

## مطالعه تطبیقی «حق مشارکت کودکان» در دعوای حضانت با تاکید بر کنوانسیون حقوق کودک

هاجر آذری \* اعظم اولادی قادیکلایی \*\*  
DOI:10.22096/HR.2021.522277.1281

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۲۶]

### چکیده

تغییرات و تحولات اجتماعی (Social Chang) در حوزه حقوق کودک منجر به تصویب کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹) گردید. <sup>۱</sup> محققان با الهام از ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک به منظور کاهش آثار منفی طلاق بر کودکان، خواهان مشارکت هر چه بیشتر آنان در مراحل دادرسی خانواده شدند. مقاله حاضر با روش توصیفی - تحلیلی و با بهره‌گیری از روش تحلیل محتوا آرای محاکم ایران، اصول مشترک حاکم بر دادگاه‌های خانواده در خصوص اعطای حضانت را استخراج و ظرفیتهای قانونی «حق مشارکت کودکان» در محاکم خانواده ایران را تحلیل می‌نماید. یافته‌ها نشان می‌دهد در زمینه شنیده شدن صدای کودکان و مشارکت دادن آنها در دادرسی خانواده، سه رویکرد حق محور (موافقان)، مصلحت محور (مخالفان) و رویکرد تلفیقی وجود دارد. رویکرد حق محور، با استناد به حقوق بنیادینی نظیر برابری، کرامت انسانی و... بر ضرورت مشارکت کودکان در فرایند دادرسی تاکید دارد. رویکرد مصلحت محور، ورود کودکان به مهلکه جدال والدین در حین طلاق را به مصلحت آنان ندانسته و آسیب زا می‌داند. اما رویکرد سوم با اولویت سلامت و امنیت کودک، حق مشارکت وی را ضروری و غیر قابل انکار می‌داند. پژوهش حاضر نشان می‌دهد، به دلیل عدم وجود رویکرد منسجم و همگون، رویه قضایی و تصمیمات محاکم خانواده ایران در این حوزه، دچار تشتت بوده و در اکثر پرونده‌های مورد رسیدگی، نظر کودکان در تصمیم‌گیری‌های حوزه حضانت گرفته نمی‌شود.

**واژگان کلیدی:** حق مشارکت کودکان؛ کنوانسیون حقوق کودک؛ مصلحت کودک؛ نظام قضایی ایران؛ حضانت.

\* استادیار گروه مطالعات زنان، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Email:h.azari@modares.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری مطالعات زنان، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران. Email: azam.oladi@modares.ac.ir

1. Convention on The rights of child, 1989.

2. Children's Right to Participate.



## مقدمه

کنوانسیون حقوق کودک سال ۱۹۸۹ در مجمع عمومی سازمان ملل متحد با ماده تصویب شد. بر اساس گزارش شماره ۱۲ کمیته حقوق کودک سازمان ملل متحد (۲۰۰۹)، مواد ۲، ۳، ۶ و ۱۲ را جزء مواد اصلی کنوانسیون در حفظ حقوق کودک می‌شمرد. این گزارش تاکید می‌کند با اجرای ماده ۱۲ نه تنها حق کودک در این زمینه رعایت می‌شود بلکه زمینه دسترسی به سایر حقوق کودک نیز فراهم می‌شود که از آن به حق مشارکت کودک، در روند اداری و قضایی تعبیر می‌شود. در ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک آمده است:<sup>۲</sup>

«الف- کشورهای عضو کنوانسیون باید شرایط مناسب برای اظهار نظر آزادانه کودکان را فراهم کنند و بر حسب سن و درک کودکان به نظراتشان اهمیت داده شود.

ب- برای این منظور، قوانین داخلی هر کشور باید شرایط مشخصی برای مشارکت کودکان (مستقیماً توسط خود کودک، یا نماینده او و یا هر فرد صالح قانونی دیگر) در کلیه مراحل اداری و قضایی تضمین نمایند.»

این ماده بر حق مشارکت کودکان در تصمیم‌های موثر بر زندگی‌شان، تاکید می‌کند. تصمیمات والدین در طلاق از مواردی است که تاثیر مهم و مستقیمی بر زندگی کودکان دارد. با مرور پیشینه مطالعات در زمینه مشارکت کودکان در محاکم خانواده، دو دیدگاه مطرح می‌شود. در دیدگاه اول، کودکان موجوداتی منفعل و مشکل‌ساز هستند، صلاحیت حضور و مشارکت در تصمیم‌گیری‌های محاکم خانواده را ندارند، و باید از اختلافات والدین دور باشند. دیدگاه فوق با هدف حمایت از کودکان، بر عدم مشارکت آنان در تصمیم‌گیری‌های پس از طلاق تاکید می‌کند.<sup>۳</sup> فرضیه دیگری در

1. See: General Comment NO. 12 (2009), The right of the child to be heard, P 5.

The Committee on the Rights of the Child (the Committee) has identified article 12 as one of the four general principles of the Convention, the others being the right to non-discrimination, the right to life and development, and the primary consideration of the child's best interests, which highlights the fact that this article establishes not only a right in itself, but should also be considered in the interpretation and implementation of all other rights.

2. See: Convention on the rights of child, Article 12:

2-a- States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2-b- For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law

3. See: Smart, 2002 (As cited :Birnbaum, 2009: 1)

همین راستا مطرح است که والدین بهتر از کودکان مصلحت آنان را می‌دانند و صلاح آنان را بهتر تشخیص می‌دهند.<sup>۱</sup> اما تعداد روزافزون کودکان طلاق، منجر به بروز دیدگاه سوم شد. این دیدگاه معتقد است برای کمک به کودکان باید نظرات و دیدگاه کودکان نیز لحاظ شود. در سالهای اخیر اهمیت شنیده شدن نظرات کودکان در «تئوری‌های روان‌شناسی کودک» نیز مورد توجه قرار گرفته است.<sup>۲</sup> همچنین دیدگاه محققان علوم اجتماعی درباره مشارکت کودکان در فرآیند طلاق والدین، به‌ویژه دخالت دادن نظرات و خواست آنان در تصمیماتی که پیرامون جدایی والدین گرفته می‌شود، تغییر کرده است.<sup>۳</sup>

به‌جای اینکه کودکان به عنوان موضوعاتی فرض شوند که باید در موردشان تصمیم‌گیری شود، باید آنها را افرادی با حقوق کامل انسانی در نظر گرفت.<sup>۴</sup> پژوهش‌ها و مطالعات علوم اجتماعی تاکید می‌کنند، مضرات نشیندن صدای کودکان بیش از فواید آن است.<sup>۵</sup> مشارکت مؤثر نوجوانان در تعیین حضانت (Child Custody) می‌تواند آنها را از مخاطرات و پیامدهای منفی طلاق والدین حفظ کند. این تغییر نگرش نسبت به کودکان در اصلاح قانون خانواده و به‌ویژه در حل اختلافات تعیین حضانت کودکان در سیستم قضایی بسیاری از کشورها نقش اساسی ایفا نمود. موافقان اصلاح قانون خانواده با استناد بر ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک، پیشنهاد تغییر روند حل اختلاف حضانت در محاکم خانواده را دادند. در حال حاضر قوانین بسیاری از کشورها با نظام حقوقی کامن لا (Common Law) مانند آمریکا، استرالیا، کانادا، انگلستان و برخی کشورهای دیگر با هدف شنیدن صدای کودک و تحکیم رویکرد «کودک-محور» در محاکم خانواده بازنگری شده‌اند. چالش‌ها در خصوص چگونگی مشارکت کودکان، منجر به شکل‌گیری «حق اظهار نظر صدای کودک»<sup>۶</sup> گردید.<sup>۷</sup>

1. See: O'Quigley, 2000; Timms, 2003 (As cited: Birnbaum, 2009: 1)

2. See: Aries, 1962; Campbell, 2004; James, Jenks and Prout, 1998; Kaganas and Diduck, 2004; Lansdown, 2005; Prout and James, 1990; Smart, Neale and Wade, 2001 (As cited: Birnbaum, 2009: 1).

3. See: Kelly, 2002, 2003a, 2003b; McIntosh, 2000; Morrow, 1998; Neal, 2002; O'Quigley, 2000; Pike and Murphy, 2006; Smart, 2002, 2004; Smart and Neale, 2000; Smith, Taylor and Tapp, 2003; Strategic Partners, 1998; Tisdale, Baker, Marshall and Cleland, 2002; Wade and Smart, 2002; Williams, 2006; Williams and Helland, 2007; Schoffer, 2005; Thomas and O'Kane, 1998; Wade and Smart, 2002; Williams, 2006; Williams and Helland, 2007 (As cited: Birnbaum, 2009: 1)

4. See: Eekelaar, 1992; Lansdown, 2001 (As cited: Birnbaum, 2009: 1)

5. See: Kelly, 2002; Lansdown, 2001; Pryor and Rogers, 2001; Smith, Gollop and Taylor, 2000 (As cited: Birnbaum, 2009: 1)

6. Children's' right to be heard

7. See: Ruck & alt., 2014: 17.

در حقوق اسلامی فقهای عامه و امامیه نسبت به ماهیت حقوقی حضانت اختلاف نظر دارند.<sup>۱</sup> به گونه‌ای که برخی حضانت را حق ابویین دانسته‌اند. برخی دیگر آن را برای مادر، حق و برای پدر حق و تکلیف تلقی می‌کنند. عده‌ای نیز حق و تکلیف ابویین می‌دانند.<sup>۲</sup> قانون موضوعه ایران در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نظر سوم را پذیرفته است. در قانون مدنی بر جنبه تکلیفی حضانت تأکید می‌شود. بنابراین قابل اسقاط و واگذاری نیست و بنابراین طبق قانون از تولد تا هفت سالگی اولویت حضانت و نگهداری کودک با مادر است. همچنین، ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ رعایت مصلحت و غبطه کودک را در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی می‌داند، در مواد ۲۹، ۴۳، ۴۲ و ۴۱ همین قانون و ماده ۶۶ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۳، مصلحت کودک را مطرح نمود. در ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۳ هنگام اجرای قانون به تمایل کودک توجه شده و موارد خاص جهت بررسی علت امتناع وی از ملاقات با هریک از والدین به کارشناس ارجاع داده می‌شود. با توجه به نظر کارشناسی و قرائن موجود، اگر برای دادگاه محرز شود اجرای حکم حضانت و یا ملاقات با هر یک از والدین، برای سلامت روان کودک آسیب‌زا است، اجرای حکم به تأخیر می‌افتد. اما ماده ۴۶ همین قانون به دلیل حمایت روحی و روانی از کودکان، حضور کودکان زیر پانزده سال را در جلسات رسیدگی به دعاوی خانوادگی جز در موارد ضروری ممنوع می‌داند. علیرغم تأکید قانون بر مصلحت کودک، متأسفانه در رویه قضایی محاکم خانواده ایران شنیده شدن صدای کودکان مرسوم نیست، صرف نظر از این مساله، سؤال اساسی اینجا است آیا می‌توان ظرفیت «مشارکت کودکان» و چگونگی نحوه اعمال آن در محاکم خانواده را در قوانین مختلف حقوق ایران شناسایی و از آن بهره‌برداری کرد؟

هدف این پژوهش تحلیل و بررسی نظرات مختلف در خصوص مشارکت کودکان در مراحل دادرسی خانوادگی است. برای این منظور چگونگی مشارکت کودکان، در کشورهای که این رویکرد را اتخاذ کرده‌اند، تحلیل و امکان بومی‌سازی آن را مورد ارزیابی قرار می‌دهد. کشورهای دارای حقوق کامن‌لا مثل آمریکا، استرالیا، کانادا و انگلستان از این جهت انتخاب شدند که جز آمریکا، سایرین<sup>۳</sup> به این کنوانسیون ملحق شدند و سعی نمودند قوانین داخلی کشورشان را با اهداف کنوانسیون منطبق نمایند. همچنین در قلمرو قضایی کشورهای دارای حقوق کامن‌لا، مطالعات تطبیقی بسیاری در راستای چگونگی انطباق این قوانین با اهداف کنوانسیون حقوق کودک صورت گرفته است.

۱. نک: مغنیه: ۱۹۴۶، ۱۱۱.

۲. نک: صفایی و امامی، ۱۳۷۶: ۱۲۲.

1. See: Ruck&alt, 2014: 16.

در این مقاله پس از مقدمه، نظرات موافقان و مخالفان مشارکت کودکان در دادرسی خانوادگی بیان می‌شود و در بخش سوم وضعیت اعمال ماده ۱۲ کنوانسیون در نظام حقوقی ایران (که یکی از کشورهای عضو این کنوانسیون است) را با کشورهای که در بالا نام برده شد، مقایسه می‌نماید. همچنین با در نظر گرفتن تفاوت‌های فرهنگی و مذهبی، رویه‌های مشارکت کودکان در این کشورها را تحلیل نموده و با پتانسیل‌های فقهی و اسلامی موجود، ظرفیت بومی سازی آنها را مورد بررسی قرار می‌دهد. منظور از کودک در این مقاله، طبق تعریف کنوانسیون اشخاص زیر ۱۸ سال است و منظور از مشارکت کودک، توجه به نظرات آنان در فرآیند دادرسی خانوادگی در حین طلاق و تعیین حضانت و حق ملاقات و سایر مسائل مرتبط می‌باشد. نویسندگان این مقاله نیز با درک ملاکات حجر در حقوق ایران به نیت حمایت از افراد زیر ۱۸ سال در موضوع تعیین حضانت تاسیس نهادی را پیش‌بینی نمودند که در جهت تعیین مصلحت این افراد به سیستم قضایی کمک نماید، البته با علم به اینکه صدور حکم نهایی در صلاحیت سیستم قضایی است.

#### ۱- دیدگاه موافقان مشارکت کودک

موافقان به رسمیت شناختن حق مشارکت کودکان با به‌کارگیری نظریه‌های حقوقی و علوم اجتماعی موضوع را تبیین می‌کنند. مشارکت کودکان در روند دادرسی باعث کاهش تنش و پذیرش بهتر تصمیمات والدین می‌شود.<sup>۱</sup>

#### ۱-۱- تئوری‌های حقوقی (Legal Theory)

یکی از سوالات مطرح در حوزه حقوق کودکان این است: آیا کودکان دارای حق هستند؟ برای پاسخ سوال باید گستره‌ای را تصور کرد که یک طرف نظریه پردازان «اراده‌گرا» (The Will Theory) در طرف مقابل «آزادیخواهان» (Liberationist) قرار دارند.

اراده‌گراها با اعطاء حق به کودکان مخالف هستند. در نقطه مقابل، دیدگاه «آزادیخواهان» قرار دارد که به صورت افراطی برای کودکان حقوقی مانند افراد بزرگسال در نظر می‌گیرند. طرفداران این نظریه معتقدند پنج اصل حقوق بشری شامل:

۱- حق برابری (Equality)

۲- کرامت فردی (Dignity)

1. See: Walkre and et al, 2019: 379.

۳- توانمندسازی (Empowerment)

۴- محافظت (Protection)

۵- حریم خصوصی (Privacy)

را باید برای کودکان نیز به رسمیت شناخت. هریک از این اصول باید مجدداً از نگاه «کودک‌محور» مورد بررسی قرار گیرد تا بتواند تناقض موجود در زمینه حقوق کودکان را برطرف کند. حقوق‌دانان از یک طرف در خصوص داشتن صلاحیت و اهلیت ذاتی کودکان و از طرف دیگر دارای حق بودن آنان، به دلیل نیاز به مراقبت و احترام به کرامت انسانی، اختلاف نظر دارند. طرفداران حقوق کودک معتقدند، برای رفع تناقضات و حل اختلاف نظرها در زمینه حقوق کودک، باید جایگاه و اهلیت کودک مورد بازنگری قرار گیرد.<sup>۱</sup>

در شرایطی که سیستم‌های حاکم بر محیط زندگی (Ecology) کودکان نابرابر و تبعیض‌آمیز است و مانع بهره‌مندی از حقوق برابر آنان می‌شود، حق مشارکت کودکان به‌مثابه ابزاری برای استیفای حقوق آنان عمل می‌کند.<sup>۲</sup> طرفداران حقوق کودک از منظر حقوق بشری به مسئله می‌نگرند و معتقدند، ناتوانی کودکان و صلاحیت و شایستگی افراد بزرگسال یک مرز ساختگی بین آنها ایجاد می‌کند که ایدئولوژی «کودکانه بودن» (Childish Theory) و ناآگاه بودن آنان را تایید می‌کند.<sup>۳</sup> «به‌علاوه دیدگاه حقوق بشری سلب حقوق کودکان را همانند ظلم به سایر اقلیت‌ها نظیر زنان و اقلیت‌های نژادی و... می‌داند. بین این دو نظریه افراطی نظریات دیگری مثل تئوری منفعت وجود دارد و بر این واقعیت تاکید می‌کند، کودکان مانند افراد بزرگسال صاحب حق هستند، یعنی به اندازه کافی دارای اهلیت هستند که به حقوق آنان اهمیت داده شود. دو نظریه «اراده‌گرا» و «فایده‌گرا» (Utilitarian) در اینکه، حق برای تضمین «اراده صاحب حق» یا «تضمین نفع» اوست، اختلاف نظر دارند.» (راسخ، ۱۳۸۸: ۳۰۰)

از منظر نظریه‌های حقوقی (آزادیخواهانه، منفعت‌گرایانه و حقوق بشری) کودکان به‌عنوان «یک انسان» عضو اجتماع و دارای حق هستند. این نظریه‌ها با تصورات سنتی و نادرست برخی فرهنگ‌ها که مانع مشارکت فعال کودکان در تصمیم‌گیری‌ها می‌شوند، مخالف هستند و تأکید می‌کنند سیستم قضایی باید با کودکان مثل شهروند بالغ رفتار کند و شرایط لازم برای تسهیل خواسته و نظرات آنان در مراحل قضایی را فراهم کند.

1. See: Woodhouse, 1993: 322.

2. See: Woodhouse, 2019: 360.

3. See: Archard, 2019: 3.

## ۱-۲- نظریه جامعه‌شناختی (Sociological Theory)

برساخت‌گرایی اجتماعی (Social Constructivism) نظریه‌ای جامعه‌شناختی است که «کودکی» را برساخت اجتماعی<sup>۱</sup> قلمداد می‌کند و به تفسیر پدیدارشناختی از کودک می‌پردازد.<sup>۲</sup> این نظریه بیان می‌کند، «انسان کنش‌گر» بدون یادگیری روش خاصی برای تحلیل جهان، متولد می‌شود و از طریق اطلاعاتی که از محیط فرهنگی - اجتماعی دریافت می‌کند، با خلق و ایجاد معنا، مفهوم واقعیت را درک می‌کند.<sup>۳</sup> طبق این رویکرد جدید، کودکان افرادی هستند که زندگی اجتماعی را با نگاه ویژه خودشان به دنیا آغاز می‌کنند. کودکان در مواجهه با آموزش‌های بزرگسالان نه تنها منفعل نیستند، بلکه فعالانه عمل می‌کنند. لذا «دوران کودکی» صرفاً یک پدیده طبیعی، بیولوژیکی و همگانی نیست بلکه به شدت تحت تاثیر فاکتورهای اجتماعی و فرهنگی است.<sup>۴</sup> به‌علاوه جامعه‌شناسان<sup>۵</sup> معاصر بین دو مفهوم «کودک» (Child) و «دوران کودک» (Childhood) تمایز و تفاوت قائل شدند. این دانشمندان «دوران کودکی» را یک ساختار اجتماعی تعریف می‌کنند. از دید برساخت‌گرایان، توانایی ذهنی و درک و فهم کودکان فقط به سن و مرحله رشدی آنان خلاصه نمی‌شود، بلکه از تجارب چندگانه زیسته و شرایط مختلفی که در آن زندگی می‌کنند، تاثیر می‌پذیرد. در نهایت رویکرد برساخت‌گرایی با زیر سؤال بردن امور بدیهی جامعه و تبدیل آنها به مسئله، به محدودیت سنی برای مشارکت کودکان در محاکم انتقاد می‌کند. برخی محققان ضمن انتقاد به ماده ۱۲ کنوانسیون (درخصوص تعیین سن برای اعتبار نظرات کودکان) معتقدند کودکان بسیار کوچک نیز قادر به بیان نظرات خویش هستند. از نظر روانشناسان کودک از سن ۳ سالگی می‌تواند از واژه «من» استفاده کند، مفهوم زمان را درک و در مورد وقایعی که در منزل اتفاق می‌افتد صحبت کند. علی‌رغم، پاسخ‌های متفاوت کودکان با توجه به نوع سؤال، سن، جنس و شرایط خانوادگی آنان، محققان مصاحبه با کودکان ۴-۵ ساله را قابل قبول می‌دانند.<sup>۶</sup> بنابراین برخی محققان، شرایط تحولی و یا رشدی کودک را به‌عنوان محدودیت در نظر نمی‌گیرند و معتقدند در قانون و یا رویه قضایی حق شنیده شدن کودک برای بیان نظراتش نباید محدود به سن خاصی شود.

1. See: Giesinger, 2017: 21.

2. See: Morss, 2002: 4.

3. See: Correia, 2020.

4. See: Bossio, 2012: 2.

5. See: Alanen, 2000; Corsaro, 2005; James et al., 1998; Mayall, 2000.

6. See: Aubrey and Dahl, 2005: 29.

## ۲- دیدگاه مخالفان مشارکت کودک

مخالفان شنیده شدن صدای کودک نیز همانند موافقان در تبیین نظرات خویش از نظریه‌های حقوقی و علوم اجتماعی استفاده می‌کنند. نظرات آنان در ذیل تئوری حقوقی «اراده» (The Will Theory)، «تئوری تنش» (Stress Theory) و «قاعده تقریب به شرایط سابق» (Approximation Rule) تبیین و نقد می‌شود.

### ۲-۱- تئوری اراده

طرفداران تئوری اراده معتقدند، حق متعلق به کسانی است که می‌توانند یا قادرند از آن چشم‌پوشی کنند.<sup>۱</sup> بنابراین از نظر حقوق‌دانان سنتی و فلاسفه حقوق، کودکان در زمره صاحبان حق قرار نمی‌گیرند، زیرا «حق» باید برای صاحبش با ارزش باشد. طبق این تئوری، کودکان از حق برخوردار نیستند، زیرا آنها نمی‌توانند مثل افراد بزرگسال صاحب حق، دست به انتخاب بزنند. کودکان محق نیستند، زیرا، برای داشتن حق، فرد باید صلاحیت (Qualification)، ظرفیت (Capacity) یا شایستگی (Competency) خاصی مثل درک منافع شخصی، استقلال، عقلانیت و... داشته باشد. این گروه از محققان دو ویژگی «اهلیت» و «صلاحیت» را برای محق بودن کودکان لازم می‌دانند. بنابراین چون کودکان به‌طور ذاتی دارای این دو ویژگی نیستند، پس صاحب حق نمی‌باشند. موافقان اعطای حق به کودکان منتقد دیدگاه فوق هستند. زیرا آنها معتقدند، اگر به کودکان اجازه تجربه کردن داده شود، به تدریج صلاحیت لازم را کسب می‌کنند. به‌علاوه قانون باید با توجه به کرامت ذاتی و انسانی کودکان، شرایط آسیب‌پذیر آنها را درک کند و تنها اعمال قدرت فیزیکی و ذهنی را ملاک قرار ندهد. همچنین محق ندانستن کودکان را نوعی استبداد و مغایر دموکراسی می‌دانند.<sup>۲</sup> لذا خواستار بازنگری مجدد مفاهیم حقوقی هستند. این محققان پیشنهاد می‌کنند به‌منظور حفظ حقوق کودکان هسته مرکزی چارچوب‌های حقوقی غالب و مسلط، باید بازنگری شود و به‌جای تأکید بر ظرفیت و اهلیت کودک به ارزش‌هایی مانند «روابط، تعاملات و نیاز به مراقبت» توجه کند.

### ۲-۲- تئوری تنش (Stress Theory)

بعد از طلاق والدین شرایط زندگی کودکان تغییر می‌کند، این امر تأثیر مستقیمی بر سلامت آنها دارد. بدیهی است که اختلاف بین والدین نیز در طی طلاق بر سلامت و رفاه کودکان اثر منفی دارد.<sup>۳</sup>

1. See: Archard, 2019: 4.

2. See: Archard, 2019: 5 - 6.

3. See: Amato and Keith, 1991; Amato and Sobolewski, 2001; Emery, 1982, 1999; Kelly, 2000.



اختلاف والدین وقتی که در دادگاه بر سر حق حضانت و یا ملاقات نزاع می‌کنند، به حد اعلا می‌رسد. در چنین شرایطی اغلب کودکان خود را در وضعیتی مثل «منطقه جنگی» (War Zoon) حس می‌کنند.<sup>۱</sup> بر خلاف دانشمندانی که از دادن حق اظهار نظر به کودکان دفاع می‌کنند، مخالفان بر دو دسته از مضرات آن تاکید می‌کنند:

۱- نظرخواهی از کودکان در پرونده‌های تعیین حضانت، اعطای مسئولیت بی‌موقع و نامناسب به آنان است، یعنی از آنها می‌خواهیم همانند فرد بزرگسال ایفای نقش کنند و تصمیم بگیرند. قرار دادن کودک در چنین شرایطی، دادن مسئولیت بیش از اندازه و گرفتن کودکی از او است.<sup>۲</sup> کودکان برای مشارکت در فرآیند دادرسی خانواده خیلی ضعیف و ناتوان هستند.<sup>۳</sup> طبق نظر موسسه حقوق آمریکا (American Law Institute) در صورت تعیین حضانت ناموفق، کودک خود را مسئول پیامدها و عواقب آن می‌داند و این ناکامی باعث بروز فشارهای روحی و روانی زیادی می‌شود.<sup>۴</sup> بنابراین دادن این حق به کودکان باعث افزایش استرس می‌شود و حتی آنها در جلسه استماع نیز در معرض فشار روحی زیادی قرار می‌گیرند. مطالعه لمب<sup>۵</sup> و همکاران (۱۹۸۷) بر استرس‌زا بودن مشارکت کودکان تاکید کردند، هر چند مطالعات جدیدتر این نتایج را تایید نکرده و اعلام می‌کنند استرس کودکان زیاد و دائمی نیست.<sup>۶</sup>

## ۲-۳- قاعده تقریب به شرایط سابق (Approximation Rule)

حضور کودک در مراحل دادرسی خانوادگی و ارتباط او با والدین هنگامی مفید است، که اختلاف و تعارض بین والدین کاهش یابد. محققان می‌خواهند بدانند، آیا با ایجاد قانون «حق مشارکت کودکان» در فرآیند دادرسی خانوادگی می‌توان اختلافات بین والدین را کاهش داد و یا حتی از بروز آن پیشگیری کرد؟ نتیجه تحقیقات<sup>۶</sup> نشان می‌دهد رسیدگی به پرونده‌های تعیین حضانت از طریق غیر ترافیعی مثل میانجی‌گری و... به حل اختلاف والدین کمک می‌کند و منجر به ارتباط مناسب کودک با آنان بعد از طلاق می‌شود. این امر برای سلامت جسمی و روانی کودک مفید است. در واقع از نگاه این نظریه‌پردازان، مصلحت کودک را باید با به حداقل رساندن تعارض و اختلاف بین والدین از طریق روش‌های غیر ترافیعی تامین کرد. به جای نظرخواهی از کودک در

1. See: Walker and Misca, 2019: 375.

2. See: Re setar and Emery, 2008: 73; Emery: 2003.

3. See American Law Institute cited as: Atwood, 2003: 648.

4. See: Lempp, R. et al.(1987) as cited: Karle and Gathmann, 2016: 182.

5. See: Karle and Gathmann, 2016: 182.

6. See: Emery et al., 2001; Emery, 1999, 1994; Restar and Emery, 2008.

مورد نحوه زندگی بعد از طلاق در مراحل دادرسی، «قاعده تقریب به شرایط سابق» را پیشنهاد می‌کنند. بدین معنی که حضانت طفل بر مبنای تعامل و روابطی که هر یک از والدین قبل از طلاق با کودک داشتند، (مثلا مقدار زمانی که صرف مراقبت از کودک، کمک در انجام تکالیف مدرسه و.. می‌کردند) تعیین شود. طبق نظر موسسه حقوق آمریکا، طبق این قاعده تا جایی که امکان دارد، تعامل و ارتباط کودک با والدین بعد از طلاق، باید مشابه تعاملات او با هر یک از آنان قبل از طلاق باشد.<sup>۱</sup>

### ۳- روش حل تعارض و اعمال ماده ۱۲ کنوانسیون در حقوق تطبیقی و حقوق ایران

کشورهای عضو به روش‌های مختلف در صدد ایجاد ابزارهای لازم برای اعمال ماده ۱۲ و مشارکت حداکثری کودکان برآمدند. اگر چه تحقیقات علوم اجتماعی و کنوانسیون حقوق کودک از مشارکت کودکان در روند قضایی دادگاه خانواده حمایت می‌کند، اما توافقی در مورد نحوه مشارکت وجود ندارد. از آنجایی که دولت‌ها به آسانی برای مشارکت کودکان یک روش واحد اتخاذ کنند، لذا کنوانسیون و کمیته حقوق کودک نیز نمی‌توانند هیچ دولتی را ملزم به اتخاذ شیوه و شکل خاصی از مشارکت و حضور کودکان در دادرسی نمایند. در این بخش چگونگی اعمال ماده ۱۲ کنوانسیون توسط سیستم‌های قضایی کشورهای مختلف بررسی می‌شود.

#### ۳-۱- روش حل تعارض از منظر حقوق تطبیقی

در یک مطالعه تطبیقی رویه قضایی چهار کشور (استرالیا، نیوزلند، انگلستان و کانادا) در خصوص نحوه مشارکت کودکان و نگرش‌های قضات در مورد شنیده شدن صدای آنان مورد بررسی قرار گرفت. نکته قابل توجه اتخاذ روش‌های متفاوت و بعضاً متناقض در هر کشور است. یعنی هر کشور بر حسب شرایط خودش ماده ۱۲ را به شکلی متفاوت و با تفاسیر مختلف اعمال می‌کند. مثلا در انگلستان طبق قانون خانواده ۱۹۷۵ و ماده ۷ و ۸ قانون کودکان ۱۹۸۹ مشارکت کودکان معمولا از طریق مشاور خانواده و از طریق تدوین «گزارش رفاهی» (Welfare Report) انجام می‌شود و حضور کودکان در دادگاه نادر است. همچنین مرکزی جهت تهیه گزارش‌های رفاهی به نام خدمات حمایت و مشاوره دادگاه خانواده و کودکان (Advisory and Support Service) (Children and Family Court) وجود دارد. البته در دادگاه خانواده انگلستان علاوه بر مشاوران مرکز فوق، نهادهای محلی

1. See: American Law Institute, 2002 cited, Re setar and Emery, 2008: 75.

مشاوره‌ای (Local Authority Officer) نیز در زمینه تعیین مصلحت کودک و رساندن نظرات آنان به دادگاه فعالیت می‌کنند. قانون خانواده ۱۹۷۵ استرالیا دادگاه را ملزم به رعایت مصلحت کودک می‌کند.

طبق این قانون مشارکت کودکان از طریق گزارش مشاور خانواده است که «گزارش خانوادگی» نام دارد و شامل نظر کودک و توصیه‌های مشاور، با در نظر گرفتن مصلحت کودک می‌باشد. علاوه بر این در برخی موارد برای کودک وکیل مستقل در نظر گرفته می‌شود. در نیوزلند بنا بر قانون مراقبت از کودکان<sup>۱</sup> نظر کودکان معمولاً از طریق وکیل یا ملاقات مستقیم با قاضی کسب می‌شود. ولی هرگاه دادگاه ضروری تشخیص دهد درخواست گزارش تخصصی می‌کند. از این جهت نیوزلند با استرالیا و انگلستان متفاوت است.

در کانادا که به صورت فدرالی اداره می‌شود، در پژوهش فعلی ایالت انتاریو مورد نظر است. در این ایالت دادگاه موضوعات خانوادگی را به دفتر وکیل کودکان<sup>۲</sup> ارجاع می‌دهد. کار بررسی مصلحت کودک و گرفتن نظرات او توسط مددکار اجتماعی انجام می‌شود و از طریق دفتر وکیل کودکان به دادگاه ارائه می‌شود. همچنین طبق قانون حقوق کودکان<sup>۳</sup> (قاضی می‌تواند با کودک ملاقات و مصاحبه کند).<sup>۴</sup>

برخی مطالعات بر اهمیت در نظر گرفتن شرایط و تفاوت‌های فردی کودکان در چگونگی مشارکت آنها تاکید می‌کنند و می‌گویند برای هر پرونده شرایط خاصی باید در نظر گرفته شود. گاهی لازم است با ترکیب روش‌های مختلف، رویکردی ایجاد شود که به هر کودک موقعیت ویژه‌ای براساس شرایط و شخصیت او برای بیان نظراتش داده شود.<sup>۵</sup> نظر به اینکه، مشارکت کودکان می‌تواند مانند تیغ دو لبه باشد، به تدریج تمرکز اصلی جنبش مشارکت کودکان در مراحل دادرسی از مشارکت صرف به چگونگی مشارکت آنان تغییر کرد. متخصصان ضمن تاکید بر مشارکت کودکان به عنوان یکی از نیازهای اولیه آنان، معتقدند به جای تمرکز بر «مشارکت کودکان» (Child's Participation) باید به «چگونه مشارکت کردن» (How To Participate) آنان تمرکز کرد.<sup>۶</sup> از طرف دیگر، خود کودک باید انتخاب کند که چگونه مشارکت (بی‌واسطه و مستقیم یا توسط وکیل) کند. حتی کودک این حق را دارد که مشارکت نکند و به عبارت دیگر مایل

1. See: Care of Children Act, 2004, s133, S7(2).

2. The Office of Children's Lawyer

3. Children's Law reform Act. R. S. O (1990).(Ont.)

4. See: Fernando, 2014: 48-53.

5. See: Boshier and Steel-Baker, 2007: 548.

6. See: Bossisio, 2012: 14.

به بیان نظراتش نباشد. اما به نظر نگارندگان، مهمترین نکته، ارزش و بها دادن به نظرات کودکان در مراحل دادرسی است. بهترین نحوه مشارکت، زمانی است که، علاوه بر مشارکت کودکان و شنیده شدن نظرات آنان، این نظرات، در فرایند تصمیم‌گیری نیز لحاظ شود. یعنی نظرات کودکان فقط جنبه مشورتی نداشته بلکه در فرایند صدور حکم توسط قاضی اعمال شود.

هارت (۱۹۹۲) نمودار نردبانی مشارکت کودکان را در شش پله نردبانی، خلاصه در سه طبقه، نشان می‌دهد. پله‌های اول، دوم و سوم در طبقه اول (عدم مشارکت) جای می‌گیرند. به علت عدم مشارکت کودکان و شنیده نشدن نظرات و خواست آنان، تصمیم‌گیران بر خلاف خواست و نظر کودکان<sup>۱</sup> تصمیم می‌گیرند. طبقه دوم که شامل پله‌های چهارم و پنجم می‌باشد به مفهوم مشارکت نسبی کودکان است. در این طبقه از کودکان به عنوان شاهد و مطلع نظر خواهی می‌شود ولی نظر و خواست آنان بیشتر به تکمیل اطلاعات در مراحل دادرسی می‌انجامد. می‌توان گفت نظرشان تا حدودی اعمال می‌شود. یعنی تصمیم‌گیران نهایی در نهایت با مشارکت نسبی کودک برای او<sup>۲</sup> تصمیم می‌گیرند. طبقه سوم که آخرین پله نردبان است مشارکت کودک در حد ایده‌آل می‌باشد. این طبقه، به مفهوم تصمیم‌گیری به همراه کودک<sup>۳</sup> می‌باشد. یعنی نظرات کودک در تصمیم‌گیری لحاظ می‌شود.<sup>۴</sup> به نظر نگارندگان صرف مشارکت کودکان و نظر خواهی از آنان مهم نیست بلکه اولویت اصلی باید اعتبار و اهمیت دادن به نظرات کودکان و لحاظ کردن آن در فرایند تصمیم‌گیری باشد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

- 
1. Doing to
  2. Doing for
  3. Dohng with
  4. See: Hart, 1992 cited as Walker & Mica, 2019: 379

۶) مشارکت همراه با کودک	Doing with تصمیم‌گیری همراه کودک	مشارکت نسبی
۵) مشورت با کودک		
۴) مشارکت کودک به‌عنوان مطلع	Doing For تصمیم‌گیری برای کودک	
۳) مشارکت نمادین (غیر واقعی یا سمبولیک)	Doing To تصمیم‌گیری برخلاف خواست و نظر کودک	
۲) مشارکت با اعمال نفوذ		
۱) منع مشارکت کودکان (شنیده نشدن صدای کودکان)		

نمودار نردبانی مشارکت کودکان در فرآیند محاکم خانواده

( هارت، ۱۹۹۲، به نقل از واکر و میسا، ۲۰۱۹: ۳۷۹)

### ۳-۲- مشارکت کودکان در تعیین حضانت در محاکم خانواده ایران

کشور ایران در اسفند ۱۳۷۲ به کنوانسیون حقوق کودک ملحق شده است و طبق ماده ۹ قانون مدنی مواد این کنوانسیون در حکم قانون می‌باشد. بنابراین تطبیق قوانین داخلی با مقررات آن ضروری است. البته مجلس شورای اسلامی قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی به کنوانسیون حقوق کودک را با عنایت به درج حق شرط کلی بدین مضمون «... مشروط بر آن که مفاد آن در هر مورد و هر زمان در تعارض با قوانین داخلی و موازین اسلامی باشد و یا قرار گیرد ... تصویب کرد.» (دهقانی، ۱۳۸۷: ۱۰۲) با نگاه اجمالی به قوانین مدنی مربوط به دو نهاد حقوقی حضانت و ملاقات می‌توان گفت، قوانین مدنی و قوانین حمایت خانواده ۱۳۴۶، ۱۳۵۳ و ۱۳۹۱ به‌طور تلویحی این ظرفیت را دارند که حق کودکان در محاکم خانواده را تامین کنند، اما متأسفانه در حقوق ایران قانونگذار صراحتاً در مورد حق مشارکت او در فرآیند قضایی مطالبی عنوان نکرده است. سال‌ها پس از الحاق جمهوری اسلامی به کنوانسیون حقوق کودک، تجدید نظر و

اصلاح قوانین مزبور رخ نداد. اگر چه در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، ماده ۴۵ به صراحت بر رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاهها و مقامات اجرایی تأکید می‌کند و آن را الزامی می‌داند، اما ماده ۴۶ همان قانون حضور کودکان زیر پانزده سال در دعاوی خانوادگی جز در موارد ضروری که دادگاه تجویز می‌کند را ممنوع می‌نماید. بنابراین مشخص نیست که ملاک احراز و الزام به رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان، بدون امکان حضور متعارف آنها در جلسات دادگاه یا استماع عملی اظهارات و درخواست‌های آنان چگونه برای دادگاه محقق خواهد شد؟ برای حل چنین مشکلاتی در فرآیند دادگاه خانواده، قاضی علاوه بر دانش قضایی، به دانش علوم رفتاری و روان‌شناسی رشد کودک نیز نیازمند است. وجود نهاد ارزیابی حضانت این خلاء را جبران می‌کند. نهاد ارزیابی حضانت هم‌زمان با جنبش‌های فراگیر حقوقی وارد سیستم قضایی اکثر کشورها شد. از آن زمان تا کنون به کارگیری روش‌های علمی و بین رشته‌ای رشد و تکامل آن را میسر نموده است. ارزیابی حضانت، بررسی روانی- رفتاری اعضای خانواده و چگونگی روابط بین آنها است که توسط روان‌شناس، روان‌پزشک یا متخصصین دیگر انجام می‌شود. هدف اصلی این نهاد، کمک به دادگاه برای اتخاذ تصمیم منطقی به منظور مراقبت از کودکانی است که والدینشان طلاق می‌گیرند. نگرش سنتی در نظام قضایی ایران، مانع ورود دیدگاه‌های علمی و بین رشته‌ای به‌ویژه در زمینه موضوعات مربوط به خانواده شده است. به نظر می‌رسد فقدان این نهاد ضروری، اثرات منفی بر کودکان در اختلافات حضانت دارد.

با مرور پژوهش‌های انجام شده توسط محققان ایرانی نیز پراکندگی نظرات مشاهده می‌شود. برخی ماده ۴۶ را جزء امتیازات قانون خانواده مصوب ۱۳۹۱ دانسته‌اند، به این دلیل که معتقدند حضور کودکان در محیط دادگستری تبعات روحی و روانی نامناسبی برای ایشان دارد. لذا شایسته نیست که جز در موارد ضروری و به تشخیص دادگاه کودکان اجازه حضور در محاکم را داشته باشند.<sup>۱</sup> چون به کرات منازعات لفظی و گاه درگیری‌هایی بین طرفین دعوا در جلسات رسیدگی رخ می‌دهد، لذا از نوآوریها و ابداعات قانون حمایت خانواده ۹۱ توجه به حساسیت و ظرافت روح کودکان است، که حضور آنان در این جلسات جز در مواقع ضروری را ممنوع می‌داند.<sup>۲</sup>

اما از طرف دیگر برخی به بی‌توجهی حقوق ایران به احساسات و خواسته‌های کودکان منتقدند و معتقدند: «نه تنها در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، بلکه در اصلاحیه این قانون نیز جهت

۱. نک: درافشان و محسنی، ۱۳۹۴: ۱۳۰.

۲. نک: حاجی عزیزی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۳۲.

اجراء این حکم قانونی، عقیده و تمایل کودکان منشا اثر نیست و در حقیقت قانون مدنی در مهم ترین مسئله مربوط به کودکان به عقاید آنان توجهی نمی‌کند.<sup>۱</sup> عرفانی (۱۳۷۱) معتقد است «نظر کودکان در مراحل دادرسی باید گرفته شود و چنین بیان می‌کند: «به نظر می‌رسد دادگاه در سنینی که طفل می‌تواند مورد پرسش قرار گیرد، احساسات درونی او را در مورد اینکه با کدامیک از والدین تمایل به زندگی دارد، باید مورد پرسش قرار داده و شخص و یا اشخاصی را به منظور تحقیق و تشکیل پرونده‌ای در زمینه مسایل مربوط به آینده طفل و نحوه زندگی فعلی و وضعیت اخلاقی و مادی والدین، تعیین نماید.» (عرفانی، ۱۳۷۱: ۲۱۱)

در این پژوهش برای تحلیل آرای صادره در موضوع حضانت، از روش تحلیل محتوی کیفی از نوع قیاسی<sup>۲</sup> استفاده شد. آرای صادره ۴۴ پرونده بررسی شد. ۴۰ رأی صادره از دادگاه تجدید نظر استان تهران و ۴ رأی اصداری از ناحیه دیوان عالی کشور، با موضوع حضانت و ملاقات کودکان، مورد تحلیل محتوا قرار گرفت. واحد ثبت در این پژوهش متن آرای صادره محاکم است که متن کامل هر رأی به عنوان یک واحد زمینه در نظر گرفته شده است. آراء با مراجعه به بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه و برخی شعب محاکم انتخاب گردید. از میان ۵۶ پرونده، حدود ۱۲ پرونده مربوط به نفقه کودک بود که به دلیل عدم ارتباط با بحث، حذف گردید. ۴۴ پرونده باقی مانده تحت عناوین ذیل دسته‌بندی و با هفت مقوله استخراج شده از نتایج حاصل از مطالعه تطبیقی به صورت ذیل تحلیل شدند. فضای ارتباطی این پژوهش که آرای محاکم متأثر از آن صادر می‌شود، قوانین موضوعه و رویه قضایی نظام حقوقی ایران از سال ۹۳-۹۱ می‌باشد. آرای اصداری مربوط به سال ۱۳۹۱ تا ۱۳۹۳ می‌باشد. انتظار می‌رفت در این بازه زمانی با توجه به الحاق ایران به کنوانسیون حقوق کودک و تصویب قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ آرای صادره محاکم مستنبط از قوانین جدید باشند و طبق ماده ۴۵ این قانون، وفق ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک، به الزام رعایت مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی عمل شود.

۱. نک: عبادی، ۱۳۸۲: ۱۱۵.

۲. نک: محمد پور، ۱۳۹۷: ۴۲۴.

موضوع	نحوه مشارکت	مصادیق سلب حضانت	اثر بلوغ بر حضانت	مصاحبت طفل	شرایط ملاقات و حق اقارب	اثر توافق طرفین بر حضانت	اعتبار امر مخوم در دعوی حضانت	ممانعت از ملاقات طفل	در تغییر محل زندگی کودک	نقش رضایت هریک از والدین	درصد	تعداد
											۴/۵ %	۲
۱- شنیده شدن اظهارات کودک در دادگاه	-	-	۱	-	-	۲	-	-	-	-	۴/۵ %	۲
۲- بیان تمایل کودک از طریق وکیل	-	-	۱	-	-	-	-	-	-	-	۲/۷ %	۱
۳- بیان تمایل کودک از طریق یکی از والدین	-	-	-	۱	-	-	-	-	-	-	۲/۷ %	۱
۴- گزارش پزشکی قانونی یا مددکاری	-	۲	۲	۲	۱	-	۱	-	-	-	۱۸%	۸
۵- بیان تمایل کودک از طریق وکیل + گزارش	-	-	-	۱	-	-	-	-	-	-	۲/۷ %	۱
۶- اظهارات کودک + گزارش پزشکی قانونی یا مددکاری	-	-	-	۱	-	-	-	-	-	-	۲/۷ %	۱
۷- پرونده‌هایی که هیچ یک از روش فوق مشارکت را نداشتند.	-	۹	۷	۲	۴	۲	۲	۲	۱	-	۶۵%	۳۱
تعداد کل پرونده: ۴۴	-	۱۱	۷	۷	۵	۴	۳	۲	۱	-	۱۰۰%	۴۴

جدول ۱: عناوین خلاصه آرای حضانت سال ۹۱-۹۳ و نحوه مشارکت کودکان در محاکم خانواده

نتایج جدول نشان می‌دهد، ۶۵% کودکان اساساً در دادگاه مشارکت داده نمی‌شوند و هیچ صدایی در محاکم ندارند. درحالی‌که به اعتبار واژه‌های «نوجوانان» و «مصلحت‌م در ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده، می‌توان ظرفیت‌های این ماده قانونی را برای مشارکت کودکان و حق شنیده شدن صدای آنها استنباط کرد. در این پژوهش فقط ۱۸% پرونده‌ها به کارشناسانی چون مددکار اجتماعی، روان‌شناس، مشاور و... ارجاع شد. به نظر می‌رسد در محاکم خانواده ایران به رویکرد چندرشته‌ای و تصمیم‌گیری گروهی و استفاده از نظرات متخصصین اعتنا نمی‌شود.



اظهار نظر مستقیم کودک در دادگاه در حضور قاضی فقط در دو پرونده یعنی ۴/۵ درصد موارد اتفاق افتاده است. باتوجه به اینکه در پرونده‌های این پژوهش کودکان، زیر ۱۵ سال سن داشتند، می‌توان امیدوار بود که قضات با اعمال «اختیارمقام قضایی» مشارکت بیشتر کودکان را علیرغم ماده ۴۶ قانون حمایت خانواده ۹۱ فراهم کنند.

خانه شماره ۲ جدول نشان می‌دهد تنها در یک پرونده یعنی ۲/۷٪ موارد، نظر و خواست کودک از طریق وکیل به اطلاع دادگاه رسیده است. خانه شماره ۳ جدول نشان می‌دهد در یک پرونده یعنی ۲/۷٪ موارد یکی از والدین نظرات کودک را در دادگاه مطرح کرد. شماره ۵ و ۶ جدول نحوه مشارکت کودکان را به شکل ترکیبی نشان می‌دهد. در شماره ۵ دادگاه علاوه بر گزارش پزشکی قانونی و یا مددکاری توسط وکیل نیز از نظرات کودک مطلع شده‌است که در این پژوهش به یک پرونده یعنی ۲/۷٪ موارد خلاصه می‌شود. شماره ۶ جدول نیز به روش مشارکت کودکان به صورت ترکیبی که شامل اظهار نظر مستقیم کودک در دادگاه و گزارشات پزشکی قانونی و مددکاری می‌باشد اشاره می‌کند که در این پژوهش این مورد نیز به یک پرونده یعنی ۲/۷٪ موارد خلاصه می‌شود.

در کل می‌توان نتیجه گرفت، در محاکم خانواده ایران اساساً مشارکت کودکان مورد توجه قرار نمی‌گیرد. قضات در فضای اجتماعی- فرهنگی مشابه، از قوانین یکسان، تفاسیر متفاوت دارند. تفسیر متفاوت، غالباً ناشی از زمینه‌های متفاوت فرهنگی- اجتماعی، مهارت و نگرش های قضات می‌باشد. با این وجود همان‌گونه در این پژوهش اشاره شد، در ۳۵ موارد به طرق مختلف زمینه مشارکت کودکان و شنیده شدن صدای آنها فراهم شد. اما هنوز تا التزام خود قانونگذار و مجریان قانون به رعایت حقوق کودک، راه زیادی در پیش است. و حتی می‌توان گفت ظرفیت استفاده از مقام قضایی برای مشارکت کودکان و شنیده شدن صدای آنان در مراحل دادرسی، عمدتاً منوط به استفاده از «اختیارمقام قضایی» است و تحلیل آرای قضایی بیانگر آن است که معمولاً قضات از این اختیار استفاده نمی‌کنند.

## نتیجه

اگرچه «حق مشارکت کودکان» مورد پذیرش همگان است، اما در باره چگونگی مشارکت آنان، اجماعی وجود ندارد. مشارکت کودکان در محاکم خانواده بحث حساس و پیچیده‌ای است، بنابراین پاسخ به این سوال که کودکان در فرآیند دادرسی خانوادگی شرکت کنند یا نه آسان نیست. هر دو بحث موافق و مخالف جنبه‌های مثبت و منفی دارد. عده‌ای معتقدند مشارکت کودکان

در همه موضوعات لازم نیست و دسته دیگر تأکید می‌کنند، اگر امنیت کودکان در اولویت قرار بگیرد می‌تواند مفید باشد. در نهایت می‌توان این‌گونه جمع‌بندی کرد، درگیر نمودن کودکان در روند قضایی ذاتاً مثبت نیست. اگر حق مشارکت به صورت نامحدود به کار رود، منجر به آسیب‌هایی چون اضطراب، ایجاد حس خیانت در کودک (چون فکر می‌کند به پدر یا مادر خود وفادار نبوده) و اختلال در روابط خانوادگی او در بزرگسالی و... می‌شود. ضمن مشارکت کودکان، باید مطمئن شویم که آنها بیش از حد در معرض آسیب روانی قرار نگیرند. بنابراین محققان به دنبال دیدگاه ترکیبی هستند که ضمن «محافظت از کودکان» مشارکت حداکثری آنان را تأمین کند. به نظر می‌رسد رویکرد ترکیبی با ایجاد تعادل بین حق مشارکت و حق حمایت از کودک، فرآیند دادرسی منصفانه را تضمین می‌کند. به دادگاه کمک می‌کند تا مسایل این پرونده‌ها را به صورت منطقی‌تر و عقلانی‌تر حل کند.

در نظام حقوقی ایران حمایت از اطفال در امور مالی و تربیتی با پیش‌بینی نهادهای ولایت، حضانت، وصایت، قیمومیت و امین صغار مورد توجه قرار گرفته است. اما متأسفانه سکوت و خلاء قانون در مورد شنیدن صدای کودکان و نحوه مشارکت آنها در فرآیند قضایی در تعیین حضانت وجود دارد. از یک طرف عدم صراحت قانون در خصوص حق مشارکت کودکان، و از طرف دیگر اعطای اختیار عمل گسترده قضایی به قضات در خصوص این موضوع به وضوح مانع دسترسی به عدالت برای کودکان می‌شود. زیرا قضات محترم عموماً به مضیق‌ترین شکل ممکن مفاد قانونی مربوطه را تفسیر می‌کنند. به علاوه با اجرای تعهدات قانونی ایران در خصوص اجرایی نمودن مفاد کنوانسیون حقوق کودک نیز در تعارض است. به نظر می‌رسد قضات در نظام قضایی ایران در باب مشارکت آنها در فرآیند محاکم خانواده، با دو چالش مواجه هستند. چالش اول ناشی از نظام معنایی یا برساخت غالب است که قوانین موضوعه از آنها ناشی می‌شود و در خصوص مشارکت کودکان سکوت و ابهام دارد. چالش دوم، در مواجهه با اسناد بین‌المللی است که ایران به آنها ملحق شده و هم‌تراز با قوانین داخلی هستند، چنانچه قضات بخواهند بر طبق این اسناد عمل کنند باید بر مشارکت هر چه بیشتر کودکان در فرآیند محاکم خانواده صحه گذارند که در رویه قضایی ایران چنین رویکردی رایج نیست.

## کتابنامه

### الف- کتب و مقالات

#### الف-۱: فارسی

- اسدی، لیلا سادات (۱۳۸۸)، «حق کودک بر بودن با والدین و خویشاوندان»، دوفصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده ندای صادق، سال چهاردهم، شماره ۵، صص ۵-۳۱.
- بر، ویوین (۱۳۹۴)، برساخت گرایی اجتماعی، مترجم: اشکان صالحی، تهران: نشر نی.
- بیگدلی، سعید (۱۳۹۰)، «مشکلات و خلائهای قانونی نهاد حضانت در نظام حقوقی ایران»، فقه و حقوق خانواده، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، صص ۵-۲۴.
- دهقانی، علی (۱۳۸۷)، «دادرسی ویژه کودکان و نوجوانان: گامی در راستای انطباق با تعهدات بین‌المللی»، فصلنامه دانشکده ادبیات و علوم انسانی، سال سوم، شماره ۱۰ و ۱۱، صص ۷۷-۱۰۷.
- صفایی، سید حسین و اسدالله امامی (۱۳۷۶)، حقوق خانواده، جلد دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- عبادی، شیرین (۱۳۸۲)، «حق مشارکت کودکان»، فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی، سال دوم، شماره ۷، صص ۱۱۱-۱۱۵.
- عرفانی، محمود (۱۳۷۱)، «حمایت اقتصادی و قضایی کودک به هنگام طلاق و جدایی والدین در حقوق ایران و کنوانسیون ۱۹۸۹ سازمان ملل متحد»، دیدگاه‌های حقوقی، شماره دوم، صص ۲۰۱-۲۱۷.
- عزیزی، علی؛ محمد فرجیها؛ محمود صابر و سید درید موسوی مجاب (۱۳۹۸)، «اصول حاکم بر دادگاه‌های حل مساله در پرتو مطالعات تطبیقی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، شماره ۴، صص ۹۱-۱۲۶.
- قبولی درافشان، سید محمد مهدی و سعید محسنی (۱۳۹۴)، «نوآوری قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در زمینه مقررات شکلی مرتبط با دعاوی خانوادگی»، پژوهش نامه زنان، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال ششم، شماره دوم، صص ۱۱۹-۱۳۹.
- محمد پور، احمد (۱۳۹۷)، ضد روش: زمین‌های فلسفی و رویه‌های عملی در روش شناسی کیفی، قم: نشر لوگوس.

الف-٢: لاتین

- Archard, David (2013). "Children's Rights", *International Encyclopedia of Ethics*, pp. 1-9.
- Archard, David and Marit Skivenes (2009). "Hearing the Child", *Child & Family Social Work*, Vol. 14, No. 4, pp. 391-399.
- Atwood, Barbara A (2003). "The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions for Reform", *Arizona Law Review*, No. 45, p. 629.
- Aubrey, Carol and Sarah Dahl (2006). "Children's Voices: The views of vulnerable Children on their Service Providers and the Relevance of Services they Receive", *British Journal of Social Work*, Vol. 36, No. 1, pp. 21-39.
- Augsberger, Astraea; Vicki Lens & Andrea Hughes (2016). "I didn't Know you were Fighting So Hard for me: Attorneys' Perceptions of Youth Participation in Child Dependency Proceedings", *Family Court Review*, Vol. 54, No. 4, pp. 578-590.
- Bruce, Margaret (2014). "The Voice of the Child in Child Protection: Whose Voice?", *Social Sciences*, Vol. 3, No. 3, pp. 514-526.
- Bosisio, Roberta (2012). "Children's Right to be Heard: What Children Think", *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 20, No. 1, pp. 141-154.
- Boshier, Hon. Peter & Damien Steel Baker (2007). "Invisible parties: Listening to children", *Family Court Review*, Vol. 45, No. 4, pp.548-559.
- Bilson, Andy and Sue White (2005). "Representing Children's Views and Best Interests in Court: an International Comparison", *Child Abuse Review*, Vol. 14, pp. 220-239.
- Birnbaum, Rachel (2014). "The Voice of the Child in Separation/Divorce Mediation and other Alternative Dispute Resolution Processes: A Literature Review", *Research Report, Canada Department of Justice*.
- Coley, M.aria (2007). "Children's Voices in Access and Custody Decisions:

- The Need to Reconceptualize Rights and Effect Transformative Change”, *Appeal Review of Current Law and Law Reform*, Vol. 12, p.48.
- Correia, Tomas (2020). “Social Constructionism, Power and Behavior: A Post-structuralize Analysis”, [http://www.observatoriopolitico.pt/wp-content/uploads/2020/03/WP\\_90\\_TC.pdf](http://www.observatoriopolitico.pt/wp-content/uploads/2020/03/WP_90_TC.pdf).
  - Emery, Robert E. (2003). “Children's Voices: Listening-and Deciding-is an Adult Responsibility”, *Arizona Law Review*, Vol. 45, pp. 621-627
  - Emery, Robert E. and J.A. Jackson (1989). “The Charlottesville Mediation Project: Mediated and Litigated Child Custody Disputes”, *Mediation Quarterly*, Issue: 24, Pages: 3-18.
  - Emery, Robert.E; David Sbarra and Tara Grover (2005). “Divorce Mediation: Research and Reflections”, *Family Court Review*, Vol. 43, No. 1, pp. 22-37.
  - Fernando, M.ichelle (2014). “Family Law Proceedings and the Child's Right to be Heard in Australia, the United Kingdom, New Zealand, and Canada”, *Family Court Review*, Vol. 52, No. 1, pp. 46-59.
  - Giesinger, Johannes (2017). “The Special Goods of Childhood: Lessons from Social Constructionism”, *Ethics and Education*, Vol. 12, No. 2, pp. 201-217.
  - Karle, Michael & Sandra Gathmann (2016). “The State of the Art of Child Hearings in Germany, Results of a Nationwide Representative Study in German Courts”, *Family Court Review*, Vol. 54, No. 2, pp. 167-185.
  - Kelly, Joan (1994). “The Determination of Child Custody”, *The Future of Children*, Vol. 4, No. 1, pp. 121-142.
  - Krappmann, Lothar (2010). “The Weight of the Child's View (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child)”, *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 18, No. 4, pp. 501-513.
  - Mol, Charlotte (2019). “Children's Representation in Family Law Proceedings: A Comparative Evaluation in Light of Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child”, *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 27, No.1, pp. 66-98.
  - Morss, John R (2002). “The Several Social Constructions of James, Jenks, and

- Prout: A Contribution to the Sociological Theorization of Childhood”, *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 10, No. 1, pp. 39-54.
- O'Donohue, William and April R Bradley (1999). “Conceptual and Empirical Issues in Child Custody Evaluations”, *Clinical Psychology: Science and Practice*, Vol. 6, No. 3, pp. 310-322.
  - Rešetar, Branka and Robert E Emery (2008). “Children's Rights in European Legal Proceedings: Why Are Family Practices so Different from Legal Theories?”, *Family Court Review*, Vol. 46, No. 1, pp. 65-77.
  - Ruck, Martin D.; Daniel P. Keating; Elizabeth M. Saewyc; Felton Earls & Asher Ben Arieh (2016). “The United Nations Convention on the Rights of the Child: It's Relevance for Adolescents”, *Journal of Research on Adolescence*, Vol. 26, No. 1, pp. 16-29.
  - Walker, Janet; David Marjoribanks and Gabriela Misca (2019). “Modern Families, Modern Family Justice: Supporting Family Relationships in Fast Changing Socio-Political-Economic Climates”, *Family Court Review*, Vol. 57, No. 3, pp. 301-312.
  - Woodhouse, Barbara Bennett (2019). “Reimagining Equality Through the Lens of Human Rights: Lessons from the United Nations Convention on the Rights of the Child”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 47, p. 353.
  - Woodhouse, Barbara Bennett (2003). “Enhancing Children's Participation in Policy Formation”, *Arizona Law Review*, Vol. 45, p. 751.
  - Woodhouse, Barbara Bennett (1993). “Out of Children's Needs, Children's Rights: The Child's Voice in Defining the Family”, *Brigham Young University Journal of Public Law*, Vol. 8, p. 321.