

# نهاد ولایت بر کودک و خالها و چالش‌های آن در فقه و حقوق<sup>۱</sup>

فائزه عظیم زاده اردبیلی<sup>۲</sup>  
آلاسادات افقه<sup>۳</sup>

## چکیده

ولایت بر کودک یکی از موضوعات حقوق خانواده است که موجب مشکلاتی برای خانواده می‌شود. قانون مدنی، ولایت بر کودک را مختص پدر و جد پدری دانسته، مادر را از ولایت بر کودک محروم می‌شمارد. حال سؤال اساسی این است که آیا قوانین فعلی در زمینه ولایت بر کودک، تأمین‌کننده نیازهای خانواده و مطابق با مصلحت کودک و خانواده هست یا خیر؟ نویسنده در مقاله حاضر با بررسی شرایط کنونی خانواده‌ها، رعایت مصلحت کودک، و مدت حق حضانت مادر بر کودک که تا هفت سالگی است، عقیده دارد اگر حضانت با مادر و ولایت با پدر یا جد پدری باشد، موجب بروز مشکلات مضاعف در خانواده و به تبع آن خلاف مصلحت کودک خواهد بود. لذا با در نظر داشتن توسعه فرهنگی جامعه و حضور فعال زنان در جامعه کنونی ایران، و با در نظر داشتن تمامی جوانب، پیشنهاد می‌کند که قانون برای مادر نیز حق ولایت قائل شود و این حق مانند حضانت، مختص والدین باشد. وی معتقد است این امر سبب استحکام خانواده و تأمین‌کننده مصلحت کودک خواهد بود.

## واژگان کلیدی

ولایت بر کودک، حضانت، قیمومت کودک، مصلحت کودک، استحکام خانواده

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۴/۵/۱۳؛ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۵/۸/۱

۲- استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع) پردیس خاوران

azimzadeh@isuw.ac.ir

۳- دانشجوی دکتری مطالعات زنان دانشگاه ادیان و مذاهب قم (نویسنده مسئول)

alasadat.afghah@yahoo.com

## مقدمه

جامعه ایران و جایگاه اجتماعی زنان در دهه‌های اخیر دچار دگرگونی‌های فراوان شده، تفاوت‌های اساسی با گذشته پیدا کرده است. در جامعه کنونی، زنان نقشی فعال دارند و اعتقادات قدیم که زن را ضعیفه و موجودی می‌دانست که قدرت تعقل او نیز تحت تأثیر عاطفه‌اش بود، در جامعه کنونی متروک و برخلاف نظم عمومی جامعه تلقی می‌شود. نگاه به کودک و جایگاه او نیز در جامعه تغییر کرده است؛ اگر در گذشته مبنای روابط فرزند و والدین را سلطه و ریاست پدر یا مادر بر خانواده می‌انگاشتند، امروزه چنین نظراتی در حقوق، متروک و مردود است. بنابراین با تغییر و تحولات به‌وجود آمده در جامعه، و با توجه به پویایی فقه شیعه، انتظار می‌رود قانون‌گذاران در تدوین قوانین خانواده، تغییر و تحولات جامعه ایران را در مورد زنان و کودکان در نظر بگیرند. یکی از نهادهای حقوقی که با توجه به تحولات جامعه نیازمند به بازنگری است، موضوع ولایت بر کودک است. نبود اختیارات ولایی مادر، می‌تواند به زیان کودک و بنیان خانواده باشد. مبنای ولایت بر کودک در فقه، بیشتر مصلحت دانسته شده و در حقوق نیز همین مبنا در نظر گرفته شده است. می‌توان بر مبنای همین مصلحت، در حقوق امروز برای مادر نیز حق ولایت قائل شد. در همین راستا در مقاله حاضر، نخست به بررسی مفهوم‌شناسی مصطلحات مقاله پرداخته، سپس به بررسی فلسفه نهاد ولایت بر کودک، تفاوت ولایت قهری با دیگر نهادهای حمایتی کودک در فقه و حقوق، ولایت بر کودک در فقه و حقوق، مبنای ولایت بر کودک در فقه و حقوق، بررسی حق یا تکلیف بودن ولایت بر کودک، عدم ولایت مادر بر کودک و خلاها و چالش‌های ناشی از آن می‌پردازیم.

## بیان مسأله

امروزه کودک جایگاه ویژه‌ای در خانواده و جامعه دارد. تصویب قوانین بین‌المللی بسیار در زمینه حقوق کودک که نمونه بارز آن کنوانسیون حقوق کودک است، این معنی را می‌رساند که امروزه دیدگاه عموم در باره کودک تغییرات بسیاری با گذشته کرده است. در دین مبین اسلام نیز به کودک و حقوق او اهمیت فراوانی داده شده است. روایات فراوانی که در رابطه

با تعلیم و تربیت کودک، انفاق او و دیگر مسائل مربوط به او وجود دارد، حاکی از اهمیتی است که دین برای کودک قائل شده است. به‌عنوان مثال: «مردی از دنیا رفت، رسول خدا ﷺ از بستگان او پرسید با او چه کردید؟ گفتند: او را به خاک سپردیم. پیامبر ﷺ فرمود: اگر می‌دانستم، اجازه نمی‌دادم او را در قبرستان مسلمانان به خاک سپارید؛ زیرا فرزندان او را رها کرده است گدایی کنند». این خبر حاکی از آن است که پدر برای آینده فرزندان نیز باید اندیشه کند/مهریزی، ۱۳۹۰، ص ۳۵۵. یکی از نهادهای حمایتی کودک در حقوق، موضوع اداره کودک از لحاظ مالی و غیرمالی توسط اشخاص معینی است که در قانون مشخص شده‌اند. در حقوق ایران به تبعیت از فقه، این نهاد «ولایت بر صغیر یا کودک» نام دارد. نهاد حقوقی مزبور براساس این واقعیت است که انسان‌ها تا زمانی که به سن خاصی نرسیده‌اند که بتوانند واقعیت‌های اجتماعی را خود درک کنند، احتیاج به اشخاصی دارند که از آن‌ها در زمینه مالی و غیرمالی حمایت نمایند. به‌یقین، وجود چنین نهادی از ضروریات زندگی اجتماعی است؛ زیرا فقدان چنین نهادی سبب وارد آمدن آسیب‌های جبران‌ناپذیری برای کودک خواهد شد و هر شخصی در اجتماع به خود این اجازه را خواهد داد که از ضعف جسمانی، عقلی و... کودک به زیان وی و به‌نفع منافع خود استفاده نماید برای این‌که این نهاد کارایی مؤثر خود را در زندگی کودک و اجتماع داشته باشد باید قوانین به بهترین نحو چارچوب، حدود، افراد عهده‌دار این مسئولیت و... را با در نظر گرفتن مصلحت کودک، شرایط روز جامعه و تأیید شرع، مشخص نماید. در این راستا باید در نظر داشت که در دنیای جدید مفهوم خانواده از خانواده گسترده به خانواده هسته‌ای دگرگون شده است. اگر در گذشته، جد پدری در ولایت بر کودک با پدر برابری می‌کرد و فرهنگ جامعه این امر را می‌پذیرفت، در روزگار کنونی چنین چیزی متروک است؛ مثلاً وقتی پدر حضور داشته، توانایی اداره امور کودک را دارد، مطابق اخلاق حسنه<sup>۱</sup> جامعه چنین چیزی پذیرفتنی نیست که در امور مالی و غیرمالی کودک دخالت نماید. همچنین با وجود تغییراتی که درباره جایگاه زنان و کودکان در جامعه به‌وجود

---

۱- اخلاق حسنه عبارت از: «قواعدی است که در زمان و مکان معین، توسط اکثریت یک اجتماع، رعایت آن لازم شمرده می‌شود یا عمل به آن‌ها نیکو تلقی می‌شود و فاقد ضمانت اجرا می‌باشد».

آمده، متأسفانه هنوز بعضی دیدگاه‌های غلط درباره زنان وجود دارد که در تضاد با شخصیت زن است. به عنوان مثال این فرهنگ رایج در جامعه وجود دارد که وقتی پدر خانواده‌ای فوت کند و مادر، زنی جوانی باشد با فرزندی که هنوز به سن رشد نرسیده‌اند، همه از مادر می‌خواهند که فرزندان را به خانواده پدری سپرده، خودش زندگی جدیدی را شروع کند؛ یا در صورت جدایی زن از شوهر به مادر گفته می‌شود: زن جوانی هستی، فرزندان را به پدر واگذار کن و دنبال زندگی خودت برو، به گونه‌ای که تصور می‌شود فرزند تنها به پدر و خاندان پدری تعلق دارد. ولی عکس آن در جامعه وجود ندارد، اگر زن جوانی فوت کند، هیچ‌گاه به همسر این زن گفته نمی‌شود، فرزندان را به دیگری بسپار و دنبال زندگی خودت برو. در طلاق نیز چنین است؛ در حالی که فرزند به پدر و مادر به یک میزان احتیاج دارد، فرزندی که در صورت جدایی والدین یا فوت پدر از سوی مادر رها می‌شوند، به هر میزانی هم که در بزرگسالی پیشرفت کنند، در زندگی آن‌ها این خلأ وجود دارد که توسط مادر رها شده‌اند، اگر مادری هم نخواهد زیر بار چنین فرهنگ غلطی برود، باید همیشه برای هر تصمیمی که می‌خواهد برای آینده فرزندان بگیرد، این نگرانی را داشته باشد که به دلیل نداشتن اختیار اداره امور مالی و غیرمالی کودک خود، با موانع زیادی روبرو خواهد شد که این امر خود مستلزم صرف هزینه‌های مادی و معنوی بسیاری است. بنابراین انتظار می‌رود قانون‌گذار قوانین را به گونه‌ای وضع کند که ضمن احترام به شخصیت زنان و تأمین مصالح عالی طفل، در تقابل با چنین فرهنگ‌های غلطی، به بهترین نحو بتوانند فلسفه وجودی نهاد ولایت بر کودک را در عمل برآورده سازند؛ متأسفانه در مواقعی قانون‌گذار چنین انتظاراتی را برآورده نمی‌سازد؛ بلکه بعضی از مواد قانونی که در سال‌های اخیر وضع شده، در تأیید چنین فرهنگ‌های غلط جامعه است.<sup>۱</sup>

بنابراین، در مقاله حاضر به بررسی موضوع ولایت بر کودک و این که طبق نظر بعضی از فقهای بزرگ، مبنای ولایت بر کودک، مصلحت طفل است، می‌پردازیم و می‌گوییم همین

۱- به عنوان مثال می‌توان به ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده اشاره کرد که مطابق آن مقرر شده است: «حضانت فرزندی که پدرشان فوت شده با مادر آنهاست مگر آن‌که دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد».

مصلحت در جامعه کنونی ایجاب می‌کند که مادر نیز دارای اختیارات ولایی در امور مالی و غیرمالی کودک باشد. یقیناً چنین امری هم به مصلحت کودک است و هم احترام به شأن و منزلت مادر را در بر دارد. بعلاوه مقابله با این فرهنگ غلط است که کودک را تنها متعلق به پدر و خاندان پدری می‌داند.

## مفهوم‌شناسی مصطلحات

در این قسمت به بررسی مفهوم مصطلحات اصلی در مقاله پرداخته می‌شود.

### ۱- ولایت بر کودک

ولایت در لغت به معنی محبت و یاری رساندن است (زمیلی، ۱۴۰۹هـ.ج، ص ۷، ۱۹۰). همچنین ولایت عبارت از حاکمیت عقلی و شرعی بر نفس یا مال یا هر دو، نسبت به شخص دیگری بالاصاله یا بالعرض (بحرالعلوم، ۱۴۰۳هـ.ج، ص ۲۱). در حقوق، ولایت در روابط خانوادگی عبارت از اقتداری است که قانون‌گذار به منظور اداره مالی و گاه تربیت کودک (یا سفیه یا مجنونی که حجرشان متصل به زمان صغر است) به پدر و جد پدری اعطا کرده است (ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۰۲). قانون‌گذار نیز مواد ۱۱۸۰-۱۱۹۴ قانون مدنی را به بررسی این نهاد اختصاص داده است. اسباب ولایت در حقوق خانواده عبارتند از: صغیر بودن، سفاهت و جنون (در صورتی که عدم رشد یا جنون متصل به صغر باشد؛ مستفاد از ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی). در این مقاله تنها به بررسی ولایت قهری به سبب صغیر بودن (کودکی) پرداخته می‌شود.

### ۲- حضانت

حضانت در لغت به معنی پروردن است و در اصطلاح عبارت از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی است که قانون مقرر داشته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳، ص ۲۱۶).

### ۳- قیمومت

برای اداره امور صغاری که ولی قهری و وصی ندارند (ماده ۱۲۱۸ قانون منی) ... نماینده قانونی معین می‌شود که او را قیم می‌نامند و عمل ولایتی او را قیمومت نامیده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳، ص ۵۶۰).

### ۴- مصلحت کودک

مصلحت در لغت به معنای صلح، خیر و صواب است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ هـ ج ۲، ص ۵۱۷). هرچند پیرامون «مصلحت» نظرات متفاوتی در فقه هست (محمدی، ۱۳۸۳، ص ۲۳۵-۲۴۲)، فقهای امامیه نظریه جدیدی مطرح کرده‌اند بدین شرح که: مصلحت بر دو گونه است: یکی آن که عقل به‌طور قطعی آن را می‌فهمد و علم حاصل می‌شود که جامع تمام شرایط است و هیچ مانعی ندارد. چنین مصلحتی لازم‌الاتباع است و دیگر آن که عقل آن را به طریق ظنی می‌فهمد و قطع حاصل نمی‌کند و البته چنین مصلحتی حجت نیست (مکارم، ۱۴۱۱ هـ ج ۲، ص ۵۴۱). در این جا با توجه به معنای لغوی مصلحت که خیر و صواب است و معنایی که در فقه امامیه شرح آن آمد و گفته شد چیزی که عقل به‌طور قطعی می‌فهمد، می‌توان عنوان کرد: خیر و صواب کودک در این است که مادر نیز اداره امور مالی و غیرمالی کودک را بر عهده بگیرد. یقیناً مادر دلسوزتر از هر فردی نسبت به کودک است و در بیشتر مواقع، مادران غیر از خیر چیزی برای فرزند خود نمی‌خواهند.

### ۵- استحکام بنیان خانواده

استحکام بنیان خانواده بدین معناست که کلیه عواملی که سبب تزلزل و سستی بنیان خانواده می‌شود، با تدابیری برداشته شوند. یکی از این تدابیر، وضع قوانین مناسب با خانواده است.

### فلسفه نهاد ولایت بر کودک

ولی قهری شخصی است که به حکم قانون تعیین می‌شود و سمت خود را مستقیماً از قانون

می‌گیرد. ولایت او یک وظیفه خانوادگی و اجتماعی و به تعبیر دیگر اجباری است، نه اختیاری. شاید به همین جهت آن را قهری نامیده‌اند (صفایی، امامی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۶۱). ولایت قهری، به مفهومی که گفته شد، در همه کشورها وجود دارد و به تعبیر روشن‌تر، در همه کشورها شخص یا اشخاصی که به صغیر نزدیک هستند و به او دلبستگی و مهر فطری دارند، برای سرپرستی و اداره صغیر به حکم مستقیم قانون تعیین شده‌اند؛ چه طبیعت و فطرت آدمی و مصلحت طفل و جامعه اقتضا می‌کند که سرپرستی صغیر و اداره امور او حتی‌الامکان به اشخاصی که قرابت بیشتری با او دارند و به سرنوشت و خوشبختی او علاقه‌مند هستند، واگذار گردد. پس نهاد ولایت قهری یک نهاد حقوقی است که از طبیعت بشر و مقتضیات زندگی خانوادگی و اجتماعی سرچشمه می‌گیرد و از این لحاظ در همه کشورها پذیرفته شده است، اگر چه در تعیین اشخاصی که عهده‌دار این سمت هستند و چگونگی اعمال آن و نیز درباره محجورانی که تحت ولایت قهری قرار می‌گیرند، قوانین یکسان نیستند (همان، ص ۱۶۱-۱۶۲).

در حقوق ایران به تبعیت از فقه شیعه، تنها پدر و جد پدری اولیای قهری کودک هستند (مواد ۱۱۸۰-۱۱۸۱ قانون مدنی). در توجیه ولایت آنان این نظر وجود دارد که: اصولاً ولایت پدر بلکه جد از تأسیسات شرع نیست؛ بلکه امری عقلایی و ارتکاز فطری است. بلکه نفی ولایت برادر و عمو شرعی است ولی ولایت داشتن پدر سابقه‌دار است و تمدن بشریت یک نحوه ولایت و سرپرستی برای پدر نسبت به فرزند قائل بوده است (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ هـ ج ۱۲، ص ۴۱۸۶).

به این نظریه این انتقاد را می‌توان وارد کرد که می‌توان ولایت پدر را امری عقلایی و فطری دانست؛ ولی در رابطه با جد پدری نمی‌توان به فطری بودن و عقلایی بودن استناد کرد؛ زیرا ولایت داشتن جد پدری بیشتر برگرفته از شرایط جامعه پدرسالار بوده که در جوامع قدیم رواج داشته است.

یقیناً فطرت آدمی ترجیح می‌دهد که پدر و مادر در زمینه اداره امور کودک بر هر شخص دیگری ارجحیت داشته باشند. در جوامع کنونی نیز چنین امری مورد تأیید عقلاست.

در حقوق کنونی، مادر در هیچ فرضی ولایت قهری بر کودک ندارد. ایراد عمده‌ای که به

نهاد ولایت قهری در ایران می‌توان وارد آورد، نداشتن حق ولایت بر کودک برای مادر است. هرچند ولایت قهری داشتن پدر در حقوق قابل دفاع است، نداشتن حق ولایت قهری برای جد پدری قابل دفاع نیست؛ زیرا ولایت جد پدری در جامعه کنونی وقتی قابل تصور است که ولایت پدر به دلیلی از بین رفته باشد، در چنین مواردی، غالباً ولایت جد پدری در تعارض آشکار با حق حضانت و نگهداری مادر قرار می‌گیرد و نه تنها مفید نیست، بلکه به زیان کودک نیز هست.

در چگونگی مراتب ولایت قهری در فقه امامیه که حقوق ایران از آن اقتباس گردیده است، ولایت جد پدری مشروط به فوت پدر نشده است و هریک از پدر و جد پدری در ولایت بر کودک مستقل هستند؛ به نحوی که اگر هر کدام فوت کند ولایت مختص به دیگری خواهد شد؛ و هر کدام از آن‌ها برای صغیر یا صغیره مثلاً تزویج کند، دیگری حق برهم زدن آن را ندارد (گلپایگانی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲، ص ۱۵۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۵ هـ ج ۲، ص ۴۵۵). این امر مشهور بین فقهای شیعه است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ هـ ج ۲، ص ۲۶). در حقوق ایران به پیروی از فقه امامیه، پدر و جد پدری در عرض یکدیگر بر طفل و محجوران دیگر ولایت قهری دارند و ولایت هر یک بالاستقلال است و هریک از آنان در صورتی که ولی منحصر باشد، حق دارد از طریق وصیت به وصی منصوب تفویض ولایت کند (مواد ۱۱۸۰-۱۱۸۱ قانون مدنی).

## تفاوت ولایت ولی قهری بر کودک با دیگر نهادهای حمایتی کودک در فقه و حقوق

در فقه و حقوق سه نهاد حمایتی برای کودک وجود دارد که عبارتند از: ولایت، حضانت و قیمومت در این بخش، به بررسی تفاوت ولایت بر کودک با حضانت و قیمومت بر کودک خواهیم پرداخت.

### ۱- تفاوت نهاد ولایت و حضانت با یکدیگر

در فقه و به تبعیت از آن در حقوق، بین ولایت و حضانت تفاوت‌هایی وجود دارد. فقها حضانت را سلطنت بر تربیت طفل و متعلقات آن از قبیل محافظت و نگهداری او، خواباندن،



سرمه کشیدن، تمیز کردن، حمام کردن، شستن لباس‌هایش و مانند این می‌دانند/جبعی عامی، ۱۴۱۳هـ ج ۱، ص ۴۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ ج ۳۱، ص ۲۸۳). در حقوق نیز، مانند فقه، حضانت مربوط به نگهداری و تربیت فرزند است. در مباحث فقهی حضانت، تنها از پدر و مادر، وظایف آنها، سن حضانت فرزند برای آنها، موارد سقوط حضانت آنها و مانند این‌ها نام برده‌اند/نجفی، ۱۴۰۴هـ ج ۳۱، ص ۲۸۳). میرزای قمی در مورد حضانت پس از فوت پدر و مادر می‌گوید: بعضی گفته‌اند حق حضانت در شرع ثابت نیست مگر برای پدر و مادر، و بعضی زیادتی نصیب را در میراث مدخلیتی داده‌اند در اولویت. او سپس می‌گوید: اظهر قول اول است/میرزای قمی، ۱۴۱۳هـ ج ۴، ص ۳۵۵-۳۵۴، در حقوق نیز حضانت تنها به پدر و مادر اختصاص دارد/مواد ۱۱۷۹-۱۱۷۸ قانون مدنی).

در فقه، ولایت را ولایت بر نفس، مال و حقوق اطفال می‌دانند/انصاری شیرازی، ۱۴۲۹هـ ج ۱، ص ۵۲۵). در حقوق نیز ولایت ناظر به اداره امور طفل اعم از مالی و غیرمالی است/ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی<sup>۱</sup>. در فقه و به تبعیت آن در حقوق تنها پدر و جد پدری، ولی قهری طفل محسوب می‌شوند و هر دو در این ولایت با هم برابرند و مادر هیچ‌گاه چنین ولایتی بر طفل ندارد/انصاری شیرازی، ۱۴۲۹هـ ج ۱، ص ۵۲۹؛ بهجت، ۱۴۲۶هـ ج ۳، ص ۴۴۲). مگر آن که پدر یا جد پدری - در صورتی که تنها ولی قهری باشند - برای پس از فوت خود مادر را به عنوان وصی بعد از خود تعیین کنند. در این صورت، مادر را می‌توان مانند پدر و جد پدری، ولی خاص کودک نامید/۱۱۹۴ قانون مدنی<sup>۲</sup>. اختیارات ولی در حدودی خواهد بود که پدر یا جد پدری برای او تعیین می‌کند، و مادری که وصی منصوب از جانب پدر و یا جد پدری است، هیچ‌گاه جایگاه ولی قهری را در قوانین نخواهد داشت.

۱- ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی: «در کلیه‌ی امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه، ولی، نماینده‌ی قانونی او می‌باشد».

۲- ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی: «پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص طفل نامیده می‌شود».

## ۲- تفاوت نهاد ولایت با قیمومت

حقوقدانان قیمومت را نوعی ولایت دانسته‌اند که به منظور حمایت از کودکان و محجوران آغاز می‌شود. این ولایت نه قهری و به حکم قانون ایجاد می‌شود و نه قرارداد در استقرار آن نقشی دارد؛ سمتی است عمومی و قضایی که در آن شایستگی قیم بیش از هر شرط دیگر اهمیت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۴۴).

یکی از موارد نصب قیم مطابق قانون، زمانی است که صغیر ولی خاص ندارد (ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی).<sup>۱</sup>

بنابراین می‌توان گفت: تفاوت عمده ولایت و قیمومت این است که، ولایت اجباری است و کودک پس از تولد به خودی خود تحت ولایت پدر و جد پدری قرار می‌گیرد؛ در صورتی که شخص قیم توسط دادگاه تعیین می‌شود.

همچنین مطابق قانون، تنها پدر و جد پدری بر کودک ولایت دارند (مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی)، در صورتی که در مورد افرادی که اختیار قیمومت دارند، قانون‌گذار چنین محدودیتی قائل نشده است، اگرچه اقربا بر سایر افراد مقدم‌ترند (ماده ۱۲۳۲ قانون مدنی).<sup>۲</sup> و پدر و مادر تا زمانی که ازدواج نکرده باشد، بر تمامی اقربا نیز تقدم دارند (ماده ۶۱ قانون مدنی).<sup>۳</sup>

بنابراین مادر اگرچه هیچ‌گاه ولی قهری محسوب نمی‌شود، اما در صورت دارا بودن شرایط مطابق قانون بر هر شخصی بر قیمومت کودک ارجحیت دارد.

---

۱- ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی: «برای اشخاص ذیل قیم نصب می‌شود: ۱- برای صغاری که ولی خاص ندارند. ۲- برای مجانین و اشخاص غیررشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها بوده و ولی خاص نداشته باشند. ۳- برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها نباشد.

۲- ماده ۱۲۳۲ قانون مدنی: «با داشتن صلاحیت برای قیمومت، اقربای محجور مقدم بر سایرین خواهند بود».

۳- ماده ۶۱ قانون امور حسبی: «پدر یا مادر محجور مادام که شوهر ندارد با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم می‌باشد».

همچنین ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی درباره وظایف و اختیارات قیم مقرر می‌دارد: «مواظبت شخص مولی‌علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مولی‌علیه با قیم است».

بنابراین می‌توان گفت: وظایف و اختیارات قیم و ولی تا حدود زیادی باهم شباهت دارند، اگرچه در بعضی موارد تفاوت‌های عمده‌ای بین وظایف و اختیارات قیم با ولی وجود دارد. مانند اجازه ازدواج دختر که تنها پدر و جد پدری چنین اختیاری دارند (۱۰۴۳ قانون مدنی) و قیم نمی‌تواند دخالتی در این ازدواج داشته باشد.

## ولایت بر کودک در فقه و حقوق

این بخش از مقاله به بررسی شرایط و اختیارات ولی قهری می‌پردازد.

### الف- شرایط برای دارا شدن سمت ولایت قهری

#### ۱- وجود رابطه ابوت

فقها ولایت بر کودک را تنها مختص به پدر و جد پدری می‌دانند (حلی، ۱۴۲۰ هـ ج ۲، ص ۵۴۱؛ عاملی، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۵۵).

مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه، تنها کودک را تحت ولایت قهری پدر و جد پدری می‌داند.

مشهور فقها بر این عقیده‌اند که مادر پس از فوت شوهر ولایتی بر فرزندان صغیر خود ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۲ هـ ج ۱، ص ۲۹۰؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲، ص ۱۵۲؛ بهجت، ۱۴۲۶ هـ ج ۲، ص ۴۴۲)، صاحب جواهر در این قول از علامه حلی در تذکره و مجمع‌الفائده و البرهان محقق اردبیلی نقل اجماع کرده است و دلیل آن را روایات متواتر در مسأله اولیای عقد می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ هـ ج ۲۹، ص ۲۳۴). صاحب مجمع‌الفائده و البرهان می‌گوید: ما دلیل روشنی غیر از همان اجماع

---

۱- ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست...».

نمی‌یابیم (اردبیلی، ۱۴۰۳ هـ ج ۹، ص ۲۳۱). در تأیید ولایت پدر و جد پدری به سیره متشرعه و سیره عقلا نیز استناد شده است/ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ هـ ج ۱، ص ۳۶۴).

تنها تعداد اندکی از فقها از جمله ابن‌جنید قائل به داشتن اختیار ولایت برای مادر شده‌اند (شیرازی، ۱۴۱۹ هـ ج ۱، ص ۲۸۳۴، محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۵۹).

در مقابل، موافقان ولایت داشتن مادر بر کودک راجع به اجماع و روایات وارده انتقاداتی را وارد کرده‌اند از جمله این که اجماع مزبور مدرکی است و حجیتی ندارد و روایات نیز ارشادی هستند و می‌توان از آن‌ها عدول کرد (سعیدزاده، ۱۳۷۷، ص ۷). همچنین در رد سیره متشرعه و عقلا این استدلال وجود دارد که در میان عقلا رویه‌های گوناگون وجود داشته و در دوره‌های جدید، سیره‌های تازه و نوینی در این زمینه‌ها شکل گرفته است. تحولاتی که در قوانین رخ داده بسیاری از عادات و رسوم گذشته را ملغا کرده است. درباره سیره متشرعه نیز می‌توان استدلال کرد که برخی از این سیره‌ها قبل از اسلام نیز وجود داشته و تأیید اسلام به معنای پذیرش یک حکم قطعی تا ابد نیست که نتوان در آن تردید روا داشت (مهریزی، ۱۳۹۰، ص ۳۶۴). همچنین می‌توان در تأیید ولایت مادر و تقدم آن بر جد پدری به عموم آیه «و اولوالارحام بعضهم اولی ببعض فی کتاب الله» (انفال، ۷۵) استناد کرد.

## ۲- اهلیت

از جمله شروطی که فقها بر وجود آن در ولی اتفاق دارند، اهلیت است. ولی، باید بالغ و عاقل باشد. در این که آیا رشد و عدم سفاهت نیز علاوه بر امور مذکور شرط است یا خیر، میان فقها اختلاف است (شیرازی، ۱۴۱۹ هـ ج ۱۲، ص ۴۳۵۰). در حقوق نیز در مواد ۱۱۸۲ و ۱۱۸۵ قانون مدنی به موضوع اهلیت ولی اشاره شده است.

## ۳- مسلمان بودن

در فقه چنانچه مولی‌علیه مسلمان باشد، لزوماً ولی او نیز باید اهل اسلام باشد؛ در این مسأله اختلافی بین فقهای شیعه وجود ندارد (شیرازی، ۱۴۱۹ هـ ج ۱۲، ص ۴۳۵۰). قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۹۲ مقرر داشته است: «ولی مسلم نمی‌تواند برای مولی‌علیه خود

وصی غیرمسلم معین کند». پس به قیاس اولویت می‌توان چنین شرطی را در ولی نیز لحاظ کرد. بنابراین اگر مادر صغار اسلام آورد و پدر بر دین خود باقی بماند، فرزندان به تبعیت از مادر مسلمان می‌شوند و لذا پدر بر آنها ولایتی نخواهد داشت/بن‌رشد، ۱۴۱۵هـ ج ۲، ص ۴۷۰.

### ب- اختیارات ولی

ولی در کلیه امور مالی و غیرمالی صغیر اختیار تام دارد. در ماده ۱۱۸۳ ق. م. آمده است: «در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی‌علیه، ولی نماینده قانونی وی می‌باشد». ماده ۷۳ قانون امور حسبی در صورت وجود ولی قهری برای صغیر، دخالت دادستان را فاقد جاهت دانسته و مقرر می‌دارد: «در صورتی که محجور، ولی و وصی داشته باشد دادستان و دادگاه حق دخالت در امور او را ندارند». اگر چه ماده ۱۱۸۳ ق. م. صرفاً به اختیارات ولی در اداره اموال صغیر اشاره کرده است، اما ولی در کلیه امور غیرمالی صغیر نیز حق دخالت دارد/اسدی، ۱۳۸۶، ص ۴۶. از آن جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

- تزویج کردن طفل غیربالغ پسر یا دختر زیر سیزده سال؛ مطابق ماده ۱۰۴۱ ق. م. اصلاحی ۸۱/۴/۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به پانزده سال تمام شمسی منوط به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح است.

- اجازه خروج از کشور؛ خروج صغیر از کشور باید با اجازه ولی باشد. به این حکم در ماده ۱۸ قانون گذرنامه اصلاحی ۱۳۸۰/۳/۲۳ بدین صورت اشاره شده است: «اشخاصی که کمتر از ۱۸ سال تمام دارند و کسانی که تحت ولایت یا قیمومت می‌باشند با اجازه کتبی ولی یا قیم آنان...» می‌توانند از کشور خارج شوند.

### مبنای ولایت بر کودک در فقه و حقوق

درباره مبنای ولایت بر کودک در فقه و حقوق، یک نظر این است که مبنای ولایت بر کودک،

رعایت عدم مفسده است. یعنی کافی است عملی را که ولی برای مولى عليه انجام می‌دهد، عاری از هرگونه مفسده‌ای باشد و نیازی نیست که در آن مصلحت یا نفعی برای مولى عليه وجود داشته باشد. این نظر تنها رعایت عدم مفسده را برای ولی لازم دانسته و می‌گوید: ظاهر به‌خاطر اجماع و عمومات نفی‌ضرر است که ولی باید عدم مفسده در نکاح مولى عليه را رعایت کند (نراقی، ۱۴۱۵هـ ج ۱، ص ۱۶۷). بنابراین، تصرفات ولی اعم از آن است که تصرف دارای مصلحت یا خالی از مصلحت و مفسده باشد. به عبارتی دیگر شرط کافی در حکم جواز تصرف، فقدان مفسده است (انصاری، ۱۴۱۵هـ ج ۲، ص ۵۴۰؛ نائینی، ۱۴۱۳هـ ج ۲، ص ۳۳۱).

برخلاف نظر فوق، نظر دیگر این است که ملاک رعایت مصلحت صغیر است و ولی قهری باید بنگرد که چه چیزی به نفع مولى عليه است (طوسی، ۱۳۸۷هـ ج ۲، ص ۲۰۰؛ حلی، ۱۴۱۴هـ ج ۱، ص ۲۴۵؛ عاملی، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۶۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۲هـ ج ۲، ص ۲۶۶؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۴هـ ص ۳۳۸). شیخ طوسی درباره رعایت مصلحت در تصرفات صغیر توسط ولی می‌گوید: تصرف ولی در مال صغیر بر وجهی که هیچ بهره‌ای برای صغیر وجود نداشته باشد، تصرفی باطل است؛ زیرا این تصرف خلاف غرضی است که ولی به‌خاطر آن نصب شده است (طوسی، ۱۳۸۷هـ ج ۲، ص ۲۰۰).

اولویت این نظر براساس آیه ۱۵۲ سوره انعام است که می‌فرماید: «ولا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن». این آیه از نزدیک شدن به مال یتیم نهی فرموده است، مگر آن که تصرف، احسن باشد و از آن‌جا که تصرف خالی از مصلحت، تصرف احسن نیست و مصداق مستثنای آیه نمی‌شود، پس حرام خواهد بود (خویی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۲۳). در این باره می‌توان گفت: رعایت مصلحت در تصرفات ولی لازم است و زمانی که ادله ولایت اطلاقی نداشته باشد، باید به قدر متیقن اکتفا کرد و آن ولایت بر تصرفی است که در آن مصلحت باشد و در غیر آن صورت باید به اصل عدم ثبوت ولایت و عدم نفوذ تصرف رجوع کرد (حسینی شیرازی، بی‌تا، ص ۱۴۴).

محقق کرکی در جامع المقاصد نیز رعایت غبطه را در تصرفات ولی لازم دانسته، گفته است: ولی با رعایت غبطه تصرف می‌کند؛ اگر بدون رعایت مصلحت برای مولى عليه مالی بخرد، درست نیست و مال در مالکیت فروشنده باقی خواهد ماند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴هـ ج ۵، ص ۱۸۷).

در تأیید این نظر می‌توان گفت: ولایت اولیا امری عقلایی است و عقلاً مصلحت را عنصر اساسی می‌دانند. به تعبیر دیگر، اختیار ولی امری تبعیدی نیست، بلکه قاعده‌ای عقلایی است که ادله شرعی نیز آن را تأیید و امضا می‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ هـ.ج، ص ۴۳۳-۴۳۴).  
در حقوق نیز، مبنای ولایت بر کودک، مصلحت است، زیرا نمایندگی ولی قهری به منظور رعایت مصلحت مولی علیه است و به همین جهت نیز اختیار ولی محدود به کارهایی است که برای حفظ غبطه محجور انجام می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۲۲). ولی، تنها هر عملی را می‌تواند انجام دهد که غبطه مولی علیه در آن باشد، یعنی باید صرفه و مصلحت او اقتضا کند (امامی، ۱۳۹۰، ج ۵، ص ۲۲۴).

قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۸۴ صراحتاً رعایت غبطه کودک توسط ولی را لحاظ کرده<sup>۱</sup> و مواد ۱۱۸۵ و ۱۱۸۶<sup>۲</sup> نیز به‌طور ضمنی این رعایت را لحاظ کرده‌اند.  
بنابراین با توجه به نظرات فقهی و حقوقی و مبنای قانون در تدوین قوانین راجع به ولایت بر کودک می‌توان این نتیجه را به دست آورد که در زمینه ولایت بر کودک جنبه تکلیفی بودن آن برای پدر و جد پدری بیشتر مدنظر قانون‌گذار و فقها بوده است تا این که حقی برای ایشان ایجاد شود.

بنابراین می‌توان گفت: رعایت مصلحت کودک با توجه به توسعه فرهنگی جامعه و حضور زنان در جامعه ایجاب می‌کند که مادر نیز مانند پدر بر کودک ولایت داشته باشد، به‌ویژه که مادر دلسوزتر از هر شخصی به فرزند خود است. و این که اختیار ولایت بر

---

۱- ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی: «هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطه‌ی صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضایی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را به‌عنوان قیم تعیین می‌نماید...».

۲- ماده ۱۱۸۵ قانون مدنی: «هرگاه ولی قهری طفل محجور شود مدعی‌العموم مکلف است مطابق مقررات راجعه به تعیین قیم، قیمی برای طفل معین کند.».

ماده ۱۱۸۶ قانون مدنی: «در مواردی که برای عدم امانت ولی قهری نسبت به دارایی طفل امارات قویه موجود باشد مدعی‌العموم مکلف است از محکمه ابتدایی رسیدگی به عملیات او را بخواهد. محکمه در این مورد رسیدگی کرده در صورتی که عدم امانت او معلوم شد مطابق ماده ۱۱۸۴ رفتار می‌نماید.».

کودک، برای جد پدری در موارد فوت، نبود پدر یا از بین رفتن ولایت پدر یا دلایل دیگر با حضور مادر، در بیشتر مواقع تنها به دامن زدن اختلافات خانوادگی می‌انجامد، در بیشتر مواقع نیز تصمیم‌گیری جد پدری از دیگر اعضای خانواده‌اش مانند فرزندانش اثر می‌پذیرد و ممکن است برخلاف مصلحت کودک و استحکام بنیان خانواده باشد. با توجه به این که مطابق ماده<sup>۱</sup> ۷۳ قانون امور حسبی، دادستان و دادگاه هیچ‌گونه نظارتی بر کار جد پدری ندارد، این امر می‌تواند باعث سوءاستفاده مالی و تصرفات غیرقانونی در اموال کودک شود که یقیناً اثبات آن در عمل دشوار است و صرف هزینه‌های مادی و زمانی بسیاری را می‌طلبد. در صورت اثبات هم این احتمال زیاد وجود دارد که جبران خسارت کودک مواجه با حکم اعسار جد پدری شود.

### بررسی حق یا تکلیف بودن ولایت بر کودک

در موضوع ولایت بر کودک این سؤال مطرح می‌شود که ولایت بر کودک حق محسوب می‌شود یا تکلیف؟ درباره موضوع حضانت بر کودک، قانون‌گذار صراحتاً در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی<sup>۲</sup>، حضانت را حق و تکلیف ابویین دانسته است؛ در حالی که در موضوع ولایت بر کودک به حق یا تکلیف بودن ولایت اشاره‌ای نشده است. در مباحث پیشین گفته شد که مبنای ولایت بر کودک رعایت مصلحت کودک است و به تبع آن، ولایت در حقوق کنونی، بیشتر جنبه تکلیف به خود می‌گیرد تا آن که حقی برای شخصی ایجاد کند. اگر هم بخواهیم مانند حضانت، ولایت را نیز حق و تکلیف بدانیم، بی‌شک حق بودن آن، درباره پدر امری قابل دفاع است؛ ولی درباره جد پدری هیچ‌گونه قابلیت برای دفاعی ندارد؛ زیرا بدون شک مادر نزدیک‌تر از هر شخصی به کودک است و بدون هیچ تردیدی، نسبت به جد پدری احق می‌باشد.

۱- ماده ۷۳ قانون امور حسبی: «در صورتی که محجور ولی یا وصی داشته باشد دادستان و دادگاه حق دخالت در اداره امور او را ندارند و فقط دادرس بعد از رسیدگی لازم می‌تواند وصایت وصی را تصدیق نماید».

۲- ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است».



بنابراین باتوجه به موارد گفته شده، اگر بخواهیم نگاهی مانند حضانت به ولایت از منظر حق یا تکلیف بودن آن داشته باشیم، می‌توان گفت ولایت توأمان هم حق است و هم تکلیف؛ آن‌هم تنها در مورد پدر و مادر.

ممکن است این سؤال پیش بیاید که اگر ولایت، برای مادر تکلیف باشد، آیا تکلیفی مالایطاق یا مضاعف برای او نخواهد بود؟ در پاسخ می‌توان گفت: در مواردی که پدر و مادر بدون هیچ اختلافی در کنار هم زندگی کنند، به‌طور معمول با مشارکت یکدیگر امور مالی و غیرمالی کودک را اداره می‌کنند و برای مادر هیچ تکلیف سختی قابل تصور نیست. ولایت داشتن مادر، عملاً زمانی قابل تصور است که پدر و مادر از یکدیگر جدا شوند یا پدر فوت کرده باشد. در این حالات، اگر حضانت با مادر و ولایت با پدر یا جد پدری باشد، عدم ولایت مادر تکلیفی مالایطاق محسوب می‌شود؛ زیرا از یک‌طرف نگهداری کودک بر عهده مادر است و از طرف دیگر، مادر برای انجام امور مالی و غیرمالی کودک هیچ‌گونه اختیاری از نظر قانونی ندارد. همچنین برای این‌که انجام تکالیف حضانت برای مادر بدون عسر و حرجی باشد، دادن اختیارات ولایت قهری برای انجام آن ضروری است و تکلیفی مضاعف محسوب نمی‌شود.

حال ممکن است این سؤال پیش بیاید که آیا تغییر اولیای قهری از پدر و جد پدری به پدر و مادر امکان دارد یا خیر؟ در این مورد می‌توان گفت: حاکم اسلامی از باب احکام ثانویه با توجه به مقتضای زمان و مکان و با در نظر داشتن قواعد ثانوی مانند لاجرج و لاضرر می‌تواند ولایت قهری بر کودک را تنها به پدر و مادر واگذار نماید.

### **عدم ولایت مادر بر کودک؛ خالها و چالش‌های ناشی از آن**

همان‌گونه که گفته شد: در فقه و قانون مدنی تنها پدر و جد پدری بر کودک ولایت دارند و مادر هیچ‌گاه ولی قهری محسوب نمی‌شود. این امر در عمل سبب به‌وجود آمدن مشکلات و چالش‌هایی می‌شود؛ زیرا در فقه شیعه و قانون، ولایت بر کودک هم‌زمان با حضانت است (مهریزی، ۱۳۹۰، ص ۳۷۲). در جامعه شاهد این چالش هستیم که وقتی پدر و مادر از هم جدا می‌شوند، یا پدر فوت می‌کند، ولایت نداشتن مادر بر فرزند باعث عسر و حرج مادر و هم فرزند می‌شود.

همزمانی ولایت و حضانت گذشته از آن که دلیلی در منابع حدیثی و فقهی ندارد و گذشته از آن که عامه اهل سنت با آن مخالفند، سبب نزاع و مشاجره خواهد بود؛ زیرا سپردن کودک به مادر تا هفت سال به عنوان حضانت، با ولایت بر کودک که اعم از ولایت بر جان و مال است، به پدر قابل جمع نیست. با این فرض که پدر و مادر خود در حال مشاجره و نزاع به سر می‌برند و از یکدیگر جدا هستند (مهریزی، ۱۳۹۰، ص ۳۷۴). به عنوان مثال چنانچه طفل جهت درمان نیاز به عمل جراحی داشته باشد، رضایت ولی لازم است. همچنین اگر مادر به دلایلی قصد خروج از کشور داشته باشد، اذن خروج طفل با ولی است، چنانچه طفل مال و اموالی داشته باشد، اداره آن‌ها با ولی است. رفع چالش در این موارد بسیار مشکل می‌باشد؛ زیرا در جامعه ایران، والدین پس از متارکه هیچ‌گونه ارتباطی با یکدیگر ندارند و پدران نیز پس از ازدواج مجدد، غالباً فرزندان حاصل از ازدواج سابق را فراموش می‌کنند. بنابراین برقراری تعامل بین والدین طفل در اتخاذ تصمیم مناسب با در نظر گرفتن مصلحت طفل بسیار مشکل است. این مشکل آن‌گاه بزرگتر می‌شود که والدین هنوز خصومت‌های قبلی را فراموش نکرده باشند و بدین‌گونه کودک حق المصلحه اختلافات سابق والدین می‌شود. در مورد فوت پدر که مادر متکفل حضانت طفل است، چالش شدیدتر می‌شود؛ زیرا اختلافات ناشی از اختیارات تام جد پدری بر اموال صغیر مانع از آن است که توافق حاصل شود (اسدی، ۱۳۸۶، ص ۵۸).

رابطه بسیار نزدیکی بین ولایت و حضانت وجود دارد که گاه فهم قلمرو آن‌ها را با مشکل مواجه می‌کند. تداخل عمده بین این دو مفهوم در بحث «تربیت» پیش می‌آید. چنانچه ذکر شد، در تعریف حضانت به تکلیف «تربیت» نیز اشاره شده است؛ در حالی که مصادیق قابل توجهی از تربیت، بدون پشتوانه مالی قابل تأمین نیست. لذا این مشکل را به وجود می‌آورد که در صورت اختلافی شدن آن، حق با ولی است یا با مسؤول حضانت؟ این مشکل عملاً وقتی نمود پیدا می‌کند که حضانت با مادر و ولایت با پدر یا جد پدری باشد. و گرنه چنانچه ولایت و حضانت در شخص پدر یا جد پدری جمع شده باشد، عملاً اشکالی از این حیث قابل فرض نخواهد بود. به عنوان مثال، اگر حضانت با مادر باشد و او تشخیص دهد جهت تربیت شایسته طفل لازم است او در کلاس‌های خاصی شرکت کند و

ولی طفل به علت بار مالی آن مخالف باشد، در این صورت، تکلیف چیست؟ (بیگدلی، ۱۳۹۰، ص ۱۰).

برخی اظهار نظر کرده‌اند که تعیین تکلیف مسائل مربوط به تربیت در دوره حضانت بر عهده مسؤل حضانت است؛ زیرا اگر چنین نباشد و ولی فقط حق اظهار نظر در این گونه امور را داشته باشد، این بدان معنا خواهد بود که مادر، خدمت‌کاری بیش نباشد و بی آن که بتواند تصمیمی درباره تعالی و رشد کودک بگیرد، فقط مسؤل تغذیه، تمیز کردن، لباس پوشیدن و مانند این باشد که معنایی جز توهین به او ندارد (ایرانمنش، ۱۳۷۴، ص ۳۰).

این نظر از حیث نظری می‌تواند تاحدودی مؤثر باشد؛ ولی عملاً مشکلی را حل نمی‌کند؛ زیرا بسیاری از زنان خانه‌دار هستند و شغل و درآمدی ندارند، بنابراین تنها هزینه‌ای که در مدت حضانت صرف امور فرزند خود می‌کنند، نفقه‌ای است که از جانب ولی قهری دریافت می‌نمایند. در عمل هم کارشناسان نفقه دادگستری، میزان ناچیزی را به عنوان نفقه معین می‌کنند که این میزان عملاً برای نیازهای اساسی کودک مانند خوراک و پوشاک هم کافی نیست.

بنابراین حضانت مادر با توجه به همزمانی آن با ولایت، در عمل با چالش‌هایی روبرو است؛ زیرا معنای حضانت در جامعه امروزی تحول یافته است و صرفاً نگهداری طفل نیست؛ بلکه وظیفه تربیت و رشد استعداد های طفل با توجه به توسعه علوم و پیشرفت جوامع، گسترش یافته، اما افزایش این مسؤلیت با افزایش اختیارات حضانت کننده همراه نبوده است.

بنابراین در عصر جدید با سست شدن بنیاد نظام خانواده پدرسالاری و رواج روزافزون خانواده هسته‌ای، نظام قانون مدنی اشکالاتی پدید آورده است؛ زیرا جد پدری چه بسا با نوه خود در یک خانه و زیر یک سقف زندگی نکند و به اندازه پدر یا مادر به سرنوشت او علاقه‌مند نباشد، تا بتواند در اداره امور محجور با پدر برابری کند یا بعد از پدر، ولایت منحصرأ به او تعلق داشته باشد. همچنین دادن اختیارات بیشتر به مادر در اداره اموال و تربیت و مواظبت شخص صغیر یک نیاز اجتماعی است که تحولات جامعه و ساختار خانواده‌های ایرانی آن را ایجاب می‌کند؛ به‌ویژه آن‌که مادر دلسوزتر و فداکارتر از هر شخص دیگری به فرزند خود است (صفایی، امامی، ۱۳۸۱، ص ۱۶۸-۱۶۷).

همچنین نداشتن اختیارات ولایی برای مادر موجب می‌شود در صورت فوت پدر، این دغدغه وجود داشته باشد که جد پدری فرزند، هر زمان که بخواهد بتواند، با ابزار قانونی در زندگی آن‌ها دخالت کند. این واقعیت در جامعه وجود دارد که وقتی مادر خانواده‌ای فوت کند و فرزندان خردسال باشند، معمولاً پدر با ازدواجی دیگر سعی در بهبود وضعیت خود و فرزندان صغیر کند و هیچ شخصی اجازه دخالت در زندگی جدید آن‌ها را نداشته باشد؛ عکس این مورد در حالتی است که پدر خانواده‌ای فوت کند و فرزندان خردسال باشند و مادر عهده‌دار حضانت فرزندان شود. در این حالت، هر شخصی حتی کسانی که از نظر قانونی حق هیچ‌گونه دخالتی در زندگی این مادر و فرزندان را ندارند، با توجه به عرفی که در جامعه حکم‌فرماست، به خود اجازه می‌دهند در این زندگی همه‌گونه دخالتی داشته باشند. بنابراین از قانون‌گذار انتظار می‌رود با وضع قوانین مناسب سعی در از بین بردن عرف‌های غلطی که در جامعه وجود دارد، و در عمل سبب به وجود آمدن عسر و حرج و سختی برای خانواده می‌شود، بنماید. بعد از مرگ پدر، به یقین فرزند احتیاج بیشتری به محبت مادر خواهد داشت و در چنین شرایطی که مادر باید مسئولیت‌های بیشتری را برای آینده فرزندان متحمل شود، مجبور می‌شود بیشتر وقت و امکانات مالی خود را در دادگاه و در دعاوی که پس از مرگ شوهر با اقوام شوهر، به خصوص جد پدری پیدا می‌کند، صرف نماید. بنابراین با توجه به مشکلاتی که از عدم ولایت مادر بر فرزند وجود دارد، دادن اختیارات ولایی مادر بر فرزند، از ضروریات جامعه کنونی محسوب می‌شود. چگونه می‌توان به مقام مادری ارج نهاد در حالی که به مادر اجازه تصمیم‌گیری در امور مهم زندگی کودک را نداد و در نبود پدر، جد پدری را که یقیناً به اندازه مادر به سرنوشت کودک علاقه‌مند نیست، مسئول اداره امور کودک دانست. شرایط ممکن است دشوارتر از این‌هم بشود؛ زیرا قانون مدنی در ماده ۱۱۸۸<sup>۱</sup> اجازه تعیین وصی به اولیای قهری در صورت فوت دیگری را داده‌است که این شخص نیز مانند

۱- ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی: «هریک از پدر و جدپدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشد وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آن‌ها مواظبت کرده و اموال آن‌ها را اداره نماید».

اولیای قهری ولی خاص طفل نامیده می‌شود.

ماده ۱۱۹۰<sup>۱</sup> نیز به پدر و جد پدری این اختیار را داده است که به شخصی که به سمت وصایت معین کرده نیز اختیار تعیین وصی بعد از فوت خود را برای مولی‌علیه بدهد.

حال این احتمال وجود دارد که شخصی که ولی قهری به عنوان وصی برگزیده است، غریبه‌ای خارج از اقوام و خویشاوندان باشد؛ در صورت چنین شرایطی، اگر حضانت و نگهداری با مادر و اداره امور کودک مانند اداره دارایی کودک، اجازه خروج از کشور و ... با وصی منصوب از جانب پدر و جد پدری باشد، یقیناً چنین شرایطی سبب به وجود آمدن چالش‌های شدیدی برای خانواده خواهد شد؛ زیرا مادری که کودک را در حضانت خود دارد، مجبور خواهد شد حتی برای امور جزئی به وصی تعیین شده از جانب ولی قهری مراجعه کند. بنابراین در صورتی می‌توان به مقام مادری ارجح نهاد که در موارد حضور یا عدم حضور پدر، به مادر نیز اجازه تصمیم‌گیری در امور مربوط به کودک را بدهیم. نداشتن اختیارات ولایی برای مادر را بعضاً می‌توان نتیجه جامعه پدرسالار دانست که فرزند را تنها متعلق به پدر و اقوام پدری می‌داند. قانون‌گذار نمی‌تواند در برابر خالهایی که در عدم ولایت مادر بر کودک وجود دارد، بی‌تفاوت بماند. بنابراین قانون‌گذار باید برای تأمین مصلحت کودک و ارجح نهادن به شخصیت مادر، برای مادر نیز اختیارات ولایی در امور کودک قائل شود.

### یافته‌های پژوهش

۱- یکی از نهادهای حمایتی برای کودک در حقوق ایران، ولایت بر کودک است. این نهاد، یک نهاد حقوقی است که از طبیعت بشر و مقتضیات زندگی خانوادگی و اجتماعی سرچشمه می‌گیرد و از این لحاظ در همه کشورها پذیرفته شده است؛ اگرچه در تعیین

---

۱- ماده ۱۱۹۰ قانون مدنی: «ممکن است پدر و یا جدپدری به کسی که به سمت وصایت معین کرده اختیار تعیین وصی بعد از فوت خود را برای مولی‌علیه بدهد».

اشخاصی که عهده‌دار این سمت هستند و چگونگی اعمال آن و نیز درباره محجورانی که تحت ولایت قهری قرار دارند، قوانین یکسان نیست. در حقوق ایران، تنها پدر و جد پدری اولیای قهری کودک هستند و خلأ بزرگ این نهاد حقوقی این است که مادر بر کودک ولایت ندارد و این امر می‌تواند برخلاف مصلحت کودک و استحکام بنیان خانواده باشد.

۲- مبنای ولایت بر کودک بنا بر نظر حقوقدانان و نظری در فقه شیعه رعایت مصلحت می‌باشد.

۳- مصلحت کودک و استحکام بنیان خانواده اقتضا می‌کند که مادر نیز در اداره امور مالی و غیرمالی کودک نقش داشته باشد و به منظور استحکام بیشتر بنیان خانواده و رعایت مصلحت کودک، ولایت نیز مانند حضانت، تنها حق و تکلیف والدین باشد. در همین راستا حاکم اسلامی از باب احکام ثانویه با توجه به مقتضیات زمان و مکان و با در نظر داشتن قواعد ثانوی مانند لاجرح و لاضرر ولایت قهری بر کودک را تنها به پدر و مادر واگذار کند.



## منابع و ماخذ

### قرآن کریم

- ابن‌رشد، محمدبن‌احمد، *بدایه‌المجتهد و نهایه‌المقصد*، ۱۴۱۵هـ ق.م، دارالفکر  
ابن‌منظور، ابوالفضل، *لسان‌العرب*، ۱۴۱۴هـ ق.م، بیروت، دارالفکر للطباعة والنشر و التوزیع،  
چاپ سوم
- اردبیلی، احمد، *مجمع‌الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الانهان*، ۱۴۰۳هـ ق.م، دفتر انتشارات  
اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست
- اسدی، لیلاسادات، «*ظرفیت حکومت اسلامی و ضرورت ولایت مادر*»، بهار ۱۳۸۶، کتاب زنان  
(فصلنامه شورای فرهنگی - اجتماعی زنان)، شماره ۳۵
- امامی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، ۱۳۹۰، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ هفدهم
- انصاری، مرتضی، *مکاسب*، ۱۴۱۵هـ ق.م، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری،  
چاپ نخست
- انصاری شیرازی، قدرت‌الله، *موسوعه احکام الاطفال و ادلتها*، ۱۴۲۹هـ ق.م، مرکز فقهی ائمه  
اطهار علیهم‌السلام، چاپ نخست
- ایرانمنش، محسن، *حضانة اطفال*، ۱۳۷۴، تهران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه  
امام صادق علیه‌السلام
- بحرالعلوم، سیدمحمد، *بلغه الفقیه*، ۱۴۰۳هـ ق.م، تهران، منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم
- بهجت، محمدتقی، *جامع‌المسائل*، ۱۴۲۶هـ ق.م، دفتر معظم‌له، چاپ دوم
- بیگدلی، سعید، «*مشکلات و خلأهای قانونی نهاد حضانة در نظام حقوقی ایران*»، پاییز و  
زمستان ۱۳۹۰، دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره ۵۵
- جبعی عاملی، زین‌الدین، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، ۱۴۱۳هـ ق.م، مؤسسه المعارف  
الاسلامیه، چاپ نخست
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، ۱۳۸۳، تهران، گنج دانش، چاپ چهاردهم
- حسینی شیرازی، محمد، *القواعد الفقیهیه*، بی‌تا، بیروت، مرکز الثقافی الحسینی

حلی، حسن بن یوسف (علامه)، *تذکره الفقهاء*، قم، ۱۴۱۴هـ مؤسسه آل بیت علیهم السلام،

چاپ اول

\_\_\_\_\_ *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، ۱۴۲۰هـ قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام،

چاپ نخست

خامنه‌ای، سیدعلی، *اجوبه الاستفتائات*، ۱۴۲۴هـ قم، دفتر معظم له در قم، چاپ نخست

خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ۱۳۷۷، قم، داوری، چاپ نخست

زهیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، ۱۴۰۹هـ دمشق، دارالفکر، چاپ سوم

سعیدزاده، محسن، «*کودک، ولایت قهری و نظریه‌های فقهی*»، ۱۳۷۷، نشریه سلام، شماره

هفتم

شبیبری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، ۱۴۱۹هـ قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ

نخست

صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، *حقوق خانواده*، ۱۳۸۱، تهران انتشارات دانشگاه

تهران، چاپ سوم

طوسی، محمدبن حسن، *مبسوط فی فقه الامامیه*، ۱۳۸۷هـ تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء

الآثار الجعفریه، چاپ سوم

عاملی، سید جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، بی تا، بیروت، دار احیاء التراث

العربی، چاپ نخست

عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ۱۴۱۴هـ قم، مؤسسه

آل البیت علیهم السلام، چاپ دوم

کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (خانواده)*، ۱۳۸۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم

گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *مجمع المسائل*، ۱۴۰۹هـ قم، دارالقرآن الکریم، چاپ دوم

محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوقی خانواده نکاح و انحلال آن*، ۱۳۹۰، تهران،

مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم

محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، ۱۳۸۳، تهران، انتشارات دانشگاه تهران،

چاپ هفدهم



مكارم شیرازی، ناصر، *انوارالاصول*، ۱۴۱۱هـ ق، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ  
۱۴۲۴هـ انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ

نخست

موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریرالوسیله*، ۱۴۲۵هـ ق، دفتر انتشارات اسلامی وابسته  
به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ بیست و یکم

۱۴۲۲هـ تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ

نخست

مهریزی، مهدی، *شخصیت و حقوق زن در اسلام*، ۱۳۹۰، تهران، شرکت انتشارات علمی و  
فرهنگی، چاپ سوم

میرزای قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، ۱۴۱۳هـ تهران، مؤسسه کیهان  
نایینی، محمد حسین، *المکاسب و الیبع*، ۱۴۱۳هـ قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به

جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست

نجفی، محمد حسن، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ۱۴۰۴هـ بیروت، دار احیاء التراث  
العربی، چاپ هفتم

نراقی، احمد، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، ۱۴۱۵هـ قم، مؤسسه آل بیت علیهم السلام، چاپ  
نخست

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی