

## مطالعه تطبیقی حضانت در حقوق ایران و آمریکا با تأکید بر نظریه حضانت مشترک

سیده فاطمه هاشمی<sup>۱</sup>

Doi: <https://doi.org/10.22096/law.2025.2037276.2233>

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۰۴]

### چکیده

حسب قوانین ایران، اولویت حضانت فرزند تا هفت سالگی با مادر و پس از آن با پدر است، اما پس از بلوغ صراحتی ندارد و رویه غالب محاکم عدم هرگونه دخالتی است. رویکرد فقهی، تا قبل از بلوغ و رشد اختلافی است. سن اتمام حضانت در فقه نیز مورد اختلاف است. برخی اتمام آن را بلوغ و برخی رشد کودک دانسته‌اند. با بررسی دقیق متون فقهی، می‌توان به این نتیجه دست یافت که آنان که بلوغ را اتمام حضانت دانسته‌اند، بلوغ همراه با رشد را مدنظر داشته‌اند. دادگاه‌های ایران در این خصوص ورودی نداشته‌اند. تعیین تکلیف و بحث در موضوع حضانت، از جنبه‌های فقهی و نظریات حقوقی کشورهای مختلف ضروری به نظر می‌رسد. در آمریکا، حضانت در بستر تاریخی فرازونشیب‌های بسیاری داشته است. در ابتدا، حضانت اطفال را به‌طور مطلق و جز در مواردی چون سنین حساس، با پدر می‌دانستند. این رویه با حضانت مادران در نگهداری اطفال جایگزین شد. به‌مرور دادگاه‌ها، مستند به مصلحت طفل، اقدام به تعیین سرپرست نمودند و این نظریه نیز به‌دلیل مبهم بودن و مطالعات علمی که دخالت هر دو والد در تربیت کودکان را موجب رشد و شکوفایی بیشتر کودکان می‌دانست، جای خود را به نظریه کامل‌تر حضانت مشترک که فواید بی‌شماری دارد سپرد.

**واژگان کلیدی:** حضانت؛ حضانت مشترک؛ اتمام حضانت؛ حضانت پس از طلاق.



## ۱. مقدمه

رشد و نمو هر جامعه در گرو تربیت نسل آینده آن است و هرگونه سهل انگاری در رشد و تربیت کودکان می تواند تبعات جبران ناپذیری را بر پیکره جامعه وارد نماید. این که نگهداری از کودک پس از اختلاف والدین با چه کسی است و چه معیاری جهت این انتخاب وجود دارد، از مباحثی است که در این مقاله مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

رسیدگی به حضانت، در حقوق ایران، تا قبل از اوایل دوران ناصری با محاکم شرعی بود و فقیهان عالم، فصل خصومت می نمودند. پس از آن، حضانت دختر تا هفت سالگی و حضانت پسر تا ده سالگی با مادر بود که در نهایت، با تغییر قانون، حضانت هر دو جنس تا پایان هفت سالگی با مادر است. پس از هفت سالگی و تا بلوغ، اولویت حضانت با پدر است، ولی در صورت بروز اختلاف، تعیین تکلیف این موضوع با تأکید بر مصلحت کودک به دادگاه سپرده شده است. در رویه عملی محاکم ایران، تکلیف حضانت پس از بلوغ روشن نیست و غالب محاکم تمایلی به ورود در این موضوع ندارند.

حقوق آمریکا، در ابتدای حضور مستعمره نشینان و با اتکا به حقوق عرفی انگلستان، حضانت را به جز در سال های حساس از آن پدر می دانست. اعتراضات زنان و دور شدن مردان از محیط زندگی، باعث ترجیح های جنسیتی و تعیین مادران به عنوان نگهدارندگان اطفال گردید و پس از کنار زدن نظریه بهترین منافع کودک، با نظریه حضانت مشترک جایگزین شد. حضانت مشترک بدین معنا است که والدین، حتی پس از جدایی نیز، باید به طور مشترک در فرایند نگهداری و رشد کودک دخالت کنند و محاکم، مگر در موارد استثنایی، کودک را از حضور والد دیگر محروم ننمایند. برای بررسی این نظریه جدید، ابتدا به بررسی حضانت در حقوق و فقه ایران و پس از آن، به بررسی حقوق آمریکا خواهیم پرداخت. تطبیق حاضر از این جهت حائز اهمیت است که مطالعه تطبیقی میان حقوق ایران و ایالات متحده، علی رغم تفاوت های بنیادی در مبانی و ساختار این دو نظام حقوقی، از اهمیت علمی و کاربردی چشمگیری برخوردار است. حقوق ایران که ریشه در اصول فقه اسلامی دارد، با سیستم حقوقی ایالات متحده که مبتنی بر قواعد کامن لا و اصول قانون گذاری ایالتی است، تفاوت های عمیقی در رویکردها و روش های حقوقی ایجاد می کند. با این حال، چنین مقایسه ای به ویژه در زمینه های حقوق بشر، عدالت اجتماعی، و نظارت بر مقامات اجرایی، می تواند گره گشای مسائل مشابه در هر دو کشور باشد. از آنجا که هر دو کشور با چالش هایی نظیر تضمین حقوق فردی، تأمین عدالت اجتماعی و تعادل قدرت ها در دستگاه های حکومتی

مواجه‌اند، تحلیل تطبیقی این دو سیستم می‌تواند زمینه‌ساز توسعه راه‌حل‌های نوین حقوقی و بهبود نظام‌های حقوقی ملی شود. همچنین، با توجه به تفاوت‌های عمده در ساختار دولت مرکزی ایران و نظام فدرال ایالات متحده، این مطالعه فرصتی است برای بررسی تطبیقی‌پذیری اصول و قواعد حقوقی در چهارچوب‌های ساختاری مختلف و تحلیل امکان‌پیاپیاده‌سازی مفاهیم حقوقی مشترک در سطح جهانی.

## ۲. حضانت در حقوق ایران

حضانت از ریشه «حضان» گرفته شده و مصدر باب حاضن یحاضن، به «در آغوش گرفتن مادر (فرزندش را) و چسباندن او به سینه‌اش» اطلاق می‌شود،<sup>۱</sup> که کنایه از نگهداری و تربیت جسمی و روحی کودک است. به همین دلیل، به کسی که سرپرستی کودک را برعهده می‌گیرد، حضانت‌کننده کودک اطلاق می‌شود.<sup>۲</sup>

معنای اصطلاحی حضانت از معنای لغوی آن دور نیفتاده است. حضانت در بسیاری از کتب فقهی، تعریف مشخصی ندارد.<sup>۳</sup> گویا آن قدر این امر برایشان روشن و واضح بوده است که نیازی به تعریف آن احساس نکرده‌اند. از کسانی که به تعریف حضانت پرداخته‌اند، می‌توان به علامه حلی اشاره کرد که در تعریف حضانت آورده است: «حضانت تربیت کودک و حفظ او و قرار دادن او تحت پوشش خود و تأمین خوراک و پوشاک و نظافت او است و اشتقاق حضانت از حضان، در زیر پوشش قرار دادن طفل است، همان‌گونه که پرنده جوجه خود را تحت پوشش خود قرار می‌دهد.»<sup>۴</sup>

به تعبیر دیگر، می‌توان گفت حضانت نگاه داشتن طفل، مواظبت و مراقبت از او و تنظیم روابط او با خارج است، با رعایت حق ملاقات که برای خویشان نزدیک طفل شناخته شده است.<sup>۵</sup> حقوق‌دانان نیز حضانت را عبارت از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است دانسته و ماهیت آن را حفظ مادی (جسم) و تربیت اخلاقی و معنوی

۱. خلیل فراهیدی، کتاب العین، العدد ۳ (قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ ه.ق.)، ۱۰.

۲. اسماعیل بن صاحب بن عباد، المحيط فی اللغة، العدد ۲ (بیروت: عالم الکتاب، ۱۴۱۴ ه.ق.)، ۴۴۴.

۳. محمد بن علی بن حمزه طوسی، الوسيلة الی نیل الفضیلة (قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ه.ق.)، ۲۸۸.

۴. حسن بن یوسف علامه حلی، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، العدد ۳ (قم: مؤسسه امام صادق (ع))، ۱۴۲۰ ه.ق.)، ۹۳.

۵. سید حسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴)، ۳۳۱.

طفل مناسب شئون او در نظر گرفته‌اند.<sup>۶</sup> براساس ماده ۱۱۶۸، نگاهداری اطفال به‌عنوان حق و تکلیف ابوبین شناخته شده و حقوق دانان براساس مبانی فقهی بر حق و تکلیف بودن حضانت تأکید کرده‌اند.<sup>۷</sup> بنابراین در حضانت، هر آنچه برای نگاهداری طفل مطابق اقتضای سن او لازم است، باید انجام شود. حضانت هم ناظر به حمایت جسمی از کودک است و هم ناظر به حمایت روحی و اخلاقی.<sup>۸</sup>

از زمان شکل‌گیری حکومت‌های متمرکز در ایران، تا اوایل حکومت ناصری، محاکم در پایتخت‌ها و شهرها به محاکم شرعی و محاکم عرفی منقسم می‌شدند. حضانت نیز از مواردی بود که در اختیار محاکم شرعی قرار داشت و مجتهد جامع‌الشرایط برای آن تعیین تکلیف می‌نمود.<sup>۹</sup>

## ۱-۲. مبانی فقهی حضانت در حقوق ایران

مشهور میان فقها، بلکه مورد اجماع ایشان است که در مدت رضاع، حضانت حق مادر است، در صورتی که مادر تیرعاً به کودک شیر دهد یا مساوی یا کمتر از دیگران اجرت شیردهی را دریافت نماید.<sup>۱۰</sup> ابن‌فهد حلی در *المهذب البارع* نقل کرده است که بر اشتراک حضانت میان پدر و مادر در مدت دو سال، اجماع وجود دارد و بعد از بلوغ، حضانت ساقط می‌شود و اختلاف فقها در اتمام زمان شیردهی تا ابتدای بلوغ شرعی است.<sup>۱۱</sup> در میان ادله و روایات واردشده و اقوال فقها چند دستگی وجود دارد. مشهورترین دیدگاه این است که مادر به حضانت دختر و پدر به حضانت پسر تا هفت سال احق است.<sup>۱۲</sup> در این مطلب به جمع‌بندی احادیثی پرداخته می‌شود که برخی از آن‌ها دلالت بر این دارند که حضانت تا هفت‌سالگی، به‌صورت مطلق و بدون تعیین پسر و دختر، حق مادر است و بعضی دلالت دارند بر این که حضانت به‌صورت مطلق حق پدر است.<sup>۱۳</sup> برای جمع میان این دو دسته از روایات، دسته اول

۶. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، جلد ۱ (تهران: گنج دانش، ۱۳۶۷)، ۱۷۲۰.

۷. علی شایگان، *حقوق مدنی*، جلد ۲ (تهران: [بی‌نا]، ۱۳۳۹)، ۱۶۹.

۸. مجید وزیری، *حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام* (قم: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۳)، ۱۷۴.

۹. احمد مهدوی دامغانی، «محاکم قضایی در زمان قاجاریه»، *ماهنامه حافظ*، شماره ۳ (خرداد ۱۳۸۳): ۳۰.

۱۰. محمد بن احمد ابن ادریس، *السرائر، العدد ۲* (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.)، ۶۵۳.

۱۱. احمد بن محمد فهد حلی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، العدد ۳* (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ ه.ق.)، ۴۲۶.

۱۲. جعفر بن حسن محقق حلی، *سرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، العدد ۲* (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۸ ه.ق.)، ۲۸۹.

۱۳. محمد بن حسن حر عاملی، *وسائل الشیعة، العدد ۲۱* (قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ ه.ق.)، ۴۷۰.

را به جهت مناسبت تربیت دختر با مادر، حمل بر مواردی نموده‌اند که کودک دختر باشد و دسته دوم از روایات را به جهت تناسب تربیت پسر به وسیله پدر، حمل بر موردی نموده‌اند که کودک پسر باشد. قول دوم در مسئله این است که مادر به حضانت فرزند احق است تا زمانی که شوهر نکرده است.<sup>۱۴</sup> قول سوم آن است که مادر مادام که شوهر نکرده به دختر احق است، و به پسر تا هفت سال.<sup>۱۵</sup> براساس قول چهارم، مادر به پسر در مدت دو سال، و به دختر تا نه سال احق است. و این قول مفید است.<sup>۱۶</sup> قول پنجم نیز بدین صورت است که مادر به فرزند تا هفت سال احق است.<sup>۱۷</sup>

همان‌طور که بیان شد، سن حضانت از زمان شیردهی تا بلوغ مورد اختلاف فقها بوده است. موضوع بعدی پایان حضانت در فقه است. در فقه امامیه، انتهای زمان حضانت رسیدن به رشد در نظر گرفته شده است. در کلمات فقیهان بلوغ به سن رشد، از موارد سقوط حضانت دانسته شده است.<sup>۱۸</sup> این مسئله در نزد ایشان اجماعی قلمداد شده است.<sup>۱۹</sup> دلیل سقوط حضانت با رسیدن به رشد آن است که حضانت نوعی از ولایت قلمداد می‌شود و هیچ‌گونه ولایتی از کسی بر بالغ رشید وجود ندارد. تفاوتی نیز میان دختر و پسر، دختر باکره و یتیم وجود ندارد.<sup>۲۰</sup> در این صورت، فرزند مخیر است که در صورت طلاق پدر و مادر، انضمام به هریک از پدر یا مادر را برگزیند و یا به صورت انفرادی زندگی کند.<sup>۲۱</sup> مشابه حکم حضانت در صورت رسیدن فرزند به سن رشد، درباره سقوط ولایت نیز بیان شده است؛ به این معنا که فقیهان انتهای ولایت ولی را رسیدن فرزند به سن رشد دانسته‌اند.<sup>۲۲</sup> بنابراین ضابطه پایان حضانت در فقه امامیه رسیدن فرزند به سن رشد است. پس از سن رشد نیز اختیار زندگی با

- 
۱۴. محمد بن علی بن بابویه صدوق، *المقنن* (قم: مؤسسه امام هادی (ع)، ۱۴۱۵ ه.ق.)، ۳۶۰.
  ۱۵. محمد بن احمد بن جنید اسکافی، *مجموعه فتاوی ابن جنید* (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ه.ق.)، ۲۶۳.
  ۱۶. محمد بن محمد بن نعمان مفید، *المقنن* (قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ه.ق.)، ۵۳۱.
  ۱۷. محمدباقر بن محمد محقق سبزواری، *کفایة الأحکام، العدد ۲* (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ ه.ق.)، ۲۹۴.
  ۱۸. زین‌الدین بن علی شهید ثانی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، العدد ۵* (قم: مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ ه.ق.)، ۴۶۳.
  ۱۹. علی طباطبایی، *ریاض المسائل، العدد ۱۲* (قم: مؤسسه آل‌البیت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۸ ه.ق.)، ۱۶۲.
  ۲۰. علی طباطبایی، *الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع، العدد ۲* (قم: مکتبه آية الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۹ ه.ق.)، ۴۱۱.
  ۲۱. محمد بن حسن فخرالمحققین، *ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، العدد ۳* (قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ه.ق.)، ۲۶۳.
  ۲۲. محمدحسن نجفی (صاحب جواهر)، *جواهر الکلام، العدد ۳۱* (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق.)، ۳۰۱.

یکی از والدین جدا شده یا زندگی به صورت انفرادی، با فرزند است و در این مسئله اختلافی میان فقیهان امامیه وجود ندارد.

سؤال دیگری که در این راستا مطرح می‌شود ماهیت حضانت در فقه است. آیا حضانت یک حق است یا حکم و آیا قابل اسقاط است یا خیر.

از بررسی اقوال مطرح شده می‌توان چنین نتیجه گرفت که حضانت حق مادر است و این حق توسط وی قابل اسقاط است. با وجود این، در میان فقها، برخی حق حضانت را به صورت مطلق در ردیف ولایت قرار داده‌اند و چنین حقی را قابل اسقاط نمی‌دانند.<sup>۲۳</sup> اگر معیار اصلی شناسایی حق از حکم را، همان‌گونه که بسیاری ذکر نموده‌اند، قابلیت اسقاط حق و عدم قابلیت اسقاط حکم در نظر بگیریم، با توجه به اقوال مطرح شده، حضانت نسبت به مادر قطعاً حق خواهد بود. از همین روست که برخی از فقها حق حضانت غیر قابل اسقاط را، حضانت پدر نسبت به کودک بر شمرده‌اند و نه حق حضانت مادر نسبت به طفل.<sup>۲۴</sup>

نسبت به پدر، حضانت قاعدتاً حکم است و غیر قابل اسقاط. اگرچه برخی به صورت مطلق حضانت را حق بر شمرده و مقتضای قواعد عمومی را قابلیت اسقاط آن از جانب هریک از پدر و مادر دانسته‌اند،<sup>۲۵</sup> اما قول مشهور در فقه، حکم بودن حضانت نسبت به پدر است، چراکه حاکم پدر را در صورت استنکاف از نگهداری کودک، اجبار خواهد نمود.<sup>۲۶</sup>

## ۲-۲. حضانت در رویه قضایی ایران

### ۲-۲-۱. حضانت قبل از بلوغ

قانون مدنی ایران در بیان احکام و شرایط حضانت، ۱۲ ماده ذکر نموده است. ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی می‌گوید: «نگهداری از اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است.» ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابویین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.» براساس تبصره این ماده، بعد از هفت سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه است. سؤالی که در خصوص این ماده به چشم

۲۳. فتاح شهیدی تبریزی، هدایة الطالب الی أسرار المكاسب، العدد ۲ (تبریز: اطلاعات، ۱۳۷۵ ه.ق)، ۱۴۹.

۲۴. السيد محمد سعید الحکیم، منهاج الصالحین، العدد ۲ (بیروت: دارالتعارف، ۱۴۱۰ ه.ق)، ۳۰۳.

۲۵. طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۲: ۱۶۲.

۲۶. سید احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، العدد ۴ (قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ه.ق)، ۴۷۳.

می‌خورد این است که آیا قانون حضانت را تا پایان هفت‌سالگی و شروع هشت‌سالگی با مادر می‌داند یا تا پایان شش‌سالگی و شروع هفت‌سالگی و به عبارت اصولی، آیا غایت داخل در مغیا هست یا خیر. در این خصوص نیز رویه دوگانه‌ای در محاکم وجود دارد.

در متن ماده و تبصره آن تعارضی نهفته است؛ ماده به صراحت حضانت را پس از هفت سال با پدر دانسته است، اما تبصره آن که مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام و حاصل اختلاف مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان است، در صورت حدوث اختلاف، ویژگی دیگری تحت عنوان مصلحت کودک مطرح نموده که نشانگر تعارض است. مصلحت کودک چیست و چه ویژگی‌هایی را شامل می‌شود؟ آیا مصلحت کودک، به طور کامل، جایگزین حق حضانت پدر پس از هفت سال می‌شود؟ حدوث اختلاف چیست و آیا به صرف طرح دادخواست حضانت، حدوث اختلاف محقق شده است؟ این پرسش‌ها باعث شده است که رویه‌ای دوگانه در محاکم به وجود آید. قدر متیقن تفسیر این ماده آن است که به صرف تقدیم دادخواست حضانت، دادگاه مکلف است از قاعده مطلقه که حضانت پس از هفت سال با پدر می‌داند، عدول کند و در هر پرونده، به طور خاص، مصلحت کودک را بررسی نماید.

از سوی دیگر، این ماده در خصوص اتمام حضانت و نگهداری فرزند تعیین تکلیف ننموده است. آیا سن اتمام تکلیف دادگاه در خصوص تعیین حضانت و ملاقات فرزند پایان بلوغ است یا پایان رشد؟ کودک چه کسی است؟ از سوی دیگر، ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ، به عنوان جنون یا عدم رشد مجبور نمود، مگر آن‌که عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد. تبصره ۱: سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.»

## ۲-۲-۲. حضانت پس از بلوغ

همان‌طور که اشاره شد، قانون ایران حضانت فرزندان را تا هفت‌سالگی با مادر دانسته و از هفت‌سالگی تا سن بلوغ، اولویت را با پدر دانسته است، لکن تکلیف حضانت پس از بلوغ، در قانون و رویه قضایی نامشخص است. این که قانون‌گذار ایران تکلیف حضانت در این سنین حساس را نامشخص رها نموده است، به خصوص در مورد دختران که سن بلوغ را نه سال تمام قمری می‌داند، می‌تواند خسارات جبران‌ناپذیری را بر جای گذارد. برخی از حقوق‌دانان پایان حضانت را با رشد کودک و نه بلوغ او دانسته‌اند.<sup>۲۷</sup> با این حال، با بررسی آرای محاکم، دو رویه

۲۷. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱)، ۳۷۶.

قضایی در این خصوص دیده می شود.

## ۲-۲-۱. نظریه عدم الزام دادگاه در تعیین حضانت پس از بلوغ

در این رویه، دادگاه‌ها از ورود و دخالت در موضوع حضانت پس از بلوغ خودداری می‌کنند و وارد ماهیت دعوا نمی‌شوند. برای نمونه، در دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۸۰۲۱۵۱۰۰۶۳۲، مورخ ۱۳۹۴/۰۸/۳۰، صادره از شعبه ۲۴۱ دادگاه حقوقی تهران که عیناً به تأیید شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز رسیده، خواهان که مادر طفل است، دادخواستی به طرفیت همسر سابق خود، یعنی پدر طفل، مبنی بر لغو حضانت تقدیم دادگاه نموده است. شعبه ۲۴۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران چنین استدلال نموده است: «نظر به این که سن رشد در دختران، نه سال قمری می‌باشد و فرزند مشترک زوجین در شرف رسیدن به سن رشد شرعی قرار دارد و خود می‌تواند در خصوص ادامه زندگی به همراه یکی از والدین خود تصمیم‌گیری نماید، لذا دادگاه دعوای خواهان را وارد ندانسته، مستنداً به مواد ۱۲۱۰ و تبصره یک از قانون مدنی، حکم به رد دعوا را صادر می‌نماید.»<sup>۲۸</sup>

این دسته از آرا هیچ تکلیفی را برای دادگاه قائل نشده‌اند؛ با کودک مانند فرد بزرگسال برخورد نموده و حتی از ورود در بررسی انتخاب خود کودک نیز اجتناب ورزیده‌اند. از سوی دیگر، این آرا حتی خود را مواجه با تکلیفی برای بررسی تمایل کودک پس از سن بلوغ نیز نمی‌دانند. این که دادگاه، پس از بلوغ، خود را مواجه با تکلیفی نداند، می‌تواند مفاسد بسیاری داشته باشد. به ویژه در مواردی که کودک با اجبار و بدون تمایل شخصی در حال زندگی با والدی است، وقتی دادگاه وارد بررسی در این خصوص نشود، چگونه می‌تواند تمایل کودک به زندگی با والد خود یا مصلحت و منفعت کودک را تشخیص دهد؟

## ۲-۲-۲. نظریه تعیین حضانت با خواست کودک و الزام دادگاه به تعیین حضانت

شعبه دوم حقوقی شهرستان اسلامشهر در دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۰۴۰، مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۶، با توجه به تمایل فرزند، حکم به زندگی با مادر داده است. در این دسته از آرا، برای نظر کودک جایگاه ویژه‌ای قائل شده‌اند و تا این میزان نیز، از نظر نگارنده این

۲۸. «سامانه ملی آرا قضایی»، آخرین دسترسی در ۳۰ تیر ۱۴۰۳.

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://ara.jri.ac.ir/&ved=2ahUKEwiJ2rXdn7OIAxWgcQEHYbtJEAQFnoECBoQAQ&usq=AOvVaw2WEHC2W2wCfQ1jVrLV0jQN>



مقاله، به مراتب بهتر از عدم مسئولیت‌پذیری دادگاه‌ها است. با وجود این، سازوکار دقیقی برای مشخص نمودن درخواست واقعی کودک معرفی نشده است. کودکان در این سن، اولاً توانایی تشخیص دقیقی ندارند و صرف خواسته آن‌ها لزوماً به مصلحتشان نیست و گاه نظرانشان متغیر است و در مواردی، در یک ماه، تصمیم‌های متعددی می‌گیرند. از سوی دیگر، می‌توانند تحت تأثیر و القای فشارها یا تشویق‌های روانی، اظهاراتی در جلسه رسیدگی مطرح نمایند که با منویات درونی آنان متفاوت باشد. بنابراین بسیار محتمل است کودک بسته به این‌که روز قبل از جلسه رسیدگی با چه کسی بوده است و چه کسی او را به جلسه دادگاه آورده است، پاسخ متفاوتی به سؤال دادگاه درباره تمایلش به حضانت والدین دهد و این تصمیم می‌تواند به نفع و مصلحت کودک نباشد.

### ۳. حضانت در حقوق آمریکا

حضانت فرزندان در برهه‌های مختلف حقوق آمریکا، فرازونشیب‌های بسیاری را به همراه داشته است و از جمله مسائلی بوده که اندیشمندان در حوزه‌های مختلف حقوقی، اجتماعی و روان‌شناسی بدان پرداخته‌اند و در روند قانون‌گذاری و رویه‌های قضایی مؤثر بوده‌اند.<sup>۲۹</sup> زمانی که والدین طلاق می‌گیرند، هم حضانت قانونی<sup>۳۰</sup> و هم حضانت فیزیکی<sup>۳۱</sup> تعیین می‌شود.

به‌طور کلی، چهار رویه در خصوص حضانت در آمریکا وجود داشته است که در ادامه، به آن خواهیم پرداخت.

#### ۱-۳. استیلاي حقوق انگلستان و حضانت پدر

زمانی که آمریکایی‌ها به‌عنوان مستعمره‌نشینان در ایالات متحده مستقر شدند، از قانون عرفی انگلیسی پیروی کردند که در این زمینه، پس از طلاق، حضانت فرزندان به پدر را اعطا می‌کرد. تا سال ۱۸۹۹، حقوق و رویه قضایی در آمریکا حضانت فرزندان را به پدر اعطا می‌نمود و این رویه تا اوایل قرن بیستم مورد چالش قرار داشت، اگرچه در قرن نوزدهم، رویه قضایی

29. Leighton E Stamps, "Maternal preference in child custody decisions," *Journal of Divorce & Remarriage* 37, no. 1-2 (2002): 1-11.

30. Legal custody.

31. Physical custody.

به‌طور فزاینده‌ای منعکس‌کننده تمایل قضات برای اعطای حضانت به مادر در شرایطی بود که احساس می‌کردند این امر به نفع کودک است. لکن قاعده کلی اعطای حضانت به پدر بود.<sup>۳۲</sup> در مواردی، تعیین مصلحت کودک از بررسی شرایط واقعی طلاق پیشی می‌گرفت و قضات در بعضی پرونده‌ها، حضانت را به طرف بی‌گناه پرونده طلاق اعطا می‌کردند. برای مثال، اگر دلیل طلاق خیانت یکی از والدین بود، حضانت به طرفی که از خیانت آسیب دیده بود اعطا می‌شد. برخی از موارد، منعکس‌کننده اجبار قضات به اعطای فرزندان به طرف «بی‌گناه» در پرونده طلاق است.<sup>۳۳</sup> در عین حال، تئوری «سال‌های حساس» نیز در کنار اعطای حضانت به پدر وجود داشت. تئوری «سال‌های حساس» معتقد بود کودکان خردسال (به‌ویژه شیرخواران) و مخصوصاً دختران، با مادران خود وضعیت بهتری دارند. دادگاه‌های ایالتی نیویورک، در سال ۱۸۴۰، به تبعیت از قوانین مستقر انگلستان، حضانت و کنترل فرزندان را حق اولیه پدر می‌دانستند و فرزندان، بدون توجه به جنسیتشان و با ملاحظات جزئی در دوران شیرخوارگی، در حضانت پدر بودند، مگر این‌که در پدر نشان‌های جدی‌ای از عدم استحقاق حضانت وجود داشت. لذا حق حضانت و کنترل فرزندان، مگر در مواردی که سوءرفتار یا مشکلات حادی وجود داشت، یا در شرایط خاص و همچنین مواردی که خود او از حق حضانتش صرف‌نظر می‌کرد، با پدر بود. در یک مورد کاملاً افراطی در سال ۱۸۵۷، در دادگاهی در نیویورک، حتی حضانت طفل شیرخواره شش‌ماهه، علی‌رغم اقتضای سلامتی‌اش، به مادر اعطا نشد. هیچ‌کس توانایی این را نداشت که حضانت طفل را از پدر بگیرد، مگر در موارد خاص و یا در صورت توافق.<sup>۳۴</sup>

### ۲-۳. اولویت حضانت با مادر

با ظهور انقلاب صنعتی، پدران بیشتری شروع به ترک مزارع و روستاهای خود برای کار کردند و مادران را برای مراقبت از فرزندان تنها گذاشتند. تصویر پدران به‌عنوان حقوق‌بگیر و مادران به‌عنوان مراقب، در اینجا ظاهر شد و بر تصمیمات دادگاه‌ها در اعطای حضانت تأثیر گذاشت. از سوی دیگر، جنبش‌های فمینیستی و اعتراضات زنان نیز بر حق حضانت فرزندان در سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا تأثیرگذار بود.

32. Jay Einhorn, "Child custody in historical perspective: A study of changing social perceptions of divorce and child custody in Anglo American law," *Behavioral Sciences & the Law* 4, no. 2 (1986): 119-135.

33. Innocent party.

34. Einhorn, "Child custody in historical perspective," 119-135.

در سال ۱۸۳۹، انگلستان قانون حضانت نوزادان را به تصویب رساند که به قاضی اجازه می‌داد از اختیار خود در پرونده‌های حضانت استفاده کند. این قانون به مادر اجازه داد برای حضانت فرزندان خود تا سن هفت‌سالگی به دادگاه‌ها مراجعه کند. در سال ۱۸۷۳، پارلمان سن را به شانزده سال افزایش داد، طبق دکترین «سال‌های حساس»، فرض بر این گذاشته شد که در سال‌های اولیه حیات کودک، مادر به بهترین وجه از او مراقبت می‌کند و این اصل توسط اکثریت ایالت‌ها پذیرفته شد. برتری طبیعی مادر در حضانت از فرزندان موضوعی بود که قضات دادگاه‌ها از دهه ۱۹۵۰ تا ۱۹۸۰، به آن توجه ویژه‌ای داشتند و اکثر ایالت‌ها از حقوق مادر حمایت می‌کردند.<sup>۳۵</sup>

در سال ۱۹۲۵، پیش‌فرض باستانی حق طبیعی پدر در حضانت فرزندان لغو شد و با تئوری برتری منحصر به فرد عشق مادری در مقایسه با عشق پدری، برای کودکان خردسال و دختران بزرگ‌تر جایگزین شد. ایالت کنتاکی در سال ۱۹۲۶ معتقد بود که به‌طور کلی، یک کودک در سنین حساس باید تحت مراقبت و نظارت مادر قرار گیرد و در همان سال، این ایالت عنوان نمود کودکانی که در سنین حساس هستند، هر زمان که مادر شایسته و مورد اعتماد تشخیص داده شود، از سوی دادگاه جهت حضانت انتخاب خواهند شد. در آن سال‌ها، از دید رویه قضایی، فرض برتری عشق مادری را می‌توان به‌عنوان یک برهم‌زننده شرایط مورد استفاده قرار داد. بنابراین، دادگاه استیناف میسوری در سال ۱۹۳۰ اعلام کرد که حضانت فرزند در سال‌های حساس به مادر واگذار خواهد شد، حتی اگر با پدر در شرایط یکسانی قرار گیرد. در آن زمان، برتری عشق مادری در اکثر ایالت‌ها یک فرض ثابت بود.<sup>۳۶</sup> در سال ۱۹۳۳، ایالت اورگان به‌طور کلی، حضانت یک کودک در سنین پایین را به مادرش اعطا می‌کرد، حتی اگر پدر از جهات دیگر والد بهتری باشد؛ مگر این‌که مادر به‌شدت درگیر مسائل غیراخلاقی بوده یا کودک را مورد آزار یا بی‌توجهی شدید قرار دهد.

ایالت ویرجینیای غربی، در سال ۱۹۳۳، معتقد بود که در صورت طلاق، به‌طور کلی باید حضانت کودک شیرخوار به مادر اعطا شود، چراکه مادر مطلقه فردی شایسته است و قادر است به‌درستی از فرزند خردسالش مراقبت کند. اما این قاعده انعطاف‌پذیر بود و مسئله حضانت به حقایق مربوط در هر پرونده خاص نیز بستگی داشت. این رویه همچنین در دادگاه‌های استیناف میسوری در سال ۱۹۳۸، ایالت لویزیانا در سال ۱۹۴۴، ایالت کنتاکی در

35. Stamps, "Maternal preference in child custody decisions," 1-11.

36. Einhorn, "Child custody in historical perspective," 119-135.

سال ۱۹۴۱، ایالت تگزاس در سال ۱۹۳۱، و ایالت آیداهو در سال ۱۹۸۳ به طور غالب اعمال می‌شد، به طوری که این دیدگاه که کودک در سنین حساس نباید از تأثیرات ضروری و سالم مادر محروم شود، فرض اصلی قلمداد می‌شد. در عرض یک دهه، فرض حق طبیعی پدر در حضانت فرزندان، در مقابل اهمیت عشق مادری به زانو در آمده بود و از دهه ۱۹۲۰ به بعد، عملاً مادران از حضانت فرزندانشان اطمینان خاطر داشتند. دلایلی که غالباً توسط دادگاه‌ها برای ترجیح مادر ارائه می‌شد، مشابه دلایلی است که در گذشته برای توجیه فرض ولایت پدری ارائه شده بود.<sup>۳۷</sup>

### ۳-۳. بهترین منافع کودک

با شروع افزایش نرخ طلاق در دهه ۱۹۶۰ و دهه‌های بعد، بحث جدیدی در مورد نقش هر یک از والدین مطرح شد. گروه‌های حمایت از حقوق پدران رواج بیشتری یافتند که باعث ایجاد جنبشی برای برابری جنسیتی در دعاوی حضانت شد. در نهایت، تئوری «سال‌های حساس کودک» با یک استاندارد فراگیرتر اما مبهم‌تر، تحت عنوان «بهترین منافع کودک» جایگزین شد. این امر به قضات صلاحیت فوق‌العاده‌ای در تعیین آنچه در هنگام تعیین حضانت به نفع کودک است، اعطا می‌کرد. همچنین دری را برای نبردهای تلخ و مناقشه بر سر حضانت باز کرد. در این تئوری، قضات دادگاه در هر پرونده، به طور خاص باید منافع کودک را در نظر می‌گرفتند و براساس آن، حکم صادر می‌نمودند. این دیدگاه در عین حال، از کنوانسیون حقوق کودک که آمریکا بدان پیوسته نیز متأثر بود.

در این سیستم، جهت تشخیص این موضوع که حضانت با چه کسی به نفع کودک است، باید اطلاعات متعددی کسب می‌شد. والدین باید در جلسات حضوری شرکت می‌کردند و دریافت تست‌های روان‌شناسی به ارزیابان اجازه می‌داد تا اطلاعات قابل توجهی را جمع‌آوری نمایند. این نظرسنجی‌ها گاهی دو ساعت به طول می‌انجامید. نظرات معلمان در مورد رفتار کودک و نیازهای تحصیلی‌شان در محیط مدرسه نیز مورد بررسی قرار می‌گرفت. در این فرایند همچنین برداشت‌های روان‌درمانگر قبلی و فعلی از سلامت روانی والدین و رویدادهای درون ازدواج، نظرات مددکار اجتماعی در مورد مهارت‌های فرزندپروری هر یک از والدین و هرگونه ادعای بد رفتاری که مطرح شده باشد، نظر پزشک خانواده در مواردی که کودکان به مراقبت‌های پزشکی خاص نیاز دارند و اطلاعات سایر ارائه‌دهندگان خدمات ویژه که ممکن

37. Einhorn, "Child custody in historical perspective," 119-135.

است با خانواده‌ها در ارتباط بوده باشند نیز مورد بررسی قرار می‌گرفت.<sup>۳۸</sup>

این نظریه اما با انتقادات فراوانی روبه‌رو است. منتقدان معتقد بودند که بهترین منافع کودک که معیاری برای اعطای حضانت کودکان در ایالات متحده است، استاندارد است که گرچه به سلامت جسمی و روانی کودک اهمیت زیادی می‌دهد، اما این استاندارد تنها در تئوری واضح است و به‌جای منافع فرزندان بر منافع والدین متمرکز است و با تعصبات شخصی و فرهنگی خدشه‌دار می‌شود. اظهارنظرها بدون پایه علمی و اغلب برخلاف یافته‌های پژوهشی صورت می‌گیرد. استاندارد بهترین منافع کودک، بیش از آن‌که یک استاندارد قانونی یا علمی باشد، یک امر مبهم است، مواضع قضیانی که آن را اجرا می‌کنند قابل مناقشه است و والدین نیز از آن برای پیشبرد منافع شخصی خود استفاده می‌کنند.<sup>۳۹</sup>

اگرچه در اجرای بهترین منافع کودک، فهرستی از عواملی که باید در تعیین مصلحت کودک در نظر گرفته شود ارائه می‌شود، اما تعیین این‌که کدام‌یک از این حقایق با اهمیت‌تر هستند، به تشخیص دادگاه واگذار می‌شود. در هر دو مورد، دادگاه‌ها تصمیمات حضانت را به‌صورت فردی اتخاذ می‌کنند. قانون مواردی را که در تعیین نهایی حضانت دارای اهمیت خاصی است مشخص نموده است. علاوه‌براین، روشن نیست که آیا بهترین منافع کودک به معنای کودکی شاد است یا کودکی که بدون در نظر گرفتن شادی، در فرایند گذار از کودکی به بزرگسالی می‌رسد. پاسخ به این سؤال نیز چون همیشه به صلاحدید قضایی بستگی دارد. علی‌رغم کاستی‌هایی که استاندارد بهترین منافع کودک دارد، از قوانین قبلی ایالات متحده آمریکا که به‌طور خودکار یکی از والدین را براساس جنسیت ترجیح می‌دادند، بسیار کارآمدتر است. درعین حال، بهترین منافع کودک نسبت به ویژگی‌های منحصر به فرد هر خانواده با نیازهای تک‌تک فرزندان حساس نیست. در تئوری استاندارد بهترین منافع کودک، تحقیق بر نیازهای کودک متمرکز است تا حقوق والدین، و با توجه به شکنندگی نسبی کودک و عدم مشارکت کودک در تصمیم‌گیری‌های مربوط به بارداری یا طلاق، این تمرکز بر کودک قابل تحسین است، اما تئوری و عمل در تصمیمات با هم منطبق نیستند. غالباً دادگاه و قانون

38. Douglas K. Symons, "A review of the practice and science of child custody and access assessment in the United States and Canada," *Professional Psychology: Research and Practice* 41, no. 3 (2010): 269.

39. Shirley A. Settle and Carol R. Lowery. "Child custody decisions: Content analysis of a judicial survey," *Journal of Divorce* 6, no. 1-2 (1982): 125-138.

بیشتر به دعاوی رقابتی والدین توجه می‌کنند تا هرگونه در نظر گرفتن منافع کودک و اغلب جلسات حول ادعای والدین می‌چرخد. التزام به والدین به قدری واضح است که یکی از نویسندگان پیشنهاد کرده است که دادگاه‌ها بهترین منافع را رها کرده و آشکارا منافع والدین را در کنار منافع کودک در نظر بگیرند.<sup>۴۰</sup> در پرونده پینتر علیه هون، مشکلات ریشه‌ای عدم تطابق این تئوری به‌وضوح دیده شد. این پرونده شامل طرح دعاوی حضانت بین پدر و پدربزرگ و مادربزرگ مادری (پس از مرگ مادر) بود. قاضی پرونده حضانت را به پدر اعطا کرد. دادگاه عالی آیووا حکم بدوی را لغو و حضانت را به پدربزرگ و مادربزرگ اعطا کرد. اگرچه دادگاه عالی آیووا در تصمیم خود پذیرفت که هر دو طرف پدر و مادر مناسبی بودند، با این حال، دادگاه سبک زندگی پدر را بی‌ثبات، غیرمتعارف، هنری، غیرعادی، و احتمالاً از نظر فکری محرک توصیف کرد، درحالی‌که سبک زندگی پدربزرگ و مادربزرگ به‌عنوان ثابت، قابل‌اعتماد، معمولی، طبقه متوسط توصیف شد. در این پرونده مشخص شد که به قضات دادگاه‌ها رویه کمی جهت تصمیم‌گیری درمورد حضانت داده شده است و آن‌ها به‌طور خودسرانه و براساس ترجیح شخصی در تعریف منفعت کودک آزاد هستند. از نقطه‌نظر این قاضی، ثبات تنها عامل مهم در تعیین بهترین منافع کودک است که این معیار درمورد ثبات یا هر عامل دیگری، یک تصمیم غیردقیق است، زیرا استاندارد مبهمی را ارائه می‌نماید.<sup>۴۱</sup>

اعطای سطح بالای صلاحیت به قضات در تشخیص بهترین منافع کودک احتمال خطا را افزایش می‌دهد و ازسوی دیگر، پیش‌بینی نتیجه یک پرونده حضانت کودک را دشوار می‌کند، زیرا دادگاه استاندارد مبهم را برای یک الگوی واقعی منحصر به فرد اعمال می‌کند. هنگامی که نتیجه نامشخص است، هریک از طرفین، به احتمال زیاد، به طرح دعوا می‌پردازند و معتقدند که پیروز خواهند شد. لذا از مصالحه خودداری می‌کنند و همین موضوع اسباب افزایش پرونده را فراهم می‌سازد.<sup>۴۲</sup>

40. Jane F. Charnas, "Practice trends in divorce related child custody," *Journal of Divorce* 4, no. 4 (1982): 63-64.

41. Andrea Charlow, "Awarding custody: The best interests of the child and other fictions," *Yale L. & Pol'y Rev.* 5 (1986): 267.

42. Robert E. Emery, "Interparental conflict and the children of discord and divorce," *Psychological bulletin* 92, no. 2 (1982): 310.

### ۳-۴. حضانت مشترک<sup>۴۳</sup>

مطالعات جامعه‌شناختی و روان‌شناختی به این باور رسید که کودک در فرایند رشد و نمو خود به هر دو والدش احتیاج دارد و حذف یکی از آن دو می‌تواند صدمات جبران‌ناپذیری را بر کودک وارد آورد.<sup>۴۴</sup>

دکترین بهترین منافع کودک، استانداردهای جدیدی را جهت افزایش منافع کودک به وجود آورد و در نهایت، منجر به تولد نظریه جدیدی تحت عنوان «حضانت مشترک» گردید که در آن، والدین شروع به تقسیم مشترک حضانت فرزندان بین خود کردند و در این مسیر، چندین تحول فرهنگی به این تئوری کمک کرد.<sup>۴۵</sup>

در دهه ۱۹۷۰، مطالعات اجتماعی و روان‌شناختی اثبات می‌کرد که حضور پدران در فرایند حضانت می‌تواند کمک مهمی به رشد کودک داشته باشد. از سوی دیگر، نقش‌های جنسیتی خانواده با پیوستن بیشتر زنان به نیروی کار شروع به تغییر کرد. در سال ۱۹۷۹، کالیفرنیا اولین قانون حضانت مشترک را تصویب کرد. تا سال ۱۹۹۱، بیش از چهل ایالت مجسمه‌های نمادینی را در شهرهای خود قرار دادند که حضانت مشترک به عنوان یک گزینه بهتر، ترجیح داده شود. امروزه تنها هفت ایالت نبراسکا، نیویورک، داکوتای شمالی، رود آیلند، ورمونت، ویرجینیای غربی و وایومینگ از قاعده حضانت مشترک پیروی نمی‌نمایند.<sup>۴۶</sup>

تجزیه و تحلیل تجربی از داده‌های سوابق دادگاهی در بیش از دو دهه (۱۹۸۸-۲۰۱۰) نشان می‌دهد که افزایش قابل‌ملاحظه‌ای در پذیرش حضانت مشترک وجود داشته، از ۲۵ درصد به بیش از ۵۰ درصد رسیده است. تقریباً نیمی از پرونده‌های حضانت با ترتیبات حضانت مشترک به پایان می‌رسد و هر دو والد در نگهداری و حضانت فرزند دخالت دارند.<sup>۴۷</sup>

طبق این نظریه، حضانت مشترک بهترین منافع کودک را در بر خواهد داشت، چراکه

43. Joint custody.

44. Richard A. Gardner, "Assessment for the stronger, healthier psychological bond in child-custody Evaluations," *Journal of Divorce & Remarriage* 31, no. 1-2 (1999): 1-14.

45. Douglas W. Allen and Margaret Brinig, "Do joint parenting laws make any difference?" *Journal of empirical legal studies* 8, no. 2 (2011): 304-324.

46. Teng Wah Leo, "From maternal preference to joint custody: the impact of changes in custody law on child educational attainment," *working paper* (2008): 1-48.

47. Daniel R. Meyer, Maria Cancian, and Steven T. Cook, "The growth in shared custody in the United States: Patterns and implications," *Family Court Review* 55, no. 4 (2017): 500-512.

براساس تئوری حضانت مشترک، هر دو والد باید به‌طور اساسی و حتی مساوی در تربیت فرزندان شراکت داشته باشند. رشد این ایده در گذر زمان به این صورت بود که ایالت‌های یکی پس از دیگری این قانون را به تصویب می‌رساندند و از یک ایالت در دهه هفتاد، به ۲۹ ایالت در دهه نود افزایش یافت. قانون فعلی ایالت ویسکانسین حاکم بر حضانت بیان می‌کند که دادگاه نمی‌تواند حضانت بالقوه طفل را براساس جنسیت یا نژاد بر دیگری ترجیح دهد. این قانون همچنین بیان می‌کند که کودک مستحق این است که در دوره‌های حضور فیزیکی «حضانت» با هر دو والد قرار گیرد، مگر این که پس از جلسه و استماع اظهارات طرفین و بررسی به این تشخیص برسد که قرار دادن فیزیکی کودک در کنار یکی از والدین، سلامت جسمی، روانی و عاطفی کودک را به خطر می‌اندازد.<sup>۴۸</sup>

#### ۴. نتیجه‌گیری

از مهم‌ترین اموری که با توجه به مقتضیات جامعه امروز ایران و افزایش طلاق نیازمند آن هستیم، بازنگری جدی در حضانت کودکان است. در جامعه امروز ایران که درگیر پدیده طلاق است، لازم است تمهیدات جدی‌تری در خصوص نگهداری و حضانت کودکان انجام گیرد. این که قانون و رویه قضایی ایران حضانت کودکان را پس از بلوغ رها نموده است و هیچ‌گونه احساس تکلیفی در آن ندارد، جای بازنگری جدی دارد. این مسئله در مورد دختران که پس از نه سال تمام قمری سن حضانت ایشان به پایان می‌رسد، جای دقت بیشتری دارد.

با مطالعه حقوق آمریکا ملاحظه شد که این کشور نیز فرازونشیب‌های بسیاری را در موضوع حضانت اطفال از سر گذرانیده است و در نهایت، بهترین نوع حضانت را حضانتی می‌داند که هر دو والد در فرایند تربیت کودکان دخالت داشته باشند و از محروم نمودن طرف دیگر، مگر در مواردی که خطرات جدی و جبران‌ناپذیری را بر سلامت کودکان داشته باشد، خودداری نموده است.

در حقوق ایران، با توجه به این که حضانت حق و تکلیف والدین در نظر گرفته شده است و مطابق فتاوای معتبر فقهی پایان سن حضانت رسیدن به سن رشد است، می‌توان نتیجه گرفت تکلیف والدین به حضانت از کودک تا پایان سن رشد است. لذا حتی در صورت جدایی نیز این مسئولیت برقرار است و حضانت مشترک به‌عنوان تکلیف هر دوی ایشان تا اتمام سن حضانت

48. Meyer, Cancian, and Cook, "The growth in shared custody in the United States," 500-512.



باقی است. حقوق ایران باید با تکیه بر اصول حاکمیتی، دخالت بیشتری در موضوع حضانت اعمال نماید و اولاً رسیدگی به صلاحیت حضانت اطفال تا رسیدن به سن رشد را در حیطه تعیین تکلیف از سوی محاکم بداند و ثانیاً در تعیین حضانت، هر دو والد را تا حد امکان به طور مشترک، جهت نگهداری از کودکان دخالت دهد، به خصوص در جایی که کودکان سن حساس خود را پشت سر گذاشته‌اند و نیازمند این هستند که از هر دو والد عشق و امنیت را دریافت نمایند و آموزش‌های لازم را از هر دو طرف ببینند. بنابراین دخالت و فوریت در قوانین حضانت مبتنی بر مصالح و منافع عالی کودک اجتناب‌ناپذیر است.

لازم است که حضانت مشترک به صورت جدی و به عنوان یک نظریه رسمی در گفتمان حقوق خانواده ایران وارد شود و در کنار بحث و نظریه پردازی، به رویه عملی دادگاه‌ها تبدیل گردد. طلاق به تنهایی خسارات و آسیب‌های بی‌شماری را بر کانون خانواده تحمیل می‌نماید، این که کودک را پس از طلاق و در مرحله‌ای که هنوز به حمایت و نظارت هر دو طرف نیازمند است رها نماییم، خسارات بیشتری به جامعه تحمیل خواهد کرد. حضانت مشترک موجب می‌شود کودکی که از طلاق آسیب دیده است، بتواند پدر و مادر را در کنار خود داشته باشد و صدمه کمتری ببیند. این نظریه همچنین برون‌رفتی از دعاوی بی‌شماری است که زوجین در پی تصاحب کودک و نه حضانت واقعی او، در محاکم به راه می‌اندازند و تکیه به آن، می‌تواند آمار ورودی دادگاه‌ها را نیز کاهش دهد.

## سیاهه منابع

### الف-منابع فارسی

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. *ترمینولوژی حقوق*. جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۷.
- صفایی، سید حسین، و اسدالله امامی. *مختصر حقوق خانواده*. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
- شایگان، علی. *حقوق مدنی*. جلد ۲، تهران: [بی‌نا]، ۱۳۳۹.
- کاتوزیان، ناصر. *دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده*. تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱.
- وزیری، مجید. *حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام*. قم: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۳.
- مهدوی دامغانی، احمد. «محاکم قضایی در زمان قاجاریه»، *ماهنامه حافظ*، شماره ۳ (خرداد ۱۳۸۳): ۳۰-۳۵.
- (سامانه ملی آرای قضایی)، آخرین دسترسی در ۳۰ تیر ۱۴۰۳.
- <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://ara.jri.ac.ir/&ved=2ahUKewiJ2rXdn7OIAxWgcKOEHYbtJEAQFnoECBoQAQ&usg=AOvVaw2WEHC2W2wCfQ1jVrLV0jQN>

### ب-منابع عربی

- ابن‌ادریس، محمد بن احمد. *السرائر*. العدد ۲، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ابن‌حمزه طوسی، محمد بن علی. *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ابن‌جنید اسکافی، محمد بن احمد. *مجموعه فتاوی ابن‌جنید*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ ه.ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. *وسائل الشیعة*. العدد ۲۱، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۹ ه.ق.
- الحکیم، السید محمد سعید. *منهاج الصالحین*. العدد ۲، بیروت: دارالتعارف، ۱۴۱۰ ه.ق.
- خوانساری، سید احمد. *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. العدد ۴، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ه.ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. العدد ۵، قم: مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ ه.ق.
- شهیدی تبریزی، فتاح. *هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب*. العدد ۲، تبریز: اطلاعات، ۱۳۷۵ ه.ق.
- صاحب بن عباد، اسماعیل. *المحیط فی اللغة*. العدد ۲، بیروت: عالم‌الکتاب، ۱۴۱۴ ه.ق.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه. *المقنن*. قم: مؤسسه امام‌هادی (ع)، ۱۴۱۵ ه.ق.

مطالعة تطبيقية حضانت در حقوق ايران و أمريكا با تأكيد بر... / هاشمی ۲۷۱

- طباطبایی، علی. *الشرح الصغير في شرح المختصر النافع*. العدد ۲، قم: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، ۱۴۰۹ ه.ق.
- طباطبایی، علی. *رياض المسائل*. العدد ۱۲، قم: مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۸ ه.ق.
- علامه حلي، حسن بن يوسف. *تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية*. العدد ۳، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ه.ق.
- فراهیدی، خليل. *كتاب العين*. العدد ۳، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ ه.ق.
- فخرالمحققين، محمد بن حسن. *إيضاح الفوائد في شرح إشكالات الفواعل*. العدد ۳، قم: اسماعيليان، ۱۳۸۷ ه.ق.
- فهد حلي، احمد بن محمد. *المهذب البارع في شرح المختصر النافع*. العدد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۰۷ ه.ق.
- محقق حلي، جعفر بن حسن. *شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام*. العدد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۰۸ ه.ق.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد. *كفاية الأحكام*. العدد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۲۳ ه.ق.
- مفيد، محمد بن محمد. *المقنعة*. قم: كنزگه جهاني هزاره شيخ مفيد، ۱۴۱۳ ه.ق.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن. *جواهر الكلام*. العدد ۳۱، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ ه.ق.

### ج- منابع لاتین

- Allen, Douglas W., and Margaret Brinig. "Do joint parenting laws make any difference?" *Journal of empirical legal studies* 8, no. 2 (2011): 304-324.
- Charlow, Andrea. "Awarding custody: The best interests of the child and other fictions." *Yale L. & Pol'y Rev.* 5 (1986): 267-290.
- Charnas, Jane F. "Practice trends in divorce related child custody." *Journal of Divorce* 4, no. 4 (1982): 57-67.
- Einhorn, Jay. "Child custody in historical perspective: A study of changing social perceptions of divorce and child custody in Anglo American law." *Behavioral Sciences & the Law* 4, no. 2 (1986): 119-135.
- Emery, Robert E. "Interparental conflict and the children of discord and divorce." *Psychological bulletin* 92, no. 2 (1982): 310-330.
- Gardner, Richard A. "Assessment for the stronger, healthier psychological bond in child-custody evaluations." *Journal of Divorce & Remarriage* 31, no. 1-2 (1999): 1-14.

- Leo, Teng Wah. "From maternal preference to joint custody: the impact of changes in custody law on child educational attainment." *working paper* (2008): 1-48.
- Meyer, Daniel R., Maria Cancian, and Steven T. Cook. "The growth in shared custody in the United States: Patterns and implications." *Family Court Review* 55, no. 4 (2017): 500-512.
- Stamps, Leighton E. "Maternal preference in child custody decisions." *Journal of Divorce & Remarriage* 37, no. 1-2 (2002): 1-11.
- Symons, Douglas K. "A review of the practice and science of child custody and access assessment in the United States and Canada." *Professional Psychology: Research and Practice* 41, no. 3 (2010): 267-273.
- Settle, Shirley A., and Carol R. Lowery. "Child custody decisions: Content analysis of a judicial survey." *Journal of Divorce* 6, no. 1-2 (1982): 125-138.

