



حضانة از کودکان معلول در اسلام و حقوق بین الملل بشر

سید محسن قائمی خرق، محمد لری نژاد^۱، سمیه آقایی نژاد^۲

چکیده

با تحول رویکرد حاکم بر حقوق افراد معلول، از حقوق رفاهی و اعطای امتیازات موردی به حق محوری معلولان، الگویی از حضانة نسبت به کودکان معلول صورتبندی شده که با انگاره‌های فقهی همسویی دارد. براین اساس، پژوهش حاضر با هدف بررسی تطبیقی حضانة کودکان معلول در اسلام و حقوق بین الملل به شیوه تحلیلی- اسنادی انجام شد. نتایج بررسی‌ها نشان داد که حضانة از محدوده روابط بینافردی (مولی علیه و ولی) خارج شده و به حوزه‌ای اصالتاً و بدو نظارت پذیر، تغییر یافته است؛ اما نه آنکه استثناً اقتضای نظارت داشته باشد. همچنین، اصل مصلحت به پیش شرط اقدامات حاضن نظر دارد و نه صرف عدم مفسده و لزوم عیان شدگی مصلحت و پایش مصلحت در همه مراحل (از جمله هدف اقدامات حاضن و نیز نتیجه اقدامات) از ویژگی‌های آن است. این رویکرد فقه اسلامی تا حدودی با رویکرد کنوانسیون حقوق افراد معلول ناهم‌سوست؛ زیرا براساس کنوانسیون، بایستی بهترین تفسیر از اراده و ترجیحات فرد معلول، جایگزین تعیین بهترین مصالح وی از سوی حاضن شود. براین اساس، اصل استقلال و مشارکت کودک معلول در تنافی با تشخیص مصلحت برای وی قرار می‌گیرد؛ به‌ویژه آنکه مشکلات مربوط به ارزش حقوقی گفتار کودک، چیستی و کیفیت مشارکت او را خدشه‌پذیر خواهد کرد. همچنانکه برخی سؤالات همچون صحت یا عدم صحت انتساب عمل حقوقی شکل‌گرفته بعد از مشارکت، به کودک معلول و در نتیجه امتناع یا امکان انحلال عمل حقوقی (در زمان کودکی و یا بعد از بلوغ) در حقوق بشر، نیازمند بازاجتهاد فقهی است. واژگان کلیدی: کودک معلول، حضانة کودک معلول، کنوانسیون حقوق افراد معلول، فقه اسلامی، تفسیر از اراده و ترجیحات فرد معلول، ارزش حقوق گفتار کودک.

1DOI: 10.22034/ijwf.2023.14728.2026

- نوع مقاله: پژوهشی تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۲/۰۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۲۵
۱. دکترای حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبایی تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
Email: m.ghaemi313@gmail.com ORKID ID: 0009-0000-5130-538x
۲. دکترای حقوق عمومی، دانشگاه آزاد واحد رفسنجان، کرمان، ایران.
Email: lorinejad@gmail.com ORKID ID: 0000-0002-7986-7867
۳. دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آیت‌الله حائری یزدی، میبد، یزد، ایران.
Email: aghai.somayah@yahoo.com ORKID ID: 0009-0004-1811-4951

The Custody of Disabled Children in Islam and International Human Rights

Seyed Mohsen Ghaemi Kharegh¹, Mohammad Lorinejad², Somayeh Aghaeinejad³

With the evolution of the governing approach to the rights of disabled people, from welfare rights and granting case-by-case privileges to the rights-oriented of disabled people, a model of custody of disabled children has been formulated that is aligned with jurisprudential concepts. Therefore, the current research was conducted with the purpose of comparative investigation of the custody of disabled children in Islam and international law in an analytical-documentary way. The results of the investigations showed that custody has gone out of the scope of interpersonal relations (owner, guardian and parent) and has changed to an area that can be originally and primarily monitored and it refuses the one that exceptionally requires supervision. In addition, the principle of expediency refers to the precondition of the actions of the judge and not only the absence of corruption and the necessity of the expediency being evident and monitoring the expediency in all stages (including the purpose of the actions of the judge and the result of the actions) is one of its characteristics. This approach of Islamic jurisprudence is somewhat incompatible with the approach of the Convention on the Rights of Disabled Persons since according to the convention, the best interpretation of the will and preferences of the disabled person should be replaced by the determination of his best interests by the guardian. Therefore, the principle of independence and participation of a disabled child is in conflict with the recognition of expediency for him; especially, the problems related to the legal value of the child's speech will affect the nature and quality of his participation. Furthermore, other questions such as the accuracy or inaccuracy of attributing the legal act formed after participation to the disabled child and as a result the refusal or the possibility of dissolving the legal act (during childhood or after puberty) in human rights, require jurisprudential re-examination.

Keywords: disabled child, custody of a disabled child, convention on the rights of disabled persons, Islamic jurisprudence, interpretation of the will and preferences of a disabled person, value of a child's speech rights.

DOI: 10.22034/ijwf.2023.14728.2026

Paper Type: Research

Data Received: 2022 / 11 / 20 Data Revised: 2023 / 04 / 28 Data Accepted: 2023 / 05 / 15

1 . Ph.D. in Law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)

Email: m.ghaemi313@gmail.com

ORKID ID: 0009-0000-5130-538x

2.Ph.D. in Law, Islamic Azad University, Rafsanjan Branch, Kerman, Iran.

Email: lorinejad@gmail.com

ORKID ID: 0000-0002-7986-7867

3. Ph.D. Student in Criminal Law and Criminology, Ayatollah Haeri Yazdi University, Meybod, Iran.

Email: aghai.somayeh@yahoo.com

ORKID ID: 0009-0004-1811-4951

۱. مقدمه

با نگرش عمیق به پدیده معلولیت روشن می‌شود که این پدیده، محرومیت‌های گوناگونی برای افراد معلول دارد و فشارهای مختلفی بر آنها وارد می‌کند. معلولیت پدیده اجتماعی اجتناب‌ناپذیری است و اقلیت بزرگی را شامل می‌شود. از این رو، ضروری است نظم حقوقی متفاوتی از سایر افراد برای معلولان در نظر گرفته شود به‌ویژه آنکه اگر کودکی بر مقوله معلولیت افزوده شود اقتضات متفاوت‌تری را در پیشگاه قانون قرار خواهد داد. از جمله این مسائل، حضانت کودک معلول است که این مورد سه رویکرد و نظریه مطرح است: نخست، نظریه رفاه اجتماعی^۱ که برای معلولان امتیازات ویژه‌ای در نظر گرفته است تا آنها وضعیت رفاهی، اقتصادی و اجتماعی مطلوبی داشته و در تأمین نیازهای خود مشکلات کمتری داشته باشند. دوم، رویکرد برابرسازی فرصت‌ها^۲ است که بر آن است تا تمام اقدامات تقنینی، اجرایی و قضایی برای برخورداری افراد معلول از فرصت‌های برابر با سایر افراد جامعه داشته باشد و برای نیل به این مقصود در صورت ضرورت، سیاست‌های ترجیحی اتخاذ یا منابع بیشتری به این افراد اختصاص یابد. سوم، نگاه حقوق بشری به معلولان است که در آن حقوق اشخاص معلول که بخشی از نظام کلی بشرند در کنار اقلیت‌هایی مانند زنان و کودکان مورد توجه قرار گرفته است. (یوسفیان، ۱۳۸۷)

رویکرد سوم به‌طور خاص در کنوانسیون حقوق افراد معلول و در قالب روح حاکم بر آن مورد توجه قرار گرفته است. تبصره ماده یک کنوانسیون حقوق افراد معلول مصوب ۱۳ دسامبر ۲۰۰۶ در توضیح مفهوم کلیدی کودکان معلول می‌گوید: «افراد معلول، اشخاصی را که دارای آسیب دیدگی‌های طولانی‌مدت جسمی، ذهنی، فکری و یا حسی هستند و تعاملشان با موانع مختلف از نظر مشارکت کامل و مؤثر بر اساس اصول مساوی با دیگران ممکن است مشکل‌آفرین باشد، شامل می‌شود». سازمان بهداشت جهانی با در نظر داشتن سه‌گانه اختلال، ناتوانی و معلولیت، معلول را با عبارات دقیق‌تری تعریف کرده است. بر اساس این تعریف، معلول فردی است که در اثر ضایعات، بیماری، حوادث یا کهولت، بخشی از امکانات بدنی یا روانی خود را به‌طور دائم یا موقت از دست داده و استقلال فردی او در آموختن یا فعالیت کم شده

1. Social Welfare
2. Equalization of opportunities

است. در این تعریف، معلولیت یعنی، فقدان یا کاهش فرصت‌ها برای سهیم شدن در زندگی اجتماعی در سطحی برابر با دیگران (ر.ک.، سازمان بهداشت جهانی و...، ۲۰۱۱). اعلامیه حقوق معلولان ۱۹۷۵ میلادی معلول را هر فردی معنا می‌کند که به صورت کامل یا جزئی به دلیل نقص مادرزادی یا غیرمادرزادی در توانایی‌های جسمی یا ذهنی قادر به رفع نیازهای یک زندگی عادی شخصی یا اجتماعی نباشد (ر.ک.، اعلامیه حقوق...، ۱۹۷۵)^۲. ماده ۱ سند کنوانسیون حقوق افراد معلول^۳ نیز معلول را فردی با نواقص پایدار فیزیکی، ذهنی، فکری یا حسی می‌داند که در تعامل با موانع گوناگون امکان دارد مشارکت کامل و مؤثر وی در شرایط برابر با دیگران در جامعه متوقف شود. از سوی دیگر، مفهوم کودک نیز در الحاق به مفهوم معلولیت براساس ماده ۱ کنوانسیون حقوق کودک، افراد انسانی زیر ۱۸ سال است مگر آنکه براساس قانون قابل اجرا، سن بلوغ کمتر تشخیص داده شود.

پژوهش حاضر تحلیلی- اسنادی بوده و با تمرکز بر مطالعات کتابخانه‌ای بر محور بررسی فرضیه تعارض حکمی [و نه از نظر مبنا] حقوق بشر با فقه اسلامی در حوزه حضانت کودکان معلول انجام شده است. حقوق افراد معلول از منظر حقوق بین‌الملل در پژوهش‌های متعددی بررسی شده است (ر.ک.، قادری سیدفاطمی، ۱۳۸۷؛ رضانی قوام‌آبادی، ۱۳۸۵) که با نگاه به حقوق بشر عام معلولان و بدون اشاره به قشر کودکان و نیز مسئله حضانت نوشته شده است. برخی دیگر از این آثار که در بررسی تطبیقی ایران و کنوانسیون حقوق افراد معلول تمرکز یافته‌اند نیز به ضرورت‌ها و نقایص تقنینی و اجرایی کنوانسیون در ایران پرداخته‌اند (ر.ک.، نصیب، ۱۳۹۰؛ توسلی نایینی، ۱۳۸۷؛ یوسفیان، ۱۳۸۷). از بین نوشته‌های موجود، برخی آثار، حقوقی مانند حقوق آموزشی کودکان معلول را بررسی کرده‌اند (ر.ک.، رضایی و السان، ۱۳۸۷) و به بررسی تطبیقی میان فقه با حقوق بشر توجه نداشته‌اند. ساختار این پژوهش‌ها نیز ابتدا مفهوم کودکان معلول را تحلیل و پس از آن، الگوواره‌ها و اصول حضانت معلولان در حقوق بشر و سپس در اسلام (همراه با تطبیق و مقارنه با حقوق بشر) بررسی شده است.

1. World Health Organization & World Bank
 2. Declaration on the Rights of Disabled Persons
 3. Convention on the Rights of Persons with Disabilities

۲. چارچوب نظری پژوهش

۱-۲. حضانت کودکان معلول از نظر اصول بنیادین حقوق بشر

۱-۱-۲. اصل تصمیم‌گیری حمایت‌شده

اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون حقوق افراد معلول هرکدام تصریح می‌کنند که حق به رسمیت شناختن برابر در برابر قانون همه‌جا قابل اجراست. بند ۲ ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مقرر می‌دارد که هیچ‌گونه انحرافی از این حق را حتی در مواقع اضطراری عمومی بر نمی‌تابد و به موجب بند ۴ ماده ۴ کنوانسیون، مفاد کنوانسیون حقوق افراد معلول از مقررات میثاق عدول نمی‌کند. نظریه شناسایی برابر در پیشگاه قانون براساس بند ۲۸ نظریه شماره ۱ کمیته حقوق افراد معلول در گروه دم و انحلال نظام تصمیم‌گیری جایگزین و نه توسعه نظام تصمیم‌گیری حمایت‌شده به موازات حفظ نظام تصمیم‌گیری جایگزین است. کمیته حقوق افراد معلول، یکی از شکاف‌های موجود میان اهداف ماده ۱۹ و دامنه اجرایی آن را محرومیت از ظرفیت قانونی (چه در اثر قوانین و چه رویه‌های رسمی یا در عمل) نسبت به تصمیم‌گیری جایگزین در مورد ترتیبات زندگی افراد معلول می‌داند. وفق تصریح کمیته حقوق افراد معلول، مدل حقوق بشر در حوزه افراد معلول همسو با الگوواره تصمیم‌گیری حمایت‌شده^۱ به جای تصمیم‌گیری جایگزین^۲ است؛ یعنی حمایت در استفاده از ظرفیت قانونی باید به حقوق، اراده و ترجیحات افراد معلول احترام بگذارد و هرگز نباید جایگزین تصمیم‌گیری وی شود (کمیته حقوق افراد...^۳ ۲۰۱۴). کمیته در بند ۲۰ ملاحظات کلی شماره یک مطرح می‌کند که تمام تضمین‌های مناسب و مؤثر برای اعمال اهلیت قانونی که در کنوانسیون ذکر شده است باید با تضمین احترام به حقوق، اراده و ترجیحات افراد معلول باشد و بتواند به طور برابر با دیگران از سوءاستفاده محافظت کند. براساس بند ۲۱ اگر تعیین اراده و ترجیحات فرد معلول عملی نباشد باید بهترین تفسیر از اراده و ترجیحات فرد معلول جایگزین تعیین بهترین مصالح وی شود.

در نظریه کلی شماره ۱ کمیته حقوق افراد معلول در بند ۲۷ در توضیح ویژگی‌های

1. Supported decision making
2. The substitute decision-making paradigm
3. Committee on the Rights of Persons with Disabilities.



نظام تصمیم‌گیری جایگزین آمده است: «نخست، اهلیت حقوقی از یک شخص معلول سلب می‌شود؛ دوم آنکه، تصمیم‌گیرنده جایگزین می‌تواند توسط شخصی غیر از شخص مربوطه منصوب شود و این می‌تواند برخلاف میل او انجام شود؛ سوم آنکه، هر تصمیمی که توسط یک تصمیم‌گیرنده جایگزین گرفته شود اگرچه براساس تصور او باید در راستای بهترین منافع فرد مورد نظر باشد، جلوی تصمیم‌گیری براساس اراده و ترجیحات خود شخص معلول را گرفته است». در این میان، کودکان با ناتوانی‌های شناختی یا روانی اجتماعی بیش از سایر معلولان در اثر محرومیت از ظرفیت قانونی و رژیم تصمیم‌گیری جایگزین ضربه می‌خورند. از دیگر خصایص نظام جایگزین تصمیم‌گیری افزون بر ناسازگاری با ماده ۱۲ کنوانسیون می‌توان به نقض حریم خصوصی کودکان معلول از سوی تصمیم‌گیرندگان جایگزین به دلیل دسترسی به طیف گسترده‌ای از اطلاعات شخصی اشاره کرد. بر این اساس در نظام تصمیم‌گیری حمایت‌شده، دولت‌های عضو باید از حمایت‌شدگی حریم خصوصی توسط والدین حاضن اطمینان حاصل کنند (کمیته حقوق افراد..... ۲۰۱۴، بند ۴۷، نظریه شماره ۱).

۲-۱-۲. اصل جایگزینی ترجیحات فرد به جای مصالح عالی

کمیته حقوق افراد معلول در بند ۱۶ نظر کلی شماره ۵ در سال ۲۰۱۷ مقرر می‌کند: «زندگی مستقل بدین معنی است که افراد معلول با تمام ابزارهای لازم قادر به اعمال انتخاب و کنترل بر زندگی خود و تصمیم‌گیری در مورد زندگی خود باشند. زندگی مستقل جزو اساسی استقلال و آزادی فرد است و لزوماً به معنای تنها زیستن نیست. همچنین نباید صرفاً به عنوان توانایی انجام فعالیت‌های روزانه توسط خود فرد تعبیر شود، بلکه باید به عنوان آزادی انتخاب و کنترل در راستای احترام به کرامت ذاتی و استقلال فردی که در ماده ۳ (الف) کنوانسیون تصریح شده است در نظر گرفته شود. استقلال به عنوان شکلی از خودمختاری شخصی به این معناست که فرد معلول از فرصت انتخاب و کنترل در مورد سبک زندگی شخصی و فعالیت‌های روزانه محروم نشود. از منظر کنوانسیون، زندگی مستقل به ترتیباتی خارج از مؤسسات مسکونی افراد معلول اشاره دارد چه آنکه منابع به جای ایجاد امکانات برای افراد معلول برای زندگی مستقل در جامعه در مؤسسات سرمایه‌گذاری می‌شود و این امر باعث رها شدن، وابستگی به خانواده، نهادینه شدن، انزوا و جداسازی شده است».

این کمیته در بند ۳ نظریه تفسیری شماره ۵، جایگاه اصل استقلال و شمولیت بخشی به معلولان در جامعه را تاحدی می‌داند که باید سایر اصول مندرج در کنوانسیون براساس این اصل و برای اجرای آن تفسیر شوند. همچنین، توانایی درک ترجیحات، انتخاب‌ها و تصمیمات، شرایطی ضروری برای کرامت انسانی و رشد آزادانه یک فرد معلول به شمار می‌آیند (کمیته حقوق افراد...، ۲۰۱۴، بند ۹، نظریه شماره ۱).

بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون حقوق کودک از کشورهای عضو می‌خواهد اطمینان حاصل کنند که کودک برخلاف میل آنها از والدین خود جدا نمی‌شود مگر در مواردی که مقامات ذی‌صلاح در بازنگری قضایی تعیین کنند که چنین جدایی برای بهترین مصلحت کودک ضروری است. کشورهای عضو این کنوانسیون باید به والدین و قیم قانونی در اجرای مسئولیت‌های خود در زمینه تربیت فرزند کمک مناسبی ارائه کنند. علاوه بر این، بند ۱ ماده ۲۰ مقرر می‌دارد: «نمی‌توان [یک] کودک را به طور موقت یا به طور دائم از محیط خانوادگی خود محروم کرد یا به نفع منافع شخصی خانواده‌ها در آن محیط باقی بماند و از حمایت و کمک ویژه‌ای برخوردار خواهد بود که توسط دولت ارائه می‌شود. دولت مطابق با قوانین ملی، مراقبت جایگزین را برای چنین کودکی تضمین می‌کند. مراقبت‌های جایگزین ارائه شده به دلایل ناتوانی، تبعیض‌آمیز خواهد بود»^۱. در ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک در قالب اصلی‌ترین سند حمایت از کودکان به موضوع منفعت کودک توجه شده و از عبارت بهترین منافع یا مصالح عالی‌ه کودک^۲ استفاده فراوانی شده است. کمیته حقوق کودک^۳ با تأکید بر بند ۱ ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک، این ماده را مقررهای اساسی در کنوانسیون خوانده و اذعان می‌کند که قاعده تأمین مصلحت کودک یکی از چهار اصل بنیادین کنوانسیون است و تمام حقوق کودک باید بر مبنای آن ارزیابی شود^۴، البته لفظ منفعت یا مصلحت در کنوانسیون به کلی و با ابهام بیان شده است تا شاید رهگذری بر این باشد که در سیستم‌های مختلف قضایی با توجه به شرایط موجود به صورت مقتضی قابل تفسیر باشد. در بازگشایی مفهومی چیزی که فاعلان

1. See: Convention on the Rights of the Child, Article 20: " 1. A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State...".

2. Best interests

3. Committee on Rights of the child

4. See: CRC\c\GC14, 29MAY2013.

حقوق کودکان (از والدین و نهاد قضایی) باید آن را لحاظ کنند کنوانسیون حقوق کودک، مصادیق بهترین منفعت کودک را در ذیل ماده ۳ تشریح کرده است: «نخست اینکه» در انجام هر اقدامی که به کودک ارتباط دارد چه در بخش عمومی، خصوصی، اداری، غیراداری و یا هر بخش دیگر، مراعات نفع و تأمین سلامت کودک بر سایر مسائل مقدم است. [دوم اینکه] دولت‌های عضو این کنوانسیون موظفند با رعایت حقوق والدین و یا سرپرست از کودکان حمایت کرده و اقدامات لازم قانونی را انجام دهند. [سوم اینکه] دولت‌های عضو کنوانسیون اطمینان می‌دهند که نهاد‌های متکفل حمایت کودک، استانداردهای تعیین‌شده مربوط به تعداد و تخصص نیروی شاغل و تکنیک‌های موجود در مؤسسات را دارند و به‌طور ویژه در حوزه ایمنی و بهداشت نظارت کافی وجود دارد^۱. مهمترین و رایج‌ترین منافع کودک در نظریه مشورتی شماره ۱۴ کمیته حقوق کودک عبارتند از: نظرات کودک و حق آزادی بیان او؛ هویت کودک از جمله سن، جنس، پیشینه شخصی و خانوادگی؛ مراقبت، نگاهداری و امنیت کودک؛ مقوله رفاه کودک؛ محیط خانوادگی، روابط خانوادگی و ارتباط با اعضای خانواده؛ ارتباطات اجتماعی کودک با گروه بزرگسال؛ وضعیت‌های حساسی مانند خطرات پیشروی کودک و راه‌های محافظت و تقویت توانمندی او؛ توانایی‌های کودک و حق بر سلامتی و تحصیل کودک. (کمیته حقوق کودک، ۲۰۱۳)

اصطلاح مصالح عالی‌ه کودک در بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون حقوق افراد معلول مطرح شده و بانام ملاحظه‌ای برتر^۲ در تصمیمات مربوط به کودک معلول مطرح شده است. کمیته CRC در تفسیر این اصل مقرر داشته است: «باید اقدامات مؤثر و ایجابی از سوی دولت، مجلس و دستگاه قضایی صورت گیرد» (کمیته سی‌ار سی، ۲۰۰۳^۴). باین وجود، معیاری برای تبیین مصالح عالی‌ه کودک معلول در CRPD ارائه نشده است، اما به نظر می‌رسد سه جایگاه در مورد این معیار قابل تصویر باشد: نخست آنکه، اصل مصلحت عالی‌ه همان است که در ماده ۳ کنوانسیون بیان شده است و تبیین مصادیق آن بسته به موضوع و فرهنگ کشورها متفاوت می‌شود. دوم آنکه، مصالح عالی‌ه شامل سه اصل دیگر کنوانسیون می‌شود و رعایت آنها در همه تصمیم‌گیری‌های مربوط به کودک لازم و ضروری است؛ سوم آنکه،

1. See: Convention on the Rights of the Child, Article 3.
 2. Committee on the Rights of the Child
 3. A Primary Consideration
 4. CRC Committee

همه مواد موجود در کنوانسیون، مصادیقی از مصالح عالی‌ه کودک بوده و ماده ۳ تنها این اصل را معرفی می‌کند. به عبارت دیگر، مصالح عالی‌ه بیانگر روح حاکم بر کنوانسیون بوده که در ماده ۳ تجلی یافته است (غنی‌زاده باقی، ۱۳۹۶). نکته دیگر در مورد مصالح عالی‌ه کودک معلول آن است که این مصالح در هر نوع از انواع معلولیت و آسیب‌پذیری‌ها متفاوت با سایر انواع آن است. براین اساس، سیاست‌گذاران باید به موقعیت آسیب‌پذیر کودک و سطح آسیب‌پذیری توجه کنند. بنابراین، بهره‌گیری از گروهی متشکل از رشته‌های مختلف برای شناسایی تاریخچه زندگی کودک و شخصیت و شرایط او ضروری به نظر می‌رسد.

۱-۳- اصل مشارکت و حق شنیده شدن کودک معلول

کمیته در بند ۱۳ با تمایز میان دو مفهوم اهلیت قانونی^۲ و اهلیت ذهنی^۳ بیان می‌کند که مورد اول به معنای مشارکت معنادار در جامعه است و براساس بند ۱۴ همین نظریه حقی ذاتی است، ولی مورد دوم به مهارت‌های تصمیم‌گیری یک فرد اشاره دارد که به طور طبیعی از فردی به فرد دیگر متفاوت بوده و متأثر از عوامل محیطی، اجتماعی و... است و نمی‌تواند دلیل مشروعی برای انکار اهلیت قانونی (اعم از مقام حقوقی فرد و نمایندگی حقوقی) قرار گیرد. در غیر این صورت با ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت منافات دارد. اهلیت حقوقی این حق را به شخص می‌دهد که با حمایت کامل سیستم حقوقی از حقوق خود برخوردار شود. اهلیت قانونی برای اقدام براساس قانون، آن شخص را عاملی با قدرت انجام معاملات و ایجاد، تغییر یا پایان دادن به روابط حقوقی می‌شناسد (کمیته حقوق افراد معلول، بند ۱۲، نظریه شماره ۱). براین اساس، مفهوم اهلیت قانونی، دو عنصر جایگاه قانونی برای داشتن حقوق و داشتن شخصیت حقوقی در برابر قانون را شامل می‌شود مانند داشتن شناسنامه و نیز عنصر نمایندگی قانونی برای اقدام در مورد آن حقوق و به رسمیت شناختن آن اقدامات توسط قانون. براساس گزارش کمیته در بند ۱۴ نظریه کلی شماره ۱، این عنصر دوم است که انکار می‌شود و در مورد افراد معلول کاهش یافته است.

کنوانسیون افراد دارای معلولیت در بند ۵ ماده ۱۲ این قید مهم را در مورد اقدامات

1. See: Committee on the Rights of the Children, Op.cit, p16.
2. Legal capacity
3. Mental capacity



سرپرست کودک معلول مقرر می‌کند: «کشورهای عضو باید اطمینان حاصل کنند که افراد معلول در کنترل امور مالی و دسترسی برابر به وام‌های بانکی، رهن و سایر اشکال اعتبار مالی و... خودسرانه از اموال خود محروم نمی‌شوند». کمیته حقوق افراد معلول در بند ۷ همان نظریه مقرر می‌کند: «کشورهای عضو [از جمله ایران] باید همه زمینه‌های قانون را به طور جامع بررسی کنند تا اطمینان حاصل شود که حق افراد معلول برای داشتن ظرفیت قانونی بر مبنای نابرابر با دیگران محدود نمی‌شود». این کمیته در بند ۲۶ نیز اعلام کرده است: «دولت‌های عضو باید قوانینی را که اجازه قیومیت را می‌دهد بررسی کرده و برای جایگزینی رژیم تصمیم‌گیری حمایت شده به جای تصمیم‌گیری جایگزین اقدام کنند». بر اساس بند ۲۲ دستگاه‌های قضایی باید تضمین‌های اعمال اهلیت حقوقی توسط معلولان یعنی، محافظت از ایشان در برابر نفوذ ناروا را در نظر گیرند. همچنین حق خطر کردن و اشتباه کردن را نیز برای معلولان شناسایی کند. بر این اساس، باید به جای سلب توانایی افراد معلول نسبت به مسائل مالی، حمایت از اعمال اهلیت قانونی صورت پذیرد. در مورد خدمات حمایتی ارائه شده به معلول نیز بر اساس بند ۱۶ و ۲۱ نظریه کلی شماره ۵ کمیته حقوق افراد معلول، باید این خدمات با رضایت وی ارائه شده و فرد معلول همیشه محور تصمیم‌گیری‌های مربوط به این خدمات باشد؛ یعنی هرگونه درخواستی باید به او ارائه شود و ترجیحات فردی وی مراعات شود. در بند ۵۶ نظریه آمده است: «دولت‌های عضو باید از نزدیک با طیف متنوعی از افراد معلول از طریق سازمان‌های نماینده خود در تمام جنبه‌های زندگی مستقل در جامعه مشورت و فعالانه مشارکت کنند».

بر اساس بند ۶۱ نظریه کلی شماره ۶ این کمیته باید از مشارکت کامل افراد معلول در فرآیند تصمیم‌گیری‌ها اطمینان حاصل شود.^۱ در ماده ۴ کنوانسیون نیز در راستای لزوم استماع و دخالت معلولان و کودکان معلول در تمام فرآیندهای تصمیم‌گیری مقرر شده است: «برای اجرای کنوانسیون حاضر در توسعه و اجرای سیاست‌ها و قوانین و سایر روندهای تصمیم‌گیری مربوط به افراد معلول، دولت‌های عضو از نزدیک با افراد معلول و کودکان معلول توسط سازمان‌هایی که نمایندگی آنها را به عهده دارند، مشورت نموده و آنها را به طور فعال به کار گیرند».

1. See: CRPD/C/GC/5, paragraph 61.

این بند ازسویی با بند h ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک مرتبط است که براساس آن همه تلاش‌ها برای حمایت از کودک باید برای افزایش ظرفیت‌های ایشان برای تصمیم‌گیری مستقل باشد، البته اجرای این امر ممکن است نیازمند ابزارهای کمکی، کمک‌های تعاملی و مفسران با سطح مهارت بالا باشد^۱. بدیهی است که تحقق این امر نیازمند حمایت از کودک و آموزش سایرین در جدی گرفتن دیدگاه‌های کودک دارد، ولی کودکان در رویه قضایی به حاشیه رانده می‌شوند و در مداخلات پزشکی نیز نظر ایشان و رضایتشان مورد بی‌توجهی قرار می‌گیرد.

در ماده ۳۳ کنوانسیون حقوق افراد معلول برای نظارت ملی بر اجرای کنوانسیون باید چارچوبی از جمله یک و یا چند سازوکار مستقل برای ارتقا و حمایت و نظارت بر اجرای کنوانسیون ایجاد شود. در این سازوکار نظارتی که بنابر کنوانسیون می‌تواند توسط یک رکن قضایی انجام شود (ماده ۱۲) در روند نظارتی، جامعه مدنی و به‌ویژه افراد معلول و سازمان‌هایی که نماینده آنهاست باید به‌طور کامل شرکت کنند. در بند ۵۶ نظریه کلی شماره ۷ کمیته حقوق افراد معلول تأکید شده است: «سیستم‌های نظارت و ارزیابی باید میزان مشارکت سازمان‌های افراد معلول را در همه سیاست‌ها و برنامه‌ها بررسی کرده و از اولویت دادن به دیدگاه‌های این افراد اطمینان حاصل کنند»^۲.

۴-۱-۲. حق بر زندگی خانوادگی کودک معلول

یکی از حقوق مهم در کنوانسیون حقوق کودک، حق بهره‌مندی از خانواده و قرارگرفتن در سرپرستی آنها، عدم جدایی از والدین، حفظ روابط شخصی و تماس مستقیم با والدین به‌طور منظم است. (وودهاوس^۳، ۱۹۹۹). در ماده ۵ کنوانسیون مسئولیت اولیه دولت در قبال کودک، احترام به نقش خانواده هسته‌ای و خانواده گسترده و اجتماعی است که کودک در آن زندگی می‌کند. ماده ۲۰ نیز اصل را بر لزوم عدم جدایی موقت یا دائم از محیط خانواده طبیعی گذاشته است (موسوی و ابراهیمی، ۱۳۹۹؛ توتونچیان و سرشار، ۱۳۹۹). در ماده ۲۳ کنوانسیون حقوق افراد معلول بانام احترام به خانه و خانواده برای جلوگیری از ترک، غفلت و تفکیک کودکان

1. See: UNGA, 2010, Para. 33/t
2. See: CRPD/C/GC/7
3. Woodhouse, B. B.



معلول از دول عضو خواسته شده است تا اطلاعات و خدمات لازم را به کودک و خانواده آنها بدهد. بند ۴ ماده ۲۳ نیز جدا کردن کودک از خانواده را در شرایطی که در راستای مصالح عالیه وی باشد تجویز کرده و جدایی از والدین را به دلیل معلولیت او یا والدین ممنوع می‌کند. بنابراین، حق بر زندگی خانوادگی به اندازه‌ای مهم است که در بند ۵ ماده پیشین، دولت‌ها مکلف شده‌اند در صورت ناتوانی والدین، کودکان را برای مراقبت‌های جایگزین در درون خانواده بزرگ‌تر و در غیر این صورت در جامعه در شرایط خانوادگی قرار دهند. با تحول در نظام حقوقی حضانت در کنوانسیون حقوق کودک، نظام حضانت با محوریت والد به نظامی با مرکزیت کودک و مصالح عالیه او تبدیل شد. چنان‌که بیان شد باید به این اصل در قالب الگوواره‌ای حاکم در تمام تصمیمات مربوط به کودک نگریست. بر این اساس، عمده راهکاری که در حوزه حضانت مناسب تشخیص داده شده است حضانت مشترک در برابر حضانت منفرد است که بر اساس آن، والدین هردو مسئولیت نگهداری و مراقبت از کودک را دارند. این رویکرد زمینه همکاری والدین را درباره مصالح عالیه کودک فراهم می‌کند. به گفته بسیاری از فُضات، کودکان تا زمانی که با هردوی والدین در ارتباط می‌باشند، سالم‌ترند (بث^۱، ۱۹۸۷).

۲-۲. نظام حقوقی حضانت کودکان معلول در اسلام

۲-۲-۱. اصل حیات خانوادگی کودکان معلول

در مورد حضانت بر کودکان معلول توسط پدر و مادر، ماهیت فقهی حضانت باید واکاوی شود، البته پیش از آن باید توجه داشت که اصرار اسلام بر انسجام خانواده و پیشگیری از وقوع طلاق بنا بر حکمت‌هایی مانند اثرگذاری بر سرنوشت کودکان، نهی ارشادی شده و مغبوض است. در مورد ماهیت حضانت در نصوص فقهی، حضانت هم حق و هم تکلیف قلمداد شده است. (شهید اول، ۱۴۱۴ ه.ق، ۱/۳۹۶). اکنون سخن این است که آیا ماهیت حضانت در مورد کودکان معلول، طبیعت و موضوع حکم جداگانه‌ای است یا خیر (فارغ از آنکه حضانت از جمله ولایت دانسته شود و یا غیر آن). به نظر می‌رسد که اگر بتوان معلولیت فرزند و سختی شرایط نگهداری ایشان را مصداق اضطرار قرار داد با توجه به آنکه به تعبیر شیخ انصاری این قاعده مضطر را از موضوع حکم خارج می‌کند (ر.ک.، انصاری، ۱۴۱۹ ه.ق، ۲/۲۸)

1. Beth I. M.

امکان سلب حضانت از سوی حاضن در موارد معلولیت شدید شناسایی شود. براساس آیه: «لَا تَضَارُّ وَالِدَةَ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بَوْلِدِهِ» (بقره: ۲۳۳) باید در اتخاذ راهکار مناسب و متوازن تلاش کرد به طوری که کودک نه ضار واقع شود و نه مضور.

در مورد حضانت افراد معلول باید توجه داشت که برخی نظرات، ماهیت حضانت را به طور کلی از قبیل حق اولویت برای والدین دانسته و در صورت پذیرش حضانت از سوی یک نفر این تکلیف از عهده پدر و مادر ساقط است و در غیر آن، واجب عینی بر ایشان خواهد بود. (نجفی، ۱۹۸۷/۳۱، ۲۸۴) در کتب فقهی در مورد بیماری حاضن و تأثیر آن بر سقوط حضانت بحث شده است، اما در مورد فرض نوشتار حاضر سخنی به میان نیامده است و به نظر می‌رسد عموماً اضطرار و عسر و حرج در اینجا جریان دارد. در اجرای قاعده باید توجه داشت که میان ضرر ناشی از حضانت با ضرر ناشی از رها کردن فرزند^۱ و تکیه بر مؤسسات نگهداری معلولان نسبت سنجی شده و اهم و مهم صورت گیرد. توانمندسازی خانواده‌های معلول توسط حاکمیت نیز باعث عدم صدق شرایط اضطرار بر مورد می‌شود. کنوانسیون حقوق کودک جداسازی کودکان از والدین را فقط در صورت اقتضای مصالح کودک به رسمیت می‌شناسند^۲ و فرض عسر و حرج والدین را در نظر نمی‌گیرند.

برخی رویکردهای فقهی نیز مستند به اطلاق ادله حضانت و اجماع برآنند که در صورت حاصل شدن مقصود از حضانت که تسلط بر امور پرورشی و تربیتی طفل است دلیلی بر وجوب مباشرت پدر و مادر در حضانت وجود نداشته و در کنار اینکه حق حضانت از ایشان ساقط نمی‌شود، مباشرت در حضانت نیز برعهده ایشان نیست. (سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق، ۲۵/۲۸۰) براین اساس، حمایت قضایی باید در رفع این تراحم میان حق کودک معلول و نیز حق خانواده‌ها بنا بر آنکه بتوان حقی را نسبت به آنها در حضانت و سرپرستی از کودک معلول تصویر کرد و آن را تکلیف محض به شمار نیاورد، بتواند درعین حکم به حق بر خانواده برای معلول به توانمندسازی خانواده نیز توجه کند؛ زیرا کودکان معلول نیازمند توجه و مراقبت

1. See: <https://www.farsnews.ir/news/13970808000086>

2. See: Convention on the Rights of the Child, General Assembly resolution 44/25, adopted 20 November 1989, Article 9: "1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child..."

بیشتری ازسوی والدین، آن هم برای بازه زمانی طولانی تری هستند و این عوامل می تواند موجب ایجاد فشار برای خانواده ها و تأثیرپذیری روابط زناشویی و خانوادگی ایشان شود. براین اساس، حکومت ها باید تلاش کنند که از رهگذر توانمندسازی خانواده هایی که کودک معلول دارند وقوع حالت اضطرار و عسرو حرج برای خانواده ها را ممتنع و یا به تأخیر اندازند تا حق اساسی و بنیادین کودک معلول مبنی بر زندگی در خانواده از وی سلب نشود.

ولایت انگاری مقوله حضانت نیز می تواند به حمایت حقوقی سخت از بقای کودک معلول در محیط خانواده منجر شود. عبارت متواتر «مادام الولد فی الرضاع فهو بین الابوین بالسویة» در روایات (حرعاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۱۹۱/۱۵) که قابلیت طرح در قالب یک قاعده فقهی را دارد نیز می تواند حق بر زندگی خانوادگی کودک معلول را ترسیخ و تثبیت کند. باید توجه داشت که بالسویة در این عبارت برخلاف توجیه روایی برخی بزرگان مانند صاحب جواهر ناظر به این مطلب نیست که شیر از مادر باشد و پول از پدر. اگرچه امتداد این قاعده تنها نسبت به دوران شیرخوارگی کودک است، ولی نسبت به دوران پس از آن نیز نظام حضانت تک والدی با وجود تصریح در روایات، امری است که از دقت اجتهادی به دور است و باید تأملی دقیق بر آن داشت. در برخی روایات ناظر به حضانت تک والدی مانند روایت داود بن حصین (ر.ک.. حرعاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۱۹۱/۱۵) قیدی حاکم بر اولویت پدر یا مادر در امر حضانت مطرح شده است و آن بنا بر عبارت «الان ذلک اخیئر له و اقدم و ارفق به یترک من امه» مصلحت و منفعت طفل است. از این رو، حق زندگی خانوادگی کودک که در بسیاری از موارد نیز خواسته کودک و نیز مصلحت حتمی وی است باید ملاک تصمیم گیری در مورد او باشد.

مدلول متعارض روایات در مورد حضانت طفل، هرکدام دیدگاه یا نظریه ای در فقه امامیه دارد از جمله، تقدم مادر نسبت به پسر تا دوسالگی و نسبت به دختر تا هفت سالگی. در حالی که نسبت به برخی از این شیوه های جمع میان روایات متعارض، برخی فقها واکنش نشان داده اند و این قبیل جمع را فاقد مستند روایی و از نوع جمع تبرعی (سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق، ۲۵/۲۹۳) و یا استحسان عقلی فاقد ارزش دانسته اند (خوانساری، ۱۳۵۵؛ آشتیانی، ۱۴۰۷ ه.ق). با بررسی روایت های باب حضانت می توان دریافت که اصل تنافی میان مدلول این روایات

1. See: <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/mazaheri/feqh/91/920126>

وجود ندارد و همه این ادله، فقط به یک مناط کلی رهنمون می‌شوند که عبارت است از: لزوم انگاشت مصلحت کودک در هر مورد و روایات به ظاهر مختلف نیز هریک مانند قضایای خارجیه‌ای و قضایی هستند که از امام در مقام حل و فصل منازعه میان مردم و نیز تشخیص موردی مصلحت صادر شده‌اند. از این رو، قضایای حقیقیه‌ای نیستند که بتوان برای استخراج حکم به نص آنها عمل کرد. بر فرض آنکه چنین طبیعتی نیز برای این روایات در نظر گرفته نشود تعلیق مذکور در انتهای روایت داوود بن حصین نشان از حاکمیت و اصل بودگی مصلحت طفل در تعیین حاضن است و حکم کلی و تصمیم یکسان در مورد همه کودکان به اینکه «همه محکوم به حضانت مادران هستند» یا «همه محکوم به حضانت پدران هستند» و یا تفکیک سنی و یا جنسیتی در مقوله حضانت نمی‌تواند همه تفاوت‌ها را پوشش دهد. مصلحت نیست که با احکام کلی، تفاوت‌ها را از نظر دور داشت و حکم کلی بر همه مصادیق از جمله کودکان معلول جاری کرد. به نظر می‌رسد اختلاف در روایات نیز ناظر به اختلاف مصالح کودکان است.

ذکر این نکته نیز ضروری است که کنوانسیون حقوق افراد معلول و نیز کنوانسیون حقوق کودک در حوزه حق زندگی خانوادگی کودک به مقوله مراقبت‌های خانواده جایگزین و یا شبه خانوادگی بی‌توجه بوده‌اند. اگرچه اعلامیه اصول اجتماعی و قانونی سال ۱۹۸۶ درباره حفاظت و رفاه کودکان در ماده ۴ در پی نهاده‌سازی حقوقی این امر بوده است، جامعه‌شناسان و روان‌شناسان معتقدند که تبعیض در خانواده و زندگی با ناپدیری در فراهم کردن زمینه‌هایی مانند بزه و بزه‌دیدگی مؤثر است. (اشراقی، ۱۳۸۲) همسو با این مؤلفه، فقها در مورد خانواده‌ای که کودک باید در آن رشد کند نیز نکات قابل تأملی را مطرح کرده‌اند از جمله اینکه فرزند در همان خانواده نسبی خود زندگی کند. به عبارت دیگر، اولویت حضانت با مادر در صورت ازدواج با همسر دیگری غیر از پدر کودک ساقط می‌شود (مگر در صورت فوت پدر کودک) (آملی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۴۶۹/۲؛ حلی، ۱۴۰۷ ه.ق، ۴/۳)؛ چه آنکه ازدواج زن با شخص دیگری وی را به ادای حقوق زناشویی نسبت به مرد مشغول کرده و وی را از رسیدگی به امور کودک خود باز خواهد داشت (شهیدثانی، ۱۳۶۷). فقها در صورت نبود والد یا والدین با سپردن حضانت به جد پدیری یعنی، خویشاوند والدین، خانواده جانشین دیگری را برای کودک در نظر



گرفته‌اند. در صورت نبود هیچ‌یک از مراتب شایسته حضانت در فقه، اولویت بخشی اعطای حضانت به خویشاوندان والدین کودک و در صورت نبود این مرتبه نیز فرزندخواندگی و اعطای سرپرستی به خانواده جانشین، حق کودک بر زندگی خانوادگی را بهتر می‌تواند تأمین کند. بنابراین، زندگی در یک مؤسسه مناسب دولتی باید از نظر اولویت در مرتبه متأخر از همه اینها قرار گیرد. در تعلیل نکات پیش‌گفته باید گفت که مقصد اساسی شارع و مذاق وی آن است که کودک معلول به دلیل شرایطی استثنایی تا حد ممکن، فضایی امن و پرمهر داشته باشد و نیازهای این کودک تنها در حد امکاناتی که بتواند وی را در شرایطی مثل دیگر کودکان سالم قرار دهد نیست، بلکه شرایط استثنایی وی، نیاز وی به محبتی از جنس محبت مادرانه و پدرانه را تشدید می‌کند که حتی پس از جدایی والدین از یکدیگر باید از راه ترتیبات ملاقات به صورت مستمر، مستقیم، شخصی و منظم تأمین شود.

۲-۲-۲. اصل مصلحت در رفتار با کودکان معلول

در مورد تفاوت موضع اسلام و حقوق بشر باید توجه داشت که برخلاف حقوق بشر که در این مورد به بهترین منفعت کودک توجه دارد، مصلحت در اسلام واژه‌ای تعلیمی است. این واژه واقعیتهایی مشتمل بر عدالت، حکمت، عدم مفسده و غبطه را ادا و از همه این مسائل نمایندگی می‌کند. (علی دوست، ۱۳۹۶) حقوق اسلامی، مصلحت را در زندگی مشترک کودک، معلول والدین وی می‌داند. در حقوق اسلامی در مورد جایگاه مصلحت، سه رویکرد وجود دارد: اول) نظریه نخست، اعمال ولایت بر صغیر را منوط به رعایت مصلحت می‌داند. بدیهی است که در این نظریه، انطباقی با رویکرد کنوانسیون‌ها دیده نمی‌شود و مصلحت نه در قالب قاعده و نه شرط و نه الگوواره ملاحظه نمی‌شود. در این نظریه برخلاف نظریات بسیاری از فقها فقدان مفسده کافی است و نیازی به وجود مصلحت نیست (انصاری، ۱۴۱۱ ه.ق، ۱۵۲/۱؛ نجفی، بی تا، ۳۳۲/۴۳؛ آملی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۳۳۱/۲). بر اساس این نظریه، اطلاعاتی در ادله وجود دارد که دلالت بر عدم تقیید تصرفات حاضن و ولی به احراز مصلحت است (حراملی، ۱۴۰۹ ه.ق). در این نظریه، نیازی به تلاش برای جست‌وجوی بهترین منافع کودک معلول وجود نیست، بلکه همین‌که مفسده‌ای بر آن مترتب نشود کافی است. بر این اساس، نیازی به شنیدن اظهار نظر کودک و یا هماهنگی با سازمان‌های توان‌بخش و یا سایر نهادهای فعال در حوزه معلولیت

و بهزیستی نخواهد بود، ولی به نظر می‌رسد با وجود آیات «لا تقربوا مال الیتیم الابالی هی احسن» (انعام: ۱۵۲) اطلاعات مدنظر نظریه اول، ناصحیح بوده و توهم خواهد بود (انصاری، ۱۴۲۲). دوم) در نظریه دوم، وجود مصلحت ضرورت دارد. (حسینی مراغی، ۱۴۱۸ هـ.ق؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ هـ.ق؛ حلی، ۱۴۱۰ هـ.ق) در همین نظریه که رعایت مصلحت را شرط اعمال حضانت قرار می‌دهد باید توجه داشت که فقها از واژه غبطه استفاده کرده‌اند (ر.ک.، محقق کرکی، ۱۴۱۴ هـ.ق). بنابر نتیجه ملاحظات لغت‌شناسی، واژه غبطه منتج بدان می‌شود که باید حاضن در اعمال حضانت رصد کند و منتظر عیان شدن مصلحت برای مراعات آن نباشد. این نظریه نیز مستند به اجماع (ر.ک.، انصاری، ۱۴۲۲؛ مراغی، ۱۴۱۷) و ظواهر ادله (ر.ک.، نجفی، ۱۳۶۷) است؛ چه آنکه متیقن از ادله ولایات، حصول اصلاح در نفس و مال به دست ولی است و اگر قرار بود که عدم مفسده کافی باشد نیازی به تشریح ولایت نبود.

سوم) در دیدگاه سوم که قابلیت طرح دارد غبطه و مصلحت خصلت الگواره‌ای در فقه خواهد داشت؛ یعنی که فراتر از قاعده بر سراسر فقه سایه افکنده و دین در چهارچوب آن فهم می‌شود و قوانین و مقررات و حمایت قضایی نیز اگر بدان منتهی شود، پذیرفتنی خواهد بود. این دیدگاه از نظر نتیجه، حتی آثاری فراتر از نتیجه رویکرد دوم نسبت به کودکان معلول دارد.

۲-۳- توجه به ترجیحات معتبر کودک معلول

برخی از فقها مصلحت را امری شخصی و در حیطه تشخیص عرفی ولی قرار داده‌اند. (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ هـ.ق، ۲/۲۵۳) از این رو، مفهومی سیال، منعطف و نظارت‌گریز است و سخت می‌توان از رهگذر نظارت قضایی برای ارزیابی تصمیمات ولی و سایر سرپرستان کودک معلول، اقدامی دقیق و با ملاحظه مصالح کودک انجام داد. افزون بر مصالح شخصی هر کودک، مصالحی نوعی از نظر انسان بودن و داشتن غایات مشخص نیز وجود دارد که چنانچه از نظر فقهی به آن توجه شود، می‌تواند درجه‌ای از دغدغه‌های کنوانسیون حقوق افراد معلول و نیز مذاق شارع را مرتفع کند. در تعریف مصالح عالیله کودک معلول باید توجه داشت که تعریف این مناسبات از منظر کودک، والدین، قضات و فعالین حقوقی متفاوت است. از آنجاکه کودک معلول باتوجه به نوع و شدت معلولیت خود می‌تواند زندگی نباتی تا زندگی فعال و بانشاط



را تجربه کند (کمالی و ایران، ۱۳۸۲) قضات در زمان تعیین بهترین مصلحت کودک بر کاستی‌های والدین تمرکز می‌کنند و یا حتی بر حق فرد معلول بر خانواده درحالی‌که والدین ممکن است برای تعریف بهترین مصلحت کودک بر نیازهای کودک و توانمندی‌های خود برای رفع این نیازها و یا بالعکس بر رها کردن فرزند معلول تکیه کنند.

براساس آنچه گفته شد اگر رویکرد ضرورت احراز مصلحت و یا ماهیت الگوارگی مصلحت درپیش گرفته شود که در آن، رعایت مصلحت شرط اعمال حضانت است، باید حاضن در اعمال حضانت، غبطه را رصد کند و منتظر عیان شدن مصلحت برای مراعات آن نباشد. این منظور می‌تواند زمینه را برای لزوم همکاری والدین کودک معلول یا سرپرستان وی با دیگران و نیز توجه به اراده و ترجیحات فردی کودک معلول برای تشخیص غبطه فراهم و زمینه را برای نظارت قضایی بر تشخیص والدین و قیم کودک معلول تقویت کند. بدیهی است که در صورت عدم رعایت مصلحت، ولایت نفی خواهد شد چه آنکه ولایت مشروط به رعایت مصلحت مولی علیه است. بنابراین، همه این گزاره‌ها به نوعی هادی ولی برای احتراز از یک جانبه‌گرایی و تک‌روی در تشخیص مصلحت کودک معلول خواهد بود. مصلحت مورد نظر در فقه اسلامی مصلحت دائمی است و نه مصلحت بدوی که استمرار نداشته باشد. دوم اینکه، از شرایط قابلیت اعمال بهترین منفعت در فقه اسلامی ضرری نبودن آن است. براساس قاعده اهم و مهم که تقییدی بر منفعت است باید به اهم عمل کرد. این نکته نیز ضرورت دارد که مفهوم منفعت و بهترین آن، امری تشکیکی، طیفی و تفسیربردار بوده و از جامعه‌ای به جامعه دیگر و از زمانی به زمان دیگر تغییرپذیر است. سوم اینکه، باید توجه داشت برخی از فقها به عدم نفوذ تصرفات ولی نسبت به زمان بعد از بلوغ معتقدند هرچند مصلحت فعلی یا آینده مولی علیه نیز مراعات شده باشد (ر.ک.، شهیدثانی، ۱۴۱۴هـ.ق؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹هـ.ق، ۵۸۵/۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ۹۹/۳؛ خویی، بی‌تا، ۱۴۷/۲). در این نظریه هرچند ترجیحات فردی کودک معلول لحاظ نشده باشد و یا وی در ترجیحات خود دچار تردید و تغییر دیدگاه شود، می‌تواند نسبت به اعمال حقوقی، بعد از بلوغ، فسخ را اعمال کند. وفق رویکرد دوم، چنان‌که مصلحت کنونی کودک معلول توسط ولی رعایت نشده باشد هرچند مصلحت آینده او مراعی باشد بعد از بلوغ، فرد معلول می‌تواند استمرار آن وضعیت حقوقی

را اجازه ندهد (ر.ک.، موسوی خمینی، ۵۷۵/۱، ۱۳۶۷؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ ه.ق، ۱/۳۶۳). نظریه سوم نیز قائل است که اگر در احراز مصلحت، مصلحت آینده کودک دیده نشده باشد یا براساس آن اقدام نشده باشد فرد معلول بعد از بلوغ می‌تواند آن اقدام را رد کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ ه.ق، ۳۱/۵).

در نظریه سوم مورد می‌توان وجه مشترک این چند نظریه را با تمرکز بر نقطه کانونی قائل شدن حق برای فرد معلول بالغ در مورد اظهارنظر در سرنوشت خود پذیرفت. اول، از باب مناسبت حکم و موضوع، ولی، ولایتی نسبت به منافع پس از زمان بلوغ ندارد و ولایت وی محدود به منافع زمان صغر است. (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹ ه.ق) دوم، اصل عدم ولایت کسی بر دیگری نیز مؤید لزوم شنیدن رأی کودک معلول پس از دوره بلوغ است؛ سوم، منافع بعد از بلوغ فرد معلول از اموال محجور نیست تا ولی بتواند در آنها تصرف داشته باشد و مبرهن است که حق تصرف ولی محدود به اموال محجور است (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹ ه.ق). شنیده نشدن اظهارنظر فرد معلول پس از بلوغ سلب حق از وی است که مشروع نیست. به موجب ماده ۱۲ کنوانسیون حقوق کودک، شنیده شدن کودک باید متناسب با میزان پختگی و فهم کودک باشد. سن پایین کودک و عدم بلوغ او نباید سبب کم‌اهمیتی گفتارش شود و او را از حق شنیده شدن محروم کند.^۱ در اسلام نیز تمایز میان کودک ممیز و غیرممیز در صحت و نفوذ تصرفات حقوقی (خوانساری، ۱۳۵۵، ۳/۷۷) همان اثردهی و ارزش‌گذاری حقوقی براساس میزان پختگی و درجه فهمی است که در کنوانسیون نیز ذکر شده است. حق شنیده شدن کودک در پی مرکزیت بخشیدن به کودک و شناسایی کودکان معلول در قالب دارنده حق است به طوری که قضات به صورت فعال، ادعاهای ایشان را بر مبنای حقوق مستقل شناسایی می‌کنند و نه آنکه گذرا از آن عبور کرده یا ناچیز به شمار آورند و یا آن را جزو حقوق و منافع والدین بدانند و بررسی کنند. فرض دیگر که می‌تواند بسته به پاسخ، تقدم یکی از دو اصل مطرح شده در نوشتار حاضر را سبب شود تزاخم میان ارزش‌گذاری تمایلات کودک و حق بر زندگی خانوادگی اوست. از نظر فقهی آیا می‌توان به اعراض کودک معلول از ولایت و حضانت والدین اثر حقوقی قائل شد؟

حضانت، ماهیتی مانند حق و تکلیف دارد و به نظر می‌رسد روی دیگر آن نسبت به

1. See: Children's Bureau. 'Determining the best interests of the child', Department of Health and Human Services, Child Welfare Information Gateway 2016, 3. Available at: www.childwelfare.gov.



کودک نیز چنین باشد و نمی‌توان با تمسک به اصل توجه به ترجیحات و اراده فردی کودک معلول، حضانت را قابل اعراض دانست. اگرچه فقها در مورد اسقاط حضانت از سوی والدین یا یکی از آنها بحث کرده‌اند، اما اعراض از آن از سوی فرزند موضوع بحث واقع نشده است. به نظر می‌رسد که مانند سایر تصرفات تا زمان بلوغ، این حضانت باید استمرار داشته باشد. توجه به این نکته نیز مهم است که اگر بتوان پیوند حضانت میان فرزند معلول با والدین را رابطه‌ای خصوصی دانست (نه چنان‌که مرتبط با حریم عمومی و حقوق عمومی باشد) در صورت اذن طرف مقابل (والدین و یا یکی از آنها که در آن زمان حاضن باشد) باید بتوان به رفع رابطه حضانت باور داشت. در این مورد دو مانع نقصان اراده حقوقی کودک و وجود حق برای ذینفعانی مانند والدین و یا یکی از آنها وجود دارد که با اذن ایشان، این دو مانع رفع می‌شود. بدین سان می‌توان به همسویی دو اصل حقوقی مطرح شده در حوزه کودک معلول (زندگی خانوادگی و توجه به ترجیحات فردی کودک معلول) دست یافت. فقها اذن ولی یا انجام امر به وکالت از سوی ولی را سبب نفوذ تصرفات کودک و این امر را قیدی بر اطلاق موجود در روایات مستفیضه‌ای مانند «إِذَا بَلَغَ وَكُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا» (حرعاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۱۸/۴۱۲) می‌دانند (ر.ک.، انصاری، ۱۴۱۱ ه.ق، ۳/۲۷۷). براساس این اطلاق، طفل وقتی بالغ شده و تکلیف بر او نوشته شود امر او جایز و مؤثر است مگر اینکه ضعیف یا سفیه باشد.

ادله ناهی از عدم اعتبار تصرفات حقوقی کودک ناظر به حوزه اموال و تجارت: «إِنْ أَنْتَمُمْ مَمْتَهُمْ رُشْدًا فَأَذْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نساء: ۶) و یا معلل به احتمال سرقت و اختلاط حلال و حرام در معامله کودک است. بدیهی است که این موارد در مسئله محل بحث جایی ندارد. می‌توان با اصل عدم شرطیت بلوغ در این اظهارات را که به نوعی اخبار از ضمیر کودک است و نه انشای مستقل، منتفی دانست. حق شنیده شدن کودک معلول، لوازم عقلی و عرفی متعددی دارد که براساس قاعده اذن و یا مقدمه واجب باید به رعایت آنها در خلال رسیدگی‌های قضایی در مورد حضانت توجه داشت به ویژه زمانی که بهترین منفعت کودک توسط دادگاه یا والدین تعیین می‌شود، کودک باید حق دریافت اطلاعات حقوقی به زبان کودکانه و دفاع را داشته باشد. حکم قضایی دادگاه در مورد حضانت باید حاوی مصلحت

کودک، آن هم به صورت جزئی، مستدل و همراه با توضیح در مورد کیفیت ارتباط تصمیم اتخاذ شده و نیز شیوه برقراری تعادل میان ملاحظات متعدد در زمان تصمیم‌گیری باشد. حق استیناف خواهی کودک در مورد اقدامات ولی یا استیناف از یک رأی و دسترسی به چنین امکاناتی نیز در کنار حق شنیده شدن کودک قرار می‌گیرد.

۳. بحث و نتیجه‌گیری

ذیل رویکرد حقوق بشری موضوعه و اسلامی به حضانت کودکان معلول می‌توان به این نتایج دست یافت که در هردو رویکرد، بدل از تمرکز بر معلولیت در قالب یک آسیب بر نیازهای کودک معلول به دلیل موانع موجود در جامعه و خانواده توجه شده است. در ارزیابی مسئله پژوهش حاضر می‌توان گفت که هردو نظام یعنی، نظامی حقوقی اسلام و حقوق بین‌الملل بر لزوم توانمندسازی خانواده معلول به دلیل پافشاری بر حق زندگی خانوادگی کودک معلول و بقای وی در بستر خانواده و رشدیابی و پرورش در محیط مشترک خانوادگی تأکید دارند. قاعده بالسویه در حوزه حضانت، ملاک عام و حاکم بهترین مصلحت طفل در تمام تصمیم‌گیری‌ها و سنخ واقعی و حقیقیه نبودن روایات ناظر به حضانت، نشان از لزوم توجه به نظام حضانت مشترک (حق ماندن کودکان معلول در فضای خانواده و یا شبه خانواده) و نیز اصل مصلحت در رفتار با اوست.

در حقوق بین‌الملل بشر، در نظر گرفته شدن اراده و ترجیحات شخص معلول و حصول اطمینان از مشارکت کامل افراد معلول از مهمترین الگوواره‌ها در حوزه حضانت کودکان معلول در فرآیند تصمیم‌گیری‌هاست؛ امری که به نظر می‌رسد با توجه به ولایت و حضانت مشروط به غبطه کودک معلول در فقه و بی‌اعتباری نسبی اظهارات کودک در فقه چندان نتواند با این گزاره حقوق بشر همسو تفسیر شود؛ به‌ویژه که تشخیص غبطه به نظر ولی است و چه بسا فهم وی از مصلحت با رأی کودک ناهمسو باشد. می‌توان گفت که فسخ‌پذیری اعمال ولی پس از دوره بلوغ و بیگانگی ادله بی‌اعتباری رأی کودک در مورد موضوع بحث، می‌تواند این نگاه سطحی را به چالش بکشاند و حق شنیده شدن اظهارات کودک را ثابت کند. بنابراین، در نگاه دقیق‌تر می‌توان به عنای نظام حقوق بشر اسلامی رهنمون شد چه



آنکه با وجود توجه نسبی به اعتبار اقوال کودک هم‌زمان نهادی به نام ولایت تشریح کرد که تمام اقدامات این نهاد مشروط به رعایت مصلحت کودک است و امکان فسخ این اقدامات پس از رسیدن به بلوغ وجود دارد. براین اساس، می‌توان نگاهی مجموعی و همه‌جانبه را در نظام حقوق بشر اسلامی یافت. در قضاوت نهایی به نظر می‌رسد که نظام اسلام در این حوزه از دونظر برتر و مقدم است: نخست، نظارت‌پذیری و قابلیت استیناف و واخواهی تصمیمات و مصلحت‌های اندیشه شده در مورد کودک معلول [با آنچنان شمایی که در متن بدان اشاره شد] و دوم، تحفظ اسلام بر بقای ارتباط کودک معلول با خانواده (تا سرحد عسر و حرج والدین) و گنجاندن رابطه حضانت در دوگانه حق - تکلیف و ولایت که هم حق کودک در ارتباط با خانواده حفظ شود و هم مصالح وی توسط حاضن اندیشیده شود و هم عسر و حرجی بر والدین روا نیاید و با فساد رویکرد، ولایت از حاضن سلب‌شدنی باشد. بنابراین، منظمه‌سازی و درکنار هم دیدن حقوق افراد مختلف و لحاظ کردن شرایط استثنایی، وجه دوم برتری نظام اسلام در این مورد است.

ازجمله پیشنهادات راهبردی این مقاله می‌توان به لزوم درج برتریهای نظام حقوقی اسلام در حوزه حضانت کودکان دارای معلولیت ذیل حق شرط ایران بر کنوانسیون حقوق کودک و حقوق افراد دارای معلولیت اشاره کرد. افزون بر اینکه می‌توان به ارائه موضع برتر اسلام در این مورد به مجامع جهانی تصمیم‌ساز نیز اقدام نمود. همچنین لزوم حرکت و تحفظ بر نظام حضانت والدینی و اصلاح قوانین هم‌مسو با مصالح کودکان دارای معلولیت در عین حمایت مالی حاکمیت نیز از دیگر پیشنهادات است.

فهرست منابع

- * قرآن کریم (۱۳۹۶)، مترجم: انصاریان، حسین. تهران: سازمان دارالقرآن الکریم.
۱. آشتیانی، میرزا محمود (۱۴۰۷ ه.ق). کتاب نکاح. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
 ۲. اشراقی، محمود (۱۳۸۲). بررسی علل و عوامل بزه‌دیدگی در خانواده. مجموعه مقالات اولین همایش تبیین علمی بزه‌دیدگان و راهکارهای پیشگیرانه. دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوراسگان.
 ۳. آملی، میرزا محمدتقی (۱۴۱۳ ه.ق). المکاسب والبیع. قم: النشر الاسلامی.
 ۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ ه.ق). کتاب المکاسب. قم: دارالذخائر.
 ۵. بحرالعلوم، محمدتقی (۱۴۰۳ ه.ق). بلغه الفقیه. تهران: المکتبه الصادق.
 ۶. توتونچیان، مهری، و سرشار، مینا (۱۳۹۹). حق بر زندگی خانوادگی کودکان در پرتو نظام حقوق بشر. نشریه حقوق کودک، (۲)۷، ۱۰۵-۱۲۳.

۷. توسلی نایینی، منوچهر (۱۳۸۷). تأملی بر حقوق معلولان از منظر کنوانسیون حقوق معلولان و سایر اسناد بین‌المللی. نشریه حقوق خصوصی، ۱۳(۵)، ۵۱-۸۲.
۸. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ه.ق). *وسائل الشیعه*. بیروت: احیاء التراث العربی.
۹. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۸ ه.ق). *العناوین*. قم: النشر الاسلامی.
۱۰. حلی، ابن فهد (۱۴۰۷ ه.ق). *المهذب البارع فی شرح مختصر النافع*. قم: النشر الاسلامی.
۱۱. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ ه.ق). *ارشاد الازدهان الی احکام الایمان*. قم: انتشارات اسلامی.
۱۲. خوانساری، سیداحمد (۱۳۵۵). *جامع المدارک*. تهران: الصدوق.
۱۳. خوبی، سیدابوالقاسم (بی‌تا). *المستند فی شرح العروه الوثقی*. بی‌جا: بی‌نا.
۱۴. رضایی، علی، و السان، مصطفی (۱۳۸۷). حقوق آموزشی کودکان معلول در ایران. نشریه پژوهش‌های حقوقی، ۱۳(۷)، ۲۲۱-۲۳۶.
۱۵. رضائی قوام‌آبادی، محمدحسین (۱۳۸۵). حمایت از معلولین در حقوق بین‌الملل. نشریه رفاه اجتماعی، ۴۱(۱۱)، ۳۰۷-۳۴۲.
۱۶. سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳ ه.ق). *مهذب الاحکام*. قم: المنار.
۱۷. شهیداول، محمد (۱۴۱۴ ه.ق). *القواعد والفوائد*. قم: چاپ حکیم.
۱۸. شهیدثانی، زین‌الدین (۱۳۶۷). *الروضه البهیة*. قم: جامعه النجف الدینیة.
۱۹. شهیدثانی، زین‌الدین (۱۴۱۴ ه.ق). *حاشیه الارشاد*. قم: تبلیغات اسلامی.
۲۰. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۶ ه.ق). *هدایه العباد*. قم: دارالقرآن الکریم.
۲۱. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۹ ه.ق). *العروه الوثقی*. قم: انتشارات اسلامی.
۲۲. علی دوست، ابوالقاسم (۱۳۹۶). *فقه و مصلحت*. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه.
۲۳. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹ ه.ق). *الاجاره*. قم: انتشارات اسلامی.
۲۴. غنی‌زاده بافقی، مریم، محقق داماد، سید مصطفی؛ روشن، محمد؛ انصاری، باقر (۱۳۹۶). *مصالح عالیة کودک در عهدنامه حقوق کودک، فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران*. نهمین کنگره ملی آسیب شناسی خانواده و پنجمین جشنواره ملی خانواده پژوهی. تهران.
۲۵. قاری سید فاطمی، محمد (۱۳۸۷). تحول گفتمانی؛ حق‌ها و آزادی‌های معلولان در آیین حقوق بشر معاصر. نشریه پژوهش‌های حقوقی، ۱۳(۷)، ۱۸۵-۲۰۸.
۲۶. کمالی، محمد. و ایران، فریبا (۱۳۸۲). مروری بر حقوق کودکان دارای ناتوانی و معلولیت. نشریه رفاه اجتماعی، ۲(۷)، ۹۳-۱۱۰.
۲۷. محقق کرکی، علی (۱۴۱۴ ه.ق). *جامع المقاصد*. قم: آل‌البيت (ع).
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ ه.ق). *انوار الفقاهه- کتاب البیع*. قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع).
۲۹. موسوی، فضل‌الله، و ابراهیمی، فاطمه (۱۳۹۹). بررسی جایگاه خانواده در نظام بین‌المللی حقوق بشر. نشریه *مطالعات حقوق عمومی*، ۲(۵۰)، ۴۹۱-۵۱۱.
۳۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۷). *تحریرالوسیله*. قم: دارالعلم.
۳۱. نجفی، محمدحسن (بی‌تا). *جواهر الکلام*. بیروت: احیاء التراث العربی.
۳۲. نصیب، محمدحسین (۱۳۹۰). نگرشی بر وضعیت حقوقی معلولان در ایران. نشریه حقوق اساسی، ۱۶(۸)، ۱۴۱-۱۶۸.
۳۳. وحید خراسانی، حسین (۱۳۲۸). *منهاج الصالحین*. قم: مدرسه امام باقر (ع).
۳۴. یوسفیان، الهام (۱۳۸۷). تأملی بر قانون جامع حمایت از حقوق معلولان در پرتو مقررات کنوانسیون حقوق اشخاص دارای معلولیت. *پژوهش‌های حقوقی*، ۱۳(۷)، ۲۰۹-۲۱۹.
35. Beth Isaacs, M. (1987). When Is a Parent Out of the Picture? Different Custody, Different Perceptions. *Family Process*, 26, 1- 30.
36. Children's Bureau (2016). *Determining the best interests of the child*. Washington, DC: Department of Health and Human Services
37. *Committee on the Rights of Persons with Disabilities* (2014). Eleventh session. General comment. No.1, Paragraph17.
38. *Committee on the Rights of Persons with Disabilities Eleventh session* (31 March -11 April 2014). General comment, No. 1

39. *Committee on the Rights of the Child* (2013). General Comment No. 14, Chapter V.A.1.
40. *Committee on the Rights of the Child* (2013). General Comment, No. 14 , Chapter V.A.1
41. *CRC Committee* (2003). General Comment No. 5 on general measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (on Articles 4, 42 and 44), UN Doc. CRC/GC/2003/5, Para. 6
42. *Declaration on the Rights of Disabled Persons* (1975, 09 December). General Assembly resolution 3447.
43. Woodhouse, B. B. (1999). *The Constitutionalization of Children's Rights: Incorporating Emerging Human Rights into Constitutional Doctrine*. JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW, 2(1), 1- 53.
44. World Health Organization & World Bank (2011). *World Report on Disability*. Available at: https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf accessed on 20. August 2020.
45. World Health Organization & World Bank (2011). *World Report on Disability*. Available at: https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf accessed on 20. August 2020.