

## بررسی فقهی - حقوقی

# نقش اراده در توافقات ابوین بر مسئله حضانة\*

- مجیدرضا کمالی بانیانی<sup>۱</sup>
- داوود نصیران<sup>۲</sup>
- سیدمحمدهادی مهدوی<sup>۳</sup>

### چکیده

تا قبل از تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱، توافقاتی که برای پذیرش حق حضانة یا اعطای امتیازی ویژه به والد دیگر صورت می‌گرفت، صریحاً مورد لحوق حکم قرار نگرفته بود؛ اما بعد از تصویب قانون مذکور در ماده ۴۱، به صورت ضمنی به توافقات رسمیت بخشیده شد. از آنجا که مهم‌ترین عامل شکل‌گیری قراردادهای، اراده و توافق طرفین است، اصل بر حاکمیت اراده

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (majidrezakamali497@yahoo.com).
۲. استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (نویسنده مسئول) (dawoodnassiran1192@yahoo.com).
۳. استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (h1.hadimahdavi@phu.iaun.ac.ir).

است و چون حضانت، حق و تکلیف والدین است، طرفین می‌توانند اجرای حق و اجرای تعهدات را (مگر اینکه مباشرت متعهد یا مکلف در انجام تکلیف شرط باشد)، بر اساس این توافقات و قراردادهای به دیگری واگذار نمایند.

این مقاله نقش اراده ابوبن را در قراردادهایی که مابین والدین با یکدیگر و یا با اشخاص ثالث منعقد می‌شود، مورد بررسی قرار داده است. با عنایت به این پژوهش مشاهده شد که در حقوق ایران، حضانت بر اساس ماهیت دوگانه خود، قابلیت واگذاری یا اسقاط را ندارد؛ اما طرفین می‌توانند اجرای حق را نیابتاً به وکیل یا نماینده‌ای بسپارند. لذا امکان انعقاد این قراردادهای در زمان زناشویی و جدایی وجود دارد و در نتیجه، امکان واگذاری اجرای آن به شخص ثالث (مؤسسه خصوصی، استخدام پرستار، سپردن طفل به مددکار اجتماعی و...) در قالب عقود معینی نظیر اجاره، صلح، وکالت، جعاله و... و یا در قالب عقود غیر معین (ماده ۱۰ ق.م.) وجود دارد. از آنجا که اصل حاکمیت اراده در توافقات حضانت، محدودتر از توافقات دیگر است، غبطه کودک به عنوان مخصص این اصل، همیشه مدنظر دادگاه‌ها بوده است.

**واژگان کلیدی:** اراده، توافق، حضانت، قرارداد.

## ۱. مقدمه

اراده از نگاه اهل لغت، از دو ماده «رود» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۶۵/۵؛ جوهری، ۱۴۰۴: ۴۷۸/۳) و «ری‌د»، به معنای قصد داشتن (دهخدا، ۱۳۴۲: ۱۶۰۵) است. در متون فقهی، اراده، شوق مؤکد و گرایش نفس جهت انجام عمل است (تهانوی، ۱۹۹۶: ۵۴۴) و کیفی نفسانی برآمده از تصور یک عمل حقوقی دانسته می‌شود که بعد از تصدیق به فایده می‌آید (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۷۵/۲۵) و انسان را به طرف فعل و ترک سوق می‌دهد (نجفی خوانساری، ۱۴۲۴: ۳۶۹/۱). از دیدگاه حقوقی، اراده به معنای خواستن است و در ردیف فعل ارادی به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۳۲۲). این عنصر، از مبانی اعتبار قرارداد دانسته می‌شود و مراد از آن در حاکمیت اراده، اراده انشایی است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۶)؛ یعنی عقد به قصد انشاء محقق می‌شود. قصد در لغت، به معنای اعتدال، استقامت، اراده و اختیار است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۵۳/۳؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۹۵/۵). در اصطلاح فقها، قصد به داشتن اراده و اختیار فرد (بدون اکراه یا اجبار)

است، در آنچه منعقد می‌کند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ب: ۳۰۷) و یا به هدف یا علت غایی انجام عمل در راه اطاعت و امتثال امر شارع مقدس گفته می‌شود (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۴/۲). در حقوق نیز ماده ۱۹۱ ق.م. قصد انشاء را امری روحی و معنوی دانسته است (اراده حقیقی) و آنچه که موضوع عقد قرار می‌گیرد، همان رضاست (امامی، ۱۳۷۷: ۱۸۹/۵)؛ لذا قصد انشاء، نقطه اوج رضای نفسانی در عقود، و مهم‌ترین رکن جهت ایجاد عمل حقوقی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۷۲). در حقوق ایران، حسب بند ۱ ماده قانون مدنی، قصد طرفین از شرایط اصلی معاملات محسوب می‌گردد؛ به گونه‌ای که می‌توان اذعان داشت که اعمال حقوقی بر محور اراده می‌چرخند و مباحثی از جمله «معامله صوری» و «ایجاب و قبول در معاملات»، مستقیماً با نظریه اراده در ارتباط‌اند و حتی قواعد حقوقی مانند «تبعیت عقد از قصد»، «تجارة عن تراض» و... نیز بر پایه نظریه اراده می‌باشند.

یکی از موضوعات مهم خانواده که اراده طرفین در آن نقش چشمگیری دارد، حضانت طفل است. یکی از مقالات منتشرشده در این موضوع، مقاله «نوآوری‌ها و چالش‌های حق حضانت زنان در پرتو قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱» است. در این مقاله، پس از بیان تعاریفی در باب لغت حضانت، به مباحثی چون بلااشکال بودن انتقال حق حضانت از پدر به مادر یا برعکس، سرنوشت حضانت در صورت ازدواج مجدد مادر یا در صورت فوت یکی از والدین و... پرداخته شده است. لذا در مقاله مذکور، قرارداد خاصی بررسی نشده است. مقاله دیگر، «سیاست‌گذاری نظام حقوقی ایران در قبال توافقات ابویین بر سر حق حضانت» است. نویسندگان مقاله پس از بررسی ماهیت حق حضانت و بررسی آن در قانون، اشاره‌ای به قابلیت شکل‌گیری توافقات والدین به صورت عقد صلح و وکالت داشته‌اند. اما در اشاره مذکور، هیچ‌گونه تقسیم‌بندی خاصی انجام نگرفته است و سوای این مبحث، در هیچ کدام از مقالات بالا، عقد اجاره (چه مابین والدین و چه با شخص ثالث)، وکالت، جعاله و هبه مورد بررسی قرار نگرفته‌اند و می‌طلبید که امکان انعقاد و چگونگی این عقود، باریک‌تر بررسی شوند. مهم‌ترین اهداف این پژوهش، سوای بررسی موارد بالا، پاسخ‌گویی به سؤالات زیر است:

- توافق و اراده طرفین در باب حضانت، چه آثاری دارد؟  
- توافقات ابوبن در قالب چه قراردادهایی امکان‌پذیر هستند؟

## ۲. ماهیت حضانت

حقوق‌دانان حضانت را اقتداری می‌دانند که قانون جهت نگهداری و تربیت طفل، به والدین اعطا کرده است (امامی، ۱۳۷۷: ۱۸۷/۵). در این میان، دو عنصر نگهداری و تربیت، مفهومی مشترک مابین حقوق‌دانان، فقهای اسلامی و بعضی از علمای اهل سنت هستند (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۳۷۶: ۲/۲۱۳؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۷/۷۱۷). با عنایت به تعریف حق و حکم و تفاوت آن دو و با لحاظ کردن آراء فقها در مسئله حضانت می‌توان قائل به سه نظریه شد:

- بعضی از فقها معتقدند که حضانت، حق صرف است و بنا بر ویژگی‌های حق، حضانت را نیز قابل اسقاط و انتقال دانسته‌اند. در نتیجه، حضانت را می‌توان توسط هریک از زوجین، قابل انتقال به یکدیگر و حتی به ثالث برشمرد؛ مثل عوض قرار گرفتن حضانت در طلاق به عوض (طوسی، ۱۳۸۷: ۶/۳۸؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۵/۳۱۶).

- گروه دوم فقها معتقدند که حضانت دو چهره دارد و هم حق است و هم تکلیف (حکم) (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۸/۴۲۱). از سویی حق است؛ یعنی کسی نمی‌تواند مانع حضانت فرزندان توسط والدین گردد. از سوی دیگر تکلیف است؛ چرا که امکان امتناع والدین وجود ندارد؛ یعنی حکم است، لذا قابلیت اسقاط و یا واگذاری آن وجود ندارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲/۹).

- گروه سوم فقها معتقدند که حضانت برای مادر حق است و برای پدر تکلیف؛ برای مادر قابلیت اسقاط و واگذاری دارد، اما برای پدر قابلیت اسقاط و واگذاری ندارد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲/۲۸۶). بر این اساس، امکان الزام مادر وجود ندارد؛ ولی پدر بر این امر الزام می‌گردد:

«اگر مادر حق حضانت خود را اسقاط نماید و یا از نگهداری و تربیت طفل امتناع نماید، بر پدر است که نگهداری طفل را بپذیرد و اگر وی سر باز زد، ملزم به نگهداری طفل می‌شود» (طاهری، ۱۴۱۸: ۳/۳۲۶).

در القواعد و الفوائد نیز آمده است:

«لو امتنعت الأم من الحضانة، صار الأب أولى به، ولو امتنعا معاً فالظاهر إجبار الأب»  
(عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۲۳)؛ اگر مادر از حضانت امتناع کرد، پدر نسبت به آن اولویت دارد و اگر هر دو امتناع ورزند، پدر بر حضانت اجبار می‌شود.

تا زمانی که زن و شوهر با هم زندگی می‌کنند، هر دو می‌توانند در امور مربوط به نگهداری مشارکت نمایند؛ اما بعد از متارکه، چون امکان عملی نگهداری مشترک وجود ندارد، یکی از والدین با توجه به سنین مختلف کودک، نسبت به دیگری اولویت در نگهداری داشته و به تعبیر روایات متعدد در باب حضانت، «(احق)» است (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۸/۶؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۳۵/۳). از طرف دیگر، حضانت حق کودک نیز هست و بر همین اساس است که برخی از فقها به وجوب حضانت بر ذوالحق، یعنی پدر و مادر فتوا داده‌اند. لکن در مقام برگزیدن و تقویت یکی از نظرات مطرح شده در باب ماهیت حضانت باید گفت به نظر می‌رسد حضانت نسبت به مادر، حق محض و نسبت به پدر هم حق و هم تکلیف باشد؛ همچنان که به اعتقاد مشهور فقها نیز حضانت از ناحیه مادر تکلیف نبوده و صرفاً حق است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۳/۳۱؛ عاملی جبعی، ۱۳۷۶: ۱۴۱/۲). شواهدی که حق بودن حضانت را نسبت به مادر تقویت می‌کند، در زیر آورده شده است:

- به تصریح برخی از فقها در مواردی که حضانت کودک با مادر است، وی می‌تواند حضانت را وجه المصالحه و عوض برای گرفتن طلاق خلع قرار دهد. به عبارت دیگر، او می‌تواند حضانت را به پدر واگذار نماید تا پدر در قبال آن، وی را طلاق خلع دهد (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۸/۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۱۶/۵). این خصیصه فقط با حق بودن حضانت سازگار است؛ چرا که حکم مسلماً نمی‌تواند عوض مالی قرار گیرد.

- در صورت امتناع مادر از حضانت، کسی حق اجبار وی را ندارد؛ چون مادر از حق خویش صرف نظر کرده است؛ لذا انجام این عمل از سوی مادر، قابل مطالبه در محاکم قانونی نیست (قمی، ۱۴۱۳: ۵۷۵/۴)؛ در حالی که اگر حضانت نسبت به مادر تکلیف محسوب می‌شد، وی موظف به آن بود و در صورت امتناع، ولی کودک می‌توانست با مراجعه به محکمه، مادر را ملزم به حضانت نماید.

- به تصریح گروهی دیگر از فقها، مادر می‌تواند حق حضانت را اسقاط و یا به دیگری منتقل نماید (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۸۶/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۲۲/۳)؛ در حالی که اگر حضانت برای مادر جنبه تکلیفی داشته باشد، قابلیت نقل و اسقاط برای آن متصور نیست.

- روایاتی که حضانت مادر را منوط به خواست او نموده و وی را «احق» در حضانت دانسته‌اند؛ از جمله در صحیحۃ ایوب بن نوح آمده است:  
 «المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۷۲/۲۱؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۳۵/۳)؛ زن نسبت به حضانت فرزند تا هفت سالگی احق است؛ مگر اینکه وی از حق خود صرف‌نظر نماید.

همچنان که برخی از فقها نیز از این روایت، حق بودن حضانت را استفاده نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۴/۳۱).

- در صورت شک، اصل عدم وجوب حضانت است؛ زیرا به اتفاق اصولیان و اخباریان، اصل در شبهات حکمیه وجوبیه، برائت است (موسوی خویی، ۱۳۶۸: ۱۹۲/۲).  
 با توجه به قرائن فوق، ادعای حق بودن حضانت نسبت به مادر و حق و تکلیف بودن آن نسبت به پدر خالی از قوت نیست.

در عالم حقوق، به تبعیت از آرای متعدد فقها، حضانت هم حق و هم تکلیف شمرده شده و امکان اسقاط و واگذاری حق (خود حق) وجود ندارد؛ اما از دیدگاه جمعی از فقها، اگرچه «واگذاری حضانت نیابتاً به شخص ثالث (چه از سوی پدر و چه مادر) و تحت نظارت آنان مانعی ندارد» (منتظری نجف‌آبادی، بی‌تا: ۴۰۳/۳)، اما باید دانست که «ولایت پدر و مادر در جای خود باقی است و ساقط نمی‌شود» (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲) و تنها اجرای آن واگذار شده است. لذا اگر قائل به انتقال خود حق باشیم، واگذارکننده دیگر حقی نخواهد داشت و حتی در صورت ایجاد مانع بعد از انتقال حق نیز صاحب حق، حق سابق را نخواهد داشت. اما اگر قائل به انتقال اجرای حق باشیم، دارنده حق همچنان حق را داراست و مسلماً با ایجاد مانع در اجرای حق، می‌تواند حق سابق را دارا باشد.

## ۱-۲. ماهیت قراردادهای مربوط به حضانت

ماده ۱۰ ق.م. می گوید:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن‌ها را منعقد کرده‌اند، اگر مخالف صریح قانون نباشند، نافذند».

لذا «مهم‌ترین عنصر در ایجاد توافقات، اراده افراد است» (خورسندیان و ذاکری‌نیا، ۱۳۸۸: ۱۵). از جمله مباحثی که اراده طرفین در آن مؤثر است، حضانت فرزند است. قبل از تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه‌هایی چون ۸۰/۴/۱۳-۷/۳۵۶۳ و بخشی از نظریه شماره ۸۱/۰۷/۱۸-۷/۶۶۶۴، صراحتاً به امکان واگذاری حضانت بر اساس توافقات اشاره کرده بود و سرانجام در سال ۱۳۹۱ به موجب ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده، توافقات انجام‌شده رسمیت یافتند. مستنبط از قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱، قبل از به وجود آمدن اختلاف نیز چنانچه توافقات صورت گرفته در باب حضانت بر خلاف مصلحت کودک باشد، دادگاه به توافق منعقد ترتیب اثر نمی‌دهد (حاجی‌عزیزی و حسنخانی، ۱۳۹۴: ۱۲۷). این قضیه با ماهیت حضانت همسویی دارد و بر خلاف نظم عمومی نیز نیست؛ زیرا حضانت ذاتاً حقی است که به نفع هر یک از ابویین وضع گردیده و با امتناع والدین، به دلیل تراحم با حق کودک، ماهیت آن تکلیف می‌شود. توافقات مذکور در باب حضانت می‌توانند به اشکال زیر باشند.



(نمودار شماره ۱. قراردادهای مربوط به حضانت از منظر منعقدکنندگان و زمان انعقاد)

۱. «هر یک از ابویین دارای حق حضانت، می‌توانستند با تنظیم توافق‌نامه‌ای (عادی یا رسمی)، این حق را به دیگری تفویض نمایند».

این توافقات که بنا بر مصلحت طفل، مابین والدین یا مابین والدین با ثالث صورت می‌پذیرند، می‌توانند در قالب عقودی چون اجاره، وکالت، جعاله، صلح و... منعقد شوند.

## ۱-۱-۲. قرارداد اجاره اشخاص

چون اجاره، عقدی تملیکی است، اجیر با انجام امور مورد نظر، مالک اجرت مذکور می‌گردد و در عوض، منفعت خود را به مستأجر تملیک می‌نماید. حال آیا در باب حضانت، امکان انعقاد اجاره میان والدین با یکدیگر یا با اشخاص ثالث وجود دارد؟ برخی فقها مانند فخرالمحققین معتقدند که حضانت به دلیل جنبه ولایتی اش بر کودک، ماهیت حق ندارد و چون امکان دریافت اجرت وجود ندارد، لذا حضانت اسقاط‌نشدنی است (حاجی‌عزیزی و حسخانی، ۱۳۹۴: ۱۰۷). فقهای چون مقدس اردبیلی (۱۴۰۳: ۸/۸۹)، طباطبایی یزدی (بی‌تا: ۵۰۵/۱) و برخی از فقهای حنفیه (ابن نجیم حنفی، بی‌تا: ۴/۴۵)، اخذ اجرت برای واجبات را حرام دانسته‌اند. اما ادعای فوق ایراداتی دارد: اولاً، «در این خصوص، اجماعی نیست» (ایزدی‌فرد و همکاران، ۱۳۹۵: ۵۳).

ثانیاً، اگرچه اخذ اجرت در واجب عینی جایز نیست، ولی در واجب کفایی، اگر توصلی باشد، جایز است و چنانچه تعبدی باشد، اخذ اجرت جایز نیست (طباطبایی یزدی، بی‌تا: ۵۰۵/۱). عده‌ای دیگر نیز دریافت اجرت به عنوان عوض در اجاره را تنها در باب واجبات کفایی مانند تعلیم قرآن و اذان، بر خلاف واجبات عینی جایز دانسته‌اند (ابن عابدین، ۱۴۱۲: ۳/۶۱۹). از سوی دیگر به گفته کاشف‌الغطاء، مابین واجب بودن صفت با تملک عمل، مغایرت ذاتی وجود دارد (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱/۴۷۱)؛ یعنی خداوند با واجب دانستن عمل (مانند حضانت)، خود بر آن عمل، حق پیدا می‌کند؛ گویی عمل از آن اوست. حال چگونه ماجر می‌تواند با دادن اجرت، مالک آن عمل شود؟ (ایزدی‌فرد و همکاران، ۱۳۹۵: ۵۳)؛ لذا اجتماع مثلین، ضدین و یا متناقضین در شیء واحد پیش می‌آید (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۱/۵۱).

ثالثاً، عرفاً کسی در قبال حضانت اجرتی نمی‌گیرد؛ اما عرف بودن امری، دلیل نمی‌شود که نتوان در قبال انجام حضانت اجرت گرفت.

از نگاه فقهای شافعیه، علاوه بر واجبات کفایی، بر انجام واجبات عینی هم اگر



مستلزم زحمت باشد، می‌توان درخواست اجرت نمود. هیتمی در این باره آورده است:

«(فَضَّلْ) فِي مَنَافِعَ لَا يَجُوزُ الْإِسْتِجَارُ لَهَا... (وَلَا) لِفِعْلِ (عِبَادَةٍ تَحِبُّ لَهَا) أَى فِيهَا (بَيْتَهُ) لَهَا أَوْ لِمَتَعَلِّقِهَا بِحَيْثُ يَتَوَقَّفُ أَصْلُ حُصُولِهَا عَلَيْهَا وَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجِيرُ شَيْئًا... أَمَّا مَا لَا تَحِبُّ لَهُ بَيْتُهُ كَالْأَذَانِ فَيَصِحُّ الْإِسْتِجَارُ عَلَيْهِ... وَأَجَارَ الْمُتَأَخَّرُونَ أَخَذَ الْأُجْرَةَ عَلَى الطَّاعَاتِ لِلضَّرُورَةِ» (ابن حجر هیتمی، ۱۳۵۷: ۱۰۰/۷)؛ (فصل) در منافی که عقد اجاره در آن‌ها جایز نیست... از جمله آن‌ها، عبادتی است که نیت و قصد قربت در آن‌ها یا متعلق آن‌ها شرط است (واجبات عینی)؛ به گونه‌ای که اصل انجام این اعمال، متوقف بر قصد قربت می‌باشد، اجیر استحقاق دریافت هیچ چیزی (اجرت و...) را ندارد...؛ اما در عباداتی که قصد قربت در آن‌ها واجب نیست، عقد اجاره در آن‌ها جایز است (و به تبع آن، اجیر نیز مستحق دریافت اجرت خواهد بود)... و همه فقهای متأخر، دریافت اجرت بر انجام واجبات (غیر از واجبات عینی) را اجازه داده‌اند.

به نظر می‌رسد که واجبات در اینجا اطلاق داشته و واجبات توصلی را نیز در بر می‌گیرد و منظور از ضرورت، مفهوم اصطلاحی آن یعنی ضرورت فقهی نیست؛ بلکه حکم عقل ضروری است و آن هم حکم عقل بر قبح اخلال در نظام است. در همین زمینه، زحیلی می‌نویسد:

«ویجوز بالاتفاق الاستیجار علی تعلیم اللغة والأدب والحساب والخط والفقه والحديث ونحوها وبناء المساجد والقناتیر والرباطات للضرورة لأنها ليست بفرض ولا بواجب» (زحیلی، ۱۴۱۸: ۵/۳۸۲)؛ همه عالمان، اجرت گرفتن بر آموزش دادن زبان، ادبیات، ریاضیات، خط و فقه و حدیث و مانند آن‌ها و بنای مساجد و پل‌ها و کاروانسراها را جایز دانسته‌اند؛ از آن روی که ضرورت، آن را اقتضا می‌کند و اگر نباشد، کارهای عمومی متوقف می‌شود و این موارد نیز جزء واجبات عینی به شمار نمی‌روند.

آنان معتقدند که اخذ اجرت در کلیه واجبات شرعی (غیر واجب عینی) امکان‌پذیر است؛ لذا اخذ اجرت در حضانت نیز جایز است.

همچنین به دلیل اختلاف در مورد حق و حکم و با عنایت به تأثیری که بر رویه قضایی دارد، برخی معتقدند که حضانت از سوی دارنده حق، قابلیت اسقاط را دارد و بر پایه «إِنَّ كُلَّ صَلَاحٍ جَائِزٌ، إِلَّا مَا حَلَّلَ حَرَامًا وَحَرَّمَ حَلَالًا»، چون توافق زوجین، هیچ حلالی را حرام و هیچ حرام خدا را حلال نمی‌کند، توافق نافذ است (سیدهاشمی، ۱۳۹۳: ۲۰۰).

انعقاد اجاره در باب حضانت و اخذ اجرت، به دو شیوه «میان والدین» و «میان والدین با شخص ثالث» امکان‌پذیر است.

### ۱-۱-۲. انعقاد قرارداد اجاره، میان والدین در باب حضانت فرزند

اگر امکان انعقاد عقد اجاره مابین والدین وجود داشته باشد و مثلاً مادر به عنوان اجیر تعیین گردد، باید دید که آیا امکان اخذ اجرت برای مادر وجود دارد یا نه؟ صاحب جواهر، اولین فقیهی است که با استناد به حق بودن حضانت، اخذ اجرت بر حضانت را جایز دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۳/۳۱). محقق خویی معتقد است:

«مادر اگر قصد حضانت و اخذ اجرت را داشته باشد و کسی رایگان، حضانت را برعهده نگیرد، مادر در قبال انجام حضانت، می‌تواند اجرت بگیرد» (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۴۴).

برخی از فقهای معاصر نیز همین نظر را دارند (ر.ک: طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۳۰۳/۲؛ بَجیرمی شافعی، ۱۴۴۰: ۱۰۴/۴؛ ابن نجیم حنفی، بی‌تا: ۱۸۱/۴). سبزواری معتقد است که اگر انجام حضانت، مستلزم هزینه‌ای باشد، جزء نفقه بوده و پرداخت آن ابتدا بر کودک، و در صورت نداشتن دارایی بر پدر وی واجب است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۸۰/۲۵). البته بحث از اجرت حضانت، آنجا مطرح است که مادر کودک، فقط برای خود عمل حضانت، درخواست حق الزحمه نماید. کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی نیز در سال ۱۳۶۴ آورده است:

«چنانچه زوجه، حاضر به قبول حضانت به طور مجانی یا با اجرة‌المثل یا کمتر از آن باشد، مادر اولی به حضانت است از دیگران. اجرت حضانت نیز از مال پدر پرداخت می‌شود و هر گاه زوجه از قبول حضانت امتناع کند و یا بیشتر از دیگران اجرت بخواهد، مادر را نمی‌توان الزام به حضانت نمود» (مجموعه پاسخ و پرسش کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی، ۱۳۶۳: ۴۳).

در زمان طلاق نیز اگر حضانت با پدر باشد، امکان انعقاد اجاره میان پدر به عنوان دارنده حق و میان مادر در مقام اجیر و برعکس وجود دارد؛ مثلاً در قراردادهای منعقدۀ میان والدین در زمان طلاق، مادر در قبال بخشیدن حقوق مالی خود، خواستار

حضانت پایان یافته فرزند (مثلاً فرزند هشت ساله) خود است. لذا بر طبق این قرارداد، مادر نایب شوهر در اجرای حق حضانت است (در قبال امور مالی)؛ یعنی مادر مالک حق حضانت نمی گردد، بلکه نایب در اجرای حق همسرش می باشد.

### ۲-۱-۱-۲. قرارداد اجاره میان حضانت کننده با شخص ثالث

والدین می توانند در باب اجرای حق حضانت (بدون اسقاط یا واگذاری خود حق) اجیر بگیرند؛ مثلاً والدین در باب نگهداری و تربیت، می توانند طفل را به شخص ثالث و یا یک مهد کودک بسپارند. اما اجاره به معنای سلب حق والدین نیست. منتظری معتقد است:

«واگذاری حضانت نیابتاً به شخص ثالث (از سوی هر والدی) مانعی ندارد» (منتظری نجفآبادی، بی تا: ۴۰۳/۳).

اما ولایت پدر و مادر در جای خود باقی است و ساقط نمی شود (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲). بر طبق نظریه ۱۳۸۰/۴/۱۳-۷/۳۶۶۳ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز هر یک از ابوبین دارای حق حضانت، می تواند با تنظیم توافق نامه ای (عادی و رسمی)، این حق را به دیگری تفویض نماید. هنگامی که یکی از والدین (در زمان زوجیت یا جدایی) بخواهد اجرای حق حضانت خود را در قالب اجاره به همسرش یا ثالث بدهد، باید این موارد را رعایت کند: - مدت زمانی که می تواند عقد اجاره را ببندد تا زمانی است که دارای حق حضانت باشد؛ مثلاً مادر در باب حضانت فرزند پسر، نمی تواند قراردادی بیشتر از دو سال با اجیر ببندد.

- باید وظایف اجیر را کاملاً برایش شرح نماید.

- او می تواند هر گونه شرط و تعهدی برای اجیر قرار دهد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵ الف:

۵۳-۱۵).

- او می تواند اجرای حق حضانت را به اجیر خاص یا عام بسپارد (جمعی از پژوهشگران،

۱۴۲۶: ۲۶۱/۱).

- عقد اجاره با مرگ هر یک از دو طرف باطل نمی شود.

- اجیر اگر کوتاهی نکند، ضامن نیست (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۳۳۰/۴).

شخصی که کودک به او سپرده شده، می‌تواند اعمال عادی زندگی کودک را انجام دهد و برای انجام دادن اعمال غیر معمول و مهم‌تر باید رضایت والدین را جلب کند. همچنین از نحوهٔ عموم و اطلاق مواد یادشده در قانون کار برمی‌آید که هر نوع قراردادی که مستلزم به کارگیری اشخاص توسط دیگری (کارفرما) باشد، در حیطة مقررات قانون کار خواهد بود (مواد ۳-۱) و چه بسا باید به این نظریه گرایش پیدا کرد که مفاد مقررات قانون مدنی، کاربردی ندارد و در اینجا باید از قانون کار تبعیت نمود (عراقی، ۱۳۷۴: ۷۴). لذا چه بر این نظریه باشیم و چه مبنای ما آن باشد که بحث اجارهٔ اشخاص، منافاتی با مقررات قانون کار ندارد، مقررات قانون کار، مکمل آن است و باید به مسئلهٔ اجیر کردن یا استخدام شخصی جهت حضانت طفل از دیدگاه حقوقی نگرست و قرار دادن حضانت در محدودهٔ عقد اجاره اشکالی ندارد؛ زیرا شرط مباشرت صاحب حق، در هیچ یک از مقررات قانونی حضانت نیامده است و با عدم وجود منع قانونی و استناد به اصل جواز، می‌توان شخصی را اجیر نمود و مقررات آن هم تابع عموماً مقررات قانون مدنی و قانون کار خواهد بود. نکتهٔ دیگر آنکه در اجارهٔ اشیاء (به استثنای حق کسب و پیشه و سرقفلی)، منعی در اینکه مستأجر در مدت اعتبار عقد، اجارهٔ آن را به دیگری واگذار کند، وجود ندارد، مگر اینکه این حق در ضمن عقد از او سلب شده باشد (امامی، ۱۳۷۷: ۱۲۱/۱)؛ ولی در اجارهٔ اشخاص، اگر موضوع اجاره به گونه‌ای باشد که شخصیت و کیفیت اجیر مهم باشد، مثل معلم، پزشک، تعمیرکار، که اجیرکننده بر طبق آن شرایط، عقد اجاره را منعقد می‌کند، حتی اگر ضمن عقد هم تصریحی به عدم انتقال آن به دیگری نشده باشد، از عرف حاکم بر جامعه می‌توان دریافت که هدف اجیرکننده، انجام کار توسط شخص اجیر است و لاغیر (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۷۴) و در صورت مهم نبودن شخصیت اجیر برای انجام کار، اگر ضمن عقد هم شرط عدم انتقال به غیر نشده باشد، منعی در انتقال به غیر وجود ندارد. لذا با عنایت به مفاد قانون کار ۱۳۶۹ مبنی بر اینکه حق انتقال به غیر داده نشده است، همچنین از آنجا که حضانت، امری حساس است و صاحب حق، فرد اجیر را با توجه به ویژگی‌های او انتخاب می‌کند، مباشرت شخص وی مهم است و اگر هم در ضمن عقد به آن تصریح نشده باشد، وی حق انتقال به غیر را ندارد و می‌توان مادهٔ ۲۲۵ ق.م.

را هم در این زمینه جاری دانست. همچنین برخی از فقهای امامیه معتقدند که اجاره اشخاص به مدت طولانی یا بدون ذکر مدت جهت حضانت کودک باطل است و قرارداد انعقادی، جعله است؛ زیرا در عقد اجاره، مدت اجاره و اجرت باید مشخص باشد و عدم تعیین پایان اجاره و عدم مشخص بودن اجرت، منجر به غرر می‌شود و معامله غرری، مورد منع شارع است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲/۲۳۵).

## ۲-۱-۲. قرارداد وکالت در باب حضانت فرزند

اهمیت عقد وکالت در موضوع حضانت از آنجاست که اگر وکالت، نمایندگی در انجام امور حقوقی باشد، حضانت اصولاً موضوعی برای عقد وکالت نخواهد بود؛ زیرا مقتضای قرارداد حضانت، نگهداری است که یک امر مادی است نه حقوقی؛ اگرچه برخی از حقوق دانان وکالت را شامل هم امور مادی و هم امور حقوقی می‌دانند (امامی، ۱۳۷۷: ۲۳۴). این در حالی است که قانون مدنی در ماده ۶۶۵ ابراز می‌دارد که وکیل در بیع، وکیل در قبض ثمن نیست، مگر اینکه تصریح شده باشد؛ چون قبض ثمن، امری مادی است و شاید بتوان گفت که وکالت در انجام امور غیر مالی مانند حضانت نیز امکان‌پذیر باشد؛ چرا که اولاً موکل، کسی است که صاحب حق است و قانوناً می‌تواند این حق را اعمال کند (ماده ۶۲۲ ق.م.). ثانیاً وکیل هم شخصی دارای اهلیت است (ماده ۶۲۲ ق.م.)؛ چون حضانت مستلزم مباشرت شخص صاحب حق نیست و می‌تواند با واسطه هم صورت گیرد. بنابراین نه تنها پدر یا مادر می‌توانند به عنوان وکیل صاحب حق انتخاب شوند، بلکه شخص ثالث و احد شرایط هم توانایی چنین کاری را دارد. لذا بر مبنای پذیرش امکان قرارداد وکالت در امر حضانت، ممکن است که والدی (مثلاً مادر) در قبال ساقط نمودن برخی از حقوق مالی خود، وکالت در امر نگهداری طفل را بر عهده بگیرد که در این مورد، مباشرت وکیل شرط انجام وکالت است و وکیل نمی‌تواند امر نگهداری را به دیگری وکالت دهد، مگر در صورت شرط (پورمسجدیان و عباسی آبکناری، ۱۳۹۶: ۱۳۹). همچنین ولایت پدر تا آنجاست که به مصلحت طفل باشد. حال آیا پدر می‌تواند قسمتی از اختیارات خود را به دیگری (همسر یا ثالث) واگذار نماید؟ در جواب باید گفت که ولایت پدر، حکمی الهی است و قابلیت انتقال و یا اسقاط را ندارد؛ اما

در صورت مصلحت، برای اجرای آن می‌تواند به دیگری وکالت دهد. البته پدر نمی‌تواند دیگری را وکیل کند و مثلاً بگوید که تو هر چه در مورد اموال فرزند من به مصلحت دیدی، انجام بده، مگر اینکه این توکیل به مصلحت فرزند باشد؛ مثلاً اگر امور مالی فرزند در ید این وکیل باشد، به جهت خبره بودن، بهتر از اموال فرزند نگهداری می‌شود و یا اینکه سود بیشتری به فرزند می‌رسد. مکارم شیرازی معتقد است:

«در عقد وکالت، استفاده از خادم و کمک کار برای نگهداری طفل با نظارت خود ابویین مانعی ندارد؛ اما نه به صورت کامل» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۴۶/۳).

لذا در این واگذاری، اختیارات به موارد مشخصی در حکم قضایی محدود هستند (کریمی و محسنی، ۱۳۹۳: ۳۲۱). این اعطای وکالت در باب حضانت، ممکن است که در زمان زوجیت ابویین باشد. در رساله استفتائات منتظری آمده است که واگذاری حضانت نیابتاً به سرپرست جدید (شخص ثالث)، از سوی پدر یا مادر مانعی ندارد (منتظری نجف‌آبادی، بی‌تا: ۴۰۳/۳)؛ مثلاً ابویینی که فرزندان زیادی دارند و به دلایلی (مانند مشکلات اقتصادی)، قادر به نگهداری از همگی آنها نیستند، می‌توانند با توافق یکدیگر، حضانت یک یا دو بچه را به کسانی که بچه ندارند (سرپرست جدید) واگذار کنند و در عوض، اجرتی را به طرف مقابل بپردازند؛ اما ولایت پدر و مادر همچنان در جای خود باقی است و ساقط نمی‌شود (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲). واگذاری سرپرستی در موارد مزبور به صورت عقد لازم با شرط ضمن عقد لازم یا شرط خارج از عقد نیز امکان‌پذیر است (منتظری نجف‌آبادی، بی‌تا: ۳۷۷/۳). محمدی خراسانی سپردن طفل به دایه را از جمله موارد نیابت حضانت می‌داند:

«چون دایه و پرستار، مورد اطمینان‌اند، اجرای حضانت فرزند را به وکالت و تحت نظارت ابویین برای مدتی معلوم به عهده می‌گیرند» (محمدی خراسانی، بی‌تا: ۵۵۸/۵).

در این باره در شرح تبصرة المتعلمین آمده است که زن حق دارد شوهر را از آوردن دایه باز دارد و نگذارد که کسی غیر خودش، فرزند را شیر دهد، به شرط آنکه اجرت نخواهد و یا بیش از دیگران مطالبه نکند؛ و الا می‌توانند با توافق یکدیگر، حضانت فرزند را به پرستار یا پرورشگاه بسپارند (همان: ۲۲۶/۲). موارد فوق، حکایت از توافق ابویین در

زمان زوجیت افراد دارد و آثار آنها نیز همان محدوده را در بر دارد. اما در مواردی خاص، توافق زوجین در زمان زوجیت آنان آغاز می‌شود؛ ولی نتایج آن را تا زمان جدایی می‌توان مشاهده نمود. یکی از توافقاتی که به صورت عقد وکالت در باب امر حضانت، امکان انعقاد دارد، شرط وکالت در طلاق است. شرط وکالت در طلاق، با طلاق به عوض متفاوت است. در طلاق به عوض، زوجه حقوقی از خود را به زوج می‌دهد و در عوض از زوج می‌خواهد که او را طلاق بدهد. لذا وفق ماده ۱۱۱۹ ق.م.، زن می‌تواند با توافق زوج، در عقد ازدواج یا هر عقد لازم دیگری شرط کند که در صورت مشاهده هر گونه سوء رفتار با فرزندان او یا عدم تحقق شرط خویش، وکیل در توکیل باشد که پس از تحقق شرط در محکمه، با قبول حضانت فرزندان، از شوهر وکالت در طلاق داشته باشد (امامی، ۱۳۷۷: ۳۷۴/۴). با عنایت به شرط مذکور و توافق اولیة ابوبن در عقد نکاح، پس از تحقق شرط و حکم به تحقق شرط به نفع زن، وی می‌تواند از وکالتش استفاده کند و با تقبل حضانت فرزندان، خود را مطلقه سازد (فیاض، ۱۹۳۴: ۴۵۸)؛ همچنان که می‌تواند از طلاق نیز صرف نظر کند. چون این عقود، تابع اراده طرفین هستند. لذا منظور طرفین از شرط وکالت طلاق زوجه در ضمن عقد و تقبل حضانت فرزندان، طلاق غیر قابل رجوع (بائن) است (امامی، ۱۳۷۷: ۳۷۶/۴) و بدین وسیله اراده زن در امر طلاق نمایان‌تر است (همان: ۴۰/۵)؛ یعنی زن می‌تواند حضانت فرزندان را به واسطه عقد وکالت خود که در عقد ازدواج بسته است، از مرد در ضمن طلاق بخواهد (موسوی گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۲۵۷/۲).

### ۳-۱-۲. قرارداد صلح در باب حضانت فرزند

جوهر عقد صلح، نوعی تسالم است؛ هر چند نتیجه این تسالم، ایجاد، انتقال یا اسقاط حق باشد (پورمسجدیان و عباسی آبکناری، ۱۳۹۶: ۱۳۹). با این تعریف، قرارداد واگذاری حضانت می‌تواند در قالب عقد صلح منعقد شود؛ زیرا طی این قرارداد، در قبال واگذاری اجرای حضانت به والد دیگر، حقوقی اسقاط یا امتیازی به دیگری اعطا می‌شود و در نتیجه با ماهیت عقد صلح نیز منافات ندارد. مصالحه طرفین در باب حضانت دو حالت دارد:

## ۱-۳-۱-۲. صلح قبل از طلاق

در این مورد، مثلاً زوج یا زوجه (مُصالح) با طرف مقابل صلح می‌کند که در قبال عوض معین، حضانت طفل را به متصالح واگذار نماید. عده‌ای معتقدند:

«اگرچه صلح حقوق بلامانع است، ولی این حقوق باید جنبه مالی داشته باشند؛ مثل حق شفعه، انتفاع و...» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۸۱).

چون حضانت، اولاً حقی غیر مالی است و ثانیاً جنبه تکلیفی دارد، در نگاه اول، قابل مصالحه نیست؛ زیرا چیزی که قابل اسقاط نباشد، قابل مصالحه و نقل و انتقال هم نیست. همچنین وفق ماده ۷۵۴ ق.م.، صلح بر امر نامشروع باطل است و واژه نامشروع در این ماده که مقتبس از فقه است، به معنای خلاف قانون امری است (شمس، ۱۳۸۱: ۱۴۰/۱). لذا صلح بر حق حضانت، چه معوض و چه غیر معوض، باطل است و مسلماً عقد باطل اثری ندارد. چنین صلحی که طرفین، حق حضانت را موضوع صلح قرار داده و در صدد اسقاط یا انتقال خود حق هستند، باطل است. لذا باید گفت که چون حضانت، مطابق قانون مدنی، حق آمیخته با تکلیف است، نمی‌توان آن را موضوع عقود قرار داد؛ بلکه منظور از صلح در اینجا آن است که اجرای حق حضانت، توسط دارنده حق به دیگری واگذار گردد و اصل حق، مورد مصالحه قرار نمی‌گیرد. در استفتائات آیه‌الله بهجت آمده که در زمان زوجیت، زوجه می‌تواند با توافق زوج در قبال بذل تمام یا مقداری از مهریه، حضانت فرزندان دختر بالاتر از هفت سال خود را (بدون نفقه یا با نفقه فرزندان) بر عهده بگیرد (بهجت فومنی، ۱۴۲۸: ۶۷). لذا مادر با بذل، صلح و ابراء حقوق خود می‌تواند حضانت را دارا گردد.

## ۱-۳-۲-۲. صلح هنگام طلاق

در مواردی که زن مایل به طلاق است، برابر ماده ۱۱۴۶ ق.م. می‌تواند با دادن عوض به شوهر، موافقت وی را به انشاء طلاق جلب نماید. در طلاق به عوض، چون زن با دادن حقی از خود، رضایت شوهر را برای طلاق کسب می‌کند، نسبت به خلع و مبارات، وضع دگرگون است و می‌باید از ایقاع و اراده یک‌جانبه فاصله گرفت و به توافق اراده‌ها نزدیک شد. استقرای اجمالی بسیاری از فقها در باب ماهیت قراردادی



طلاق به عوض، دلیل بر مشروعیت آن دارد (ر.ک: سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۳۹۰؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۵۴/۲). طلاق به عوض می‌تواند به سه شکل منعقد گردد: صلح، جعاله و هبه معوض.

### ۱-۲-۳-۱-۲. در قالب عقد صلح

با توجه به ماهیت عقد صلح که مبتنی بر تسالم است و در فقه، به آن سیدالعقود می‌گویند، امکان انعقاد هر قراردادی در قالب این عقد مابین زوجین امکان‌پذیر است (اناری و دشتی، ۱۳۹۵: ۶). طلاق به عوض می‌تواند یکی از عوضین عقد صلح به حساب آید. ممکن است که یکی از طرفین در عوض صلح اجرای حق حضانت به طرف مقابل، خواستار طلاق از دیگری باشد. در نتیجه در تمایز با طلاق خلع، دو طرف بدون کراهت و بنا بر توافق، در ازای اسقاط حقی از خود و رسیدن منفعتی به طرف مقابل در عوض آن جدا می‌شوند. بنابراین زن به شوهرش می‌گوید: در ازای رسیدن این منفعت به تو، مرا طلاق بده، و سپس مرد با قبول آن حق، او را طلاق می‌دهد (قمی، ۱۴۲۷: ۴۹۸/۱). مکارم شیرازی می‌گوید:

«شوهر می‌تواند امر طلاق را منوط به انصراف قانونی همسر از حضانت فرزندان کند و حق شرعی خود را در مورد حضانت مطالبه کند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۶۲/۲).

### گلپایگانی نیز معتقد است:

«در صورت اختلاف شدید میان ابوين، آن‌ها می‌توانند توافق کنند که زن مهریه را به شوهر بذل می‌کند و از شوهرش طلاق می‌گیرد و در عوض، از فرزند مشترک حضانت نماید» (موسوی گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۴۶).

هرچند در این نوع طلاق، مرد در صورت توافق با زوجه می‌تواند در قبال بذل مهریه زوجه و سپردن حضانت فرزند خردسال برای همیشه به زوجه، وی را طلاق دهد. اما اگر مرد پس از ایام عده (یا چند سالی) که طفل هنوز صغیر است، تقاضای طفل نماید و زوجه نیز تقاضای مهر کند، در صورت توافق طرفین، امکان لغو قرارداد صلح اولیه وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲۶۵/۳). همچنین چنانچه ابوين بعد از طلاق توافق کنند که حضانت فرزندان را به شخص ثالثی واگذار کنند، چنانچه واگذاری مذکور در

عوض وجهی نباشد، امکان بازگشت آن‌ها وجود دارد؛ ولی اگر شرط ضمن عقدی مبنی بر صرف نظر کردن از حق حضانت لحاظ شده باشد، رعایت آن لازم است (بهجت فومنی، ۱۴۲۸: ۱۳۳/۴).

### ۲-۲-۳-۱-۲. جعالة

جعالة از عقودی است که می‌تواند توجیه‌گر ماهیت طلاق به عوض باشد. جعالة شرعاً صیغه‌ای است که نتیجه آن، به دست آوردن منفعت در مقابل عوضی است؛ بدون اینکه علم به عمل و مزد شرط باشد (عاملی جبعی، ۱۳۷۶: ۱۸۳/۲). در جعالة، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل مردد و کیفیات آن هم نامعلوم باشد (همو، ۱۴۱۳: ۱۴۷/۱۱). در باب ماهیت جعالة، دو دیدگاه وجود دارد. عده‌ای از فقهای شیعه، جعالة را به دلایلی چون قائم به یک طرف بودن و عدم نیاز به قبول (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۱۴/۱۹) و نیز به دلیل حکم دادن به التزام بر جاعل از سوی عقلا (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۳۲/۳)، در شمار ایقاعات می‌دانند و تحقق آن را نیازمند قبول عامل نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۵/۳۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۱۶/۲). اما از دید عده‌ای دیگر، «صیغَةُ جعالة، دلالت هر لفظ بر اذن در عمل، در مقابل عوضی است که به آن ملتزم می‌گردد» (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۸۵) و برخی بعد از ابراز عقدی بودن جعالة، آن را جایز (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۹۸)، برخی آن را عقد اذنی (همان) و برخی عهدی تعلیقی نامیده‌اند (حسینی، بی‌تا: ۱۲۳). امکان انعقاد قرارداد جعالة در باب اجرای حضانت، هم در زمان زناشویی و هم در زمان جدایی والدین (حتی با شخص ثالث) وجود دارد. در زمان طلاق، برخی فقیهان فدیة را به عنوان جعل در جعالة پذیرفته‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۹۷/۳)؛ بدین معنا که حضانت می‌تواند عوضی معلوم باشد که به عنوان جعل در ماهیت جعالة قرار گیرد و محوریت جدایی طرفین را به خود اختصاص دهد. لذا مادر بچه می‌تواند مبلغی (نامعلوم) را به پدر بدهد تا حضانت فرزند را به او واگذار کند و مخارج بچه را نیز متعهد گردد. از نگاه امام خمینی، این توافقات اغلب زمانی صورت می‌گیرد که طفل به سنی رسیده که در حضانت پدر قرار دارد. لذا اگر پدر از تعهد خود برگردد، مادر حق ندارد مخارجی را که انجام داده است، مطالبه کند؛ اما حق

مطالبه پولی را که در قبال حضانت به پدر داده است، دارد؛ یعنی مقتضای لغو قرارداد، عودت حضانت و وجه می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۳۸۱: ۲۵۷/۲). مثلاً زن بیان می‌دارد که سود بانکی یک سال سپرده‌اش را در قبال طلاق و اعطای حضانت توسط زوج به زوج می‌بخشد. اگرچه ممکن است که سود بانکی در ابتدای قرارداد زوجین مشخص نباشد، اما چون در جعاله، مشخص بودن جعل لازم نیست، عقد جعاله صحیح است. از آنجا که عقد جعاله، ماهیتی جایز دارد، همیشه این نگرانی وجود خواهد داشت که عامل در حین نگهداری و انجام عمل، قرارداد را فسخ نماید که ممکن است مصلحت طفل به خطر افتد. لذا اگرچه امکان فسخ قرارداد توسط عامل وجود دارد، اما عامل، امین محسوب می‌گردد و عمل وی نباید به گونه‌ای باشد که غبطه طفل را دچار آسیب نماید. علاوه بر مسئولیت مدنی و حتی کیفری عامل، می‌توان عقد جعاله را در ضمن عقد لازم شرط نمود و یا حق فسخ عامل را تا پایان مدت قرارداد از وی سلب کرد. این رویکرد جهت حمایت از طفل امکان‌پذیر است.

#### ۳-۱-۲-۳-۲. هبه معوض

از جمله عقودی که می‌تواند در قالب طلاق به عوض باشد، هبه با شرط عوض است. عوض در هبه با شرط عوض، ماهیت مجانی بودن عقد هبه را تغییر نمی‌دهد؛ یعنی عوض در هبه معوض، در مقابل مال موهوب قرار نمی‌گیرد، بلکه شرط در تملیک مجانی است و می‌توان گفت که هبه در مقابل هبه است (امامی، ۱۳۷۷: ۳۸۹/۲). در نتیجه می‌توان گفت که زوج کلیه حقوق مالی خود را به زوج هبه می‌نماید و همسر قبول می‌کند (مفید، ۱۴۱۴: ۶۵۸؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۰۸/۲)؛ مشروط بر اینکه زوج، حضانت طفل را به زوج واگذار نماید. در اینجا، واگذاری حضانت به عنوان شرط ضمن عقد هبه مطرح شده و چون اجرای حضانت مذکور در قبال هبه حقوق مالی زوج صورت گرفته است، هبه مذکور صحیح است. از طرفی چون هبه به صورت معوض بوده است (اگرچه عوض دار بودن، ذات هبه را تغییر نمی‌دهد)، لذا هبه غیرقابل رجوع تلقی می‌گردد. این در حالی است که هبه خود حق حضانت، جایگاه حقوقی ندارد. در توضیح این امر باید گفت از آنجا که عینیت از عناصر اصلی عقد هبه است و

حتی حقوق مالی یا طلب فی‌الذمه بدهکار، قابل هبه نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷/۳۰۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۸۱/۲) و همچنین بعضی فقها مانند شیخ انصاری، انتقال و هبه برخی حقوق مالی مثل حق شفعه را هم باطل می‌شمرند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۷/۹)، لذا هبه حق حضانت، جدا از اینکه حقی غیر مالی و همراه با تکلیف است، اصولاً از شمول تعریف ماده ۷۹۵ ق.م. خارج است. در نتیجه چون مسئله، سالبه به انتفاء موضوع است، بحث هبه حق حضانت، جایگاه حقوقی ندارد.

## ۲-۲. آثار قراردادهای در باب حضانت میان والدین

بر اساس اصل حاکمیت اراده، طرفین با توافق می‌توانند اجرای حق حضانت را به یکدیگر یا به ثالث (حقیقی یا حقوقی) منتقل کنند. اگر قرارداد وکالت منعقد شده باشد (ماده ۱۸۶ ق.م.)، طرفین قرارداد می‌توانند هر زمان بدون تشریفات، آن را منحل کنند؛ مگر آنکه وکالت در ضمن عقد لازمی باشد. در عقد اجاره، با انعقاد قرارداد، مفاد آن لازم‌الاجراست و طرفین توافق، حق بر هم زدن قرارداد را ندارند؛ مگر آنکه حق فسخ برای یکی از طرفین لحاظ شده باشد یا اقاله صورت گیرد. در عقد صلح نیز چنین است. در قرارداد جعاله با توجه به ماهیت قرارداد، امکان فسخ توسط طرفین وجود دارد و عامل می‌تواند هزینه امور را تا جایی که انجام داده، مطالبه کند؛ مگر آنکه حق فسخ ساقط گردد یا نگهداری از فرزند، ضمن عقد لازمی شرط شده باشد. زمانی مسئله ابطال، فسخ یا انفساخ توافق بین والدین مهم‌تر می‌شود که توافقات مذکور، جنبه رسمی و قابل اثبات داشته باشند؛ وگرنه بار اثبات با والدی است که حضانت ابتدا به او واگذار، و سپس از وی گرفته شده است.

## نتیجه‌گیری

عده‌ای معتقدند که حضانت برای والدین ذاتاً حق است و این حق، گاه با حق طفل در تراحم قرار می‌گیرد. لذا قانون‌گذار جهت حفظ مصلحت طفل در صورت امتناع والدین، آن را تکلیف نیز تلقی کرده است؛ اما زمان حق و تکلیف واحد نیست. بر همین اساس، برخی از حقوق‌دانان معتقدند که حضانت، برای دیگران حق است.

بنابراین باید قائل به صحت قراردادهای واگذاری حضانت بود؛ یعنی باید پذیرفت که والدین می‌توانند حق حضانت را به طرف دیگر یا ثالث انتقال دهند. اما به نظر می‌رسد که با تصریح ماده ۱۱۶۸ ق.م. مبنی بر دوگانگی ماهیت حضانت از حیث حق و تکلیف بودن، موضوع توافقات در باب حضانت، خود حضانت نیست، بلکه اجرای حق مذکور است؛ زیرا منظور از حق بودن برای والدین آن است که کسی نمی‌تواند مانع اجرای حق آن‌ها گردد؛ نه اینکه والدین با داشتن این حق، نگهداری طفل را رها نمایند. در نتیجه هر دو جنبه حق و تکلیف وجود دارد و موضوع قراردادهای واگذاری، مسلماً اجرای این حق خواهد بود. قراردادهای مذکور، بسته به زمانشان می‌توانند بین والدین و یا مابین والدین و اشخاص ثالث، مؤسسه مددکاری اجتماعی، مؤسسه‌های خصوصی و... منعقد گردند. یکی از آن‌ها، عقد اجاره است که به دو صورت پرداخت اجرت به مادر و یا استخدام اشخاص (سپردن کودک به مهد کودک و یا استخدام پرستار) امکان‌پذیر است. همچنین چون عقد وکالت، خاص امور مالی نیست و می‌تواند مشمول امور غیر مالی از جمله حضانت گردد، اعطای وکالت به فردی واجد صلاحیت اشکالی ندارد. از طرفی چون در مقابل واگذاری حق حضانت به والد دیگر، حقوقی اسقاط یا امتیازی به دیگری اعطا می‌شود، لذا با ماهیت عقد صلح نیز منافاتی ندارد. صلح بر حق حضانت جایز نیست و باطل است؛ اما اگر موضوع صلح، تنها اجرای حق مذکور باشد، صلح نافذ است. هبه حق حضانت سواى اینکه حقی غیر مالی و همراه با تکلیف است، از شمول تعریف ماده ۷۹۵ ق.م. خارج است و جایگاه حقوقی ندارد؛ ولی در باب هبه به شرط عوض امکان‌پذیر است. در باب عقد جعاله، اگر والدین در قبال نگهداری طفل توافق نمایند که اجرتی (جعل) را به عامل بدهند و این اجرت مشخص نباشد یا ایجاب برای شخص خاصی نباشد، می‌تواند جعاله منعقد گردد و حتی اگر ایجاب برای شخصی خاص باشد، اما جعل به صورت تفصیلی معین نباشد، جعاله امکان‌پذیر است. در حوزه آثار این توافقات، اگر به هر نحوی، امکان اجرای توافق منعقد به وجود نیاید یا در میانه راه به واسطه مانعی، کأن لم یکن گردد، چنانچه توافق در قبال عوض معینی بوده باشد، در صورت اعاده اجرای حق، عوض قرارداد باید اعاده گردد.

کتاب شناسی

۱. ابن حجر هیتمی، احمد بن محمد بن علی، *تحفة المحتاج فی شرح المنهاج*، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، ۱۳۵۷ ق.
۲. ابن عابدین، محمد امین، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۲ ق.
۳. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، تحقیق جمال الدین میردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۵. ابن نجیم حنفی، زین الدین، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، قاهره، دار الكتاب الاسلامی، بی تا.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسيلة النجاة*، قم، چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ ش.
۷. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۷۷ ش.
۸. اناری، محسن، و رحمت دشتی، «ماهیت عقد صلح در قانون مدنی ایران»، دومین کنفرانس بین المللی مهندسی و علوم کاربردی، دبی، مدیران ایده پرداز، ۱۳۹۵ ش.
۹. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المكاسب*، قم، آل البيت، ۱۴۱۵ ق. (الف)
۱۰. همو، *کتاب المكاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق. (ب)
۱۱. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیة المكاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۱۲. ایزدی فرد، علی اکبر، رزاق ادبی فیروزجایی، احمد مرتاضی، و محمد مهدی زارعی، «درخواست اجرت بر حضانت از نگاه فقه اسلامی»، *مطالعات زن و خانواده*، دوره چهارم، شماره ۱ (پیاپی ۷)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۳. بجیرمی شافعی، سلیمان بن محمد بن عمر، *تحفة الحبيب علی شرح الخطیب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۴۰ ق.
۱۴. بهجت فومنی، محمدتقی، *استفتانات*، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۸ ق.
۱۵. پورمسجدیان، فاطمه، و فرانک عباسی آبکناری، «سیاست گذاری نظام حقوقی ایران در قبال توافقات ابوبن بر سر حق حضانت»، *مطالعات زن و خانواده*، دوره پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۱۶. تهانوی، محمدعلی بن علی، *موسوعة کشف اصطلاحات الفنون والعلوم*، تحقیق رفیق العجم، بیروت، مکتبة لبنان ناشرون، ۱۹۹۶ م.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۱۸. جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ ق.
۱۹. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیة*، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت، دار العلم، ۱۴۰۴ ق.
۲۰. حاجی عزیزی، بیژن، محمد مولودی، و راضیه حسنخانی، «نوآوری ها و چالش های حق حضانت زنان در پرتو قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱»، *فصلنامه مطالعات راهبردی زنان*، دوره هجدهم، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۲۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.

۲۲. حسنی، هاشم معروف، نظریة العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، مکتبه هاشم، بی تا.
۲۳. حسینی روحانی قمی، سید محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۲۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۵. خورسندیان، محمدعلی، و حایه ذاکری نیا، «اواکوی اراده، قصد و رضا در فقه اسلامی و حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۱، زمستان ۱۳۸۸ ش.
۲۶. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۲ ش.
۲۷. زحیلی، وهبه بن مصطفى، الاسرة المسلمة فی العالم المعاصر، دمشق، دار الفکر، ۱۴۱۸ ق.
۲۸. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام الطلاق فی الشریعة الاسلامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. سید هاشمی، سید محمد اسماعیل، «بررسی حق و حکم در حضانت، نفقه و رجوع در طلاق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره هفدهم، شماره ۶۷، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۳۰. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران، دراک، ۱۳۸۱ ش.
۳۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۳۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۸ ق.
۳۴. طباطبایی حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، تهران، المکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
۳۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، نجف، جامعه النجف، ۱۳۷۶ ق.
۳۸. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول العربیه، قم، کتاب فروشی مفید، ۱۴۱۰ ق.
۴۰. عراقی، عزت الله، حقوق کار، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ش.
۴۱. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ابصاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۴۳. فیاض، محمد اسحاق، توضیح المسائل آیه الله فیاض، قم، مجلسی، ۱۹۳۴ م.
۴۴. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۵. همو، رسائل المیزان القمی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۴۶. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۴۷. کریمی، عباس، و الهه محسنی، «موانع اجرای حضانت در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و هفتم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ ش.
۴۸. مجموعه پاسخ و پرسش کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی، تهران، دفتر آموزش دادگستری جمهوری اسلامی، ۱۳۶۳ ش.

۴۹. محمدی خراسانی، علی، شرح تبصرة المتعلمین، بی جا، بی نا، بی تا.
۵۰. مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، چاپ دهم، بیروت، دار التیار جدید - دار الجواد، ۱۴۲۱ ق.
۵۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقنعه، بیروت، دار المفید، ۱۴۱۴ ق.
۵۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۵۳. مکارم شیرازی، ناصر، استفتانات جدید، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۷ ق.
۵۴. منتظری نجف آبادی، حسینعلی، رساله استفتانات، قم، بی نا، بی تا.
۵۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، استفتانات، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۸۱ ش.
۵۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، اجود التقریرات، تقریر دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، مصطفوی، ۱۳۶۸ ش.
۵۷. همو، منهاج الصالحین، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۰ ق.
۵۸. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۹. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، قم، مؤسسه دار القرآن، ۱۳۶۴ ش.
۶۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۱. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منیه الطالب فی شرح مکاسب، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۶۲. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، تحریرالمجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.