

کنوانسیون جنبه‌های مدنی کودک‌ربایی بین‌المللی و سنجش میزان سازگاری آن با قوانین موضوعه ایران

سعید نظری توکلی* مهدیه حمزه قصاب‌سرایي**

چکیده

به رسمیت شناختن حق کودک در بازگشت به محل سکونت خود اصلی‌ترین مؤلفه کنوانسیون جنبه‌های مدنی کودک‌ربایی بین‌المللی است. از آنجا که در این کنوانسیون حق تحفظ برای کشورهای عضو وجود ندارد، بر آن هستیم با تحلیل محتوایی مواد کنوانسیون به این پرسش پاسخ دهیم که مفاد آن تا چه اندازه با مبانی حقوقی ناظر به جرم آدم‌ربایی، حضانت کودکان، تعیین محل اقامت کودکان و انتقال کودکان در قوانین موضوعه ایران سازگار است؟ یافته‌های پژوهش حاضر که به روش توصیفی تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای انجام شده نشان می‌دهد درک یکسانی از مفهوم «انتقال غیرقانونی کودک»، «نگهداری غیرقانونی»، «حضانت کودک»، «سن کودکی»، «حق انتخاب کودک در برابر حق ولی قهری»، «جایگاه اشخاص حقوقی در حضانت کودک» میان کنوانسیون و نظام حقوقی ایران وجود ندارد. پیوستن به کنوانسیون از آن جهت که حق رسیدگی به دعاوی اتباع ایرانی در تعیین محل زندگی کودک را به مراجع قضایی غیرایرانی واگذار کرده و به این مراجع حق تفسیر و بررسی میزان انطباق خواسته افراد را با قوانین ایران می‌دهد با اصول قانون اساسی و قوانین عادی ناسازگار است.

واژگان کلیدی: ایران، کودک، کنوانسیون، کودک‌ربایی، کنوانسیون جنبه‌های مدنی کودک‌ربایی بین‌المللی.

* گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، دانشگاه تهران، تهران،

iran@sntavakkoli@ut.ac.ir

** گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران

mahdieh.hamze@yahoo.com

سرآغاز

کنوانسیون جنبه‌های مدنی کودک‌ربایی بین‌المللی^۱ در ۲۵ اکتبر ۱۹۸۰ به تصویب رسید و دارای شش فصل (دامنه شمول کنوانسیون؛ مراجع مرکزی؛ بازگشت کودکان؛ حقوق دسترسی؛ مقررات کلی؛ مقررات پایانی) و ۴۵ ماده است. در مقدمه کنوانسیون تأکید شده که کشورهای امضاکننده با اعتقاد به اهمیت منافع حضانت کودکان، به منظور محافظت از کودکان در برابر آثار زیان‌آور انتقال یا نگهداری غیرقانونی آن‌ها و ایجاد رویه برای بازگشت سریع‌شان به کشور محل اقامت خود، این کنوانسیون منعقد شده است. در ماده ۱ نیز دو هدف برای این کنوانسیون بیان شده است: ۱- تأمین بازگشت سریع کودکانی که به صورت غیرقانونی به یکی از کشورهای متعهد انتقال یا در آن نگهداری می‌شوند؛ ۲- تضمین این‌که حق حضانت و دسترسی بر اساس قانون یک کشور به شکل مؤثر در دیگر کشورهای متعهد نیز محترم شمرده می‌شوند.

از نکات برجسته این کنوانسیون، توجه به حق کودکان در بازگشت به محل سکونت خود است. بنا به هدف دوم کنوانسیون، کشورهای عضو می‌بایست به قوانین یکدیگر در حوزه حضانت احترام بگذارند؛ همچنین ماده ۲ کنوانسیون مقرر کرده است که کشورهای عضو می‌بایست تمام اقدام‌های لازم را برای اجرای اهداف کنوانسیون در قلمرو سرزمینی خود انجام دهند؛ از این رو، ضروری است مشخص شود آیا جمهوری اسلامی ایران پس از پیوستن به این کنوانسیون می‌تواند بر اساس قانون اساسی، قانون مدنی و دیگر قوانین ناظر به سرپرستی و نگهداری کودکان، به تعهدهای آن پایبند بماند، هرچند این تعهدها با مبانی قانونی سرزمینی ایران ناسازگار باشد؟ یافتن پاسخ برای این پرسش از آن جهت اهمیت دارد که در این کنوانسیون، حق تحفظ (پذیرش مشروط) برای کشورهای عضو وجود ندارد؛ پیوستن به کنوانسیون به معنای اجرای تمام مفاد آن است.

1. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (1980)

در این پژوهش بر آن هستیم تا با تحلیل محتوایی مواد کنوانسیون، میزان سازگاری آن را با مبانی حقوقی ناظر به جرم آدم‌ربایی، حضانت کودکان، محل اقامت کودکان، انتقال کودکان بسنجیم. همچنین، گرچه از زمان تصویب کنوانسیون ۴۰ سال می‌گذرد و کشورهای عضو سال‌ها از مزایای آن به سود کودکان بهره برده‌اند؛ اما طرح دیر هنگام آن از این جهت توجیه‌پذیر است که الگویی در تحلیل حقوقی دیگر کنوانسیون‌هایی ارائه دهد که قرار است دولت ایران به آن‌ها بپیوندد (شهبازی و قربانپور، ۱۳۹۶: ۴۸۱-۵۰۵). عدم بررسی همه‌جانبه آثار پیوستن به معاهدات بین‌المللی و زیرساخت‌های حقوقی آن، سبب می‌شود تا این پیوستن نه تنها موجب ارتقای سطح خدمات حقوقی به شهروندان ایرانی و ایجاد همگرایی با نظام حقوقی بین‌الملل نشود، بلکه به واسطه تعارض یا عدم سازگاری مفاد آن‌ها با نظام حقوقی ایران که برآمده از آموزه‌های فقه امامیه است، مشکلات فراوانی نیز برای کشور ایجاد کند؛ نظیر آنچه در مفهوم کودک، مفهوم خانواده، محدوده آزادی‌های جنسی زن و مرد (هم‌جنس‌گرایی)، مفهوم حقوق بشر، مشروعیت مجازات اعدام و مواردی از این دست رخ داده است. از این‌رو، در این مقاله تلاش شده است تا با طبقه‌بندی محتوایی مفاد کنوانسیون جنبه‌های مدنی کودک‌ربایی بین‌المللی به ترتیب مواد آن، میزان سازگاری آن را با نظام حقوقی ایران بسنجیم. ابتدا عنوان کنوانسیون مورد بازپژوهشی قرار گرفته تا نشان داده شود که هرچند عنوان کنوانسیون ناظر به حقوق کیفری (آدم‌ربایی) است، ولی محتوای آن مرتبط با مسائل حقوق مدنی ناظر به حضانت کودکان است. سپس نسبت میان مفاهیم «کودک»، «حضانت»، «انتقال غیرقانونی کودک»، «نگهداری غیرقانونی کودک»؛ همچنین «تشریفات احراز غیرقانونی بودن انتقال و نگهداری کودک» در کنوانسیون و نقدهای وارد بر آن در نظام حقوق ایران مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

۱. مفاهیم و مبانی

در بحث مفاهیم، سه اصطلاح پُربسامد در کنوانسیون، یعنی کودک‌ربایی بین‌المللی، کودک و حضانت را از نظر مفهومی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱. کودک‌ربایی بین‌المللی

عنوان کنوانسیون، «کودک‌ربایی بین‌المللی» است؛ اما موضوع کنوانسیون انتقال یا نگهداری غیرقانونی کودکان در غیر از محل اقامت متعارف آنهاست. اگر به‌عنوان کنوانسیون پایبند بمانیم، «کودک‌ربایی» را باید یکی از مصادیق جرم آدم‌ربایی بدانیم. «آدم‌ربایی» از جمله جرائم علیه شخصیت معنوی افراد است که به حق «آزادی شخصی» آسیب رسانده و با وجود مشابهت مفهومی در سلب آزادی از یک انسان با سازه‌های حقوقی مجاور خود، یعنی «حبس غیرقانونی»، «گروگان‌گیری» و «قاچاق انسان»، از نظر شرایط، اجزاء و ارکان تشکیل‌دهنده جرم، تفاوت‌هایی با آنها دارد.

در نظام حقوقی کامن‌لا آدم‌ربایی عبارت است از: «ربودن انسان و نقل غیرقانونی مکان او از محلی به محل دیگر و برخلاف میل و اراده او» به‌منظور باج‌خواهی یا پاداش؛ فراهم کردن امکان ارتکاب جنایت نسبت به مجنی‌علیه؛ ایراد صدمات جسمانی یا ترور قربانی یا دیگری و مداخله در اقدام‌های حکومتی یا سیاسی. حقوق‌دانان معاصر بجای انتقال از یک کشور به کشور دیگر، انتقال اجباری فرد از یک مکان به مکان دیگر بدون رضایت وی را آدم‌ربایی می‌دانند (حبیب‌زاده و رحیمی‌نژاد، ۱۳۸۳: ۴۶-۴۹). از این رو، آدم‌ربایی در برابر «آزادی تن» قرار دارد؛ یعنی: «آزادی بدنی هر فرد که بتواند از هر نقطه کشور به نقطه دیگر آن، مسافرت کرده یا نقل مکان دهد یا از کشور خود خارج شده و به آن مراجعت کند و از توقیف بدون جهت، مصون باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۳۱).

دو جرم آدم‌ربایی و قاچاق انسان در عنصر «انتقال غیرقانونی» همپوشانی دارند. بنا به تعریف سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴ قاچاق زنان عبارت است از: «انتقال

غیرقانونی و مخفیانه اشخاص از مرزهای ملی ... با هدف نهاییِ واداشتن زنان و دختران به پذیرش وضعیت‌های بهره‌کشانه و ستمگرانه از لحاظ جنسی و تجاری، برای سود به‌کارگیرندگان، قاچاقچیان و سندیکا‌های جنایتکار و نیز دیگر فعالیت‌های مرتبط با قاچاق، نظیر کار خانگی اجباری، ازدواج دروغین، استخدام مخفیانه و فرزندخواندگی دروغین» (اشتری، ۱۳۸۰: ۲۰). همچنین در ماده سوم «پروتکل پیشگیری، سرکوب و مجازات قاچاق اشخاص، به‌ویژه زنان و کودکان»، مصوب سال ۲۰۰۰ آمده است: «قاچاق، شامل استخدام، انتقال و جابجایی، پناه دادن یا گرفتن اشخاص با تهدید یا کاربرد زور یا دیگر اشکال تحمیل، آدم‌ربایی، تقلب، فریب، سوءاستفاده از قدرت یا موقعیت، دریافت و پرداخت و منافع، برای کسب رضای فردی که بر شخص دیگری کنترل دارد، به‌منظور بهره‌کشی جنسی، کار و خدمات اجباری، بردگی یا رویه مشابه آن، بیگاری یا برداشتن اندام‌های بدن» (موثقی و اسفندیاری، ۱۳۸۷: ۲۸۷ - ۳۱۲).

از نظر رکن مادی، رفتار مجرمانه آدم‌ربایی بر پایه فعل مثبت مادی و خارجی استوار است. فعل مثبت این جرم، «ربودن» است که مستلزم استیلا بر انسان و جابجایی او از محلی به محل دیگر از راه‌های مختلفی مثل زور، تهدید یا حیله است (حبیب‌زاده و رحیمی‌نژاد، ۱۳۸۳: ۴۶). با توجه به عمدی بودن جرم آدم‌ربایی، داشتن سوءنیت عام، یعنی «قصد استیلا و ربودن انسان» و سوءنیت خاص، یعنی «قصد انتقال دادن فرد از محلی به محل دیگر» و آگاهی رباینده از وجود یک انسان زنده، ضروری است (حبیب‌زاده و شریفی، ۱۳۹۱: ۴۳-۱۹). برابر بند ۱ ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ مجمع عمومی سازمان ملل که در سال ۱۳۵۳ به تصویب مجلس شورای ملی ایران نیز رسیده است: «هرکس حق آزادی و امنیت شخصی دارد. هیچ‌کس را نمی‌توان خودسرانه (بدون مجوز) دستگیر یا بازداشت (زندانی) کرد. از هیچ‌کس نمی‌توان سلب آزادی کرد، مگر به جهات و طبق آیین دادرسی مقرر به حکم قانون» (شاکریان و دیگران، ۱۳۷۶، ج ۳: ۵۳۵). برابر بند ۸ از قسمت «الف» ماده ۸ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، «گروگان‌گیری» یک جنایت جنگی محسوب می‌شود و صلاحیت رسیدگی به آن در

دیوان است. همچنین، برابر بند «الف» قسمت ۱ ماده ۲ قانون مربوط به «کنوانسیون راجع به جلوگیری و مجازات جرائم علیه اشخاص مورد حمایت بین‌المللی از جمله مأمورین سیاسی» مصوب ۱۳۵۷/۰۲/۲۶: «قتل و ربودن یا نوعی دیگر حمله علیه شخص یا آزادی شخصی مورد حمایت بین‌المللی» جرم بوده و قابل مجازات است. قانون‌گذار ایران در ماده ۶۲۱ قانون مجازات اسلامی در جرم‌انگاری آدم‌ربایی مقرر داشته است: «هر کس به قصد مطالبه وجه یا مال یا به قصد انتقام یا به هر منظور دیگر به عنف یا تهدید یا حيله یا به هر نحو دیگر شخصاً یا توسط دیگری شخصی را بر باید یا مخفی کند، به حبس از پنج تا پانزده سال محکوم خواهد شد. همچنین در ماده ۶۳۱ همین قانون درباره جرم کودک‌ربایی آمده است: «هرکس طفلی را که تازه متولد شده است، بدزدد یا مخفی کند یا او را به جای طفل دیگری یا متعلق به زن دیگری غیر از مادر طفل قلمداد کند، به شش ماه تا سه سال حبس محکوم خواهد شد».

نقد و بررسی

کودک‌ربایی بین‌المللی یا قاچاق کودک، عملی فریبکارانه است که با اهداف خاصی انجام می‌شود؛ اما در هیچ‌یک از مواد کنوانسیون، مسئله کودک‌ربایی به‌عنوان عملی مجرمانه مطرح نبوده، تنها انتقال کودک به خارج از قلمرو سرزمینی محل سکونت او یا نگهداری از وی در کشور دیگر موضوع گفتگو است؛ هیچ تکلیفی هم درباره مجازات آدم‌ربا نیست و محور اصلی آن، استرداد کودک به محل زندگی اصلی او به‌عنوان یک عمل حقوقی است.

در انتقال یا نگهداری غیرقانونی کودکان در یک کشور، همیشه عنصر مادی و معنوی جرم آدم‌ربایی وجود ندارد و موضوع مواد ۶۲۱ و ۶۳۱ قانون مجازات اسلامی تحقق پیدا نمی‌کند، زیرا عناوین «دزدیدن»، «اختفاء» و «بجای کودک دیگری تلقی کردن»؛ همچنین «قصد مطالبه وجه»، «قصد مطالبه مال»، «قصد انتقام» و استفاده از روش «عنف»، «تهدید» و «حيله» مؤثر نیستند. به این ترتیب عنوان کنوانسیون فاقد

جایگاه قانونی در نظام کیفری ایران است؛ پیوستن ایران به آن وابسته به مفهوم‌سازی جدید در ادبیات حقوقی است. همچنان که مؤلفه‌های مؤثر در تحقق جرم آدم‌ربایی در نظام کیفری بین‌المللی مانند «تهدید»، «کاربرد زور»، «تقلب»، «فریب»، «سوءاستفاده از قدرت یا موقعیت»، «دریافت و پرداخت»، «بهره‌کشی جنسی»، «کار و خدمات اجباری»، «بردگی»، «بیگاری»، «برداشتن اندام‌های بدن»، «ازدواج دروغین»، «استخدام مخفیانه»، «فرزندخواندگی دروغین» هم در آن دیده نمی‌شود. عمل انتقال یا نگهداری غیرقانونی کودکان، معمولاً توسط یکی از پدر یا مادر پس از طلاق و بدون اجازه دیگری یا سایر خویشاوندان نسبی یا سببی انجام می‌شود و نه توسط قاچاقچیان و سندیکاهای جنایتکار. از این رو، عنوان کنوانسیون و محتوای آن سازگاری مناسبی با هم ندارند؛ عنوان عام و محتوا خاص است.

۱-۲. مفهوم کودک

بر اساس ماده ۴ کنوانسیون، پایان سن کودکی شانزده سالگی است و پس از آن، کنوانسیون درباره او اعمال نمی‌شود. بر این اساس، عنوان کودک از زمان تولد تا رسیدن به شانزده سالگی قابل انطباق است. واژه «طفل» به فرزند انسان اطلاق می‌شود که به بلوغ نرسیده است و به همین جهت گاه آن را با واژه «صغیر» معنا می‌کنند (فراهیدی، ۱۴۱۰ ق: ۴۲۸). با توجه به افزایش رشد ادراکی کودک پس از تولد، هرگاه کودک به قدرت تشخیص بد از خوب یا سود از زیان برسد به او «طفل ممیز» گفته می‌شود. هرچند نمی‌توان برای رشد ادراکی - شناختی فرد سن خاصی را تعیین کرد، ولی در متون فقهی از هفت تا ده سالگی به عنوان سن تمیز یاد شده است (حلی، ۱۴۱۴ ق: ۳۳۵-۳۳۶). در صورتی که کودک به بلوغ جنسی نزدیک باشد از او با عنوان «طفل مراهق» یاد می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق: ۱۳۰). به این ترتیب، بلوغ پایان سن کودکی است که شخص با رسیدن به آن، افزون بر مسئولیت مدنی و کیفری نسبت به اقدامات خود، مسئولیت عبادی نیز در برابر تکالیف الهی پیدا می‌کند.

۱-۲-۱. کودک در اسناد بین‌المللی

ماده یک کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ با استفاده از واژه «Juvenile» هجده سالگی را مرز میان کودکی و بزرگسالی می‌شناسد؛ مگر اینکه بر اساس قانون قابل اعمال در مورد کودک، سن قانونی کمتری تعیین شده باشد. در بند الف بخش دوم شماره یک مقررات سازمان ملل متحد برای حمایت از نوجوانان محروم از آزادی مصوب ۱۹۹۰، نوجوان هر شخص کمتر از ۱۸ سال است. بند ۵ ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ بیان می‌دارد: حکم اعدام در مورد جرائم ارتكابی اشخاص کمتر از ۱۸ سال صادر نمی‌شود. در ماده ۲ مقاوله نامه «بدترین اشکال کار کودکان» مصوب ۱۹۹۹، اشخاص زیر ۱۸ سال را کودک قلمداد کرده است. در مقدمه پروتکل منضم به کنوانسیون حقوق کودک درباره به‌کارگیری کودکان در مناقشات مسلحانه مصوب ۲۰۰۰ اظهار می‌دارد: ثبت‌نام و سربازگیری کودکان زیر ۱۵ سال و استفاده از آن‌ها برای شرکت در فعالیت‌های خصمانه، جنایت جنگی است (عباسی سرمدی و زنگی اهرمی، ۱۳۹۴: ۲۴-۲۷). بنا به ماده ۱ میثاق اسلامی حقوق کودک مصوب ۲۰۰۵ کنفرانس سران کشورهای اسلامی، کودک انسانی است که به سن بلوغ نرسیده باشد (مصفا و داور، ۱۳۹۱: ۱۴۳).

۱-۲-۲. کودک در قوانین ایران

به موجب تبصره ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۰ طفل کسی است که به بلوغ شرعی نرسیده است؛ اما بر اساس مواد ۸۸-۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ کودکی و نوجوانی به چهار دوره تقسیم می‌شود: از تولد تا ۹ سالگی، ۹ تا دوازده سالگی، دوازده تا پانزده سالگی و پانزده تا هجده سالگی؛ اما بنا به تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و ماده ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی، سن بلوغ در پسر پانزده و در دختر ۹ سال تمام قمری است؛ بنابراین، هرچند ملاک خروج از مرحله کودکی،

بلوغ شرعی است، ولی افرادی که کمتر از هجده سال دارند، نوجوان به حساب آمده، می‌توانند نسبت به برخی از اعمال خود مسئولیت داشته باشند.

۱-۲-۳. کودک در فقه اسلامی

اتفاق نظری میان فقهای در مورد سن بلوغ نیست (نظری توکلی و مصلح، ۱۳۹۱: ۱۹۳-۱۷۵). از نظر مشهور فقهای حنفی نشانه‌های بلوغ از سن دوازده سالگی برای پسران و نه سالگی برای دختران آغاز و بلوغ کامل در هجده سالگی برای پسران و هفده سالگی برای دختران تحقق پیدا می‌کند (مرغینانی، بی‌تا: ۲۴۱)؛ برخی نیز با یکسان‌انگاری سن بلوغ در دختر و پسر، پانزده سالگی را معیار تحقق بلوغ برای هر دو دانسته‌اند (بابرتی، بی‌تا: ۲۷۰). با وجود احتمال‌های مختلف برای سن کمال بلوغ، مشهور فقهای مالکی بر هجده سال برای پسر و دختر تأکید دارند (خرشی، بی‌تا: ۲۲۱). از نظر فقهای شافعی، سقف سن بلوغ دختر و پسر، پانزده و کف آن برای پسر ده و برای دختر نه سال تعیین شده است (شافعی، ۱۳۲۳ ق: ۲۲۰). حنابله انتهای سن بلوغ را پانزده و آغاز آن را برای دختر نه و برای پسر ده سال دانسته‌اند (مرداوی، ۱۴۱۹ ق: ۳۲۰). بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه، سن بلوغ برای پسر پانزده و برای دختر نه سال قمری است (نجفی، ۱۴۰۴ ق: ۱۳ و ۱۶).

به این ترتیب، پیوستن به کنوانسیون از دو جهت مغایر موازین فقهی و حقوقی است: ۱. پایان دوره حضانت، رسیدن کودک به بلوغ جسمی است و پس از آن، حق دارد برای زندگی مستقل خود تصمیم بگیرد. بنا به نظر مشهور فقهای امامیه، اگر نشانه‌های جسمی بلوغ جنسی در پسر و دختر زودتر آشکار نشده باشند، سن خروج کودک از حضانت، پسر باشد یا دختر، کمتر از شانزده سال است. تعیین سن شانزده سالگی با موازین فقهی دیگر مذاهب اسلامی نیز سازگار نیست، زیرا از نظر آن‌ها، بلوغ یا در پانزده سالگی اتفاق می‌افتد یا در فاصله هفده تا هجده سالگی؛ ۲. بنا به مفاد کنوانسیون، تفاوتی میان جنسیت کودک در خروج از حضانت نیست، حال آنکه بنا به

قوانین ایران، زمان خروج کودک از حضانت ثابت نبوده و با توجه به جنسیت او متفاوت است.

۳-۱. حضانت

در مقدمه کنوانسیون تصریح می‌شود که مسائل مرتبط با حضانت کودکان بیشترین اهمیت را دارد. در بند ۲ ماده ۱ نیز مسئله اطمینان از احترام به حق حضانت در نظام حقوقی کشورها را یادآور می‌شود. همچنین در بند ۱ ماده ۵ حضانت را شامل مراقبت از کودک و به‌ویژه، تعیین محل اقامت کودک می‌داند. بنا به مواد ۳۱ و ۳۲ و ۳۳ یک کشور می‌تواند دارای دو یا چند رژیم حقوقی در واحدهای سرزمینی مختلف خود باشد. در بند ۱ ماده ۳ انتقال یا نگهداری غیرقانونی در محل اقامت دوم را عملی ناقض حق حضانت تعریف می‌کند. در ذیل بند ۲ ماده ۳، حق حضانت را برآمده از یک تصمیم قضایی یا اداری یا توافق قانونی می‌داند که آثار حقوقی دارد. در ماده ۴ شمول‌پذیری نسبت به مفاد کنوانسیون را مشروط به نقض حق حضانت در محل اقامت اول کرده است. در مواد ۸ و ۲۹ برای هر فرد حقیقی یا حقوقی که مدعی است کودک در شرایط نقض حق حضانت به کشور دیگر منتقل یا در آن نگهداری می‌شود، حق درخواست بازگشت کودک را قائل شده است. بنا به مفاد ماده ۱۳ اگر مشخص شود حقوق مرتبط با حضانت کودک در کشور مبدأ رعایت نمی‌شده است، بازگرداندن کودک به محل اقامت اول منتفی است. بر اساس مواد ۱۶ و ۱۷ تصمیم‌گیری درباره ماهیت حقوقی حضانت کودکی که غیرقانونی به محل اقامت دوم منتقل یا در آن نگهداری می‌شود بر عهده کشور دوم است. سرانجام، در ماده ۱۹ تصریح می‌کند که تصمیم کشور دوم درباره بازگرداندن کودک به محل اقامت اول، مربوط به وضعیت حقوقی حضانت کودک نمی‌شود.

۱-۳-۱. تعریف حضانت

حضانت در مفهوم لغوی خود به معنای «زیر پر و بال گرفتن» است. اگر این واژه دارای حقیقت شرعی نباشد، به معنای لغوی خود به کار می‌رود (نظری توکلی، ۱۳۸۵: ۱۵۸-۱۵۹). برخی از فقها حضانت را با ولایت معنا کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۰۵ ق: ۱۰۶؛ حلی، ۱۳۸۷ ق: ۱۳۹؛ فتح‌الله، ۱۴۱۵ ق: ۱۶۲)، ولی چون این همسان‌نگاری موجه نیست، حضانت در اصطلاح فقهی، به همان معنای لغوی‌اش یعنی «نگهداری کودک» به کار می‌رود؛ اما این‌که انجام چه کارهایی جزء نگهداری کودک به حساب می‌آید، وابسته به فهم عرفی است (نظری توکلی، ۱۳۸۵، ۱۶۱-۱۶۲).

۱-۳-۲. جایگاه حقوقی حضانت

قانون‌گذار ایران حضانت را معنا نکرده ولی در مواد مختلف قانون مدنی از آن بحث کرده است. بنا به اصلاحیه ماده ۱۱۶۹ و ۱۱۷۰ حضانت فرزندان پسر و دختر پس از جدایی پدر و مادر تا هفت سالگی بر عهده مادر است؛ به شرط آنکه مادر با فرد دیگری غیر از شوهر سابق خود ازدواج نکند یا مبتلا به روان‌پریشی نشود؛ اما بنا به ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲، حضانت فرزندان که پدرشان فوت شده با مادر آنهاست مگر دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند بداند. ماده ۱۱۷۳ مقرر می‌دارد: هرگاه سلامت جسمی یا اخلاقی کودک در دوره حضانت به خطر بیفتد، دادگاه درباره حضانت او تصمیم می‌گیرد. بنا به مواد ۱۱۷۱ هرگاه هریک از پدر یا مادر بمیرد، حضانت کودک بر عهده فرد زنده است. از مجموع این مواد چنین برمی‌آید که حضانت در عرف حقوقی عبارت است از «اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۳۹).

حضانت با این تعریف از ولایت متفاوت است. قانون‌گذار «ولایت» را هم معنا نکرده، تنها در ماده ۱۱۸۰ مقرر کرده که کودک نابالغ و کودک بالغ غیررشید و افراد

مبتلا به روان‌پریشی تحت ولایت پدر و پدربزرگ پدری خود قرار دارند و بنا به ماده ۱۱۸۱ هریک از پدر و پدربزرگ پدری، نسبت به فرزندان خود ولایت دارند؛ اما در ماده ۱۱۸۸ به تفاوت ولایت و حضانت اشاره کرده، مقرر می‌دارد پدر و پدربزرگ‌پدری می‌توانند با تعیین وصی، نگهداری، تربیت و اداره اموال کودک تحت ولایت خود را پس از مرگشان به او واگذار کنند.

به این ترتیب، مسئول حضانت کودک، همیشه ولی قهری یا مادر او نیست. در نتیجه، زندگی کودک می‌تواند در ارتباط با سه نفر باشد: ولی کودک (سرپرست قانونی)، مسئول حضانت (مسئول نگهداری کودک) و فرد دارای حق ملاقات کودک (نجفی، ۱۴۰۴ ق: ۲۹۲؛ صفائی و امامی، ۱۳۸۱: ۱۴۶-۱۴۷). این سه‌گانه از قوانین جاری قابل استفاده است. بنا به ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی هریک از والدین که مسئول حضانت نیست، حق ملاقات طفل خود را دارد؛ بنا به ماده ۱۱۷۳ دادگاه می‌تواند به تقاضای خویشاوندان کودک یا قیم او یا رئیس حوزه قضایی، در مورد حضانت کودک تصمیم‌گیری کند. همچنین در ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ نه تنها «افرادی که حق ملاقات با کودک دارند» تعیین نشده‌اند، بلکه نگهداری از کودک را جدای از حضانت او می‌داند. اگر دو واژه «نگهداری» و «حضانت» را در این ماده به یک معنا بدانیم، دست‌کم چهار حالت تصور دارد:

- پدر (پدربزرگ) ولی و مسئول حضانت و مادر دارای حق ملاقات؛
- پدر (پدربزرگ) ولی و دارای حق ملاقات و مادر مسئول حضانت؛
- پدر (پدربزرگ) ولی و مادر دارای حق ملاقات و سایر اشخاص مسئول حضانت؛
- پدر (پدربزرگ) ولی مادر مسئول حضانت و سایر اشخاص دارای حق ملاقات (طیبی جیلی، ۱۳۹۷: ۱۲۲-۱۳۲).

به هر حال تصمیم درباره این‌که کودک در دوره حضانت، زیر نظر ولی قهری خود زندگی کند یا فردی غیر از ولی قهری (ماده ۴۱)، وابسته به توافق ولی قهری و فرد ذینفع است، وگرنه دادگاه نسبت به انتخاب مسئول حضانت تصمیم می‌گیرد. در هر دو

حالت، نظام حقوقی ایران برای انتخاب کودک اثر قانونی در نظر نگرفته است؛ حال آن‌که در بند پ ماده ۷ و ماده ۱۰ کنوانسیون مسئله بازگشت داوطلبانه کودک مطرح و در ماده ۱۳ تصریح می‌کند که اگر کودک به سن و درجه‌ای از بلوغ فکری رسیده که می‌تواند به بازگشت خود اعتراض کند؛ بازگرداندن کودک الزامی نیست.

۱-۳-۳. حق بودن حضانت

صرف‌نظر از اختلاف فقها در حق یا حکم شرعی بودن حضانت (نظری توکلی، ۱۳۸۵: ۱۶۳-۱۷۲)، حق حضانت در دو قالب قابل بررسی است: ۱. حق کودک در این‌که مورد حضانت دیگران قرار بگیرد؛ ۲. حق دیگران در این‌که حضانت کودک را بر عهده بگیرند. اگر حق حضانت را ناظر به حق کودک بدانیم، بایستی دیگران (پدر، مادر، پدربزرگ، وصی، قیم و دیگران) ملزم به رعایت این حق باشند. الزام دیگران به رعایت حق کودک به این معناست که ملاک تصمیم‌گیری نسبت به خروج کودک از کشور، اقامت کودک در یک کشور و انتقال کودک از کشور مقصد به کشور مبدأ این است که کدام یک سود بیشتری برای کودک اکنون یا در آینده دارد؟ اما اگر حضانت را ناظر به حق دیگران بدانیم، در این صورت باید در خروج کودک از کشور، اقامت کودک در یک کشور و انتقال کودک از کشور مقصد به کشور مبدأ، به پیوستگی‌های عاطفی و خویشاوندی دیگران نسبت به کودک و بهره‌مندی از فرصت دیدار و در کنار کودک بودن و ابراز محبت به وی و در معرض توجه کودک قرار گرفتن، توجه کرد.

در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی حضانت کودک را حق و تکلیف والدین به حساب آورده (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۵۵-۱۵۶) و در ماده ۱۱۷۷ کودک را به اطاعت از پدر و مادر و احترام‌گذاری به آن‌ها تکلیف کرده است. با وجود این، در مواد ۴۱ و ۴۲ و ۴۳ قانون حمایت خانواده، رعایت مصلحت کودک را در اقدامات ناظر به حضانت لازم می‌داند. بنا به ماده ۴۱ هرگاه به نظر دادگاه توافق پدر و مادر مربوط به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به کودک برخلاف مصلحت او باشد، دادگاه درباره آن

تصمیم می‌گیرد. همچنین ماده ۴۲ تصریح می‌کند که کودک را نمی‌توان بدون رضایت ولی قیم، مادر یا شخصی که حضانت کودک به او واگذار شده از کشور خارج کرد، مگر این‌که دادگاه آن را به مصلحت کودک بداند؛ در این صورت، بنا بر درخواست ذی‌نفع، برای تضمین بازگرداندن کودک تأمین مناسب گرفته می‌شود.

به این ترتیب، قانون‌گذار هم حق کودک را برای اینکه مورد حضانت قرار بگیرد در نظر گرفته است و هم حق شخص دارای حق حضانت را و به همین خاطر از یک‌سو ملاک در تصمیم‌گیری برای خروج کودک از کشور را مصلحت کودک می‌داند و از سوی دیگر برای حفظ حق فرد ذینفع، گرفتن وثیقه معتبر برای اطمینان از بازگشت کودک به کشور را الزامی کرده است.

چنین نگرشی در کنوانسیون دیده نمی‌شود، زیرا در چند ماده از کنوانسیون، «حق حضانت» به شکل‌های مختلف مورد بحث قرار گرفته است: ۱. احترام به حق حضانت (بند دوم از ماده ۱)؛ ۲. نقض حق حضانت (بند الف ماده ۳ و مواد ۴ و ۸ و ۲۹)؛ ۳. تعریف حق حضانت (ماده ۵)؛ ۴. عدم اعمال حق حضانت (ماده ۱۳)؛ ۵. تصمیم‌گیری درباره حق حضانت (ماده ۱۶)؛ ۶. حق دسترسی (ماده ۲۱)؛ اما نویسندگان کنوانسیون حق حضانت را تنها ناظر به حق ذینفعان در نظر گرفته، در هیچ‌یک از مواد آن از حق کودک سخنی به میان نیاورده‌اند. این رویکرد به‌ویژه در بندهای الف و ب ماده ۵ آشکارا دیده می‌شود، زیرا حق حضانت به حق مراقبت از کودک و تعیین محل اقامت او محدود شده و حق دسترسی نیز به حق انتقال کودک به غیر از محل اقامت متعارف کودک تعریف شده است.

به هر روی، توجه به مصلحت کودک در بازگشت به کشور محل زندگی اولیه خود بر اساس درخواست فرد ذی‌نفع (ولی قهری، مادر یا هر فردی دارای حق حضانت کودک یا ملاقات با او) که در ادبیات فقهی و حقوقی از آن به «غبطه کودک» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۱۷-۲۲۶؛ پارساپور و نوربخش، ۱۳۹۴: ۱-۲۸) یاد می‌شود از جمله مسائل مهم در بازگرداندن کودک است، یعنی افزون بر این‌که نقض حق حضانت دیگر افراد نسبت به

کودک، سبب بازگرداندن کودک می‌شود، باید مشخص شود این بازگشت، مصلحت کودک را تأمین می‌کند.

محور اصلی در مقدمه کنوانسیون محافظت از کودکان در برابر آثار زیان‌بار انتقال یا نگهداری غیرقانونی آن‌ها و ایجاد رویه برای تضمین بازگشت سریع کودکان به کشور محل اقامت متعارفشان است؛ حال آنکه فراهم کردن زمینه بازگشت سریع و ایمن کودکی که به‌طور غیرقانونی به کشورهای جدید انتقال یا در آن نگهداری می‌شوند (موضوع بند اول ماده ۱ و بندهای ج و ح ماده ۷) همیشه در راستای منافع او نیست، هرچند خروج یا نگهداری وی در کشور دوم غیرقانونی باشد. به همین دلیل حکم مندرج در ماده ۱۲ کنوانسیون موجه به نظر نمی‌رسد، زیرا بر اساس مفاد این ماده، اگر اقامت غیرقانونی کودک در کشور جدید، کمتر از یک سال باشد، بی‌درنگ کودک به کشور اصلی خود برگردانده می‌شود؛ حال آنکه ممکن است منفعت کودک در اقامت در محل جدید باشد. همچنین حکم قسمت پایانی این ماده مبنی بر این‌که در صورت استقرار کودک در محل جدید، مرجع قضایی دستور بازگرداندن کودک را صادر نمی‌کند نیز موجه نیست، زیرا افزون بر اجمال مفهومی مؤلفه «استقرار در محیط جدید»، تحقق استقرار در محل جدید به‌تنهایی تضمین‌کننده منافع کودک نسبت به زندگی در محل جدید نیست.

در ماده ۲۰ کنوانسیون، بازگرداندن کودک به کشور مبدأ به عدم نقض حقوق بشر و سلب آزادی‌های مجاز مشروط شده است و در بند ب ماده ۷ برای جلوگیری از آسیب بیشتر به کودک یا لطمه به طرف‌های ذی‌نفع مقرر شده است که مراجع مرکزی اقدامات موقتی لازم را انجام دهند.

همچنین بنا به ماده ۱۳ بازگرداندن کودک بر اساس اطلاعات مربوط به سوابق وی، در پنج وضعیت لازم نیست: (۱) عدم رعایت حقوق حضانت پیش از انتقال توسط درخواست‌کننده، (۲) موافقت درخواست‌کننده با انتقال یا نگهداری کودک در کشور مقصد، (۳) در معرض صدمات جسمی یا روانی قرار گرفتن کودک در صورت انتقال به کشور

مبدأ، ۴) در وضعیت غیرقابل تحمل قرار گرفتن کودک در صورت انتقال به کشور مبدأ،
 ۵) اعتراض کودک به بازگرداندن خود.

عدم رعایت حقوق حضانت توسط درخواست‌کننده پیش از انتقال مانع برای درخواست بازگشت کودک نیست، زیرا بنا به مواد مختلف قانون مدنی ایران و قانون حمایت خانواده، در صورت نقض حقوق حضانت توسط متصدی حضانت، امور مربوط به نگهداری کودک به صلاح‌دید دادگاه به دیگر افراد منتقل می‌شود. همچنین موافقت اولیه درخواست‌کننده با انتقال کودک، سلب‌کننده حق وی در تغییر تصمیمش نیست، به‌ویژه اگر ثابت شود، نگهداری کودک در خارج از کشور، به سود او نیست. برخورداری کودک از بلوغ فکری برای اعتراض به بازگشت خود نیز نافی حق ولی قهری یا متصدی حضانت برای بازگرداندن کودک نیست.

۱-۳-۴. حضانت در قوانین و مقررات خاص

هر چند بنا به اصل ۱۳ قانون اساسی، قوانین موضوعه ایران مبتنی بر مبانی اسلام و مذهب جعفری است؛ اما با توجه به رسمیت شناخته شدن تنوع ادیان و مذاهب در قانون اساسی، همچنین مفاد ماده‌واحد قانون «اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه» مصوب تیرماه ۱۳۱۲ که دادگاه‌ها را مکلف کرده است در مورد احوال شخصیه اقلیت‌های مذهبی ایرانی (اهل سنت و پیروان ادیان رسمی)، قواعد و عادات مذهب آن‌ها را اجرا کند (الماسی، ۱۴۰۰: ۲۳۵)؛ قانون‌گذار برای یهودیان، مسیحیان و زردشتیان، همچنین پیروان مذهب حنفی و مذهب شافعی، قانون احوال شخصیه متناسب با مبانی دینی و مذهبی هریک تدوین و آن را برای پیروان همان دین و مذهب، معتبر دانسته است (دانش‌پژوه، ۱۳۹۶: ۲۵-۵۷). بنا به تحقیق نویسندگان، مسئله سرپرستی (ولایت) و نگهداری (حضانت) کودکان در قوانین و مقررات زیر مورد توجه قرار گرفته است:

اهل سنت: هیچ قانون یا آئین‌نامه خاصی درباره احوال شخصیه پیروان دو مذهب شافعی و حنفی وجود ندارد. در دعاوی مربوط به احوال شخصیه که دو طرف آن از پیروان این دو مذهب هستند، محاکم دادگستری تنها بر اساس نظر فقهای شافعی و حنفی رسیدگی قضایی می‌کنند (ر.ک: خلاف، ۱۴۱۰ ق: ۱۹۴-۲۰۱ و ۲۲۲-۲۳۵؛ امیدی، ۱۳۹۸).

ارامنه گریگوری: بنا به ماده ۴۰ مقررات احوال شخصیه ارامنه گریگوری مصوب ۲۸ اسفند ۱۳۸۰ پدر ولی قهری فرزندان خود است، حق و وظیفه دارد که از شخص و مال فرزندان صغیرش نگهداری کند (از قبیل مراقبت، تأمین معاش، تربیت، پرداخت هزینه تحصیل، تعیین مسکن و غیره). مادر نیز در نگهداری فرزندان حق و وظیفه دارد و باید به پدر کمک یا در صورت غیبت یا بیماری وی بجای او عمل کند. بند الف ماده ۴۷ مقرر می‌دارد: پس از طلاق یا انحلال یا ابطال ازدواج نیز ولایت پدر نسبت به فرزندان صغیر ادامه دارد. بنا به بند ب این ماده، در صورتی که در طلاق، ابطال یا انحلال ازدواج، زوجه بی‌تقصیر باشد، فرزندان صغیر پسر و دختر به هزینه پدر در حضانت مادر باقی خواهند ماند؛ در صورت مرگ مادر، حضانت اطفال به پدر بازمی‌گردد. بنا به ماده ۴۸، پدر یا مادری که فرزند نزد او نیست، حق دارد با فرزند خود ملاقات و رفت‌وآمد کند (مرکز تحقیقات، مطالعات و مقالات آشور، ۱۳۱۷).

مسیحیان پروتستان: بنا به ماده ۱۱۶ و ۱۲۵ قانون احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۷/۳، حضانت و نگهداری از کودکان پسر و دختر پس از طلاق، در صورت اثبات صلاحیت مادر، به حکم کلیسا بر عهده مادر است، مگر با دیگری ازدواج کند یا بمیرد. هرگاه هریک از پدر یا مادر بمیرند، حضانت فرزندان، در صورت احراز صلاحیت، به پدر یا مادر زنده سپرده خواهد شد (ماده ۱۲۸)؛ اما اگر به تشخیص دادگاه پدر یا مادر صلاحیت لازم را نداشته یا از دست بدهد و سلامت کودک در معرض خطر باشد یا مادر ازدواج کند یا بمیرد (مواد

۱۲۹ و ۱۳۱) با نظر کلیسا حضانت فرزند به شخص یا اشخاص مسیحی واجد شرایط لازم واگذار می‌شود. پدر یا مادری که حضانت کودک به او سپرده نشده (ماده ۱۳۰) حق دارد با فرزند خود ملاقات کند (پایگاه اطلاعات قوانین و مقررات کشور، ۱۳۸۷).

کلیمیان: اطلاعی از مقررات ناظر به امور احوال شخصیه یهودیان به زبان فارسی در دسترس نیست (چم کوری، ۱۳۹۱؛ عبدالحمید، ۲۰۰۶).

زردشتیان: ماده ۳۸ آئین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب ۱۳۸۶/۲/۲۷ مقرر می‌دارد: «نگهداری فرزند، از حیث معاش و تربیت بر عهده والدین است و در صورت درگذشت یکی از والدین بر عهده آن دیگری که زنده است، خواهد بود». تأیید صلاحیت هریک از پدر و مادر برای نگهداری فرزندان کمتر از ۱۸ سال تمام بر عهده شورای حل اختلاف زرتشتیان محل سکونت است (ماده ۳۹). در صورت مرگ پدر، نگهداری فرزندان زیر ۱۸ سال بر عهده مادر و در صورت ازدواج به ترتیب بر عهده پدربزرگ پدری، پدربزرگ مادری و قیم تعیین شده توسط شورای حل اختلاف زرتشتیان محل است (ماده ۴۰). در احوال شخصیه زردشتیان، ولایت قهری غیر از حضانت است. فرزندان کمتر از ۱۸ سال به ترتیب تحت ولایت پدر، مادر، پدربزرگ پدری، وصی هریک از آن‌ها و قیم تعیین شده توسط انجمن زرتشتیان محل سکونت کودکان است (ماده ۴۲) (زارع، ۱۳۳۴: ۹۱-۹۹).

در ماده ۶ کنوانسیون تعدد مرجع مرکزی بر اساس تنوع رژیم حقوقی آن‌ها به رسمیت شناخته شده است. کشور ایران گرچه دارای یک رژیم حقوقی رسمی است، اما قانون‌گذار در احوال شخصیه، رعایت موازین فقهی و مذهبی پیروان سایر مذاهب و ادیان را پذیرفته است. از این‌رو، هرگاه در کشورهای خارجی، موضوع احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه مطرح شود، چون قانون ایران آن‌ها را از قانون عمومی استثنا کرده است، در آنجا هم همین قانون استثنایی باید درباره آن‌ها اعمال شود (الماسی، ۱۴۰۰: ۲۳۶). در نتیجه، در خروج و بازگرداندن کودکان به کشور، افزون بر قوانین رسمی،

رعایت ملاحظات فقهی پیروان دو مذهب حنفی و شافعی، همچنین ارامنه گریگوری، مسیحیان پروتستان، کلیمیان و زردشتیان ضروری است. در بند ب ماده ۳۱ کنوانسیون آمده است: «هرگونه ارجاع به قانون کشور محل اقامت عادی به معنای ارجاع به قانون واحد سرزمینی آن کشوری است که کودک در آن اقامت دائمی دارد». همچنین ماده ۳۲ مقرر می‌دارد: «در رابطه با کشوری که در امور حضانت کودکان دارای دو یا چند رژیم حقوقی قابل اعمال بر گروه‌های مختلف افراد است، هرگونه ارجاع به قانون آن کشور به معنی ارجاع به رژیم حقوقی تعیین شده از سوی قانون آن کشور است».

بر این اساس، الحاق دولت ایران به این کنوانسیون مستلزم شناسایی تنوع رژیم حقوقی ناظر به امور حضانت پیروان سایر مذاهب اسلامی و ادیان است. هرچند موضوع ماده ۴۰ کنوانسیون وجود واحدهای سرزمینی مختلف است و کشور ایران سرزمین یکپارچه دارد؛ اما از آنجا که مهم تعدد رژیم‌های حقوقی است، می‌توان از مفاد آن برای این منظور بهره جست. این ماده مقرر می‌دارد: «چنانچه یک کشور متعاقد دارای دو یا چند واحد سرزمینی است که در آنها در خصوص مسائل تحت پوشش این کنوانسیون، رژیم‌های حقوقی متفاوتی قابل اعمال است، کشور مزبور در زمان امضا، تصویب، پذیرش، تائید یا الحاق می‌تواند اعلام کند که این کنوانسیون به تمامی واحدهای سرزمینی یا یک یا چند قلمرو از آنها گسترش داده می‌شود و می‌تواند این اعلامیه را با ارائه اعلامیه دیگری در هر زمان تغییر دهد».

۱-۳-۵. متصدی حضانت

حق حضانت در فقه امامیه و قوانین موضوعه، متعلق به اشخاص حقیقی است. در دوره زناشویی بنا به ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی پدر و مادر به صورت مشترک مسئولیت نگهداری و تربیت کودک را بر عهده دارند؛ اما در صورت طلاق، اگر کودک دارای ولی قهری باشد، حق حضانت متعلق به اوست، هرچند این حق حداکثر در هفت سال پس از تولد کودک به مادر واگذار و سپس به ولی قهری برمی‌گردد (ماده ۱۱۶۹). در صورتی که

ولی قهری صلاحیت حضانت کودک را نداشته باشند، این حق به مادر منتقل می‌شود (ماده ۱۱۷۳)؛ اما اگر کودک فاقد ولی قهری و مادر باشد، حق حضانت به وصی پدر یا پدربزرگ پدری واگذار می‌شود. در صورت عدم تعیین وصی توسط ولی قهری، حاکم شرع (دادستان) (مازندرانی، ۱۴۲۸ ق: ۲۲۶) از آن جهت که «الحاکم ولی من لا ولی له» است (نراقی، ۱۴۱۷ ق: ۵۳۴)، قیم تعیین می‌کند یا به نمایندگی آن را در قالب فرزندخواندگی به اشخاص حقیقی یا حقوقی واگذار می‌کند؛ اما در فرض اخیر، چون پدرخوانده یا مادرخوانده یا سازمان مسئول، فاقد سمت قانونی مستقل برای اداره زندگی کودک هستند، حقی برای آن‌ها قابل تصور نیست تا بخواهند آن را مطالبه کنند. ماده ۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بدسرپرست» مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «سرپرستی کودکان و نوجوانان فاقد سرپرست به منظور تأمین نیازهای مادی و معنوی آنان، با اذن مقام معظم رهبری و مطابق مقررات این قانون صورت می‌گیرد». بر اساس ماده ۲ همین قانون، امور مربوط به سرپرستی کودکان و نوجوانان بی سرپرست، به سازمان بهزیستی کشور واگذار شده است؛ اما این سازمان تنها با حکم دادگاه صالح مجاز به تصمیم‌گیری در امور مربوط به کودکان تحت سرپرستی خود است (ماده ۴، بند «د» و تبصره ۱ ماده ۸ و مواد ۹-۱۴ و تبصره ماده ۱۵ و مواد ۱۶ و ۲۰ و ۲۲-۲۴ و ۲۹ و ۳۲-۳۳). به این ترتیب از یکسو رابطه‌ای طولی میان حاکم شرع، دادگاه صالح و سازمان بهزیستی وجود دارد و از سوی دیگر، حقی برای سازمان بهزیستی نسبت به این کودکان وجود ندارد، بلکه تنها موظف به نگهداری و انجام امور مختلف آن‌هاست.

از این رو، هرچند در نظام حقوقی ایران تشریفات خاصی برای دفاع از حقوق کودکان بی سرپرست یا بد سرپرست وجود ندارد؛ اما مفاد مواد ۸ و ۱۳ و ۲۹ کنوانسیون با موازین قانونی ایران ناسازگار نیست. ماده ۸ مقرر می‌دارد: «هر شخص، مؤسسه یا نهاد مدعی نقض حق حضانت، می‌تواند از مرجع مرکزی محل اقامت عادی کودک یا مرجع مرکزی هر کشور متعاقد دیگر، درخواست کمک برای بازگشت کودک کند». همچنین بنا به ماده

۱۳ هر شخص، مؤسسه یا نهاد دیگری می‌تواند با بازگرداندن کودک مخالفت کند به شرط آن‌که ثابت کند شخص، مؤسسه یا نهاد دیگر که از کودک مراقبت می‌کند، حقوق حضانت کودک را در زمان انتقال یا نگهداری رعایت نمی‌کرده است. سرانجام ماده ۲۹ تصریح می‌کند که کنوانسیون مانع از آن نیست که هر شخص، مؤسسه یا نهاد دیگری که ادعا می‌کند نقض حقوق حضانت یا دسترسی اتفاق افتاده است درخواست خود را به صورت مستقیم به مراجع قضایی یا اداری یک کشور متعاقد، ارائه کند.

با وجود این، مفاد ماده ۳ کنوانسیون در تناقض با مقررات مربوط به حضانت کودکان در نظام حقوقی ایران است؛ زیرا از یک سو، هیچ مؤسسه یا نهادی حقی نسبت به حضانت کودک ندارد و از سوی دیگر، مؤسسات متصدی نگهداری کودکان، فاقد جایگاه حقوقی برای طرح دعوا به عنوان مدعی نسبت به حضانت کودکان بوده، تنها می‌توانند موارد نقض حقوق کودک را به دادگاه صالح گزارش کند و این دادگاه صالح است که به نمایندگی از مدعی‌العموم در مقام دفاع از حقوق کودک نسبت به چگونگی اداره زندگی او تصمیم‌گیری می‌کند.

۲. اقدام‌های غیرقانونی

موضوع اقدام‌های غیرقانونی در دو مورد «انتقال کودک» و «نگهداری کودک» مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲-۱. انتقال کودک

یکی از اهداف کنوانسیون (ماده ۱)، بازگشت سریع کودکانی است که ۱. به صورت غیرقانونی به کشور دیگری منتقل یا ۲. در آن نگهداری می‌شوند. از آنجا که خروج اتباع کشور از مرزهای رسمی نیازمند داشتن گذرنامه است، با عنایت به بند ۱ ماده ۱۸ قانون گذرنامه جمهوری اسلامی ایران، برای اشخاص کمتر از هجده سال تمام و

کسانی که تحت ولایت یا قیمومت دیگری هستند با اجازه کتبی ولی یا قیم آنها، گذرنامه صادر می‌شود. ماده ۲۱ همین قانون تصریح می‌کند که کودکان می‌توانند همراه هریک از پدر، مادر، پدربزرگ پدری، مادربزرگ پدری، پدربزرگ مادری، مادربزرگ مادری، نامادری، ناپدری، خواهر یا برادر خود مسافرت کنند و در صورت درخواست ولی یا قیم کودک، نام وی در گذرنامه آنها ثبت می‌شود.

هرچند گرفتن گذرنامه و خروج از کشور دو مسئله متفاوت‌اند، ولی گرفتن گذرنامه به منظور خروج از کشور انجام می‌شود و به همین دلیل قانون‌گذار دو قید «مسافرت» و «ثبت نام کودک در گذرنامه دیگران» را کنار هم آورده است. بر این اساس، به جز دیوانگان که گرفتن گذرنامه و خروج آنها از کشور (گذرنامه با اجازه) موضوع بحث این مقاله نیست، خروج کودکان به واسطه آنکه تحت ولایت یا قیمومت دیگران قرار دارند، نیازمند اجازه کتبی ولی قهری آنها یا قیم منصوب از سوی دادگاه صالح است (اداره کل حقوقی قوه قضائیه، ۱۳۸۹: ۴۶؛ بیگدلی و صحرانورد، ۱۳۹۲: ۱۰۹-۱۱۰). پرسش مهم آن است که آیا ولی یا قیم کودک می‌تواند این اجازه را به نفع هر شخصی صادر کنند یا تنها برای اشخاصی که نام آنها در ماده ۲۱ آمده، این اجازه موجه است؟ به عبارت دیگر، مسئله خروج کودک با گذرنامه مستقل یا با گذرنامه دیگران جدای از مسئله تعیین افرادی است که کودک می‌تواند با آنها از کشور خارج شود. به نظر می‌رسد از جمع میان دو ماده ۱۸ و ۲۱ می‌توان نتیجه گرفت که درج نام کودک در گذرنامه دیگران با محدودیت روبرو بوده، به افرادی که نام آنها در ماده ۲۱ نیامده، قابل تعمیم نیست؛ اما کودک می‌تواند با گذرنامه مستقل با هرکسی که ولی یا قیم او اجازه دهد، سفر و از کشور خارج شود.

اجازه کتبی ولی یا قیم برای صدور گذرنامه به نفع کودک مستلزم اجازه آنها به خروج کودک از کشور است (قسمت انتهایی پرسشنامه درخواست صدور گذرنامه)، ولی صدور گذرنامه با اجازه ولی یا قیم، شرط کافی برای خروج از کشور نیست، زیرا مادر یا کسی که مسئول حضانت کودک است، می‌تواند از خروج کودک از کشور

جلوگیری کند (ماده ۴۲ قانون حمایت خانواده). در بند «ب» نظریه شماره ۷/۹۲/۱۹۶۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه آمده است: «مادر یا شخص دیگری که به حکم دادگاه عهده‌دار حضانت فرزند است، می‌تواند نسبت به ممنوع‌الخروجی فرزند اقدام کند تا ولی قهری نتواند بدون رضایت ایشان، نسبت به خروج فرزند اقدام نماید». همچنین، اگر حضانت بر عهده پدر کودک و مادر دارای حق ملاقات باشد، در صورتی که خروج کودک از کشور، مانع حق ملاقات مادر شود، بنا به مواد ۴۰ و ۵۴ قانون حمایت خانواده، مادر می‌تواند از خروج کودک جلوگیری کند.

با توجه به عدم پذیرش آثار فرزندگی برای فرزندخوانده در نظام حقوقی ایران (امامی، ۱۳۷۸: ۲۲-۳۳؛ خنجری علی‌آبادی، ۱۳۹۶: ۱۱-۳۴)، مسئله مسافرت و خروج فرزندخواندگان از کشور تابع مقررات خاصی است. بنا به ماده ۴ قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست، فرزندخواندگی به دو دوره آزمایشی و دائمی تقسیم می‌شود. ماده ۲۳ همین قانون مقرر می‌دارد: «صدور گذرنامه و خروج کودک یا نوجوان تحت سرپرستی از کشور منوط به موافقت سرپرست منحصر یا سرپرستان و دادستان است». بنا به تبصره ۱ این ماده «چنانچه خروج از کشور در دوره آزمایشی باشد، سرپرست منحصر یا سرپرستان باید تضمینی مناسب جهت بازگشت کودک یا نوجوان تا پایان دوره آزمایشی، به دادستان بسپارد. ضمناً سازمان مکلف است به طریق اطمینان بخشی در مورد رعایت حقوق کودک یا نوجوان در خارج از کشور اقدام لازم را به عمل آورد».

نقد و بررسی

عنوان «انتقال غیرقانونی کودک» (موضوع بند الف ماده ۱ کنوانسیون) بنا به قوانین ایران هنگامی اتفاق می‌افتد که تشریفات قانونی در خروج کودک از قلمرو ایران رعایت نشده باشد. این وضعیت دو فرض دارد:

۱. خروج کودک از مرزهای قانونی کشور با اسناد جعلی (گذرنامه جعلی، پرسشنامه درخواست صدور گذرنامه جعلی، امضای قسمت اعلام رضایت در پرسشنامه

درخواست صدور گذرنامه توسط فردی غیر از ولی یا قیم کودک، بی توجهی به حکم قضایی ممنوع الخروج بودن کودک)، توسط ولی قهری، بدون موافقت کسی که حق حضانت یا حق ملاقات دارد؛ توسط کسی که حق حضانت دارد، بدون موافقت ولی قهری یا کسی که حق ملاقات دارد؛ توسط کسی که حق ملاقات دارد بدون موافقت ولی قهری یا کسی که حق حضانت دارد؛ توسط شخص بیگانه، یعنی کسی که نه ولایت قهری دارد و نه حق حضانت و نه حق ملاقات، بدون اجازه افراد ذینفع (رودگر کوهپر، ۱۳۸۷: ۱۱۱-۱۲۸).

۲. خروج کودک از مرزها و گذرگاه‌های غیرقانونی توسط ولی قهری یا کسی که حق حضانت دارد یا کسی که حق ملاقات دارد یا سایر اشخاص. به این ترتیب، انتقال غیرقانونی کودک، همیشه از طریق کودک‌ربایی اتفاق نخواهد افتاد. همچنین هرچند در هر دو فرض، انتقال کودک عملی غیرقانونی و قابل مجازات است؛ اما این انتقال غیرقانونی آنجا که خروج غیرقانونی توسط ولی قهری انجام شده و حضانت کودک نیز با خود اوست و کسی دیگری نیز حق ملاقات ندارد یا جایی که هیچ‌یک از افرادی که دارای حق ولایت یا حق حضانت یا حق ملاقات دارند با خروج کودک مخالف نباشند؛ موضوع کنوانسیون برای استرداد کودک قرار نمی‌گیرد.

بنابراین، ماده ۳ کنوانسیون پوشش‌دهنده تمام موارد انتقال غیرقانونی کودک بنا به قوانین ایران نیست، زیرا این ماده، انتقال را در فرضی غیرقانونی می‌داند که انتقال کودک ناقض حق حضانت اشخاص حقیقی یا اشخاص حقوقی پیش از انتقال باشد. روشن است که بنا به قوانین موضوعه ایران: الف) انتقال غیرقانونی کودک منحصر به انتقال ناقض حق حضانت نبوده، شامل انتقال ناقض حق ولایت بر کودک و ناقض حق ملاقات با کودک نیز می‌شود. به بیان دیگر، به رسمیت شناخته نشدن سه‌گانه ولایت، حضانت و ملاقات در کنوانسیون و پذیرش آن در نظام حقوقی ایران (ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی)، سبب می‌شود تا کنوانسیون تمام موارد انتقال غیرقانونی کودکان را پوشش

ندهد. ب) حق حضانت در فقه امامیه و قوانین موضوعه، متعلق به اشخاص حقیقی است و هیچ شخص حقیقی، حقی نسبت به حضانت از کودک ندارد.

۲-۲. نگهداری کودک

دومین هدف کنوانسیون، تأمین بازگشت کودکانی است که به‌طور غیرقانونی در کشور مورد نظر نگهداری می‌شوند. فرض کنوانسیون آن است که کودکان می‌توانند به‌صورت قانونی از کشور خود خارج و به کشور دیگری منتقل شوند، اما نگهداری آن‌ها در کشور جدید برخلاف قوانین و مقررات کشور متبوع خود باشد. قوانین و مقررات ایران نسبت به محل نگهداری کودک پس از خروج از کشور ساکت است، جز آن‌که در بند ۵ پرسشنامه درخواست صدور گذرنامه، از متقاضی خواسته شده تا نام کشور مقصد/ نام کشورهایی که قصد عبور یا توقف در آنجا را دارد درج کند.

اگر امضای ولی کودک در قسمت انتهایی این پرسشنامه ناظر به تأیید بند ۵ آن باشد، امضای ولی قهری یا قیم کودک، نشانگر رضایت وی به سفر کودک به همان کشور تعیین شده است؛ اما باید توجه داشت که این موضوع از یکسو اختصاص به ولی قهری و قیم داشته، مادر یا مسئول حضانت یا فرد دارای حق ملاقات، نقشی در تأیید پرسشنامه و در نتیجه، تعیین محل نگهداری کودک پس از خروج از کشور ندارد؛ از سوی دیگر، ذکر مقصد یا کشورهای محل عبور یا توقف، مانع از تغییر محل زندگی کودک نیست، زیرا آن‌گونه که در قسمت انتهایی آن پرسشنامه آمده، ولی یا قیم موافقت خود را با مسافرت‌های مکرر فرزندش اعلام می‌کند؛ روشن است که مقصد سفر در بار اول، همیشه مقصد در سفرهای بعدی نیست و در نتیجه، اعلام مقصد سفر در پرسشنامه از سوی متقاضی گذرنامه، دلالت بر عدم تغییر آن در سفرهای بعدی ندارد و از آنجا که مدت اعتبار گذرنامه در شرایط عادی پنج سال است و پس از صدور، نیاز به تأیید دوباره ولی (قیم) ندارد، مادر یا کسی که کودک را با خود به سفر می‌برد، مجاز است کودک را از کشور خارج و به هر مقصدی غیر از مقصد اعلامی در بند ۵ پرسشنامه منتقل کند. افزون

بر این، مقصد سفر غیر از اقامتگاه است و تعیین مقصد برای سفر الزاماً به معنای تعیین اقامتگاه نیست، زیرا اقامتگاه رابطه‌ای حقوقی با برخی از ویژگی‌های سیاسی است که میان اشخاص و حوزه معینی از قلمرو دولتی برقرار می‌شود (ر.ک: نصیری، ۱۴۰۰: ۸۰)؛ همچنین در عبارت «کشورهای محل عبور یا توقف» نیز مراد از «توقف» به قرینه مقابله با دو واژه «مقصد» و «عبور»، توقفگاه موقت است.

نقد و بررسی

بر اساس ماده ۶ کنوانسیون، نگهداری کودک زمانی غیرقانونی است که به موجب قانون کشور محل سکونت پیشین کودک، عمل انتقال یا نگهداری کودک در کشور دوم، ناقض حق حضانت شخص حقیقی یا حقوقی باشد؛ اما نگهداری غیرقانونی کودک بر اساس قوانین و مقررات ایران زمانی تصور دارد که کودک به شکل غیرقانونی و بدون رعایت تشریفات لازم از کشور خارج شده باشد یا اگر به صورت قانونی و با رعایت تشریفات لازم از کشور خارج شده است، ولی یا قیم یا مسئول حضانت یا شخص دارای حق ملاقات با کودک، با تقدیم دادخواست به محاکم ایران، تقاضای بازگشت کودک را داشته باشد. به این ترتیب؛ تفسیر کنوانسیون از نگهداری غیرقانونی، محدودتر از تفسیر آن در نظام حقوقی ایران است.

به سخن دیگر، بنا به قوانین موضوعه ایران، لازم نیست انتقال کودک، ناقض حق حضانتی باشد که پیش از انتقال ثابت است، بلکه این انتقال می‌تواند ناقض حقی باشد که چند سال پس از انتقال کودک به وجود می‌آید؛ در نتیجه، نگهداری غیرقانونی کودک در کشور جدید مصادیق بیشتری نسبت به کنوانسیون خواهد داشت. موارد زیر می‌تواند از جمله مصادیق نگهداری غیرقانونی کودک در خارج از کشور باشد:

- اگر کودک با پدر خود از کشور خارج شود و پدر پس از آن بمیرد؛ بنا به ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده، مادر حق دارد تا رسیدن کودک به سن بلوغ، حضانت کودک را در ایران بر عهده بگیرد؛

- اگر کودک با اجازه ولی و در زمانی که مادر مسئول حضانت است با او از کشور خارج شود، اما مادر در خارج از کشور بمیرد یا ازدواج کند یا سلامت عقلی خود را از دست دهد یا شرایط معتبر برای بر عهده گرفتن حضانت کودک را بر اساس قوانین ایران از دست دهد؛ ولی قهری حق دارد تا رسیدن به سن بلوغ، حضانت کودکش را در ایران بر عهده بگیرد؛

- اگر کودک با اجازه ولی و در زمانی که مادر مسئول حضانت است با او از کشور خارج شود، اما به تشخیص دادگاه صالح در ایران (ماده ۱۱۷۳)، سلامت جسمی یا اخلاقی کودک در دوره حضانت به خطر بیفتد؛

- اگر کودک با اجازه ولی و پیش از هفت‌سالگی با مادر خود از کشور خارج شود؛ اما پس از رسیدن به هفت سالگی و پایان دوره حضانت مادر، پدر متقاضی اعمال حق حضانت نسبت به کودکش در ایران باشد؛

- اگر کودک با ولی خود در حالی که متصدی حضانت است از کشور خارج شود، اما مادر با تقدیم دادخواست متقاضی حضانت کودک خود تا هفت‌سالگی باشد و دادگاه نیز صلاحیت وی را تأیید کند؛

- اگر کودک با ولی خود در حالی که متصدی حضانت است از کشور خارج شود، اما مادر با تقدیم دادخواست متقاضی ملاقات با کودک باشد و دادگاه نیز حق وی برای ملاقات را بپذیرد.

در همه این موارد، هرچند انتقال کودک به خارج از کشور، قانونی است؛ اما نگهداری کودک در خارج از کشور، در صورت تقاضای ذینفع و تأیید آن توسط دادگاه صالح در ایران، غیرقانونی به حساب می‌آید. روشن است در این موارد منشأ ایجاد حق، پیش از انتقال نبوده، گاه با فاصله چند سال پس از انتقال کودک این حق برای ذینفع به وجود می‌آید.

۳. صلاحیت قانونی

ماده ۱۴ کنوانسیون، ضمن تأکید بر مفهوم انتقال غیرقانونی مندرج در ماده ۳ تصریح می‌کند که احراز غیرقانونی بودن انتقال کودک، مراجع قضایی یا اداری کشور درخواست‌شونده است. کشور درخواست‌شونده برای این تشخیص، مستقیم به قوانین رسمی کشور محل اقامت کودک که مرتبط با موضوع است یا تشخیص می‌دهد که مرتبط است، رجوع می‌کند. افزون بر این، کشور درخواست‌شونده می‌تواند برای تشخیص غیرقانونی بودن انتقال به جای قوانین، به تصمیم‌های موجود در کشور محل اقامت کودک مراجعه کند.

بر این اساس، اگر یک کودک ایرانی با اجازه پدر و به همراه مادرش در حالی که حضانت با مادر است از کشور خارج شود، ولی مادر پس از پایان حضانت، کودک را به درخواست پدرش به کشور برنگرداند، پدر باید درخواست خود را به مرجع قضایی کشور محل اقامت کودک تحویل دهد. مرجع قضایی آن کشور بررسی می‌کند که آیا درخواست پدر منطبق با قوانین ایران (قانون اساسی، قانون مدنی ایران، قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست، مقررات صدور گذرنامه، اساسنامه و آئین‌نامه‌های داخلی سازمان بهزیستی و ...) است یا نه. اگر انطباق درخواست پدر با مقررات ایران مورد تأیید مرجع قضایی آن کشور قرار گرفت، با شرایطی رأی به بازگشت کودک می‌دهد.

پذیرش چنین حقی برای مراجع قضایی دیگر کشورها نسبت به تفسیر قوانین سرزمینی ایران و میزان انطباق دعاوی شهروندان ایرانی نسبت به آن‌ها در برخلاف موازین حقوقی ایران است؛ به‌ویژه که قوانین ایران برآمده از آموزه‌های فقهی بوده، تفسیر آن‌هم نیازمند آگاهی از موازین شرعی است (برای اطلاع از قابلیت اجرای احکام مدنی خارجی در نظام‌های حقوقی مختلف، رک: الماسی، ۱۴۰۰: ۲۰۵-۲۲۴). بر اساس اصل نود و هشتم قانون اساسی تفسیر قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است؛ همچنین

بنا به اصل هفتاد و سوم قانون اساسی و ماده ۱۷۴ آیین‌نامه داخلی مجلس، تفسیر قوانین عادی بر عهده مجلس شورای اسلامی است. همین اصل مقرر می‌دارد که تفسیر قوانین در مقام تشخیص حق بر عهده دادستان است. همچنین ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تأکید دارد که قضات دادگاه‌ها موظف‌اند بر اساس قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی را صادر یا فصل خصومت کنند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا هیچ قانونی در آن مورد نباشد، قاضی با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نیستند، حکم مسئله را صادر می‌کند. به این ترتیب، واگذاری حق رسیدگی به دعاوی اتباع ایرانی به مراجع قضایی غیرایرانی و دادن حق تفسیر و بررسی میزان انطباق خواسته افراد با قوانین ایران به آن مراجع، مخالف با سیادت قضایی ایران نسبت به اتباع خود و ناسازگار با اصول مسلم قانون اساسی و قوانین عادی است.

افزون بر این، بر اساس همین ماده ۱۴، مراجع قضایی کشور درخواست شونده در احراز این‌که انتقال یا نگهداری غیرقانونی به مفهوم موجود در ماده ۳ تحقق پیدا کرده است یا نه، می‌توانند به صورت مستقیم به قانون و تصمیم‌های اداری یا قضایی بدون توسل به آیین‌های خاص جهت اثبات آن رجوع کنند. در ساختار حقوقی ایران، ترتیبات خاصی برای اعتبار قوانین وجود دارد که بدون رعایت آن‌ها، آن قانون از ارزش حقوقی برخوردار نیست. در بند ۲ اصل ۱۵۸ قانون اساسی یکی از وظایف رئیس قوه قضاییه «تهیه لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی» تعیین شده است؛ اما در اصل ۷۴، قانون‌گذاری به ارائه لایحه قانونی به وسیله هیئت‌وزیران و طرح قانونی به پیشنهاد ۱۵ تن از نمایندگان مجلس شورای اسلامی منحصر شده است. از این رو، تصویب لوایح قضایی و تبدیل آن‌ها به قانون دارای مراحل است که بدون رعایت آن‌ها، فاقد جایگاه حقوقی و غیرقابل استناد در محاکم قضایی کشور است.

بر اساس ماده ۱۹ کنوانسیون، تصمیم کشور مقصد نسبت به بازگشت کودک شامل مسائل مرتبط با حضانت نمی‌شود؛ ولی بنا به مفاد ماده ۱۴، کشور درخواست‌شونده می‌تواند به مفاد یک لایحه قضایی در هریک از مراحل آن و پیش از تصویب نهایی، برای بازگرداندن یا عدم بازگرداندن کودک استناد کند؛ به عبارت دیگر، کشور درخواست‌شونده مجاز است به قانونی استناد کند که قانون بودن آن محرز نشده و در قلمرو سرزمینی کشور ایران نیز قابل استناد نیست.

سرانجام، ماده ۱۴ کنوانسیون اعلام می‌دارد که نه تنها مراجع قضایی کشور درخواست‌شونده، بلکه مراجع اداری آن کشور نیز مجازند انطباق درخواست متقاضی با قوانین کشور محل اقامت اصلی کودک را بررسی و نسبت به آن اعلام نظر کنند؛ این‌که چنین جایگاهی برای مراجع اداری کشور ایران نسبت به بررسی انطباق درخواست یک ایرانی با موازین قانونی، پذیرفتنی نیست.

فرجام سخن

۱. عنوان کنوانسیون «کودک‌ربایی بین‌المللی» است؛ اما فقط مسئله استرداد کودک به محل زندگی اصلی‌اش در آن بحث شده است. از این‌رو، عنوان کنوانسیون و محتوای آن ناسازگارند؛
۲. بنا به قوانین ایران انتقال کودک زمانی غیرقانونی است که تشریفات خروج کودک رعایت نشده باشد؛ پس انتقال غیرقانونی کودک، همیشه همراه با کودک‌ربایی نیست؛
۳. کنوانسیون شامل تمام موارد انتقال غیرقانونی کودک بنا به قوانین ایران نیست، زیرا انتقال غیرقانونی اگر توسط ولی قهری و مسئول حضانت انجام و کسی دیگری نیز حق ملاقات با کودک را نداشته باشد یا افراد دارای حق ولایت و حق حضانت و

حق ملاقات با خروج کودک مخالف نباشند؛ موضوع کنوانسیون برای استرداد کودک نیست؛

۴. تفسیر کنوانسیون از نگهداری غیرقانونی محدودتر از تفسیر آن در نظام حقوقی ایران است، زیرا بنا به کنوانسیون، نگهداری کودک زمانی غیرقانونی است که انتقال یا نگهداری کودک در کشور دوم، ناقض حق حضانت اشخاص باشد؛ اما نگهداری غیرقانونی کودک بر اساس قوانین ایران زمانی است که کودک بدون رعایت تشریفات لازم از کشور خارج شده باشد یا اینکه ولی، قیم، مسئول حضانت یا دارنده حق ملاقات، با تقدیم دادخواست، متقاضی بازگشت کودک باشد؛

۴. پیوستن به کنوانسیون مغایر با موازین قانونی در مسئله حضانت است، زیرا با بلوغ جسمی کودک و پیش از شانزده سالگی حضانت پایان می‌یابد؛

۵. بنا به مفاد کنوانسیون، تفاوتی میان جنسیت کودک در خروج از حضانت نیست، ولی بنا به قوانین ایران، زمان خروج کودک از حضانت با توجه به جنسیت او متفاوت است؛

۶. انتخاب کودک به‌تنهایی تأثیری در تعیین محل سکونت او در دوره حضانت ندارد، ولی بنا به مفاد کنوانسیون، بازگشت کودک از محل سکونت فعلی داوطلبانه بوده و حق اعتراض به بازگرداندن به محل سکونت اصلی خود را دارد؛

۷. قانون‌گذار ایران ملاک در تصمیم‌گیری برای خروج کودک از کشور را مصلحت کودک و حفظ حق فرد ذینفع می‌داند؛ ولی حق حضانت در کنوانسیون تنها ناظر به حق ذینفعان است؛

۸. بنا به قوانین ایران، عدم رعایت حقوق حضانت پیش از انتقال مانع درخواست بازگشت کودک نیست، همچنان که موافقت اولیه با انتقال کودک، سلب‌کننده حق درخواست‌کننده در تغییر تصمیمش نیست. همچنان که بلوغ فکری کودک برای اعتراض به بازگشت خود، نافی حق ولی قهری یا متصدی حضانت برای بازگرداندن کودک نیست؛

۹. در نظام حقوقی ایران برخلاف کنوانسیون، اشخاص حقوقی حقی نسبت به حضانت کودک نداشته، تنها موارد نقض حقوق کودک را به دادگاه صالح گزارش می‌کنند و این دادگاه صالح است که نسبت به چگونگی اداره زندگی کودک تصمیم‌گیری می‌کند؛
۱۰. واگذاری حق رسیدگی به دعاوی اتباع ایرانی به مراجع غیرایرانی و دادن حق تفسیر و بررسی میزان انطباق خواسته افراد با قوانین ایران به آن مراجع آن‌گونه که در کنوانسیون آمده، ناسازگار با اصول قانون اساسی و قوانین عادی است.

منابع

الف. فارسی

- اداره کل حقوقی قوه قضائیه (۱۳۸۹) «نظریه‌های جدید مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه»، ماهنامه قضاوت، دوره ۹، شماره ۶۵، صص ۴۵-۴۶.
- اشتری، بهناز (۱۳۸۰) **قاجاق زنان: بردگی معاصر**، تهران: اندیشه برتر.
- امامی، اسدالله (۱۳۷۸) «وضع حقوقی فرزندخواندگی در ایران»، پژوهش‌های فلسفی کلامی، دوره ۱، شماره ۲، صص ۲۲-۲۳.
- امیدی، جلیل (۱۳۹۸) **قانون‌نامه احوال شخصیه شافعیه**، تهران: انتشارات قوه قضائیه.
- بیگدلی، سعید و صحرانورد، ابودر (۱۳۹۲) «تعارض نقش دادستان و سازمان‌های غیر قضایی در حمایت از محجوران»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱، شماره ۳، صص ۹۵-۱۲۳.
- پارساپور، محمدباقر و نوربخش، سوسن (۱۳۹۴) «معیارهای ارزیابی مصلحت کودک در فقه امامیه، حقوق ایران و کنوانسیون حقوق کودک»، پژوهش‌های تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۲، شماره ۳، صص ۱-۲۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۴) **ترمینولوژی حقوق**، چ ۱۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.

حبیب‌زاده، محمدجعفر و رحیمی‌نژاد، محمداسماعیل (۱۳۸۳) «جرم آدم‌ربایی در حقوق ایران»، *مجله دادرسی*، دوره ۸، شماره ۴۳، صص ۴۶-۴۹.

حبیب‌زاده، محمدجعفر و شریفی، محسن (۱۳۹۱) «تحلیل ارکان جرم آدم‌ربایی در روند قانون‌گذاری ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، *پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی*، دور ۱، شماره ۱، صص ۱۹-۴۳.

خنجری علی‌آبادی، امین (۱۳۹۶) «بررسی فرزندخواندگی در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران»، *قانون‌یار*، دوره ۱، شماره ۱، صص ۱۱-۳۳.

دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۶) «تأملی ایضاحی - انتقادی - اصلاحی در اصول و مواد قانونی مربوط به احوال شخصیه اقلیت‌های دینی و مذهبی در حقوق ایران»، *حقوق اسلامی*، دوره ۱۴، شماره ۵۳، صص ۲۵-۵۷.

رودگر کوهپر، عطاءالله (۱۳۸۷) «گونه‌شناسی، روش‌های ارتکاب و راهکارهای پیشگیری جرائم مرتبط با گذرنامه»، *مطالعات پیشگیری از جرم*، دوره ۳، شماره ۹، صص ۱۱۱-۱۲۸.

زارع، سروش (۱۳۳۴) «آئین‌نامه زرتشتیان راجع به احوال شخصیه»، *کانون وکلا*، دوره ۶، شماره ۴۱، صص ۹۱-۹۹.

شاکریان، شاهرخ و دیگران (۱۳۷۶) *مجموعه کنوانسیون‌های بین‌المللی*، تهران: اداره کل قوانین و مقررات کشور.

شهبازی، آرامش و قربانپور، محمد (۱۳۹۶) «کنوانسیون ۱۹۸۰ لاهه راجع به جنبه‌های مدنی کودک‌ربایی بین‌المللی و تبعات الحاق ایران به آن»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۷، شماره ۲، صص ۴۸۱-۵۰۵.

صفائی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۱) *حقوق خانواده*، ج ۳، تهران: دانشگاه تهران، ج ۲. طیبی جیلی، مرتضی (۱۳۹۷) «تحلیل تطبیقی حق ملاقات والد غیرحاضن با فرزند در حقوق جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده آمریکا»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، دوره ۵، شماره ۳، صص ۱۱۹-۱۴۲.

عباسی سرمدی، مهدی و زنگی اهرمی، عهدیه (۱۳۹۴) «بررسی سن کودک و آثار حقوقی آن از منظر اسناد بین‌المللی»، *فصلنامه فقه و حقوق خانواده*، دوره ۲۰، شماره ۶۳، صص ۲۳-۴۱.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳) حقوق مدنی (خانواده)، چ ۶، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ج ۲.
 الماسی، نجادعلی (۱۴۰۰) حقوق بین‌الملل خصوصی، چ ۱۹، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
 مصفا، نسری و داور، زهرا (۱۳۹۱) میثاق حقوق کودک در اسلام از منظر حقوق
 بشردوستانه بین‌المللی، تهران: شهر دانش.

موتقی، سید احمد و اسفندیاری، گلپر (۱۳۸۷) «قاچاق انسان، بردگی در عصر جدید»، فصلنامه
 سیاست، دوره ۳۸، شماره ۳، صص ۲۸۷-۳۱۲.

نصیری، محمد (۱۴۰۰) حقوق بین‌الملل خصوصی، چ ۴۰، تهران: نشر آگه.

نظری توکلی، سعید (۱۳۸۵) حضانت کودکان در فقه اسلامی، تهران: سمت.

نظری توکلی، سعید و مصلح، محمد صالح (۱۳۹۱) «مرتب‌پذیری مفهوم بلوغ و گونه‌های
 مسئولیت ناشی از آن در فقه مذاهب اسلامی»، مجله فقه مقارن، دوره ۶، شماره ۱۱، صص
 ۱۷۵-۱۹۳.

وب سایت‌ها

پایگاه اطلاعات قوانین و مقررات کشور (۱۳۸۷/۷/۳) «مقررات احوال شخصیه مسیحیان
 پروتستان ایران» (۱۴۰۱/۱۰/۲۷) در:

<http://www.dastour.ir/brows/?lid=385773>

مرکز تحقیقات، مطالعات و مقالات آشور (۱۳۱۷/۸/۵) «قوانین احوال شخصیه ارامنه گریگوری
 ایران» (۱۴۰۱/۱۰/۲۷) در:

<http://ashour.ir/ContentDetails.aspx?ContentId=6234>

ب. عربی

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق) لسان العرب، چ ۳، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و
 التوزیع، ج ۱۰.

بابرتی، محمد بن محمد (بی‌تا) العنایة شرح الهدایة، بیروت: دارالفکر، ج ۲.

- چم کوری، محمد (۱۳۹۱) **أوضاع اليهود و المسيحيين في التشريع الإيراني**، بوشهر: دانشگاه آزاد اسلامی واحد بوشهر.
- حلی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق) **ایضاح الفوائد**، قم: انتشارات علمیه، ج ۲.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ق) **تذکره الفقهاء**، قم: مؤسسه آل‌البتیت، ج ۳.
- خرشی، محمد بن عبدالله (بی‌تا) **شرح مختصر خلیل**، بیروت: دارالفکر، ج ۸.
- خلاف، عبدالوهاب (۱۴۱۰ ق) **احکام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية علی وفق مذهب أبی حنیفة وما علیه العمل بالمحاکم**، ج ۲، کویت: دار القلم للنشر و التوزیع.
- شافعی، محمد بن إدريس (۱۳۲۳ ق) **الام**، بیروت: دارالمعرفة، ج ۳.
- عبدالحمید، محمد محیی‌الدین (۲۰۰۶) **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة الى مقابله في الشرائع الأخرى**، بیروت: دار الكتب العلمية.
- فاضل‌هندی، محمد بن حسن (۱۴۰۵ ق) **كشف اللثام**، قم: انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی، ج ۲.
- فتح‌الله، احمد (۱۴۱۵ ق) **معجم الفاظ فقه الجعفری**، بی‌نا، بی‌جا.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ ق) **کتاب العین**، ج ۲، قم: نشر هجرت، ج ۷.
- مازندرانی، علی‌اکبر (۱۴۲۸ ق) **دلیل تحریر الوسيلة**، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- مرداوی، علی بن سلیمان (۱۴۱۹ ق) **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، بیروت: دارإحياء التراث العربی، ج ۸.
- مرغینانی، علی بن ابی‌بکر (بی‌تا) **الهدایة في شرح بداية المبتدی**، بیروت: دارإحياء التراث العربی، ج ۳.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق) **جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام**، ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ج ۲۶ و ۳۱.
- نراقی، مولی‌احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ ق) **عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

