست می‌زنند، یا کودک را به اماکن فساد می‌برند، یا او را در معرض سوء استفاده قرار می‌دهند، و یا آنکه یکی از والدین اقدام به این کارها می‌کند و دیگری توانایی جلوگیری از اقدام ناشایست طرف مقابل را ندارد. در این حالت دادگاه می‌تواند به هر نحوی که مصلحت طفل اقتضاء می‌کند ترتیبی برای نگهداری و تربیت او بدهد. به طور مثال دادگاه می‌تواند کودک را به یکی از خویشاوندانش بسپارد و یا

و مکان آن را تعیین می‌کند.

در ضمن به استناد برخی از قوانین معتبر، در صورت فوت یا غیبت پدر یا مادر، حق ملاقات با طفل یا سایر نزدیکان، از قبیل خواهر و برادر و اجداد و جدات پدری و مادری، عمو و... خواهد بود.^{۱۴}

اهمیت موضوع به اندازه‌ای است که قانونگذار نسبت به کسی که عهده‌دار نگاهداری طفل است و مانع ملاقات او با افراد ذینفع می‌گردد، ضمانت اجرای مدنی و کیفری خاصی پیش‌بینی کرده است.^{۱۵}

کسی که حضانت طفل با اوست نمی‌تواند بدون اجازه دادگاه طفل را به خارج از کشور برده، یا او را از شهرستانی که در آن به سر می‌برد خارج کند، زیرا در این صورت حق ملاقات کسی که به موجب حکم دادگاه به وی داده شده است از بین می‌رود. تبصره یک ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده که در حال حاضر نیز اعتبار دارد مقرر می‌کند: "پدر یا مادر یا 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."

البته در برخی از فتاوای فقها نیز به این موضوع توجه شده است. مثلاً صاحب جواهر از مبسوط شیخ نقل می‌کند: "... لو انتقلت الی محل یقصر فیہ الصلاة بطل حقها من الحضانة. ثم حکى عن قوم أنه ان کان المنتقل هو الاب فالام احق به وان کانت الأم منتقلة فان انتقلت من قرية الی بلد فهی احق بها وان انتقلت من بلد الی قرية فالاب احق به، لأن فی السواد یقل تعلیمه".^{۱۶}

زیادی نیز به والدین می‌زند. ملاقات با کودک حق فطری و طبیعی والدین و فرزند است و جلوگیری از این حق می‌تواند آثار زیانباری بر روی طرفین بگذارد. از این رو با اینکه ملاقات کودک با دیگران و یا معاشرت وی با آنان باید با توجه به سن و وضع جسمی و روانی کودک کنترل شود، نمی‌توان به بهانه مراقبت، کودک را از دیدن پدر یا مادر و اقوام و خویشاوندان وی محروم کرد. این نکته را یادآور می‌شوم و بر آن تأکید می‌ورزم که تأمین سلامت روانی کودک بر هر چیزی ترجیح دارد. هر چند قانون مدنی حق ملاقات را برای والدین شناخته است، این حق منحصر به پدر و مادر نیست و اجداد پدری نیز نباید از این حق محروم شوند و حتی محکمه می‌تواند در هر موردی که مصلحت می‌داند اجازه ملاقات طفل با سایر خویشاوندان، مانند برادران و خواهران را صادر کند.

برخی از فقها با توجه به آثار روانی و عاطفی ملاقات با فرزند روی کودک و والدین، به حق ملاقات تصریح کرده‌اند.^{۱۷} در این خصوص می‌توان به حرمت قطع رحم و اضرار به غیر و همچنین به تصریح آیات احسان به والدین و خویشاوندان استناد جست.^{۱۸}

اما مراد از آنچه در متن قانون به عنوان محکمه ذکر شده، دادگاه مدنی خاص محل سکونت و اقامت کودک و کسی است که حضانت به او سپرده شده است. این دادگاه در صورت بروز اختلاف و عدم حصول توافق در خصوص نحوه ملاقات با کودک، موظف به رسیدگی است. دادگاه پس از انجام تحقیقات لازم با توجه به سن و شرایط زندگی و وضعیت روانی کودک و والدین او، نحوه ملاقات و زمان

هم بی توجهی کند و مانع از حق ملاقات طفل شود، دادگاه به حسب اقتضای شرایط می تواند حق حضانت را از او سلب کرده، آن را به دیگری واگذار نماید. فرضاً اگر پدری صرفاً به خاطر لجاجت مانع از ملاقات کودک با مادرش شود، در واقع به عواطف و احساس کودک توجه ندارد و سلامت روانی طفل برای او مطرح نیست و یا لاقبل آن را تشخیص نمی دهد، بنابراین صلاحیت نگهداری از او سلب می گردد.

بر اساس ماده ۹۸ قانون تعزیرات، مصوب ۶۲/۵/۱۸ مجازات شدیدتری نسبت به کسی که در امر مطالبه فرزند برای ملاقات ایجاد ممانعت کند، پیش بینی شده است.

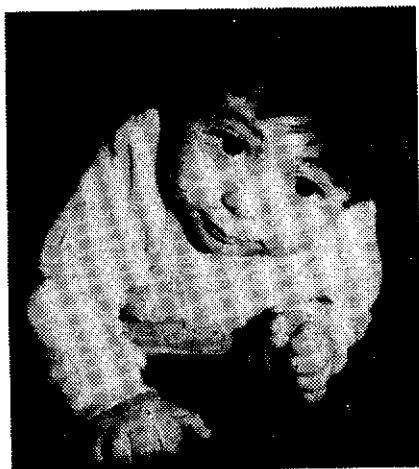
حضانت طفل در موقع فوت پدر یا مادر
هرگاه پدر یا مادری که حضانت طفل به او واگذار شده است فوت کند، حضانت ساقط می شود و نگهداری طفل با آن دیگری که زنده است، خواهد بود.

ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی در این باره به صراحت می گوید: "در صورت فوت یکی از ابویین حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد." قبل از پرداختن به توضیح بحث یادآور می شود که قید کلمه "قیم" در ماده فوق ناشی از اشتباه و یا سهل انگاری مقنن است، زیرا فردی را که پدر تعیین می کند تا سرپرستی کودک را عهده دار شود، "وصی" می نامند نه قیم. و "قیم" در این ماده بر خلاف اصطلاح معمول در فقه و حقوق به معنای وصی بکار رفته است. مقصود این است که اگر پدر طفل برای سرپرستی و اداره اموال فرزند خود

هرگاه مادر کودک را به محلی انتقال دهد که نماز در آنجا شکسته می شود (طول مسافت به اندازه مسافرت شرعی مستحق قصر نماز باشد)، حق حضانت او باطل می گردد. سپس از گروهی نقل می کند که اگر منتقل کننده کودک پدر باشد، مادر به حضانت احق است، ولی اگر مادر منتقل کننده فرزند از روستا به شهر باشد، مادر احق است، ولی اگر مادر کودک را از شهر به روستا انتقال دهد، پدر احق است، زیرا در روستا امکان آموزش و تربیت اندک است.

در هر حال اگر کسی با انتقال کودک از شهری به شهر دیگر، مانع برای ملاقات ایجاد کند و یا به دستور دادگاه در خصوص ملاقات کودک با اقربا و نزدیکانش توجه نکند و مواعی را در راه ملاقات بوجود آورد، به دستور دادگاه محکوم به رفع این موانع خواهد بود و اگر باز





حضانت طفل در صورت فوت والدین

در صورت فقدان پدر و مادر، حضانت طفل به جد پدری می‌رسد، زیرا جد پدری ولایت قهری بر کودک دارد و نماینده قانونی اوست. قانون مدنی در ماده ۱۱۸۸ مقرر می‌دارد:

” هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشد وصی معین کند تا بعد از وفات خود در نگاهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره کند.“

اما اگر کودک فاقد پدر و مادر و جد پدری باشد و یا از سوی پدر و جد پدری وصی تعیین نشده باشد، حضانت به خویشان نسبی با رعایت ترتیب ارث (الاقرب فالاقرب) واگذار می‌شود و در صورت تعدد و تساوی مرتبه فامیل و عدم توافق میان آنها قرعه‌کشی می‌شود. امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله این‌گونه فتوا داده‌اند: ” و ان فقد الابوان فهی لأب الأب و اذا عدم و لم یکن وصی له و لا للأب فلأقرب الولد علی ترتیب مراتب الارث . الاقرب منهم یمنع

وصی معین کرده باشد، در صورت فوت او حضانت بر عهده مادر خواهد بود، نه وصی منصوب. زیرا با زنده بودن مادر، پدر حق ندارد برای نگاهداری و تربیت طفل و به‌طور کلی حضانت او وصی معین کند، مگر آنکه حضانت مادر ساقط شده باشد. در این صورت ولی قهری حق دارد برای حضانت هم وصی معین کند.

یادآوری این نکته نیز لازم است که هر چند ماده ۱۱۷۰ مادر را در صورت ازدواج مجدد در حیات پدر از حق حضانت محروم می‌سازد، ماده ۱۱۷۱ دلالت بر این دارد که در صورت فوت یکی از ابوین، حق حضانت با آنکه زنده است خواهد بود، بنابراین ازدواج مجدد زن در اینجا تأثیر ندارد. این استنباط موافق فتوای فقهاست. حضرت امام (ره) در تحریرالوسیله می‌فرماید: لومات الاب بعد انتقال الحضانه الیه او قبله کانت الام احق الحضانه الولد وان کانت مزوجه ذکراً کان اوانثی من وصی ابيه و کذا من باقی اقاربه حتی اسی ابيه و امه فضلاً عن غیرهما...^{۱۷}

اگر پدر بعد از انتقال حضانت به او یا قبل از آن بمیرد، مادر نسبت به حضانت فرزند چه دختر، چه پسر احق است. هر چند که با دیگری ازدواج کرده باشد، سزاوارتر از وصی پدر و سایر نزدیکان و فامیل حتی پدر پدر و مادر پدر است. این فتوا در بین فقهاء مشهور است، شیخ طوسی در النهایه، ابن براج طرابلسی در المهدب، ابن حمزه طوسی در الرسیله الی نیل الفضیله، شهید اول در لمعه دمشقیه و ... بدان تصریح کرده‌اند.^{۱۸}

الابد، و مع التعدد و التساوی فی المرتبة و النشاح
أقرع بینهم^{۱۹} هرگاه طفل قوم و خویشی که بتوان حضانت
را به او واگذار کرد نداشته باشد، بنابر آنچه فقها
فتوا داده‌اند، حاکم باید شخصی را برای
حضانت منصوب نماید.

متأسفانه در حقوق جدید ایران وضع
حضانت طفل بعد از پدر و مادر روشن نشده
است و همچنین مبنا و مجوزی که بتوان اقرابای
طفل را به ترتیب ارث به حضانت ملزم کرد در
قوانین موضوعه وجود ندارد. مگر اینکه با
توجه به فتوای فقها، دادستان و حاکم شرع یکی
از اقارب را ملزم نماید و یا اینکه برای کودک
قیم تعیین شود. در صورت تعیین قیم می توان با
استناد به ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی، که می گوید:
"مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی
او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او
با قیم است."، و با استفاده از کلمات
مواظبت شخص، "قیم را عهده دار حضانت
طفل شناخت. البته در آخرین مرحله،
نگهداری طفل واجب کفایی است، یعنی بر هر
مسلمانی واجب است که از او نگاهداری کند و
در صورت انجام این وظیفه توسط یکی از
مسلمانان، از دیگران ساقط می شود.

در پایان این بخش به رغم طولانی شدن
بحث، اجمالاً به این نکته نیز اشاره می کنیم که
هر کسی که عهده دار حضانت طفل می شود
باید واجد شرایط زیر بوده، از مواعنی که قبلاً
بدان اشاره شد به دور باشد.

۱- عقل: کسی که نگاهداری طفل به او
واگذار می شود باید عاقل باشد. هر چند

قانونگذار عقل را فقط در مورد مادر ذکر کرده
است (ماده ۱۱۷۰)، روشن است که هیچگاه
نمی توان حضانت را به دیوانه یا سفیه واگذار
کرد و از این لحاظ فرقی بین مادر و غیر مادر
نیست.

۲- توانایی عملی و داشتن شایستگی
اخلاقی: چنانکه قبلاً بحث کردیم با توجه به
روح ماده ۱۱۷۳ می توان دریافت که در نظر
قانونگذار توانایی بر مواظبت و نگاهداری طفل
و همچنین شایستگی اخلاقی برای تربیت
صحیح و شایسته او و تأمین سلامت جسم و
جان وی، شرط حضانت است.

۳- اسلام: در فقه امامیه کافر نمی تواند
حضانت طفل مسلمان را به عهده داشته باشد و
در تأیید این نظر علاوه بر استدلال به نصوص
آیات و روایات که ولایت کافر بر مسلم را تحریم
می کند، می توان گفت که حضانت طفل مسلمان
توسط کافر از لحاظ ایمان و اخلاق برای کودک
آثار زیان بخش و خطرناکی به همراه دارد. هر
چند بحث در حضانت در قانون مدنی به اسلام
تصریح نشده است، با توجه به فقه امامیه و
ملاک ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی، که می گوید:
"ولی مسلم نمی تواند برای امور مولی علیه
خود وصی غیر مسلم معین کند"، می توان ادعا
کرد که کفر مانع حضانت است.

پی نوشتها:

۱- قانون مدنی، ماده ۱۱۷۰

۲- شهید ثانی (ره)، مسالک، جلد ۲، صفحه ۵۵۰
و آشتیانی (ره)، کتاب النکاح، صفحه ۳۷۵

۳- شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، جلد
بقیه در صفحه ۴۱