

ام‌البین بابامحمدی

دانش آموخته کارشناسی ارشد، گروه حقوق، علوم سیاسی و اقتصادی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

جمشید نورشرق دهاقانی^۱

استادیار، گروه حقوق، علوم سیاسی و اقتصادی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

زهرا داور

دانش آموخته کارشناسی ارشد، گروه حقوق، علوم سیاسی و اقتصادی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

حضانة متولدین از رابطه نامشروع در فقه عامه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک

چکیده

حضانة در لغت به معنای در زیر بال گرفتن، در برداشتن، در دامن خود پروراندن، دایگی و پرستاری کودک و در اصطلاح حضانة عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که این وظیفه به عهده آنهاست، اطفال نامشروع، اطفالی هستند که در نتیجه روابط جنسی ممنوع بین زن و مرد نامحرم به وجود می آیند. حال پرسش اساسی این است که حضانة اطفال نامشروع برعهده چه کسانی است؟ که پژوهشگر از سه منظر فقه عامه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک، مورد بررسی قرار داده است و به این نتیجه رسیده است که: در فقه عامه هر یک از فرق نظرات متفاوتی مطرح کرده اند اما آنچه مشهود به نظر می رسد رعایت شرایط مناسب در نگهداری و پرورش کودک می باشد و نظر اکثر بر حضانة مادر عرفی اولی می باشد. در حقوق ایران با توجه به ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که حضانة را حق و

^۱ Gnourshargh@gmail.com

تکلیف ابوین می‌داند و هم‌چنین رأی وحدت‌رویه شماره ۶۱۷ دیوان عالی کشور به استناد نظر برخی فقهای معاصر در جهت حمایت از اطفال نامشروع و مشخص نمودن وضعیت حقوقی این اطفال، نسب خونی و طبیعی آن‌ها را محترم شمرده و به‌جز توارث کلیه تکالیف مربوط به پدر را بر عهده پدر عرفی قرار داده. از این‌رو حضانة این دسته از اطفال علاوه بر موارد ذکر شده بر اساس قانون جدید حمایت خانواده تا ۷ سال به‌عهده مادر عرفی و پس از آن تا سن بلوغ با پدر عرفی می‌باشد. در کنوانسیون حقوق کودک با توجه به ماده ۲ که فرقی بین کودک مشروع و نامشروع ندانسته و آنچه از اهمیت ویژه برخوردار است همان حفظ منافع و مصالح عالیه کودک می‌باشد لذا حضانة اطفال نامشروع تا جایی که به منافع و مصالح کودک آسیبی نرسد تا سن ۱۸ سالگی برعهده پدر یا مادر عرفی می‌باشد. امید می‌رود با درک حقیقت قداست خانواده و حفظ نسب مشروع هم‌چنین بسترسازی مناسب برای ازدواج‌های به‌هنگام و ساده از تولد اطفال نامشروع جلوگیری گردد و در صورت موارد بسیار نادر حمایت‌های خاص قانونی در جهت رشد و تعالی این‌گونه اطفال حافظ موقعیت آنان باشد.

واژگان کلیدی: رابطه نامشروع، طفل نامشروع، حضانة، نسب.

۱ - معنای لغوی حضانت

(با فتح یا کسر حا) از ماده حَضَن به معنای حفظ و نگهداری کردن، در آغوش گرفتن و پرورش دادن است (زبیدی، ۱۴۱۴).

حضانت واژه عربی است که به معنای حفظ کردن، در کنار گرفتن، پرورش دادن و به سینه چسبانیدن است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۳۴۵).

حضانت به معنای نگهداری چیزی می‌باشد؛ هم‌چون پرندهایی که از تخم‌هایش را در زیر بال خود نگهداری می‌کند «و حَضَن الطَّائِرُ بِيضَهُ يَحْضِنُهُ» (ابن منظور، ۱۹۹۷: ۱۰۵؛ الطریحی، ۱۳۷۵: ۲۳۷) و به زنی که سرپرستی طفل برعهده اوست، حاضنه اطلاق می‌شود «و حاضنة الصبی: آلتی تقوم علیه فی تربیته» (الطریحی، ۱۳۷۵: ۲۳۸).

۲ - معنای اصطلاحی حضانت

عبارت است از حق یا مسئولیت نگهداری یا پرورش دادن هر کسی که نیاز به مراقبت دیگران دارد مانند مجنون و انجام دادن آن چه برای حفظ سلامتی جسمی و پرورش روحی او ضروری است (جبعی‌عاملی، ۱۴۱۹: ۵۸۲).

به کسی که حضانت را برعهده دارد حاضن یا حاضنه و به کسی که تحت حضانت قرار می‌گیرد محضون گفته می‌شود.

۳ - مفهوم حضانت

۱-۳ مفهوم فقهی حضانت

حضانت در شرع اسلام یعنی حفظ و نگهداری صغیر و ناتوان، مجنون و نادان در حدّ توانایی و استطاعت از آنچه که به او ضرر می‌رساند و اقدام به تربیت و پرداختن به مصالح او از قبیل نظافت کردن و غذا دادن به او و آنچه که لازمه تأمین راحتی و آسایش اوست. (الجزیری، ۱۹۶۹: ۵۱۴)

دکتر وهبه زحیلی در تعریف حضانت می‌نویسد: حضانت، شرعاً تربیت فرزند به دست کسی است که حق حضانت از آن اوست؛ و یا به تربیت و نگهداری کسی مانند کودک، خردسال، بزرگسال و دیوانه‌ای که به‌خاطر درک ضعیف، به تنهایی نمی‌تواند امورش را اداره

کند؛ حضانة گفته می‌شود به این صورت که شئون آن‌ها را رعایت کرده و تدبیر طعام، لباس، خواب، نظافت، شستشوی آنان و لباسشان و مانند آن‌را در سن معین عهده‌دار شود. (۱۴۱۸: ۷۲۹۵)

۳-۲ مفهوم حقوقی حضانة

قانون تعریفی از «حضانة» ارائه نداده است، حتی قانون مدنی که بیشترین مباحث حضانة را مطرح کرده است نیز از کنار آن گذشته است. به عقیده برخی از حقوق‌دانان حضانة عبارت است از: «اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است.» (امامی، ۱۳۷۵: ۱۸۷؛ کاتوزیان، a بی تا: ۱۳۹)

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که در تعریف «حضانة» دو عنصر دیده می‌شود یکی نگهداری و دیگری تربیت. از این‌رو نباید گمان کرد که واژه «سرپرست» مترادف با «حضانة» نیست بلکه با مفهوم «نگهداری» نیز مطابقت دارد؛ چرا که «نگهداری» یکی از عناصر حضانة است نه تمام آن، عنصر دیگر حضانة، «تربیت» است، به همین سبب عنوان «سرپرستی» در تمام ابعادش شامل هر دو عنصر حضانة می‌شود.

۴- ابعاد حضانة

حضانة که نوعی از سرپرستی معنوی محسوب می‌شود (سرپرستی شامل ولایت، قیمومیت و حضانة) را می‌توان هم از جنبهٔ مادی (مالی) که به رشد جسمی طفل توجه دارد و هم از جنبهٔ معنوی که به رشد روحی طفل نظر دارد مورد بررسی قرار داد (امامی، ۱۳۴۲: ۱۸۸).

۴-۱ ابعاد مادی حضانة

بعد مادی حضانة به امور مادی و مالی و آنچه مربوط به رشد جسمی طفل می‌شود، مانند نفقه را شامل می‌شود (امامی، ۱۳۴۲: ۱۸۸).

۴-۲ ابعاد معنوی حضانة

بعد معنوی حضانة به اموری که مربوط به مسایلی نظیر تربیت یادگیری و ... شامل می‌شود توجه دارد (امامی، ۱۳۴۲: ۱۸۸).

۵ - مفهوم طفل

اطفال جمع طفل مراد صغیر است؛ (الحافظ ابی‌الفدا، بی‌تا: ۳۰) و در مقابل طفل بالغ استفاده می‌شود و اطفال نامشروع یا طبیعی، اطفال حاصل از رابطه غیر قانونی را گویند که مترادف اولاد زنا می‌باشد اولاد جمع مکسر ولد و کلمه‌ای عربی که در فارسی به آن فرزند می‌گویند.

در فقه و قانون مدنی، اولاد به اطفالی گفته می‌شود که دارای نسب مشروع هستند و قانون آن‌ها را وابسته به پدر و مادر یا یکی از آن‌ها می‌داند؛ کودکانی که دارای نسب مشروعی نیستند یا با پدر و مادر طبیعی خود نسبتی ندارند نمی‌توان آن‌ها را ولد یا فرزند نامید و به عبارت دیگر قانون تنها به فرزند مشروع نظر دارد و از طفلی که در خانواده‌ای به این کیفیت به وجود آمده باشد حمایت می‌کند (شریف، ۱۳۷۷: ۱۹۳).

مفهوم کودک بنابر نظریه رسمی اعلامی از سوی سازمان بهداشت جهانی، انسان از بدو تولد تا ۱۵ سالگی کودک نامیده می‌شود («مجموعه مقالات نخستین همایش منطقه‌ای حقوق کودک»، ۱۳۸۶: ۱۷۲).

مفهوم کودک به موجب کنوانسیون حقوق کودک، بدین معناست که: انسان تا ۱۸ سالگی کودک است («مجموعه مقالات نخستین همایش منطقه‌ای حقوق کودک»، ۱۳۸۶: ۱۷۲).

از دیدگاه فقهی و حقوقی کودک یعنی فردی که به سن بلوغ نرسیده است و از آغاز تولد تا رسیدن به سن بلوغ، دوران کودکی نامیده می‌شود («مجموعه مقالات نخستین همایش منطقه‌ای حقوق کودک»، ۱۳۸۶: ۱۴۹).

کودک شامل دو قسم است: ۱ - کودک نامشروع (طفل طبیعی) و ۲ - کودک مشروع (طفل قانونی)

۵-۱ کودک نامشروع (طفل طبیعی)

ممکن است کودکی در اثر رابطه جنسی غیرقانونی و نامشروع زن و مردی و از طریق زنا به وجود آمده باشد که به چنین کودکی ولد زنا یا فرزند طبیعی می‌گویند که از نظر طبیعی و از جهت بیولوژیکی و ژنتیکی با پدر و مادر خود ارتباط دارد و در حقوق ایران و اسلام و

در عرف به چنین کودکی، فرزند اطلاق می‌شود و رابطه حقوقی خاصی نیز این کودک با والدین خود دارد (صفایی، ۱۳۸۴: ۴۰۲)

لذا در تعریف کودک نامشروع می‌توان گفت که کودکی است که از پدر و مادری که در علقهٔ زوجیت هم نیستند به‌وجود آمده باشد و رابطه‌شان با والدین خود به‌صورت زیستی و طبیعی است و با هم اشتراک خونی دارند.

۲-۵ کودک مشروع (طفل قانونی)

کودک حاصل از رابطهٔ زوجیت و نکاح صحیح را گویند.

۶- نسب

معمولاً به پیوندهای خویشاوندی که در اثر ازدواج و انعقاد نطفه به‌وجود می‌آید مانند پیوند پدر و فرزندی و مادر و فرزندی، نسب می‌گویند. («مجموعه مقالات نخستین همایش منطقه‌ای حقوق کودک»، ۱۳۸۶: ۳۱)

۱-۶ معنای لغوی نسب

نسب از نظر لغوی به معنای قرابت و علاقه و رابطهٔ بین دو شیء است و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند (قزوینی، ۱۳۸۰: ۱۹۰)

به عبارت دیگر نسب پیوند دادن چیز یا کسی به چیزی و یا کس دیگری، برای توضیح و تمیز است؛ مانند انتساب شخص به پدر و مادر یا قبیله‌ای مشخص و یا انتصاب مصنوع به سازنده یا محل تولید آن.

۲-۶ معنای اصطلاحی نسب

نسب، قرابت موروثی است که انسان تسلط و تصرفی در آن ندارد.

نسب، امری است که بواسطهٔ انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به‌وجود می‌آید از این امر رابطه‌ای طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفری که یکی پدر و دیگری مادر می‌باشد، موجود می‌گردد (امامی، ۱۳۷۸: ۱۶)

۳-۶ نسب خاص

نسب به معنی خاص عبارت است از رابطه پدر و فرزندی یا مادر فرزندی، به عبارت دیگر، رابطه طبیعی و خونی میان دو نفر است که یکی به طور مستقیم (بدون واسطه) از صلب یا بطن دیگری به دنیا آمده است (صفایی و امامی، ۱۳۷۴: ۳۹).

۴-۶ نسب مشروع

نسب مشروع نسبی است که از نکاح صحیح پدید آید و میان صاحبان نطفه زوجیت برقرار است (صفایی و امامی، ۱۳۷۸: ۴۳).

۵-۶ نسب نامشروع

نسب نامشروع زمانی ایجاد می‌شود که رابطه زن و مرد خارج از چهارچوب ازدواج باشد و مقاربت از روی شبهه نباشد (صفایی و امامی، ۱۳۷۸: ۴۴).

۷- رابطه زن و مرد در تکون کودک

تکون هر کودکی در اثر رابطه بین زن و مرد میسر است اگر در بین آنها ارتباط برقرار نشود، عادتاً محال است بچه‌ای به دنیا بیاید چنان‌که مریم مقدّس در جواب پیک خداوند سبحان که به او مژده عیسی را داد و گفت: «... إِنَّ اللَّهَ يَبْشُرُكَ بِكَلِمَةٍ مِنْهُ اسْمُهُ الْمَسِيحُ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ...»^۱ گفت: «قَالَتْ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي وَكَلْدٌ وَلَمْ يَمْسَسْنِي بَشَرٌ...»^۲

رابطه بین زن و مرد که سبب تکون کودک می‌شود بر سه قسم است: ۱- رابطه مشروع، ۲- رابطه نامشروع و ۳- رابطه‌ای که مورد اختلاف است آیا مشروع است یا نامشروع.

۱-۷ رابطه مشروع

رابطه مشروع بر دو قسم است: ۱- رابطه زوجیت زن و مرد و ۲- اعتقاد به رابطه زوجیت که همان شبهه است.

۱ آل عمران / ۴۵

۲ آل عمران / ۴۷

کودکانی که از رابطه مشروع به وجود می‌آیند کودکان مشروع هستند خواه رابطه از قسم اول باشد، خواه از قسم دوم.

۷-۲ رابطه نامشروع

رابطه نامشروع نیز بر دو قسم است: ۱- رابطه‌ای که منجر به زنا می‌شود و ۲- رابطه‌ای که در آن زنا نیست لکن در اثر تماس زن و مرد نامحرم، زن حامله می‌شود، مانند پسر و دختری که نامزد شده‌اند و قبل از اجرای عقد در اثر تفخیز دختر حامله شده است. کودکانی که از رابطه نامشروع به وجود می‌آیند، کودکان نامشروع هستند خواه از قسم اول باشند و خواه از قسم دوم.

۸- مقایسه طفل مشروع با طفل نامشروع

بین طفل مشروع و نامشروع از لحاظ طبیعی و زیستی ظاهراً تفاوتی وجود ندارد طفل نامشروع همانند طفل مشروع دارای پدر و مادر طبیعی و زیستی می‌باشد بدین جهت در احکامی مانند ازدواج با اطفال مشروع مشترک می‌باشند یعنی هر چند طفل نامشروع به پدر و مادر خود ملحق نمی‌شود ولی مثل اطفال مشروع نمی‌تواند با محرمات سببی و نسبی و رضاعی خود ازدواج کند و ازدواج با محارم مثل اطفال مشروع و قانونی می‌باشد. همان طور که شخص نمی‌تواند با اولاد یا پدر و مادر یا خواهر یا فرزندان آنها ازدواج کنند و از این لحاظ فرقی بین اطفال طبیعی و غیر طبیعی نیست.

و می‌بینیم که قانون مدنی در ماده ۱۰۴۵^۱ موانع نکاح نسب نامشروع را در ردیف نسب مشروع قرار داده است و تفاوتی بین اینگونه نسب قائل نشده است زیرا در قرابت نسبی که به عنوان مانع نکاح تلقی شده رابطه خونی و طبیعی بین اشخاص مورد نظر بوده است نه رابطه قانونی نسب.

۱ ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی: «نکاح با اقرب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد. ۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات هر قدر که بالا برود. ۲- نکاح با اولاد هر قدر که پایین برود. ۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پایین برود. ۴- نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات.»

در ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک^۱ و مقایسه مفاد این ماده با قوانین داخلی نکات زیر قابل توجه است: هر چند به موجب اصل بیستم قانون اساسی «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند»

۹ - عوامل پیدایش اطفال نامشروع

همچنان که می‌دانیم تولد طفل نامشروع در نتیجه یک عمل غیر شرعی و خلاف عرف اجتماعی و قانون است و عوامل متعددی در ایجاد این مسأله دخالت دارند که می‌توان در دو عنوان کلی فردی و اجتماعی بررسی کرد البته باید اذعان نمود که دانستن عوامل پیدایش اطفال نامشروع و افزایش آن مطالعه و سببی را ایجاد می‌نماید و می‌تواند موضوع یک بحث مستقل باشد و آنچه را که مسلم و غیر قابل انکار است رابطه نزدیکی بین پیدایش اینگونه اطفال و عوامل محیطی وجود دارد و تأثیر هر یک از این عوامل نسبت به وضعیت زندگی اجتماعی افراد مختلف است. چنانکه در بعضی مناطق عوامل اجتماعی در پیدایش اینگونه اطفال مؤثرتر است و در بعضی مناطق عوامل شخصی اثر دارد.

۹-۱ عوامل فردی

۱ - عوامل فردی روانی و ۲ - عوامل فردی جسمانی

۹-۲ عوامل اجتماعی

۱ - محیط اجتماعی شامل ۱- خانواده، ۲- برهنگی و بی‌حجابی، ۳- هم‌خانگی، ۴-

وسایل ارتباط جمعی و ۵- عضویت در گروه‌های غیر اخلاقی

۲ - عامل اقتصادی

۱ ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک: «۱- دولت‌های عضو، حقوق مقرر در کنوانسیون حاضر را برای هر یک از کودکان تابعیت صلاحیت خود بدون هر گونه تبعیض و بدون توجه به نژاد، رنگ، جنسیت، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و سایر عقاید، منشاء ملی، قومی یا اجتماعی، دارائی، توانایی؛ موقعیت تولد و سایر خصوصیات کودک یا والدین یا قیم قانونی او، محترم شمرده و تضمین خواهند کرد. ۲- دولت‌های عضو برای اطمینان از این‌که کودک از هر گونه تبعیض یا تنبیه بر اساس موقعیت، فعالیت‌ها، عقاید ابراز شده یا معتقدات والدین، قیم قانونی یا اعضای خانواده مصون خواهد ماند، همه اقدامات لازم را بعمل خواهند آورد.»

۳- عامل قانونی

۴- عامل جنگ

۱۰- آمار اطفال نامشروع

آماری که تعداد اطفال نامشروع را در ایران نشان دهد مشخص نبوده و نمی‌تواند کاملاً منظور ما را تأمین کند و ادارات ثبت احوال و آمار نیز اطلاعات دقیقی در این باره در اختیار افراد قرار نمی‌دهند زیرا این از مواردی است که کمتر به آن توجه می‌شود یا اگر به آن توجه کنند سعی می‌نمایند اینگونه اطفال را به فردی منتسب کنند و آمار دقیقی در این باره ارائه نشده است البته طرق آمارگیری نیز مختلف است و از طرف دیگر اغلب آمارهای به دست آمده نیز ناقص می‌باشد زیرا گاهی اوقات آمار زمان ولادت در نظر گرفته می‌شود بدون آنکه عوارض بعدی آن از قبیل نفی ولد، ابطال نکاح و فرزندخواندگی را مورد توجه قرار دهند و گاهی نیز فقط متولدین زنده را بیان می‌کنند، بدون اینکه متولدین مرده را به حساب آورده و چه بسا بعضی از زنان وقتی اینگونه اطفال را به دنیا می‌آورند هیچگاه ولادت را به مراکز آماری اطلاع نداده و این اطفال بدون شناسنامه باقی می‌مانند. ولی آنچه که مسلم است اینگونه افراد در ایران وجود دارند و این مسأله قابل انکار نیست و افزایش کودکان خیابانی می‌تواند دلیلی بر این مطلب باشد.

۱۱- نحوه پیدایش اطفال نامشروع

در حقوق ایران مفهوم فرزند طبیعی این است که هر فرزندی که خارج از چارچوب نکاح متولد شده یا هر فرزندی که خارج از یک خانواده مشروع یعنی زن و شوهری که نکاح مشروع و ثبت شده بین آنها باشد، متولد شده فرزند طبیعی است به عبارت دیگر چنانچه بدون رابطه حقوقی زوجیت، فرزندی متولد شود، این فرزند طبیعی قلمداد می‌شود.

۱۱-۱ اطفال ناشی از زنا

زنا، مقاربت با زن بدون عقد (به طور نامشروع) را می‌گویند (زبیدی، بی تا: ۱۶۵). هم‌چنین زنا یکی از محرمات دین مبین اسلام و دارای احکام به خصوصی است و ثبوت آن که موجب

حدّ است بر اساس ظاهر قرآن کریم احتیاج به چهار شاهد عادل دارد.^۱ احکام چهارگانه‌ای بعد از ثبوت زنا در مورد زانی و زانیه جاری می‌شود. ۱- نفی عده ۲ - نفی مهر ۳ - نفی نسب ۴ - ثبوت حد (نجفی، ۱۳۷۴د: ۶ و ۴۶۵؛ نجفی، ۱۳۷۴ع: ۴۶۹؛ نجفی، ۱۳۷۴ا: ۴۷۳).

۱۱-۱-۱ قاعده فراش

حدیث معروف نبوی است که می‌فرماید: «الْوَلَدُ الْفَرَّاشُ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» (الکلبینی‌الرازی، ۱۳۷۹: ۱۶۳؛ الطوسی، ۱۳۶۴: ۳۴۶؛ الطوسی، ۱۳۶۳: ۱۸۵؛ القزوینی، بی تا: ۶۴۷) یعنی «فرزند از آن صاحب فراش است.» که صاحب فراش یعنی زوج یا شوهر که نسبت فرزند به او برمی‌گردد و فراش مزبور به زوجین نیز اطلاق می‌گردد زیرا هر یک از آن دو برای دیگری در حکم «فُرُش»^۲ می‌باشند. «و برای زانی سنگ است.» عاهر از عهر به معنی زنا و فسق و فجور است و عاهر به معنی زانی و فاجر است (زکریا، ۱۴۲۹: ۱۷۰) والحق نیز به معنی سنگ است؛ یعنی نسب هیچ فرزندی شرعاً برای عاهر اگر چه از خود او هم به وجود آمده باشد بازگشت نمی‌نماید. اما برای اثبات وجود فراش برای فرزند اموری از جمله ۱ - وجود نکاح صحیح و نزدیکی، ۲ - حداقل حمل، ۳ - حداکثر حمل معتبر می‌باشد.

۱۲ - نسب

نسب در لغت به معنای خویشاوندی و نژاد است و در اصطلاح حقوقی عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفری که یکی از نسل دیگری، یا هر دو از نسل ثالثی باشند. به تعبیر دیگر نسب؛ علاقه‌ای است که بین دو نفر به سبب تولد یکی از آن‌ها از دیگری، یا تولدشان از دیگری، یا تولدشان از شخص ثالثی حادث می‌شود (بروجردی عبده، ۱۳۳۹: ۲۸۰)

طفلی که از زنا متولد می‌شود با آنکه نسب طبیعی و خونی با پدر و مادر خود دارد ولی قانون از نظر حفظ نظم عمومی نسب او را نشناخته و در بسیاری از موارد حقوق اطفال مشروع را برای آن‌ها به رسمیت نمی‌شناسد هر چند اقتضای حمایت از چنین اطفالی که

۱ النور / ۴

۲ فُرُش جمع فراش یعنی بسترها (پرتو، ۱۳۷۷: ۱۳۰۶)

قربانی گناه والدین خود شده‌اند این است که تدابیر لازم برای حفظ حقوق آن‌ها انجام پذیرد و در مقابل یکسان کردن حقوق اطفال نامشروع و مشروع نیز در عمل مشکلات زیادی به وجود خواهد آورد.

۱-۱۲ نسب کودک ناشی از رابطه نامشروع

درباره ولدالزنا دو نظریه وجود دارد:

۱- ولدالزنا به زانی و زانیه ملحق می‌شود و تنها ارث به حکم نص خاص استثنا شده است؛ و در بقیه، احکام نسب بین آن‌ها محفوظ است، برای مثال: اگر مردی با زنی زنا کند و از او پسری متولد شود و سپس با آن ازدواج نماید پسر دیگری با نکاح صحیح از او متولد شود پسر بزرگ‌تر چون ناشی از زناست حیوه به او نمی‌رسد ولی قضای نمازهای فوت شده پدر بر او واجب می‌شود زیرا که او فرزند عرفی و لغوی وی محسوب می‌شود.

۲- به هیچ‌یک از زانی و زانیه ملحق نمی‌شود^۱ تنها ازدواج زانی با زانیه در لسان فقها با او استثنا شده است یعنی با اینکه ولدالزنا نسبت شرعی با زانی و زاینه ندارد ازدواج آن‌ها با یکدیگر ممنوع اعلام شده است و برای اثبات آن به اجماع و صدق ولد از حیث لغت استثنا شده است محقق (ره) (۱۳۷۳) در شرایط می‌فرماید: «لانه مخلوق من مائه فهوسمی ولدالغنه.»

۱۲-۲ شرایط مشروع بودن نسب

برای تحقق نسب مشروع سه شرط وجود دارد که اطفال نامشروع از این شروط برخوردار نیستند.

(۱) زن و مردی که نسب کودک با آنان مورد گفتگو است باید زن و شوهر قانونی و شرعی هم باشند.

(۲) طفل در اثر نزدیکی آن دو به وجود آمده باشد.

(۳) وقوع نزدیکی بعد از ازدواج.

۱ ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود.»

۱۳ - ولایت اطفال نامشروع

ولایت از نظر لغوی به معنای سرپرستی، قیمومت و قرابت است (طباطبایی، بی تا: ۸۱۵). ولایت یعنی حفظ و اداره اموال طفل.

در اصطلاح حقوقی ولایت عبارت است از سلطه و اقتداری که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد و کسی که این سمت را داراست ولی نامیده می‌شود (طاهری، بی تا: ۱۳۹).

در حقوق اسلام ولایت عبارت است از قدرت و سلطه‌ای که پدر و جد پدری نسبت به طفل دارد.

ولایت مانند حضانت از زمان تولد طفل آغاز می‌شود و تا زمان بلوغ و رشد کودک ادامه می‌یابد.

تفکیک حضانت و ولایت در یک دوره از زندگی کودک به نزاع بیشتر منجر می‌شود. چطور می‌توان گفت دختر یا پسر تا چند سال به عنوان حضانت در اختیار مادر باشد. لیکن در همان زمان حضانت، پدر بر او ولایت داشته باشد و هر گونه تضمینی را بتواند نسبت به وی اتخاذ کند، پس نمی‌توان این دو را مقابل هم قرار داد.

ولایت را هر گونه تفسیر کنیم، حضانت شاخصه‌ای از آن است و نمی‌توان این دو را از هم جدا کرد بدین صورت که حضانت به یکی از والدین و ولایت به دیگری سپرده شود. (مهریزی، بی تا)

۱۳-۱ ولایت از منظر فقه عامه

۱۳-۱-۱ حنفیه

حنفیه معتقدند: ولی صغیر اول پدر اوست و دوم وصی که در زمان حیاتش برای بعد از فوت اختیار می‌کند (البنانی، ۱۸۹۸: ۵۰۵).

مالکیه معتقدند: ولایت به واسطه تعصیب معتبر است و منتقل می‌شود پس اول به پسر می‌رسد زیرا او به عصبه نزدیک است و او محق تر است (زحیلی، ۱۴۰۹: ۱۴).

شافعیه معتقدند: با بودن پدر هیچ‌کس ولایت ندارد و در صورت فوت پدر، جد پدری و زمانی که فوت نماید پدر جد پدری (ابن ادیس شافعی، ۱۴۱۰: ۱۳).

حنابله اعتقاد دارند: نظارت بر مال صبی و مجنون مادامی‌که مجبور هستند با پدر و یا وصی است که برای بعد از فوت خود منصوب می‌کنند (ابن تیمیه، بی تا: ۴۸۱) و

۱۳-۲ ولایت در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز به پیروی از فقه امامیه ولایت قهری مخصوص پدر و جد پدری است بدین لحاظ که در ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند.» و با این حال پدر و جد پدری به طفل نامشروع ولایت ندارد؛ زیرا حق ولایت پدر، خاص فرزند قانونی و مشروع است و کسی که غیر قانونی صاحب اولاد می‌شود ولایتی بر او نداشته و حق اداره اموال او را ندارد (عبادی، ۱۳۷۱: ۱۲۹).

۱۴ - حضانة حق است یا تکلیف

آنچه در ماهیت حقوقی حضانة از اهمیت مهم برخوردار است پاسخ به یک سؤال مهم و اساسی می‌باشد و آن سؤال مهم این است که حضانة حق است یا تکلیف؟

اگر حضانة را مطلقاً حق بدانیم با توجه به مبنای حق که عبارت است از «سلطه و اختیاری که حقوق هر کشور به منظور حفظ منافع اشخاص به آن‌ها می‌دهد.» در آن صورت والدین در اعمال آن مختارند و تعهدی در قبال طفل و جامعه نخواهند داشت و می‌توانند قرارداد خصوصی درباره آن منعقد کنند و ضمن آن حق خویش را ساقط یا به دیگران انتقال دهند؛ ولی اگر حضانة را مطلقاً حکم قانون‌گذار یا تکلیف ناشی از این حکم بدانیم با توجه به تعریف حکم که عبارت است از «اوامر و نواهی قانون‌گذار که یا بطور مستقیم کاری را مباح یا واجب و ممنوع می‌دارد و یا آثار حقوقی خاص بر اعمال اشخاص بار می‌کند.» در آن صورت نه تنها اولویت والدین در اعمال آن نسبت به دیگران مورد نظر قرار نخواهد گرفت؛ بلکه حضانة در زمره احکام یا قوانین امری قرار می‌گیرد و کسی که سرپرستی و نگهداری طفل بر او مقرر گردیده نمی‌تواند این تکلیف و حکم را ساقط کند و یا اجرای آن را محدود یا به دیگری واگذارد.

فقه‌های امامیه در خصوص اینکه حضانت حق است یا تکلیف دارای سه نظر کاملاً متفاوت می‌باشند:

(۱) گروه اول از فقه‌های امامیه اظهار کرده‌اند که حضانت حق است و صاحب آن می‌تواند آن را اسقاط نماید و حضانت در زمرهٔ اموری که واجب کفایی می‌باشد قرار داده شده است. (ذوالمجدین، ۱۳۳۷: ۳۸۴) همین عده‌ای از فقها در این خصوص اعتقاد دارند که هر یک از والدین می‌توانند حق خود را نسبت به حضانت اسقاط و برای مدت معین تا پایان دوره حضانت را خود انجام دهد یا به دیگری واگذار نماید و چنین بیان می‌کنند که در موافقت والدین در این خصوص هیچ حلالی، حرام و هیچ حرامی حلال نشده است، بنابراین این موضوع تحت هیچ شرایطی خلاف شرع مقدس اسلام نمی‌باشد (مغنیه، ۱۹۶۱: ۸۸).

شیخ محمد حسن نجفی صاحب جواهر نیز وجوب کفایی را پذیرفته‌اند و حق بودن حضانت در نظر ایشان امری قطعی است. ایشان اعتقاد دارند حضانت حق است و نتیجه حق بودن آن قبول امکان اسقاط آن می‌باشد؛ زیرا اصل امکان اسقاط حق است و قبول مطالبه اجرت بر انجام آن (نجفی، ۱۳۱۲: ۲۴۹).

(۲) گروه دوم از فقه‌های امامیه معتقدند حضانت حکم و واجب عینی می‌باشد بنابراین به عنوان ولایت غیر قابل اسقاط است (جعی‌العاملی و مکی‌العاملی، بی تا: ۴۵۹ و ۴۶۰).

(۳) گروه سوم از فقه‌های امامیه اعتقاد به تفکیک بین پدر و مادر دارند، بدین معنا که اگر مادر از نگهداری طفل امتناع کرد، حضانت به پدر واگذار می‌شود و اگر هر دو از انجام این امر خودداری نمودند پدر به آن مجبور می‌گردد؛ بنابراین، حضانت نسبت به مادر حق و در خصوص پدر هم حق و هم تکلیف است (یزدی، ۱۳۶۸: ۷۱۳ و ۷۱۴).

برخی حضانت را حقی نه برای والدین، بلکه برای صغیر قلمداد کرده‌اند که در واقع همان تکلیف برای والدین می‌باشد (حسن‌فرج، بی تا: ۳۶۸؛ السبزواری، ۱۴۱۷، ۲۸۲؛ طباطبایی، سید علی، ۱۴۱۲: ۲۵۴).

۱۴-۱ بررسی ادله حقوقی حضانة متولدین از رابطه نامشروع

قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۸ حضانة را هم حق و هم تکلیف ابوبین دانسته است یعنی نمی‌توانند آن را اسقاط کنند یا آن را منتقل نمایند چون وظیفه خود را انجام می‌دهند و نمی‌توانند در ازای آن مطالبه اجرت نمایند. اشخاص عهده‌دار حضانة در حقوق ایران در درجه اول پدر و مادر می‌باشد که طفل را بدنیا آورده‌اند ولی در مورد اینکه پدر و مادر با هم برابرند یا نه بین فقهای امامیه که منبع اصلی قانون مدنی ایران است اختلاف می‌باشد و قانون مدنی به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه (نجفی، ۱۳۷۴ب: ۲۹۰؛ جعی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۸۱) مادر تا دو سالگی در مورد حضانة پسر و هفت سالگی در مورد حضانة دختر مقدم بر پدر می‌داند^۱ که با اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی در تاریخ ۱۳۸۲/۵/۶ توسط مجلس شورای اسلامی و تصویب آن در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام این مدت برای پسر و دختر هفت سال در نظر گرفته شده است و مطابق تبصره این ماده^۲ پس از آن هم حضانة طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه تعیین می‌شود، ولی قول دیگری حضانة طفل را در باره پدر و مادر به صورت مشترک بیان نموده و آن را تکلیف مشترک زوجین می‌دانند (طباطبایی، سید علی، ۱۳۷۹).

حال سؤال اینجاست که آیا حضانة اطفال نامشروع بر عهده پدر و مادر آنهاست؟ در جواب می‌توان گفت بله، زیرا هر چند که بین طفل نامشروع و پدر و مادر عرفی‌اش رابطه شرعی و قانونی نسب وجود ندارد ولی چون آنان باعث ایجاد این طفل شده‌اند از باب تسبیب مسؤلیت دارند که او را نگهداری نمایند و هم‌چنین عدالت اقتضا می‌کند که پدر و مادر را ملزم به نگهداری و حضانة این طفل بدانیم زیرا هر کس مسؤل اعمال خویش است و این مسأله نیز در ماده ۱ قانون مسؤلیت مدنی سال ۱۳۳۹ بیان گردیده است که: «اگر

۱ ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی قدیم ایران: «برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت پس از انقضاء این مدت حضانة با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانة آنها با مادر خواهد بود.»

۲ تبصره ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی: «بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانة طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد.» الحاقی مصوب ۱۳۸۲/۵/۶ مجلس شورای اسلامی و تصویب ۱۳۸۲/۹/۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام

کسی به هر نحو ضرری به دیگری برساند باید آن را جبران کند.» و در این جا نیز عدم نگهداری طفل باعث ایجاد ضرر به او می‌گردد و باید توسط پدر و مادرش جبران گردد. هم‌چنین در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، برای سرپاززدن از حضانت، کیفر تعیین شده و نیز در ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز این امر وجود دارد که نشان‌گر آن است که در این قانون، اعتقاد راسخ به تکلیفی بودن حضانت وجود دارد ولی چون لزوماً اثبات یک چیز، به معنای نفی چیز دیگر نیست، نمی‌توان بر آن بود که در این قانون، جنبه حق بودن حضانت، رد شده است.^۲

۱۴-۱- حضانت متولدین از رابطه نامشروع در حقوق ایران

حضانت به معنای نگهداری و تربیت اطفال می‌باشد، ولایت یعنی سلطه و اقتداری که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد، حضانت و ولایت از زمان تولد آغاز می‌شود و تا زمان بلوغ و رشد کودک ادامه می‌یابد با این تفاوت که حضانت در پسرها و دخترها تا هفت سالگی^۳ تحت شرایطی حق مادران است. آنچه به عنوان سؤال اساسی مطرح می‌باشد این است که حضانت و ولایت کودک ناشی از زنا به عهده چه کسی است؟

و اگر بپذیریم که نسب با زنا نیز ثابت می‌شود، ولایت در اینجا به عهده پدر و مادر یعنی زانی و زانیه است؛ و حضانت کودک ناشی از زنا مطابق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی تا هفت

۱ ماده ۵۴ قانون جدید حمایت خانواده: «هر گاه 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.»

۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ شمسی ماده ۱۴: «هرگاه دادگاه خانواده تشخیص دهد کسی که حضانت طفل به او محول شده از انجام تکالیف مربوط به حضانت خودداری کرده یا مانع ملاقات طفل با اشخاص ذی‌حق شود او را برای هر بار تخلف به پرداخت مبلغی از هزار ریال تا ده هزار ریال و در صورت تکرار به حداکثر مبلغ مذکور محکوم خواهد کرد.»

۳ ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.»

سالگی حق مادر است و بعد از آن به عهده پدر خواهد بود و حق ولایت نیز از آن پدر و جد پدری است و فرقی میان کودک ناشی از نکاح صحیح و یا زنا وجود ندارد (قبله‌ای، ۱۳۷۸).

۱۴-۱-۱- رأی وحدت‌رویه شماره ۶۱۷ دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۷۶/۴/۳

مطابق این رأی^۱ زانی پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف پدر بر عهده وی می‌باشد و صرفاً موضوع توارث بین آن‌ها منتفی است (روزنامه رسمی، ۱۳۷۶). در این رأی به مسأله ۳ و مسأله ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره) استناد شده است که امام در پاسخ به این سؤال که «نفقه و حضانة طفل متولد شده از زنا به عهده چه کسی است؟»، صریحاً بیان گردیده است که «متولد از زنا در نفقه و حضانة حکم سایر اولاد را دارد و نفقه او بر عهده پدر است.» و دیگر آنکه نفقه و حضانة طفل نامشروع به اجداد سرایت نمی‌کند و آنان هیچ الزامی در این باره ندارند.

رأی شماره ۶۱۷ - ۱۳۷۶، ۴، ۳

رأی وحدت‌رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور

بموجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد یا اینکه ابوین طفل نامعلوم باشد تعیین تکلیف کرده است لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید با استفاده از عمومات و اطلاق مواد یاد شده و مسأله ۳ و مسأله ۴۷ از موازین قضائی از دیدگاه حضرت امام خمینی رضوان الله تعالی علیه، زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً "موضوع توارث بین آن‌ها منتفی است و لذا رأی شعبه سیام دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد بنظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد بنظر اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور موجه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی با سند ماده واحده قانون مربوط به وحدت‌رویه قضائی مصوب تیرماه سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاجتماع است.

در باره ضمانت اجرای کیفری عدم پرداخت نفقه اطفال نامشروع اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۳۱۳۸۴۷ مورخ ۱۳۷۳/۶/۷ چنین نظر داده است: «هر چند که در قانون مدنی ایران نسبت به حضانت اطفال نامشروع حکمی صادر نشده است لیکن با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۱ و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی^۲ و عرف و عادت مسلم و روح قانون و فتوای صریح امام خمینی (ره) در مورد الزام به انفاق، ملاک انفاق خواهد بود و مراد از زانی در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی ایران هم مرد و هم زن زنا کار است؛ بنابراین پدر و جد پدری به ترتیب و مادر طبیعی طفل، مکلف به انفاق هستند و ترک انفاق از سوی آنان قابل تعقیب کیفری و مجازات است.» (زرعت، ۱۳۷۷: ۳۷۰)

بنابراین مطابق این نظریه و سایر ادله، پدر و مادر اگر نفقه طفل نامشروع را ترک کنند قابل مجازات می‌باشند (صفایی و امامی، اسد...، ۱۳۷۸: ۴۳).

۱۴-۲ ماهیت حضانت متولدین از رابطه نامشروع در کنوانسیون حقوق کودک

ماده ۴ کنوانسیون حقوق کودک بیان می‌دارد: «کشورهای طرف کنوانسیون اقدامات اجرایی و قانونی لازم را جهت تحقق حقوق شناخته شده در این کنوانسیون معمول خواهند داشت. کشورهای طرف کنوانسیون با توجه به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اقداماتی را در جهت بکارگیری حداکثر منابع موجود خود و در صورت لزوم در چارچوب

۱ اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

۲ ماده ۳ آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاهها موظف‌اند موافق قوانین به دعوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.

تبصره - چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.»

همکاری‌های بین‌المللی به عمل خواهند آورد.» و همچنین در ماده ۵ کنوانسیون حقوق کودک آمده است که: «کشورهای طرف کنوانسیون احترام به مسئولیت‌ها، حقوق و وظایف والدین و یا در صورت قابلیت اطلاق، اعضای خانواده^{۱۰} بزرگی که از طریق آداب محلی بوجود می‌آید، قیّم و سایر اشخاصی که قانوناً مسئول کودک هستند را متقبّل می‌شوند و به طریقی که موجب تکامل توانایی‌های کودک شود، راهنمایی و ارشاد لازم را جهت اعمال حقوق شناخته شده کودک در این کنوانسیون، به عمل خواهند آورد.» همچنین ماده ۶ کنوانسیون حقوق کودک که به این شرح است: «۱- کشورهای طرف کنوانسیون حق ذاتی هر کودک را برای زندگی به رسمیت خواهند شناخت...».

در کنوانسیون حقوق کودک شئون مختلف حضانة، در زمره «حقوق کودک» قلمداد شده است و لذا مکلف این حق برای دریافت و عهده‌گیری حضانة دولت است و این دولت است که باید حضانة را واگذار نماید و در این واگذاری این والدین کودک هستند که، در اولویت قرار دارند البته به شرط اینکه مخالف مصالح منافع عالیّه کودک نباشد. لذا در این باب حضانة هم حق است برای کودک و هم تکلیف است برای دولت‌ها؛ و والدین در پذیرش بار این تکلیف اولویت دارند پس حضانة در این‌جا هم ماهیت حق و هم ماهیت تکلیفی دارد.

۱۵ - مسئولیت حضانة

۱۵-۱ عدم قبول حضانة متولدین از رابطه نامشروع توسط پدر و مادر عرفی

در صورت استنکاف حضانة متولدین از رابطه نامشروع توسط پدر و مادر عرفی مطابق ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی که بیان می‌کند: «هیچ‌یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانة طفل به عهده آن‌ها است از نگهداری او امتناع کند و در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیّم یا اقربا و یا به تقاضای مدعی‌العموم نگهداری طفل را به هر یک از ابویین که حق حضانة به عهده اوست الزام کند و در صورتی که الزام مؤثر نباشد حضانة را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند.» می‌تواند هر یک را اجبار به حضانة طفل نماید.

قابل ذکر است که در ماده ۴۵ قانون جدید حمایت خانواده ملاک در انتخاب برای حضانت فرد شایسته می‌باشد به این شرح که «رعایت غبطه و مصلحت کودک» را در انتخاب لحاظ کنند و نیز ماده ۵۴ قانون جدید حمایت خانواده بیان می‌دارد «هر گاه مسؤل حضانت از انجام تکلیف مقرر خودداری کند ... برای بار اول به پرداخت جزای نقدی درجه هشت و در صورت تکرار به حداکثر مجازات مذکور محکوم می‌شود.»

لذا با توجه به ماده ۵۴ قانون گذار جزای نقدی نیز برای فرد مستنکف قرار داده و این از لحاظ مکلف کردن والدین صحیح بوده و به مصلحت کودک است تا مانع معطل ماندن وی شود ولی در عمل به نظر نمی‌رسد مجازات والدین مفید در جهت مصلحت کودک باشد و چه بسا والد مستنکف را خشمگین نموده و برای کودک خطر ساز باشد.

در این باره می‌توان ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی را اعمال نمود که «هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیّم او یا به تقاضای مدعی‌العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند.»

۱۵-۲ مسئولیت حضانت در فقه عامه

مالکیه در خصوص فرد مستحق حضانت معتقدند که مادر اولویت دارد بر دیگران. (حسنی، ۱۳۸۸: ۱۱۹)

شافعیه اعتقاد دارند: مادر و بعد از او مادر مادر و هر چه بالاتر رود (حسنی، ۱۳۸۸: ۱۱۹).
حنابله گفته‌اند: بعد از مادر، مادر مادر، پدر، مادران پدر، جد، مادران جد، خواهر تنی، خواهر مادری، خواهر پدری، خاله تنی، خاله مادری تا آخر (حسنی، ۱۳۸۸: ۱۱۹).

۱۶ - اجرت حضانت

آیا مادر می‌تواند برای نگهداری و زحمتی که نسبت به حضانت فرزند متحمل می‌شود اجرت حضانت مطالبه کند؟ در صورت پاسخ مثبت شخص پردازنده اجرت چه کسی

می‌باشد؟ به عبارت دیگر چه کسی عهده‌دار پرداخت اجرت حضانة خواهد بود؟ علاوه بر این میزان اجرت چگونه محاسبه می‌شود؟

برای پاسخ به سؤالات فوق و تعیین تکلیف اجرت حضانة به تفکیک موضوع، در فقه امامیه، حقوق ایران، فقه عامه و کنوانسیون حقوق کودک مورد بررسی قرار خواهیم داد:

۱۶-۱ اجرت حضانة در فقه امامیه

فقه‌های امامیه در ارتباط با اجرت حضانة، به این موضوع نپرداخته‌اند و صرفاً به اجرت شیر دادن اشاره نموده‌اند (مغنیه، ۱۹۶۱: ۸۵).

قول مشهور فقه‌های شیعه این است که مادر مستحق اجرت حضانة می‌باشد.

۱۶-۲ اجرت حضانة در حقوق ایران

ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد «نگهداری اطفال هم حق است و هم تکلیف است.»

چنین استنباط می‌شود که پدر یا مادر در نگهداری و حضانة طفل به تکلیف قانونی خود عمل می‌کنند و برای انجام این وظیفه قانون حق مطالبه اجرت ندارند و در واقع ماده ذکر شده ظهور در این معنا دارد که حضانة تبرعی و مجانی است.

با توجه و دقت در قسمت اول ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی نیز می‌توان دریافت که نظریه مجانی بودن عمل حضانة مورد تأیید می‌باشد. آنجا که این ماده مقرر می‌دارد: «هیچ یک از ابوبین حق ندارند در مدتی که حضانة طفل به عهده آن‌هاست از نگهداری او امتناع کنند و در صورت امتناع یکی از ابوبین حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیّم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی‌العموم نگهداری طفل را به هر یک از ابوبین که حضانة به عهده او است الزام کند...».

۱۶-۳ اجرت حضانة در فقه عامه

در بین فقیهان اهل سنت مسأله اجرت حضانة مورد اختلاف است. عده‌ای حضانة را عامل پرداخت اجرت به مادر می‌دانند و عده‌ای، مادر را مستحق اجرت حضانة نمی‌دانند.

حنفیه در باره اجرت حضانة معتقدند: اجرت پرستاری از مال صغیر داده می‌شود در صورتی که صاحب مال باشد والا بر پدر است که اجرت را بپردازد. هر گاه مادر پرستاری

طفل را تصدی نماید و برای اقامت خود و صغیر فقیر در آن مسکنی خواسته باشد بر پدر واجب است که، نسبت به تهیه مسکن مناسب اقدام نماید و چنانچه طفل با وجود پرستار نیازمند خدمتکار باشد باز هم پدر ملزم خواهد بود که در صورت گشاده دستی خدمتکار برای طفل در نظر بگیرد (جبعی عاملی، ۱۴۰۳: ۴۵۷).

اگر بین زنی که حضانت می‌کند و پدر طفل، زوجیت نباشد و یا در عده طلاق رجعی نبود هنگام عده طلاق بائن یا فسخی که سزاوار نفقه از پدر طفل بود، اجرت لازم است و واجب است اجرت حضانت از مال طفل باشد و اگر طفل مالی نداشت، به عهده کسی است که باید نفقه او را بدهد (حسنی، ۱۳۸۸: ۱۲۲).

مالکیه اعتقاد دارند: حضانت کننده مستحق اجرتی نیست خواه مادر باشد یا غیر مادر، اما اگر مادر طفل فقیر بوده و فرزندش تمول داشته باشد، می‌توان به دلیل فقر نه به سبب حضانت، از مال طفل به وی کمک کرد. پرداخت نفقه صغیر به عهده پدر است که پرستار آن را تحویل می‌گیرد و به مصرف هزینه طفل می‌رساند بنابراین، پدر نمی‌تواند به پرستار بگوید: بچه را نزد من بفرست تا غذا بخورد و برگردد. میزان نفقه با نظر حاکم شرع و به تناسب حال پدر برای طفل تعیین می‌گردد.

در مورد تهیه مسکن برای پرستار، قاضی وضع مالی زوجین را مدّ نظر دارد چنانچه زن را بی‌نیاز و متمول بداند، تدارک مسکن بر پدر واجب نیست، در غیر این صورت پدر باید نسبت به تأمین مسکن اقدام کند.

شافعیه معتقدند: اجرت حضانت هر پرستاری حتی مادر ثابت است و اضافه بر اجرت شیرخوارگی می‌باشد. هر گاه مادر طفل را شیر دهد ولی اجرت شیرخوارگی و پرستاری را درخواست کند، به این درخواست پاسخ مثبت داده می‌شود. اگر صغیر صاحب مال و ثروت باشد اجرت پرستاری از مال وی و در غیر این صورت پرداخت آن بر عهده پدر و یا شخصی است که نفقه صغیر را می‌پردازد.

حنابله معتقدند: پرستار می‌تواند درخواست اجرت نماید و مادر طفل از هر کسی برای پرستاری شایسته‌تر است. اگر مادر ثروتمند باشد باید طفل را مجاناً پرستاری کند ولی در

عین حال نباید مادر را به این کار مجبور کرد. هر گاه زنی برای شیرخوارگی یا سرپرستی طفل به وسیله قراردادی اجیر شد چنانچه در قرارداد فقط شیردادن قید شده بود پرستاری هم به تبع آن لازم می‌آید، اما اگر تنها مسأله حضانة ذکر شده بود شیردادن لزوم پیدا نمی‌کند.

۱۶-۴ اجرت حضانة در کنوانسیون حقوق کودک

در مورد اجرت حضانة سخنی در کنوانسیون حقوق کودک به صراحت بیان نشده و آن‌چه که بیان نموده‌اند صرفاً در باب نفقه می‌باشد، لذا می‌توان از آن استنباط نمود که چیزی با این عنوان پذیرفته نشده است.

جای دارد که باز به همان عامل کلیدی یعنی حفظ عالی‌ترین منفعت کودک که در ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک^۱ به‌طور صریح بیان شده تکیه نمود و اذعان داشت که غالباً کودک را به فردی می‌سپارند که بهترین منافع و مصالح طفل با آن تأمین شود پس غالباً فرد انتخابی بی‌نیاز از اجرت است، یعنی فردی که ملاک تأمین مالی طفل را دارا بوده و نیازی به دیگری در تأمین این نیاز ندارد ولی نکته مثبت ملاک قرار دادن «منافع و مصالح کودک» این است که حتی اگر فرد شایسته توان مالی نداشت و دادن اجرت به وی (خواه تحت عنوان اجرت حضانة و خواه تحت هر عنوان دیگری) بهتر در جهت تأمین و تضمین منافع و مصالح کودک بود این امر را می‌پذیرد.

در واقع اگر منفعت طفل در این باشد که توسط والد نیازمند به اجرت، پرورش یابد هیچ ایرادی در پرداخت مبلغی به نگهدارنده در این باب نیست. هر چند نامی چون اجرت بر آن نگذاشته باشند.

۱۷ - بلوغ

بلوغ در لغت: اهل لغت در تعریف بلوغ گفته‌اند: «بلوغ عبارت است از شروع نضج جنسی، در زمانی که اعضاء تناسلی بتوانند وظایف خود را انجام دهند و این را سن مراهمه می‌گویند

۱ ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک: «۱. در انجام هر اقدامی که به نوعی به کودک مربوط می‌شود، چه در بخش عمومی، خصوصی، اداری، غیر اداری و یا هر بخش دیگری، رعایت نفع و تأمین سلامت کودک بر سایر مسائل تقدم دارد...»

و در دختران از دوازده سالگی تا چهارده سالگی پدید می‌آید و با پدید آمدن حیض و رشد پستان‌ها همراه است و در پسران از سن دوازده سالگی تا شانزده سالگی به تأخیر می‌افتد و همراه با خروج منی، تغییر صدا و شروع رویش موی ریش همراه است. «(مرعی‌شوشتری، ۱۳۷۶: ۱۴)

۱۷-۱ سن بلوغ در فقه امامیه

غالباً سن بلوغ را در پسر ۱۵ سال و در دختر ۹ سال قمری دانسته‌اند، اگر چه برخی از متأخرین شیعه بلوغ دختران را در ۱۳ سالگی محقق شمرده‌اند (حسینی عاملی، بی تا: ۲۹).

۱۷-۲ سن بلوغ از دیدگاه آیات و روایات

در قرآن کریم در باب بلوغ کودکان نیز آیات متعددی از جمله:

- سوره نور آیه ۵۹: «وَ إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتُنذِرُوا كَمَا اسْتُنذِرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ»؛ «کودکان به حد حلم رسیدند، باید از شما اجازه بگیرند.»

- سوره نور آیه ۵۸: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتُنذِرَكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِّن قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَ حِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِّنَ الظَّهْرِ وَ مِّن بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَّكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَ لَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ»؛ «برندگان شما و اطفالی که هنوز به وقت احتلام و زمان بلوغ نرسیده‌اند باید در شبانه‌روز سه بار از شما برای ورود اجازه بگیرند.»

- سوره نساء آیه ۶: «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ لَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَ كَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا»؛ «یتیمان را تا

سرحد بلوغ نکاح آزمایش نماید پس اگر آنان را رشید یافتید، اموال آنان را در اختیارشان قرار دهید.»

و همچنین در سوره مبارکه غافر آیه ۶۷، سوره مبارکه حج آیه ۵ و سوره مبارکه انعام آیه ۱۵۲ در باب بلوغ کودکان آمده است، لکن مطالعه و تحقیق در متن آیات فوق‌الاشعار، سن معین و مشخصی را برای بلوغ مقرر نفرموده است، فقط به ازدواج، حلم و ... اشاره شده، در این تیزبینی و واقع‌نگری خداوند در آیات مبارکه^{۱۱} مزبور همانند سایر امورات باریتعالی بدون حکمت و هدف نمی‌باشد. چه برای اینکه با عنایت به مناطق اقلیمی و جغرافیایی، نحوه تغذیه و چگونگی زیستن و ... جملگی در وقوع بلوغ جسمی و جنسی در کودکان اعم از دختر و پسر مؤثر بوده و دخالت شدیدی دارد.

در بلوغ از نظر آیات و روایات چیزی جز بلوغ جنسی نیست که همراه با قدرت و توانایی بر عمل جنسی می‌باشد؛ بنابراین وقتی گفته می‌شود فلان پسر و یا فلان دختر به حد بلوغ رسیده است، مقصود آن، از بلوغ این است که آنان توانایی بر عمل جنسی دارند و مستفاد از «بلغواالنکاح» و «بلغ الاطفال منکم الحلم» همین معنی می‌باشد (مرعی شوشتری، ۱۳۷۶: ۲۹).

۱۷-۳ سن بلوغ از دیدگاه اهل سنت

در سنت سن را اماره بلوغ دانسته‌اند، لکن در میزان آن اختلافات زیادی وجود دارد و از مجموع روایات وارده این امر به سادگی واضح و مبرهن می‌گردد که سن، اولاً موضوعیت نداشته و در ثانی، سن جهت بلوغ اماره‌ای برای تحقق مسائل جسمی و جنسی.

در یک جمع‌بندی که از مجموع روایات وارده در این خصوص برمی‌آید، به شرح ذیل می‌باشد:

- روایتی که در پسران ۱۵ سالگی و در دختران ۹ سالگی را اماره بلوغ قرار داده است، مانند صحیحہ حمران.

- روایتی که ۱۳ سالگی را در پسران و ۹ سالگی را در دختران اماره بلوغ دانسته‌اند، مانند موثقه عبدا... بن سنان.

- روایتی که ۱۳ سالگی را بطور مشترک علامت بلوغ دانسته‌اند، مانند موثقه عمار ساباطی.

- روایتی که ۱۳ و ۱۴ سال را در پسران نشانه بلوغ دانسته است، مانند روایت ابو حمزه ثمالی (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۶: ۲۰).

همه فقهای اهل سنت در بلوغ زن با فقه امامیه مخالف هستند و معتقدند که بلوغ زن کمتر از ۱۵ سال نیست و در بیشتر از آن، با یکدیگر اختلاف دارند (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۶: ۲۰)؛ بنابراین تقریباً در فقه شیعه سن بلوغ را برای پسر ۱۵ سال و برای دختر ۹ سال معین نموده‌اند.

البته باید دانست که سن بلوغ دختر و پسر در همه مذاهب اسلامی یکسان نیست. ابوحنیفه ۱۸ سالگی را برای پسر و ۱۷ سالگی را برای دختر پذیرفته است و دیگران ۱۵ سال را برای هر دو (کاتوزیان، b بی تا: ۱۴). شافعیه و حنابله، سن بلوغ را در زن و مرد ۱۵ سال و مالکیه ۱۷ سال گفته‌اند (ابن حزم، بی تا: ۸۸).

۱۷-۴ سن بلوغ از دیدگاه حقوقی

کودکان با رسیدن به سن معین، از نظر طبیعی و قوای هوشی تحول کلی می‌یابند و آماده شرکت در زندگی خانوادگی و اجتماعی می‌شوند. این تحول را که با نشانه‌های جسمی و عضوی، مانند رویدن موهای خشن و احتلام، همراه است «بلوغ طبیعی» می‌نامند و در عرف، هنگامی که سخن از بلوغ می‌شود رسیدن به همین حالت است.

حقوق نیز این انقلاب جسمی و روانی را مبنای آغاز استقلال و تکلیف شخص قرار می‌دهد و بدین اعتبار است که سن بلوغ را «سن تکلیف» نیز می‌نامند (کاتوزیان، b بی تا: ۱۴). حقوق دانان اسلامی در بیان ملاک و ضابطه تشخیص بلوغ شرعی اختلاف کرده و در این راه غالباً معیار سن، رشد جنسی و رویش موهای خشن بر برخی قسمت‌های بدن را مورد توجه قرار داده‌اند (حبیبی، ۱۳۸۶).

به موجب تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است.

۱۸ - پایان حضانة

فقها بر این باورند که، طفل به کسی گفته می‌شود که صغیر باشد و صغیر چه غیر ممیز باشد چه ممیز، کسی است که به سن بلوغ نرسیده باشد؛ بنابراین به کسی که صغیر است طفل گفته می‌شود و مادام که صفت طفولیت زایل نشده باشد، حق و تکلیف ابوبین باقی است و با زوال صفت مزبور تکلیف آن‌ها نیز ساقط می‌گردد.

در این که حضانة طفل از تولد شروع می‌شود و تا هنگام رسیدن وی به سن تمیز ادامه دارد، فقها اتفاق نظر دارند. اما بعد از سن تمیز و در عین حال در رابطه با سن تمیز بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

۱۸-۱ پایان حضانة در حقوق ایران

در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی سابق در صورتی که پدر و مادر زندگی مشترکی نداشتند فرزند پسر تا ۲ سالگی و فرزند دختر تا ۷ سالگی نزد مادر می‌ماند و پس از آن پدر می‌توانست فرزند را از مادر تحویل بگیرد. البته دختر در صورت رسیدن به ۹ سالگی و پسر در صورت رسیدن به سن ۱۵ سالگی از حضانة خارج شده و شخصاً تصمیم می‌گرفتند که در نزد کدام یک از والدین خود یا حتی شخص ثالثی از بستگان خود زندگی نمایند. به همین جهت گرفتاری مادران در گرفتن حضانة فرزند در صورت جدایی بیش‌تر در مورد فرزند پسر اتفاق می‌افتاد که در سن طفولیت و پس از دوره شیرخوارگی باید مادر حضانة وی را به پدر می‌سپرد.

۱۸-۲ پایان حضانة در فقه عامه

مطابق نظریات فقهای اهل سنت، هر گاه طفل پسر یا دختر به سن استقلال و تمیز و از خدمت زنان بی‌نیاز گردید و تصور می‌رفت به تنهایی می‌تواند نیازهای اولیه و اصلی خویش را برآورده سازد؛ مانند این که تنها بتواند غذا بخورد، لباس بپوشد و خویشتن را پاکیزه سازد مدت و دوره حضانة پایان می‌پذیرد.

در مورد تعیین سن حضانة، در فتاوی اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد. حنفیه پایان حضانة پسر را سن هفت سالگی و دختر را نه سالگی می‌دانند.

در مذهب مالکی پایان حضانت پسر رسیدن به سن بلوغ است و مدت حضانت دختر تا زمانی ادامه دارد که دختر شوهر کند و به عقیده برخی مالکیان پایان حضانت برای پسر و دختر هفت سالگی بوده و بعد از آن فرزند مخیر است و به هر کدام خواست ملحق شود. در مذهب شافعی عقیده بر این است که مدتی برای حضانت نیست و طفل نزد مادر خود می ماند تا به سن تمیز و تشخیص برسد که کدام یک از ابویین را برای ادامه زندگی در کنار خود انتخاب کند و اگر فرزند تصمیم گرفت با مادر زندگی کند، چنانچه پسر باشد، باید شبها در منزل مادر و روزها در منزل پدر زندگی کند تا پدر به تعلیم و تربیت وی بپردازد و اگر فرزند، دختر باشد می تواند شب و روز نزد مادر خود زندگی کند. حنابله پایان حضانت را برای پسر و دختر رسیدن آنها به سن هفت سالگی است و بعد از آن طفل اختیار دارد یکی از والدین خود را برای ادامه زندگی با وی انتخاب کند (مغنیه، بی تا: ۲۷۸؛ زیدان، بی تا: ۲۵)

۱۸-۳ پایان حضانت در کنوانسیون حقوق کودک

کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹ میلادی در ماده اول خود چنین نگاشته است: «نظر به مقاصد این کنوانسیون، طفل هر فرد انسانی است که پایین تر از سن ۱۸ سال قرار داشته باشد، مگر اینکه تحت قانون منطبق به اطفال، اکثریت زودتر به بلوغ برسند.» لذا قوانین اکثریت کشورها، سن ۱۸ سالگی را سن اهلیت حقوقی برای پسر و دختر قرار داده است.

نتیجه گیری

در مقاله حاضر «حضانت اطفال نامشروع» از سه منظر فقه عامه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک مورد بررسی قرار گرفته است در ابتدا به مفهوم لغوی، اصطلاحی، فقهی و حقوقی حضانت پرداختیم و ابعاد مادی و معنوی حضانت را بیان نمودیم. در باب تعریف حضانت به خلاء قانونی در کشورمان ضمن تعریف از حضانت اشاره نمودیم و شایسته دانستیم که در حقوق کشورمان به ارائه تعریف در این باب پرداخته شود تا با تحدید حدود هرچه بیش تر، حمایت بیش تر از حقوق کودک صورت گیرد و مساعدتر به حال کودک و در

جهت منافع و مصالح کودک باشد و در ادامه این نکته قابل ذکر است که در حقوق کشورمان و فقه با شناختن نهاد ولایت در کنار حضانة باعث ایجاد اختلاف سلیقه‌ها شده و از نظر شایستگی اخلاقی سپردن امور کودک در اختیار یک فرد از دشمنی‌ها و تنش‌ها جلوگیری کرده و از همه مهم‌تر مانع آسیب به کودک می‌شود و بدین‌گونه منافع کودک تأمین می‌شود و از اختلاف ولی و حاضن جلوگیری می‌نماید بر خلاف حقوق ایران که هر دو در کنار هم وجود دارد و اختیارات ولی عام هم در امور مالی و هم غیر مالی می‌باشد، ولی در اکثر کشورهای دنیا در نظر گرفتن ولی صرفاً در صورت نبودن والدین است.

مفهوم کودک از جمله مفاهیمی بود که تعریف شد و به این نتیجه رسیدیم که کودکی از دوران جنینی آغاز شده و به بلوغ ختم می‌شود و کودک کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد و این قاعده در فقه و حقوق کشورمان مشابه هم می‌باشد اما در باب کنوانسیون حقوق کودک شاهد تفاوتی هستیم، در تعریف کودک آمده است کودکی است که صرفاً به سن ۱۸ سالگی نرسیده باشد و البته قابل ذکر است که برای شروع دوره کودکی کنوانسیون قائل به زمان نشده است و در این مورد سکوت کرده است. به نظر می‌رسد این امر نقطه قوتی در حقوق ما برای حمایت از حق حیات جنین می‌باشد زیرا در حقوق ایران برای جنین شخصیت قائل شده و سقط جنین جرم شناخته می‌شود و در باره نقطه انتهایی دوران کودکی فارق از مبحث تعیین بلوغ، کنوانسیون حقوق کودک سنی خاص را انتخاب نموده است که با وجود این که این امر نسبی بوده و در هر فرد متفاوت است (بلوغ) اما از جهات بالاتر بردن سن پایان کودکی نسبت به حقوق کشورمان و فقه اسلامی مدت زمان بیشتری کودک را در چتر حمایتی خود قرار می‌دهد که این مسأله خود از اهمیت خاصی برخوردار می‌باشد. از طرف دیگر به نظر می‌رسد حقوق دانان با بررسی سن بلوغ که ظاهراً چتر حمایت بسته می‌شود، در دختر ۹ سال و پسر ۱۵ سال تمام است با نگاهی تیزبینانه به علت ناپختگی خصوصاً در دختر سن پایان حضانة را هم‌چون کنوانسیون حقوق کودک ۱۸ سالگی لحاظ کنند. حقیقت این است که آنچه عملاً در جامعه مشاهده می‌شود در انجام امور قانونی ملاک ۱۸ سالگی در اموری نظیر خرید و فروش به سند معتبر، انجام معاملات بانکی و نظایر آن قابلیت اجرا پیدا می‌کند.

در ادامه معنای لغوی و اصطلاحی نسب را تعریف و مشخص نمودیم که معمولاً به پیوندهای خویشاوندی که در اثر ازدواج و انعقاد نطفه بوجود می‌آید مانند پیوند پدر و فرزندی و مادر و فرزندی، نسب می‌گویند و در تقسیم بندی نسب به نسب خاص، نسب مشروع و نسب نامشروع اشاره کردیم.

دانستیم که محال است بدون رابطهٔ زن و مرد کودکی پا به حیات بگذارد و در تقسیم‌بندی رابطه، دو رابطهٔ مشروع، نامشروع را توضیح دادیم. در مقایسه طفل مشروع با طفل نامشروع مطابق رأی وحدت‌رویه شماره ۶۱۷ دیوان عالی کشور و ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی دانستیم که نکاح نسب نامشروع را در ردیف نکاح نسب مشروع قرار داده است و از این لحاظ فرقی بین اطفال مشروع و اطفال نامشروع نمی‌باشد؛ و از عوامل پیدایش اطفال نامشروع به این نتیجه رسیدیم که علاوه بر عوامل اجتماعی از جمله خانواده عوامل دیگری هم‌چون عوامل اقتصادی، قانونی، جنگ و عوامل فردی هم مؤثر می‌باشد. در پیگیری آمار اطفال نامشروع مشخص شد در جوامعی که به عقاید دینی و مذهبی پایبند هستند این آمار کم‌تر و برعکس در کشورهایی که اعتقادات مذهبی ضعیف‌تر است آمار بالاتری از اطفال نامشروع را به خود اختصاص می‌دهند. در باره نسب اطفال نامشروع باید گفت که نسب یک رابطه خونی و ذاتی بین طفل و پدر و مادر او می‌باشد و این رابطه بین طفل نامشروع و پدر و مادر او هم وجود دارد و غیر قابل انکار است ولی شرع و قانون بنابر مصالحی که از جمله مصلحت و حفظ کیان خانواده است این رابطه را مؤثر نشناخته و قائل به رابطه‌ای بین طفل نامشروع و پدر و مادر او نمی‌شناسد و نسب پدری و مادری طفل نامشروع در فقه امامیه و قانون از هر جهت به رسمیت شناخته نشده است ولی بر اساس رأی وحدت‌رویه شماره ۶۱۷ دیوان عالی کشور مطابق این رأی، زانی پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف پدر بر عهده وی می‌باشد و صرفاً موضوع توارث بین آن‌ها منتفی است. در کنوانسیون حقوق کودک با توجه به بند ۱ ماده ۲ هیچ تفاوتی بین طفل مشروع و نامشروع قائل نشده است و تنها مصلحت عالیّه کودک مد نظرش می‌باشد در حقیقت برای شناسایی نسب عرفی و امکان الحاق طفل نامشروع به والدین می‌توان از دلایل اثبات دعوی استفاده کرد مثل اقرار

به فرزندی طفل نامشروع توسط پدر، آزمایش خون، امارات و به‌طور کلی هر وسیله‌ای که برای اثبات دعوی وجود دارد می‌تواند به اثبات نسب بیانجامد و همین رابطه نسبی هرچند به‌طور نامشروع منجر به ظهور آثار حقوقی بر پدر و مادر عرفی و طفل می‌شود. لذا به این نتیجه می‌رسیم که میان کودک مشروع و نامشروع هیچ تفاوت حقوقی وجود ندارد به‌جز چهار موضوع قضاوت، شهادت، امام‌جماعت و ارث و علت استثناء در این چهار موضوع برای اطفال نامشروع پاکی و طهارت نطفه بوده است که در کودکان نامشروع وجود ندارد و هرآنچه از تکالیف حقوقی و وظایف و رعایت شئون در خصوص کودکان مشروع مقرر می‌باشد در رابطه با کودکان نامشروع نیز صادق است. در خصوص ولایت پس از تعریف لغوی ولایت که به معنای سرپرستی، قیمومت و قرابت می‌باشد و معنای اصطلاحی آن عبارت است از سلطه و اقتداری که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد به تقسیم‌بندی ولی و ذکر اقسام ولایت پرداخته شد و به این نتیجه رسیدیم که ولایت مربوط به نسب شرعی می‌باشد و چون فرزند نامشروع فاقد نسب است لذا فاقد ولی می‌باشد و اولی این که پدر ولایت ندارد پس جد پدری هم فاقد ولایت می‌باشد بنابراین ولایت طفل نامشروع بر عهده ولی جامع‌الشرایط است. ولایت از منظر فقه عامه به تفکیک در فرقه‌های مختلف اقوال مختلفی را به خود اختصاص داده است مثلاً در فرقه حنفیه ولی صغیر اول پدر است و دوم وصی و در شافعی با بودن پدر هیچ کس ولایت ندارد ولایت در حقوق ایران بر پایه فقه امامیه می‌باشد که در ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارد اما در خصوص طفل نامشروع این ولایت وجود ندارد زیرا ولایت حق فرزند قانونی است و کسی که غیر قانونی صاحب اولاد شده ولایتی بر طفل نخواهد داشت و حق اداره اموال او را ندارد و برای اطفالی که ولی خاص ندارند مطابق بند ۱ ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی نصب قیم در نظر گرفته می‌شود.

در خصوص این که حضانة اطفال نامشروع با چه کسی می‌باشد به این نتیجه رسیدیم که بین طفل طبیعی، زانی و زانیه نسب عرفی وجود دارد در حالی که نسب شرعی وجود ندارد و در واقع این نسب شرعی است که حق حضانة را بوجود می‌آورد اما در کل بین فقها اختلاف نظر وجود دارد در نظر اول حضانة حق است و واجب کفایی از این رو قابل اسقاط و

واگذاری می‌باشد در نظر دوم حضانت حکم است و تکلیف و واجب عینی است و غیر قابل اسقاط است و در نظر سوم حضانت نسبت به مادر حق است و نسبت به پدر حق و تکلیف و بر اساس ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است.» و ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی «ابویین را مکلف نموده است که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن‌ها را مهمل گذارند.» و نیز مخالف نظریات کنوانسیون حقوق کودک که حق را صرفاً برای کودک دانسته نه والدین وی و او را تنها محق حضانت می‌دانند و والدین و مخصوصاً و در درجه اول دولت را مکلف این حق قرار می‌دهد که این امر کاملاً در راستای منافع و مصالح کودک است؛ لذا به این نتیجه کلی رسیدیم که قانون مدنی از نظر دوم فقهای امامیه پیروی کرده یعنی حضانت غیر قابل اسقاط است با قید اولویت برای مادر در مدت مقرر واجب و در صورت امتناع مادر پدر وظیفه حضانت را به‌عهده می‌گیرد البته طبق نظر قانون جدید حمایت خانواده طفل دختر و پسر تا هفت سال اولی به حضانت مادر می‌باشد و بعد پدر. در همین فصل پاسخ به این سؤال مهم داده شد که آیا اصلاً صلاح است حضانت اطفال نامشروع بر عهده پدر و مادر عرفی باشد یا خیر و به این نتیجه رسیدیم که بلی اگرچه رابطه شرعی بین طفل نامشروع و زانی و زانیه نیست ولی از باب الف- تسبیب و ب- عدالت، حضانت به‌عهده ایشان (پدر و مادر عرفی) می‌باشد همین موضوع در ماده ۵۴ قانون جدید حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به تکلیفی بودن حضانت اشاره شده است. حضانت در کنوانسیون حقوق کودک با توجه به مصالح و منافع کودک در نظر گرفته شده است و والدین در پذیرش بار این تکلیف در اولویت می‌باشند به عبارت دیگر هم ماهیت حق و هم ماهیت تکلیفی دارد.

در باب مسئولیت حضانت نیز به این نتیجه رسیدیم که بین طفل مشروع و طفل نامشروع فرقی وجود ندارد و اولی ابویین عرفی می‌باشند. در فقه امامیه نیز با وجود نفی سبب ولی باز بهتر است حضانت به‌عهده والدین باشد این مسأله چنان اهمیت دارد که در صورت عدم قبول حضانت طبق ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی هیچ یک از والدین حق امتناع در مدت حضانت را ندارند و در صورت امتناع توسط اقربا و یا قیم حضانت ادامه پیدا می‌کند.

ماده ۵۴ قانون جدید حمایت خانواده می‌گوید: «چنانچه والدین طبیعی از حضانة شانه خالی کند بار اول به پرداخت جزای نقدی درجه هشت و با تکرار به حداکثر مجازات محکوم می‌شود.» خلاصه آن‌که طبق ماده ۴۵ قانون جدید خانواده رعایت غبطه و مصلحت کودک مدّ نظر می‌باشد. هم‌چنین در خصوص عدم مسئولیت در تربیت اخلاقی طفل نامشروع به این نتیجه رسیدیم که طبق ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی در صورت کوتاهی ابوبین طفل نامشروع در تربیت و ضعف جسمانی طفل، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او هر تصمیمی که دادگاه می‌خواهد اتخاذ کند و یا آن‌را به مراکز نگهداری کودکان بدهد. قابل ذکر است که مسئولیت دولت در حضانة اطفال نامشروع در اصل ۲۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این‌گونه بیان شده که: «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات تضمین نماید.» و از جمله این حقوق حضانة اطفال نامشروع است که زیر چتر حمایت ابوبین خود قرار نگرفته‌اند. در موضوع اولویت حضانة ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی تصریح می‌دارد تا زمانی که پدر و مادر زنده هستند حضانة در صورت صلاحیت با آنان است و طبق ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی برای پدر و مادری که جدا زندگی می‌کنند پس از اصلاحیه، هفت سال را برای هر دو جنس دختر و پسر برای مادر لحاظ کرده و پس از آن مصلحت طفل را لازم شمرده است. در باب مسئولیت حضانة در فقه عامه اقوال مختلفی برای هر یک از فرق آمده است از جمله در فرقه مالکیه حضانة مادر را اولی می‌داند و بعد از او مادر مادر و بعد خاله تنی مادری. در فقه شافعی اول مادر و به ترتیب پدر مادر، مادر پدر و در فرق دیگر نظرات مختلف آمده است.

در رابطه با حضانة پس از رسیدن به سن بلوغ نیز در فقه آمده است که با رسیدن سن بلوغ حضانةش پایان می‌پذیرد اما پس از آن با کودک است تا انتخاب کند با پدر یا مادر به دلخواهش زندگی کند در حقوق ایران نیز همین قاعده رواج دارد برای دختر ۹ سال و برای پسر ۱۵ سال تمام و پس از آن به انتخاب خودش می‌باشد. در کنوانسیون حقوق کودک با رسیدن به سن ۱۸ سال از حضانة خارج شده و حضانة پس از آن به انتخاب خودش می‌باشد.

در خصوص اجرت حضانت در فقه امامیه به این امر نپرداخته و صرفاً به اجرت شیر دادن اشاره کرده و قول مشهور، مادر را مستحق اجرت حضانت می‌داند. در حقوق ایران مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی نگهداری اطفال را هم حق و هم تکلیف می‌داند ظهور در این معناست که حضانت تبرعی و مجانی است و در بین فقهای عامه این موضوع مورد اختلاف است برخی مادر را مستحق دریافت اجرت حضانت و عده‌ای دیگر مادر را فارغ از دریافت اجرت حضانت می‌دانند. در کنوانسیون حقوق کودک نیز چیزی به عنوان اجرت حضانت بیان نشده و صرفاً در باب نفقه موضوع را بیان کرده است به عبارتی دیگر عامل کلیدی بهترین منافع و مصالح طفل در ماده ۳ مد نظر می‌باشد.

در مبحث پایانی با توجه به موضوع بلوغ، بحث پایان حضانت را بیان کرده‌ایم که بر خلاف حقوق ما که بعد از مدت‌ها تلاش توانستند سن هفت سال را برای پسران نیز در مورد مدت حضانت مادر به تصویب برسانند و در فقه باز هم نظر غالب بر حضانت پسر تا دو سال و دختر تا هفت سال برای مادر و پس از آن پدر می‌باشد اما در بحث کنوانسیون حقوق کودک به این نتیجه رسیدیم که بهترین ملاک باز هم توجه به تأمین بهترین منافع و مصالح کودک است و غالباً هم با توجه به فایده‌دارتر بودن حضانت مادر، این امر بر دوش مادر واگذار شده و زمان محدودی برای مادر قائل نیستند و نگاهی جنسیت‌گرایانه به این مبحث ندارند که این از منظر اخلاقی نیز شایسته و قابل توجه است. ضمناً باید به این امر اشاره نمود که با توجه به این‌که پایان حضانت را بلوغ دانسته‌اند و بلوغ در مواد قانونی ۹ سال در دختر و ۱۵ سال در پسر است و این سن اولاً باز هم نگاهی جنسیت‌انگارانه دارد و ثانیاً برای هر دو و مخصوصاً برای دختر ۹ ساله رها شدن و بی‌مسئول واگذار شدن صلاح نیست و به جهت این ایراد حقوق‌دانان تلاش نموده‌اند به جای اعلام سن بلوغ به عنوان پایان حضانت، سن رشد مذکور در قانون یعنی ۱۸ سالگی را ملاک قرار دهند یعنی همان ملاک مورد قبول در کنوانسیون که مانع ایجاد اختلافات در این زمینه می‌باشد.

و از دیدگاه فقهای عامه سن موضوعیت نداشته و جهت بلوغ سن تنها اماره‌ای برای تحقق مسائل جسمی و جنسی می‌باشد با این وجود در فرق مختلف روایات متفاوت است از

جمله در دختر ۹ سال و در پسر ۱۵ سال و در فرقه‌ای دیگر در دختر ۹ سال و در پسر ۱۳ سال برای پایان حضانة یادآور شده‌اند.

فارغ از این که در مبحث نتیجه‌گیری به پیشنهادات اشاره شده است اکنون به‌طور مجزا طی دو بخش در مورد آن بحث می‌کنیم:

الف) پیشنهادات در مورد اصلاحات و تغییرات مواد قانونی، با توجه به کلیه مواد قانونی مطرح شده در قانون مدنی ایران در باب حضانة که با نگاه دقیق و ریزبین قانون‌گذاران از همه جوانب مطرح شده است لیک در بعضی ماده‌های قانونی نیاز به شفاف‌سازی در کلمات و عبارات قید شده می‌باشد که دخالت در این امر مهم را به حقوق‌دانان زبرجد و قانون‌گذارانی که دستی توانا بر قلم و اصلاح مواد قانونی دارند می‌گذاریم و فقط از باب نمونه به مواردی از آن اشاره می‌کنیم.

۱- زیر پر و بال گرفتن، نگاهداری و تربیت از معانی حضانة می‌باشد که با کمال تأسف تعریفی از آن در قانون مدنی نیامده است ای کاش قانون‌گذاران پیرامون چنین تعریف مهمی که قوانین اجرایی دیگر زیر چتر آن مطرح می‌شود را بیان می‌کردند.

۲ - مطابق ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که می‌گوید «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود.» در تفسیر این ماده قانون‌گذاران معتقدند که کلمه زانی، زانیه را هم در بر می‌گیرد، از این رو چه بهتر بود که به‌طور صریح کلمه زانیه آورده می‌شد.

۳ - مطابق ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند ولی به استثناء این حق نمی‌توان طفل خود را خارج از حدود تأدیبه تنبیه نمایند.» آنچه در این ماده به‌نظر بنده محل اشکال است اولاً در قسمت ابتدایی ماده قانونی وقتی جمله بصورت مثبت آورده شده است ناخودآگاه گویی حکم جواز تنبیه کردن صادر می‌شود که این خود در جهت زیر پا گذاشتن حق کودک اثر دارد. ثانیاً موضوع حدود تأدیبه مورد سؤال است که توسط چه کسی مشخص می‌شود، حدود تأدیبه از نظر مردم و قضات متفاوت می‌باشد، ای کاش می‌شد تا با تعریفی مشخص و روشن مصادیقی از آن در چند بند مطرح می‌گشت.

۴ - ماده ۸۸۴ قانون مدنی که می‌گوید: «ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام ارث نمی‌برد، لیکن...» با توجه به نکات اشاره شده پیرامون عدم توارث بین طفل ناشی از رابطه نامشروع

با پدر و مادر عرفی، ای کاش می‌توانستیم در قانون نسبت به ارتقاء حقوق مادی این‌گونه از اطفال از طریق صلح، هبه و وصیت بخشی از محرومیت از ارث را جبران می‌کردیم تا در گذر زمان طفل نامشروع خود را محروم از توانایی مالی پدر و مادر عرفی خود نداند که البته همین احساس تفاوت بین او و اطفال مشروع زمینه‌ساز عقده‌های روانی و نهایتاً انتقال این بحران به جامعه می‌شود.

۵ - ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی که می‌گوید: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود.» آنچه در این ماده بطور مشهود به‌نظر می‌رسد اینکه تنها به جنون مادر اشاره شده است در حالیکه این احتمال وجود دارد پدر دچار جنون شود که در این صورت حضانت از پدر به مادر می‌رسد، بهتر آن بود که جنون در خصوص مادر و پدر هر دو ذکر می‌شد.

۶ - ماده‌های ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی که در رابطه با نگاهداری و تربیت اطفال است بعضاً از نگاه پدر و مادرها افتاده و اکثراً پیرامون آن چیزی نمی‌دانند و به تبع آن در امور تربیتی غافل از ماده‌های قانونی عملکردهای متناقض با قانون از خود نشان می‌دهند ای کاش می‌شد مانند شرایط مطرح شده در سند ازدواج که هنگام وقوع آن توسط عاقد برای زوجین تفهیم می‌شود، همین زوجی که در آینده‌ای نزدیک خود را پدر و مادر می‌بینند تفسیر ماده‌های فوق نیز برای آنان در حکم یک تعهد اخلاقی و پایبندی به آن صورت می‌گرفت؛ و امضای زوجین آن‌ها را نسبت به فرزنددار شدن و توجه به امور تربیتی آن‌ها را از همان روز انتخاب همسر حساس و دقیق به نکات اخلاقی و قانونی تربیت فرزندان می‌کرد.

ب) پیشنهادهاتی که چنان‌چه بدان جامه عمل پوشیده شود از ایجاد زمینه پیدایش اطفال نامشروع جلوگیری می‌کند.

۱- تقویت نیروی تقوای درونی در بسترهای خانواده، آموزش و پرورش، دانشگاه و در سطح کلان جامعه.

۲ - حفظ روابط صحیح و منطقی بین گروه دختران و پسران و یا حتی زنان و مردان در روابط اجتماعی.

۳ - ازدواج‌های به‌هنگام و ساده.

۴ - جلوگیری از بالا رفتن سن ازدواج بنا به دلایل واهی چون فراهم شدن کلیه امکانات رفاهی و لوازم زندگی.

۵ - آگاهی، عدم توجه و مقابله با تبلیغات گسترده بیگانگان جهت از بین بردن حجاب و عفاف در زنان و غیرت و مردانگی در مردان از طریق شبکه‌های ارتباطی از قبیل ماهواره، اینترنت و شبکه‌های اجتماعی.

کتابنامه:

قرآن کریم

الف) منابع فارسی

- ۱- امامی، سیدحسن (۱۳۴۲)، حقوق مدنی، ج ۵، تهران: دانشگاه تهران.
- ۲- _____، _____ (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، ج ۵، تهران: انتشارات اسلامیه، چ ۱۱.
- ۳- _____، _____ (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، ج ۵، تهران: انتشارات اسلامیه، چ ۱۳.
- ۴- بروجردی عبده، محمد (۱۳۳۹)، کلیات حقوق اسلامی، تهران: بی نا، چ ۲.
- ۵- پرتو، ابوالقاسم (۱۳۷۷)، واژه‌یاب فرهنگ برابری‌های پارسی واژگان بیگانه، ج ۲، تهران: اساطیر، چ ۲.
- ۶- حبیبی، جواد (۱۳۸۶)، مجموعه مقالات همایش حقوق کودک. کودک و مسؤلیت کیفری، تهران: نشر گرایش.
- ۷- حسنی، علیرضا (۱۳۸۸)، حضانت کودک، دامغان: انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی، چ ۱.
- ۸- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، لغت‌نامه (۱۶ جلدی)، ج ۵، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۳.
- ۹- ذوالمجدین، زین‌العابدین (۱۳۳۷)، شرح بر تبصره علامه، ج ۲، بی جا، بی نا، چ ۲.
- ۱۰- روزنامه رسمی (۱۳۷۶)، ۱۵۲۹۳.
- ۱۱- زراعت، عباس (۱۳۷۷)، شرح قانون مجازات اسلامی، تهران: فیض، چ ۳.
- ۱۲- شریف، علی (۱۳۷۷)، حقوق خانواده (حقوق مدنی ۵)، نشر دنیای نو، چ ۱.
- ۱۳- صفایی، سید حسین (۱۳۸۴)، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، زیر نظر ابوالقاسم گرجی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱.
- ۱۴- صفایی، سیدحسین، امامی، اسدا... (۱۳۷۴)، حقوق خانواده، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱.
- ۱۵- _____، _____، _____ (۱۳۷۸)، مختصر حقوق خانواده، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چ ۲.
- ۱۶- طاهری، حبیب آ... (بی تا)، حقوق مدنی، ج ۱.
- ۱۷- طباطبایی، سید مصطفی (بی تا)، فرهنگ نوین، بی جا، بی نا.
- ۱۸- عبادی، شیرین (۱۳۷۱)، حقوق کودک، تهران: نشر روشنگران، چ ۳.
- ۱۹- قبله‌ای، خلیل (۱۳۷۸)، بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع. فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوقی، سال چهارم (۱۴-۱۳)، ۱۱۵-۱۴۹.

- ۲۰- قزوینی، سید علی (۱۳۸۰)، مقاله آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، روش‌های تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، ج ۱، تهران، ص ۱۹۰.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر (a بی تا)، حقوق مدنی، ج ۲، بی جا، بی نا.
- ۲۲- _____، (b بی تا)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران، شرکت انتشار.
- ۲۳- _____، (۱۳۸۸)، مجلس شورای اسلامی ایران، نرم‌افزار لوح حق، نسخه ۱۶، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی ایران.
- ۲۴- مجموعه مقالات نخستین همایش منطقه‌ای حقوق کودک (۱۳۸۶)، بابل، دانشگاه آزاد اسلامی، ص ۱۷۲
- ۲۵- مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن (۱۳۷۶)، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، تهران: نشر میزان
- ۲۶- مصفا، نسرين (۱۳۸۲)، کنوانسیون حقوق کودک و بهره‌وری از آن در حقوق داخلی ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲۷- منصور، جهانگیر (۱۳۹۲)، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قانون مدنی، تهران: نشر دوران، چ ۴۸.
- ۲۸- منصور، جهانگیر (۱۳۹۲)، قوانین و مقررات آیین دادرسی مدنی، تهران: نشر دوران، چ ۴۷.
- ۲۹- مهریزی (بی تا)، مجله پیام زن (ش ۷۴)، ص ۴۴-۴۵ و (ش ۷۵)، ص ۲۲-۲۳.
- ۳۰- یزدی، ابوالقاسم ابن محمد (۱۳۶۸)، ترجمه فارسی شرایع الاسلام، ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۵.
- (ب) منابع عربی**
- ۳۱- ابن ادریس شافعی، ابی عبدا... محمد (۱۴۱۰)، الام فی الفقه للامام الشافعی، ج ۴، بیروت: دارالمعرفه.
- ۳۲- ابن تیمیه (بی تا)، الفتاوی الکبری، ج ۴، بی جا، بی نا.
- ۳۳- ابن حزم، علی بن احمد بن سعید (بی تا)، المحلی، ج ۱، بی جا، بی نا.
- ۳۴- ابن منظور (۱۹۹۷)، لسان العرب، ج ۲، بیروت: دار صادر.
- ۳۵- البنانی، سلیم بن رستم (۱۸۹۸)، از شرح المجله، بیروت، المطبعة الادبیه.
- ۳۶- الجزیری، عبدالرحمن (۱۹۶۹)، الفقه علی مذاهب الاربعه، مصر، ج ۴، بی جا، مکتبه التجاریه الکبری.
- ۳۷- الحافظ ابی‌الفضل اسماعیل بن کثیر دمشقی (بی تا)، البدایه و النهایه، ج ۳، بیروت، داراحیاء تراث العربیه.
- ۳۸- الحلی، المحقق ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن (۱۳۷۳)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، قم، استقلال، چ ۴.

- ۳۹- السبزواری (۱۴۱۷)، **مهذب الاحکام**، ج ۲۵، قم، مؤسسه المنار، ج ۴.
- ۴۰- الطوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن (۱۳۶۳)، **الاستبصار فیما اختلف من الاخبار**، ج ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۴.
- ۴۱- _____، _____ (۱۳۶۴)، **تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه**، ج ۹، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۳.
- ۴۲- القزوینی، ابو عبدالله محمد بن یزید (بی تا)، **سنن ابن ماجه**، ج ۱، دمشق، دارالفکر.
- ۴۳- الکلینی الرازی، ابو جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۳۷۹)، **الفروع من الکافی**، ج ۷، تهران، دارالکتب الاسلامیه ۱۳۷۹ قمری.
- ۴۴- جبعی العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۰۳)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه**، ج ۵، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- ۴۵- _____، _____ (۱۴۱۹)، **مسالك الافهام**، ج ۱.
- ۴۶- جبعی العاملی، زین الدین، مکی العاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول و ثانی) (بی تا)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه**، ج ۵، بیروت: انتشارات مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، باب نکاح ص ۴۵۹ و ۴۶۰.
- ۴۷- حسن فرج، توفیق (بی تا)، **احکام الاحوال الشخصیه**، بیروت، الدارالجامعیه.
- ۴۸- حسینی عاملی، محمد جواد (بی تا)، **تعلیقات علی باب القصاص کشف اللثام**، بی جا، بی نا.
- ۴۹- زبیدی، حمد بن محمد (۱۴۱۴)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ذیل «حضن»، بیروت، ج علی شیری.
- ۵۰- _____، _____ (بی تا)، **تاج العروس**، ج ۱۰.
- ۵۱- زحیلی، وهبه (۱۴۰۹)، **الفقه الاسلامیه و ادلته**، ج ۴، دمشق، دارالفکر، ج ۴.
- ۵۲- _____، _____ (۱۴۱۸)، **الفقه الاسلامی و ادلته**، ج ۱۰، دمشق، دارالفکر، ج ۴.
- ۵۳- زکریا، ابو الحسن احمد بن فارس (۱۴۲۹)، **معجم المقائیس اللغه**، ج ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۵۴- زیدان، عبدالکریم (بی تا)، **المفصل فی احکام المراه و البیت المسلم**، ج ۱۰، بی جا، بی نا.
- ۵۵- طباطبایی، سیدعلی (۱۳۷۹)، **ریاض المسائل**، ج ۲، چاپ سنگی، فصل حضانت.
- ۵۶- _____، _____ (۱۴۱۲)، **ریاض المسائل**، ج ۷، بیروت، دارالهادی.
- ۵۷- مغنیه، محمد جواد (بی تا)، **الاحوال الشخصیه علی مذاهب اربعه**، بی جا، بی نا.
- ۵۸- _____، _____ (۱۹۶۱)، **فصول الشرعیه علی مذهب الامامیه**، بیروت، بی نا، ج ۲.

- ۵۹- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۱۲)، **جواهرالکلام**، تهران، بی نا، کتاب نکاح.
- ۶۰- _____، _____ (۱۳۷۴a)، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چ ۱۰.
- ۶۱- _____، _____ (۱۳۷۴b)، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۳۱، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چ ۱۰.
- ۶۲- _____، _____ (۱۳۷۴c)، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۳۳، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چ ۱۰.
- ۶۳- _____، _____ (۱۳۷۴d)، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۳۵، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چ ۱۰.

ج) پایان نامه‌ها

- ۶۴- حسینی عاشوری، فدا (۱۳۸۰)، **جایگاه حضانة در فقه اسلامی و حقوق مدنی**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سبزوار
- ۶۵- سروش، آذردهخت (شهریور ۱۳۹۱)، **بررسی تطبیقی حقوق کودکان نامشروع در کنوانسیون حقوق بشر و فقه امامیه**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور واحد تهران جنوب
- ۶۶- سلطانی، دنیا (تابستان ۱۳۸۹)، **بررسی تطبیقی حق حضانة مادر در فقه اسلامی**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز
- ۶۷- سمیعی آشتیانی، حوری (تیرماه ۱۳۸۷)، **بررسی تطبیقی حقوق اطفال نامشروع در فقه و حقوق**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده فقه و فلسفه دانشگاه تهران
- ۶۸- کرمی اشکفتکی، سهیلا (۱۳۸۷)، **بررسی تطبیقی حق حضانة در فقه امامیه و عامه**، پایان نامه کارشناسی ارشد، پردیس قم دانشگاه تهران
- ۶۹- کریمیان، لیلی (بهمن ۱۳۸۱)، **حضانة و بررسی آن در قانون مدنی ایران**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز
- ۷۰- محرابی راد، لیلی (خرداد ۱۳۹۲)، **بررسی حضانة در فقه اسلامی و حقوق موضوعه**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران
- ۷۱- محسنی، الهه (خرداد ۱۳۹۲)، **بررسی تطبیقی حضانة کودکان در فقه امامیه قوانین موضوعه ایران و حقوق فرانسه**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران

د) منابع اینترنتی (سایت)

- 72- <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/child+Custody:emancipated> (i.e. considered a legal adult); ۱۳۹۴ خرداد ۱۶ رویت شده در تاریخ ۱۶ خرداد ۱۳۹۴
- 73- <http://lib.ahlolbait.com/parvan/home/>
- 74- <http://lib.eshia.ir/>
- 75- http://www.childwelfare.gov/systemwide/law_policies/statutes/best_interest.cfm
- 76- <http://www.divorceandcustody4women.com/custody.htm>
- 77- <http://www.nolo.cim/legal-encyclopedia/child-custody-faq-29054.htm>

ه) منابع لاتین

- 78- Convention on the rights of the child: Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989