

بررسی فقهی و حقوقی وکالت بلاعزل در حضانت فرزند

محمد مهدی کریمی نیا^۱، رضوان حسنزاده آهنگر^۲، مجتبی انصاری مقدم^۳

^۱ استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم (نویسنده مسئول)
^۲ طلبه حوزه علمیه قم و فارغ التحصیل سطح دو مجتبع فقه، حقوق و قضای اسلامی
^۳ دکتری علوم قرآن و حدیث دانشگاه میبد، پژوهشگر مطالعات اسلامی و مدرس دانشگاه

چکیده

انسان ها برای دفع مخاطرات عقد جایز وکالت، گاهی به «وکالت بلاعزل» روی می آورند. از مواردی که، موضوع عقد وکالت بلاعزل قرار می گیرد؛ «حضانت فرزند» می باشد. ولی دغدغه ای که ذهن والدین را درگیر می کند آن است که این عقدنامه، چه میزان معتبر می باشد؟ آثار «وکالت بلاعزل» در «حضانت فرزند» از منظر فقه امامیه و حقوق ایران چیست؟ در ابتدا، به نظر می رسد هرچند وکالت بلاعزل در حضانت، می تواند صحیح باشد ولی چون هر لحظه موکل با انجام مورد وکالت، قادر است؛ دست وکیل را خالی بگذارد، ثمره عملی چندانی، برای وکیل ندارد. برای یافتن پاسخ این مسائل، از روش تحقیق کتابخانه ای و مراجعه به منابع معتبر فقهی و حقوقی بهره برده شد. نتایج این تحقیق آن است که اولاً: هم در فقه امامیه و هم در حقوق ایران اختلافات شدیدی در پذیرش یا عدم پذیرش وکالت بلاعزل در حضانت فرزند، وجود دارد. ثانیاً: رویه قضایی وکالت بلاعزل در حضانت فرزند را می پذیرد. ثالثاً: هرچند اصل بر این است که هرگاه این وکالت نامه ها برای ایجاد حق و یا با اخذ امتیازی منعقد شده باشند؛ نباید قابل تحدید باشند اما فقه و همینطور حقوق ما در این مورد نیز نظر واحدی ندارند و این مخاطره آمیز است. رابعاً: مصلحت کودک بر توافقات مقدم است. خامساً: از برآیند این تحقیق، نتیجه می شود که «وکالت بلاعزل حضانت فرزند» راه مطمئنی برای اخذ حضانت فرزند نمی باشد.

واژه‌های کلیدی: وکالت، حضانت، بلاعزل، حضانت فرزند

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

انسان‌ها برای مقاصد گوناگونی در امورات شخصی و اجتماعی زندگی‌شان به دیگران وکالت می‌دهند. طبق عقد وکالت، وکیل نایب موکل در زمینه‌ی موضوع عقد وکالت می‌باشد و تا زمانی که این عقد پابرجاست تمام اعمالی که وکیل به نیابت از موکل انجام می‌دهد؛ مسئولیت و حقوقش بر عهده‌ی موکل می‌باشد. اما چون وکالت عقدی جایز است و هر لحظه امکان فسخ آن از سوی وکیل یا موکل وجود دارد و این مخاطراتی برای هر یک از طرفین ایجاد می‌کند؛ گاهی مردم به وکالت بلاعزل روی می‌آورند. در این نوع از وکالت، امکان عزل وکیل یا انزال موکل یا هر دوی آنها، حسب مورد سلب می‌شود و این موجب استحکام بیشتر عقد وکالت بلاعزل نسبت به عقد وکالت ساده می‌باشد.

یکی از مواردی که امروز مشاهده می‌شود که موضوع عقد وکالت بلاعزل قرار می‌گیرد؛ مسئله‌ی حضانت فرزند می‌باشد. زوجینی که در اثر طلاق یا ... زندگی مشترکشان به پایان رسیده است؛ یکی از مهمترین دغدغه‌هایشان مسئله‌ی حضانت (نگهداری، حفظ و پرورش فرزند) می‌باشد. لذا گاهی در غالب عقد وکالت بلاعزل، به حل این مسئله می‌پردازند. اما اینکه آیا «وکالت بلاعزل» در «حضانت فرزند» از منظر فقه امامیه و حقوق ایران، پذیرفته شده است یا خیر، همچنان مورد بحث جدی فقها و محافل حقوقی است.

اهمیت مسئله‌ی آنجایی روشن تر می‌شود که دیده شده؛ متأسفانه با افزایش آمار طلاق در سالهای اخیر (خبرگزاری برنا، ۱۳۹۸ ش) مسئله‌ی حضانت فرزندان حاصل از زندگی مشترک، به دغدغه‌ی مهم بسیاری از زوجین تبدیل شده است؛ (خبرگزاری مهر، ۱۳۹۵ ش) که گاهی حتی با اعطای امتیازی به طرف مقابل درصدد اخذ وکالت بلاعزل در حضانت فرزند هستند.

بررسی این موضوعات که مبتلابه، مردم در دعاوی‌شان می‌باشد و زدودن غبار ابهامات و پاسخ به پرسش‌های بدون جواب آنها از هرگونه تضییع حقوق مردم، بویژه کودکان که در متن این ماجرا قرار دارند؛ جلوگیری می‌کند. و سوء استفاده‌گرانی را که درصدد؛ حيله‌گری کرده و ضمن اینکه برای انعقاد عقدی مثل وکالت بلاعزل در حضانت فرزند، امتیازات مهمی از طرف مقابل می‌گیرند؛ سپس با استفاده‌ی از خلاءهای قانونی و اختلافات فتاوا، راهکارهایی برای دور زدن طرف مقابل پیدا کرده و باوجود اخذ امتیاز، عقد را هم بی‌ثمر کنند؛ ناکام می‌گذارد.

البته در سال‌های اخیر، محققین توجه ویژه‌ای به این موضوع داشته‌اند و سعی نموده‌اند با مراجعه به منابع معتبر فقه امامیه و دکترین حقوقی به ابهام‌زدایی از موضوع بپردازند که از جمله‌ی آنها می‌توان به مقاله‌ی «بررسی فقهی حقوقی تاسیس وکالت بلاعزل» اثری از جناب آقای سیدمصطفی مصطفوی و نیز «سیاست‌گذاری نظام حقوقی ایران در قبال توافقات ابویین بر سر حق حضانت» که به قلم سرکار خانم فاطمه پورمسجدیان نگاشته شد؛ اشاره کرد.

اما با وجود کتب، پایان‌نامه‌ها و مقالات متعددی که به موضوع «وکالت بلاعزل» یا «حضانت» بطور جداگانه می‌پردازند؛ موفق نشدیم به موردی از پژوهش‌های علمی دست پیدا کنیم که به تلفیق این دو موضوع یعنی «وکالت بلاعزل در حضانت فرزند» که مبتلابه، بسیاری از زوجین و محاکم دادگستری می‌باشد پرداخته باشد. لذا وجه امتیاز این پژوهش بررسی امکان یا عدم امکان تلفیق این دو موضوع بعنوان یک نهاد حقوقی مستقل می‌باشد. از دیگر وجوه امتیاز این پژوهش استفتائاتی است که از مراجع معظم تقلید راجع به جزئیات این موضوع انجام داده ایم تا بر غنا و کاربردی بودن این تحقیق افزوده شود.

به نظر می‌رسد هر چند وکالت بلاعزل در حضانت می‌تواند صحیح باشد ولی چون هر لحظه موکل با انجام مورد وکالت می‌تواند دست وکیل را خالی بگذارد، ثمره‌ی عملی چندانی، برای وکیل ندارد.

۱. مفاهیم

برای ورود به مباحث اصلی این تحقیق، لازم است مفاهیم برخی از واژگان کلیدی را مورد بررسی قرار دهیم. دقت در مفاهیم کلمات «وکالت»، «وکالت بلاعزل» و «حضانت» که ارکان اصلی این تحقیق محسوب می‌شوند؛ خود هموار کننده‌ی مسیر نیل به پرسش‌های این پژوهش خواهد بود.

۱-۱. وکالت

واژه‌ی وکالت، به فتح و کسر واو، مصدر فعل (وَكَّلَ - يَكْلِلُ) است. در ریشه‌ی لغوی این واژه به نوعی، معنای عجز از انجام مستقیم کار نهفته است. (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ ق، ج ۳، ص ۶۳۶) و کلمه‌ی وکیل دارای معنای مفعولی از این مصدر است. یکی دیگر از معانی‌ای که لغویین برای واژه وکیل، مطرح نموده‌اند؛ «انسان با جرئت» است. (ابن سیده، ۱۴۲۱ ق، ج ۷، ص ۱۴۴).

شاید مشهورترین تعریف اصطلاحی وکالت، که از سوی فقها مطرح شده است؛ «نیابت در تصرف» باشد. (عاملی شهید اول، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۵۷) البته تعاریفات تفصیلی‌ای هم بیان شده است که از جمله‌ی آنها؛ «وکالت عبارت است از واگذاری کاری یا ارجاع ساماندهی و پیشبرد امری از امور به غیر تا در زمان حیات موکل به نفع وی انجام دهد.» (موسوی خمینی، بیتا، ج ۲، ص ۳۹) و «وکالت عقدی است جایز از سوی طرفین، که به مرگ هر یک باطل می‌شود و همچنین به جنون اطلاق و به ارتداد باطل می‌شود و با خواب معمولی و بیهوشی کوتاه باطل نمی‌شود.» (ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵ ق، ص ۳۱۹) می‌باشد.

حقوقدانان نیز با الهام از تعریف فقها و ماده‌ی ۶۵۶ قانون مدنی، وکالت را به «عقدی که به موجب آن، شخص به دیگری اختیار انجام عملی را به نام و به نفع خود می‌دهد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹ ش، ص ۷۸۵) تعریف نموده‌اند. ایشان در تالیف دیگری، وکالت را به دو نوع مطلق و مقید تقسیم می‌کنند؛ و وکالت مطلق را صرفاً مربوط به امور مالی موکل می‌دانند و تاکید دارند اموری چون حضانت اطفال موکل، داخل در چنین وکالتی نمی‌باشد. اما وکالت مقید آن وکالتی است که صرفاً برای یک عمل حقوقی خاصی منعقد شده باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱ ش، ص ۹۱۹-۹۲۰)

ماده ۶۶۲ قانون مدنی، برای موکل و وکیل در عقد وکالت، شرایطی را لازم دانسته است و آن اینکه موکل خود توان انجام مورد وکالت و وکیل اهلیت انجام آن را داشته باشند. پس بلوغ _ الا در مواردی که تصرفات نابالغ جایز است مثل قبول هبه _ عقل، قصد، اختیار و عدم حجر از شرایط وکیل و موکل است که البته هم ابتدائاً شرط است و هم استدامتاً. (خامنه‌ای، ۱۳۹۳ ش، ص ۲۶۵)

۱-۲. وکالت بلاعزل

پس از دانستن معنا و مفهوم وکالت، لازم است برای فهم معنای لغوی «وکالت بلاعزل» آن را تجزیه کنیم. این کلمه متشکل از حرف لای نافیه‌ی معترضه (ابن هشام، ۱۳۷۸ ش، ص ۲۳۷) و کلمه‌ی عزل می‌باشد. واژه‌ی عزل، «به معنای از کار برکنار کردن، بازداشتن از کار و بی‌کار کردن است.» (معین، ۱۳۵۰ ش، ج ۱، ص ۱۰۶۴) و وقتی با لای نافیه‌ی معترضه همراه

می‌شود معنای برکنار نکردن و باز نداشتن از کاری می‌دهد. از این رو ترکیب آن با کلمه ی وکالت معنای برکنار نکردن و باز نداشتن کسی از وکالت را خواهد داد.

اختلافی در دیدگاه فقهای متقدم و متاخر راجع به جایز بودن عقد وکالت وجود ندارد. و این مسئله ی مسلمی می‌باشد که هر یک از دو طرف می‌تواند آن را هر وقت که بخواهد؛ به هم بزند. (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ۲، ص ۳۶۸) اما جایز بودن عقد وکالت، منافاتی با لازم شدن و بلاعزل شدن آن ندارد مثل زمانی که در ضمن عقد لازمی این موضوع شرط شود. (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ ق، ج ۴، ص ۱۸۰) لذا در تعریف فقها از وکالت بلاعزل گفته شد: «زمانی که وکالت به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازمی شرط شود لازم می‌شود و موکل نمی‌تواند وکیل را عزل کند.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱، ص ۱۲۲)

اساتید حقوقی نیز در این باره بیان داشتند که: «امکان بر هم زدن وکالت را نباید مقتضای جوهر وکالت دانست» (کاتوزیان، ۱۳۸۰ ش، ج ۲، ص ۱۰۴) و افزوده شد که «جواز عقد وکالت جواز حقیقی است یعنی از قواعد آمره نیست پس می‌توان آن را مبدل به لزوم کرد هر چند که در وکالت بلاعزل هم، موکل حق دارد خود در مورد وکالت اقدام کند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱ ش، ص ۳۶۳)

۱-۳. حضانت

حضانت به در کنار گرفتن، زیر بال گرفتن، در دامن خود پروردن و پرورش دادن و بغل گرفتن کودک و دایگی کردن و پرستاری کودک معنا شده است. (دهخدا، ۱۳۴۱ ش، ج ۹، ص ۲۲۲۴)

در کتب فقهی در تعریف حضانت آمده است که: «حضانت یعنی ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و آنچه به تربیتش تعلق دارد؛ از جمله مصلحت حفظ کودک، او را در دامن گرفتن و سرمه کشیدن و نظافت کودک و شستن لباس و مانند این‌ها.» (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۲۸۳) و زنان نسبت به مردان لیاقت بیشتری در حضانت دارند به خاطر شفقت بیشتر و نوع خلقت شان. (عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۴۲۱) همچنین در تعریف دیگری آمده است که: «حضانت یعنی حفظ و پرورش نوزاد که برای نوزاد پسر تا دو سالگی و دختر تا ۷ سالگی حق مادر است به شرط آن که مسلمان و عاقل باشد و به دیگری شوهر نکرده باشد در غیر این صورت پدر مقدم است و پس از این سنین حضانت با پدر است تا فرزند به سن بلوغ و رشد فکری و جسمی برسد که پس از آن هیچ کس حق حضانت بر او را ندارد.» (صافی گلپایگانی، ۱۳۹۸، استفتاء اخذ شده) البته نظر فقهی دیگر که فعلا نیز مورد قبول قانون مدنی است؛ فرقی بین نوزاد پسر و دختر قائل نشده و حضانت هر دو را تا ۷ سالگی بر عهده ی مادر می‌داند. (شبیری زنجانی، ۱۳۹۸، استفتاء اخذ شده)

در کتب حقوقی نیز در تعریف این اصطلاح گفته شده است که: «حضانت نگاهداشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج است؛ با رعایت حق ملاقات که برای خویشان نزدیک طفل شناخته شده است.» (صفایی، ۱۳۹۴ ش، ص ۳۷۹)

۲. بررسی آرای فقهی و حقوقی مخالف با وکالت بلاعزل در حضانت فرزند

در فقه امامیه و حقوق موضوعه نظراتی وجود دارد که اصولاً وکالت بلاعزل در حضانت فرزند را نمی‌پذیرد. گاهی به علت اینکه اصلاً وکالت بلاعزل را قبول ندارند که این خود به دو علت است؛ علت مخالفت دسته ی اول به این خاطر است که جواز را جزو ذات عقد وکالت می‌دانند و دسته ی دوم به این ایراد می‌پردازند که چه از منظر فقه و چه از منظر حقوق، اصولاً امکان اسقاط

حق عزل وکیل، وجود ندارد. و گاهی نیز علت نپذیرفتن آن است که اصلا حضانت را قابل وکالت نمی دانند. که حال به تفصیل، این آراء مطرح خواهد شد.

۱-۲. عدم قابلیت بلاعزل شدن وکالت

آنچه که پیش از این راجع به عدم اختلاف در جایز بودن عقد وکالت مطرح شد و همچنین تعریف مشهور از وکالت که آن را استنباطی در تصرف، می دانند مبنای اصلی این اشکال است.

۱-۲-۱. ذاتی بودن جواز عقد وکالت

در این دیدگاه، عقد وکالت حدوثا و بقاا مبتنی بر اذن است. پس طبیعتا با از بین رفتن اذن، عقد وکالت هم منحل می گردد. همچنین اعمال وکیل به نام و برای موکل انجام می شود و تصور این انتساب تنها در صورتی است که اعمال وکیل همراه با رضایت موکل باشد. (مصطفوی، ۱۳۸۳ ش، ص ۷) پس جمع کردن بین مخالفت موکل با اعمال وکیل و به نام و منتسب به موکل بودن اعمال وکیل، یک تناقض آشکار است.

اشکال دیگر آن است که چطور می توان پذیرفت که با شرط کردن وکالت در ضمن عقد لازمی، جایز بودن که لازمه ی طبیعت عقد وکالت است دگرگون شده و تبدیل به عقد لازم می گردد؟ حال آنکه در این اختلافی نیست که به موت احدی از طرفین عقد وکالت، این عقد منحل می شود.

نهایت چیزی که می توان پذیرفت آن است که اگر وکالت در ضمن عقد لازمی، شرط شد و سپس موکل آن را بر هم زد؛ تخلف از تعهد کرده است و مرتکب فعل حرام شده است و وکیل می تواند عقد اصلی را بر هم زده و تقاضای خسارت نماید.

لذا در برخی فتاوا و پاسخ مراجع معظم به استفتائاتی راجع به امکان عزل وکیل از وکالتی که ضمن عقد لازمی منعقد شده؛ می بینیم که بیان داشته اند: «عزل تکلیفا حرام است و خلاف شرط، ولی پس از عزل منعزل می شود، چون وکالت از عقود اذنیه است و از حقیقت خود خارج نمی شود و لو آن را به شرط نتیجه غیر قابل عزل مشروط کنیم.» (اراکی، ۱۳۷۳ ش، ج ۱، ص ۱۷۱) همچنین یکی دیگر از فقهای معاصر در پاسخ به استفتاء مشابهی بیان می دارند: «اگر در ضمن عقد لازم شرط کرده باشد که وکیل را در مورد وکالت عزل نکند شرعا واجب است طبق شرط عمل نماید لکن اگر مخالفت کرده و عزل نمود به نظر حقیقیر از وکالت عزل می شود.» (گلپایگانی، ۱۴۰۹ ق، ج ۳، ص ۵۵)

در یکی دیگر از فتاوا نیز چیزی بیش از حرمت تکلیفی برای عقد وکالت شرط شده در ضمن عقد لازم، نمی بینیم و لذا موکل در صورت عزل وکیل هر چند معصیت می کند و باید جبران خسارت نماید اما قطعا وکالت باطل می شود. تعبیر فتوا چنین است که: «اساسا وکالت بلاعزل نداریم و موکل در هر حال می تواند وکیل خود را عزل نماید. البته اگر پذیرفته است وکیل را عزل نکند؛ شرعا جایز نیست این کار را انجام دهد.» (شبیری زنجانی، ۱۳۹۸ ش، استفتاء اخذ شده) و فتوایی مشابه: «اگر شرط وکالت در ضمن عقد لازم نموده است واجب است وفاء به شرط نماید ولی اگر مخالفت نمود او را عزل کرد منعزل می شود.» (نوری همدانی، ۱۳۸۱ ش، استفتاء)

و فتوایی دیگر در مخالفت با تحقق وکالت بلاعزل این چنین است: «اگر زوج زوجه را از وکالت، عزل نماید زوجه از وکالت منعزل می شود و قید بلاعزل در این جهت اثری ندارد.» (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۷۴)

مسئله‌ی مهم در اینجا آن است که باید توجه داشت عقود جایز به دو دسته‌ی اذنی مانند وکالت و غیراذنی مانند هبه، تقسیم می‌شوند. در وکالت، وکیل نائب موکل است و با اختیاری که از او دارد به نام و به حساب او اعمال حقوقی را انجام می‌دهد. تعهداتی را بر موکل تحمیل می‌کند و یا منفعی را برای موکل حاصل می‌کند. وقتی هم حقیقت وکالت اعطای نمایندگی و نیابت به وکیل است؛ وکیل نمی‌تواند خلاف خواسته‌ی منوب عنه عمل کند. و لذا ماهیت این عقد چیزی فراتر از ماذون بودن وکیل نمی‌باشد. پس چگونه ممکن است با پذیرش وکالت بلاعزل، به انکار اذنی بودن این عقد روی بیاوریم و وکیل را که نائب موکل است، در انجام اعمالی خلاف خواست و رضایت موکل آزاد بگذاریم؟

یکی از اساتید حقوقی در اینباره می‌نویسد: «وقتی در عنصر رضایت این عقد خللی حاصل می‌شود نیابت مورد نظر از بین می‌رود و از طرفی ثمره‌ی وکالت لازم هم در جایی پیدا می‌شود که بین وکیل و موکل اختلاف نظر پیدا شود و وکیل به استناد لزوم وکالت بخواهد علی‌رغم رضایت و اذن موکل به اعمال حقوقی خود که به نام و حساب موکلش نوشته می‌شود؛ ادامه دهد... با این وجود، آیا می‌توان گفت بین جواز اصلی و لزوم عرضی تنافی نیست و این لزوم جایگزین آن جواز می‌گردد؟ پس لزوم وضعی، به معنای عدم تاثیر عزل وکیل از جانب موکل، که نشانگر عدم رضایت و اذن اوست؛ قابل پذیرش نمی‌باشد و با عزل موکل، وکیل برکنار می‌گردد. هر چند این عقد وکالت در ضمن عقد لازمی به صورت شرط نتیجه، شرط شده باشد.» (مصطفوی، ۱۳۸۳ ش، ص ۷-۳۸)

در یکی دیگر از مقالات حقوقی نیز پس از اشاره به اینکه جواز مقتضای ذات عقد وکالت است و امر ذاتی قابلیت تبدیل ندارد مگر آنکه ماهیت شیء متبدل گردد؛ به این اشکال موافقین وکالت بلاعزل پاسخ می‌دهند که: «برخی دیگر، در ردّ اینکه وکالت که استنباه‌ی در تصرف است؛ بقا نیاز به اذن ندارد و همان اذن حدوثنی کافی است؛ وصیت عهدی را به عنوان مثال نقض، مطرح می‌کنند. اما پذیرش این موضوع منوط به آن است که بپذیریم عقد وصیت، استنباه‌ی در تصرف پس از مرگ است. در حالی که درست تر آن است که ماهیت وصیت، استنباه نیست؛ بلکه حقیقت آن احداث ولایت در تصرف است.» (موسوی و سیدحسینی، ۱۳۹۲ ش، ص ۱۲۸-۱۲۹)

همچنین در نظری دیگر که موید این تفکر است پس از طرح این ایراد که با شرط شدن عقد اذنی در ضمن عقد لازم، وابستگی اذن به اراده‌ی طرفین از میان نمی‌رود؛ آمده است که آنچه که مد نظر موافقین وکالت بلاعزل می‌باشد؛ از زمره‌ی عقد وکالت خارج است و آن را باید اعطای حق نامید و «خلاصه آنکه ماده ۶۷۹ قانون مدنی با هیچ منطقی قابل توجیه نمی‌باشد و در اصلاحات بعدی قانون مدنی باید حذف گردد.» (شهبازی، ۱۳۸۴ ش، ص ۱۶)

۲-۱-۲. عدم امکان اسقاط حق عزل وکیل

امروزه یکی از شیوه‌های رایج در دفاتر ثبت اسناد رسمی برای اعطای وکالت بلاعزل آن است که حق اسقاط عزل وکیل را از موکل سلب می‌نمایند. و بدین ترتیب با عدم قدرت موکل بر عزل وکیلش، حکم به غیر قابل عزل شدن وکالت می‌دهند. اما این عملکرد مخالف بزرگانی از فقها و اساتید حقوقی را برانگیخته است.

چند نمونه‌ی از این نظرات بدین قرار است: «آنچه که به اسقاط، ساقط نمی‌شود و قابل نقل و انتقال نیست مانند حق عزل وکیل که برای موکل ثابت است؛ صلح کردن در آن صحیح نیست.» (خمینی، ۱۴۳۴ ق، ج ۱، ص ۵۱۴) «جواز عزل وکیل در وکالت حکم شرعی است و قابل اسقاط نیست و آنچه وکالت بلاعزل نامیده می‌شود شرط وکالت به نحو شرط نتیجه ضمن

عقد لازم است» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۲ ش) «موکل نمی‌تواند حق عزل وکیل را از خود سلب کند؛ ولی می‌تواند ضمن عقد خارج لازم شرط کند که عملاً عزل نخواهد کرد، یا توکیل او بلاعزل خواهد بود. و در این صورت، باید به شرط خود عمل کند.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ق، ج ۳، ص ۲۱۴)

این فقها هرچند راه حل های دیگری برای بلاعزل نمودن وکالت ارائه می دهند اما یکی از روش های رایج بلاعزل نمودن وکالت یعنی «اسقاط حق عزل وکیل» را قبول ندارند و آن را در بلاعزل نمودن عقد وکالت میان موکل و وکیل بی اثر می دانند. و علت آن است که میان حق و حکم تفاوت وجود دارد. حق قابلیت اسقاط تبرعی یا معوض دارد. می توان علیه آن تعهد کرد و قابل نقل و انتقال است. اما ویژگی های حکم، خلاف حق است. حکم قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال و یا تعهد علیه آن ندارد. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ق، ج ۲، ص ۲۸۴)

در یکی از نظرات حقوقی موافق با نظریه ی فوق، با استناد به ماده ۹۵۹ قانون مدنی که می گوید: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» اینگونه در عدم پذیرش وکالت بلاعزل استدلال شده است که: «شرط مندرج در ماده ۶۷۹ قاعده ی خاص و در جلد اول قانون مدنی منعکس شده و ماده ی ۹۵۹ قاعده ی عام و مدتها بعد از تدوین جلد دوم قانون آمده است؛ و چون بنا بر قواعد جدید تفسیر، اگر قانون عام موخر بر قانون خاص بیاید؛ بر حسب مصالحی که موجب تدوین عام بوده؛ این قانون نسخ قانون خاص است؛ و در مورد مذکور صرف نظر از دلالت اوضاع و احوال بر نسخ با التفات به اینکه ماده ۹۵۹ از اصول اولیه قوانین مدنی جدید و به همین سبب در سرلوحه ی جلد دوم قانون مدنی آمده؛ و اصول اولیه قانون مدنی بر سایر مواد آن حاکم است؛ ماده ۶۷۹ در قسمتی که با ماده ۹۵۹ مبیانت دارد؛ بوسیله ی ماده ی اخیر، نسخ می شود.» (امیری قائم مقامی، ۱۳۵۱ ش، ص ۵۳)

۲-۲. عدم قابلیت وکالت در حضانت

پس از بررسی اولین مانع بر سر وکالت بلاعزل در حضانت فرزند، که عدم قابلیت بلاعزل شدن وکالت بود؛ به دومین مانع مهم در آرای فقهی و حقوقی برای ایجاد عقد وکالت بلاعزل در حضانت فرزند می پردازیم. و آن این است که حضانت اصلا قابلیت وکالت ندارد.

معتقدین به این نظر، حضانت را حق نمی دانند که قابل واگذاری یا وکالت باشد؛ بلکه آن را حکم بر می شمردند؛ و لذا وکالت در حضانت را نمی پذیرند. بطور مثال در پاسخ به استفتائی آمده است: «حضانت حق نیست تا قابل واگذاری باشد بلکه حکم است. بنابراین به هیچ وجه قابل تغییر نیست و با توجه به اینکه حق نیست قابل وکالت نیز نمی باشد؛ چه در ضمن عقد و یا غیر آن. البته اگر فردی بخواهد با اجازه ی ولی برای مدتی زحمت حضانت را بپذیرد؛ عملا اشکال ندارد.» (سبحانی، ۱۳۹۸ ش، استفتاء اخذ شده)

فقیهی دیگر که پیش از این، نظر فقهی ایشان مبنی بر عدم امکان بلاعزل کردن عقد وکالت، مطرح شده بود؛ در باب وکالت در حضانت فتوا داده اند: «حضانت صرفا به معنای اولویت نگهداری از فرزند در موارد وقوع طلاق است و لذا وکالت نسبت به حضانت معنا ندارد.» البته ایشان حضانت را قابل واگذاری می دانند و معتقدند در صورت واگذاری، قابل عودت نخواهد بود. (شبیری زنجانی، ۱۳۹۸ ش، استفتاء اخذ شده)

یکی دیگر از مراجع شیعه نیز وکالت بلاعزل در بحث حضانت را باطل می دانند و در پاسخ استفتایی که امکان اسقاط و انتقال یا وکالت در حضانت را پرسیده بود اینگونه پاسخ دادند که: «وکالت بلاعزل در بحث حضانت باطل است. حضانت حقی است

که قابل انتقال و اسقاط بصورت همیشگی نیست اما اگر والدین برای واگذاری این حق به یکدیگر، تفاهم کنند؛ مانعی ندارد اما این واگذاری را والدین هر وقت بخواهند [می توانند] در مدت حضانت مقرر از آن رجوع کنند. والدین حق واگذاری حضانت [به ثالث] بصورت همیشگی را بگونه ای که خودشان نتوانند به فرزند رجوع کنند را ندارند و شرط حضانت همیشگی در ضمن عقد لازم، باطل می باشد و نباید به آن ملتزم شد.» (جوادی آملی، ۱۳۹۸ ش، استفتاء اخذ شده)

در فتوای مشابهی می بینیم با رد قابلیت وکالت در حضانت، اینگونه توضیح داده شده است که: «حق حضانتی که برای شخص ثابت است؛ قابل انتقال به غیر نیست؛ بلی! هر یک از والدین می تواند از حق حضانت خود به نفع دیگری تنازل کند و برای تنازل از حق، شرط وکالت در ضمن عقد لازم احتیاج نیست و اثر هم ندارد.» (سیستانی، ۱۴۴۱ ق، استفتاء اخذ شده)

برخی حقوقدانان قوانین مربوط به حضانت را دارای کاستی ها و اشکالاتی می دانند؛ که از جمله ی آنها ۱. عدم تعریف روشنی از حضانت ۲. عدم ذکر برخی از موانع حضانت مورد اتفاق در فقه امامیه همچون کفر ۳. عدم تصریح در مورد موانع حق حضانت پدر ۴. سکوت در مورد لزوم مباشرت در حضانت و یا عدم آن ۵. عدم تعرض نسبت به اجرت حضانت ۶. عدم اتخاذ موضع در مورد پایان مدت حضانت، می باشد. (میرداداشی، ۱۳۸۱ ش، ص ۲۰)

علاوه ی بر موارد فوق می توان سکوت قانونگذار در مورد امکان یا عدم امکان نقل و انتقال، وکالت یا اسقاط حضانت را نیز از کاستی های قانون فعلی دانست. و لذا با استعلام از اداره حقوقی قوه قضائیه، نظریه ی مشورتی شماره ۷/۱۳۴۷ مورخ ۱۳۶۱/۴/۱ صادر و بیان شد: «به موجب ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت و نگهداری اطفال برای ابویین هم حق است و هم تکلیف؛ قابل اسقاط یا مصالحه نیست زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش بینی کرده؛ جنبه ی امری برای مکلف دارد و اراده ی فردی نمی تواند چنین حکمی را تغییر دهد.»

از جمع این نظریه و مواد ۱۱۷۲ قانون مدنی که مقرر می دارد هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل بر عهده اوست از نگهداری طفل امتناع کند و ماده ۱۱۷۵ این قانون که می گوید طفل را نمی توان از ابویین یا پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت مگر به علت قانونی؛ تداعی می شود که اسقاط و نقل حضانت طفل، مجاز نمی باشد. (مصلی نژاد، ۱۳۹۰ ش، ص ۸۵) خصوصاً وقتی نظریه ی مشورتی تصریحا آن را از قواعد آمره می شمرد و آن را حکم می داند نه صرفاً حقی برای ابویین، معلوم می شود که تصمیمات ابویین درباره ی نقل و انتقال حضانت چه با وکالت و چه به هر شکل دیگری، قابل قبول نخواهد بود و بدین ترتیب «از نتایج تکلیف بودن حضانت، بی اعتباری قرارداد راجع به واگذاری یا اسقاط آن و پرداخت وجه التزام از سوی پدر و مادر است.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴ ش، ص ۷۱۱)

۳. آرای فقهی و حقوقی موافق وکالت بلاعزل در حضانت فرزند

دو اشکال عمده بر وکالت بلاعزل در حضانت فرزند وارد می شد. اشکال اول، عدم مشروعیت وکالت بلاعزل و اشکال دوم عدم قابلیت وکالت در حضانت بود؛ که در این بخش پاسخ سایر فقها و اساتید حقوق به این اشکالات را بررسی می کنیم.

۳-۱. مشروعیت وکالت بلاعزل

زیر سوال بردن مشروعیت و قانونی بودن وکالت بلاعزل، مبتنی بر دو اشکال اساسی بود؛ اول آنکه جواز جزو ذات عقد وکالت است و توافق بر خلاف آن ممکن نیست؛ دومین اشکال، که در دل این بحث مطرح می شد تناقض نیابت وکیل بلاعزل از موکل و عدم رضایت موکل از اعمال او بود و سوم آنکه اسقاط حق عزل وکیل هم مشروعیت ندارد و هم با تصویب ماده ۹۵۹ قانون مدنی، غیر ممکن شده است.

۳-۱-۱. پاسخ به اشکال ذاتی بودن جواز عقد وکالت

دو پاسخ مهم به این اشکال مطرح شده است؛ اولی مبنی بر اینکه وقتی وکالت را در ضمن عقد لازمی مثل بیع شرط می‌کنیم؛ در حقیقت داریم عقد بیع وکالتی منعقد می‌کنیم که لازم است نه اینکه ماهیت و ذات وکالت را که جایز بودن است متبدل کرده باشیم. اما پاسخ دوم که به نحوی رد پاسخ اول نیز می‌باشد آن است که جواز، مقتضای اطلاق عقد وکالت است و نه ذات آن.

۳-۱-۱-۱. پاسخ صاحب جواهر به اشکال اول

مرحوم صاحب جواهر با وجود اینکه می‌پذیرد؛ جواز مقتضای ذات عقد وکالت است اما در دفاع از اینکه وکالت با وجود آنکه جواز مقتضای ذات آن است در ضمن عقد لازم، لزوم پیدا می‌کند اینطور بیان می‌دارند که وکالت هرچند از عقود است که جایز بودن جزو ذات آن می‌باشد ولی هیچ ایرادی در این نیست که بوسیله‌ی عارضی مثل شرط و مانند آن، لزوم پیدا کند. و ادعای اینکه کسب لزوم مخالف ذات عقد وکالت است اینگونه دفع می‌شود که مراد از شرط وکالت، شرط بیع است ولی بصورت وکالتی. و این غیر نفس وکالت است، پس نباید به عزل منعزل شود. (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۵، ص ۱۶۶)

۳-۱-۱-۲. پاسخ صاحب عروه به اشکال اول

اما عالم بزرگ جناب صاحب عروه که ایشان نیز از موافقین وکالت بلاعزل است؛ در کتاب خود به نام «سوال و جواب» ضمن عدم پذیرش این نظر صاحب جواهر، دلایلی بر رد آن هم اظهار می‌دارند. از نظر ایشان اینگونه حاصل می‌شود که جواز مقتضای ذات عقد وکالت نمی‌باشد بلکه مقتضای اطلاق عقد وکالت است.

وی در تبیین نظر خود مبنی بر لزوم عقد وکالت شرط شده در ضمن یک عقد لازم، اینگونه بحث می‌کند که: «شرط در ضمن عقد لازم، لازم الوفاء است مطلقاً... بنابراین وکالت مشروطه در ضمن عقد لازم، باطل نمی‌شود. بلکه باقی است تا ایتیان به عمل موکل فیه، یا تا زمان معینی که شرط کرده باشند... و دعوای این که وکالت از عقود جایز است پس باید بتواند او را عزل کند و لذا به موت اُحدهما باطل می‌شود، مدفوع است به این که: آن چه مسلم است از جواز وکالت، صورتی است که شرط در ضمن عقد نباشد. چون مقصود از شرط، وکالت مستمره است نه مجرد حدوث آن، فی الجمله. و اگر صریحاً ذکر کند و بگوید به شرط این که تا یک سال مثلاً وکیل باشد، پس امر اوضح است. زیرا که مقتضای لزوم شرط، این است که در تمام مدت مذکوره وکیل باشد. و لازم آن این است که به عزل، منعزل نشود... حاصل این که وکالت اگر از روی شرط باشد، لازم است. و آنچه جایز است؛ وکالت عقدیه است.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۶۴)

از همین باب است که علمای دیگری نیز فتوا داده‌اند بر اینکه هرچند عقد وکالت به حسب اصل خودش عقدی جایز می‌باشد ولی این موضوع منافاتی با لازم شدن این عقد به سبب علتی مثل شرط شدنش در ضمن یک عقد لازم، ندارد. (عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۴، ص ۳۷)

در نظرات مشهور حقوقی نیز با پیروی از این نظر فقهی، آن را اینگونه با اصطلاحات حقوقی تبیین می‌کنند که: «جواز عقد وکالت، جواز حقی است یعنی از قواعد آمره نیست پس می‌توان آن را مبدل به لزوم کرد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱ ش، ص ۳۶۳) و نیز بیان شده است: «امکان بر هم زدن وکالت را نباید مقتضا و جوهر وکالت دانست و هیچ مانعی ندارد که در نتیجه‌ی پیمان بین موکل و وکیل، اختیار آنان محدود شود یا از بین برود. چنانکه ماده ۶۷۹ قانون مدنی درباره‌ی عزل موکل مقرر می‌دارد: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند؛ مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۰ ش، ج ۲، ص ۱۰۴)

۳-۱-۲. پاسخ به اشکال تنقاض نیابت وکیل و عدم رضایت موکل

البته این اشکالی هم که دغدغه‌ی مستشکلین بود که چطور با عدم رضایت موکل، وکیل به کار خود ادامه می‌دهد؛ و این مسئله را تنقاضی آشکار می‌دانستند با پیش‌بینی‌هایی که در قانون مدنی شده است؛ مرتفع شده است. درست است که وکالت بلاعزل می‌باشد اما اولاً ماده‌ی ۶۶۳ قانون مدنی به هیچ‌وکیلی اجازه‌ی خروج از محدوده‌ی وکالت خود را نمی‌دهد و در ماده‌ی ۶۷۴ همان قانون، تنها تعهداتی را بر عهده‌ی موکل می‌داند که وکیل در حدود وکالت خود کرده باشد و بیش از آن را اگر وکیل مرتکب شود فصولی دانسته و نیاز به اذن مجدد موکل، دارد. ثانیاً قید دیگری که همه‌ی وکالت‌ها از جمله وکالت بلاعزل را شامل می‌شود و قانونگذار در ماده‌ی ۶۶۷ قانون اخیرالذکر پیروی از آن را لازم دانسته، رعایت مصلحت موکل می‌باشد. و ثالثاً در ماده‌ی ۶۶۶ قانونگذار وکیل را ملزم کرده است که اگر در اثر تقصیری که عرفاً به او منسوب است خسارتی به موکل وارد آورد؛ باید جبران نماید.

پس می‌بینیم با سه قید ۱. در محدوده‌ی وکالت بودن اعمال وکیل ۲. به مصلحت موکل بودن اعمالش و ۳. عدم تقصیر وکیل از انجام وظایف محوله، وکالت بلاعزل از آن حالت تناقض با خواست و رضایت موکل که مستشکلین تصویر کرده بودند؛ خارج می‌شود. و اینها قیودی است که در میان فقها نیز مخالفی ندارد و در فتاوا نیز آمده است که در صورت سوء استفاده‌ی وکیل از وکالت، اثری بر آن مترتب نمی‌شود. (خامنه‌ای، ۱۴۲۰، ق، ج ۲، ص ۲۶۷).

۳-۱-۳. پاسخ به اشکال عدم امکان اسقاط حق عزل وکیل

هرچند در صفحات گذشته متذکر نظراتی فقهی مبنی بر عدم امکان اسقاط حق عزل وکیل توسط موکل شدیم؛ اما در همان فتاوا آمده بود که راه‌های دیگری برای بلاعزل کردن وکالت وجود دارد.

اساساً دو راه مهم برای تبدیل عقد وکالت جایز به وکالت بلاعزل معرفی شده است که با انجام هر یک از این دو راه، عملاً نیازی به این نیست که به «اسقاط حق عزل» رجوع کنیم که در شرعیت آن شبهه بوجود بیاید. یکی شرط عدم عزل در ضمن عقد لازم بود که البته چون شرط فعل است قریب به اتفاق فقها و اساتید حقوق معتقدند تخلف از آن صرفاً اثر تکلیفی دارد و دارای اثر وضعی نیست. البته قطعاً این امکان را برای وکیل بوجود می‌آورد که به علت تخلف طرف مقابل از شرط ضمن عقد، عقد لازم اولیه را فسخ کند. و راه دوم که بهتر و محکم‌تر است اینکه وکالت در ضمن عقد لازم شرط شود؛ که آنگاه خود به خود، از عقد لازم کسب لزوم کرده و دیگر عزل وکیل، عملاً امکان‌پذیر نخواهد بود. البته این راه دوم بر طبق نظر فقهای است که بلاعزل شدن وکالت به این نحو را قبول دارند.

اساتید حقوقی نیز به این اشکال سایر حقوقدانان که مبتنی بر ماده‌ی ۹۵۹ قانون مدنی بود اینگونه پاسخ دادند: «ممکن است ادعا شود که چون در ماده‌ی ۹۵۹ قانون مدنی، بطور کلی اسقاط حقوق مدنی ممنوع شده است؛ این قاعده‌ی عام، حکم مربوط به اسقاط حق عزل را بطور ضمنی نسخ می‌کند. ولی، این ادعا را رویه‌ی قضایی و عرف حقوقدانان ما به طور قاطع مردود دانسته است. حق نیز همین است. زیرا گذشته از اینکه عام جدید را بدون یاری قرائن نمی‌توان نسخ خاص قدیم قرار داد؛ پیش‌بینی اسقاط حق در قوانین جدیدتر، قرینه‌ی بارزی بر عدم نسخ است. وانگهی، ماده‌ی ۹۵۹ ناظر به سلب حق «به طور کلی» است و منافاتی با سلب حق در رابطه‌ی معین «به طور جزئی» ندارد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ش، ج ۲، ص ۱۰۴) و «منظور ماده‌ی ۹۵۹ از کلمه (بطور کلی) آن است که کسی نمی‌تواند تمامی حقوق مدنی و یا یک نوع خاص از آن را از خود سلب کند که نتواند از آن متمتع شود ... و نخواسته است کسی را منع از سلب کردن حق مدنی یا عدم اجرای آن از خود بطور جزئی یعنی در مورد

خاص بنماید. بنابراین در صورتی که قانون صراحتاً در مورد خاصی، سلب حق را منع ننموده باشد؛ هیچ‌گونه اشکالی سلب حق تمتع یا اجراء آن نخواهد داشت. (امامی، بیتا، ج ۲، ص ۲۳۴)

۲-۳. حل اشکال عدم امکان وکالت در حضانت

اینگونه نیست که همه ی فقها در فتاوایشان، وکالت در حضانت را ممنوع بدانند. فقهای نیز صریحاً به قابل وکالت بودن حضانت، ولو آنکه والدین وکالت در حضانت را، به شخص ثالثی بدهند؛ فتوا داده اند. (مکارم شیرازی، ۱۳۹۸ ش، استفتاء اخذ شده) (علوی گرگانی، ۱۳۹۸ ش، استفتاء اخذ شده)

و البته بدیهی است که پدر و مادر برای واگذاری حضانت فرزند به یکدیگر نیازی به وکالت دادن نیز ندارند و صرف توافق طرفین، کافی است.

و این نکته نیز در اینجا قابل طرح است که برخی از مراجع تشیع، هرچند قابل وکالت بودن حضانت را نپذیرفتند اما به قابل اسقاط بودن حضانت در زمانی که حضانت بر عهده ی یکی از زوجین است؛ نظر داده اند و افزودند در این صورت قهراً، دیگری (پدر یا مادر) ذی حق می شود. (صافی گلپایگانی، ۱۳۹۸ ش، استفتاء اخذ شده) و یا گفته اند: حق حضانت به اسقاط، ساقط می‌گردد و حق بازگشت ندارند. (سبحانی، ۱۴۳۴ ق، استفتاء) و در نظری که مضیق تر از نظرات پیشین است مطرح شده است؛ که صرفاً مادر می تواند؛ حق حضانت را از خود ساقط کند و پدر چنین حقی ندارد. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۹ ش)

در استفتاء دیگری اینطور پاسخ داده شده است که حضانت چه به یکی دیگر از والدین و چه به ثالث قابل واگذاری است و در صورت واگذاری قابل عودت نخواهد بود. (شبییری زنجانی، ۱۳۹۸ ش، استفتاء اخذ شده) و برخی نیز این قابلیت واگذاری را مقید می کنند به اینکه همیشگی و غیر قابل رجوع، نباشد. (جوادی آملی، ۱۳۹۸ ش، استفتاء اخذ شده)

امروزه در میان اساتید حقوق و رویه ی قضایی، دیگر تردیدی در قابل وکالت بودن حضانت دیده نمی شود. چنانکه دکتر جعفری لنگرودی می نویسد: « هرچه که قابل استنابه باشد می تواند مورد عقد وکالت قرار گیرد مانند اجرای عقود و ایقاعات (چون طلاق و شفعه و جعاله) و حضانت اطفال.» (۱۳۹۱ ش، ص ۹۱۹)

به نظر می رسد؛ مهمترین موضوع در حضانت کودک، رعایت مصلحت او است. به همین دلیل است که قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۲، در ماده ۴۱، به دادگاه اجازه ی بازنگری در تصمیم خود در رابطه با حضانت را می‌دهد. «هرگاه دادگاه تشخیص دهد که توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل بر خلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند.»

و لذا در یکی از مقالات حقوقی می‌خوانیم: « به موجب همین ماده، توافقات انجام شده در خصوص حضانت به طور ضمنی به رسمیت شناخته شد. استعمال عبارت «توافقات راجع به حضانت» در این ماده، موید آن است که اجازه ی توافق در خصوص این نهاد حقوقی به والدین اعطا شده است و قانونگذار و محاکم قضایی توافقات را اساساً بر خلاف نظم عمومی تلقی نکردند... در عقد وکالت، والدی که حق حضانت دارد در قبال اسقاط حق یا اعطای امتیاز از سوی والد دیگر، به وی وکالت در اجرای حضانت می‌دهد» این نویسنده در ادامه ی همان مقاله چنین بیانی دارد که چون از مفهوم ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی، بر می‌آید که مباشرت ابویین شرط تحقق حضانت نیست؛ لذا اعطای وکالت در حضانت فرزند به شخصی غیر از والدین منع قانونی ندارد؛

هرچند به علت نقاط ضعفی که در عقد وکالت وجود دارد بهتر است کسی از عقد وکالت برای اعطا یا اخذ وکالت استفاده نکند. (پورمسجدیان و عباسی، ۱۳۹۶ ش، ص ۱۳۸)

اداره حقوقی قوه قضائیه هم طبق نظریه شماره ۷/۷۴۹۴ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۲۰، وکالت دادن به غیر والدین را به شرطی که اعمال وکیل تحت نظارت والدین باشد را می پذیرد: «چون حضانت و نگهداری ابوبن قائم به شخص و این حق و تکلیف با توجه به صراحت مادتين ۱۱۷۲ و ۱۱۷۳ قانون مدنی در شرایط خاصی قابل واگذاری و انتقال است؛ لذا چنانچه مقصود از تنظیم وکالت نامه رسمی واگذاری حضانت طفل به وکیل باشد، به طوری که دخالت موکل ضرورت نداشته باشد، با قائم به شخص بودن آن که به حکم دادگاه مقرر شده است، مبنایت دارد و خلاف قانون و باطل است. لیکن هرگاه مقصود آن است که با نظارت مادر، فرد یا افراد دیگری کمک و مساعدت لازم را بنمایند، نه نیازی به وکالت نامه رسمی دارد و نه به منزله ی واگذاری حضانت به فرد دیگری تلقی می شود.» (مرکز آمار و فناوری اطلاعات قوه قضائیه، نرم افزار دستور، نسخه ۲/۵)

نتیجه گیری

در این تحقیق دریافتیم؛ هم در میان استنباط فقهای عظام از فقه امامیه و هم در میان استنباط اساتید حقوقی از حقوق موضوعه، اختلاف نظرهای شدید و تفسیرهای متفاوتی از حضانت، وکالت بلاعزل و بسیاری از موارد مربوط به این دو وجود دارد. بطوری که این اختلافات در زمان پایان حضانت، امکان وکالت در حضانت، امکان اسقاط یا نقل و انتقال حضانت، امکان سلب حق عزل وکیل، و ... بروز کرده است.

اما از جمع آرا و نظریات فقهی و حقوقی، می توان دریافت که «وکالت بلاعزل در حضانت فرزند» هرچند راهکار فقهی و حقوقی قابل توجه و دفاع دارد اما به علت اینکه تاویلات و تفسیرهای گوناگون چه از نظر فقها و چه از نظر اساتید حقوقی راجع به بخش های مختلف آن وجود دارد؛ راهکار چندان مناسبی برای اخذ یا واگذاری حضانت فرزند نمی باشد.

قانون دارای اجمال و سکوت مبهمی در این زمینه می باشد که همین موجب نرسیدن به یک رویه ی ثابت در این خصوص می شود. و با توجه به اینکه مهمترین مسئله در حضانت فرزند، رعایت غبطه ی کودک می باشد و این از هر قراردادی مهمتر است؛ لذا بدیهی است رعایت مصلحت طفل تمام قراردادهای نوشته و نانوشته ی در خصوص حضانت را می تواند ملغی الاثر کند.

منابع و ماخذ

۱. ابن سیده، علی بن اسماعیل، المحکم و المحيط الاعظم، بیروت، منشورات علی بیضون، چاپ اول، ج ۷، ۱۴۲۱ ق.
۲. ابن هشام، عبدالله بن یوسف، مغنی الادیب، قم، نهانندی، چاپ اول، ۱۳۷۸ ش.
۳. اراکی، محمدعلی، استفتانات، قم، نشر معروف، چاپ اول، ج ۱، ۱۳۷۳ ش.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۲، بی تا.
۵. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، انقضای نمایندگی ارادی و مسئله ی وکالت غیر قابل عزل، مجله ی دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۵۱ ش، شماره ۱۲.

۶. پورمسجدیان، فاطمه و عباسی، فرانک، سیاست گذاری نظام حقوقی ایران در قبال توافقات ابوبن بر سر حق حضانت، مطالعات زن و خانواده، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش، شماره ۱.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۱ ش.
۸. _____، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ سی و سوم، ۱۳۹۹ ش.
۹. جوادی آملی، عبدالله، استفتاء اخذ شده شماره ۱۰۰۶۰۵، ۱۳۹۸ ش.
۱۰. حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرايع، قم، موسسه سیدالشهدا العلمیه، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
۱۱. خامنه ای، سیدعلی، رساله آموزشی ۲، تهران، فقه روز، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۲. _____، اجوبه الاستفتائات، بیروت، دار الاسلامیه، چاپ اول، ج ۲، ۱۴۲۰ ق.
۱۳. خبرگزاری برنا <https://www.bornanews.ir>
۱۴. خبرگزاری مهر <https://www.mehrnews.com>
۱۵. خمینی، سیدروح الله، موسوعه الامام الخمينی، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمينی (قدس سره)، چاپ چهارم، ج ۱، ۱۴۳۴ ق.
۱۶. _____، تحریرالوسيله، قم، موسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، ج ۲، بی تا.
۱۷. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، چاپ اول، ج ۹، ۱۳۴۱.
۱۸. سبحانی، جعفر، استفتاء اخذ شده شماره ۱۳۳۳۱، ۱۳۹۸ ش.
۱۹. _____، نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، استفتاء شماره ۸۳۶۱.
۲۰. سیستانی، سیدعلی، استفتاء اخذ شده شماره ۳۶۸۶، ۱۴۴۱ ق.
۲۱. شبیری زنجانی، سیدموسی، استفتاء اخذ شده شماره ۱۳۹۴۰، ۱۳۹۸ ش.
۲۲. شهبازی، محمدحسین، نقدی بر ماده ۶۷۹ قانون مدنی، ماهنامه کانون، بهمن و اسفند ۱۳۸۴، شماره ۵۹.
۲۳. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، اللعه دمشقیه فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، موسسه معارف الاسلامیه، چاپ اول، ج ۴ و ۸، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. صافی گلپایگانی، لطف الله، جامع الاحکام، انتشارات حضرت معصومه سلام الله علیها، چاپ چهارم، ج ۲، ۱۴۱۷ ق.
۲۶. _____، استفتاء اخذ شده شماره ۶۹۶، ۱۳۹۸ ش.
۲۷. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران، میزان، چاپ بیست و یکم، ۱۳۹۴.
۲۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، تکمله العروه الوثقی، قم، کتابفروشی داورى، چاپ اول، ج ۱، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. _____، سوال و جواب، تهران، مرکز نشر العلوم الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
۳۰. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم، ج ۲، ۱۳۸۷ ق.
۳۱. علوی گرگانی، سید محمدعلی، استفتاء اخذ شده شماره ۱۴۲۳۶، ۱۳۹۸ ش.
۳۲. غروی اصفهانی، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب (ط- الحدیثه)، قم، انوار الهدی، چاپ اول، ج ۴، ۱۴۱۸ ق.
۳۳. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت، منشورات محمدعلی بیضون، چاپ اول، ج ۳، ۱۴۱۵ ق.
۳۴. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ ش.
۳۵. قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ ش.

۳۶. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، نشر میزان، چاپ چهارم، ج ۲، ۱۳۸۰ ش.
۳۷. _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان، چاپ چهل و پنجم، ۱۳۹۴ ش.
۳۸. گلپایگانی، سید محمد رضا، مجمع المسائل، قم، دار القرآن الکریم، چاپ دوم، ج ۳، ۱۴۰۹ ق.
۳۹. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ج ۲، ۱۴۰۶ ق.
۴۰. مصطفوی، سیدمصطفی، بررسی فقهی و حقوقی تاسیس وکالت بلاعزل، فصلنامه رهنمون، زمستان ۱۳۸۳ ش، شماره ۹.
۴۱. مصلی نژاد، نیوشا، بررسی تاثیر اراده در حضانت، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، زمستان ۱۳۹۰ ش، شماره ۵۵.
۴۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، ج ۱، ۱۳۵۰ ش.
۴۳. مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ دوم، ج ۳، ۱۴۲۷ ق.
۴۴. _____، استفتاء اخذ شده شماره ۶۴۰۶۶۷، ۱۳۹۸ ش.
۴۵. موسوی، سیدصادق و سیدحسینی، سعید، تحلیل فقهی ضمانت اجرای وکالت بدون فسخ و تطبیق آن با آرای امام خمینی، پژوهشنامه متین، بهار ۱۳۹۲ ش، شماره ۵۸.
۴۶. میرداداشی، سیدمهدی، بررسی فقهی حقوقی حضانت، مجله رواق اندیشه، خرداد ۱۳۸۱، شماره ۸.
۴۷. ناظمی، صابر، ضم وکیل، ماهنامه کانون، بهمن ۱۳۹۰ ش، شماره ۱۲۵.
۴۸. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ج ۲۵ و ۳۱، ۱۴۰۴ ق.
۴۹. نرم افزار دستور ۲،۵.
۵۰. نوری همدانی، حسینعلی، نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، استفتاء شماره ۶۴۰۸.
۵۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، <https://www.hashemishahroudi.org>