

مؤلفه‌های حضانت در بستر مصالح عالیّه کودک

مریم غنی زاده بافقی *

زهرا غنی زاده بافقی **

تاریخ پذیرش: ۹۷/۰۷/۱۶

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۴/۱۶

چکیده

در هر نظام حقوقی تصمیم‌گیری در موضوع حضانت و سرپرستی کودکان، مبتنی بر نوع برداشت نظام مذکور از کودک و مفهوم کودکی است و تصمیم‌گیری صحیح در این زمینه نیازمند بهره‌گیری از معیارهای مشخص و کارآمد است. در فقه اسلامی این معیار تحت عنوان مصلحت یا غبطه معرفی شده و پس از تصویب کنوانسیون حقوق کودک نیز مصالح عالیّه کودک به عنوان مفهومی فراگیر در حوزه کودک مورد توجه قرار گرفته است. با وجود این، ذات سیال و مبهم مصالح عالیّه زمینه را برای برداشت‌های مختلف فراهم نمود؛ امری که سبب تشتت آرا و سردرگمی ارزیابان در این حوزه شده است. در این میان کمیته حقوق کودک تلاش زیادی برای زدودن ابهام از چهره مصالح عالیّه کرده است. بهره‌گیری از مواد قانونی در قوانین ایران نیز در این خصوص می‌تواند تا حدی رهگشا باشند. هدف پژوهش حاضر استخراج مؤلفه‌های حضانت در چارچوب مصالح عالیّه کودک با استفاده از ظرفیت کنوانسیون و قوانین داخلی است. از این رو ارائه مؤلفه‌های مذکور از دستاوردهای این تحقیق می‌باشد.

کلیدواژگان:

حضانت، قوانین داخلی، کمیته حقوق کودک، مصالح عالیّه کودک.

* استادیار دانشگاه خوارزمی (نویسنده مسئول)

m.ghanizadebafghi@yahoo.com

** کارشناس ارشد فقه و حقوق، دانشگاه شاهد

z_ghanizde@yahoo.com

مقدمه

اساساً توجه به مفهوم مصالح عالی‌ه ارتباط وثیقی با مفهوم کودک دارد. از نظر تاریخی این مفهوم در بستر مسئله حضانت شکل گرفت و توسعه یافت؛ از این رو در مغرب زمین تا زمانی که مفهوم کودکی به رسمیت شناخته نشده بود و حقوقی برای کودک متصور نبود و کودک بخشی از اموال پدر و تحت سلطه و اقتدار وی محسوب می‌شد، مصلحت نیز به معنای امروزی درباره‌ی وی لحاظ نمی‌شد. در سوابق فقهی نیز اگرچه به موجب اصل عدم ولایت فردی بر دیگری، هیچ‌کس نمی‌تواند در امور دیگران مداخله نماید، تصمیم‌گیری در مسائل مربوط به کودک از باب امتنان و حمایت از او به «ولی» کودک سپرده می‌شود. لکن این ولایت مطلق نبوده و رعایت مصلحت یا غبطه کودک به عنوان معیاری مهم در تصمیم‌گیری‌ها معرفی شده است. در واقع مصلحت سنج‌ای برای ارزیابی فعالیت‌های ولی در دوران کودکی نسبت به اوست تا در صورت ناتوانی یا تقصیر در انجام تکلیف، بتوان تا جای ممکن وضعیت پیش‌آمده را تدارک نمود. در این میان ذات سیال و پرابهام مصلحت، همواره یکی از دغدغه‌های مجریان و متولیان امر بوده که به کارگیری، ملاحظه و ارزیابی آن را دشوار کرده است. به منظور رفع این مسئله، اندیشه‌ورزان در حوزه‌های اسلامی و غیر آن تلاش‌هایی انجام داده و نمونه‌هایی را در قالب مصالح نوعیه کودک مطرح نموده‌اند. تتبع و تدقیق در روش‌شناسی هر یک از دو رویکرد، زمینه را برای برداشت جدیدی از مفهوم مصلحت در قالب «حقیقتی» که با توجه به اهداف و قابلیت‌ها تعیین می‌شود، فراهم می‌کند. با وجود این، از آنجا که انسان و به تبع آن کودک در هر یک از دستگاه‌های فکری متفاوت از دیگری تعریف و شناسایی می‌شود، نتایج نیز نوعاً متفاوت است. پژوهش حاضر به دنبال بررسی نقاط مشترک و قابل استفاده در نظام حقوقی ایران و ارائه مؤلفه‌هایی در موضوع حضانت با توسل به دیدگاه‌های کمیته حقوق کودک - به عنوان رکن تبیین‌کننده مفاهیم و سازوکارهای آن - و منابع فقهی است و از آنجا که مصالح نوعیه کودک در فقه و منابع فقهی در

مقاله‌ای با همین عنوان مورد بررسی قرار گرفته است،^۱ در این قسمت تمرکز بحث بر روی کنوانسیون حقوق کودک خواهد بود.

۱. تطور سازوکار حضانت

زمانی که یک خانواده بر اثر مرگ، طلاق، جدایی و رها کردن کودک منحل می‌شود، سرپرستی و نگهداری از کودکان به عنوان افرادی آسیب‌پذیر که برای رشد و توسعه خود نیازمند حمایت هستند، ضرورت بیشتری می‌یابد. بی‌شک از اولین موضوعاتی که بعد از طلاق مورد توجه قرار می‌گیرد و باید تکلیف آن مشخص شود، حضانت و سرپرستی کودک یا کودکان حاصل از ازدواج و زندگی مشترک است.^۲ به عبارت دیگر طرح دعوی حضانت، در ادامه مسئله طلاق است که خود عمری به قدمت ازدواج دارد و اولین سوابق آن در قانون حمورابی (۲۱۰۰ قبل از مسیح)، قانون آشور (۱۱۰۰ قبل از مسیح)، قانون مصریان (۳۰۰ قبل از مسیح) و قانون رم یافت شده است.^۳ به‌طور کلی می‌توان به چهار رویکرد در این زمینه اشاره کرد که هر یک برخاسته از شرایط فکری، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی خاص خود می‌باشد.

۱.۱. حضانت پدران

حضانت مطلق پدر، متأثر از دیدگاهی بود که کودک را به عنوان بخشی از اموال پدر می‌دانست. به علاوه مادر یا همسر نیز که از نظر مالی و شخصیتی وابسته به مرد بود و اهلیت معامله کردن، استخدام و ورود به دنیای مردانه کار و فعالیت‌های اجتماعی را نداشت، نمی‌توانست پس از جدایی، مسئولیت نگهداری کودک را به ویژه از منظر تأمین هزینه‌ها عهده‌دار شود. این

۱. برای مطالعه رویکرد فقهی در تبیین مفهوم مصالح عالی‌ه کودک ر.ک: محقق داماد، مصطفی و مریم غنی زاده بافقی، تعیین مصالح نوعیه کودک از منظر فقه امامیه و مبانی آن، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، بهار ۱۳۹۶، صص ۱۵۷-۱۷۲.

۲. قضاوت نسبت داده شده به حضرت سلیمان در مورد کودکی که دو زن ادعای مادری وی را داشتند، یکی از اولین سوابق ضبط شده در تاریخ در مورد اختلاف در زمینه کودک است و در این زمینه به نفع و مصلحت کودک اشاره شده است.

3. Walsh, T.J. "In The Interest of a Child: A Comparative Look at the Treatment of Children under Wisconsin and Minnesota Custody Statutes", *Marquette Law Review* 85 (2002): P 930.

نگاه که ریشه در حقوق رم دارد و بخش عمده‌ای از تاریخ مغرب زمین را دربرمی‌گیرد، تا اواخر قرن نوزده و اوایل قرن بیست میلادی ادامه یافت.^۱

۱.۲. حضانت مادران

انقلاب صنعتی و نهضت حقوق زن، زمینه را برای تغییر نگرش به سمت فرضیه مادرسالاری و نظریه سال‌های کودکی^۲ در قالب دوره دوم فراهم ساخت. در اوایل قرن بیستم تأکید دادگاه‌ها بر مصالح عاطفی کودک قرار گرفت و با توسعه علم روانشناسی، این پیش‌فرض که مادر در سنین کودکی مراقب بهتری برای کودک است، نهادینه شد. این نظریه، مادر را به صرف مادر بودن و بدون بررسی سایر شرایط، مراقب اصلی می‌دانست، مگر آنکه وی واقعاً نامناسب باشد. زیرا عقیده بر آن بود که محبت مادری ویژگی‌ای است که در ضعیف‌ترین زنان نیز وجود دارد و امری فراتر از محبت پدرانه است. با وجود این، سه امر موجب کم‌رنگ شدن نظریه «سال‌های کودکی» شد: ورود زنان به دنیای کار خارج از خانه؛ حرکت به سمت تساوی جنسیتی و دلایل تجربی مبنی بر اینکه دخالت پدران در زندگی کودک بسیار مهم است. در این میان، ورود زنان به دنیای کار بیشترین تأثیر را داشت. برای نمونه تنها ۶٪ زنان متأهل در سال ۱۹۰۰ در امریکا شاغل بودند، در حالی که این میزان در سال ۲۰۰۰ به ۶۱٪ رسید. زنان مطلقه نیز تمایل به ورود به دنیای کار پیدا نمودند و برای مثال ۷۳٪ زنان مطلقه در سال ۲۰۰۰ متقاضی جذب در بازار کار بودند.^۳ ورود زنان به دنیای کار این پیش‌فرض را که مادران در خانه می‌مانند و به تربیت کودکان می‌پردازند، از بین برد؛ امری که مفهوم اصلی و محوری نظریه مذکور را تشکیل می‌داد. البته برخی معتقد بودند این نظریه بر پایه تبعیض جنسی به نفع مادر به وجود آمده بود. از این رو،

۱. چنین رویکردی در نظام حقوقی کامن‌لا که از انگلستان شروع شد، غالب بود و بعد از آن در نظام حقوقی امریکا نیز استقرار یافت و از آنجا به سایر کشورها سرایت کرد. البته پیش از فتح و غلبه نرمن در ۱۰۶۶ زنان از حق طلاق و داشتن نیمی از اموال مرد و همچنین حق حضانت بهره‌مند بودند اما این امر با ظهور فتودالیسم در انگلستان تغییر کرد و زن به دلیل ممنوعیت برخورداری از حق مالکیت دیگر فرد مناسبی برای حضانت محسوب نمی‌شد. ر.ک.

Mclaughlin, J.H. "The Fundamental Truth about Best Interests", *Saint Louis University School of Law* 54 1 (2009):P119.

2. Tender Years Doctrine.

3. U.S. Dept. of Labor (1996), **20 Facts on Women Workers**, No. 96, available at: <https://www.unc.edu/~healdric/soci31/1998/assign/20facts.htm>.

در پرونده Fox v. Fox دادگاه تجدید نظر اعلام داشت که مسئله حضانت باید بر مبنای فردی و نه جنسی مورد تصمیم‌گیری قرار گیرد.^۱

۱.۳. حضانت و برابری جنسیتی

نظریه سال‌های کودکی با ورود زنان به دنیای کار خارج از خانه، تمایلات تساوی‌طلبانه میان زنان و مردان و تقویت دلایل تجربی مبنی بر اهمیت حضور پدر در زندگی کودک^۲ رفته‌رفته رو به افول گذاشت و در نتیجه دوره سوم در سال ۱۹۷۰ با عنوان «خنثی بودن از نظر جنسیتی»^۳ آغاز شد. برای مثال به موجب رویکرد برابری جنسیتی، مادران نمی‌بایست صرفاً به این دلیل که زن هستند، ترجیح داده شوند. در کالیفرنیا و سوئیس این امر منجر به تغییر قانون در سال‌های ۱۹۷۲ و ۱۹۷۳ شد.^۴

1. Belanger, 6.

۲. در آمار ارائه شده در سال ۲۰۰۷ اعلام شد که تقریباً 25000000 کودک در امریکا بدون پدر، بزرگ می‌شوند. این آمار در مورد کودکان در ایالت ماساچوست به یک سوم می‌رسید؛ ر.ک:

Larson, Aaron, **Fathers' Rights and Child Custody Law**, available at: http://www.expertlaw.com/library/child_custody/fathers_rights.html, accessed on February 4, 2007.

از این رو گروه‌های حامی پدران اعلام داشتند که اولاً تقسیم نقش‌های والدینی به هیچ‌وجه به این معنا نیست که پدران نباید به عنوان سرپرست مورد توجه گیرند. ثانیاً در صورتی که کودک تحت مراقبت هر دوی والدین باشد خدمات بهتر و بیشتری دریافت می‌کند. از این رو باید فرضی قانونی برای حضانت جسمی مشترک و زمان والدینی مساوی بعد طلاق در نظر گرفت.

3 Gender neutrality.

4. Belanger, John. "The Modern Application of the "Best Interests of the Child" Theory in Custodial Law", The Honors Program Senior Capstone Project, Faculty Advisor 6 (2007):P 17.

۱.۴. حضانت^۱ و کودک‌محوری

تحولات قرن بیستم و توجه به کودک به عنوان فردی انسانی و به دنبال آن تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی و در رأس آنها کنوانسیون حقوق کودک، نظام اعطای حضانت با رویکرد والد‌محوری را به نظامی با محوریت کودک و توجه به «مصالح عالی‌ه» وی تبدیل نمود که می‌بایست به عنوان اصل حاکم در تمام تصمیمات مربوط به کودک اعمال شود.^۲ در این راستا سعی بر آن شد تا از مجموعه‌ای از رویکردها برای رسیدن به مصلحت هر کودک در شرایط خاص استفاده شود.

رویکرد فهرست خشک‌شویی^۳ که به عنوان اولین و شاید رایج‌ترین روش برای تعیین مصالح کودک بوده و به موجب آن در قوانین موضوعه فهرستی از مصالحی که برای کودک مناسب دیده شده است، ارائه می‌شود.^۴

۱. براین اساس انواع مختلفی برای حضانت در نظر گرفته شده است که متناسب با شرایط اعمال می‌شود:
 ۱. حضانت قانونی: به‌موجب قانون، تصمیم‌گیری در خصوص امور مهم و تأثیرگذار در زندگی کودک مانند آموزش، آموزش‌های دینی، امور مربوط به سلامت و راهکارهای درمانی با هر دوی والدین یا یکی از ایشان است.
 ۲. حضانت فیزیکی یا اقامتگاهی: کودک با یکی از والدین یا هر دوی ایشان زندگی می‌کند. در الگوی حضانت فیزیکی مشترک سهم والدین از بودن در کنار کودک یا به‌صورت مساوی (۵۰-۵۰) و یا به‌صورت غیر مساوی خواهد بود.
 ۳. حضانت منفرد: که در آن کودک با یکی از والدین زندگی می‌کند، کسی که صلاحیت تصمیم‌گیری در کلیه امور مربوط به کودک را مانند آموزش، امور دینی، درمان‌های پزشکی و رفاه عمومی داراست. والد دیگر صلاحیتی محدود به علاوه حق ملاقات دارد.
 ۴. حضانت مشترک (Joint/ Shared Custody) آن است که کودک با هر دوی والدین زندگی می‌کند. گفتنی است که در نظام حقوقی ایران حضانت به صورت منفرد و قانونی است.
 ۲. در ایالت مینه‌سوتا در امریکا بخش ۵۱۸/۱۷ قانون آورده شد: «در تعیین حضانت، دادگاه باید مصالح عالی‌ه کودک را ملاحظه کند و نباید یکی از والدین را بر دیگری صرفاً به جهت جنسیت ترجیح دهد.»
3. Laundry List Approach.
4. Katharine T, Bartlett. "Child Custody in the 21st Century: How the American Law Institute Proposes to Achieve Predictability and Still Protect the Individual Child's Best Interests." *Willamette Law Review* 35 3 (1999)P 474.
- البته بر این رویکرد انتقاداتی وارد است. از جمله آنکه این روش بر معیارهایی غیرمحسوس و غیرقابل ارزیابی یا مشکل در ارزیابی تکیه می‌کند. مانند توانایی والدین و یا کیفیت روابط، که این امر منجر به غیرقابل پیش‌بینی شدن نتیجه تصمیمات خواهد شد. نکته دیگر آن است که این روش نمی‌تواند در میان معیارهای ارائه شده اولویت‌بندی کند و یکی را بر دیگری ترجیح دهد. مثلاً دادگاه ممکن است تصمیم بگیرد از آنجا که مادر روابط عاطفی عمیق‌تری با کودکانش دارد، باید عهده‌دار حضانت شود، در حالی که پدر پخته‌تر است و توانایی‌های

- ◀ رویکرد حضانت مشترک^۱ که در مقابل حضانت منفرد^۲ است و به‌موجب آن والدین هر دو مسئولیت نگهداری و مراقبت از کودک را بر عهده دارند. این امر با فراز و نشیب‌هایی همراه بوده و تحقیقات روانشناختی در زمینه رفاه و سلامت کودک در این خصوص تأثیرات زیادی در توسعه آن داشته است. نهضت‌های شکل گرفته بر دخالت دوطرفه والدین در زندگی کودک تأکید، و مزایای زیادی را برای حضانت مشترک مطرح می‌نمایند. موارد زیر بیانگر برخی از مزایای حضانت مشترک است.
- ◀ حضانت مشترک در خصوص دو فرد بالغ که در گذشته سابقه همکاری داشته‌اند، اعمال می‌شود. از این رو ایشان می‌توانند در راستای مصالح عالی‌ه کودک دوباره با یکدیگر همکاری نمایند.
- ◀ (رابطه کودک با والدین)؛ در بسیاری از دادگاه‌ها قضات اذعان کرده‌اند که کودکان زمانی که با هر دوی والدین ارتباط دارند، خوشحال‌تر و سالم‌تر هستند. قضات اظهار کرده‌اند وقتی والدین تعهد، محبت و روابط صمیمی از خود نشان می‌دهند، ترتیبات حضانت مشترک این روابط و مصالح کودک را حمایت می‌کند.
- ◀ ثبات کودک؛ حضانت مشترک این امکان را برای کودک فراهم می‌آورد تا با هر دوی والدین در محیطی ثابت و پایدار تماس و ارتباط برقرار کند.
- ◀ آموزش کودک؛ وقتی هر دوی والدین به راهنمایی و حمایت کودک می‌پردازند، کودک در مدرسه بهتر عمل می‌کند.
- ◀ اقدامات فوق درسی کودک؛ وی می‌تواند فراتر از مدرسه ارتباطاتی را نیز تجربه کند.
- ◀ والدین می‌توانند نقاط ضعف یکدیگر را در رابطه با کودک پوشش دهند و این به نفع کودک است.
- ◀ سابقه ترتیبات زندگی؛ وقتی یک تاریخچه مشخص در مورد ترتیبات کاری وجود دارد، قضات تمایل ندارند برنامه را تغییر دهند.

→ والدینی بهتری دارد. در اینجا هیچ معیاری برای تقویت یک طرف و اعطای حضانت به وی وجود ندارد. از این رو صلاح‌دید قاضی موضوعیت پیدا می‌کند؛ امری که به غیرقابل پیش‌بینی بودن تصمیمات بیشتر دامن می‌زند.

1. Joint Custody Approach.
2. Sole custody.

- ◀ تعارض والدینی کمتر؛ وقتی قاضی شرایط را به گونه‌ای می‌بیند که والدین می‌توانند تلخی‌هایشان را کنار گذارند و به نفع کودک عمل کردن را آغاز نمایند، حضانت مشترک بادوام‌تر دیده شده است.
- ◀ در دسترس بودن والدین برای کودک؛ ایشان می‌توانند برنامه کاری منعطفی را با یکدیگر تنظیم کنند تا بیشتر و بهتر به کودک رسیدگی نمایند.
- ◀ انگیزه والدین؛ حضانت مشترک موجب نزدیکی والدین به یکدیگر برای رفاه کودک می‌شود. به عبارت دیگر، این مدل از حضانت برای انتفاع کودک طراحی شده است.
- ◀ شناسایی اهمیت والد دیگر برای کودک؛ هر یک از والدین باید به والد دیگر به عنوان کسی که در زندگی کودک نقش مهمی ایفا می‌کند، احترام بگذارد.
- ◀ توانایی تعامل و برقراری ارتباط؛ تعاملات والدین در حضانت مشترک بسیار مهم و مؤثر بر کودکان است. والدین باید بتوانند با یکدیگر تعامل معنادار و صحیح داشته باشند و در آره کودک نظریات یکدیگر را پذیرا باشند.
- ◀ مسئولیت والدین؛ هر دوی والدین باید مسئول، واقع‌گرا و مراقب نسبت به کودک باشند.
- ◀ طول روابط والدینی؛ در حضانت مشترک سابقه روابط والدینی (دوران زندگی مشترک) از معیارهای تعیین‌کننده است.
- ◀ نظارت و ترجیحات کودک؛ بیشتر کودکان به حکم حضانت مشترک اعتراضی نمی‌کنند؛ زیرا این امر اجازه می‌دهد با هر دوی والدین ارتباط داشته باشند.
- ◀ در برنامه والدینی فضای رقابتی و برد و باخت وجود ندارد و هدف آن تمرکز بر توسعه یک برنامه مناسب است و نه به دست آوردن پیروزی بر طرف مقابل. به عبارت دیگر والدین بعد از جدایی باید به این بلوغ برسند که با یکدیگر درباره کودکان تصمیم بگیرند به جای آنکه کودک را قربانی دعوای و لجبازی‌های خود کنند.
- ◀ کودک در حضانت منفرد والد غیرحاضن را از ذهن خود پاک می‌کند. زیرا وی در بسیاری از ابعاد مهم زندگی کودک حضور ندارد. گاهی نیز این امر را به عنوان نشانه طردشدگی می‌داند، اما در حضانت مشترک، والد غیرحاضن را هنوز عضوی از خانواده می‌داند.^۱

1. Beth Isaacs, Marla, Leon, George H., Kline, Marsha. "When Is a Parent Out of the Picture? Different Custody, Different Perceptions." Family Process 26 1 (1987):P 105.

نتیجه این تعاطی افکار، پیدایش مفهوم «والدینی مشترک» می‌باشد که عبارت است از سندی که والدین یا دادگاه آن را تنظیم می‌کنند.^۱ در این سند حقوق و تکالیف والدین توصیف شده است و می‌بایست موضوعات زیر را به دنبال داشته باشد:

۱. مسئولیت تصمیم‌گیری؛
 ۲. مسئولیت مربوط به اقامت؛
 ۳. اطلاعات مشترک و دسترسی‌های مشترک؛
 ۴. اقامت قانونی کودک برای حضور در مدرسه؛
 ۵. برنامه‌های مربوط به والدین مانند تعطیلات، سفرها، تولدها و...؛
 ۶. جابه‌جایی کودک؛
 ۷. تغییر مکان والدین؛
 ۸. رویه‌بازبینی و تنظیم برنامه؛
- این برنامه می‌تواند با موافقت والدین درباره سایر امور، مانند نحوه حل و فصل اختلافات در آینده، تغییر در برنامه‌ها، نوع اطلاعات قابل انتقال بین والدین، نحوه مدیریت موضوعات پزشکی و روانی مربوط به کودک و ... صورت پذیرد.^۲
- حرکت دادگاه‌ها از سمت حضانت منفرد به سوی حضانت مشترک موجب تبدیل دادگاه از محلی برای نزاع و اختلاف به محلی برای میانجی‌گری شد.^۳ در نتیجه این والدین و نه کارشناسان سلامت و مددکاران اجتماعی هستند که باید در خصوص کودک و آینده وی تصمیم بگیرند.

۲. مفهوم‌شناسی مصالح عالی‌ه کودک از منظر کنوانسیون حقوق کودک

مصالح عالی‌ه کودک یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ و همچنین معیار سنجش تصمیم‌گیری اولیای کودک است.^۴ در کنوانسیون حقوق کودک، هدف از بیان مفهوم مذکور تضمین بهره‌مندی کامل کودک از کلیه حقوق به رسمیت شناخته شده در آن

۱. والدینی مشترک در کالیفرنیا به مدت ۲۳ سال با موفقیت اجرا شد و در نتیجه آن والدین خشنودی بیشتری داشتند، حمایت از کودکان بیشتر و رجوع به دادگاه کمتر شد. در ایالت ماساچوست امریکا نیز حضانت مشترک و قانونی در ۸ درصد پرونده‌ها صادر می‌شود. برای اطلاعات بیشتر رک:

www.fathersandfamilies.org: Accessed on March 12, 2007.

2. Isaacs, Leon, Kline, 1987:PP 27-28.

3. Bauserman, R. "Child Adjustment in Joint-Custody versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review", *Journal of Family Psychology* 16 1 (2002): 91.

۴. ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک: «در کلیه اقدامات مربوط به کودکان که توسط مؤسسات رفاه اجتماعی عمومی یا خصوصی، دادگاه‌ها، مقامات اجرایی یا ارگان‌های حقوقی انجام می‌شود، منافع کودک ملاحظه برتر است...»

و نیل به «رفاه» و «توسعه» می‌باشد و در سیاقی به کار رفته است که تکلیف تعارض بین حقوق متفاوت و متعارض کودک را تعیین می‌کند.^۱ کمیته حقوق کودک، مصالح عالیّه کودک را مفهومی پویا و منعطف می‌داند؛ امری که دائماً در حال تکامل بوده و از این رو نیازمند بررسی موردی است؛ زیرا موقعیت‌ها و زمان‌های مختلف، اقتضای مصالح مختلفی را برای هر کودک دارد. همچنین کمیته تعمداً تمامی معیارهای مربوط به مصلحت را عنوان نمی‌کند تا تصمیم‌گیرندگان محدود به آنها نشوند و بتوانند سایر ملاحظات را نیز مورد توجه قرار دهند. به عبارت دیگر کمیته مزبور درصدد بیان مصالح نوعیه کودک و چارچوب‌های اساسی است و چگونگی تبیین این مصالح در شرایط متفاوت را بر عهده کشورهای عضو می‌گذارد. در همین راستا کمیته اعلام می‌دارد که مصالح عالیّه کودک مفهومی سه وجهی است:

اولاً یک حق ماهوی^۲ است؛ بدین معنا که توجه به مصالح عالیّه کودک به عنوان یک ملاحظه برتر در کلیه ارزیابی‌ها و تصمیمات از جمله حقوق کودک است. بنا بر پاراگراف اول ماده ۳، این حق یک تعهد ذاتی برای دولت‌ها ایجاد می‌کند؛ تعهدی که قابل مطالبه و در برابر دادگاه، قابل استناد است. ثانیاً یک اصل بنیادین، قانونی و تفسیری است؛^۳ بدین معنا که اگر مقررهای قانونی قابلیت چند تفسیر را داشته باشد، تفسیری که به طور کارآمدتری مصالح عالیّه کودک را تأمین کند، باید در اولویت قرار گیرد. حقوق مندرج در کنوانسیون و پروتکل‌های الحاقی نیز چارچوب تفسیر را مشخص می‌کنند. ثالثاً یک قاعده رویه‌ای است؛^۴ بدین معنا که در تصمیم‌گیری‌های مؤثر بر کودکان یا کودکی خاص و گروه خاصی از کودکان، ارزیابی تأثیر مثبت یا منفی آن تصمیم بر ایشان ضروری است.^۵ به علاوه توجهی که تفسیر باید نشان دهد که این حق صراحتاً مورد توجه قرار گرفته است و دول عضو چگونه این حق را در تصمیم‌گیری خود مورد توجه قرار داده‌اند. به عبارت دیگر، مصالح عالیّه کودک در این تصمیم چه بوده و بر چه

۱. روشن، محمد و ماهرو غدیری، فرزندخواندگی و حق بر خانواده در پرتو مصالح عالیّه کودک، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه ۱۴، ۱۳۹۲، ص ۸۷.

2. Substantive right.

3. A fundamental, interpretative legal principle.

4. A rule of procedure.

5. Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 on The Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as A Primary Consideration (United Nation, 2013, art. 3, para. 1), P 4.

معیارهایی استوار بوده و چگونه در مقایسه با سایر مصالح چه در قالب سیاست‌ها و چه در پرونده‌های موردی، انتخاب شده است.^۱

کمیته حقوق کودک و همچنین برخی از نظریه‌پردازان در این حوزه بی‌تعریف مشخصی از مصالح عالیّه کودک ارائه دهند، دو دسته معیار را برای مصالح عالیّه کودک عنوان نموده‌اند: دسته نخست معیارهایی هستند که نوعاً درباره کلیه کودکان لازم الاجراست^۲ و دسته دوم معیارهایی که برای تضمین مصالح ضروری به نظر می‌رسد.

۲.۱. معیارهای تعیینی

◀ توجه به نظرات کودک. به موجب ماده ۱۲ کنوانسیون، این مسئله باید متناسب با میزان پختگی و فهم کودک باشد؛ سن پایین کودک و عدم بلوغ او نباید سبب کم‌اهمیتی گفتارش شود و او را از حق شنیده شدن محروم نماید.^۳

◀ ظرفیت‌های در حال تکامل کودک. هرگونه تبیین مصالح عالیّه کودک باید با عنایت به سن خاص او و همچنین نیازهای در حال توسعه وی همراه باشد. از این رو این مصالح به تناسب سن کودک و دوره رشدی که در آن است، متفاوت خواهد بود. همچنین میزان وابستگی کودک به هریک از والدین، توانایی آنها برای رشد و پرورش کودک، مدت زمانی که کودک می‌تواند جدایی از هر یک از والدین را تحمل کند و این امر که آسایش کودک با کدام یک از والدین بیشتر تأمین می‌شود، همگی نمونه‌هایی از موارد قابل توجه در تعیین مصالح عالیّه او در یک موضوع خاص (حضانت است).^۴

◀ هویت کودک. کودکان اساساً گروه‌های مشابه نیستند و هریک از ایشان باید به طور مجزاً مورد توجه قرار گیرد. هویت کودک شامل ویژگی‌هایی چون جنسیت، گرایش‌های جنسی، ریشه‌های ملی-مذهبی، اعتقادات، هویت فرهنگی و شخصیت او است. اگرچه کودکان و نوجوانان در نیازهای ابتدایی و اولیه مشترک هستند، لکن بیان آن نیازها بسته به سطح

1. Ibid.

2. Ibid, PP 12-17.

3. Children's Bureau. 'Determining the best interests of the child', Department of Health and Human Services, Child Welfare Information Gateway 2016, 3. Available at: www.childwelfare.gov.

4. Kelly, J.B. "The Best Interests of the Child a Concept in Search of Meaning", *Family and Conciliation Courts Review* 35 4 (1997): P 381.

گسترده‌ای از جنبه‌های اجتماعی، فرهنگی، فیزیکی و شخصیتی و ظرفیت‌های در حال تکامل ایشان متفاوت است. توجه به هویت فرهنگی و مذهبی در موضوع تعیین «خانواده مراقب»^۱ نیز، قابل توجه است.

◀ حفظ محیط خانوادگی^۲ و ارتباطات. خانواده اولین محیطی است که کودک در آن رشد و نمو می‌یابد. خانواده را باید به صورت گسترده معنا کرد تا خانواده بیولوژیکی، خانواده متشکل از طریق فرزندخواندگی، خانواده مراقب، خانواده گسترده و سایر انواع خانواده را که به موجب عرف داخلی یک کشور مورد پذیرش قرار گرفته است، دربرگیرد. حفظ نهاد خانواده و جلوگیری از برهم خوردن این نهاد، امری مهم در نظام حمایتی کودک است.^۳ در زمان جدا شدن کودک از خانواده نیز حفظ رابطه با خواهر، برادر و سایر روابط و علایق خانوادگی نیز در همین راستاست. این روابط باید به صورت مداوم، منظم و همراه با ملاقات‌های معقول و مناسب کودک با این افراد باشد.^۴

◀ استمرار و ثبات.^۵ یکی از معیارهای مصالح عالی‌ه مفهوم «استمرار» و «ثبات» است. منظور از استمرار، تداوم وضعیت مطلوبی است که کودک در آن قرار داشته و بیشتر در موارد مربوط به حضانت و پس از طلاق مورد استفاده است. برای مثال، اگر مادر کودک را از مدرسه می‌آورد، او را به کلاس‌های ورزشی می‌برد، در درس‌ها به او کمک می‌کند و یا پدر کودک را به مدرسه می‌برد، برایش کتاب می‌خواند و...، تمامی این امور باید بعد از طلاق نیز ادامه یابد. معیار دیگر نیز «ثبات» است و بدین معناست که کودک تغییر فاحشی در شرایط خود

1. Foster Family.

۲. به موجب تحقیقات صورت‌گرفته، کودکانی که به دلایلی چون طلاق حامیان اصلی خود را از دست می‌دهند، قابلیت بیشتری برای انجام رفتارهای پرخطر دارند. ر.ک: پوراسدی، محمد و مجید هاشمی، بررسی پدیده طلاق و چگونگی حضانت فرزندان بعد از مفارقت، مجله علوم اجتماعی؛ پلیس زن، بهار و تابستان ۱۳۹۱، شماره ۱۶، ص ۶۳.

۳. در بند (۱) ماده ۹ کنوانسیون به اهمیت حضور کودک در فضای خانواده اشاره شده و جدا کردن او از خانواده تنها زمانی موجه شمرده شده که همسو با مصالح عالی‌ه کودک باشد. این قاعده در خصوص سایر افراد مانند حاضن، فرد حامی یا هر یک از والدین که با کودک ارتباط بیشتری دارد، نیز صدق می‌کند.

4. Children's Bureau, OP.cit, p3.

5. Kelly, Op.cit, p 381.

احساس نکند. از این رو جابه‌جایی کودک و انتقال او به محل دیگری برای زندگی، ثبات او را برهم می‌زند و خلاف مصالح عالیّه تلقی می‌شود.

مراقبت، حمایت و امنیت کودک. به دو واژه «مراقبت» و «حمایت» در ماده ۳ کنوانسیون اشاره شده است. با توجه به اینکه این دو مفهوم در متن کنوانسیون، مقید به امر دیگری نشده است،^۱ باید آن را به طور موسّع و در راستای رفاه^۲ کودک تفسیر کرد. توسعه و رفاه نیز در معنای گسترده خود، شامل رفع نیازهای اولیه^۳ مادی، جسمی، آموزشی، احساسی و نیاز به محبت و امنیت است. در این میان، مراقبت احساسی یک نیاز مبنایی برای کودک است که باید توسط والدین یا مراقبان اولیه تأمین شود. در صورتی که ایشان نتوانند این نیاز را مرتفع سازند، باید اقداماتی در راستای ایجاد یک رابطه امن صورت گیرد؛ زیرا ارتباط کودک با یک فرد مراقب در معنای عام و در اوایل زندگی از ضروریات اولیه است. این ارتباط باید در طول زمان حفظ شود تا بتواند برای کودک محیطی ثابت و پایدار فراهم کند. تأمین امنیت نیز از جمله مصالح کودک است. بدین معنا که باید از او در برابر کلیه اشکال خشونت‌های جسمی، روحی، صدمه، آزار و اذیت، خشونت جنسی، اقتصادی و سایر انواع استعمار، مواد مخدر، کار، مخاصمات مسلحانه و... محافظت نمود. در این راستا ارزیابی مصالح عالیّه کودک نیز در قالب ارزیابی امنیت کودک در زمان تصمیم‌گیری و همچنین تا حدی ارزیابی مخاطرات، صدمات و سایر پیامدهای مربوط به تصمیم فعلی در آینده است.^۳

وضعیت آسیب‌پذیری کودک. یکی از حوزه‌هایی که باید کودک و مصالح او در آن بیشتر مورد توجه قرار گیرد، موقعیت‌های خاصی است که موجب آسیب‌پذیری مضاعف کودک می‌شود. معلولیت تعلق به گروه‌های اقلیت، آواره و و پناه‌جو بودن کودک، قربانی آزار و اذیت بودن کودک، خیابانی بودن و... از جمله این موقعیت‌هاست. شایان ذکر است که مقصود از توجه به مصالح عالیّه کودک در خصوص این دسته از کودکان، صرفاً این نیست که حقوق مربوط به ایشان را که مندرج در کنوانسیون حقوق کودک است، مورد ملاحظه قرار دهیم، بلکه لازم است سایر نرم‌ها و هنجارهای بین‌المللی حقوق بشری مربوطه مانند کنوانسیون

۱. برای مثال صرفاً به مراقبت در برابر صدمه و آسیب اشاره نکرده است.

2. Well-being.

3. Committee on the Rights of the Children, Op.cit, p16.

مربوط به اشخاص معلول و پناه‌جو را نیز در خصوص ایشان اعمال کنیم. نکته دوم نیز آن است که مصالح عالیّه در هر نوع از آسیب‌پذیری‌ها با سایر انواع آن متفاوت است. لذا تصمیم‌گیران باید به موقعیت و وضعیت آسیب‌پذیر کودک و همچنین سطح آسیب‌پذیری توجه کنند. در این راستا استفاده از یک گروه متشکل از رشته‌های مختلف در شناسایی تاریخچه زندگی کودک و شخصیت و شرایط او ضروری به نظر می‌رسد.^۱

حقوق آموزش کودک. یکی از حقوق کودک، دسترسی به آموزش با کیفیت، شامل آموزش ابتدایی، آموزش غیررسمی و فعالیت‌های مربوطه است. کمیته کنوانسیون معتقد است که کلیه این امکانات باید به صورت رایگان در اختیار کودکان قرار گیرد. به منظور ارتقای کیفیت آموزش و همچنین گسترش مخاطبان، دولت‌های عضو می‌باید از معلمان آموزش‌دیده برخوردار باشند تا بتوانند در زمینه‌ها و سطوح مختلف، با استفاده از روش‌های مختلف آموزشی و در محیطی دوستانه فعالیت کنند. زیرا آموزش صرفاً یک سرمایه‌گذاری برای آینده نیست، بلکه فرصتی برای فعالیت همراه با شادی، در محیطی سرشار از احترام و مشارکت و همچنین تحقق آرزوهای کودک است. پاسخ به این نیاز و بالا بردن مسئولیت‌های کودک برای غلبه بر محدودیت‌ها و زمینه‌های آسیب‌پذیری‌اش همگی در راستای مصالح عالیّه وی خواهد بود.^۲

۲.۲. معیارهای تضمینی

در تضمین اجرای صحیح حقوق کودک و مراعات مصالح عالیّه او به عنوان ملاحظه اولیه، باید مراقبت‌های رویه‌ای خاصی که موسوم به «رویه‌های دوستدار کودک»^۳ است، مورد توجه قرار گیرند. کمیته حقوق کودک موضوعات زیر را به عنوان معیارهای تضمین اجرای صحیح و مناسب مصالح عالیّه کودک پیشنهاد داده است:

بیان نقطه‌نظرات کودک: یکی از معیارهای اساسی در دادرسی، تعامل و مکالمه با کودک به منظور تسهیل مشارکت فعال کودک در دادرسی و تعیین مصالح عالیّه وی است. گاهی خود کودک و گاه نماینده او به بیان نظرات کودک می‌پردازند؛ در حالت دوم بر عهده نماینده است که

1. Ibid.

2. Ibid.

3. Child- Friendly Procedures.

به درستی نقطه نظرات کودک را متوجه شود و آن را به سمع دادگاه برساند. در بررسی مصالح عالیّه گروه کودکان نیز که متفاوت از بررسی یک شخص واحد است، دولت و مؤسسات دولتی باید راه‌هایی را برای استماع نظرات نمایندگان کودکان و ملاحظه نقطه نظراتشان در زمان تقنین و یا تصمیم‌گیری در مورد کودکان (که مستقیم یا غیر مستقیم بر گروه کودکان تأثیر می‌گذارد) بیابند. استفاده از ظرفیت‌های مجلس کودکان، سازمان‌ها و نهادهای کودکان و همچنین تعامل و گفتگو در مدرسه و شبکه‌های اجتماعی می‌تواند در این زمینه یاری‌گر باشد.^۱

◀ بیان واقعیات: واقعیات و اطلاعات مربوط به پرونده باید توسط افراد متخصص و آموزش‌دیده به منظور تنظیم صحیح معیارهای ضروری برای ارزیابی مصالح عالیّه به دست آید. بدین منظور می‌توان با افراد نزدیک به کودک، افرادی که روزانه با کودک در تماس هستند و در موارد خاص شهود، مصاحبه کرد. این اطلاعات باید پیش از ارزیابی مصالح عالیّه کودک مورد بازبینی و تحلیل قرار گیرند.^۲

◀ توجه به زمان: گذر زمان برای کودکان و بزرگسالان یکسان نیست. از این رو طولانی شدن مراحل رسیدگی و تصمیم‌گیری، تأثیر معکوس بر کودکان خواهد داشت. پیشنهاد شده است که رویه‌های مربوط به کودک در اولویت قرار گیرد و در کوتاه‌ترین زمان ممکن به نتیجه برسند. البته توجه به سرعت در انجام فرایند دادرسی کودکان، نباید به گونه‌ای باشد که مانع درک کودک نسبت به منافعش شود و تصمیم مربوطه باید در فرصتی معقول و بنابر تکامل ظرفیت‌ها و نظرات کودک مورد بازبینی قرار گیرد.^۳

◀ به‌کارگیری متخصصان خبره: کودکان یک گروه متنوع با ویژگی‌ها و نیازهای خاص هستند. از این رو فقط باید توسط افراد متخصص و آموزش‌دیده که بتوانند شرایط روانشناختی، توسعه‌ای و اجتماعی کودک را درک کنند، کسانی که تجربه کار با کودکان را دارند و کسانی که اطلاعات جمع‌آوری شده را به صورت عینی ملاحظه می‌کنند، صورت بگیرد. از این رو لازم است یک گروه میان رشته‌ای، متشکل از افراد متخصص در این ارزیابی شرکت نمایند.^۴

1. Ibid, p18.

2. Ibid, p19.

3. Ibid.

4. Ibid.

- ◀ حضور نماینده قانونی کودک: زمانی که می‌بایست مصالح عالی‌ه کودک به طور رسمی توسط دادگاه یا نهادهای مشابه ارزیابی و تعیین شود، همچنین زمانی که بین اعضا درباره تصمیم‌گیری برای کودک اختلاف وجود دارد، او نیازمند یک نماینده قانونی برای ارائه نظرات و تبیین منافعش می‌باشد.^۱
- ◀ ذکر دلایل قانونی موجه تصمیم: توضیح و توجیه قانونی نسبت به تصمیمی که درباره کودک اتخاذ شده، امری ضروری است. در این توضیحات باید مشخص شود که حق کودک نسبت به ارزیابی مصالح عالی‌ه‌اش به عنوان ملاحظه اولیه، مورد احترام و توجه قرار گرفته است. به علاوه، کلیه شرایط واقعی مربوط به کودک، اینکه چه معیارهایی در خصوص ارزیابی مصالح لحاظ شده‌اند، محتوای معیارها در پرونده خاص چه بوده و چگونگی ارزش‌گذاری این معیارها و... نیز نیازمند تبیین و توضیح است. در صورتی که تصمیم اتخاذ شده با نظر کودک متفاوت باشد، باید دلایل آن صراحتاً و مشخصاً بیان شود. همچنین اگر استثنائاً راهکار انتخاب شده در راستای مصالح عالی‌ه نباشد، دلایل آن باید ذکر شود تا نشان دهد مصالح کودک با وجود نتیجه به دست آمده، ملاحظه اولیه بوده است.
- ◀ پیش‌بینی سازوکارهای بازبینی تصمیم: دولت‌های عضو باید سازوکاری را در نظام قانونی خود طراحی کنند تا امکان بازبینی و ارزیابی مجدد یک تصمیم در زمانی که به نظر می‌رسد تصمیمی مطابق مصالح عالی‌ه کودک اتخاذ نشده یا روند دادرسی نادرست بوده است، وجود داشته باشد. این مکانیزم‌ها باید برای کودک اولاً شناخته شده و ثانیاً در دسترس باشند.^۲
- ◀ ارزیابی میزان تأثیر اجرای حقوق کودک: این ارزیابی می‌باید تأثیر هرگونه سیاست‌گذاری، قانون‌گذاری، بودجه‌بندی یا سایر تصمیمات اداری مربوط به کودکان را تحلیل و پیش‌بینی نماید. برای این منظور باید از روش‌ها و رویه‌های متفاوتی بهره گرفت و در ابتدایی‌ترین سطح باید کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل‌های الحاقی آن را مورد توجه قرار داد. این ارزیابی می‌تواند مبتنی بر اطلاعات به دست آمده از خود کودکان، جامعه مدنی، کارشناسان، گروه‌های دولتی مربوطه، تحقیقات دانشگاهی و تجربیات مستند باشد. نتیجه ارزیابی نیز باید

1. Eitzen, Tari. "A Child's Right to Independent Legal Representation in a Custody Dispute: A Unique Legal Situation, A Necessarily Broad Standard, The Child's Constitutional Rights, The Role of the Attorney Whose Client Is the Child." *Family Law Quarterly* 19, no. 1 (1985):P 57.

2. Committee on the Rights of the Children, Op.cit, p20.

در قالب توصیه‌هایی برای اصلاح، جایگزینی و ارتقای حقوق کودک بوده و به طور عمومی قابلیت دسترسی بدان وجود داشته باشد.^۱

۳. مؤلفه‌های مصلحت در خصوص حضانت در قوانین ایران

حضانت به معنای «اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به والدین اعطا کرده است»^۲ یکی از تعاریف مشهور برای این مفهوم است. در متون قانونی ایران، اولاً آنچه اعمال می‌شود، حضانت از نوع منفرد است و حضانت مشترک در عمل اتفاق نمی‌افتد؛ ثانیاً مسئلهٔ نفقهٔ کودک در حالت کلی حتی در شرایطی که حضانت با پدر نیست، بر عهدهٔ او می‌باشد؛ ثالثاً اگرچه مفهوم «مصلحت کودک» و برخی معیارهای آن در قوانین مختلف مورد توجه قرار گرفته است، لکن مبنای واحدی در تعیین مصلحت لحاظ نشده و اساساً رویکرد «کودک محوری» در آن دیده نمی‌شود. در سوابق فقهی مربوط به حضانت نیز به شرایط و ویژگی‌های شخصی که حضانت را بر عهده دارد، بسیار توجه شده است و به نظر می‌رسد با لحاظ این شرایط، سعی در عمل مطابق مصلحت طفل شده است. «بلوغ، عقل و اسلام»^۳ از جمله معیارهای مشترک است و در کنار آن فقها معیار «عدم ابتلا به بیماری‌های واگیردار» را نیز به طور خاص افزوده‌اند و ابتلا به هریک از انواع این بیماری را سالب حضانت می‌دانند.^۴ البته دلیل ایشان صراحتاً بحث مصلحت نیست، بلکه از باب لاضرر و جلوگیری از صدمه و آسیب به کودک آن را سبب اسقاط حق حضانت بیان کرده‌اند. «عدم ازدواج مادر»^۵ معیار دیگری برای صلاحیت سرپرست و

1. Ibid.

۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، ص ۱۳۹.

۳. مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی مذاهب الخمسه*، ترجمه مصطفی جباری و حمید مسجدسرای، تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۹، ص ۱۱۰.

۴. العاملی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۵، ص ۴۲۳؛ نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۳۱، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی تا، ص ۲۸۷.

البته برخی در مقابل این امر را به دلیل آنکه بر خلاف ادله اطلاق است، موجب اسقاط حق بر نمی‌دانند و گرفتن نایب در چنین شرایطی را سبب رفع ضرر از طفل می‌دانند. ر.ک: همان، ۲۸۸.

۵. طوسی، محمد بن حسن، *النهایه*، بیروت: دارالکتب العربی، ۱۴۰۰، ص ۵۰۴؛ نجفی، همان، ص ۲۹۱.

نگهدارنده است و دلیل آن صراحت روایات وارده در این مورد است.^۱ برخی از فقها معیار «امانت» را نیز به این شرایط اضافه کرده^۲ و بیان داشته‌اند که مسئول حضانت باید فردی امین و غیرفاسق باشد. زیرا اعطای حضانت به غیرامین، زمینه را برای خیانت در امانت در خصوص کودک فراهم می‌کند.^۳ در این میان تنها معیاری که به‌طور خاص به کودک می‌پردازد، موضوع «حق ملاقات و ارتباط با والدِ دیگر» است.^۴ در تأیید این امر نیز به حرمت قطع رحم و اضرار به غیر^۵ و مسئله احسان به والدین^۶ استناد شده است.

همان‌طور که اشاره شد، قانون مدنی ایران به عنوان یکی از مهم‌ترین قوانین در موضوع حضانت رویکرد واحدی را اتخاذ نکرده است. برای نمونه در ماده ۱۱۶۹، در ابتدا رویکرد مادری و سپس پدری ملاک عمل بود. امری که مشخصاً ریشه در فقه امامیه دارد و حضانت را در مدت شیردهی برای پسران و تا هفت سالگی برای دختران به مادر اعطا می‌کرد. ماده مذکور در سال ۱۳۸۲ تفاوت میان دو جنس را کنار گذاشت و حضانت تا سن هفت سالگی را در اختیار مادر قرار داد.^۷ تبصره این ماده حل و فصل اختلاف در امر حضانت پس از هفت سال را بر عهده دادگاه با رعایت مصلحت طفل می‌گذارد.^۸ در حالی که همان‌طور که پیش‌تر مطرح شد، اعطای حضانت صرفاً بر مبنای جنسیت، نمی‌تواند همواره در راستای مصلحت کودک باشد. برای مثال ممکن است مادر در اوایل زندگی کودک در شرایط نابسامانی از نظر روحی قرار داشته باشد و نتواند به

۱. «الْمَرْأَةُ أَحَقُّ بِالْوَالِدِ مَا لَمْ تَنْزَوْجِ» ر.ک: کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، جلد ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷. ص ۴۵۰.

۲. برای اطلاعات بیشتر ر.ک: شریفی، فاطمه و کبری پورعبدالله، شرط امانت سرپرست کودک در فقه امامیه، فصلنامه فرهنگی تربیتی زنان و خانواده، ۱۳۹۴، شماره ۳۰، صص ۱۰۷-۱۳۸.

۳. عاملی، همان، ۴۲۴.

۴. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، جلد ۳۱، تصحیح و تعلیق محمد تقی الکشفی، بی‌جا: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۷۸، صص ۴۰-۴۱.

۵. بقره، آیه ۲۳۳.

۶. نساء، آیه ۳۶.

۷. 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.»

۸. تبصره ماده ۱۱۶۹: بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد.»

درستی به وظایف والدینی خود عمل نماید. از این رو به نظر می‌رسد توجه به نیازهای کودک و نه والدین او می‌تواند تأمین‌کننده مصالح وی باشد. در این میان ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده نیز قابل توجه است. به موجب ماده مذکور حضانت فرزندان پس از فوت پدر با مادر است؛ موضوعی که در نگاه سنتی فقهی نیز مورد اشاره قرار گرفته است.^۱ لکن این امر مغایر با نگاه مبتنی بر محوریت کودک و همچنین ماده ۴۵ همین قانون است. گرچه در ماده مزبور امکان اعتراض برای ولی قهری و دادستان در نظر گرفته شده و مصلحت کودک را ملاک ارزیابی دادگاه قرار داده، لکن توجه به مصالح کودک به عنوان عنصر ثانویه مطرح شده است. در حالی که به موجب ماده ۳ کنوانسیون مصالح عالیّه باید ملاحظه برتر در تصمیم‌گیری‌ها باشد.

توجه به مسئله حق ملاقات کودک نیز، یکی از موضوعات قابل توجه در قانون حمایت خانواده می‌باشد که در ماده ۴۱ بدان اشاره شده است. با وجود توجه قانون‌گذار به مصلحت طفل در این موضوع ابعاد و کیفیات آن به خوبی تبیین نشده است. با این حال آیین‌نامه این قانون در ماده ۶۶ شرایط ناظر را بیان کرده و «خویشاوندی» و «آشنایی او نسبت به کودک»، «تأهل» و «مورد اعتماد بودن» را از ویژگی‌های وی بر شمرده است. ماده ۶۸ نیز «ایجاد اماکن و فضاهای متناسب با روحیه کودک» را برای ملاقات او با والدین در تعامل با سایر نهادها ضروری اعلام کرده است. نکته بعدی در خصوص ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی است که صرف ازدواج مادر با دیگری را مسقط حق حضانت دانسته است.^۲ این بدین معنا است که پیش‌فرض قانون‌گذار خلاف مصلحت بودن صرف ازدواج مادر به دیگری است، بدون آنکه به سایر شرایط و عوامل توجه کند.^۳ مانند آن که خانواده جدید مادر شرایط مناسب‌تری را برای رشد کودک فراهم می‌آورد، در حالی که زندگی با پدر در شرایط نامطلوب به ضرر کودک خواهد بود. ضمن آنکه اثبات شرایط نامطلوب پدر توسط مادر نیز معمولاً زمان‌بر بوده و کودک از آسیب‌های این مدت بی‌بهره نخواهد

۱. «فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا كَانَ الْآخَرُ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ مُطْلَقاً مِنْ جَمِيعِ الْأَقْرَابِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ...» ر.ک عاملی، زین‌الدین بن

علی، *روضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، جلد ۱، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰.

۲. ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی: «اگر مادر در مدتی که حضانت با اوست مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود.»

۳. ساعی، محمدادی و نیلوفر کامیاب منصور، *حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر*، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، زمستان ۱۳۹۵، شماره ۴، صص ۷۷۱-۸۰۱.

بود. همچنین این پیش‌فرض موجب بی‌رغبتی مادران به ازدواج مجدد می‌شود و تعداد زنان سرپرست خانوار را نیز افزایش می‌دهد؛ امری که بر سرنوشت کودک و رفاه او نیز تأثیرگذار خواهد بود. این عدم هماهنگی و مشخص نبودن مبنای مورد استفاده در قانون مدنی در قانون حمایت خانواده نیز به چشم می‌خورد. با وجود این، برخی معیارهای تعیین‌کننده در امر حضانت از قانون مدنی و همچنین قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) به طور پراکنده قابل استنباط است؛

۱. توجه به «سلامت والدین» به عنوان مجریان مصلحت کودک؛ مواد ۱۱۷۰، ۱۱۷۳ قانون مدنی.
۲. توجه به «سلامت کودک و حق رضاع وی» به طور ویژه؛ مواد ۱۱۷۳، ۱۱۷۶ قانون مدنی.
۳. توجه به «نیاز کودک برای بودن در کنار خانواده» (والدین) و لزوم پذیرش این مسئولیت از جانب ایشان؛ مواد ۱۱۶۸، ۱۱۷۱، ۱۱۷۲، ۱۱۷۵ قانون مدنی و ماده ۴۲ قانون حمایت خانواده.
۴. توجه به «حفظ و استمرار ارتباط با والدین در شرایط خاص» در قالب حق ملاقات؛^۱ ماده ۱۱۷۴ ق.مدنی، ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده.
۵. «دسترسی کودک به دادرسی» برای احقاق حق نفقه؛ ماده ۶ قانون حمایت خانواده.
۶. «عدم بهره‌کشی از کودک»؛ بند ۴ ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی.
۷. «پیش‌بینی ضمانت اجرا برای عدم ایفای مسئولیت‌های مربوط به دوران حضانت و منع ملاقات طفل با افراد ذی‌حق»؛^۲ ماده ۵۴ قانون حمایت از خانواده.

علاوه بر معیارهای فوق و با استفاده از مصالح نوعیه کودک در دوران‌های اول و دوم رشد^۳ و همچنین نظرات کمیته حقوق کودک می‌توان موارد دیگری را نیز به این فهرست اضافه کرد.

۱. اداره حقوقی قوه قضائیه در پاسخ به سؤالی مبنی بر این که آیا پدر می‌تواند از ملاقات مادر فاسدالاخلاق با فرزندش جلوگیری نماید؟ در شماره ۷/۴۴۴ مورخ ۶۲/۹/۱۰ بیان داشته است: «ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی حق ملاقات طفل را برای هر یک از ابویین شناخته است؛ بنابراین حق ملاقات را نمی‌توان از مادر فاسدالاخلاق دریغ نمود، و لکن می‌توان این ملاقات را در یک محیط مناسب و با حضور اشخاص مورد اعتماد برگزار کرد.» ر.ک: <http://ensaf.blogfa.com/post-100.aspx>

۲. ماده ۵۴: «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.»

۳. برای دیدن مصلحت کودک بر اساس دوره‌های رشد ر.ک: محقق داماد، مصطفی و مریم غنی زاده بافقی، همان، صص ۱۵۷-۱۷۲.

۱. «توجه به سلامت روانی و جسمی افراد مرتبط با حضانت»؛ مانند پدربزرگ، مادر بزرگ و سایر اقوام و بستگان.
۲. توجه به «محیط زندگی کودک»؛ بدین معنا که هر یک از والدین که بتوانند محیطی مناسب‌تر برای کودک خود فراهم آورند، در اعطای حضانت در اولویت قرار می‌گیرند. محیط مناسب نوعاً^۱ به محیط عاری از هرگونه خشونت و عوامل حسّی (امور دیداری، شنیداری، بویایی و...) غیرطبیّ گفته می‌شود^۲.
۳. بهره‌مندی کودک از «آموزش»؛ این امر شامل تمرین بایدها و نبایدها، برنامه‌ریزی صحیح برای اوقات کودک و همچنین فعال کردن انواع تفکر و تقویت روحیه پرسشگری در اوست.
۴. «رعایت عدالت و عدم تبعیض» توسط والد متقاضی حضانت میان کودک و سایر کودکانی که با ایشان زندگی می‌کنند.
۵. «نوع ارتباط کودک با سایر اعضای خانواده»؛ مانند خواهران و برادران ناتنی.
۶. «توجه به تمایلات کودک» در تعیین سرپرست؛ اعمال یا عدم اعمال این امر با عنایت به سن، میزان رشد و فهم کودک صورت می‌پذیرد.
۷. «توجه به تمایلات والد سرپرست»؛ اگرچه حضانت حق و تکلیف ابویین است و والد نمی‌تواند از آن استنکاف ورزد، با این حال نوع رویکرد هر یک از والدین و میزان رغبت ایشان به این امر می‌تواند تأثیرگذار باشد.
۸. «هماهنگی کودک با محیط پیرامونی و جامعه‌ای که سابقاً در آن زندگی کرده است»؛ در صورتی که این جدایی بر سلامت و کارایی کودک تأثیر نامطلوب گذارد، باید از آن اجتناب کرد.
۹. «توجه به وابستگی‌های عاطفی کودک»؛ در صورتی که جدا کردن کودک از والدی که رابطه عاطفی بیشتری با او دارد، به سلامت روان کودک آسیب وارد آورد، این جدایی به مصلحت او نخواهد بود.

۱. برخی از امور در خصوص محیط نیز با توجه به شخصیت و تمایلات کودک و امکانات والدین تعیین می‌شود که در هر مورد به طور ویژه باید مورد بررسی قرار گیرد.

۲. اخوت، احمدرضا، دوره‌های رشد، پیش از تولد تا آغاز تکلم، دوره ظهور ولایت و تادیب، انتشارات قرآن و اهل بیت نبوت (ع)، تهران، چاپ اول: ۱۳۹۲، ص ۹۱.

۱۰. «توجه به سبک زندگی افراد متقاضی حضانت»؛ یکی از شاخصه‌های مورد توجه در این مسئله توجه به غایت هر دوره از رشد کودک است؛ بدین معنا که آیا نوع زندگی مورد انتخاب متقاضی حضانت در راستای این اهداف است یا خیر. در پایان نیز باید اشاره کرد که صلاحیت و شایستگی برای حضانت امری مستمر است. بدین معنا که تمامی معیارهای پیش‌گفته باید در طول دوران حضانت وجود داشته باشد. فقدان این ویژگی‌ها سبب از دست دادن اولویت در حضانت خواهد شد.^۱

۱. نورزاد لاله، مینا و محمود قیوم‌زاده، بررسی حقوقی حضانت در حقوق ایران و انگلیس، فصلنامه مطالعات حقوق، بهار ۱۳۹۶، شماره ۹، صص ۱۲۷-۱۴۴.

نتیجه‌گیری

مصالح عالیّه کودک که به عنوان امری کلیدی در کنوانسیون حقوق کودک توصیف می‌شود، از یک سو معیاری برای اتخاذ تصمیم و ارزیابی تصمیمات پیرامون کودک است و از سوی دیگر به دلیل قابلیت تفاسیر متعدد و موسّع، نیازمند معیارها و مؤلفه‌هایی است تا حدود و ثغور آن را مشخص کند و مستمسکی برای متولیان و مجریان حقوق کودک به دست دهد. مسئله حضانت نیز به عنوان امری که نوعاً پس از طلاق گریبان‌گیر افراد است و تعیین تکلیف در آن، زندگی کودک را شدیداً متأثر می‌سازد، نیازمند معیارهایی است تا مسیر صحیح را به تصمیم‌گیرندگان نشان دهد. در همین راستا، نظریات مختلفی در خصوص روشن کردن فضای مصلحت طفل در مسئله حضانت مطرح شده است. به علاوه، کمیته حقوق کودک و متون فقهی و قانونی نیز معیارهایی را ارائه نموده‌اند. با وجود این، فقدان هم‌گرایی در مبانی و عدم اتخاذ مبنای واحد در قوانین مرتبط با کودک سبب ناهماهنگی و عدم توازن تصمیمات در این زمینه می‌شود؛ امری که در نهایت منجر به اقدام خلاف مصالح می‌شود و کودک را متحمل پذیرش چارچوب‌های سخت قانونی خواهد کرد. پذیرش کنوانسیون حقوق کودک توسط مجلس شورای اسلامی و توجه به آن، به مثابه قانونی هم‌تراز با سایر قوانین عادی و ظرفیت بهره‌مندی از مفهوم مصالح عالیّه کودک را فراهم آورده است. از این رو، تدوین قوانین با مبنای واحد و سوق دادن تفاسیر به سمت محوریت مصالح عالیّه کودک، به ویژه در موضوع حضانت، مؤثر خواهد افتاد؛ امری که مورد تأکید ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده نیز می‌باشد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. کاتوزیان، ناصر، **حقوق خانواده**، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.

مقاله

۲. پوراسدی، محمد و مجید هاشمی، **بررسی پدیده طلاق و چگونگی حضانت فرزندان**

بعد از مفارقت، مجله علوم اجتماعی؛ پلیس زن، بهار و تابستان ۱۳۹۱، شماره ۱۶.

۳. روشن، محمد و ماهرو غدیری، **فرزندخواندگی و حق بر خانواده در پرتو مصالح**

عالیه کودک، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۲، ویژه‌نامه ۱۴.

۴. ساعی، محمدهادی و نیلوفر کامیاب منصوری، **حضانت در پرتو مصلحت کودک در**

زمان ازدواج مجدد مادر، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، زمستان ۱۳۹۵،

شماره ۴.

۵. شریفی، فاطمه و کبری پورعبدالله، **شرط امانت سرپرست کودک در فقه امامیه**،

فصلنامه فرهنگی تربیتی زنان و خانواده، ۱۳۹۴، شماره ۳۰.

۶. محقق داماد، مصطفی و مریم غنی‌زاده، **تعیین مصالح نوعیه کودک از منظر فقه**

امامیه و مبانی آن، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۶، شماره ۴۷.

۷. نورزاد لاله، مینا، محمود قیوم‌زاده، **بررسی حقوقی حضانت در حقوق ایران و**

انگلیس، فصلنامه مطالعات حقوقی، بهار ۱۳۹۶، شماره ۹.

ب) منابع عربی

۸. طوسی، محمد بن حسن، **النهایه**، بیروت: دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰.

۹. طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط**، جلد ۳۱، تصحیح و تعلیق محمد تقی الکشفی، بی‌جا:

المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۷۸.

۱۰. العاملی، زین الدین بن علی، *روضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، جلد ۱، قم: کتابفروشی دآوری، ۱۴۱۰.
۱۱. العاملی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۵.
۱۲. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، جلد ۷، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷.
۱۳. مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی مذاهب الخمسه*، ترجمه مصطفی جباری و حمید مسجدسرای، تهران: انتشارات ققنوس، ۱۳۷۹.
۱۴. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۳۱، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی تا.

ج) منابع انگلیسی

Articles

15. Bauserman, R. "Child Adjustment in Joint-Custody versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review", *Journal of Family Psychology* 16 1 (2002).
16. Belanger, John. "The Modern Application of the "Best Interests of the Child" Theory in Custodial Law", The Honors Program Senior Capstone Project, Faculty Advisor 6 (2007).
17. Beth Isaacs, Marla, Leon, George H., Kline, Marsha. "When Is a Parent Out of the Picture? Different Custody, Different Perceptions." *Family Process* 26 1 (1987).
18. Eitzen, Tari. "A Child's Right to Independent Legal Representation in a Custody Dispute: A Unique Legal Situation, A Necessarily Broad Standard, The Child's Constitutional Rights, The Role of the Attorney Whose Client Is the Child." *Family Law Quarterly* 19 1 (1985).
19. Isaacs, Marla Beth, George H. Leon, Marsha Kline M.S., "When Is a Parent Out of the Picture? Different Custody, Different Perceptions", *Family Process* 26 1 (1987).
20. Kapner, L. "Joint Custody and Shared Parental Responsibility: An Examination of Approaches in Wisconsin and Florida" *MARQ. L. REV* 66(1983).

21. Katharine T, Bartletir. "Child Custody in the 21st Century: How the American Law Institute Proposes to Achieve Predictability and Still Protect the Individual Child's Best Interests." *Willamette Law Review* 35 3 (1999)..
22. Kelly, J.B." The Best Interests of the Child a Concept in Search of Meaning", *Family and Conciliation Courts Review* 35 4 (1997).
23. McLaughlin, J.H. "The Fundamental Truth about Best Interests", *Saint Louis University School of Law* 54(2009).
24. Walsh, T.J. "In The Interest of a Child: A Comparative Look at the Treatment of Children under Wisconsin and Minnesota Custody Statutes", *Marquette Law Review* 85 (2002).

Websites

25. Belanger, J. "**The Modern Application of the Best Interests of the Child Theory in Custodial Law**", The Honors Program Senior Capstone Project, (2007) 4-5. Available at:
26. Children's Bureau. '**Determining the best interests of the child**', Department of Health and Human Services, Child Welfare Information Gateway 2016, 3. Available at: www.childwelfare.gov.
27. http://digitalcommons.bryant.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=honors_history
28. Larson, Aaron, **Fathers' Rights and Child Custody Law**, available at: http://www.expertlaw.com/library/child_custody/fathers_rights.html, accessed on February 4, 2007.
29. U.S. Dept. of Labor (1996), **20 Facts on Women Workers**, No. 96, available at: <https://www.unc.edu/~healdric/soci31/1998/assign/20facts.htm>.
30. www.fathersandfamilies.org: Accessed on March 12, 2007.

Report

31. Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 on The Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as A Primary Consideration (United Nation, 2013, art. 3, para. 1), 4.