

در نقد رای دیوان گفته شده:

اولاً حضانت، ولایت نیست؛ بلکه تکلیف و حق است و مهم ترین ویژگی حق این است که قابل اسقاط است؛ چه مجانی یا در مقابل عوض. تنها شرطش این است که اسقاط با تکلیف منافات نداشته باشد یعنی موجب تضییع حق کودک نباشد.

ثانیاً کاری که زن انجام داده بذل مهر برای تحصیل طلاق بوده و اسقاط حق حضانت (نه معاوضه آن) شرط بذل بوده است؛ بنابراین هیچ جزئی از بذل در برابر اسقاط حق حضانت نبوده تا چنین تلقی شود که تکلیف با مال قابل معاوضه نیست!¹

نکته

گرچه قصد ما از نقل این پرونده ها، توجه دادن عینی و واقعی (نه انتزاعی و فرضی) به آن چه در خارج می گذرد، می باشد تا متوجه شویم که قاضی باید به چه سلاحی مجهز باشد و انگیزه ای مستقل برای گفتگو و داوری پیرامون آن چه در رفت و برگشت پرونده ها گذشته، نداریم لکن به قصد متمیم تمرینی که در پرونده اخیر وجود دارد نکات ذیل را بیان می کنیم.

همان گونه که ملاحظه می نمایید:

دادگاه اول و ادامه آن و دادگاه تجدید نظر رفتار زوجه را - در فرض پرونده - بذل می دانند که قابل رجوع نیست. واگذاری حضانت از سوی زوج را هم منشا اثر نمی دانند.

نقطه ضعف این رای، مطلق انگاری و نامشروط انگاری بذل زوجه است، شاید براساس این توهم یا اعتقاد که بذل ایقاع است و ایقاع مشروط نداریم.

لکن شعبه دیوان عالی کشور رفتار زوجه را بذل مشروط می داند، شرطی که در مفروض کلام فاسد است و بالطبع با فساد شرط، بذل نیز فاسد است؛ هر چند شرط فاسد را مفسد ندانیم. دیوان در ادامه بذل را نه ابراء بلکه مثل هبه از عقود میدانند نه از ایقاعات.

از برخی تسامحات در تعبیر که به دلیل نگاه اصلاحی حداکثری که به متن رای داریم، بگذریم نقطه ضعف این رای سه مورد است:

1. بذلی که از عقود است همان هبه است و بذلی که از عقود باشد و در کنار هبه قرار بگیرد، نداریم.
2. بذل می تواند از ایقاعات باشد و بنا بر قبول تعلیق در ایقاعات، می تواند به صورت معلق به منصبه ظهور برسد.

3. قسیم انگاری حق الحضانه با حق الوالیه مفهوم و قابل دفاع نیست.

البته این ملاحظات، ملاحظات وارد بر فرایند بیانی رای دیوان است و اثری بر فرایند رفتار دیوان نخواهد داشت.

1. 1. ر.ک: به جويا، محمد علی، زن و حقوق خانواده، ش 1، از دانشگاه ادیان.

در این میان رفتار ناقد در نقدی که صورت داده طرفه رفتاری است! و - بالطبع - پذیرای ملاحظات چند است؛ از قبیل:

1. گفته شد: حضانت، ولایت نیست بلکه حق و تکلیف است² و چون چنین است قابل اسقاط است در حالی که حضانت یعنی پروراندن، تربیت «و ما يتعلق بها من مصلحة حفظه»³ است؛ و از ولایت جدا نیست. ظاهراً ناقد - چون بسیاری از دیگران - ولایت را چیزی جدای از مسئولیت تربیت، محافظت و حق تصرف در شؤون طفل در حدود مصلحت او فرض کرده و آن را قسیم ولایت دانسته است در حالی که چنین نیست و وقتی از طرف شارع، جعل می شود قابل واگذاری نیست.
2. جالب این که ناقد، حضانت را حق و تکلیف دانسته، به لازم حق اشاره کرده و از اشاره به لازم تکلیف استنکاف کرده است!
3. نکته قابل دقت دیگر این که «حق» مطرح در حق حضانت تنها حق نگهداری نیست، بلکه حق نگه داشته شده نیز است که - بالطبع - قابلیت اسقاط را زیر سوال می برد.⁴
4. و ...

به هر حال نقد مزبور، نقد ضعیفی است و رأی دیوان مطابق موازین می نماید. هر چند بیان فرایندی آن قابل مناقشه است.

توقفی در اطراف اسقاط حق حضانت

نکته ای را نمی توان در مجال حاضر نادیده گرفت و آن این است که گاه طرفین پرونده هر چند از مثل اسقاط حق حضانت می گویند اما مرادشان این است که مثلاً پدر فرزند را نزد مادر می گذارد تا مادر از او حفاظت کند و مزاحم او در این که فرزند در کنار مادر باشد، نمی شود. این رفتار اسقاط حق حضانت به حساب نمی آید و در صورتی که تعهدی باشد به مادر و در ضمن عقدی قرار گیرد و مخالف مصلحت طفل نباشد اشکال شرعی ندارد و - بالطبع - تا وقت مصلحت اعتبار دارد. دقت کنید.

به هر حال مخاطبان این تحقیق با ملاحظات این امور باید متوجه لزوم اهتمام به سر امر در قضا بشوند بدین قرار:

لزوم تسلط بر قانون؛

تلقى دقیق از پرونده و موضوع شناسی؛

قرار دادن دعوا در جایگاه خود (تطبيق کلی بر جزئی با دقت و فراست).

فهم قانون پدیده دیگر ضرور

در بحث سابق به این نکته اشاره کردیم و در مجال حاضر به یک مورد اشاره می کنیم هر چند از این قبیل ده ها مورد وجود دارد. توجه کنید:

«ماده 299 - در مقابل حقوق ثابتة اشخاص ثالث تهاثر مؤثر نخواهد بود. و بنابراین اگر موضوع دین به نفع شخص ثالثی در نزد مدیون مطابق قانون توقیف شده باشد و مدیون بعد از این توقیف از داین خود طلبکار گردد دیگر نمی تواند به استناد تهاثر از تادیه مال توقیف شده، امتناع کند».

2. ماده 1168 ق.م. نگاهداری اطفال، هم حق و هم تکلیف ابوبن است.

3. رک: تحریر الوسيلة، ج2، ص312، مساله 16: «الام احق بحضانة الولد و تربيته و ما يتعلق بها من مصلحة حفظه...».

44. و این عکس چیزی است که ناقد تصور کرده است!