

بررسی تأثیر اراده در حضانت^۱

نیوشا مصلی نژاد^۲

چکیده

بررسی فقهی حقوقی ماهیت حضانت و تأثیر اراده در حضانت از موضوعات بسیار مهم و مورد توجه فقها و حقوق‌دانان از دیرباز تاکنون بوده است. با توجه به نظرات مختلف در خصوص حق یا تکلیف بودن حضانت و اثرگذاری آن بر زندگی خانوادگی، که اساسی‌ترین رکن جامعه می‌باشد، انجام تحقیقات گسترده پیرامون این موضوع بیش از پیش احساس می‌گردد.

مقاله حاضر ضمن تشریح دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان درباره ماهیت حضانت، اشخاص عهده‌دار این امر و موانع اجرای آن و تأثیر اراده در حضانت بر آن است که نشان دهد، آیا حضانت به موجب قرارداد قابل اسقاط و واگذاری می‌باشد یا خیر؟ نویسنده با بررسی استدلال‌های فقهی و حقوقی در این زمینه به این نتیجه رسیده است که به موجب مواد ۹۵۹، ۹۶۰، ۹۷۵ و ۱۰ قانون مدنی سلب حق امکان‌پذیر است، مگر این‌که قانون آن را منع نموده باشد. حضانت از فرزندان هم حق و امتیازی است که قانون به اشخاص داده است. لذا، بر طبق اصول حقوقی و در محدوده قانونی حضانت قابل اسقاط و واگذاری می‌باشد.

واژگان کلیدی

فقه، حقوق، حضانت، طفل، والدین، حق، تکلیف

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۸/۸؛ پذیرش مقاله: ۱۳۹۰/۱۰/۲۲

۲- دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف آباد، گروه حقوق خصوصی، اصفهان، ایران.

مقدمه

طفل از نظر طبیعی و اجتماعی موجود ناتوانی فرض شده است؛ به همین دلیل، قانون او را تا زمان بلوغ تحت حمایت قرار می‌دهد. حمایت طفل شامل حمایت از شخص طفل برای حضانت، نگاهداری و تربیت او و همچنین حمایت از حقوق طفل برای حفظ اموال و حقوق مالی و غیرمالی وی و نیز اداره آن‌ها است.

این مقاله با توجه به اهمیت موضوع، در موادی از قانون مدنی ایران و همچنین نظریه‌های مشورتی متفاوت، به شناسایی مفهوم حضانت، نقش اراده و تنظیم قرارداد در اجرای این امر می‌پردازد و هدف از نگارش آن است که بررسی کنیم آیا حضانت قابل اسقاط و واگذاری می‌باشد یا خیر؟

بدین منظور، مقاله در چهار قسمت - مفهوم حضانت، اشخاصی که عهده دار حضانت هستند، موانع اجرای حق حضانت، و تأثیر اراده در حضانت - به مطالعه این موضوع می‌پردازد.

مفهوم حضانت

حضانت در لغت، مصدر است از فعل ثلاثی مجرد (حضن - یحضن) به معنی دایگی، پرستاری، تربیت کردن، پرورش دادن، به دامن گرفتن کودک و سرپرستی صغیر (بندر ریگی، ۱۳۷۲، ص ۱۰۲؛ حسینی دشتی، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۵۷۴).

در اصطلاح حقوق، عبارت از اقتداری است که قانون به منظور نگاهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است و می‌توان آن را به دو عنصر نگاهداری و تربیت طفل تجزیه کرد. این دو عنصر در عمل به دشواری جدا از هم تصور می‌شوند؛ زیرا شیوه نگاهداری کودک در پرورش استعدادها و مؤثر است و زمینه آموزش به او را نیز فراهم می‌سازد. با وجود این، آنچه به طور مستقیم ناظر به پذیرفتن کودک و پرستاری و تأمین نیازهای مادی و معنوی اوست، مانند تهیه غذا، مسکن، لباس و پرستار، در زمره کارهای مربوط به نگاهداری است، ولی هدایت او در شناسایی محیط، آموختن تجربه زندگی، عادات و رسوم آن، تأمین وسیله تحصیل و مانند این‌ها در شمار

تکالیف مربوط به تربیت کودک است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۸۰ - ۳۸۱).

حضانة از دیدگاه فقهای امامیه

علامه حلی در القواعد می‌نویسد: حضانة، ولایت و سلطنت بر تربیت طفل می‌باشد (حلی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۳، ص ۱۰۱)؛ و محقق حلی عقیده دارد برای شیردهی به کودک، شیر مادر از هر شیر دیگری برتر است. لذا مادر در مدت شیردهی، برای نگهداری کودک، از هر کس دیگر محق‌تر است (حلی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۳۴۵).

حضانة در اصطلاح شرع، حق شرعی سرپرستی و نگاهداری فرزند توسط پدر و مادر می‌باشد، این حق برای مادر محفوظ است که اگر فرزند پسر بود تا دو سالگی و اگر دختر بود تا هفت سالگی از او مراقبت نماید. در نگاهداری فرزند پس از این مدت، پدر اولویت دارد (حسینی دشتی، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۵۷۴).

حضانة از دیدگاه فقهای اهل سنت

در کتاب فقه‌السنه آمده است: حضانة یعنی خواستن سبب حفظ کودک، خواه پسر باشد خواه دختر؛ و در کل، حضانة نگاهداری از هر کس است که بد و خوب را تشخیص نمی‌دهد و به تنهایی نمی‌تواند به کارهای خود برسد. این عهده‌داری باید به مصلحت این گونه افراد باشد و آنها را از هر گونه گزند و ضرر حفظ نماید. در مجموع حضانة کودک تربیت اوست از لحاظ جانی و عقلی تا آنجا که به مسائل زندگی آشنا گردد و بتواند مسؤولیت‌پذیر گردد (سابق، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۳۸).

حضانة عبارت است از تربیت و پرستاری بچه تا هنگام تمییز (مردوخ کردستانی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۱۰۲).

علمای اهل سنت حضانة پسر و دختر را واجب می‌دانند؛ زیرا سهل‌انگاری در این امر موجب نابودی و به خطر افتادن کودک می‌شود. بنا به نظر ایشان حضانة حق مشترک میان مادر و پدر است (بیهقی، ۱۳۴۴ هـ، ج ۸، ص ۵۲۲).

اشخاصی که حضانت با آنان است

حضانت در درجه اول حق و تکلیف طبیعی و قانونی پدر و مادری است که طفل را به دنیا آورده‌اند. این تکلیف تا زمانی که طفل به سن بلوغ نرسیده باشد، باقی است. مسأله آن است که آیا در دوره ازدواج والدین، پدر و مادر از لحاظ حضانت برابری یا یکی بر دیگری تقدم دارد؟ عقیده مشهور فقها مبتنی بر حق تقدم یکی بر دیگری بر حسب سن طفل حتی در دوره ازدواج است (امامی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۵).

اینک به بررسی اشخاص عهده دار حضانت درمقاطع مختلف زمانی می‌پردازیم:

۱- در دوران زوجیت

تا زمانی که پدر و مادر کودک زنده هستند و صلاحیت نگهداری از فرزند خود را دارند، حضانت با آنان است و هیچ یک از خویشان پدری یا مادری نمی‌توانند در این مورد ادعایی کنند (ماده ۱۱۶۸ ق.م).

حق پدر و مادر مطلق نیست و هر گاه مصلحت کودک ایجاب کند و سلامت و تربیت او در خطر افتد، دادگاه می‌تواند درباره حضانت تصمیم دیگری بگیرد و طفل را از کانون آلوده یا بی‌مبالات خانواده طبیعی خارج سازد. ولی چنان‌که پیش از این گفته شد، این تصمیم در صورتی مجاز است که جدا کردن طفل از خانواده ضروری باشد.

پدر و مادر مأموران دولت نیستند تا هر گاه مصلحت ایجاب کند به کناری گذارده شوند. آنان بر نگاهداری و تربیت فرزند خود حق دارند؛ حقی که از دیرباز به عنوان امتیازی طبیعی، محترم داشته شده است و تا خانواده‌ای هست پابرجا می‌ماند.

ماده ۱۱۷۵ ق.م در بیان همین امر و جلوگیری از سوءاستفاده دادگاه در مصلحت‌اندیشی برای کودک، اعلام می‌کند که: «طفل را نمی‌توان، از ابویین یا از پدر و مادری که حضانت با او است، گرفت؛ مگر در صورت وجود علت قانونی».

آنچه گفته شد، درباره پدر و مادر مشروع در خانواده است. در حضانت فرزندی که از راه نامشروع به بارآمده یا نتیجه تلقیح مصنوعی نطفه بیگانه است، ملاحظه حق پدری یا مادری نمی‌تواند در برابر مصلحت طفل ارزشی قاطع به شمار آید. در چنین مواردی، هر

گاه بین زن و مرد بیگانه، رقابتی بر سر نگاهداری فرزند طبیعی و مشترک درگیرد، دادگاه باید مصلحت کودک را در نظر بگیرد و او را به داوطلبی بسپارد که شایسته‌تر است (امامی، ص ۲۸۹-۲۹۰).

۲- پس از فوت پدر یا مادر

به موجب ماده ۱۱۷۱ ق.م.: «در صورت فوت یکی از ابویین، حضانت طفل با آن‌که زنده است خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد». قیم در این ماده، به معنی وصی به کار رفته است. مقصود این است که اگر پدر طفل برای سرپرستی و اداره اموال فرزند خود وصی معین کرده باشد، در صورت فوت او، حضانت بر عهده مادر خواهد بود نه وصی منصوب (صفایی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۳۳۹).

این ماده توهّم اختلاط کامل بین ولایت و حضانت را از بین می‌برد و نشان می‌دهد که اختیار پدر به عنوان ولی قهری هیچ گاه نمی‌تواند مانع از حضانت مادر شود. این حکم در موردی هم که پس از فوت پدر، ولایت به جد پدری می‌رسد، قابل اجراست. دادگاه نیز باید حق تقدم پدر یا مادری را که در چنین وضعی قرار گرفته است، محترم شمارد و تنها به مصلحت طفل نیندیشد.

ماده واحده قانون «واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران» مصوب ۱۳۶۰/۱۰/۸، حضانت کودک یا محجوری را که پدر ندارد، به عهده مادر قرار داده است، خواه محجور پیش از فوت پدر، در ولایت او باشد یا حجر بعد از بلوغ و رشد، یعنی پایان ولایت، عارض شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۹۳).

ماده واحده‌ای نیز که به تاریخ ۱۳۶۴/۵/۶ در مورد سپردن حضانت فرزندان صغیری که پدران آنان به مقام والای شهادت رسیده یا فوت شده‌اند به مادر تصویب شد، مؤید اهمیت سپردن حضانت کودک به مادر در صورت فوت پدر می‌باشد (محمدیان امیری، ۱۳۸۹، ص ۱۲۷).

با فوت پدر، رسیدگی به امور مالی صغیر یا صغار که خود توانایی اداره آن را ندارند، تابع تشریفات است که قانون مشخص کرده است؛ زیرا پدر به موجب ماده ۱۱۸۰ ق.م. دارای سمت ولایت طفل می‌باشد، ماده یاد شده، طفل صغیر را تحت ولایت قهری پدر و

جد پدری می‌داند و این حکم را درباره طفل غیر رشید و مجنون نیز در صورتی که عدم رشد و جنون وی متصل به زمان صغر باشد، تسری می‌دهد (پوررتگنیا، ۱۳۸۱، ص ۱۱۲-۱۱۳).

۳- پس از فوت والدین

در قانون مدنی، وضع حضانت طفل بعد از پدر و مادر صریحاً روشن نشده است؛ لیکن از پاره‌ای مواد مندرج در این قانون و قانون امور حسبی و با توجه به اصول کلی حقوقی می‌توان راه‌حلهایی به شرح ذیل به دست داد (امامی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۰۰):
از ماده ۱۱۸۸ ق.م. نیز برمی‌آید که جد پدری در حضانت مولی‌علیه خود دارای حق و تکلیف است.

در صورت فقدان جد پدری باید حضانت را به وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری، در صورتی که چنین اختیاری به او داده شده باشد، واگذار کرد. در واقع ماده ۱۱۸۸ ق.م. به این نکته تصریح کرده است. این ماده می‌گوید: هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشند، وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آن‌ها مواظبت کرده و اموال آن‌ها را اداره نماید.

اختیار جد پدری و وصی منصوب از طرف ولی قهری در امر حضانت از ماده ۷۳ قانون امور حسبی نیز قابل استنباط است.

هر گاه طفل نه پدر و مادر داشته باشد نه جد پدری و نه وصی منصوب، حضانت او با کیست؟ در حقوق امروز مبنا و مجوزی برای این‌که بتوان اقریبای طفل را به ترتیب ارث به حضانت ملزم کرد، وجود ندارد. لیکن به موجب ماده ۱۲۳۵ ق.م. «مواظبت شخص مولی‌علیه و نمایندگی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او باقیم است». از کلمات «مواظبت شخص» که در این ماده به کار رفته است، بر می‌آید که قییم علاوه بر اداره اموال، عهده‌دار حضانت نیز هست؛ مگر این‌که مادر زنده بوده، صلاحیت نگاهداری طفل را داشته باشد، یا این امر به موجب تصمیم دادگاه به شخص دیگری محول شود که

این شخص قیم بر حضانت به شمار خواهد آمد.
به طور کلی در هر یک از موارد مذکور، دادگاه برابر قانون حمایت خانواده می‌تواند با رعایت مصلحت طفل، حضانت را به شخص دیگری واگذار نماید (صفایی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۳۴۲).

۴- پس از جدایی زن و شوهر

در موردی که زن و شوهر از هم جدا شده باشند، دیگر همکاری آنان برای حضانت طفل، به گونه‌ای که در زمان زوجیت وجود داشت، امکان ندارد. پس، ناچار باید کودک را به یکی از آن دو سپرد. قانون مدنی مادر را تا هفت سال برای فرزند، مقدم می‌شمرد و از آن پس اولویت را به پدر می‌دهد.

حکم ماده ۱۱۶۹ ق.م.، به ویژه در مورد تقدم مادر بر نگاهداری از نوزاد، چنان طبیعی و عادلانه است، که به عنوان اصل رعایت می‌شود؛ زیرا باید ضرورتی وجود داشته باشد تا بتوان کودک چند ماهه‌ای را از مادر جدا کرد یا تربیت نوجوانی را به پدر واگذار نکرد. این ضرورت را، چنان‌که گفته شد، در فرض جنون و شوهر کردن مادر قانون‌گذار پیش‌بینی کرده است (ماده ۱۱۷۰). لیکن، معیار اصلی را می‌توان در ملاک ماده ۱۱۷۳ ق.م. جستجو کرد. حکم این ماده، با این‌که در مقام بیان ترجیح پدر یا مادر بر دیگری نیست، از مبنای آن در این باب نیز می‌توان استفاده کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۹۲).

موانع اجرای حق حضانت

۱- موانع قانونی

الف- جنون

بدیهی است که کودک را نباید به دیوانه سپرد، هر چند پدر یا مادر او باشد. به همین جهت، حکم ماده ۱۱۷۰ را که اعلام می‌کند: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود... حق حضانت با پدر خواهد بود»، باید در همه مواردی که عارضه جنون گریبان‌گیر پدر یا مادر یا جد پدری می‌شود اجرا کرد؛ خواه جنون دائمی باشد یا

ادواری؛ مگر این‌که عارضه جنون چندان نادر یا کوتاه مدت باشد که در عرف نتوان او را دیوانه نامید. در این فرض، بیماری روانی نیز مانند سایر بیماری‌ها مانع از اجرای حق حضانت نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۹۴-۳۹۵).

ب- شوهر کردن مادر به شخصی غیر از پدر طفل

ماده ۱۱۷۰ ق.م. شوهر کردن مادر را نیز از موانع اجرای حق حضانت می‌شمارد؛ زیرا فرض این است که گرفتاری‌های ناشی از شرکت در خانواده دیگر و لزوم تمکین از شوهر جدید، او را از وظایف خود باز می‌دارد. مهم‌ترین پرسشی که در این زمینه مطرح می‌شود، این است که شوهر کردن مادر تنها حق تقدم او را در برابر پدر از بین می‌برد و لزوم تجدید نظر در حضانت طفل را به وجود می‌آورد، یا پس از فوت پدر و در برابر جد پدری یا سایر خویشان مانع از اجرای حق حضانت می‌گردد.

ماده ۱۱۷۰ ق.م. ناظر به روابط پدر و مادر است و پاره‌ای از استادان، سقوط حق حضانت مادر را تنها در صورت حیات پدر طفل می‌پذیرند (امامی، ۱۳۸۳، ج ۵، ص ۱۹۶). در فقه نیز شوهر کردن مادر تنها در ترجیح او بر پدر مؤثر است و پس از فوت پدر، حضانت در هر حال با مادر است. این نظر را باید تأیید کرد؛ زیرا احتمال فراوان دارد مادری که شوهر کرده است، همانند پدر نتواند از فرزند خود نگهداری کند؛ ولی در مقایسه با سایر خویشان، هیچ کانونی را مطمئن‌تر از دامن مادر برای پرورش کودک نمی‌توان یافت.

بی‌گمان، خلاف این فرض را می‌توان طرح کرد که ممکن است کودک در خانه ناپدری صدمه جسمی یا روحی ببیند. ولی، تا زمانی که این ادعا ثابت نشده است، مادر مقدم بر همه خویشان است. همچنین است جایی که مانعی برای حضانت پدر موجود باشد (مانند کفر). پس، حضانت کودکی که پدر خویش را از دست داده، در هر حال با مادر اوست. شوهر کردن مادر به خودی خود مانعی در این راه ایجاد نمی‌کند و دادگاه در صورتی حضانت را به جد پدری یا قیم می‌سپارد که ضرورتی آن را اقتضا کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۹۴-۳۹۵). آنچه از ماده ۱۱۷۰ ق.م. استنباط می‌شود، این است که سقوط حق حضانت مادر هنگامی است که مادر، شوهر دیگری اختیار کند، آن هم به شرط حیات شوهر و الا

حضانت مادر در آن هنگام هم باقی خواهد ماند. ولی حق حضانت طفل در صورت فوت شوهر زن حتی اگر شوهر دیگری اختیار کند، قابل سقوط نیست و به جد پدری انتقال داده نمی‌شود (بابازی قومشی، ۱۳۸۶، ص ۲۲۳).

ج- کفر

در این‌که آیا کفر از موانع حضانت است یا اثری در آن ندارد، وضع قانون مدنی مبهم است: از سویی، ماده ۱۱۹۲ ق.م. ولی مسلم را از انتخاب وصی کافر بر مولی‌علیه خود منع کرده است و این حکم نشان می‌دهد که قانون‌گذار نیز، مانند فقیهان امامیه، نمی‌خواسته است کافر ولی بر مسلمان باشد و در تربیت او دخالت داشته باشد، از سوی دیگر، با این‌که ممنوع بودن کافر از حضانت مسلمان در فقه از مسلمات است، بعید به نظر می‌رسد که این امر از دید نویسندگان قانون مدنی دور مانده باشد؛ با این همه در مواد مربوط به حضانت در این باره سکوت اختیار شده است.

به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در موارد سکوت قانون، دادگاه باید «با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید ...» در فقه، از آن‌جاکه حضانت نیز مصداق و چهره‌ای از ولایت است، منع ولایت کافر بر مسلم بی‌گمان شامل حضانت نیز می‌شود و فقیهان، درباره این‌که مادر کافر حق حضانت بر فرزند مسلمان خود را ندارد، اتفاق نظر دارند (حلی، ۱۳۷۴، ص ۵۶۷؛ نجفی، ۱۳۷۶، ج ۳۱، ص ۲۸۷).

۲- موانعی که نیاز به ارزیابی دادگاه دارد

الف- آسیب دیدن سلامت و تربیت کودک

در ماده ۱۱۷۳ ق.م. در معرض خطر قرار گرفتن صحت جسمانی، و تربیتی اخلاقی طفل دو عامل مهمی است که دادگاه را وادار به تصمیم گرفتن و تجدیدنظر در وضع حضانت می‌کند. از مفاد ماده به خوبی بر می‌آید که وجود چنین خطری تنها سبب بازستاندن طفل از پدر یا مادر نالایق نیست، بلکه مانع از سپردن کودک به آنان نیز است. بنابراین، می‌توان گفت ضابطه تمیز موانعی که دادگاه باید مصداق‌های خارجی آن را تعیین کند، در خطر

بودن سلامت جسمی و اخلاقی کودک است.

این ضابطه جنبه اجتماعی دارد و دادرس باید معین کند که چگونه خطری و تا چه اندازه از احتمال مانع از حضانت طفل به وسیله پدر و مادر می‌شود. ولی، چون درباره سرنوشت کودک خاص تصمیم می‌گیرد، باید وضع جسمی و شؤون خانوادگی پدر و مادر و طفل را نیز در نظر بگیرد و تنها به ضوابط نوعی نپردازد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۹۶).

ب- مصداق‌های شایع مانع حضانت

بر پایه تاریخ حقوق و رسوم اجتماعی، می‌توان چند مصداق بارز از موانع حضانت را یادآور شد:

- ناتوانی در نگاهداری طفل: خواه در اثر غیبت و زندان باشد یا بیماری و زمین‌گیری و گرفتاری‌های ناشی از امرار معاش. بدیهی است که اگر دادگاه تشخیص دهد که پدر یا مادر به یکی از این دلایل، توانایی نگهداری طفل را ندارد و به آن اندازه نیز شروتمند نیست که بتواند کسانی را با مسوولیت خود به این کار گمارد، باید از سپردن کودک به او خودداری کرد.

- ابتلا به بیماری‌های واگیردار: به شرط این‌که پدر یا مادر نتواند دادگاه را مطمئن سازد که بیماری او سلامت طفل را به خطر نمی‌اندازد. باید افزود که امکان سرایت بیماری به تنهایی مانع از اجرای حق حضانت نیست. باید این سرایت برای سلامت طفل خطر جدی به وجود آورد؛ خطری که ارزش جداکردن کودک را از پدر و مادر داشته باشد. وگرنه، همه می‌دانیم که سرماخوردگی و آنفلوآنزا از بیماری‌هایی است که به سرعت شایع می‌شود. ولی، بر مبنای چنین خطری کودک را نمی‌توان از دامان مادر گرفت.

به همین جهت گفته شد که دادگاه باید چگونگی و اندازه خطر را تعیین کند و در این باره مانند جنون ابویین یا شوهر کردن مادر نمی‌توان حکم نوعی داد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۹۶-۳۹۷). مسأله دیگر این‌که بعد از معالجه بیماری در صورت باقی ماندن مدت حق حضانت، صاحب حق می‌تواند وظیفه حضانت را اعمال نماید و این حق قابل عودت است (بابری فومشی، ۱۳۸۶، ص ۲۲۵).

- انحطاط اخلاقی: انحطاط اخلاقی پدر و مادر نباید موجب تباهی فرزندشان شود؛ زیرا

کودک به خود و اجتماع نیز تعلق دارد. با این همه، این مانع، به لحاظ وابستگی آن به عادات و رسوم اجتماعی، بیش از سایر عوامل تاب تفسیرهای گوناگون را دارد. به اجمال می‌توان گفت اعتیادهای زیانبار، پیشه کردن اعمال منافی عفت، عادت به رشوه‌خواری و خیانت و کلاهبرداری از مصداق‌های بارز انحطاط اخلاقی است و همین اوصاف را پاره-ای از فقها به «فسق» تعبیر کرده‌اند (عاملی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۵۸۲) که مانع از حضانت می‌شود.

- **خشونت خارج از حد متعارف:** با وجود محبت بی‌شائبه‌ای که پدر و مادر به فرزندان خود دارند، گاه دیده می‌شود که رفتار خشونت‌بار آنان و تنبیه‌های دشواری که بر فرزند خود روا می‌دارند، سلامت جسمی و تربیت اخلاقی کودک را به خطر می‌اندازد. در این صورت، دادگاه می‌تواند حق حضانت را معلق دارد و کودک را به هزینه پدر به دیگری بسپارد.

بر خلاف ناتوانی، بیماری و انحطاط اخلاقی که باعث سقوط حق حضانت به طور کلی می‌شود، مانع خشونت احتمال دارد نسبی و تنها ناظر به یکی از فرزندان باشد؛ زیرا گاه دیده می‌شود که پدر یا مادر در حق یکی از فرزندان خود خشونت می‌ورزند و درباره سایرین رفتار معقول دارند. پس، دادگاه می‌تواند بخشی از اختیار حضانت درباره همان فرزند را معلق دارد و سایر فرزندان را در اختیار آنان باقی گذارد. به بیان دیگر، سقوط حق حضانت ممکن است نسبی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۹۷ - ۳۹۸).

حق یا تکلیف بودن حضانت

۱- تمییز حق، حکم و تکلیف

حکم در میان فقها معانی مختلفی دارد. محقق حلی احکام شرعی را به طور کلی بر چهار نوع تقسیم می‌کند: عبادات، عقود، ایقاعات و احکام (حلی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۵). شهید اول در توجیه این تقسیم می‌گوید: حکم شرعی یا هدف اصلی و اهم آن، آخرت و معنویت است یا دنیا و مادیت. در صورت دوم یا بی‌نیاز از لفظ است یا نیازمند به آن و در حالت اخیر، صدور لفظ یا از دو طرف لازم است یا از یک طرف. نوع اول را عبادات، نوع دوم را احکام، نوع سوم را عقود و نوع چهارم را ایقاعات گویند (عاملی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۳۰). در این

تقسیم، حکم به یک معنا مقسم است و به معنای دیگر، یکی از اقسام چهارگانه. حکم به معنای اعم خود عبارت از اوامر و نواهی قانون‌گذار است که یا به طور مستقیم اموری را مباح و ممنوع می‌کند، یا آثار حقوقی خاصی بر اعمال اشخاص بار می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۵۰-۲۵۱). حکم مجرد اجازه شارع است در انجام کار یا عدم انجام کار یا ترتب آثاری بر افعال اشخاص یا بر ترک آنان (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۲۰). حکم به این معنا شامل حکم تکلیفی و حکم وضعی می‌شود. مسلم است که حکم به این معنا در مقابل حق قرار نمی‌گیرد. حکم به معنای خاص، دسته‌ای از مقررات است که اراده افراد بر خلاف آن نافذ نیست. حکم به این معنا در مقابل حق قرار می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۲۴۳).

حق گاهی به معنای نقیض باطل، ثابت و واجب می‌باشد. گاهی حق نوعی مال و در مقابل عین و دین و منفعت قرار می‌گیرد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱). این معنای حق در بحث ما مورد نظر نیست. گاهی حق به معنای اموری است که در قانون پیش‌بینی شده و اختیار و اراده افراد در اسقاط و تغییر آن نافذ است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۶). به عبارت دیگر، حق اختیار و تسلطی است که برای شخص در روابط او با دیگران ایجاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۵۱). این معنای حق در مقابل حکم به معنای اخص است. حق به این معنا که مورد نظر ماست، سه اثر و ویژگی دارد: ۱- قابلیت اسقاط (مثل اعراض از حق مالکیت یا ابراء طلب)؛ ۲- قابلیت نقل (خواه به طور رایگان و خواه با عوض)؛ ۳- قابلیت انتقال قهری. از این میان، ویژگی قابلیت اسقاط، ویژگی اصلی و غیرقابل تغییر است. اگر چیزی دارای این ویژگی نباشد، نباید آن را حق نامید. اما ویژگی‌های دیگر استثنا پذیرند. مثلاً اگر صاحب حق، موضوعیت داشته باشد، انتقال حق به دیگری ممکن نیست (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۵۶). تکلیف، عبارت از امری است که فرد ملزم به انجام آن باشد و هرگاه بر خلاف آن رفتار نماید به جزایی که در خور آن امر است، دچار گردد (امامی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص ۱۱). از جمله آثار تکلیف، عدم جواز امتناع، جواز اجبار بر عمل و عدم جواز انتقال و واگذاری است.

برخی حقوق‌دانان معتقدند آنچه در مقابل حق است، تکلیف است نه حکم؛ زیرا حق نیز از آثار حکم است. به عبارتی حکمی است که حق می‌آفریند و حکمی است که تکلیف به بار

می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۵۲). اما همان‌طور که ذکر شد، حکم به معنای خاص، در مقابل حق قرار می‌گیرد و حکم به معنای عام، منشأ ایجاد حق است. لذا ایراد مزبور وارد نیست. هم‌چنان‌که خود نویسنده حق و حکم را در مصاحبت هم مطرح می‌کند. آنچه در این بحث اهمیت دارد، تقابل اختیار و الزام است. در حق و سلطه، الزام و اجبار جایی ندارد. در حالی- که در حکم و تکلیف الزام و اجبار هست. با این توصیف، این‌که بگوییم «تمییز حق و حکم تا حدودی بستگی به تشخیص قوانین امری دارد» ایرادی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۵۱). در این خصوص لازم است به بررسی دیدگاه فقها و حقوق‌دان‌ها هم بپردازیم:

الف- دیدگاه فقها درباره ماهیت حضانت

با توجه به آنچه در خصوص مفاهیم حق، حکم و تکلیف گذشت، اگر حضانت از نوع حقوق باشد، قطعاً قابل اسقاط است و الزام به آن معنا ندارد. هر چند ممکن است آثار دیگر حق، یعنی قابلیت نقل و انتقال را نداشته باشد. اگر حضانت تکلیف باشد، مکلف بر آن اجبار و الزام می‌شود. نظر مشهور فقها بر این است که حضانت برای پدر تکلیف است و او نمی‌تواند از زیر بار آن شانه خالی کند. اما حضانت برای مادر، صرفاً یک حق است و مانند تمام حقوق اسقاط آن ممکن است (طوسی، ۱۳۸۸ هـ ج ۶، ص ۳۷). کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی نیز در این خصوص چنین اظهار داشته است: «چنان‌چه زوجه حاضر به قبول حضانت به طور مجانی یا در برابر اجرت‌المثل یا کمتر از آن باشد، در این صورت مادر احق و اولی به حضانت است از هر کس دیگر حتی از جد پدری، گرچه ازدواج هم کرده باشد و اجرت حضانت و نفقه و کسوت طفل از مال پدر پرداخت خواهد شد و هر گاه در فرض فوق، زوجه نیز غیرمأمون باشد یا از قبول حضانت امتناع کند یا بیش‌تر از دیگران اجرت بخواهد، در این صورت مادر را نمی‌شود الزام به حضانت نمود» (نجفی، ۱۳۷۶، ج ۲۳، ص ۳۰). مرحوم میرزای قمی معتقد است زن امتناع‌کننده از حضانت نه تنها اجبار نمی‌شود، بلکه اگر پس از مدتی از امتناع بازگردد و حق حضانت خود را مطالبه کند، سخنش مسموع است و حضانت کودک به او داده می‌شود. دلیل ایشان، اطلاعات ادله و استصحاب بقای حق است (جیلانی قمی، ۱۳۰۳ هـ ج ۱، ص ۴۶۹). شهید ثانی حضانت را در جرگه حقوق می‌داند. آن‌گاه

نقل می‌کند که برخی قائل به وجوب حضانت هستند. ایشان وجوب حضانت و اجبار مادر بر حضانت را تنها در صورت اضطرار و نیاز کودک به حضانت مادر، خوب می‌دانند. اما می‌گوید: این از باب وجوب کفایی رسیدگی به مضطربین است و ویژه حضانت مادر نیست (جبعی عاملی، ۱۴۰۳ هـ، ج ۲، ص ۱۴۱).

ب - دیدگاه حقوق‌دانان درباره ماهیت حضانت

قانون مدنی حضانت را هم حق و هم تکلیف می‌داند (ماده ۱۱۶۸ ق.م). این بیان نشان نمی‌دهد که حضانت را می‌شود اسقاط کرد یا نه. لذا ماده دیگری وضع شده است تا عدم قابلیت اسقاط را نشان دهد (ماده ۱۱۷۲ ق.م). در حالی که اگر ماده نخست رسا بود، نیازی به ماده دوم نبود.

غالب حقوق‌دانان بیان ماده ۱۱۶۸ ق.م. را مورد تأیید قرار داده‌اند (امامی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص ۱۹۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۲۸؛ شایگان، ۱۳۳۹، ص ۲۸۳). آن‌ها نارسایی این ماده را به طرق زیر توجیه کرده‌اند:

به اعتقاد برخی حضانت برای ممتنع از نگهداری طفل، تکلیف است و برای دیگران حق است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۶). این بیان هر چند از بیان ماده ۱۱۶۸ ق.م. رساتر است، اما باز هم خالی از ایراد نیست؛ زیرا در واقع حضانت را برای ممتنع غیرقابل اسقاط و برای غیرممتنع، قابل اسقاط دانسته است. در حالی که اگر غیرممتنع بخواهد از حقیقت خود را از دست می‌دهد. مهم‌ترین ویژگی حق، قابلیت اسقاط آن نیست و حقی که نتوان از آثار آن بهره‌مند شد، نام تکلیف برایش زبیده‌تر است. علاوه بر این ایراد، بر اساس این بیان تا قبل از امتناع، چیزی به عنوان تکلیف حضانت وجود ندارد و بعد از امتناع هم، حق حضانت وجود ندارد. این مغایر ظاهر ماده ۱۱۶۸ ق.م. است که در آن، چه قبل از امتناع و چه بعد از آن حق و تکلیف توأمان وجود دارند. منظور قانون مدنی از این ماده این است که والدین در همان حال که حق اعمال حضانت را دارند، مکلف به انجام آن نیز می‌باشند و حق و تکلیف آن‌ها در زمان واحد وجود دارد.

برخی دیگر از حقوق‌دانان با استفاده از اصطلاح «سازمان حقوقی» درصدد حل این مشکل بر آمده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۵۳-۲۵۴). هر گاه چند قاعده حقوقی، به منظور رسیدن به هدف خاص، یکی از روابط اجتماعی را احاطه کنند و بین آن‌ها چنان ارتباطی باشد که بتوان همه را یک مجموعه منظم به شمار آورد، گویند سازمان حقوقی خاص به وجود آمده است (همان، ص ۲۵۳). در حقوق، حق و تکلیف به هم آمیخته و در برابر هر امتیاز، حقوق گوناگون مقرر شده است. پس برای شناختن وضع شخص و تمییز حقوق و تکالیف او باید دید در کدام سازمان حقوقی قرار گرفته است (همان، ص ۲۵۴). این‌که حق و تکلیف دو روی یک سکه‌اند و هر حقی مستلزم انجام تکالیفی است و انجام هر تکلیفی نیازمند دارا بودن یک سری اختیارات و حقوق است، امری مسلم و تردیدناپذیر است. اما به این معنا نیست که یک عنوان حقوقی در زمان واحد هم حق است و هم تکلیف؛ به هر حال یک طرف بر دیگری غلبه دارد. هم‌چنان‌که همین نویسندگان در جای دیگر می‌نویسد «آنچه در ماده ۱۱۶۸ آمده است نباید ما را به این تصور وا دارد که قانون‌گذار دچار تردید و تناقض‌گویی شده است. بلکه باید گفت نگاهداری از کودک در زمره تکالیف پدر و مادر است، ولی چون اجرای هر تکلیف مستلزم داشتن اختیار است، پدر و مادر حق دارند تا آنچه را به عهده دارند، انجام دهند و از سایرین بخواهند که مانع اجرای وظیفه آنان نشوند و به لوازم آن گردن نهند» (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۲۸). ایشان در این جا حضانت را تکلیف می‌داند و حال آن‌که در تعریف حضانت گفته است: «حضانت اقتداری است که قانون به منظور نگاهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر اعطا کرده است» (همان، ص ۱۳۹). تعبیر اقتدار حاکی از وجود حق است نه تکلیف. یکی دیگر از نویسندگان گفته است: «مقصود از حق در مسأله نگاهداری اطفال، شناسایی سلطه و امتیازی برای ولی است تا با تکیه بر آن بتواند تکلیف فطری و قانونی خود را به مورد اجرا گذارد» (صدریا، ۱۳۴۵، ص ۲۲).

همان‌طور که گفته شد، این مطالب نمی‌تواند نارسایی و اشکال در بیان ماده ۱۱۶۸ ق.م. را توجیه کند. حق و تکلیف نمی‌تواند با هم جمع شود. یعنی صاحب حق و تکلیف نمی‌تواند یک نفر باشد. لذا تعبیر «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است» در صورتی صحیح است که از دو حیث جداگانه به آن نگریسته شود و چه خوب بود قانون مدنی هم

این حیثیات مختلف را در خود ماده لحاظ می‌کرد تا دچار ابهام و تناقض‌گویی نشود. ضمن این‌که به جای «نگاهداری» باید از «حضانت» یا «سرپرستی» استفاده می‌کرد؛ زیرا حضانت ترکیب دو عنصر نگهداری و تربیت است.

شاید منشأ این نارسایی (هم حق و هم تکلیف) ترجمه ناقص ماده ۲-۳۷۱ قانون مدنی فرانسه باشد. این ماده می‌گوید: «ولایت والدین به منظور حمایت از امنیت، سلامت و اخلاق طفل برقرار شده است. والدین در مراقبت و تربیت طفل دارای حقوق و تکالیف مقرر می‌باشند». بر اساس این ماده، حضانت در حقوق فرانسه، مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف والدین است. ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران شبیه این ماده تنظیم شده است. اما این ماده اشکال ماده ۱۱۶۸ ق.م. را ندارد؛ زیرا حضانت را مجموع حقوق و تکالیف پدر و مادر دانسته نه این‌که بگوید حضانت هم حق است و هم تکلیف. هر چند منظور هر دو ماده یکی است، اما تنظیم ماده فرانسوی دقیق‌تر صورت گرفته است.

به اعتقاد حقوق‌دانان فرانسوی، حقوقی که در ماده برای والدین در نظر گرفته شده است، نتیجه تکالیفی است که باید اجرا نمایند (مدیرینا، ۱۳۵۳، ص ۴۶) و حضانت را اصولاً تکلیف دانسته‌اند، تکلیفی که به نفع طفل برقرار شده است. دلیل تکلیف بودن این است که مطابق ماده ۳۷۶ قانون مدنی فرانسه، اعراض از حضانت و واگذاری آن، اصولاً مجاز نیست، مگر در شرایط خاص و با دستور قضایی (جعفری و تلخابی، ۱۳۸۱، ص ۱۵۱-۱۵۵).

۲- قرارداد و حضانت

سلطه پدر و مادر بر تربیت و اداره اموال کودک برای حمایت از اوست و به همین جهت به نظم عمومی ارتباط دارد. بنابراین، زن و شوهر در روابط میان خود با دیگران نمی‌توانند به وسیله قرارداد خصوصی به قواعد آن روابط تجاوز کنند، یا از بابت خدماتی که در اجرای تکالیف خود انجام می‌دهند، دستمزد بخواهند.

برای مثال، کسی که ولایت یا حضانت با اوست، نمی‌تواند از آن بگذرد یا امتیازی را که قانون به او داده است، به دیگری واگذار کند.

اکنون باید دید آیا به وسیله قرارداد خصوصی و تعیین وجه التزام می‌توان به طور

غیرمستقیم پدر و مادری را از حق حضانت یا ولایت محروم کرد؟

برای مثال، اگر پدر و مادری فرزند خود را به بیگانه‌ای سپارند و در قراردادی شرط کنند که اگر تقاضای ملاقات با طفل را کردند یا خواستند در تربیت او دخالتی کنند، باید مبلغی به عنوان وجه التزام بپردازند، آیا این وجه التزام در صورت تخلف پدر و مادر قابل مطالبه است؟

بی‌گمان، این قرارداد نمی‌تواند پدر یا مادر را از اجرای تکالیفی که قانون به عهده آنان واگذار کرده است، معاف کند و به استناد آن نیز دادگاه حق ندارد از صدور حکم به تحویل کودک به پدر و مادر امتناع ورزد؛ ولی درباره امکان صدور حکم به وجه التزام، ممکن است استدلال شود که حضانت حق ابویین نیز هست. پس، اگر درباره استفاده از این حق قراردادی بسته شود، تا جایی‌که به جنبه تکلیفی آن صدمه‌ای نرساند، نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۷۷-۳۷۸).

گاهی در دادگاه‌های خانواده ملاحظه می‌شد که عده‌ای از مادران پس از رسیدن طفل به سن مقرر در ماده ۱۱۶۹ ق.م. به منظور تداوم حضانت خویش، اقدام به بذل مهریه یا نفقه معوقه می‌کردند و در قبال آن حضانت طفل را درخواست می‌نمودند. لذا با مراجعه به دفتر اسناد رسمی یا در محضر دادگاه، پدر حق حضانت خویش را ساقط و در قبال آنچه توافق می‌نمودند، به مادر تفویض می‌نمود. محمل قانونی مسأله از اداره حقوقی استعلام گردید که طی شماره ۷/۱۳۴۷ مورخ ۶۱/۴/۱ چنین پاسخ داده شد: «به موجب ماده ۱۱۶۷ ق.م. حضانت و نگاهداری اطفال برای ابویین هم حق است و هم تکلیف، قابل اسقاط یا مصالحه نیست؛ زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبه امری برای مکلف دارد و اراده فردی نمی‌تواند چنین حکمی را تغییر دهد». ماده ۱۱۷۲ ق.م. مقرر داشته است که هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده آنان است، از نگاهداری او امتناع نمایند و ماده ۱۱۷۵ ق.م. نیز تصریح دارد به این‌که طفل را نمی‌توان از ابویین یا از پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی. بنابراین، اسقاط تکلیف جایز نیست. این نظریه قابل تأمل است؛ زیرا با توجه به این‌که حضانت از حقوق مدنی افراد تلقی می‌شود، لذا حقی است که به موجب ماده ۹۵۹ ق.م. کسی نمی‌تواند آن را به طور کلی از خود سلب نماید؛ به‌ویژه که در قبال آن

تکلیفی قرار دارد. ماده مزبور صراحتاً بیان می‌دارد که هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید. اداره حقوقی پس از چندی با عدول از نظریه خویش در پاسخ به این سؤال که آیا حق حضانت قابل اسقاط است یا خیر و آیا در قبال اسقاط حق حضانت احد از زوجین می‌تواند مابه‌ازاء اخذ کند یا خیر؟ طی شماره ۷/۳۱۲۳ مورخ ۷۰/۶/۳۱ به شرح زیر اعلام نظر می‌کرد:

با عنایت به ماده ۱۱۶۸ ق.م. که نگاهداری اطفال را هم حق و هم تکلیف ابویین دانسته است، کما این‌که ماده ۱۱۷۳ ق.م. نیز در شرایطی خاص، امر حضانت را متغیر تلقی نموده است، به نظر می‌رسد در قبال حق حضانت احد از زوجین می‌تواند مابه‌ازاء اخذ نماید. هم چنین نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۷/۳۵۶۳ مورخ ۸۰/۴/۱۳ مقرر می‌دارد: هر یک از ابویین که دارای حق حضانت می‌باشند می‌توانند با تنظیم توافقنامه اعم از عادی و رسمی این حق را به دیگری تفویض نمایند (پوررنگ نیا، ۱۳۸۱، ص ۷۹-۸۱).

بنابراین بر طبق مواد ۹۵۹، ۹۶۰، ۹۷۵ و ۱۰ قانون مدنی و در چهارچوب موازین و اصول حقوقی سلب حق امکان‌پذیر است. حضانت از فرزندان نیز که امتیازی است که از طرف قانون‌گذار به افراد داده شده است، قابل اسقاط می‌باشد، مگر این‌که مستنبت از مواد مذکور بتوان اسقاط آن را منع کرد.

یافته‌های پژوهش

حضانت عبارت است از اقتداری که قانون به منظور نگاهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است و می‌توان آن را به دو عنصر نگاهداری و تربیت طفل تجزیه کرد، که این دو عنصر در عمل به دشواری جدا از هم تصور می‌شود. حضانت حق و تکلیف پدر و مادر است. پس از فوت یکی از آنان حضانت با دیگری و بعد از فوت والدین حضانت با جد پدری و سپس با سایر اقرباست که به موجب رأی دادگاه صالح بدین امر انتخاب می‌شوند، با جدایی زن و شوهر، حضانت تا هفت سالگی طفل با مادر و بعد از آن با اولویت از آن پدر خواهد بود.

با بررسی تمایز میان حق، حکم و تکلیف دیدگاه فقها و حقوق‌دانان درباره ماهیت حضانت، روشن شد که در تنظیم ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که حضانت را هم حق و هم تکلیف می‌داند، اشکال و نارسایی وجود دارد؛ زیرا حق و تکلیف قابل اجتماع نیستند، یا باید مثل قانون مدنی فرانسه مقرر می‌نمود: «حضانت مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف است» یا بیان می‌داشت: «حضانت از یک حیث تکلیف و از حیث دیگر حق است» و در ماده مذکور موارد آن را اشاره می‌نمود تا شائبه تناقض‌گویی برطرف شود. لذا با توجه به این‌که ماده فوق نگاهداری اطفال را هم حق و هم تکلیف والدین دانسته است، پس، حق حضانت قابل اسقاط است و به نظر می‌رسد در قبال این حق احدی از زوجین می‌تواند مابه‌ازا اخذ کند. در حقوق ایران هر امتیازی که از طرف قانون‌گذار به افراد داده می‌شود، قابل اسقاط است. به موجب مواد ۹۵۹، ۹۶۰، ۹۷۵ و ۱۰ قانون مدنی سلب حق امکان‌پذیر است، مگر این‌که قانون آن را منع نموده باشد. حضانت فرزندان، امتیازی است که قانون به اشخاص داده است. لذا، بر طبق اصول حقوقی و در محدوده قانونی حضانت قابل اسقاط می‌باشد. بنابراین، اگر درباره استفاده از حق حضانت قراردادی منعقد شود تا جایی که به جنبه تکلیفی آن صدمه‌ای نرساند، نافذ است. با عنایت به نظریه‌های فقها و حقوق‌دانان هر یک از ابویین که دارای حق حضانت می‌باشد، می‌تواند با تنظیم توافقنامه اعم از عادی و رسمی این حق را به دیگری تفویض نماید. این قرارداد که نوعی عقد می‌باشد، وفق مواد ۹۵۹، ۹۶۰، ۹۷۵ و ۱۰ قانون مدنی لازم‌الوفاء است. مع‌ذلک، اولاً- طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله کنند؛ ثانیاً- چنان‌چه یکی از والدین از آن عدول کند، باید به دادگاه مراجعه نماید و مرجع قضایی مزبور با عنایت به این‌که در زمان رسیدگی، تکلیف حضانت به عهده کیست و مصلحت طفل چگونه اقتضا می‌کند، درباره حضانت وی تصمیم مقتضی اتخاذ کند.

منابع و مأخذ

- ✓ اباذری فومشی، منصور، *نحوه عملی دعاوی خانوادگی در محاکم و دادرها*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۶، چاپ دوم
- ✓ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، جلد دوم، تهران، اسلامی، ۱۳۸۳، چاپ هفدهم
- ✓ ———، *حقوق مدنی*، جلد چهارم، تهران، اسلامی، ۱۳۷۰، چاپ ششم
- ✓ بندرریگی، محمد، *فرهنگ جدید عربی به فارسی (منجدطلاب)*، تهران، حیدری، ۱۳۷۲، چاپ نهم
- ✓ بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، جلد هشتم، بیروت، انتشارات دارالفکر، ۱۳۴۴هـ
- ✓ پوررنگ نیا، اکرم، *حضانة و نفقة*، تهران، مادر، ۱۳۸۱، چاپ اول
- ✓ جبعی عاملی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیمه فی شرح المعه الدمشقیه*، جلد دوم، انتشارات موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۰۳هـ چاپ سوم
- ✓ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰، چاپ یازدهم
- ✓ ———، *دانشنامه حقوقی*، جلد سوم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۶، چاپ پنجم
- ✓ جعفری، علی و مجید تلخابی، «بررسی فقهی حقوقی ماهیت حضانة (نقد ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی)»، تهران، فصلنامه حقوقی مجد، شماره هشتم، ۱۳۸۸
- ✓ جیلانی قمی، ابوالقاسم بن حسن، *جامع الشتات*، چاپ سنگی خونساری، ۱۳۰۳هـ
- ✓ حسینی دشتی، سید مصطفی، *معارف و معاریف*، جلد چهارم، تهران، موسسه آرایه، ۱۳۷۹، چاپ سوم
- ✓ حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، جلد دوم، قم، انتشارات موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۳۷۴، چاپ دوم
- ✓ سابق، سید، *فقه السنه*، جلد دوم، بیروت، دارالعربی، بی تا

- ✓ صدربیا، عباس، رساله دکتری با موضوع اولیاء خاص از نظر قانون مدنی ایران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۵
- ✓ صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۸۲، چاپ ششم
- ✓ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب، جلد اول، قم، انتشارات دار المصطفی لایحیاء التراث، ۱۳۷۸، چاپ اول
- ✓ عاملی، حر، وسایل الشیعه، انتشارات موسسه آل البیت، ۵۱۴۱۶، چاپ سوم
- ✓ عاملی، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، تحقیق سید عبد الهادی حکیم، جلد اول، قم، انتشارات داوری، ۱۳۶۹هـ
- ✓ علامه حلّی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، جلد سوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳هـ
- ✓ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران، میزان، ۱۳۸۷، چاپ ششم
- ✓ کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۵، چاپ هفتم
- ✓ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸، چاپ بیست و پنجم
- ✓ محمدیان امیری، مهدی، «حق حضانت و مدت آن»، بابل، فصلنامه فقه و مبانی حقوق، شماره هفدهم، ۱۳۸۹
- ✓ مدیرنیا، سید جواد، حقوق کودک، انتشارات خانه اتحاد، ۱۳۵۳
- ✓ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تصحیح عباس قوچانی، جلد سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶، چاپ سوم