



فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین

Journal of Jurisprudence and Modern Law

Home Page: www.jaml.ir



سال انتشار	۱۴۰۵	شماره انتشار	دوره انتشار	صفحات	۱-۱۷
------------	------	--------------	-------------	-------	------

حضانة کودک پس از طلاق در حقوق ایران و فرانسه (با تاکید بر معیارهای نوین مصلحت کودک)

آقای مهیار صالحی و آقای دکتر حمید بذریاچ

دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج

دانشیار، عضو هیأت علمی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران.

چکیده

این پژوهش به بررسی تطبیقی نهاد حضانة در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه می‌پردازد تا ضمن تبیین مبانی فقهی و قانونی، چالش‌های موجود در مسیر تأمین مصلحت عالیة کودک پس از طلاق را شناسایی کند. سؤال اصلی تحقیق بر این محور استوار است که معیار تعیین‌کننده در واگذاری حضانة در صورت بروز اختلاف در حقوق ایران و فرانسه چیست؟ و مصلحت کودک چه جایگاهی در تغییر قواعد سنتی این دو کشور داشته است؟ روش تحقیق در این مقاله، توصیفی-تحلیلی با رویکرد تطبیقی است که با فحص در قوانین مدنی، آراء قضایی و دکترین حقوقی دو کشور به صورت کتابخانه‌ای انجام یافته است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که حقوق ایران از معیار صلب سن و جنسیت به سمت مصلحت قضایی حرکت کرده است، اما همچنان با محدودیت‌هایی در پذیرش حضانة مشترک مواجه است. در مقابل، حقوق فرانسه با جایگزینی اقتدار والدینی به جای حق حضانة و اولویت بخشیدن به حضانة مشترک، ثبات روانی کودک را محور قرار داده است. هر دو نظام حقوقی تحت تأثیر کنوانسیون حقوق کودک، به سمت حذف تدریجی امتیازات جنسیتی والدین پیش می‌روند و نتایج حاکی از آن است که قرابت فزاینده‌ای میان آراء قضایی دو کشور در اولویت‌بخشی به سلامت روان کودک مشاهده می‌شود.

واژگان کلیدی: حضانة، مصلحت کودک، طلاق، حقوق تطبیقی.

طبقه‌بندی: JEL: فقه - حقوق - جزا و جرم‌شناسی - حقوق بین‌الملل - حقوق خصوصی



Child Custody After Divorce in Iranian and French Law(With an Emphasis on Modern Criteria for the Best Interests of the Child)

Abstract

This research conducts a comparative study of the institution of child custody (*ḥaḍānat*) within the legal systems of Iran and France. It aims to elucidate the jurisprudential and statutory foundations of this institution while identifying the challenges involved in safeguarding the "best interests of the child" following a divorce. The central research question concerns the determining criterion for awarding custody in the event of a dispute under both Iranian and French law, and the role that the child's best interests have played in transforming the traditional rules in these two jurisdictions. The study employs a descriptive-analytical methodology with a comparative approach, utilizing library-based research to examine the civil codes, judicial precedents, and legal scholarship of both countries. The findings indicate that Iranian law has shifted from rigid criteria based on age and gender toward a judicial assessment of the child's best interests; however, it still faces limitations regarding the adoption of joint custody. In contrast, French law has replaced the concept of a "right to custody" with "parental authority" (*autorité parentale*) and prioritizes joint custody, placing the child's psychological stability at the core of the arrangement. Influenced by the Convention on the Rights of the Child, both legal systems are gradually moving away from gender-based parental privileges. Furthermore, the results reveal an increasing convergence in the judicial approaches of both countries, with a shared emphasis on prioritizing the child's mental well-being.

Keywords: Child custody, the best interests of the child, divorce, comparative law.



متن مقاله

را دوچندان می‌کند.

مسئله اصلی این پژوهش آن است که چگونه می‌توان میان حق طبیعی والدین برای نگهداری فرزند و حق بنیادین کودک برای برخورداری از بهترین شرایط رشد، توازن ایجاد کرد. کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ که هر دو کشور ایران و فرانسه به آن پیوسته‌اند، به عنوان یک چتر حمایتی بین‌المللی، معیار مصلحت عالی را به عنوان قطب‌نمای دادرسی‌های خانواده معرفی کرده است. با این حال، نحوه تفسیر این مصلحت در دادگاه‌های تهران و پاریس همواره یکسان نیست. این مقاله در صدد است تا با واکاوی تطبیقی، به این پرسش پاسخ دهد که حقوق ایران تا چه اندازه می‌تواند از الگوهای موفق همچون حضانت مشترک یا سن تشخیص در حقوق فرانسه الگوبرداری کند و در مقابل، نظام حقوقی فرانسه در مواجهه با چالش‌های فرهنگی و مذهبی خانواده‌های مهاجر، چگونه از اصول خود صیانت می‌کند. در واقع، هدف نهایی این نوشتار، فراتر از یک توصیف ساده قانونی، ارائه راهکارهایی برای اصلاح قوانین داخلی ایران به منظور کاهش تنش‌های ناشی از حضانت و ارتقای امنیت روانی کودکان پس از فروپاشی کانون خانواده است.

ماهیت حقوقی حضانت

واکاوی ماهیت حقوقی حضانت در پرتو دکترین ایران و فرانسه نشان‌دهنده یک تحول بنیادین از نگاه سلطه‌محور به نگاه حمایت‌محور است. در نظام حقوقی ایران، ماهیت حضانت بر مبنای پارادوکس ظریف میان حق و تکلیف شکل گرفته است. ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی با بیانی جامع، نگهداری اطفال را هم حق و هم تکلیف ابوبین دانسته است. این دوگانگی بدین معناست که از یک سو، والدین حق دارند از مداخله اشخاص ثالث در امر تربیت و نگهداری فرزند خود جلوگیری کنند و از سوی دیگر، ملزم هستند که این بار مسئولیت را به دوش بکشند. از منظر فقهی، دکترین

خانواده به عنوان بنیادین‌ترین نهاد اجتماعی، کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و هرگونه خلل در ارکان آن، پیامدهای جبران‌ناپذیری برای اعضای آن، به ویژه فرزندان، به همراه دارد. وقوع طلاق و جدایی، اگرچه پایان رابطه زوجیت است، اما هرگز به معنای پایان مسئولیت‌های والدینی نیست. در این میان، نهاد حضانت به عنوان سازوکاری حقوقی و حمایتی، وظیفه مدیریت زندگی مادی و معنوی طفل پس از جدایی والدین را بر عهده دارد. در حقوق ایران، حضانت با رویکردی فقهی-حقوقی در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی به عنوان حق و تکلیف شناخته شده است که نشان‌دهنده ماهیت دوگانه و مرتبط با نظم عمومی آن است؛ به این معنا که والدین نه می‌توانند از آن صرف‌نظر کنند و نه می‌توانند به سهولت از این حق محروم شوند. با این حال، قواعد سنتی حضانت در ایران که عمدتاً بر پایه تفکیک جنسیتی و سنین خاص (۷ سالگی) بنا شده بود، در سال‌های اخیر با چالش‌های جدی روبرو گشته و قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ با تأکید بر مصلحت عالی کودک، مسیر جدیدی را پیش روی قضات گشوده است.

از سوی دیگر، حقوق فرانسه به عنوان یکی از پیشروترین نظام‌های حقوقی در حوزه خانواده، تحولات شگرفی را پشت سر گذاشته است. با عبور از مفهوم سنتی سلطه پدری و حرکت به سمت اقتدار والدینی در اصلاحات سال ۲۰۰۲، قانون مدنی فرانسه (Code Civil) حضانت را از یک امتیاز یا برتری برای یکی از والدین، به یک مسئولیت مشترک و مستمر تبدیل کرد. در نظام حقوقی فرانسه، هدف اصلی تضمین تداوم رابطه کودک با هر دو والد است، مگر آنکه دلیلی قاطع بر خلاف مصلحت طفل وجود داشته باشد. این تفاوت رویکرد، یعنی تمرکز بر قواعد نوعی در ایران و قواعد شخصی‌سازی شده در فرانسه، ضرورت یک مطالعه تطبیقی عمیق



مالوری و هوگ فولشیرون، این رویکرد تضمین می‌کند که کودک از حق داشتن هر دو والد حتی پس از گسست رابطه زوجیت بهره‌مند باشد و هیچ‌یک از والدین به یک ملاقات‌کننده صرف تبدیل نشود

(Malaurie & Fulchiron, ۲۰۲۳, p. ۱۰۲)

ژان کربونیه نیز در تحلیل این اقتدار، آن را نوعی وظیفه-قدرت می‌نامد که هدفش نه خدمت به صاحب حق، بلکه خدمت به موضوع حق (کودک) است

(Carbonnier, ۲۰۱۹, p. ۱۴۰)

در مقابل، در حقوق ایران با وجود تأکید بر مصلحت طفل، رویکردی یک‌جانبه‌گرا در مقام اجرا حاکم است. با سپردن حضانت به یکی از والدین، والد دیگر عمده‌تاً به حق ملاقات محدود می‌شود که در ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی پیش‌بینی شده است. در این سیستم، دایره دخالت و نظارت والد فاقد حضانت در امور جاری و روزمره طفل بسیار محدود است و او ابزار قانونی کارآمدی برای مشارکت در تصمیمات تربیتی فعال ندارد. سید حسین صفایی و اسدالله امامی در تبیین این چالش معتقدند که غلبه جنبه اجرایی حضانت در دست یکی از والدین، ممکن است منجر به انزوای والد دیگر و در نهایت آسیب به تربیت دوجانبه طفل شود؛ امری که ضرورت بازنگری در مفهوم حضانت و حرکت به سوی مسئولیت مشترک را در نظام حقوقی ایران بیش از پیش نمایان می‌سازد (صفایی و امامی، ۱۴۰۰، ص ۲۱۵).

معیارهای جنسیتی و سنی در واگذاری حضانت

تلاقی سنن فقهی و ضرورت‌های مدرن در نهاد حضانت، بیش از هر کجا در معیارهای واگذاری این حق-تکلیف تجلی می‌یابد و چالش‌های میان ثبات قانونی و مصلحت متغیر کودک را نمایان می‌سازد. در حقوق ایران، تعیین سن به عنوان اماره‌ای قانونی برای تشخیص صلاحیت، ریشه در

امامیه بر این باور است که در دوران رضاع، به دلیل وابستگی زیستی طفل به مادر، جنبه تکلیفی حضانت چنان غلبه‌ای دارد که حتی مادر نیز نمی‌تواند از آن استنکاف ورزد. اما با گذر از این دوره، تمایل دکتربین به سمت حق‌مداری متمایل می‌شود که نتیجه آن، امکان اسقاط یا واگذاری حضانت در توافقات طلاق است. با این حال، ناصر کاتوزیان در تحلیل خود، حضانت را فراتر از یک امتیاز خصوصی و آن را نهادی مرتبط با نظم عمومی قلمداد می‌کند؛ به باور ایشان، چون هدف از حضانت حمایت از ناتوان است، جنبه تکلیفی آن بر جنبه حق برتری مطلق دارد و در نتیجه، والدین نمی‌توانند با هیچ قرارداد یا توافقی، مصلحت کودک را نادیده گرفته و خود را به کلی از این مسئولیت معاف کنند، زیرا قواعد مربوط به حضانت از جمله قواعد آمره محسوب می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۴۸).

در نظام حقوقی فرانسه، این مفهوم مسیر متفاوتی را پیموده و از اصطلاح سنتی Garde که تداعی‌گر نوعی سلطه فیزیکی و مالکیت بر طفل بود، به سمت مفهوم مدرن اقتدار والدینی [۱] حرکت کرده است. این تغییر نه تنها در لفظ، بلکه در ماهیت حقوقی این نهاد با اصلاحات سال‌های ۱۹۷۰ و ۲۰۰۲ رخ داد. در دکتربین فرانسه، حضانت دیگر به معنای تصرف فیزیکی بر کودک نیست، بلکه مجموعه‌ای از وظایف و اختیارات قانونی است که صرفاً در راستای مصلحت عالی‌ه کودک [۲] اعمال می‌شود. طبق ماده ۳۷۱-۱ قانون مدنی فرانسه، اقتدار والدینی متعلق به پدر و مادر است تا امنیت، سلامت و اخلاق کودک را تضمین کنند. تفاوت بنیادین و درخشان حقوق فرانسه با ایران در تفکیک میان محل اقامت و اقتدار قانونی نهفته است؛ به طوری که حتی اگر پس از جدایی، کودک نزد یکی از والدین زندگی کند، والد دیگر به موجب اصل والدگری مشترک [۳] همچنان در تمامی تصمیمات کلان و سرنوشت‌ساز زندگی کودک از جمله مسائل آموزشی، درمانی و مذهبی شریک باقی می‌ماند. به تعبیر فیلیپ



ص ۱۹۲). با این حال، تعارض بنیادین میان این قاعده نوعی و مصلحت شخصی در موارد خاص، منجر به الحاق تبصره‌ای سرنوشت‌ساز به ماده ۱۱۶۹ شد؛ بر اساس این تبصره، دادگاه مکلف است در صورت بروز اختلاف پس از ۷ سالگی، مصلحت کودک را مقدم بر اماره قانونی سن بداند. ناصر کاتوزیان در تحلیلی دقیق بر این ماده معتقد است که این تبصره، ماهیت حکم را از یک حکم قطعی به یک اماره قابل ابطال بدل کرده است؛ به طوری که اگر در دادرسی ثابت شود که پدر فاقد صلاحیت اخلاقی، روانی یا امکانات لازم برای رشد طفل است، مصلحت عالی‌ه کودک اقتضا می‌کند که او علیرغم رسیدن به سن مقرر، همچنان تحت حمایت و نگهداری مادر باقی بماند، چرا که هدف غایی حقوق، حفاظت از ناتوان است نه اجرای خشک قواعد صوری (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۲۱۰).

در نقطه مقابل، حقوق فرانسه در مسیری کاملاً متمایز و با رویکردی فردگرایانه، معیار سن تقویمی را به طور کلی از ادبیات قانونی واگذاری حضانت حذف کرده است. در قانون مدنی فرانسه (Code Civil)، به‌ویژه پس از اصلاحات ساختاری مارس ۲۰۰۲، مفاهیم کمیته همچون سن جای خود را به مفاهیم کیفی مانند تداوم شرایط زندگی [۴] داده‌اند. مواد ۳۷۳-۲ تا ۳۷۳-۵ این قانون بر این اصل بنیادین استوارند که کودک نباید به دلیل گذر زمان یا رسیدن به عددی خاص در شناسنامه، دچار شوک جابجایی محیطی و گسست عاطفی شود. قاضی امور خانواده در فرانسه، به جای تکیه بر فرمول‌های پیش‌فرض، مکلف به انجام یک تحقیق موردی عمیق است و از ابزارهای علمی نظیر بررسی اجتماعی [۵] بهره می‌برد تا دریابد کدام یک از والدین در عمل، زمان، کیفیت و ثبات بیشتری را برای کودک فراهم کرده‌اند؛ فیلیپ مالوری و هوگ فولشیرون در این باره معتقدند که سپردن کودک به والد دیگر صرفاً به دلیل تغییر سن، بدون در نظر گرفتن پیوندهای ایجاد شده، نقض حقوق بنیادین کودک

خوانش‌های مشهور و سنتی فقه امامیه دارد که طی آن، مراحل رشد کودک به دوره‌های متمایز زیستی و تربیتی تقسیم می‌شود. پیش از اصلاحات سال ۱۳۸۲، ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی با یک تفکیک جنسیتی صلب، سن حضانت را برای پسر ۲ سال و برای دختر ۷ سال تعیین کرده بود؛ این رویکرد بر پایه این دیدگاه فقهی استوار بود که نیازهای تغذیه‌ای و عاطفی پسر زودتر از دختر به پایان می‌رسد و او باید سریع‌تر تحت نظارت پدر وارد مرحله جامعه‌پذیری و آموزش‌های عملی شود. اما با تصویب قانون اصلاح ماده ۱۱۶۹ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، سن ۷ سالگی برای هر دو جنس به عنوان مرز اولویت مادر تعیین شد که این تحول، نشان از غلبه نگاه روان‌شناختی و پذیرش نیازهای عاطفی پایدار کودک بر تقسیم‌بندی‌های صرفاً بیولوژیک گذشته داشت؛ سید حسین صفایی و اسدالله امامی در تبیین این تحول معتقدند که مقنن با این تغییر، گامی به سوی همسان‌سازی حقوقی برداشته و پذیرفته است که نیاز به شفقت مادری در سال‌های ابتدایی دبستان، برای هر دو جنس به یک اندازه حیاتی است (صفایی و امامی، ۱۳۹۹، ص ۱۷۴).

مبنای نظری این اولویت در نظام حقوقی ایران، بر نظریه شفقت و عطفوت مادری استوار است. از منظر اندیشمندان فقهی همچون سید مصطفی محقق داماد، در سال‌های نخستین زندگی، طفل بیش از هر چیز به مراقبت‌های فیزیکی و پیوند عاطفی عمیق نیاز دارد که مادر به حکم طبیعت و ساختار روانی خویش، در تأمین آن اولی و شایسته‌تر است؛ اما پس از عبور از مرز ۷ سالگی، قانون‌گذار با انتقال حضانت به پدر، بر جنبه ولایت، نظارت و حمایت اجتماعی تأکید می‌ورزد. در واقع، در پارادایم حقوقی ایران فرض بر این است که پدر به دلیل توانمندی در مدیریت امور اقتصادی و هدایت کودک در فضای عمومی جامعه، آمادگی بیشتری برای مدیریت دوران منتهی به بلوغ دارد (محقق داماد، ۱۳۹۷،



محسوب می‌شود

از منظر دکتربین حقوقی فرانسه، واگذاری حضانت بر مبنای جنسیت یا سن، نوعی تبعیض بیولوژیک و بازمانده تفکرات پدرسالارانه تلقی می‌شود که با اصل برابری والدین [۶] در تضاد مطلق است. ژان کربونیه تأکید می‌کند که ثبات روانی کودک در گرو حفظ محیط آشنا است؛ لذا اگر کودکی پیوند عمیقی با محیط زندگی فعلی خود پیدا کرده، رسیدن به سن خاص نباید بهانه‌ای برای انتقال او به محیطی غریب باشد، مگر آنکه مصلحت عالیله او به طور جدی در مخاطره قرار گیرد علاوه بر این، در نظام حقوقی فرانسه، توانایی هر یک از والدین برای احترام به رابطه کودک با والد دیگر و تسهیل این ارتباط، یکی از معیارهای اصلی احراز صلاحیت است؛ بدین معنا که اگر پدری بخواهد با جابجا کردن کودک، پیوند او را با مادر قطع کند، قاضی به دلیل عدم رعایت مصلحت عاطفی طفل و روح همکاری والدینی، با این انتقال مخالفت خواهد کرد، زیرا حق کودک بر داشتن هر دو والد بر هر حق دیگری مقدم است

(Terré & Fenouillet, ۲۰۲۱, p. ۱۳۶)

بنابراین، تقابل سنت و مدرنیته در این ساحت بدین گونه ترسیم می‌شود که حقوق ایران با حفظ نظم قانونی و پیش‌فرض‌های فقهی، به دنبال ایجاد بستری پیش‌بینی‌پذیر برای تصمیم‌گیری قضات است؛ هرچند که این قطعیت گاهی به قیمت نادیده گرفتن واقعیت‌های روان‌شناختی تمام می‌شود. در مقابل، حقوق فرانسه با پذیرش عدالت فردی و ترجیح رویکرد کارشناسی، تشخیص مصلحت را از چنگال اعداد رها کرده و به بررسی‌های میدانی منوط ساخته است. چالش کنونی حقوق ایران، عبور از صلبیت سن تقویمی به سمت مفاهیمی همچون سن تمیز و مصلحت واقعی و ملموس است تا بتواند در موارد استثنایی، انعطاف‌پذیری لازم را برای حفظ سلامت روان اطفال و جلوگیری از جابجایی‌های آسیب‌زا نشان دهد.

مصلحت عالیله کودک در رویه قضایی و قوانین حمایتی

مفهوم مصلحت عالیله کودک [۷] امروزه به عنوان قاعده طلایی و قطب‌نمای حقوق خانواده در نظامات مدرن شناخته می‌شود که تمام قواعد سنتی را تحت‌الشعاع قرار داده است. در حقوق ایران، این مفهوم طی دهه‌های اخیر از یک توصیه اخلاقی و انتزاعی به یک قاعده آمره حقوقی و بنیادین تغییر ماهیت داده است. نقطه عطف این تحول ساختاری، تصویب ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است که مقرر می‌دارد: رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و اجراییات آن‌ها الزامی است. این ماده قانونی در واقع یک اقتدار تفویضی به قضات دادگاه خانواده بخشیده است تا در تقابل میان مواد صلب قانون مدنی و واقعیت‌های متغیر زندگی طفل، دست به انتخاب اصلح بزنند. سید مرتضی قاسم‌زاده در تحلیل این دگردیسی معتقد است که مصلحت در نظام حقوقی ایران، از یک مفهوم ثانویه و حاشیه‌ای به یک اصل حاکم و برتر تبدیل شده است که ظرفیت آن را دارد تا حتی نصوصی همچون اولویت مطلق پدر بعد از ۷ سالگی را تخصیص زده و دایره شمول قواعد سنتی را به نفع سلامت روان کودک محدود نماید (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۸۲).

تجلی بارز این مصلحت‌گرایی در رویه قضایی ایران، در مواجهه با چالش‌های ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی مشاهده می‌شود؛ حکمی که طبق آن در صورت ازدواج مجدد مادر، حق حضانت او ساقط می‌گردد. با این حال، دیوان عالی کشور در آرای وحدت رویه و شعب مختلف با رویکردی پویا تأکید کرده است که این سقوط، بر خلاف ظاهر ماده، خودکار، مطلق و خلل‌ناپذیر نیست. به عنوان مثال، در مواردی که انتقال طفل به محیط زندگی پدر (به دلیل ابتلای وی به اعتیاد، بی بند و باری اخلاقی یا دوری مسافت) موجب عسر و حرج و آسیب‌های جبران‌ناپذیر برای کودک شود،



استثنا زدن بر قواعد اصلی به کار می‌رود؛ یعنی در ایران اصل بر رعایت سن و جنسیت است مگر آنکه خلاف مصلحت ثابت شود، اما در فرانسه، مصلحت خود اصل است و هیچ قاعده‌ای پیش‌فرض اولویت ندارد. ژان بوش در تحلیل تطبیقی این دو نظام خاطرنشان می‌سازد که حقوق فرانسه به سمت یک نظام دادرسی باز حرکت کرده، در حالی که حقوق ایران همچنان در تلاش برای ایجاد نوعی همزیستی میان نظم سنتی فقهی و ضرورت‌های نوین حمایتی قرار دارد.

علاوه بر این، در قوانین حمایتی فرانسه، مصلحت کودک با حق شنیده شدن [۱۰] پیوندی ارگانیک دارد. ماده ۳۸۸-۱ قانون مدنی فرانسه به کودک این حق را می‌دهد که در هر دادرسی مربوط به خود، شخصاً یا توسط وکیل مستقل اظهار نظر کند. این در حالی است که در حقوق ایران، اگرچه ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده به جلب نظر کارشناس اشاره دارد، اما حضور مستقیم کودک در فرایند دادرسی هنوز به طور کامل نهادینه نشده و عمدتاً به سن بلوغ شرعی احواله می‌شود. سید حسین صفایی و اسدالله امامی در این خصوص معتقدند که توسعه مفهوم مصلحت ایجاب می‌کند که قضات ایرانی نیز فراتر از سن بلوغ، سن تمیز را ملاک قرار داده و صدای کودک را در روند احراز مصلحت در نظر بگیرند (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۱۸۸).

نهاد حضانت مشترک

نهاد حضانت مشترک [۱۱] که به معنای تقسیم سازمان‌یافته زمان زندگی و مسئولیت‌های تربیتی طفل به طور متناوب میان والدین است، در حقوق خانواده مدرن به مثابه قلب تپنده حقوق کودک بر استمرار رابطه با والدین تلقی می‌شود. این تأسیس حقوقی، پارادایم سنتی برنده و بازنده در دعاوی حضانت را که طی آن یکی از والدین مغلوب و دیگری پیروز میدان می‌شد، به پارادایم پیشرو هم‌والدگری [۱۲] تغییر داده است. در

دادگاه با استناد به ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده، مصلحت واقعی را بر حکم ظاهری ماده ۱۱۷۰ مقدم داشته و حکم به ابقای حضانت نزد مادر ازدواج کرده صادر می‌کند. یدالله بازگیر در بررسی رویه قضایی متذکر می‌شود که این رویکرد نشان‌دهنده ابزاری شدن مصلحت برای تلطیف احکام فقهی و انطباق آن‌ها با ضرورت‌های گریزناپذیر اجتماعی است تا عدالت قضایی فدای قالب‌های پیش‌ساخته قانونی نگردد (بازگیر، ۱۳۸۲، ص ۷۶).

در نظام حقوقی فرانسه، مفهوم مصلحت [۸] از جایگاهی فرادستوری برخوردار است که ریشه در اسناد بین‌المللی دارد. دادگاه‌های فرانسه نه تنها به مواد ۳۷۳ قانون مدنی، بلکه مستقیماً به ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک سازمان ملل متحد استناد می‌کنند. رویه قضایی فرانسه، مصلحت کودک را در دو ساحت درهم‌تنیده مصلحت فیزیکی-مادی و مصلحت عاطفی-روانی تعریف می‌کند. از سال ۲۰۰۲ به بعد، دکترین حقوقی فرانسه بر این باور است که بزرگترین مصلحت برای کودک، تحقق حق برخورداری از هر دو والد [۹] در بالاترین سطح ممکن است. فیلیپ مالوری و هوگ فولشیرون تبیین می‌کنند که قاضی امور خانواده در فرانسه حتی در مواردی که یکی از والدین دچار لغزش‌های اخلاقی است، تا زمانی که خطر جدی و ملموسی (نظیر خشونت فیزیکی) با ادله اثبات نشود، از سلب کامل رابطه امتناع می‌ورزد؛ چرا که جدایی کامل از یک والد را بزرگترین ضربه به مصلحت عاطفی طفل قلمداد می‌کند

(Malaurie & Fulchiron, ۲۰۲۳, p. ۵۴۰).

تفاوت بنیادین در اینجا است که در حقوق فرانسه، مصلحت کودک به عنوان منشور و غایت اقتدار والدینی عمل می‌کند؛ به این معنا که تمام حقوق والدین تنها تا جایی اعتبار دارند که در راستای این مصلحت باشند. اما در حقوق ایران، مصلحت بیشتر به عنوان یک سوپاپ اطمینان یا ابزاری برای



در نظام حقوقی ایران، نهاد حضانت مشترک به صورت رسمی و به عنوان یک تأسیس قانونی مستقل در قانون مدنی پیش‌بینی نشده است. ساختار کلاسیک حقوق خانواده در ایران بر پایه یگانگی و تمرکز مسئول حضانت استوار است؛ بدین معنا که در هر مقطع زمانی، تنها یک نفر باید مسئولیت نگهداری و تربیت طفل را بر عهده داشته باشد. این رویکرد ریشه در نصوص فقهی و آرای فقهای امامیه دارد که حضانت را نوعی ولایت محدود یا سلطنت بر نگهداری می‌دانند که ماهیتاً قابل تقسیم و تشریک همزمان نیست. اسدالله امامی در تبیین این دیدگاه معتقد است که تعدد مسئول حضانت و جابجایی مداوم طفل میان دو کانون متفاوت، می‌تواند منجر به تشتت تربیتی و سرگردانی کودک میان دو محیط با ارزش‌های متضاد گردد که این امر با غرض اصلی حضانت، یعنی ثبات و آرامش طفل، در تعارض است (صفایی و امامی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۴).

با این وجود، واقعیت‌های اجتماعی و ضرورت‌های روان‌شناختی در جامعه معاصر ایران، رویه قضایی را به سمت پذیرش تدریجی و غیررسمی این نهاد سوق داده است. در سال‌های اخیر، برخی از شعب دادگاه‌های خانواده با رویکردی نوآورانه، توافق والدین بر حضانت مشترک (مانند تقسیم ایام هفته یا دو هفته یک‌بار) را در قالب گزارش اصلاحی به رسمیت شناخته‌اند. مبنای قانونی این پذیرش، ماده ۱۰ قانون مدنی (حاکمیت اراده) و به ویژه ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است. طبق این ماده، هرگاه دادگاه تشخیص دهد که توافق والدین در خصوص ملاقات و نگهداری با مصلحت عالیه طفل همسو است، باید بر همان اساس حکم صادر نماید. ناصر کاتوزیان در این باره معتقد است که اگرچه قانون مدنی در مورد تشریک در حضانت ساکت است، اما هیچ منع شرعی یا قانونی برای تقسیم مسئولیت نگهداری وجود ندارد؛ مشروط بر اینکه این جابجایی‌ها به گونه‌ای نباشد که ثبات روانی، تحصیلی و پیوندهای عاطفی طفل را دچار

حقوق فرانسه، پس از اصلاحات انقلابی قانون مورخ ۴ مارس ۲۰۰۲، مفهوم محل سکونت نوبتی [۱۳] به عنوان یک اصل بنیادین در قانون مدنی تثبیت شد. بر اساس ماده ۹-۳۷۳ قانون مدنی این کشور، اقامت کودک می‌تواند به صورت نوبتی در محل سکونت هر یک از والدین تعیین گردد؛ این رویکرد بر این پایه استوار است که انحلال رابطه زوجیت نباید تحت هیچ شرایطی به گسست پیوند فیزیکی و روزمره کودک با هیچ‌یک از والدین منجر شود. هوگ فولشیرون در تبیین این تحول معتقد است که حضانت مشترک بیش از آنکه ابزاری برای ارضای عواطف والدین باشد، یک حق بنیادین برای کودک است تا هویت خود را در آینه حضور هر دو والد بازسازی نماید

تحلیل ساختاری حقوق فرانسه نشان می‌دهد که دکترین حقوقی این کشور، تقسیم عادلانه زمان زندگی را مؤثرترین راهکار برای پیشگیری از سندرم بیگانگی والدینی [۱۴] می‌داند؛ وضعیتی آسیب‌زا که در آن والد مقیم، آگاهانه یا ناآگاهانه، ذهنیت طفل را علیه والد دیگر تخریب می‌کند. فیلیپ مالوری و هوگ فولشیرون تأکید می‌کنند که اجرای موفق این نهاد مستلزم وجود سه شرط عینی است: نخست، نزدیکی جغرافیایی مسکن والدین برای جلوگیری از خستگی طفل؛ دوم، هماهنگی در شیوه‌های تربیتی برای ممانعت از دوگانگی شخصیتی؛ و سوم، انعطاف‌پذیری در برنامه زمان‌بندی متناسب با رشد طفل در رویه قضایی فرانسه، قدرت قاضی امور خانواده به قدری گسترده است که حتی در صورت مخالفت شدید یکی از والدین، وی می‌تواند به صورت آزمایشی برای یک دوره شش‌ماهه حکم به حضانت نوبتی صادر کند تا میزان سازگاری طفل با این وضعیت نوین را در عمل بسنجد و از لجبازی والدین به قیمت تضییع حقوق کودک جلوگیری کند

(Terré & Fenouillet, ۲۰۲۱, p.۶۶)



باشد، حاکمیت موظف به مداخله است. این ماده قانونی با صراحت، محکمه را مکلف کرده است که به تقاضای نزدیکان، قیم یا مدعی‌العموم، هر تصمیمی را که برای آینده طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند. مصادیقی که در این ماده ذکر شده‌اند، صرفاً جنبه تمثیلی دارند و شامل اعتیاد زبان‌آور به الکل یا مواد مخدر، اشتها به فساد اخلاق و فحشا، ابتلا به بیماری‌های روانی حاد، سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود به مشاغل ضد اخلاقی و تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف است. ناصر کاتوزیان در تحلیل این ضمانت اجرا معتقد است که حضانت یک اقتدار قانونی برای حمایت است؛ لذا هرگاه این اقتدار به ابزاری برای آزار یا انحراف طفل تبدیل شود، مبنای مشروعیت خود را از دست می‌دهد و دادگاه باید بدون درنگ، این ولایت بر تن را سلب نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۶۲).

نکته حائز اهمیت در حقوق ایران، رویکرد مصلحت‌محور در جایگزینی والد فاقد صلاحیت است. اثبات انحطاط اخلاقی یکی از والدین، لزوماً به معنای انتقال خودکار حضانت به طرف دیگر نیست. در مواردی که هر دو والد فاقد صلاحیت باشند یا انتقال به والد دیگر، طفل را در معرض آسیب جدیدی قرار دهد، دادگاه با استناد به ولایت حاکم، طفل را به شخص ثالث امین یا نهادهای حمایتی (نظیر بهزیستی) می‌سپارد. سید حسین صفایی و اسدالله امامی در این خصوص تأکید می‌کنند که حق والد دیگر بر حضانت، همواره تحت الشعاع مصلحت برتر کودک قرار دارد؛ بنابراین، دادگاه در مقام اجرای ماده ۱۱۷۳، در واقع به دنبال یافتن امن‌ترین پناهگاه برای طفل است، نه صرفاً اجرای تشریفات انتقال حق میان والدین (صفایی و امامی، ۱۳۹۹، ص ۲۲۸).

در حقوق فرانسه، سلب اقتدار والدینی [۱۶] به عنوان سنگین‌ترین مداخله دولت در حریم خصوصی خانواده شناخته می‌شود و به همین دلیل، به عنوان یک آخرین راهکار (Ultima Ratio) نگریسته می‌شود. مواد ۳۷۸

تزلزل نماید، چرا که مصلحت بر تمام قواعد اولویت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۲۱۵).

چالش بنیادین در ایران، فقدان ضمانت‌اجراهای دقیق و زیرساخت‌های نظارتی برای نقض پروتکل‌های حضانت مشترک است. در حالی که در فرانسه، در صورت عدم رعایت زمان‌بندی یا عدم همکاری یکی از والدین، دادگاه از ابزارهای کارآمدی چون جریمه مالی روزانه یا تغییر فوری مدل حضانت به نفع والد همکار استفاده می‌کند، در ایران به دلیل فقدان نهادهای مددکاری اجتماعی قدرتمند و تخصصی، حضانت مشترک اغلب در اولین جرقه اختلاف به بن‌بست می‌خورد. همچنین، الگوهای سنتی جنسیتی که وظایف نگاهداری را صرفاً متوجه مادر و وظایف مالی را متوجه پدر می‌داند، مانعی فرهنگی در برابر پذیرش برابر مسئولیت‌هاست. از دیدگاه تطبیقی، استقرار موفق حضانت مشترک در ایران نیازمند گذار از مفهوم تک‌سرپرستی به سمت مسئولیت مشترک والدینی است؛ امری که نه تنها مستلزم اصلاح قوانین و پیش‌بینی سازوکارهای نظارتی در قانون حمایت خانواده، بلکه نیازمند آموزش والدین برای تفکیک اختلافات زناشویی از مسئولیت‌های والدینی به نفع سلامت روان نسل آینده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۰).

بررسی مصادیق عدم صلاحیت در دو نظام

ماهیت حضانت در حقوق ایران، بر خلاف مالکیت یا حقوق عینی، یک حق-تکلیف [۱۵] لرزان و مشروط است که استمرار آن منوط به حفظ صلاحیت‌های بنیادین نگاهداری است. سلب صلاحیت از والدین در ایران، ابزاری برای صیانت از نظم عمومی و پیشگیری از بزهکاری اطفال در آینده محسوب می‌شود. مطابق ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۷۶)، هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر



(Terré & Fenouillet, ۲۰۲۱, p. ۲۰۱)

اثر ازدواج مجدد بر بقای حضانت در دو نظام

مسئله ازدواج مجدد مادر و تأثیر آن بر بقای حق حضانت، یکی از چالش‌برانگیزترین نقاط تلاقی میان قواعد صلب فقهی و واقعیت‌های روان‌شناختی در حقوق خانواده ایران است. ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی با رویکردی سنتی مقرر می‌دارد: اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود. این حکم که ریشه در متون فقه امامیه دارد، بر دو پیش‌فرض استوار است: نخست اینکه با ورود شوهر دوم، تمرکز عاطفی و زمانی مادر تحت‌الشعاع وظایف زناشویی جدید قرار می‌گیرد و دوم، احتمال بروز تنش یا بدرفتاری میان طفل و ناپدری وجود دارد. سید مصطفی محقق داماد در تحلیل مبانی این ماده معتقد است که قانون‌گذار با اولویت دادن به حق پدر در این فرض، در واقع به دنبال صیانت از علقه نسبی طفل و جلوگیری از ورود شخص بیگانه (اجنبی) به حریم تربیت طفل بوده است، چرا که حضور ناپدری ممکن است مانعی برای نظارت مستقیم پدر بر رشد فرزند ایجاد کند (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۱۹۵).

با این حال، در دهه اخیر، پارادایم قضایی ایران تحت تأثیر ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، تحولی بنیادین را تجربه کرده است. امروزه رویه قضایی دیگر به ماده ۱۱۷۰ به عنوان یک قاعده آمره و غیرقابل‌تغییر نمی‌نگرد. بسیاری از قضات با رویکردی مصلحت‌گرا بر این باورند که اگر پدر فاقد صلاحیت اخلاقی یا امکانات لازم برای نگهداری باشد، یا اگر پیوند عاطفی طفل با مادر به قدری عمیق باشد که جدایی از او موجب آسیب‌های روانی جبران‌ناپذیر گردد، ازدواج مجدد مادر نباید ابزاری برای سلب حضانت شود. سید مرتضی قاسم‌زاده در این خصوص استدلال می‌کند که مصلحت طفل یک قاعده حاکم [۱۹] است که بر اطلاق ماده

و ۳۷۸-۱ قانون مدنی فرانسه به تشریح شرایطی می‌پردازد که در آن والدین به دلیل جنایت یا جنحه نسبت به شخص کودک، یا رفتارهای مخاطره‌آمیز که امنیت، اخلاق یا سلامت طفل را به طور جدی تهدید می‌کند (مانند مصرف مزمن مواد مخدر که منجر به اختلال در عملکردهای والدگری شود)، از تمام یا بخشی از حقوق خود محروم می‌شوند. تفاوت ساختاری در اینجا است که در فرانسه، میان محل سکونت و اقتدار والدینی تمایز قائل می‌شوند؛ یعنی ممکن است والدی از حق سکونت محروم شود اما همچنان حق اطلاع از وضعیت تحصیلی یا درمانی طفل را داشته باشد. فیلیپ مالوری و هوگ فولشیرون تبیین می‌کنند که حتی در موارد حاد که خطر جانی وجود ندارد، دادگاه سعی می‌کند پیوند عاطفی را از طریق ملاقات‌های تحت نظارت [۱۷] در مراکز تخصصی حفظ کند تا ریشه‌های هویتی کودک کاملاً قطع نشود

(Maurie & Fulchiron, ۲۰۲۳, p. ۱۰۴)

علاوه بر این، تحول بزرگی که در سال‌های اخیر (به‌ویژه با قانون ۳۰ ژوئیه ۲۰۲۰) در فرانسه رخ داده، تلقی خشونت خانگی [۱۸] به عنوان عامل سلب صلاحیت است. در حقوق فرانسه، والدی که به والد دیگر خشونت می‌ورزد، حتی اگر مستقیماً به کودک آسیب نزند، به دلیل ایجاد محیط رعب‌آور و آسیب به سلامت روانی کودک، فاقد صلاحیت حضانت شناخته می‌شود. فرانسوا تره و دومینیک فنویه معتقدند که کودک شاهد خشونت، خود یک قربانی مستقیم است و حضور او در محیطی که یکی از والدین تحت سلطه یا آزار دیگری است، با اصل اقتدار والدینی که هدفش حمایت است، تعارض بنیادین دارد. این در حالی است که در حقوق ایران، خشونت علیه همسر معمولاً در قالب دعاوی طلاق (عسر و حرج) بررسی می‌شود و پیوند سیستماتیک آن با سلب صلاحیت حضانت، به اندازه حقوق فرانسه در رویه قضایی تثبیت نشده است



خانواده‌های بازسازی شده [۲۲]، به جای حذف والد ازدواج کرده، سعی در تنظیم روابط میان والد اصلی و همسر جدید وی به نفع کودک دارد تا از گسست پیوندهای عاطفی جلوگیری شود (Maurie & Fulchiron, ۲۰۲۳, p. ۱۰۳).

حق حضانت و ملاقات

حق حضانت و ملاقات، فراتر از یک امتیاز فردی برای والدین، تضمین‌کننده حق بنیادین کودک بر حفظ روابط عاطفی با ریشه‌های خود است. به همین سبب، نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه برای مقابله با پدیده‌های آسیب‌زایی همچون خودداری از تحویل طفل یا ممانعت از ملاقات، مجموعه‌ای از ضمانت اجرای مدنی، کیفری و تأمینی را پیش‌بینی کرده‌اند تا از تبدیل شدن کودک به ابزار انتقام‌جویی در کشمکش‌های میان والدین جلوگیری کنند.

در حقوق ایران، ضمانت اجرای ممانعت از حق حضانت و ملاقات در دهه‌های اخیر از یک رویکرد صرفاً اخلاقی-مدنی به سمتی سخت‌گیرانه و کیفری حرکت کرده است. ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، به عنوان اصلی‌ترین رکن بازدارنده، مقرر می‌دارد که هرگاه مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند یا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذی‌حق شود، برای بار اول به پرداخت جزای نقدی درجه هشت و در صورت تکرار به حداکثر مجازات مذکور محکوم می‌شود. یدالله بازگیر در بررسی رویه قضایی متذکر می‌شود که این جرم از نوع جرایم مستمر است؛ بدین معنا که تا زمانی که مانع برطرف نشود، فعل مجرمانه در حال وقوع است و وصف کیفری آن تداوم دارد که این امر امکان تعقیب مداوم والد خاطی را فراهم می‌آورد (بازگیر، ۱۳۸۲، ص ۱۰۴).

علاوه بر این، قانونگذار در ماده ۴۰ قانون حمایت خانواده، ابزار بازداشت را به عنوان یک تضمین اجرایی فوری و استثنایی پیش‌بینی کرده است.

۱۱۷۰ حکومت دارد؛ به گونه‌ای که اگر بقای طفل نزد مادر متأهل، بیش از انتقال او به محیط زندگی پدر، تأمین‌کننده غبطه کودک باشد، دادگاه مکلف است حکم به ابقای حضانت نزد مادر صادر کند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۸۸).

در نظام حقوقی فرانسه، رویکرد به این مسئله کاملاً متفاوت و مبتنی بر اصل بی‌طرفی زندگی خصوصی والدین [۲۰] است. در حقوق این کشور، تشکیل زندگی مشترک جدید توسط هر یک از والدین (اعم از ازدواج، ازدواج سفید یا قرارداد مدنی همبستگی-Pacs) به هیچ عنوان عامل قانونی برای سقوط حضانت یا اقتدار والدینی محسوب نمی‌شود. نظام حقوقی فرانسه بر این باور است که حق بر ازدواج و تشکیل خانواده (موضوع ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) نباید با حق بر والدگری در تعارض قرار گیرد. ژان کربونیه، حقوقدان برجسته فرانسوی، معتقد است که تغییر در وضعیت تأهل والدین تنها زمانی می‌تواند منجر به بازنگری در ترتیبات حضانت شود که ثابت شود محیط جدید زندگی و حضور همسر جدید، به طور مستقیم و ملموس، مصلحت و سلامت طفل را تهدید می‌کند؛ در غیر این صورت، قانون‌گذار حق تفتیش در زندگی خصوصی والدین را ندارد.

(Carbonnier, ۲۰۲۲, p. ۸۵)

تفاوت بنیادین در اینجاست که در فرانسه، فرض بر این است که حضور یک شخص جدید [۲۱] در زندگی والد می‌تواند حتی به تقویت ثبات مادی و عاطفی کودک کمک کند و بار مسئولیت‌های والد مقیم را تعدیل نماید. هوگ فولشیرون تأکید می‌کند که در نظام فرانسه، بار اثبات بر عهده کسی است که مدعی آسیب‌زا بودن ازدواج جدید است؛ اما در حقوق ایران، ماده ۱۱۷۰ بار اثبات را جابجا کرده و ازدواج مجدد را اماره‌ای بر تغییر شرایط قرار داده است. با این حال، حقوق مدرن فرانسه با پذیرش مدل



با این حال، نوآوری اصلی حقوق فرانسه در ضمانت اجراهای مدنی و مالی نهفته است. یکی از موثرترین ابزارها، جریمه نقدی تهدیدی [۲۴] است؛ دادگاه می‌تواند مقرر کند که به ازای هر روز یا حتی هر ساعت تأخیر در تحویل کودک، والد خاطی مبلغ مشخصی را به طرف مقابل بپردازد. این ابزار مالی در بسیاری از موارد به دلیل فشار اقتصادی، کارآمدتر از تهدید به حبس عمل می‌کند. همچنین، در صورتی که قاضی امور خانواده (JAF) احراز کند که یکی از والدین با ممانعت‌های مکرر در صدد تخریب رابطه طفل با والد دیگر است، می‌تواند با استناد به مصلحت عالی، محل اقامتگاه اصلی طفل را تغییر داده و حضانت را به والدی بسپارد که همکاری و انعطاف بیشتری برای حفظ پیوندهای خانوادگی نشان می‌دهد

(Terré & Fenouillet, ۲۰۲۱, p. ۱۰۵)

تفاوت کلیدی میان دو نظام در این است که در فرانسه، تأکید بر میانجی‌گری خانواده [۲۵] پیش از اعمال هرگونه مجازات بسیار پررنگ است. قاضی فرانسوی مکلف است ابتدا از طریق مددکاران اجتماعی، والد خاطی را به همکاری متقاعد کند. در حالی که در ایران، اگرچه مراکز مشاوره ایجاد شده‌اند، اما در مرحله اجرای حکم، رویکرد غالب همچنان استفاده از ضابطان قضایی و نیروی انتظامی است. سید حسین صفایی و اسدالله امامی با انتقاد از این وضعیت معتقدند که اجرای قهری حکم حضانت توسط پلیس، می‌تواند ترومای روانی عمیقی در کودک بر جای بگذارد و لازم است که در ایران نیز حضور مددکاران اجتماعی در لحظه اجرای حکم، جایگزین حضور قوای نظامی گردد (صفایی و امامی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۵).

اراده و اظهارات طفل در فرآیند دادرسی

تحول در حقوق خانواده مدرن، نشان‌دهنده گذار از نگاهی است که کودک را صرفاً موضوع حضانت می‌دید، به رویکردی که او را صاحب حق

طبق این ماده، هرگاه دادگاه تشخیص دهد که والدی از اجرای حکم حضانت یا ملاقات امتناع می‌ورزد، می‌تواند دستور بازداشت وی را تا زمان اجرای حکم صادر کند. این اقدام، اگرچه در ماهیت حقوقی یک اقدام تأمینی برای اجبار به انجام تکلیف است و نه مجازات، نشان‌دهنده اولویت قطعی مصلحت کودک بر آزادی‌های فردی والد خاطی است. همچنین، مطابق تبصره ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۸۱)، تکرار ممانعت از ملاقات می‌تواند یکی از امارات عدم صلاحیت محسوب شده و منجر به تغییر مرجع حضانت گردد. ناصر کاتوزیان در این باره معتقد است والدی که مانع رابطه طفل با طرف مقابل می‌شود، در واقع سلامت روانی و هویت کودک را به خطر انداخته و همین خودخواهی تربیتی کافی است تا صلاحیت او برای نگاهداری زیر سوال برود (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۲۲۰).

در حقوق فرانسه، ضمانت اجراها در دو سطح حفاظت از نظم عمومی (کیفری) و ترمیم پیوندهای والدینی (مدنی) سازماندهی شده‌اند. جرم عدم معرفی کودک [۲۳] که در ماده ۲۲۷-۱۷ قانون مجازات فرانسه پیش‌بینی شده، یکی از شدیدترین مکانیزم‌های بازدارنده در اروپاست. این جرم زمانی محقق می‌شود که والدی که طفل نزد اوست، از تحویل وی به شخصی که طبق حکم دادگاه حق مطالبه یا ملاقات او را دارد، امتناع ورزد. مجازات این عمل می‌تواند تا یک سال حبس و ۱۵ هزار یورو جریمه نقدی باشد و در صورتی که طفل به خارج از کشور منتقل شود، این مجازات به سه سال حبس افزایش می‌یابد. فیلیپ مالوری و هوگ فولشیرون تبیین می‌کنند که این سخت‌گیری کیفری به دلیل آن است که حقوق فرانسه، ممانعت از ملاقات را نوعی کودک‌ربایی قانونی تلقی می‌کند که آثار تخریبی آن بر روحیه طفل کمتر از ربودن توسط غریبه نیست

(Malaurie & Fulchiron, ۲۰۲۳, p. ۱۰۲)



مطلق اراده آن‌ها تا پیش از مرز ۹ یا ۱۵ سالگی، می‌تواند به مصلحت واقعی طفل آسیب بزند. در واقع، در ایران اراده طفل پیش از بلوغ، تنها به عنوان یک اماره (نشانه) برای قاضی تلقی می‌شود و فاقد قدرت الزام‌آور یا استقلال حقوقی است (صفایی و امامی، ۱۳۹۹، ص ۲۳۸)

در نظام حقوقی فرانسه، قانونگذار از معیار سن تقویمی عبور کرده و به معیار کیفی سن تشخیص روی آورده است. مطابق ماده ۱-۳۸۸ قانون مدنی فرانسه، در هر دادرسی که بر سرنوشت کودک اثرگذار است، او حق دارد شنیده شود [۲۸]. قانونگذار فرانسه عاقدانه هیچ سن حداقلی (مانند ۷ یا ۹ سال) تعیین نکرده است؛ بلکه قاضی در هر پرونده به صورت موردی بررسی می‌کند که آیا کودک توانایی درک موقعیت و بیان خواسته خود را دارد یا خیر. ژان کربونیه معتقد است که این رویکرد، دموکراسی را به حریم خصوصی خانواده کشانده و به کودک شخصیت حقوقی مستقل بخشیده است که او را از وضعیت یک کالا یا موضوع دادرسی خارج می‌کند (Carbonnier, ۲۰۲۲, p. ۴۷۰).

یکی از ویژگی‌های مترقی نظام فرانسه، نهاد وکیل کودک [۲۹] است. کودک می‌تواند درخواست کند که توسط وکیلی مستقل از وکلای والدین شنیده شود. هزینه این وکیل توسط نظام کمک حقوقی دولتی پرداخت می‌شود تا اطمینان حاصل شود که نظر کودک تحت فشار یا القای والدین (پدیده بیگانگی والدینی) قرار نگرفته است. اگرچه قاضی امور خانواده ملزم نیست دقیقاً طبق میل کودک عمل کند، اما طبق رویه قضایی دیوان عالی فرانسه ([۳۰])، اگر قاضی بخواهد برخلاف خواسته صریح کودکی که دارای قوه تشخیص است حکم دهد، مکلف است در متن رأی خود دلایل مستدل و قوی مبنی بر تضاد خواسته کودک با مصلحت عالی او ارائه نماید؛ در غیر این صورت رأی مخدوش خواهد بود (Malaurie & Fulchiron, ۲۰۲۳, p. ۵۷۲).

می‌شناسد. این تحول بنیادین که ریشه در ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ [۲۶] دارد، بر این اصل استوار است که کودک قادر به درک، باید حق اظهارنظر در کلیه امور مربوط به خود را داشته باشد. واکاوی جایگاه اراده طفل در فرآیند دادرسی، تفاوت‌های ساختاری عمیقی را میان نظام حقوقی ایران و فرانسه آشکار می‌سازد.

در حقوق ایران، ملاک دخالت اراده طفل و خروج او از تحت حضانت، به طور سنتی بر پایه سن بلوغ شرعی استوار است. طبق تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، این سن برای دختران ۹ سال تمام قمری و برای پسران ۱۵ سال تمام قمری تعریف شده است. رویه قضایی ایران بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۰۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، معتقد است که با رسیدن به این سن، دوران حضانت به معنای قانونی آن خاتمه می‌یابد؛ چرا که فرد بالغ دیگر محجور به معنای تحت سرپرستی نیست. ناصر کاتوزیان در تبیین این وضعیت معتقد است که با رسیدن به بلوغ، فرد دارای رشد در امور غیرمالی فرض می‌شود و تحمیل سکونت با یکی از والدین بر او، با اصل آزادی فردی و حرمت اشخاص در تعارض است؛ لذا در این مرحله، فرد خود انتخاب می‌کند که با کدام یک از والدین زندگی کند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۲۲۵).

اما چالش اصلی در مرحله پیش از بلوغ نهفته است. در قوانین کلاسیک ایران، اراده طفل قبل از بلوغ جایگاه قانونی صریحی نداشت؛ اما با تصویب ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱، نظام حقوقی گامی به سوی شنیدن صدای کودک برداشت. این ماده به دادگاه اجازه می‌دهد که برای تشخیص مصلحت، از نظر کارشناسان، مددکاران و اظهارات طفل استفاده کند. با این حال، سید حسین صفایی و اسدالله امامی منتقد این مرزبندی صلب سنی هستند؛ آن‌ها معتقدند که بسیاری از کودکان پیش از رسیدن به سن بلوغ شرعی، دارای قوه درک و تمیز [۲۷] کافی هستند و نادیده گرفتن



ویژگی‌های خاص آن خانواده بررسی شود، هر چند که ممکن است منجر به تشتت در رویه‌های قضایی گردد.

یکی از کلیدی‌ترین یافته‌های این تحقیق، لزوم بازنگری در مفهوم حضانت مشترک در حقوق ایران است. در فرانسه، اصل بر این است که جدایی والدین نباید به معنای جدایی فیزیکی یا عاطفی کودک از یکی از آنها باشد و *Garde alternée* یا حضانت نوبتی به عنوان یک اولویت قانونی شناخته می‌شود تا کودک حضور مستمر هر دو والد را حس کند. در حقوق ایران، اگرچه به صراحت از حضانت مشترک سخنی به میان نیامده، اما ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده ظرفیت تفسیری لازم را برای قضات فراهم کرده است تا در صورت تفاهم والدین و احراز مصلحت، الگوهای مشترک را پیاده‌سازی کنند. پذیرش رسمی این نهاد در قوانین ایران می‌تواند بسیاری از تنش‌های مربوط به حق ملاقات را کاهش داده و از پدیده بی‌سرپرستی عاطفی فرزندان طلاق جلوگیری کند. همچنین، مطالعه تطبیقی نشان داد که برخی مواد قانونی در ایران، از جمله ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی که ازدواج مجدد مادر را به طور خودکار موجب سقوط حق حضانت می‌داند، با معیارهای مدرن مصلحت کودک در تضاد است. در حقوق فرانسه، وضعیت تأهل والدین به تنهایی ملاک نیست و تنها در صورتی که ازدواج جدید مخل سلامت کودک باشد، مورد توجه قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد اصلاح این ماده در حقوق ایران و منوط کردن سلب حضانت به اثبات عدم صلاحیت در دادگاه، گامی ضروری در جهت عدالت و حمایت از حقوق مادران و کودکان باشد.

در بخش دیگری از نتایج، موضوع حق شنیده شدن طفل خودنمایی می‌کند. در نظام حقوقی فرانسه، کودک دارای سن تشخیص حق دارد در جلسات دادرسی شرکت کرده و نظر خود را اعلام کند، که این نظر اگرچه برای قاضی الزامی نیست، اما وزنه سنگینی در تصمیم‌گیری محسوب

تطبیق این دو نظام نشان می‌دهد که حقوق فرانسه در پی به رسمیت شناختن فاعلیت عقلانی تدریجی کودک است، در حالی که حقوق ایران بر حمایت‌گرایی [۳۱] و مرزهای شرعی تأکید دارد. در فرانسه، کودک یک طرف دادرسی است که حتی می‌تواند از طریق وکیل خود تقاضای تجدیدنظر در شیوه ملاقات را داشته باشد

اما در ایران، تا پیش از بلوغ، کودک همچنان در حصار تصمیمات بزرگسالان (والدین و قاضی) باقی می‌ماند و تنها با رسیدن به مرز سنی مشخص، ناگهان از آزادی کامل برخوردار می‌شود؛ این شکاف میان عدم اراده مطلق و آزادی مطلق، نیازمند اصلاحات قانونی در راستای پذیرش تدریجی اراده طفل متناسب با رشد فکری اوست.

نتیجه‌گیری

تحلیل و بررسی تفصیلی نهاد حضانت در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه نشان‌دهنده یک سیر تکاملی از رویکردهای والدمحور به سمت الگوهای کودک‌محور است. در پایان این پژوهش تطبیقی، می‌توان استنتاج کرد که علی‌رغم تفاوت‌های ساختاری در منابع قانون‌گذاری، هر دو کشور تحت تأثیر اسناد بین‌المللی و ضرورت‌های روان‌شناختی، مصلحت کودک را به عنوان مبنای نهایی تصمیمات قضایی پذیرفته‌اند. با این حال، تفاوت در شیوه‌های اجرایی و معیارهای اثباتی همچنان پابرجاست. در حقوق ایران، غلبه با معیارهای نوعی و امارات قانونی است؛ تعیین سن ۷ سالگی به عنوان مرز انتقال حضانت از مادر به پدر، اگرچه از حیث ثبات حقوقی و کاهش اطلاع دادرسی مفید به نظر می‌رسد، اما گاهی به عدالت فردی آسیب می‌زند. در مقابل، حقوق فرانسه با حذف این مرزهای سنی قطعی و سپردن تشخیص به قاضی پرونده بر اساس گزارش‌های مددکاری و روان‌شناسی، رویکردی انعطاف‌پذیرتر را برگزیده است. این رویکرد فرانسوی باعث می‌شود که هر پرونده به صورت مستقل و با توجه به



- [۱] Autorité parentale.
- [۲] Intérêt de l'enfant.
- [۳] Coparentalité.
- [۴] La continuité des conditions de vie.
- [۵] Enquête sociale.
- [۶] Coparentalité.
- [۷] The Best Interests of the Child.
- [۸] Intérêt supérieur de l'enfant.
- [۹] « Coparentalité ».
- [۱۰] Audition de l'enfant.
- [۱۱] Garde Alternée.
- [۱۲] Co-parenting.
- [۱۳] Résidence alternée.
- [۱۴] Parental Alienation Syndrome.
- [۱۵] Right-Duty.
- [۱۶] Déchéance de l'autorité parentale.
- [۱۷] Visite médiatisée.
- [۱۸] Violence conjugale.
- [۱۹] Super-rule.
- [۲۰] Neutralité de la vie privée.
- [۲۱] Beau-parent.
- [۲۲] Familles recomposées.
- [۲۳] Non-représentation d'enfant.
- [۲۴] Astreinte.
- [۲۵] Médiation familiale.

می‌شود. در ایران، تعیین سن بلوغ شرعی به عنوان ملاک خروج از حضانت، باعث شده است که کودکان در سنین نوجوانی (۹ سال در دختران و ۱۵ سال در پسران) ناگهان از چتر حمایتی حضانت خارج شوند، بدون آنکه آمادگی لازم برای استقلال یا انتخاب آگاهانه را داشته باشند. پیشنهاد می‌شود مقنن ایرانی با الگوبرداری از مفهوم دیسمان [۳۲] در حقوق فرانسه، به جای تکیه بر بلوغ جنسی، بر بلوغ عقلی و قدرت درک طفل تمرکز کند تا صدای کودک در فرآیند تعیین سرنوشت خود شنیده شود. در نهایت، می‌توان گفت که حقوق ایران برای رسیدن به کارآمدی مطلوب، نیازمند گذار از حمایت شکلی به حمایت ماهوی است. این امر مستلزم ایجاد نهادهای تخصصی در کنار دادگاه‌های خانواده، نظیر پلیس اطفال و مددکاران اجتماعی آموزش‌دیده است که در حقوق فرانسه نقش کلیدی در اجرای صحیح احکام حضانت دارند. تقویت ضمانت اجرای مدنی به جای کیفری، تشویق به میانجی‌گری خانواده و تدوین پروتکل‌های مشخص برای تعیین مصلحت، از دیگر راهکارهایی است که می‌تواند حقوق ایران را به استانداردهای جهانی نزدیک کند. هدف غایی هر دو نظام حقوقی باید این باشد که طلاق، اگرچه پیوند زوجیت را می‌گسلد، اما پیوند ابوت و بنوت را مستحکم و ایمن باقی بگذارد. تداوم همکاری‌های علمی میان حقوقدانان دو کشور و بهره‌گیری از تجربیات رویه قضایی فرانسه در زمینه مدیریت تعارضات والدینی، می‌تواند افق‌های روشنی را برای اصلاحات قانونی در ایران ترسیم نماید تا مصلحت عالی‌ه کودک از یک شعار حقوقی به یک واقعیت ملموس در زندگی کودکان ایرانی تبدیل شود.



فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین

Journal of Jurisprudence and Modern Law

Home Page: www.jaml.ir



مرکز اطلاعات علمی جهان و دانشگاه
Scientific Information Database

Sponsored and Indexed by
CIVILICA
We Respect the Science



ESJI
www.ESJIndex.org

Eurasian
Scientific
Journal
Index



Academic
Resource
Index
ResearchBib



Academia.edu
share research



Cour de cassation . [۳۰]

Paternalism. [۳۱]

Discernement. [۳۲]

CRC. [۲۶]

Discernment. [۲۷]

Audition de l'enfant. [۲۸]

Avocat de l'enfant« . [۲۹]



Perspectives européennes et orientales. Paris: Éditions juridiques.

۹. Carbonnier, Jean. (۲۰۲۲). Droit civil: La famille, les personnes. Réédition (Collection Quadrige), Paris: PUF
۱۰. Code civil des Français. (۲۰۲۴). Article ۳۷۳-۲-۹ relatif à la résidence alternée
۱۱. Article ۳۸۸-۱ (sur l'audition du mineur en justice)
۱۲. Articles ۳۷۱-۱ et suivants (sur l'autorité parentale)
۱۳. Articles ۳۷۳-۲ et suivants; Article ۳۸۸-۱
۱۴. Code civil des Français. (۲۰۲۴). Version consolidée
۱۵. Articles ۳۷۱-۱ et suivants
۱۶. Terré, François; Fenouillet, Dominique. (۲۰۲۱). Droit civil: La famille. ۱۰^{ème} édition, Paris: Dalloz

منابع

۱. بازگیر، یدالله. (۱۳۸۲). آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور در امور مدنی. چاپ اول، تهران: نشر فردوسی.
۲. (۱۳۸۲). منتخب آراء دیوان عالی کشور در امور خانواده (صلاحیت، نکاح، فسخ نکاح، طلاق و حضانت). چاپ اول، تهران: نشر ققنوس.
۳. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله. (۱۳۹۲). حقوق خانواده (جلد اول). چاپ پانزدهم (ویرایش نهایی و منقح)، تهران: نشر دانشگاه تهران.
۴. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله. (۱۳۹۹). حقوق خانواده (جلد اول). نقد رویکرد سنی به اراده طفل و تبیین ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده) چاپ بیست و چهارم، تهران: نشر دانشگاه تهران.
۵. قاسم‌زاده، سید مرتضی. (۱۳۸۷). حقوق مدنی: اشخاص و محجورین. چاپ نهم، تهران: نشر دادگستر.
۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲). دوره حقوق مدنی: خانواده (جلد دوم: نفقه، نگاهداری و تربیت اطفال). چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷. Bosch, Françoise. (۲۰۲۲). Le droit de l'enfant d'être entendu: Pratique de l'audition. Paris: Editions juridiques
۸. Bosch, Jean. (۲۰۲۲). Droit comparé de la famille