

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین

Print ISSN: 2717- 1469  
Online ISSN: 2717 - 1477

نمایه در SID، ISC، Noormags،  
GoogleScholar، Ensani، Magiran  
[www.jaml.ir](http://www.jaml.ir)  
سال چهارم، شماره پانزدهم،  
صفحات ۱۵-۱

بررسی تطبیقی حضانت فرزند پس از طلاق در قوانین کشورهای اسلامی

دکتر محمد حسین  
عالمی  
استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهرا (ص)، تهران، ایران.

فریبا طائی  
دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق، مازندران، ایران.

چکیده:

حقوق کودک، یکی از مهم ترین حقوق در قوانین کشورهای اسلامی می باشد که شامل حقوق مالی و غیر مالی (معنوی) می شود؛ از مهمترین حقوق معنوی کودک حق حضانت می باشد؛ به همین علت مسئله حقوق و مسئولیت های پدر و مادر در امر حضانت و ولایت کودکان در سنن مذهبی یکی دیگر از موضوعاتی است که مورد بحث و چالش حقوقدانان کشور های مختلف قرار گرفته است. این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی و تطبیق قوانین کشورهای اسلامی نگاشته شده است در پی تبیین حق حضانت در قوانین کشورهای اسلامی است و موضوعی که در امر حضانت باعث ایجاد تمایز بین پدر و مادر در قوانین کشورهای اسلامی شده است آن است که این قوانین و سنت ها، مقررات ویژه ای را در ارتباط با سرپرستی کودکان دختر و پسر، توسط پدر و مادر تعیین نموده است. براساس این سنت ها، ظاهراً در هنگام جدایی پدر و مادر، معیار اصلی در تعیین سرپرست برای کودک، سن طفل می باشد.

نتایج این تحقیق نشان می دهد که قوانین مربوط به سرپرستی کودک در میان کشورهای مسلمان به سمت و سوی اولویت دادن به «منافع عالیّه کودک» تمایل پیدا کرده است و نسبت به امر حضانت کودک برای پدر و مادر تکالیف و وظایفی مخصوصی معین نموده اند.

واژگان کلیدی: ادله اثبات جرایم جنسی، اقرار، انکار، شهادت، ادله علمی.

طبقه بندی JEL: فقه - حقوق - جزا و جرم شناسی - حقوق بین الملل - حقوق خصوصی



## ۱- مقدمه

یکی از مهمترین اهداف حقوق خانواده تقویت نهاد مقدس خانواده و پاسداری از قداست و حفظ و بقای آن و نیز حمایت از مادران و فرزندان پس از جدایی از شوهر یا خانواده در اثر فوت و . . . یا طلاق است. به موجب اصل ۲۱ قانون اساسی، قانون باید از مادران در دوران بارداری و حق حضانت، حمایت کند و نیز در صورت نبودن ولی شرعی، قیمومیت فرزندان به مادران شایسته سپرده شود.

طلاق والدین، مجموعه وسیعی از تغییرات و سازماندهی‌های مجدد را در خانواده ایجاد می‌کند که در طول زمان بر سازگاری<sup>۱</sup> کودک تأثیر می‌گذارند. در این میان یکی از اصلی‌ترین قربانیان این تصمیم والدین، همین کودکان هستند. بنابراین در همین زمینه قانونگذار کشورمان در قوانین متفاوت به بحث حمایت از کودکان پرداخته که یکی از قوانین مهم، قانون حمایت خانواده است. یکی از نقاط قوت قانون خانواده جدید تأکید بر بحث سرپرستی کودکان در لایه‌های مواد این قانون است، زیرا ماده ۴ قانون جدید حمایت خانواده در اشاره به صلاحیت دادگاه‌های خانواده بحث حضانت کودکان را نیز مطرح کرده و این بحث در مواد بعدی قانون جدید حمایت خانواده نیز اشاره شده است.

مطابق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده دادگاه ضمن رأی خود در مورد چگونگی حضانت و نگهداری اطفال و نحوه پرداخت هزینه‌های حضانت و نگهداری تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند. باید اضافه کرد که مطابق قانون جدید حمایت خانواده، همچنین دادگاه مکلف است که در این مواقع با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند. (حضانت در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱).

در زندگی مشترک، زن و شوهر باید به صورت مشترک و با تشریک مساعی در نگهداری، تربیت طفل و حضانت او کوشا باشند اما در صورتی که در دوران زندگی مشترک درباره نگهداری و تربیت طفل بین پدر و مادر اختلافی ایجاد شود، با توجه به حکم ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی که ریاست خانواده را از خصایص شوهر دانسته است، به نظر می‌رسد در موارد اختلاف، نظر شوهر باید مراعات شود. البته در هر صورت در موضوع حضانت، اصل رعایت مصلحت کودک است. بنابراین اگر رویه پدر در تربیت و نگهداری از طفل به مصلحت وی نباشد، هریک از نزدیکان او از جمله مادر می‌تواند در این مورد به دادگاه مراجعه کند (حضانت در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱).



جوهری گفته است: حضن الطائر بیضه بحضنه یعنی پرنده تخمش را زیر بالش گرفت. و جمله «المرأة اذا حضنت ولدها ای التي تقوم علیه فی تربیته.» یعنی زن برای تربیت فرزندش برخاست (جوهری، کلمه حضن).

طریحی گفته است: حضانت اسم مصدر است و عبارت است از ولایت بر کودک و دیوانه، برای تربیت او و انجام دادن کارهایی که به مصلحت اوست و نگهداری کودک و قرار دادن او در رختخواب و شستشو دادن و حمام کردن و شانه زدن و انجام دادن همه کارهایی که به مصلحت کودک است، غیر از شیردادن (طریحی، ج ۱، ص ۵۳۲).

به هر حال، معنی اصلی حضانت در لغت در آغوش گرفتن و به پهلوی گرفتن است و از آنجایی که نگهداری و تربیت کودک با در آغوش گرفتن همراه بوده است، بدان حضانت گفته‌اند.

### ۳.۱- حضانت در اصطلاح:

در اصطلاح فقه، حضانت عبارت است از: سلطنت و ولایت بر تربیت کودک و آنچه مربوط بدان است؛ مانند حفظ کردن کودک، قرار دادن او در بستر، سرمه کشیدن، پاکیزه کردن، شستن لباس کودک و ... (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۲۸۳؛ شهید ثانی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۵۸۲؛ شهید ثانی، ۱۳۷۳، ج ۵، ص ۴۵۸).

برطبق تعریف بالا، حضانت نوعی ولایت و سلطنت است که در سایه آن، تربیت کودک بر آن فرد واگذار شده است و چون حضانت نوعی ولایت است، احکام ولایت بر آن جاری خواهد بود که از جمله آن این کار است که قابل اسقاط نباشد.

در اصطلاح حقوق: حضانت به معنی نگهداری و تربیت کودک است. برخی از حقوق‌قدانان گفته‌اند: نگهداری و تربیت طفل را در اصطلاح حقوق اسلام حضانت گویند. نگهداری طفل عبارتند از به کاربردن وسایل لازمه برای بقاء و نمو، بهداشت جسمی و روحی

## ۱: تعریف مفاهیم و اصطلاحات

### ۱.۱- مفهوم حقوق کودک

تعریف دوره کودکی یکی از موضوعات مهم و جالب توجه در بررسی مسایل کودکان است، دلیل این امر هم آن است که نهادها و قوانین مختلف، تعاریف گوناگونی از دوره کودکی ارائه داده‌اند، که رایج تعاریف و ملاک‌های گوناگون نه تنها در ایران و کشورهای کمتر توسعه یافته بلکه در کشورهای پیشرفته هم امر برنامه‌ریزی برای این قشر را با مشکل اساسی روبرو کرده است.

از دیدگاه حقوقی کودک یا صغیر به کسی گفته می‌شود که از نظر سن به نمو جسمی و روانی لازم برای زندگی نرسیده باشد (عبادی، ۱۳۹۲، ص ۵). چون حیات واقعی کودک با تولد آغاز می‌شود، لذا دوران کودکی هم با تولد شروع می‌شود.

کنوانسیون حقوق کودک در ماده (۱) خود کودک را چنین تعریف می‌کند: منظور از کودک افراد انسانی زیر ۱۸ سال است، مگر آنکه طبق قانون قابل اجرا در مورد کودک، سن بلوغ کمتر تشخیص داده شود (آقا بیگلویی و دیگران، ۱۳۸۰، ص ۱۳).

منظور از «حقوق کودک» هم حقوقی است که کودک به مناسبت خردسال بودنش دارد و یا از آن محروم است؛ بنابراین آن قسمت از قوانین که سن افراد تأثیری در آنها نداشته باشد و در مورد همه اعم از خردسال و بزرگسال اجرا می‌شود در محدوده حقوق کودک نمی‌گنجد (عبادی، ۱۳۹۲، ص ۶).

### ۲.۱- حضانت در لغت و اصطلاح

حضانت در لغت: به معنی جانب، پهلوی، کنار، پروریدن و نگهداری کردن و در آغوش گرفتن و بغل کردن است.



رجحان پدر بر مادر، یا مادر بر پدر را مطرح کرده‌اند. لذا در شیردادن، مادر بر پدر برتری دارد، ولی در برخی موارد، پدر بر مادر برتری خواهد داشت. افزون بر آن، شیردادن که نمونه‌ای از حضانت است، بر مادر واجب نیست و مادر می‌تواند آن را ساقط کند و در برابر آن، اجرت دریافت کند (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۲۸۳). جدای از آن، صاحب ریاض بر حق بودن حضانت تصریح کرده است (طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۱۲، ص ۵۲۲).

به نظر می‌رسد، حضانت نوعی مسئولیت است که قانونگذار اسلام آن را به افرادی داده است تا در سایه آن، حق کودک اداء شود. به عبارت دیگر در حضانت سه مسئله مطرح است.

الف: حضانت‌کننده ب: حضانت شونده ج: مورد

#### حضانت

حضانت نسبت به مسئله اول (حضانت‌کننده) نوعی مسئولیت و تکلیف است که براساس قوانین و شرایطی تدوین شده است و از جمله آن شرایط این است که حضانت‌کننده باید شرایط لازم را دارا باشد. بدین جهت گاهی این شرایط در مادر است مانند شیردادن، و گاهی در پدر است، مانند نگهداری کودک بعد از دوره شیرخوارگی، پرداخت نفقه و... اما حضانت نسبت به حضانت شونده، (یعنی کودک) حق است؛ یعنی حق کودک است که حضانت او توسط افرادی که قانونگذار مشخص کرده است، انجام شود؛ زیرا قانونگذار کودک را آزاد و رها نیافریده است و نسبت به سرنوشت کودک اهتمام داشته است. در نتیجه، حضانت از طرفی مسئولیت و تکلیف، و از طرف دیگر حق است. مسئولیت و تکلیف آن نیز بطور مطلق و بدون قید نیست، بلکه دارای شرایطی است که قانونگذار مشخص کرده است و یکی از شرایط آن، شایستگی حضانت‌کننده است. در نتیجه اگر حضانت‌کننده شایستگی نداشته باشد، این مسئولیت از او گرفته شده و به فرد دیگری واگذار می‌شود. لذا مادر

طفل مانند دادن خوراک و پوشانیدن لباس پاکیزه، تمیز نگاه‌داشتن طفل به وسیله شستشو، گذاردن در تختخواب و... که سن طفل اقتضاء می‌کند؛ چرا که کودک در هر سنی به یک نوع سرپرستی نیاز دارد که متناسب با طبیعت او باشد (امامی، ۱۳۶۶، ج ۵، ص ۱۸۸).

براین اساس، حضانت عبارت است از نگهداشتن کودک، مواظبت و مراقبت از او و تنظیم روابط او با خارج، با رعایت حق ملاقات برای خویشان نزدیک کودک. بنابراین حضانت بیشتر ناظر به حمایت جسمی از کودک است، هرچند حمایت روحی و اخلاقی طفل مورد نظر حقوقی اسلام و حقوق جدید بوده است. (صفائی، ۱۳۷۷، ص ۳۳۱).

#### ۲: حضانت حق است یا تکلیف

اینکه حضانت حق است یا تکلیف، در بین فقها اختلاف نظر است. از تعریف بسیاری از فقهای شیعه، چون شهیدین (شهید اول و شهید دوم) فهمیده می‌شود که حضانت تکلیف است (شهید ثانی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۵۸۲). زیرادر تعریف حضانت گفته‌اند: حضانت نوعی ولایت و سلطنت است که در سایه آن تربیت کودک به افرادی واگذار می‌شود. لذا وقتی حضانت نوعی ولایت و سلطنت باشد، حضانت تکلیف و حکم خواهد بود که از طرف قانونگذار اسلام به افرادی چون پدر، مادر و... واگذار شد. با این فرض وقتی حضانت تکلیف باشد، احکام تکلیف و حکم مانند عدم قابلیت اسقاط، عدم اخذ اجرت و جوب اجرای آن و... بر آن جاری می‌شود.

برخی از فقها معتقدند: «حضانت حق است نه تکلیف و قانونگذار اسلام آن برای افرادی مقرر نمود تا در سایه آن، به تربیت و نگهداری کودک بپردازند» (طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۱۲، ص ۵۲۲).

صاحب جواهر به این نظریه تمایل پیدا کرده و معتقد است: ادله‌ای که در مورد حضانت وارد شده است، دلالت بر تکلیفی بودن آن ندارد و از سوی دیگر برخی از ادله،



براساس شایستگی، تا سن ۷ سالگی نسبت به پدر رجحان دارد. بر این اساس، برطبق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نگاهداری طفل هم حق و هم تکلیف است.

## ۱.۲: آثار حق بودن حضانت

حضانت اقتضاء دارد که هم حق باشد و هم تکلیف. در حالی که حق ماهیتی غیر از تکلیف دارد. با توجه به ادله حضانت ثابت شده که حضانت از مقوله حق به معنی «منسب» است نه حق به معنی سلطه بر مال. از قبیل امتیاز و شایستگی والدین برای رسیدگی به امور فرزند است. با توجه به صلاحیت های انحصاری والدین شارع هم حق حضانت را به ایشان سپرده و هم اجازه افعال را به ایشان نداده است و این ها نتیجه منسب بودن حضانت (حق) که قابل اسقاط و واگذاری نیست) می باشد. منسب، امتیاز و شایستگی در صاحب منسب است و چون در بحث حضانت فقط والدین صلاحیت نگهداری از کودک را دارند شارع حق حضانت را به ایشان می سپرد. حال اگر والدین از قبول آن امتناع کنند حاکم پدر را اجبار می کند زیرا حضانت در استحقاق و شایستگی ولی طفل است. (پور عبدالله، ۱۳۹۲،)

اگر باز هم پدر نپذیرد، از باب حسب حاکم امور کودک را به عهده می گیرد و هم چنین کلیه عقود جایز شرعی نسبت به حق حضانت با صلاح دید صاحب منسب در حضانت والدین جایز است مگر آن که این انتقالات خلاف مصلحت کودک باشد. چرا که تشخیص صلاحیت حضانت در والدین هم به ملاک تامین مصلحت کودک بوده است. در خصوص اجرت حضانت برای مادر، استحقاق مادر برای دریافت اجرت حضانت با مانع تکلیف دانستن حضانت روبرو است. اما با منسب دانستن حضانت حق و اختیار داشتن نیز در آن راه می یابد. در نتیجه مادر موظف نبوده و از موقعیت و منسب مادری استفاده کرده است و خدمات وی مستحق

اجرت است. در خصوص هزینه حضانت نیز در صورت جدایی والدین و عهده داری مادر هزینه های حضانت که از قبیل نفقه نیستند، به عهده پدر است. زیرا مادر ولایت ندارد و مکلف به حضانت نمی باشد و صرفا به دلیل صلاحیتش دارای منسب حضانت شده است. مشهور فقهای امامیه برای حق، در مقایسه با حکم سه ویژگی بر شمرده اند:

الف: اسقاط پذیری حق ب: نقل پذیری حق ج: انتقال پذیری حق.

اولین و مهم ترین اثر ویژگی حق قابل اسقاط بودن آن است. بدین معنا که برای هر صاحب حقی اسقاط حقی می باشد. این ویژگی به عنوان یک قاعده فقهی از مسلمات فقهی است و مورد اتفاق فقهای متقدم و متاخر است و تردید در آن سزاوار نیست. علاوه بر این تصریح فقها را مبنی بر این که هر آن چه عنوان حق بر آن صادق باشد، قابل اسقاط است و هیچ حقی را نمی توان یافت که فاقد ویژگی باشد آوردیم. (فروغی، ۱۳۹۱، ۳)

دومین ویژگی که فقها برای حق ذکر نموده اند، این است که حق قابلیت نقل دارد و مقصود از نقل این است که صاحب حق می تواند، حق خود را به دیگری منتقل کند اعم از این که این نقل حق معوض باشد یا مجانی، بیع باشد یا صلح و یا عقود دیگر. قابل ذکر است که در زبان فارسی از این اصطلاح به انتقال نیز تعبیر می شود و گاهی اوقات این دو واژه به طور مترادف در تعبیر

«نقل و انتقال» به کار می رود و چنین تفکیکی در زبان و ادبیات حقوقی نیز ملاحظه نمی شود. اما در بحث آثار حق، ویژگی قابلیت نقل در برابر قابلیت انتقال به کار می رود و مقصود از نقل جابجایی حق به اسبابی مثل عقود است، در حالی که مقصود از انتقال نقل حق به اسباب قهری تملک نظیر ارث است. از مباحثی که در بحث نقل پذیری حق هست این جمع بندی به دست آمده



که آزاد (غیر برده)، عاقل، امین و قادر به نگاهداری طفل باشد و نیز اگر طفل مسلمان باشد شخص نامسلمان، اگرچه مادر باشد، نمی تواند حضانت او را عهده دار شود.

### ۱.۳: عقل

به طور طبیعی کسی که می خواهد نگاهداری و تربیت کودک را به عهده بگیرد باید از سلامت فکری و عقلی برخوردار باشد وگرنه مصالح کودک به خطر می افتد و فلسفه حضانت از بین می رود، چرا که مجنون قادر به انجام دادن تکالیف خود نیست تا چه رسد به سرپرستی دیگران، لزوم شرط عقل در حاضن و حاضنه یک حکم اجتماعی در فقه مذاهب پنجگانه است. قانونگذار فقط در مورد مادر این شرط را ذکر کرده ماده (۱۱۷۰) ولی بدیهی است که هیچ گاه نمی توان حضانت را به دیوانه واگذار کرد و از این لحاظ فرقی بین مادر و غیر او نیست.

برخی از فقها بین جنون اطلاق و ادواری در محرومیت از حضانت فرقی قائل نشده اند مگر آنکه عارضه جنون در مجنون ادواری به ندرت اتفاق افتد یا مدت آن کوتاه باشد، ولی برخی دیگر از فقهاء عقیده دارند که جنون ادواری حتی اگر زیاد اتفاق افتد به استناد اطلاق ادله مانع حضانت نیست.

قانون مدنی در ماده ۱۱۷۰ به شرط عقل تصریح کرده است و برخی از حقوقدانان میان مجنون ادواری و دائم تفاوت قائل نشده اند. فقهای اهل سنت نیز بر عاقل بودن سرپرست بچه اتفاق نظر دارند. (بدران، ۱۹۸۱، ۶۸)

### ۲.۳: بلوغ

بدیهی است که شخص نابالغ که خود نیازمند نگهداری است نمی تواند عهده دار حضانت شود. این شرایط با توجه به این که از شرایط عامه تکلیف است در مورد حضانت یک شرط اجماعی است و حضانت هم نوعی ولایت است، البته در

که درباره صورت های مذکور در کلام محقق نائینی و دیگران صورتی وجود ندارد که بین قابلیت نقل به غیر و قابلیت انتقال به ارث تفاوت باشد، فقط درباره صورت سوم در کلام نائینی یعنی حقوق قابل اسقاط و انتقال به ارث که غیر قابل نقل به غیر است مانند حق خیار. بحث در این بوده که آیا این حقوق قابل نقل به غیر می باشد یا خیر؟ که استدلال محقق نائینی مبنی بر منع و نقد امام خمینی (ره) آورده شده و در واقع کسی در قابلیت انتقال حق به سبب ارث مخالفتی ندارد و همه آن را جایز می دانند و اگر بحثی هست درباره نقل حق به غیر است. به همین دلیل است که در کتاب های فقهی بحث انتقال حق به ارث به طور جداگانه طرح نشده و معمولاً با بحث نقل پذیری حق تحت یک عنوان مورد بررسی قرار گرفته است.

علاوه بر خصوصیات سه گانه مذکور، برخی صاحب نظران ویژگی چهارمی را برای حق یا عنوان امکان تعهد به سلب حق بر شمرده اند که بر مبنای آن امکان تعهد علیه حق بر خلاف حکم وجود دارد. بدین معنا که صاحب حق می تواند به صورت تبرعی یا معوض متعهد شود که از حق خود استفاده نکند و این خلاف حکم است که امکان تعهد به سلب آن وجود ندارد. در واقع، مقصود از امکان تعهد به سلب حق، این است که اگر صاحب حق تعهد کند که حق خود را اعمال نکند این تعهد نافذ است در حالی که در حکم سلب آن توسط شخص نافذ نیست. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ۲۸۷)

### ۳: شرایط حضانت

شرایط حضانت شرایطی است که باید در شخصی که نگهداری طفل به او واگذار می شود وجود داشته باشد. شک نیست که حضانت را باید به کسی واگذار کرد که شایستگی و توانایی برای انجام این کار داشته باشد. در فقه امامیه حضانت طفل به کسی واگذار می شود



### ۴.۳: توانایی عملی

بدیهی است که نمی توان حضانت را به کسی که توانایی انجام آن را ندارد محول نمود. این نکته را از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز می توان استنباط کرد، چه به موجب این ماده، اگر در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی کسی که حضانت با اوست صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل به خطر بیفتد، دادگاه می تواند حضانت را به دیگری واگذار کند. پس معلوم می شود که در نظر قانونگذار توانایی بر مواظبت و نگهداری طفل شرط حضانت است. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۴۰)

### ۵.۳: شایستگی اخلاقی

این شرط نیز از شروط حاضن است زیرا کودک، از اخلاق کسی که حضانت را بر عهده دارد تاثیر می پذیرد و انحطاط اخلاقی حاضن تربیت کودک را به خطر می اندازد. بیشتر فقها با ذکر ضرورت امین یا معتمد و ثقه بودن حاضن به این شرط اشاره کرده اند. همچنین لزوم این شرط از ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی قابل استنباط است برخی دیگر از فقها از لزوم احراز عدالت حاضن سخن گفته اند و شماری از فقها ضرورت فاسق نبودن وی را متذکر شده اند. این شرط را برخی از فقها تحت عنوان عدالت و برخی فقها تحت عنوان امین بودن و فقهای اهل سنت با عناوین عفت، امانت، فاسق نبودن و... آورده اند. عده ای از فقها بدین استدلال که نگهداری طفل تنها به عواطف مادی نیاز دارد و عدالت لازم نیست شرط عدالت را نپذیرفته اند در خصوص شرط ایجابی عدالت یا سلبی فاسق نبودن حضانت کننده، فقها بیشتر به فلسفه حضانت توجه داشته اند نه به نص و دلیل شرعی خاص. (ابن عابدین، ۱۲۷۵، ۶۳۳)

### ۶.۳: عدم ازدواج با شخص دیگر

موردی که حضانت بر عهده پدر یا مادر باشد ذکر این شرط لازم نیست و شاید به همین دلیل، برخی از فقهاء شیعه آن را مطرح نکرده اند. ولیکن بر مبنای این که اهل سنت اصولاً زنان خویشاوند را در حضانت مقدم بر مردان می دانند این شرط معقول است مثلاً در صورت وجود عمه یا خاله نابالغ از یک سو و پدر یا جد پدری از سوی دیگر شرط بلوغ معنا پیدا می کند. (روشن، ۱۳۹۰، ۴۰۱)

### ۳.۳: اسلام

مطابق نظر فقهای امامیه، کافر نمی تواند حضانت طفل مسلمان را به عهده بگیرد، در تایید این نظر علاوه بر استدلال به نصوص برخی آیات و روایات می گویند: واگذار کردن حضانت کودک مسلمان، به کافر از لحاظ ایمان و حمایت اخلاقی برای او زیانبخش و خطرناک است. در حقوق ایران، قانونگذار اشاره ای به شرط اسلام نکرده است، لیکن با توجه به فقه امامیه و ملاک ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی که مربوط به وصی است و اصل ۱۶۷ قانون اساسی می توان گفت کفر حاضن مانع پذیرش حضانت است.

فقهای اهل سنت در مورد شرط اسلام، اختلاف نظر دارند. شافعیان و حنبلیان و برخی از مالکیان آن را پذیرفته اند، زیرا حضانت نوعی ولایت است و کافر نمی تواند ولی مسلمان باشد. حنفیان و برخی مالکیان نیز این شرط را تنها در مورد حضانت مرد پذیرفته اند، اما نظر آنان و بیشتر مالکیان در مورد زن حاضنه این است که مسلمان بودن حضانت کننده شرط نیست بلکه آن چه مهم است سرپرستی کودک و شفقت کردن به او است و دین و عقیده حاضن در این خصوص تاثیر ندارد. با این وجود احناف بر این نظرند که علی الرغم جواز حضانت زن کافره شرط نیست که زن مرتده نباشد، زیرا به نظر احناف، زن مرتده مستحق حبس می گردد، مگر اینکه پشیمان گردد یا در زندان فوت نماید. (الزحیلی، پیشین، ۷۶۰۲)



پیامبر اکرم (ص) در تفسیر آیه مذکور فرمود: «نهی الله تعالی عن الضرار و قدم فيه، فنهی الله أن يضار الولد فيتزع الولد من أمه إذا كانت راضیه بما كان مسترضعا به غیرها، و نهیت الولد أن تقذف الولد إلى أبيه ضرارا» خداوند در این آیه از ضرر و اقدام بر آن نهی کرد و لذا خداوند، پدر را از ضرر رساندن به مادر با گرفتن فرزند از او نهی نمود و مادر را نیز از واگذار کردن فرزند به پدر با هدف ضرر زدن به او بازداشت (طبری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۶۷۵).

ب: اجماع: بسیاری از فقها در مورد حضانت کودک ادعای اجماع کرده‌اند و معتقدند: به اجماع فقها، بر پدر و مادر واجب است، حضانت فرزند را برعهده داشته باشند و در این راه از هیچ کوششی دریغ نورزند (طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۱۰، ص ۵۲۲- نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۲۸۴، طبری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۶۷۴). لذا در اصل مسئله حق حضانت کودک هیچ تردیدی در بین فقها نیست و اگر اختلافی مطرح است، در مورد نگاهدارنده و حضانت کننده است، که نظرات مختلفی ارائه شده است.

ج: بناء عقلاء: روش عقلا عالم در تمام عصرها و دوره‌ها بر توجه به نگهداری کودک و حفظ و حراست از او و تهیه امکانات لازم برای رشد و نمو اوست و این روش در بین همه ملت‌ها و دین‌ها رایج است و حتی در دوره‌های ابتدائی نیز انسان‌ها از فرزندان خود نگهداری می‌کردند. این روش نه تنها در بین انسان‌ها، بلکه در بین تمام موجودات جاندار از حیوانات و پرندگان و آبیان و حشرات و... به حکم غریزی رایج است. از طرف دیگر قانونگذار اسلام نه تنها این روش را منع نکرده است، بلکه در آیات و روایات بسیاری این روش را ترویج کرده و شرایط و مقررات خاصی برای آن تدوین نموده است و افراد عهده‌دار این مسئولیت را مشخص کرده و مدت زمان حضانت و نگهداری را تعیین نموده است. همه این موارد،

این شرط در واقع شرط اختصاصی برای مادر حضانت کننده است که فقهاء امامیه با استناد به پاره از احادیث ازدواج کردن مادر کودک را با شخصی جز پدر او، ساقط کننده حق حضانت مادر دانسته‌اند برخی از فقهاء دلیل این حکم را اشتغال مادر به حقوق زوج دوم و در نتیجه باز ماندن او از نگهداری شایسته کودک دانسته‌اند. (طوسی، المبسوط/۱۳۱/۵) که مطابق ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی ایران مادر تا زمانی دارای حق حضانت است که شوهری دیگر اختیار نکرده باشد و ازدواج مادر با شخصی غیر از پدر طفل مانع حضانت است.

#### ۴: مبنای حضانت در حقوق ایران

فقهای اسلام، بر حضانت کودک به ادله بسیاری استناد کرده‌اند (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۳۱، ص ۲۸۴؛ ابن براج، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۴۲۶؛ طباطبائی، ۱۴۰۴، ج ۱۲، ص ۵۲۲). ما به مهمترین آنها اشاره می‌کنیم.

الف: قرآن کریم فرمود: «لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودُ لَهَا بَوْلِدِهَا» مادر به فرزندش ضرر نزند، و پدر نیز بیش از حد متعارف متضرر نشود (البقره/۲۳۳).

برخی از مفسرین گفته‌اند: منظور آیه شریفه این است که مادر مطلقه، نباید به علت خشم بر پدر، کودک را از شیر خود منع کند، تا به کودک آسیب برسد. زیرا مادر به فرزند، از زن بیگانه مهربان‌تر است. همچنین پدر نیز بر فرزند آسیب نزند (طبری، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۱۳). در برابر بعضی از مفسرین گفته‌اند: «منظور قرآن کریم این است که مادر نباید به فرزند ضرر برساند، بلکه باید تکالیف و وظایفی که بر دوش او است مانند شیر دادن و غذا دادن و نگهداری و غیره را به خوبی انجام دهد» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۲۵۷).



مؤید آن است که این روش مورد تأیید قانونگذار اسلام است و شک و تردیدی در آن نیست.

#### ۵: مقایسه حضانت در کشورهای اسلامی

مسئله تفاوت حقوق و مسئولیت های پدر و مادر در امر حضانت و ولایت کودکان در سنن مذهبی یکی دیگر از موضوعاتی است که می تواند مورد بحث قرار گیرد. درحالی که نگهداری کودک ، همان گونه که در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران نیز مورد توجه قرار گرفته ، هم حق و هم تکلیف برای پدر و مادری باشد، مسئولیت و حق ولایت تنها برعهده پدر یا جد پدری و بستگان ذکور کودک می باشد. درمقایسه با سنن حقوقی دیگر اقوام ، بعنوان مثال ، نظام حقوقی هیچ گونه وظیفه قانونی جهت ولایت کودک بروالدین تحمیل نمی نمود(گونسکر ، ۱۹۹۴، ص ۱۲۱).

سنت های اسلامی تحت حق ولایت ، یعنی در حوزه ای که پرداخت مخارج نگهداری کودک مطرح می باشد، به پدر اختیار دخالت در ابعاد مختلف زندگی فرزندان را اعطام کند که در ارتباط با دختران ، این اختیار در ارتباط با امر ازدواج تا پس از رسیدن او به سن بلوغ نیز ادامه می یابد. بعنوان مثال ، بر اساس نظر بیشتر علمای مسلمان ، ازدواج اول دختر می بایستی با اجازه پدر یا جد پدری صورت پذیرد.

#### ۱.۵: حضانت کودک در حقوق پاکستان

قانون پاکستان نیز شبیه موردی است که در گزارش دوم ایران ذکر شد، با این تفاوت که سن پسر هفت سال ذکر شده و برای دختر سن تعیین نگردیده ، بلکه زمان بلوغ ذکر شده است . با این وجود، تعیین سرپرستی با توجه به «منافع عالی کودک» ممکن است براساس تصمیم دادگاه تعیین گردد. گزارش پاکستان به کمیته در این زمینه اظهار می دارد: «در موارد طلاق و جدایی ، زمانی که موضوع سرپرستی کودکان مطرح می باشد، دادگاه همواره اهمیت را به «منافع عالی» و رفاه

کودک می دهد. براساس مقررات حقوق اسلامی ، آن گونه که در پاکستان اعمال می گردد، قانون کلی آن است که پسران تا سن هفت سال و دختران تا سن بلوغ تحت سرپرستی مادران هستند. به نظرم رسد بهتر است کودکان ذکور تا سن مذکور و کودکان اناث در بیشتر دوران جوانی تحت سرپرستی مادر باشند».

#### ۲.۵: حضانت کودک در حقوق اندونزی

در ارتباط با سرپرستی کودکان ، اندونزی برداشت دیگری از سنن مذهبی دارد؛ این کشور تفاوتی بین دختر و پسر از نظر سن قائل نیست ، اما به موضوع دیگری در سنن مسلمانان اشاره می نماید و آن سن ممیزی باشد. گزارش اندونزی اظهار می دارد: «بر اساس حقوق اسلامی ، که در رابطه با مسلمانان اعمال می گردد، به هنگام طلاق اگر کودک هنوز به سن دوازده سال ، یعنی به سن ممیز نرسیده است ، تحت حضانت مادر قرار می گیرد و پدر مسئول تأمین هزینه های روزانه و تحصیلات کودک می باشد. اما اگر کودک دوازده سال یا بیشتر، یعنی ممیز باشد، آزاد است تصمیم بگیرد تمایل دارد با مادر زندگی کند یا با پدر عمان ، با وجود حق شرط کلی خود، در ارتباط با این موضوع نه تنها به ضروریات سنن مذهبی هیچ اشاره ای نم کند، بلکه این گونه استنباط می نماید که با در نظر گرفتن منافع عالی کودک ، سرپرستی کودکان را در هر سنی می بایست به مادران سپرد.

#### ۳.۵: حضانت در حقوق افغانستان

در قانون مدنی افغانستان در مورد حضانت کودک این گونه بیان شده است که حضانت حق مادر است. ولی قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۹ این چنین مقرر داشته که «برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت و پس از انقضای این مدت، حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود. مدت حضانت در



با یکی از محارم طفل مثل عمو وی ازدواج نماید و یا معتده او باشد، از اجرت حضانت طفل برخوردار می‌گردد. طبق ماده ۲۴۶ قانون مدنی افغانستان هرگاه شخصی که مکلف به پرداخت اجرت حضانت است، معسر گردد به طوری که قادر به پرداخت اجرت حضانت نباشد و یکی از محارم طفل، حضانت او را به صورت تبرعی برعهده گرفته باشد در این صورت محرم طفل مخیر است که به صورت تبرعی حضانت را ادامه دهد و یا حضانت طفل را به شخص متبرع دیگری واگذار نماید، که البته این کار از طریق محکمه صورت می‌گیرد.

در ماده ۲۴۷ قانون مدنی افغانستان آمده است در صورتی که شخص مکلف به اجرت حضانت، معسر باشد ولی خود طفل، دارایی و ثروت داشته باشد در این صورت طفل در مقابل اجرت المثل به مادر تسلیم می‌گردد. حتی اگر اجرت حضانت از دارایی طفل پرداخت گردد.

به موجب ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی ایران، هزینه حضانت به عهده پدر و در صورت فوت او با مادر است. تکلیف پرداخت هزینه‌های نگهداری کودک در صورتی ایجاد می‌شود که او از نظر مالی نیاز به آن داشته باشد، بطور معمول، کودک ثروتی ندارد که او را از کمک پدر و مادر بی نیاز سازد ولی هرگاه چنین نباشد، مخارج لازم از اموال او پرداخته می‌شود و پدر مادر به پرداختن هزینه های اضافی اجبار نمی شود. (کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۴۸)

موانع یا موارد سقوط حق حضانت در قانون افغانستان: اگر والدین به تکالیف خود عمل نکنند یا از حدود اختیارات خود خارج شوند، آیا می‌توان به آنها همچنان اعتماد کرد و طفل را در اختیار آنها گذاشت؟ اگر پدری در تأدیب فرزند، از میزان مقرر پا را فراتر گذاشت و یا در نگهداری او کوتاهی کرد و... آیا می‌توان سرپرستی را از او گرفت؟ ذیلاً مواردی که می‌توان پدر یا مادر را از حق حضانت محروم کرد به اختصار بیان می‌شود:

حقوق افغانستان : در حقوق مدنی افغانستان و براساس ماده ۲۴۹ بین پسر و دختر تفکیک قایل شده و سن ۷ سال برای پسر و ۹ سال تمام را برای دختر پایان مدت حضانت برگزیده است.

قانون مدنی افغانستان نیز حاضن را مستحق اجرت حضانت می‌داند و در ماده ۲۴۴ بیان می‌دارد: «اجرت حضانت غیر از اجرت رضاع و نفقه بوده و پدر طفل به پرداخت آن مکلف می‌باشد. در صورتی که طفل مالک دارایی شخصی باشد، این اجرت از دارایی وی پرداخته می‌شود. مگر این‌که پدر تبرعا آن را بپردازد». قانون مدنی در این ماده چند نکته را بیان می‌کند: اولاً، برای حضانت اجرت قایل شده و آنرا غیر از اجرت شیر دادن طفل و نفقه می‌داند. ثانیاً، پدر کودک مکلف به پرداخت اجرت حضانت است،

در صورتی که طفل مالک دارایی باشد در این صورت اجرت حضانت از دارایی طفل پرداخته می‌شود. البته در این صورت پدر می‌تواند از دارایی خویش به صورت تبرعی اجرت حضانت را بپردازد.

پس قانون مدنی افغانستان در این ماده به صراحت برای حضانت اجرت در نظر گرفته و شخص حاضن را مستحق دریافت آن می‌داند. و پدر طفل مکلف به پرداخت اجرت حضانت می‌داند.

همچنین طبق بند اول ماده ۲۴۵ قانون مدنی افغانستان مادر تا هنگامی که زوجه‌ی پدر طفل باشد و یا در عدت طلاق رجعی قرار داشته باشد چون از نفقه‌ی نکاح و یا از نفقه عدت استفاده می‌کند مستحق اجرت حضانت نیست و نمی‌تواند اجرت حضانت را مطالبه نماید. در بند دوم این ماده ذکر شده است: «در صورتی که در عده طلاق باین بوده یا با شخصی که محرم طفل است ازدواج کرده و یا معتده او باشد، مستحق اجرت حضانت می‌گردد». پس در صورتی که مادر طفل در دوره عده طلاق باین باشد و یا



**الف: جنون:** حق حضانت برای هر یک از مادر و پدر در صورتی است که قدرت اعمال آن را داشته باشد. بنابراین هرگاه در مدتی که مادر حق حضانت طفل را دارد - دو سال در پسر و هفت سال در دختر- دیوانه شود، چون قادر به نگهداری و تربیت طفل نیست و چه بسا او را در وضعیت خطرناکی قرار دهد، حق حضانت مادر، ساقط می‌شود و پدر این حق را خواهد داشت. این مطلب در ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا ذکر شده است. جنون پدر نیز در حکم جنون مادر و سبب سقوط حق حضانت می‌شود. (کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۲، ص ۱۵۸). در این صورت حضانت طفل تا سن بلوغ بر عهده مادر می‌باشد و این مطلب مستنبط از ماده ۱۱۶۸ و ۱۱۶۹ و وحدت ملاک ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا می‌باشد. و مقصود از جنون در ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا اعم از جنون ادواری و دائمی است؛ مگر این که جنون استمرار نداشته باشد و یا چنان زود گذر و نادر باشد که در عرف نتوان شخص را دیوانه نامید و به هر حال مصلحت طفل باید مد نظر قرار گیرد. (همان).

**ب: ازدواج مجدد:** هرگاه پس از طلاق، مطابق قانون، مادر عهده دار حضانت طفل خود باشد و در این دوره، شوهر دیگری انتخاب کند، مطابق ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا حق حضانت او ساقط می‌شود و حضانت با پدر خواهد بود. به عبارت دیگر شوهر کردن مادر، حق تقدم او را نسبت به پدر از بین می‌برد، اما در صورت فوت پدر، حضانت در هر حال با مادر است و شوهر کردن در آن اثر ندارد. و سقوط حق حضانت مادر در صورت حیات پدر است. و برخی عقیده دارند که قانون از این جهت ناقص است که ازدواج مجدد پدر طفل را موجب سقوط حق حضانت از طفل نمی‌داند، حال آن که رفتار نامادری با طفل نیز ممکن است سلامت و تربیت طفل را به خطر اندازد.

**ج: کفر:** کفر نیز مانع حضانت است، هر چند در قانون ایران و افغانستان بر آن تصریح نشده است. قرآن کریم در سوره نساء آیه ۱۴۱ می‌فرماید: «وَلَنْ يَجْعَلَ

اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» خدا هرگز برای کافران راهی [برای تسلط] بر مؤمنان نهاده است. حضانت طفل نوع تسلط بر طفل خواهد بود. بنابراین اگر مرد مسلمانی با زن مسیحی ازدواج کند و پس از بچه دار شدن زن و شوهر از هم جدا شوند، حضانت با پدر است.

#### ۴.۵: حضانت فرزند در حقوق چین

طبق قانونی که در سال ۱۹۸۰ در چین تنظیم شد وضعیت فرزندان و نگهداری از آنها این گونه است:

ماده ۲۹: ارتباط بین فرزندان با پدر و مادر پس از طلاق پایان نمی‌یابد. پس از طلاق خواه با پدر یا مادر زندگی کنند، فرزندان هر دوی آنها خواهد بود و هر دو حق آموزش و پرورش آنها را دارند. پس از طلاق اگر فرزند شیر خواره باشد به مادر تحویل داده می‌شود و در غیر این صورت در مورد نگهداری فرزند باید والدین به توافق برسند و در صورت عدم توافق دادگاه خلق با توجه به حقوق و منافع کودک و شرایط عینی والدین، به قضاوت می‌نشیند.

ماده ۳۰: پس از طلاق در صورتی که کودک نزد یکی از والدین بماند دیگری باید کل یا بخشی از هزینه‌های آموزش و مایحتاج زندگی وی را تامین کند. آن دو باید در مورد میزان پرداخت این هزینه‌ها به توافق برسند و گر نه دادگاه قضاوت خواهد کرد.

ماده ۳۱: در زمان طلاق زن و شوهر باید در مورد دارایی‌های خویش به توافق برسند و در صورت عدم حصول توافق، دادگاه خلق با توجه به شرایط واقعی دارایی آنان و نیز در نظر گرفتن حقوق و منافع «زن و فرزندان» قضاوت خواهد کرد.

ماده ۴۵ تصویب شده در ۱۹۹۲ تصریح می‌کند: زن و شوهر باید مسوول مراقبت از فرزندانشان باشند. در شرایطی که مرد فوت کرده است یا ناتوان است یا تحت هر شرایط دیگری نمی‌تواند مسوولیت داشته باشد،



## ۶: ملاحظات کمیته حقوق کودک نسبت به حضانت کودک

کمیته حقوق کودک در ملاحظات پایانی خود در ارتباط با گزارش های پاکستان، مصر و عربستان سعودی، نگرانی خود را در ارتباط با موضوع سرپرستی فرزندان به هنگام طلاق در قوانین خانواده این کشورها اعلام داشته است. بنا به نظر کمیته، قوانین این کشورها که سرپرستی کودکان بیش از آنکه در جهت منافع عالی کودک تعیین گردد، بر اساس سن کودک مشخص می شود، تبعیضی بر علیه مادران می باشد.

سیاست عمومی نهادهای مبتنی بر معاهدات سازمان ملل متحد آن است که از کشورهای دارای حق شرط خواستار بازپس گیری حق شرط هایشان شوند. در پیگیری این سیاست، کمیته مداوماً کشورهای مسلمان را تشویق کرده است که کلیه حق شرط های خود را مورد تجدید نظر قرار داده یا آنها را بازپس گیرند.

بر اساس ماده ۵۱ پیمان نامه حقوق کودک «حق شرطی که با هدف و مقصود پیمان نامه حاضر مغایرت داشته باشد، مجاز نیست». دو نمونه از حق شرط های کشورهای مسلمان توسط کمیته این گونه توصیف شدند که احتمالاً بر هدف و مقصود پیمان نامه تأثیرگذاری باشند؛ اول: حق شرط تونس به ماده ۲ پیمان نامه است که کمیته در ارتباط با هر دو گزارش ادواری تونس، این نگرانی را ابراز داشته است: «حق شرط وارده به ماده ۲، نگرانی در مورد تطابق آن با هدف و مقصود پیمان نامه را ایجاد می نماید.» ۴۳؛ دوم: در ارتباط با حق شرط های کلی است که بر معاهده وارد شده است. در این زمینه کمیته ابراز نگرانی نموده است که حوزه گسترده این حق شرط ها ممکن است بر اعمال حقوقی که بر اساس مواد پیمان نامه تضمین شده اند، تأثیرگذار باشد و در مطابقت با هدف و مقصود معاهده ایجاد سؤال نماید.

هیچ کس نباید در حق قیمومیت مادر مداخله کند. (شالوده، ۱۳۷۷، ۱۹۷)

نصراً، جهانگیر. قوانین و مقررات خانواده، نشر دوران، ۱۳۸۳

## ۵.۵: حضانت کودک در حقوق بریتانیا

در حقوق بریتانیا در شرایط عادی زمانی که زن و شوهر باهم زندگی می کنند، پدر و مادر اطفال مسئولیت نگهداری و سرپرستی آن را برعهده دارند و در صورت قصور، مسئولیت دارند. در شرایط غیر عادی یعنی حالتی که پدر و مادر جدای از هم زندگی می کنند یا یکی از آنها فوت نموده، نگهداری و سرپرستی اطفال تابع شرایط و احکام خاصی است.

در حالتی که پدر و مادر، جدا از هم زندگی می نمایند، مادر نسبت به نگهداری کودک اولویت دارد. و اگر مادر فوت شود اولویت با پدر می باشد در حالتی که هیچکدام وجود نداشته باشند یا شرایط لازم را نداشته باشند اولویت با پدر بزرگ و مادر بزرگ کودک می باشد. (

Gaffney, 2012.72)

البته برای مراقبت از کودک، در شرایط فوق، نیاز به مجوز خاص از محاکم ذیصلاح، یعنی دادگاه و مراکز خاص امور کودکان است. بدین گونه که متقاضی سرپرستی و نگهداری کودک باید درخواست کرده باشند، توانایی لازم را داشته باشند و بتوانند مراجع فوق را در خصوص مجوز نگهداری کودک اقناع کند. بدیهی است در صورت عدم احراز شرایط لازم از قبیل: علاقه کافی، توانایی مالی و صلاحیت فردی و غیره در شخص متقاضی، وی حتی پدر و مادر و پدر بزرگ و مادر بزرگ کودک هم باشند درخواست وی رد می شود. لازم به ذکر است مهمترین اصل برای نگهداری کودک، رفاه و آسایش وی می باشد. (

barton. 2012.73)



الف: پیرامون سنت های ناهماهنگی که در جهت اجرای پیمان نامه ،مانع بشمارآمده اند، کمیته در ارتباط با گزارش های مختلف کشورها، سیاستی چند بعدی در پیش گرفته است که از مهمترین این برنامه ها عبارت اند از: الف: کمیته پیشنهاد نموده است دول مورد نظر جهت چاره جویی در ارتباط با سنن ناهماهنگ ، رویه دیگر کشورهای مسلمان را که در زمینه مذکور،موفق عمل نموده اندمورد توجه قرار دهند. به طور نمونه ، کمیته در ارتباط بامصر و عربستان سعودی با عبارتی مشابه درخواست نموده است که این کشورها رویه اجرایی دیگر کشورهای مسلمان را که در تطابق حقوق بینادین بامتون اسلامی موفقیت داشته اند،مورد توجه قرار دهند. ب: کمیته کشور های مسلمان را تشویق می کند تا برای یافتن راه حل هایی برای مطابقت سنت های ناهماهنگ بامفاد پیمان نامه، با یکدیگر به تبادل اطلاعات بپردازند و در این زمینه جلساتی را تشکیل دهند. (هاشمی اردستانی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۰-۱۰۲).

### نتیجه گیری

کودکان در هر کشوری به توجه و مراقبت خاص نیاز دارند؛ نخست از این نظر که ناتوانند و توان دفاعی اندکی دارند و دوم از این جهت که کودکان امروز، بزرگسان فردا و آینده سازان اند. حقوق کودک در قوانین کشور های

اسلامی شامل حقوق مالی و حقوق غیر مالی ( معنوی) می شود؛ از مهمترین حقوق معنوی کودک حق حضانت می باشد. درمقایسه با دورانِ اخیرِ جوامع اروپایی ، روش های مراقبت از کودکان در تاریخ میانه اسلامی توجه بسیار بیشتری به نیازهای کودکان مبذول می داشت. در واقع ، کشورهای مسلمانان با برخورداری از تعالیم و اصول عالیه انسانی و اخلاقی در حمایت ازافشار آسیب پذیر، بویژه کودکان و با توجه به میراث عظیمی که تمدن اسلامی در حمایت از حقوق این افشار برجای نهاده بود، جملگی به پیمان نامه حقوق کودک ملحق شدند. از سوی دیگر، به نظرمی رسد حتی بامعیارهای مدرن امروزی ، اکثر سنت های حقوقی مسلمانان ، یا نقش موثری در حمایت از حقوق کودکان دارند و یا اینکه حداقل باآنهاغایرتی ندارند. براین اساس ، به نظر می رسد حضانت نوعی مسئولیت است که قوانین کشور های اسلامی آن را به پدر و مادر داده است تا در سایه آن، حق کودک اداء شود. زیرا اگر کودکان از مراقبت و حقوق کافی برخوردار نباشند؛ نمی توانند در سایه این حقوق از سلامت روحی و جسمی برخوردار شده و حضوری مفید در جامعه بشری داشته باشند فلذا در تمام قوانین کشور های اسلامی به مسئله حضانت توجه زیادی نموده اند اما در قوانین کشور های اسلامی تمایز زیادی بین پدر و مادر در امر حضانت است که مقررات ویژه ای را در ارتباط با سرپرستی کودکان دختر و پسر، توسط پدر ومادر تعیین نموده است . براساس این سنت ها، ظاهراً در هنگام جدایی زن ومرد،معیار اصلی در تعیین سرپرست برای کودک ، سن طفل می باشد که حتی نسبت به کودک دختر و پسر هم تمایز هست؛ به



- شهید ثانی، زین الدین (۱۳۷۳). «الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة»، قم: موسسه اسماعیلیان.
- صدوق، محمد بن علی بن حسین بابویه قمی (۱۴۱۰). «من لا یحضره الفقیه»، تحقیق سید حسین موسوی خراسانی، تهران: دارالکتب الاسلامیه تهران.
- طباطبائی، سید علی (۱۴۰۴). «ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة»، قم: مؤسسه آل البیت للطباعة والنشر.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۸). «مجمع البیان»، تحقیق سید هاشم رسولی محلاتی، بیروت: دارالمعرفه.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۸). «جامع الجوامع»، قم: موسسه نشر اسلامی.
- طبری، محمد بن جریر (۱۴۱۵). «جامع البیان فی تفسیر القرآن»، بیروت: دارالفکر.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۶۵). «تهذیب الاحکام»، تصحیح محمد آخوندی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- عبادی، شیرین (۱۳۹۲). «حقوق کودک و نگاهی به مسائل حقوق کودکان در ایران متن کامل کنوانسیون حقوق کودک، مصوب ۱۹۸۹ و اعلامیه اجلاس جانی سران دولت‌ها برای کودکان ۱۹۹۰»، تهران: انتشارات روشنگران و مطالعات زنان، چاپ هفتم.
- قانون اقدامات تأمینی (مصوب ۱۳۳۹)، (مصوب ۱۳۷۰) و (مصوب ۱۳۸۴).
- قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲.
- قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۹۲.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۸). «الکافی فی الاصول والفروع»، تعلیق و تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۵). «جواهرالکلام فی شرح الالسلام»، ج دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- النجفی، محمدحسن (۱۳۸۵). «جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام»، تهران: نشر دارالکتب الاسلامیه.
- هاشمی اردستانی، کامران، (۱۳۸۷). «کشورهای مسلمان، حق شرط‌ها و ماده ۳ پیمان نامه حقوق کودک در مورد تبعیض، حقوق بشر، دوره سوم، شماره ۱، بهار و تابستان، از صفحه ۸۱ تا ۱۰۲».
- CRC, *General Comment No. 5* (General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child), CRC/GC/2003/5, Para. 12.
- *General comment No. 14* (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), Adopted by the Committee at its sixty-second session (14 January – 1 February 2013).
- Hetherington, E. M., & Kelly, J. (2002). *For better or worse*. New York: Norton.
- Jeremey, A. (2015). The temporal effects of divorces and separations on children's academic achievement and problem behavior. *Journal of Divorce and Remarriage*, 26, 25-42.
- Schaffer, R. (1977): *Mothering*. London: Fontanna/open books.
- Winnicott, D.W. (1968): *The Child, the Family and the outside World*. Harmondsworth: Penguin Books, 3rd ed.
- Goonesekere, Savitri, 'The Best Interest of the Child: A South Asian Perspective', in Philip Alston (ed.) *The Best Interests of the Child, Reconciling Culture and Human Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1994).
- Burton, Frances. 2010. *family law*. Publication of palgrave

عنوان نمونه در قانون ایران به هنگام جدایی والدین ، اگر طفل ذکور است ، تا دو سال تحت سرپرستی مادر باقی ماند و بعد از آن سرپرستی اش به پدر واگذار می شود و دختر تا سن هفت سالگی تحت حضانت مادر است. در قانون پاکستان سن پسر هفت سال ذکر شده و برای دختر سن تعیین نگردیده ، بلکه زمان بلوغ ذکر شده است و در سنن مذهبی یهودیان نیز اعتقاد بر این است تازمانی که کودک به شش سال برسد، به خصوص از نظر عاطفی به مادرش نیاز دارد.

### سپاسگزاری

از معاونت محترم پژوهشی به خاطر حمایت حمایت معنوی در اجرای پژوهش حاضر سپاسگزاری می‌شود. از آقای دکتر عبدالله علیزاده به خاطر بازبینی متن مقلله و ارائه نظرهای ساختاری تشکر و قدردانی می‌شود. از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود. نگارندگان بر خود لازم می‌دانند از آقای دکتر محمد رسول آهنگران به خاطر مطالعه متن مقاله حاضر و ارائه نظرهای ارزشمند سپاسگزاری نمایند.

### ۷- منابع

- ابن براج، قاضی ابی القاسم (۱۳۸۵). «المهذب»، قم: مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۰۵). «لسان العرب»، بیروت: دار احیاء التراث العربیه.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۶). «حقوق مدنی»، چاپ ششم، تهران: کتابفروشی اسلامی.
- حجتی کردی، احمد (۱۹۹۳). «الاحوال الشخصیه»، دمشق: جامعه دمشق.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴). «وسائل الشیعه الی تحصیلی مسائل الشرعیه»، تسحیح و تحقیق عبدالرحیم ربانی، بیروت: دارالاحیاء التراث العربیه.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۳۷). «فهرست نامه»، تهران: دانشگاه تهران.
- شادلو، شیده، سیمای زن در جهان (چین)، مرکز امور مشارکت زنان نشر برگ زیتون، ۱۳۷۷.
- حضانت در حقوق بریتانیا



Scientific Journal of Modern  
Jurisprudence and Law

Print ISSN: 2717- 1469  
Online ISSN: 2717 - 1477

Profile in ISC, SID, Noormags,  
Magiran, Ensani, GoogleScholar  
[www.jaml.ir](http://www.jaml.ir)  
forth Year, Issue 15  
, Pages 1-15

## Comparative study of child custody after divorce in the laws of Islamic countries

Dr Mohammad Hossein Alami

Assistant Professor of the Department of Fiqh and  
Fundamentals of Islamic Law, AlZahra University, Tehran, Iran..

Fariba taei

Doctoral student of jurisprudence and fundamentals of law,  
Mazandaran, Iran

### Abstract

Children's rights are one of the most important rights in the laws of Islamic countries, which include financial and non-financial (spiritual) rights; One of the most important spiritual rights of a child is the right to custody; For this reason, the issue of the rights and responsibilities of father and mother in the matter of custody and guardianship of children in religious traditions is one of the issues that have been discussed and challenged by jurists of different countries. This article, which is written in a descriptive-analytical method and applying the laws of Islamic countries, seeks to explain the right of custody in the laws of Islamic countries, and the issue that has caused a distinction between father and mother in the laws of Islamic countries in the matter of custody is that this Laws and traditions have defined special provisions regarding the guardianship of male and female children by father and mother. According to these traditions, apparently, when the parents are separated, the main criterion in determining the guardian for the child is the child's age. The results of this research show that the laws related to child custody among Muslim countries have tended to prioritize the "best interests of the child" and have set specific duties and responsibilities for parents regarding child custody.

**Key words:** evidence of sexual crimes, confession, denial, testimony, scientific evidence.

**JEL Classification:** Jurisprudence - Law - Criminal and Criminology - International Law - Private Law

---

\* Corresponding author: [faribataeie1994@gmail.com](mailto:faribataeie1994@gmail.com)