

## نقدی بر محدودیت قانونی حضانت مادر پس از فوت پدر در نظام حقوقی ایران

### Criticism of the Legal Limitation on Maternal Child Custody after Death of Father in the Iranian Legal System

*M. Mazaheri, Ph.D.*

دکتر معصومه مظاهری ✉

استادیار دانشگاه عالی شهید مطهری

آلاسادات افقه

دانشجوی دکتری مطالعات زنان دانشگاه ادیان و مذاهب قم

*A. S. Afghah, Ph.D. Student*

دریافت مقاله: ۹۴/۲/۳۰

دریافت نسخه اصلاح شده: ۹۵/۴/۲۶

پذیرش مقاله: ۹۵/۶/۱

#### Abstract

Iranian custody laws encounter with legal gaps and challenges. One of these challenges is the interference between the mother's custody and the paternal grandfather's guardianship in case the father is not alive. So, it was expected that the Family Protection Law from 2012 pays attention to this important issue, namely the problems which are arisen from the lack of mother's right to child's guardianship in families.

#### چکیده

قوانین حضانت ایران از منظر حقوقی با خلأها و چالش‌هایی روبه‌روست. یکی از خلأها، موضوع تداخل حضانت مادر با ولایت ولی قهری در صورت فوت پدر است. بنابراین از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ این انتظار می‌رفت که به این مسئله مهم یعنی مشکلاتی که از عدم ولایت مادر در خانواده وجود دارد، بپردازد. ولی قانون حمایت خانواده نه تنها به خلأهای مهمی که از لحاظ حقوقی برای حضانت وجود دارد نپرداخته، بلکه ماده ۴۳ آن که راجع به حضانت است، می‌تواند سبب به وجود آمدن مشکلات جدیدی برای خانواده شود.

✉ Corresponding author: University of Shahid Motahari, Baharestan Sq., Tehran, Iran.  
Email: [mmzi5678@yahoo.com](mailto:mmzi5678@yahoo.com)

✉ نویسنده مسئول: تهران، میدان بهارستان، دانشگاه شهید مطهری.  
پست الکترونیکی: [mmzi5678@yahoo.com](mailto:mmzi5678@yahoo.com)

But the Family Protection Law did not only pay attention to important legal gaps, its article 43 on child custody can even cause new problems for families. According to this article, in case of father death, paternal grandfather can prevent the mother from her right to child custody. Therefore, this article will focus on the issue that, concerning legal gaps on the maternal child custody in the absence of mother's right to child's guardianship, article 43 of family protection law only causes increasing problems in the field of custody. In addition, this article will give some suggestions about mother's right to child's guardianship, and will offer some revisions for article 43 of the Family Protection Law. These suggestions provide that in case of deceased father, no one, in any event, can prevent mothers from their right to child custody, except in cases of article 1173 of Civil Law that is about child custody deprivation of parents.

**Keywords:** Child Custody, Child's Guardianship, Hardship, Child advisable, Grandfather.

مطابق این ماده در صورت فوت پدر، جد پدری بنا بر مصلحت می‌تواند مانع حضانت مادر شود. این مقاله با بررسی خلاءهای حضانت مادر بر فرزند به سبب عدم ولایت، به این موضوع می‌پردازد که ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده تنها سبب افزایش مشکلات در زمینه حضانت می‌شود. همچنین مقاله پیشنهاداتی را در مورد داشتن حق ولایت مادر بر فرزند و همین‌طور اصلاح ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده می‌دهد. به نحوی که در صورت فوت پدر، هیچ شخصی نتواند حضانت مادر را تحت هیچ عنوانی از او سلب نماید؛ مگر در موارد موجود در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی درباره سلب حضانت از والدین.

**کلیدواژه‌ها:** حضانت مادر، ولایت بر کودک، عسر و حرج، مصالح عالیّه طفل، جد پدری.

## مقدمه

دوران کودکی در زندگی هر انسانی نقش قابل توجهی دارد. به نحوی که اگر خلاءهایی در زندگی کودکی وجود داشته باشد تا سالیان و حتی تا بزرگسالی آثار آن در زندگی مشهود است. بنابراین نقش بسیاری از نهادها در جامعه مخصوصاً قانون‌گذاری در این مورد مؤثر خواهد بود، قانونگذار باید با توجه به شرایط جامعه و تغییر و تحولاتی که در جامعه در حال وقوع است و با در نظر گرفتن این نکته که فقه شیعه، فقهی پویا است و توانایی وضع قوانین برای کلیه شرایط یک

جامعه را دارد، به وضع قوانین در زمینه حقوق کودک بپردازد تا قوانین وضع شده مطابق با جامعه و بیشترین سود و کمترین حرج را برای خانواده داشته باشد.

حضانت بر طفل، یکی از نهادهایی است که قانونگذار برای حمایت از طفل وضع کرده و والدین را ملزم به عمل به آن نموده است، لیکن از منظر حقوقی خلاءهایی برای این نهاد وجود دارد، یکی از این خلاءها تداخل حضانت مادر با ولایت ولی، به خصوص تداخل حضانت مادر با ولایت جد پدری در صورت فوت پدر است. یکی دیگر از مشکلاتی که در زمینه نهاد حضانت وجود دارد، ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است که این ماده قانونی می‌تواند مشکلات جدیدی را برای خانواده به وجود بیاورد که با توجه به جدید بودن این قانون، منابع حقوقی به بررسی مشکلات ناشی از وضع این ماده قانونی نپرداخته‌اند و رویه قضایی نیز در این زمینه هنوز شکل نگرفته است.

با توجه به آن چه ذکر شد، پژوهش حاضر در ابتدا به بررسی حضانت مادر در صورت فوت پدر در نظر فقهای شیعه، هم‌چنین حضانت مادر در قوانین پرداخته، سپس محدودیت‌های قانونی حضانت مادر پس از فوت پدر را مورد بررسی قرار می‌دهد، در همین راستا راهکارهایی برای رفع نواقص ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده ارائه و در پایان نیز پیشنهاداتی را برای رفع خلاءها و چالش‌های مورد بررسی ارائه می‌دهد. مقاله حاضر برای بررسی موضوعات این پژوهش از منابع اصیل و معتبر فقهی و حقوقی استفاده می‌نماید.

### مبحث نخست: حضانت مادر در صورت فوت پدر در نظر فقهای شیعه

فتاوی متعددی از فقها وجود دارد که در صورت فوت پدر، مادر را حتی اگر ازدواج کند، مقدم بر هر شخصی حتی جد پدری می‌دانند (گلیپگانی<sup>۱</sup>، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۷۸؛ مکارم شیرازی<sup>۲</sup>، ۱۳۸۹، ص ۲۰۰؛ بهبهانی<sup>۳</sup>، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۳۳).

میرزای قمی درباره این موضوع می‌گوید: هرگاه پدر مرده باشد، پس مادر احق است به فرزند از وصی پدر و از جمیع اقارب هرچند شوهر کرده باشد و هم‌چنین پدر مقدم است بر جمیع اقارب هرگاه مادر مرده باشد (میرزای قمی<sup>۴</sup>، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۵۴).

هم‌چنین در کتاب تحریرالوسیله در این مورد گفته شده: اگر پدر بعد از انتقال حق حضانت از مادر به وی و یا قبل از آن از دنیا برود، مادر به حضانت طفل سزاوارتر از وصی پدر است؛ هرچند ازدواج کرده باشد و باید طفل را تحویل او دهند؛ چه پسر باشد، چه دختر و هم‌چنین، مادر سزاوارتر از باقی بستگان، حتی پدر و مادر مرد است تا چه رسد به دیگران، هم‌چنان که اگر مادر در دوران حضانتش از دنیا برود پدر احق از دیگران است در حضانت طفل (موسوی خمینی<sup>۵</sup>، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۱۳).

صاحب جواهر نیز در این زمینه می‌گوید: اگر پدر قبل یا بعد از انتقال حضانت از سوی مادر به وی فوت کند، مادر نسبت به حضانت طفل از وصی، اقارب و نزدیکان پدر؛ حتی پدر و مادر وی

سزاوارتر است. همچنان که بالعکس؛ اگر مادر فوت کند، پدر در حضانت فرزند از وصی مادر و پدر و مادر زن سزاوارتر است و بر این امر ادعای اجماع کرده و علت آن را این‌گونه بیان می‌دارد: مادر نسبت به فرزند مهربان‌تر و دلسوزتر است و آیه شریفه قرآن «و اولوالارحام بعضهم اولی ببعض فی کتاب الله» را مستند می‌آورد و به خبر داود بن حصین اشاره می‌کند که «فاذا مات الاب فالام احق به من العصبه» و نیز قول خداوند «لاتضاره» را عنوان می‌نماید و حتی در صورت ازدواج مادر نیز این حق را باقی می‌داند. زیرا اصل حق حضانت را برای پدر و مادر ثابت می‌داند و در صورت تردید در برقراری حق، ابقای ماکان می‌نماید (نجفی<sup>۷</sup>، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۲۹۳).

صاحب کتاب ریاض نیز در این مورد استدلالاتی مانند صاحب جواهر می‌آورد و می‌گوید:<sup>۸</sup> اگر پدر بمیرد، مادر احق است نسبت به حضانت فرزند به‌طور مطلق نسبت به وصی پدر و جد پدری و غیر از آن‌ها، خواه فرزند پسر باشد یا دختر، خواه حضانت قبل از فوت پدر نسبت به مادر اتمام یافته باشد یا نه، به خاطر شفقت مادر و همچنین آیه شریفه «اولوالارحام بعضهم اولی ببعض فی کتاب الله تعالی». سپس به احادیثی از کتب روایی استبصار، کافی، وسایل و تهذیب نیز استناد می‌کند و سپس می‌گوید: اطلاق آیه شریفه و احادیث مقتضی اطلاق احق بودن مادر است؛ اگرچه مادر ازدواج کند و این سخن که فقها می‌گویند: ازدواج مادر باعث سقوط حضانت می‌شود، ظاهراً در زمان حیات پدر است، زیرا قطعاً اشتغال به حقوق زوج غیرکافی برای اسقاط حضانت مادر است (حائری<sup>۹</sup>، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۱۵۹).

شیخ نیز در این مورد گفته است: اگر یکی از والدین از دنیا برود، دیگری از همه کسان طفل به حضانت او سزاوارتر است، چنان که فقهای عظام همگی بدان فتوا داده و عمل کرده‌اند (ابن بابویه<sup>۱۰</sup>، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۸۰).

### مبحث دوم: حضانت مادر در قوانین

واژه حضانت از حَضَن گرفته شده و معادل فارسی آن پهلو می‌باشد (دهخدا<sup>۱۱</sup>، ۱۳۴۰، ص ۷۱۵). حضانت را در زیر بال گرفتن، در بر گرفتن، در دامن خود پروردن، پروراندن، دایگی و پرستاری معنا کرده‌اند (معین<sup>۱۲</sup>، ۱۳۵۰، ج ۱، ص ۱۳۶۰).

در قانون مدنی و قوانین حمایت خانواده، کلمه حضانت تعریف نشده است که این امر بیانگر ضعف قانون‌گذاری در این زمینه است؛ زیرا به تعریف موضوعی که اهمیت آن در خانواده و جامعه بسیار زیاد است، نپرداخته است. با این حال با توجه به این‌که در قانون مدنی در ابتدای باب حضانت، مقرر گردیده: «در نگاهداری و تربیت اطفال»، می‌توان گفت: از نظر قانون مدنی حضانت به معنای «نگهداری و تربیت اطفال» است. در تعریف حقوقی حضانت بیان شده: حضانت عبارت از اقتداری

است که قانون به منظور نگاهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است (کاتوزیان<sup>۱۳</sup>، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳۹).

در قوانین برخی مواد درباره حضانت ابویین به طور عام هستند و برخی مربوط به حضانت مادر به طور خاص؛ البته ابتدا به قوانین عام پرداخته می‌شود:

درباره حضانت، ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی به عنوان اولین ماده در این موضوع، حضانت را حق و تکلیف والدین قرار داده است و مقرر می‌دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است». این ماده قانونی در جهت حمایت از حق حضانت پدر و مادر، نگاهداری را تنها حق و تکلیف والدین قرار داده است، در کل این ماده قانونی می‌تواند سبب حمایت از خانواده در جهت عدم دخالت بدون دلیل دیگران قرار بگیرد.

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز در جهت حمایت از حق حضانت پدر و مادر به بیان مواردی که از والدین سلب حضانت می‌شود، پرداخته و آن را محدود به مواردی مانند: اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار، اشتها به فساد اخلاق، فحشا و... می‌کند، هرچند این موارد حصری نمی‌باشد، ولی موارد دیگر هم باید در این راستا باشند.

زیرا پدر و مادر تنها ماموران دولت نیستند تا هرگاه مصلحت ایجاب کند به کناری گذارده شوند. آن‌ها بر نگاهداری و تربیت فرزند خود حق دارند؛ حقی که از دیرباز، به عنوان امتیازی طبیعی، محترم داشته شده است و تا خانواده‌ای هست، پابرجا می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۵۹).

می‌توان گفت معنی این ماده این است که به علت این‌که نگاهداری طفل تکلیف ابویین است، پس نمی‌توانند از زیر این بار شانه خالی کنند و بایستی اختیار خود را به مصلحت طفل به کار برند. ولی نگاهداری حق آنان نیز هست، زیرا جز در موردی که قانون مجاز شناخته است، نمی‌توان آنان را از این امتیاز محروم ساخت. این موارد نیز ناظر به حالتی است که محروم کردن پدر و مادر از حق خود ضروری باشد و دادگاه نباید به این بهانه که بهتر مصالح طفل تأمین می‌شود، اختیار پدر و مادر را از آنان بگیرد. هرچند می‌توان گفت امروزه تمایل به گسترش نظارت دولت و افزودن بر قلمرو تکالیف پدر و مادر است و آنچه اهمیت اصلی دارد، حمایت از حقوق طفل است. هدف از برقراری حق حضانت پدر و مادر نیز در مرحله نخست حفظ حقوق و شخصیت طفل است که بنا به فرض قانون، در کنار پدر و مادر بهتر از هر محیط دیگر تأمین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، صص ۱۳۳-۱۳۲).

هم‌چنین طبق ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی<sup>۱۴</sup> مقرر شده است، هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌هاست از نگاهداری او امتناع کنند. مطابق این ماده، هیچ یک از پدر و مادر نمی‌توانند حضانت را اسقاط و یا واگذار به غیر کنند؛ بلکه باید شخصاً در مدت مقرر تکلیف قانونی خود را که از نظر حفظ نظم اجتماعی به نفع طفل برقرار شده، انجام دهند. بدین جهت آن‌ها

نمی‌توانند مطالبه اجرت نسبت به عمل خود بنمایند، اگرچه طفل از خود دارایی داشته باشد. بنابراین حضانت طفل از قوانین آمره می‌باشد (امامی<sup>۱۵</sup>، ۱۳۹۰، ج ۵، ص ۲۰۲).

نظریه شماره ۷/۱۳۷۴-۱۳۶۱/۴/۱ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در این راستا چنین بیان می‌دارد: «حضانت و نگهداری اطفال برای ابویین هم حق و هم تکلیف است و قابل اسقاط یا مصالحه می‌باشد؛ زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبه امری برای مکلف دارد و اراده فرد می‌تواند چنین حکمی را تغییر دهد».

هم‌چنین گفته شده، هیچ یک از ابویین نمی‌توانند حق اولویت خود را در حضانت اسقاط و یا به دیگری واگذار نمایند. از ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی<sup>۱۶</sup> نیز همین معنی استنباط می‌شود و تکلیف حضانت برای هر یک از پدر و مادر در مدت مقرر قائم به شخص آن‌هاست. بنابراین در صورت انحلال نکاح بین پدر و مادر در اثر فسخ یا طلاق، هیچ یک از پدر و مادر نمی‌توانند تکلیف خود را به دیگری واگذار کنند (امامی، ۱۳۹۰؛ ج ۵، ص ۲۰۳).

البته رویه قضایی دادگاه‌های خانواده برخلاف این است و بسیار دیده شده که مادر مهریه خودش را در قبال حضانت بچه در مدتی که حضانت با پدر است به او می‌بخشد یا مادری که شاغل نیست و از نظر مالی منبع درآمد و پشتوانه‌ای مالی ندارد، حضانت طفل را در مدتی که حضانت با اوست به پدر طفل واگذار می‌نماید.

مانند دادنامه شماره ۲۳۸۲ در پرونده کلاسه شماره ۲۳۴۶/۲/۸۴ شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران که در آن توافق پدر و مادر در مورد حضانت را برخلاف ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی صحیح قلمداد نموده و مقرر داشته است: «حضانت فرزند مشترک بر اساس گزارش اصلاحی تنظیمی به زوجه واگذار شده تا زمانی که اراده ایشان بر استمرار این حق باشد، مجوزی برای سلب این حق وجود ندارد» (زندی<sup>۱۷</sup>، ۱۳۹۱؛ ج ۱، ص ۱۹۴).

همین‌طور دادنامه شماره ۲۵۳۹ در پرونده کلاسه ۲۴۹۴/۲/۸۴ شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران که در این دادنامه نیز توافق پدر و مادر برخلاف ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی صحیح قلمداد و مقرر شده: «زوجه طوعاً از حق حضانت خود اعراض نموده و برای بازگشت از این اعراض دلیل منطقی ندارد» (زندی، ۱۳۹۱؛ ج ۱، ص ۱۹۵).

در این موارد نیز می‌توان به نظریه شماره ۷/۳۹۴۵-۱۳۷۵/۷/۶ اشاره نمود که مقرر می‌دارد: «پدر و مادر با توافق می‌توانند حضانت را به عهده یکدیگر بگذارند، ولی به اشخاص دیگر نمی‌توانند محول نمایند». مواد قانونی که تاکنون پرداخته شد راجع به حضانت به‌طور عام است، در ادامه مواد قانونی که به حضانت مادر به‌طور خاص پرداخته‌اند، بیان می‌شود:

یکی از مواد قانونی که به موضوع حضانت مادر پرداخته بود، ماده واحده قانون حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آن‌ها مصوب ۱۳۶۴/۵/۶ است که مقرر می‌نمود: «حضانت

فرزندان صغیر یا محجوری که پدران‌شان به مقام والای شهادت رسیده و یا فوت شده باشند با مادران آن‌ها خواهد بود...».

همین طور تبصره ۲ آن مقرر می‌داشت: «ازدواج مادرانی که در ماده واحده ذکر شده است مانع از حق حضانت آن‌ها نمی‌گردد».

ماده واحده فوق هرچند در جهت حمایت از حق حضانت مادر وضع شده بود، ولی این اثر مثبت را برای حمایت از کودک داشت که شخصی نمی‌توانست کودک را از مادر جدا نموده و کودکی را که پدر خود را از دست داده از آغوش گرم مادر نیز محروم نماید.

آخرین اراده قانون‌گذار که در قوانین راجع به حضانت مادر بر کودک در صورت فوت پدر صورت گرفت، ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است که مقرر می‌دارد: «حضانت فرزندان 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».

این ماده آخرین اراده قانون‌گذار در زمینه حضانت مادر بر کودک در صورت فوت پدر است که به موجب ماده ۵۸ قانون اخیر، ماده واحده قانون اعطای حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آن‌ها، منسوخ شد.

این ماده به رغم جدید بودن، بدون در نظر گرفتن تغییر و تحولات اجتماعی وضع شده است؛ زیرا برای حضانت مادر بر کودک در موارد فوت پدر، خلاءها و چالش‌هایی وجود دارد که با وضع این قانون خلاءها شدیدتر خواهد شد.

### مبحث سوم: محدودیت‌های قانونی حضانت مادر پس از فوت پدر

برای حضانت مادر بر کودک در موارد فوت پدر، محدودیت‌هایی وجود دارد که در این قسمت به بررسی آن‌ها پرداخته خواهد شد.

#### ۱. ولایت بر کودک

این نهاد مانند حضانت یکی از نهادهای حمایتی برای کودک است که در مواردی هم‌زمانی این دو سبب بروز خلاءها و چالش‌هایی برای کودک می‌شود.

در تفاوت این دو نهاد می‌توان گفت در فقه و به تبعیت از آن در حقوق، 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 این‌گونه موارد می‌دانند (جبعی العاملی<sup>۱۸</sup>، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۴۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۲۸۳). در حقوق نیز، مانند فقه، حضانت مربوط به نگهداری و تربیت فرزند است. در فقه، فقها در مباحث حضانت تنها از پدر و مادر، وظایف آن‌ها، سن حضانت فرزند برای آن‌ها، موارد سقوط حضانت آن‌ها و... نام برده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۲۸۳). میرزا قمی

در این زمینه 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 زیادتى نصیب را در میراث مدخلیتی داده‌اند در اولویت و سپس می‌گوید: اظهار قول اول است (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، صص ۳۵۵-۳۵۴)، در حقوق نیز حضانت تنها به پدر و مادر اختصاص دارد (مواد ۱۱۷۹-۱۱۶۸ قانون مدنی).

در فقه ولایت را، ولایت بر نفس، مال و حقوق اطفال می‌دانند (فاضل لنکرانی و انصاری<sup>۱۹</sup>، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۵۲۵). در حقوق نیز ولایت ناظر به اداره امور طفل اعم از مالی و غیر مالی است (ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی)<sup>۲۰</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 برابری دارند و مادر هیچ‌گاه چنین ولایتی بر طفل ندارد (فاضل لنکرانی و انصاری، ۱۴۲۹، ج ۱، ص ۵۲۹؛ بهجت<sup>۲۱</sup>، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۴۴۲). مگر این‌که 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 (ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی)<sup>۲۲</sup>. ولی اختیاراتش 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.

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 مسئول حضانت. این مشکل عملاً وقتی نمود پیدا می‌کند که حضانت با مادر و ولایت با پدر یا جد پدری باشد؛ وگرنه 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، اما ولی طفل به علت بار مالی آن مخالف باشد؛ در این صورت، تکلیف چیست؟ (بیگدلی<sup>۲۳</sup>، ۱۳۹۰؛ ص ۱۰).

برخی اظهارنظر کرده‌اند که تعیین تکلیف مسائل مربوط به تربیت در دوره حضانت بر عهده مسئول حضانت است؛ زیرا اگر چنین نباشد و ولی فقط حق اظهارنظر در این‌گونه امور را داشته باشد، این بدان معنا خواهد بود که مادر، خدمت‌کاری بیش نباشد و بی‌آن‌که بتواند تصمیمی درباره تعالی و رشد کودک بگیرد، فقط مسئول تغذیه، تمیز کردن، لباس پوشیدن و... است که معنایی جز توهین به او ندارد (ایرانمنش<sup>۲۴</sup>، ۱۳۷۴؛ ص ۳۰).



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

بنابراین حضانت مادر در عمل با چالش‌هایی روبه‌رو است؛ زیرا معنای حضانت در جامعه امروزی تحول یافته و صرفاً نگهداری طفل نیست؛ بلکه وظیفه تربیت و رشد استعدادهای طفل با توجه به توسعه علوم و پیشرفت جوامع، گسترش یافته است؛ اما افزایش این مسئولیت با افزایش اختیارات حضانت‌کننده همراه نبوده است. به عنوان مثال انتخاب مدرسه‌ای که طفل در آن تحصیل می‌کند در عرف اداری و قضایی جامعه امروز از اختیارات ولایی است. چه بسیار زنانی که در حال جدایی از شوهر، حضانت طفل را بر عهده دارند، اما اولیای مدرسه از تحویل پرونده تحصیلی به مادر برای انتقال به مرکز آموزشی دیگر خودداری می‌نمایند. چنانچه طفل به عللی از قبیل تصادف با وسیله نقلیه مصدوم گردد، اگرچه معمولاً مادر به عنوان حضانت‌کننده، متحمل هزینه‌های درمانی وی می‌شود، اما دیه صرفاً به ولی (اعم از پدر یا جد پدری) پرداخت می‌گردد. 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. 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 می‌باشد و این مشکل آن‌گاه بزرگ‌تر می‌شود که والدین هنوز خصومت‌های قبلی را فراموش نکرده باشند و این‌گونه کودک حق‌المصالحه اختلافات سابق والدین می‌شود. در مورد فوت پدر که مادر متکفل حضانت طفل است، چالش شدیدتر می‌باشد. زیرا اختلافات ناشی از اختیارات تام جد پدری بر اموال صغیر مانع از آن است که توافق حاصل شود (اسدی<sup>۲۵</sup>، ۱۳۸۶؛ ص ۴).

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 نمی‌کند و به اندازه پدر یا مادر به سرنوشت او علاقه‌مند نیست تا بتواند با پدر در اداره امور محجور برابری کند و یا بعد از پدر، ولایت منحصراً 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 می‌نماید، به ویژه آن‌که

مادر دلسوزتر و فداکارتر از هر شخص دیگری نسبت به فرزند خود است (صفایی و امامی<sup>۲۶</sup>، ۱۳۸۱؛ صص ۱۶۸-۱۶۷).

بنابراین از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ این انتظار متصور بود که به مشکلات و خلاءهای ناشی از عدم حق ولایت مادر بر فرزند و مشکلات ناشی از تداخل حضانت و ولایت به خصوص در زمان فوت پدر بپردازد، ولی از ایرادات وارد بر این قانون این است که نه تنها به حل چنین مشکلات و خلاءهایی نپرداخته، بلکه با وضع ماده ۴۳ باعث به وجود آوردن مشکلات و چالش‌های جدید راجع به نهاد حضانت در نظام حقوق خانواده شده است که در ادامه به بررسی آن پرداخته خواهد شد.

## ۲) ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱

یکی دیگر از موارد محدودیت قانونی حضانت مادر پس از فوت پدر، ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است. این ماده مقرر می‌دارد: «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». در این ماده مقرر شده، در صورت فوت پدر، اگر اعطای حضانت به مادر برخلاف مصلحت طفل باشد دادگاه می‌تواند حضانت فرزند را به شخصی غیر از مادر بسپارد. در این ماده قانونی مشخص نشده است که چه اموری برخلاف مصلحت طفل می‌باشد، در حالی که در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی به مواردی که ایجادکننده شرایط نامناسب جسمی و روحی برای کودک است، اشاره شده است. مواردی مانند اعتیاد زیان‌آور والدین به الکل، مواد مخدر، قمار، دچار شدن به بیماری‌های روانی، اشتها به فساد اخلاقی و فحشا، سوءاستفاده از طفل، یا اجبار او به ورود در مشاغل ضداخلاقی مانند فساد، فحشا، تکدی‌گری و قاچاق، تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف که البته مصادیق آورده حصری نموده و به عنوان مثال آورده شده است. با وجود این ماده، دیگر نیازی به ذکر عبارت «خلاف مصلحت طفل» در ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نبود که عبارتی مبهم است و معیار و تعریف مشخصی ندارد؛ زیرا مصلحت واژه‌ای مشکک است و مصادیق متعددی را می‌تواند در بر بگیرد.

ضمن این‌که فقهای شیعه معتقد به بطلان و حرمت عمل به قاعده مصلحت یا استصلاح هستند. با این استدلال که اولاً دلیلی بر حجیت آن نرسیده و ثانیاً این قاعده حربه برنده‌ای خواهد بود در دست حکام، امرا، قضات و خلاصه کسانی که در راس جوامع اسلامی قرار دارند و زمام امور مسلمانان به دست آن‌هاست. اگر این باب گشوده شود اینان به آسانی خواهند توانست مقاصد خود را که همیشه به نفع مسلمانان و جامعه اسلامی نیست، به ادعای این‌که مصلحت مقتضی است، به استناد قاعده استصلاح لباس شرعی بپوشانند و آن را به زیان اسلام به کار برند. به خصوص که «مصلحت»

ضابطه مسلمی ندارد و تابع زمان و مکان و اوضاع و احوال است و این به خواسته‌های نامشروع اینان کمک بسزایی می‌کند (محمدی<sup>۲۷</sup>، ۱۳۸۳؛ ص ۲۳۹).

هم‌چنین این ماده مرجع تشخیص مصلحت را دادگاه قرار داده، بدون این که ضابطه مشخصی برای تشخیص مصلحت توسط دادگاه قرار داده باشد که خود این امر می‌تواند باعث سوءاستفاده از قانون شود که در قسمت بعد بیشتر به این موضوع پرداخته خواهد شد.

## ۲-۱) نقد ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده

نقد نخست همان گونه که اشاره گردید، واژه مصلحت نمی‌تواند ضابطه مناسبی برای این ماده قانونی باشد، بدین دلیل که مصلحت در لغت به ضد، نقیض و مخالف مفسده و فساد معنا شده است، چنان که به «خیر» نیز تفسیر گردیده است (ابن فارس<sup>۲۸</sup>، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۳۰۳). نکته قابل تأمل که در تفسیر واژه «مصلحت» از سوی لغویین وجود دارد، این است که آنچه در معنای این واژه آمده، صرف‌الوجود عدم مفسده و خیر است، بدون این که مقدار خیر و صلاح مشخص گردیده باشد (علی‌دوست<sup>۲۹</sup>، ۱۳۸۸؛ ص ۸۴). در متون دینی مانند قرآن کریم، هرچند واژه مصلحت به کار نرفته، اما بسیاری از مشتقات این ماده از قبیل اصلاح، صالح و صالح، ده‌ها بار به کار رفته است. اصلاح در مقابل افساد و عمل صالح در مقابل عمل سوء و سیئه استعمال شده، لکن هیچ‌گاه واژه مصلحت یا دیگر واژه‌های هم‌خانواده با این مفهوم تفسیر نگردیده است (علی‌دوست، ۱۳۸۸؛ ص ۸۳). پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا صرف نبود «مفسده» مجوز اطلاق «مصلحت» است و بین «مصلحت» و «مفسده» واسطه‌ای وجود ندارد، یا «مصلحت» و سایر مشتقات این مفهوم امور وجودی است و به صرف نبود «مفسده» قابل اطلاق نیست؟

برخی بدون ارائه هیچ بیان و دلیلی «اصلاح» و «افساد» را نقیض یکدیگر دانسته که با انعدام یکی، دیگری وجود دارد، لکن «اصلاح» و «افساد» را ضد یکدیگر فرض کرده‌اند (مصطفوی<sup>۳۰</sup>، ۱۴۱۶ق، ج ۶، صص ۲۶۶-۲۶۵).

در مقابل گفته شده: با توجه به ارتکاز و تبادر ذهن که در این‌گونه مسائل مهم‌ترین سند و مرجع است، مصلحت و مفسده، هم‌چنین اصلاح و افساد ضد یکدیگر بوده، ارتفاع هر دو نیز در یک مورد قابل تصور است و «مصلحت و اصلاح» به صرف نبود مفسده و افساد نیست. بنابراین می‌توان اموری و افعالی فرض کرد که نه مصداق مصلحت باشد و نه مفسده، نه اصلاح باشد و نه افساد (علی‌دوست، ۱۳۸۸؛ صص ۸۶-۸۵).

در نتیجه پیرامون مفهوم «مصلحت» گفته شده: مفهوم مصلحت را نمی‌توان با تعریفی که جامع افراد و مانع اغیار باشد، تفسیر کرد و با کمی تسامح می‌توان گفت هرچه سخن در تفسیر و تبیین آن

متمرکز شود؛ بدون این که به این کار نیازی باشد، بر ابهام آن می‌افزاید (علی‌دوست، ۱۳۸۸، ص ۸۶؛ منصورنژاد<sup>۳۱</sup>، ۱۳۸۸، ص ۶).

هم‌چنین «بریان باری» اندیشمند معاصر غربی، در مقاله‌ای در باب «مصلحت عمومی» پس از طرح و نقد و بررسی تعاریف متعدد، نهایتاً این گونه اظهارنظر می‌کند: «به نظر من تمام تعاریف دیگری که از مصلحت ارائه شوند، یا نامربوطاند یا آن که به جملاتی از سنخ تعریفی که من کردم قابل تحویل‌اند. به این ترتیب، تنها تعبیری که می‌شود از این سوال کرد این است که مصالح شما چیستند یا کدام‌اند؟ این تعریف با ایجاز کمتر این گونه می‌شود: یک سیاست یا قانون و یا رسم و عادت در صورتی می‌تواند به مصلحت کسی باشد که شرایط ذیل را تأمین کند (یک سیاست یا قانون و یا رسم و عادت در صورتی به مصلحت کسی هست که بر امکانات او برای تحصیل هر آنچه بخواهد تحصیل کند، بیفزاید. توجه داشته باشید که این تعریف در واقع تعریفی از «به مصلحت فلانی» است، نه تعریف از «مصلحت علی‌الاطلاق» (کوینتون<sup>۳۲</sup>، ترجمه اسعدی، ۱۳۷۱، صص ۲۲۶-۲۲۷).

بنابراین با در نظر گرفتن مطالب گفته شده، این انتقادات را بر ماده ۴۳ می‌توان وارد نمود: با توجه به این که تعریف دقیقی از مصلحت وجود ندارد، نهایتاً این ماده قانونی این نتیجه را در بر خواهد داشت که در صورت فوت پدر، مادر باید این دغدغه خاطر را داشته باشد که جد پدری فرزندش، هر زمان که بخواهد می‌تواند اختیار حضانت طفل را از او به بهانه مصلحت فرزند سلب نماید؛ بدون این که قانون‌گذار معیار مشخصی از مصلحت در این مورد ارائه داده باشد. از قانون‌گذار این انتظار وجود دارد که با وضع قوانین مناسب سعی در از میان برداشتن موانعی بنماید که در عمل سبب به وجود آمدن عسر و حرج و سختی برای خانواده می‌شود، نه این که با وضع چنین قوانینی اسباب عسر و حرج خانواده را فراهم کند. در صورتی که 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، بایستی تمام وقت و امکانات مالی خود را در دادگاه و در دعوی که پس از مرگ شوهر با اقوام شوهر، به خصوص جد پدری دارد، صرف نماید که مطمئناً این امر باعث به وجود آمدن شرایط «حرجی زیادی» برای مادر و فرزندان خانواده می‌شود. باید گفت پدر و مادر تنها ماموران دولت نیستند تا هرگاه مصلحت ایجاب کند به کناری گذارده شوند. آنان بر نگاهداری و تربیت فرزند خود حق دارند، حقی که از دیرباز، به عنوان امتیازی طبیعی، محترم داشته شده است و تا خانواده‌ای هست پابرجا می‌ماند.

نقد دیگری را که می‌توان بر این ماده وارد دانست این است که ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده، برخلاف مواد موجود در قانون مدنی راجع به حضانت بر فرزند است. قانون مدنی در ماده ۱۱۶۸ درباره حضانت مقرر می‌دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است». این ماده قانونی

تنها حضانت را برای پدر و مادر مقرر نموده و در حضانت، پدر و مادر را مقدم بر هر فردی می‌داند. در حالی که قانون حمایت خانواده، تنها به مصلحت طفل در مواقع فوت پدر و حضانت مادر اشاره نموده، در صورتی که خلاف این امر نیز ممکن است؛ زیرا امکان دارد در صورت فوت مادر، حضانت پدر به صلاح طفل نباشد، قانون حمایت خانواده با عدم پیش‌بینی این فرض، این نظر را به وجود می‌آورد که قانون جدید حمایت خانواده، حضانت پدر را مقدم بر هر فردی می‌داند و در مورد مادر چنین نظری ندارد.

هم‌چنین ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی نیز مقرر می‌نماید: «طفل را نمی‌توان از ابویین و یا پدر و یا مادری که حضانت با اوست، گرفت؛ مگر در صورت وجود علت قانونی». ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی نیز در این زمینه مقرر می‌دارد: «در صورت فوت یکی از ابویین حضانت طفل با آن‌که زنده است خواهد بود؛ هرچند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد».

قیم در این ماده، به معنی وصی به کار رفته است. مقصود این است که اگر پدر طفل برای سرپرستی و اداره اموال فرزند خود وصی معین کرده باشد، در صورت فوت او، حضانت بر عهده مادر خواهد بود نه وصی منصوب (صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ص ۳۳۹).

این ماده نشان می‌دهد که اختیار پدر به عنوان ولی قهری هیچ‌گاه نمی‌تواند مانع از حضانت مادر شود. این حکم در موردی هم که پس از فوت پدر، ولایت به جد پدری می‌رسد، قابل اجرا است. دادگاه نیز باید تقدم پدر یا مادری را که در چنین وضعی قرار گرفته است، محترم شمارد (مصلی‌نژاد<sup>۳۳</sup>، ۱۳۹۰، ص ۷۴). به علاوه در مبحث حضانت طفل که با عنوان «نگاهداری و تربیت اطفال» در قانون است، تنها قانون‌گذار از پدر و مادر نام برده و از شخص دیگری حتی جد پدری نام نبرده است که چنین نگارشی این معنا را می‌رساند که حضانت اطفال تنها مختص به پدر و مادر است.

در این مورد نیز گفته شده: حق اولیه و ابتدایی حضانت بر فرزندان از آن پدر و مادر است. لذا تا زمانی که پدر و مادر در قید حیات هستند و صلاحیت نگهداری از فرزند خود را از دست نداده‌اند، حضانت با آنان است و خویشان پدری و مادری در این زمینه هیچ گونه حقی ندارند و قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۸ بر این حق پدر و مادر تاکید کرده است (معاونت آموزش قوه قضاییه<sup>۳۴</sup>، ۱۳۸۸، ج ۳۹، ص ۸۳).

رای شماره ۳۶۴ شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور در این زمینه مقرر می‌دارد: «با توجه به فوت والد فرزندان، والده (مادر) اولی است به حضانت و سرپرستی فرزندان مشترک از دیگران حسب موازین فقهی ...».

همین طور رای شماره ۳۶۵ شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور مقرر می‌دارد: «حسب ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی در صورت فوت احد از ابویین حضانت طفل با دیگری است که در قید حیات است، به‌طور مطلق، چه ازدواج بکند یا نه».

همچنین قانون اعطای حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آن‌ها<sup>۲۵</sup> مصوب ۱۳۶۴ که به موجب قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ نسخ گردید، حضانت فرزندان صغیر و محجور را به طور مطلق به مادران آن‌ها اعطا کرده بود و تبصره ۲ آن ازدواج مادر را در صورت فوت پدر مانع حضانت ندانسته بود. بنابراین از قانون اخیر این انتظار بود که اختیارت بیشتری را به مادران راجع به امور فرزندان اعطا نماید. ولی قانون اخیر که قریب ۳۰ سال بعد وضع شد، اختیار مادر را در امور فرزند بیش از پیش محدود نموده است. بنابراین این انتقادات به قانون‌گذار وارد است که به جای حمایت از مادران، قانونی را وضع نموده که به زیان مادران است و مصلحت طفل را تنها در صورت حضانت مادر مهم می‌داند و هنوز قانون‌گذار در وضع قوانین، شرایط جامعه پدرسالار را در نظر گرفته و بنابراین جد - پدری بر مادر ارجحیت پیدا می‌کند.

## ۲-۲) راهکارهای رفع نواقص ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده

با توجه به مطالب پیشین، در صورت فوت پدر با وجود ولایت قهری جد پدری چالش‌ها بیش از گذشته خواهد شد. امروزه با توجه به ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده، حضانت مادر در مواقع فوت پدر با چالش جدیدی روبه‌رو شده است، بهترین راهکار حذف یا اصلاح این ماده در راستای رجوع به قانون مدنی می‌باشد؛ ولی با توجه به این‌که فعلاً چنین ماده قانونی در ادبیات حقوقی وجود دارد؛ بنابراین تکلیف دادگاه‌ها در تفسیر از این ماده چگونه خواهد بود؟

همان‌گونه که گفته شد، در معنای مصلحت توافق نظر وجود ندارد که این امر می‌تواند موجب برداشت‌های گوناگون از ماده قانونی مذکور شود. به عنوان نمونه اگر مادر در خانه‌ای استیجاری در جنوب شهر سکونت داشته باشد، ولی جد پدری در خانه‌ای ویلایی در شمال شهر زندگی کند، مصلحت طفل چه اقتضایی خواهد داشت؟ ممکن است یک قاضی با توجه به مکان مناسب‌تر و مجلل‌تر جد پدری، مصلحت کودک را در این ببیند که کودک از آغوش مادر گرفته شود و در مکانی پرورش یابد که دارای امکانات رفاهی بیشتری است، هم‌چنین در موارد دیگر ممکن است برداشت قضات از واژه مصلحت گوناگون باشد، بنابراین با توجه به مشکلاتی که ممکن است در این راستا به وجود آید، راهکار صحیح به نظر می‌رسد این باشد که رویه‌ای ایجاد شود و قضات دادگاه برای معنای واژه مصلحت به ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی رجوع نموده و مطابق با موارد این ماده قانونی که حصری نبوده، بلکه تمثیلی می‌باشد به تفسیر واژه مصلحت در قانون مورد اشاره بپردازند.

## یافته‌های پژوهش

در نظر فقهای شیعه، در صورت فوت پدر، مادر مقدم بر هر شخصی؛ حتی جد پدری در حضانت بر کودک است؛ اگرچه ازدواج نماید. صاحب جواهر در این مورد ادعای اجماع می‌نماید. ایشان و

صاحب ریاض علت آن را این گونه بیان می‌نمایند: مادر نسبت به فرزند مهربان‌تر و دلسوزتر است و آیه شریفه «و اولوالارحام بعضهم اولی ببعض فی کتاب الله» و همچنین روایاتی را مستند خود قرار می‌دهند. بنابراین به نظر فقهای شیعه، مادر در حضانت کودک در صورت فوت بر همه حتی جد پدری ارجحیت دارد و فقهای شیعه برخلاف قانون حمایت خانواده، جد پدری را بنا بر مصلحت بر مادر ارجحیت نداده‌اند.

مطابق با ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت تنها حق و تکلیف والدین است و هیچ شخص دیگری بر کودک حضانت ندارد. پدر و مادر با توافق می‌توانند حضانت را بر عهده یکدیگر بگذارند؛ ولی به اشخاص دیگر نمی‌توانند محول نمایند، زیرا حضانت از قوانین آمره می‌باشد. ماده ۱۱۷۳ این قانون نیز در جهت حمایت از حق حضانت پدر و مادر سلب حضانت از والدین را محدود به مواردی مانند اعتیاد زیان‌آور والدین، اشتها به فساد اخلاقی والدین و مواردی از این قبیل نموده است. بنابراین قوانین در زمینه حضانت قانون مدنی می‌توانند سبب حمایت از خانواده در جهت عدم دخالت بدون دلیل دیگران قرار بگیرند.

در قوانین محدودیت‌هایی برای حضانت مادر وجود دارد، یکی از این محدودیت‌ها هم‌زمانی حضانت مادر و ولایت ولی، به خصوص هم‌زمانی ولایت جد پدری و حضانت مادر پس از فوت پدر است؛ زیرا اگرچه مادر مسئولیت حضانت را بر عهده دارد، ولی اداره امور کودک از نظر مالی و غیر مالی هم‌چنان با جد پدری است. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با در نظر گرفتن این واقعیت که نداشتن اختیار ولایت قهری برای مادر، می‌تواند مشکلات زیادی را برای مادر و فرزندان خانواده در مواقع جدایی پدر و مادر و فوت پدر به وجود بیاورد، در قوانین مربوط به خانواده برای مادر نیز مانند پدر اختیارات ولایتی قائل شود که این امر با واقعیات جامعه و رشد روزافزون زنان از نظر اجتماعی نیز هماهنگی دارد. با به رسمیت شناختن چنین ولایتی برای مادر در امور مربوط بر اطفال علاوه بر جلوگیری از حرج مادر در مواقع جدایی پدر و مادر یا فوت پدر، سعادت و آینده فرزند نیز بهتر تضمین خواهد شد که این امر یقیناً تأثیرات مثبتی را نیز برای اجتماع در بر خواهد داشت.

یکی دیگر از محدودیت‌های حضانت مادر پس از فوت پدر، ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است. همان گونه که گفته شد، مطابق با این ماده حضانت کودک پس از فوت پدر با مادر است، مگر این‌که دادگاه اعطای این حضانت را خلاف مصلحت کودک بداند. همان گونه که اشاره شد «مصلحت» کلمه‌ای مبهم است و معیار و تعریف دقیقی ندارد، هم‌چنین فقهای شیعه معتقد به بطلان و حرمت عمل به قاعده مصلحت یا استصلاح هستند. هم‌چنین ایشان حضانت را در صورت فوت پدر با مادر می‌دانند؛ بدون این‌که به مصلحت استناد نمایند، بنابراین این ماده نه تنها مخالف نظر فقهای شیعه در این موضوع است؛ بلکه با قرار دادن واژه مبهم و مشکک مصلحت باعث سلیقه‌ای شدن تفسیر و عمل به قانون می‌شود. به علاوه این ماده قانونی برخلاف مواد موجود در قانون مدنی

راجع به حضانت است؛ زیرا قانون مدنی حضانت را تنها حق و تکلیف پدر و مادر می‌داند و در حضانت، پدر و مادر را مقدم بر هر فردی می‌داند، در حالی که ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده به گونه‌ای نگارش شده است که تنها حضانت پدر را مقدم بر هر فردی می‌داند و برای مادر چنین حقی در حضانت کودک قائل نیست، که این امر می‌تواند سبب عسر و حرج خانواده شود.

با توجه به مشکلات تازه‌ای که از ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده به وجود می‌آید، پیشنهاد می‌شود که این ماده قانونی بدین شرح اصلاح شود: «حضانت فرزندان که پدرشان فوت شده با مادر آنهاست و هیچ شخصی حتی ولی قهری حق سلب حضانت از مادر را نخواهد داشت؛ مگر در موارد موجود در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی راجع به سلب حضانت از پدر و مادر». ولی با توجه به این که این ماده قانونی فعلاً در ادبیات حقوقی وجود دارد، برای جلوگیری از تفسیر سلیقه‌ای از قانون پیشنهاد می‌شود رویه‌ای ایجاد شود و قضات دادگاه برای معنای واژه مصلحت به ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی رجوع نمایند.

## پی‌نوشت‌ها

1. Golpaygani
2. Makarem Shirazi
3. Behbahani
4. Mirza-ye Qomi
5. Musavi Khomeini

۵. فلو مات الأب بعد انتقال الحضانه إليه أو قبله كانت الأم أحق بهما من الوصي للأب و من باقى أقاربه حتى أبيه و امه فضلا عن غيرهما، كما أنها لو ماتت هي في زمن حضانتها كان الأب أحق بهما من وصيها و من أبيها و أمها فضلا عن باقى أقاربها بلا خلاف أجدده في شيء من ذلك، بل ظاهرهم الإجماع عليه، للأصل في بعض الصور متمما بعدم القول بالفصل، و لأنها أشفق و أرفق «و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله» و ما في خبر داود بن الحصين السابق أيضا «فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه» و لظهور قوله تعالى «۴» «لا تُضَارَّ» إلى آخره في كون الحق لهما دون غيرهما، إلا أنه مع وجودهما كان تفصيل الأمر بينهما شرعا على ما عرفت، أما مع موت أحدهما يبقى الآخر بلا معارض.

## 6. Najafi

۷. و لو مات الأب، فالأم أحق به أى الولد مطلقاً، ذكرأ كان أو أنثى - من الوصي للأب أو الجد له أو غيره مطلقاً، انقطعت حضانتها عنه قبل موت الأب أم لا، إلى أن يبلغا؛ لأنها أشفق و أرفق، وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله تعالى، و للمرسل كالصحيح على الصحيح: عن رجل مات و ترك امرأة و معها منه ولد، فألقته على خادم لها فأرضعته، ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصي، فقال: «لها أجر مثلها، و ليس للوصي أن يخرجها من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله» و قريب منه فحوى الموثق: «فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه» و إطلاقهما كالعباره و الآية الشريفه يقتضى إطلاق الأحقيه و لو كانت مزوجه، و به صرح جماعة، و منهم العلامه، و الخبران بالسقوط في المزوجه ظاهران في حياة الأب جداً، و الاشتغال بحقوق الزوج غير كافٍ للإسقاط قطعاً.

## 8. Haeri



9. Ibn babawayeh

10. Dehkhoda

11. Moein

12. Katouziyan

۱۳. ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی: «هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌هاست از نگهداری او امتناع کنند، در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی‌العموم، نگهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده اوست الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند».

14. Imami

۱۵. ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابویین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. تبصره - بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد».

16. Zandi

17. Juba'i Al'Amili

18. Fazel Lankarani & Ansari

۱۹. ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی: «در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی‌علیه، ولی، نماینده قانونی او می‌باشد».

20. Bahjat

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

22. Bigdeli

23. Iranmanesh

24. Asadi

25. Safaei & Imami

26. Mohammadi

27. Ibn Fares

28. Alidoust

29. Mostafavi

30. Mansurnejad

31. Quinton

32. Mosalanejad

33. Education Assistant of Iran's Justice System

۳۴. ماده واحده: حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدران‌شان به مقام والای شهادت رسیده و یا فوت شده باشند با مادران آن‌ها خواهد بود و هزینه متعارف زندگی این فرزندان چنانچه از اموال خودشان باشد در اختیار ولی شرعی است و اگر از طریق بودجه دولت یا از بنیاد شهید پرداخت می‌شود در اختیار مادران‌شان قرار می‌گیرد؛ مگر آن‌که دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر حکم به عدم صلاحیت بکند.

تبصره ۱: مقصود از محجور در این قانون مجنون یا سفیه‌ای است که حجرش متصل به صغر باشد.

تبصره ۲: ازدواج مادرانی که در ماده واحده ذکر شده است مانع از حق حضانت آن‌ها نمی‌گردد.

تبصره ۳: حدود هزینه متعارف توسط دادگاه معین و به مادر یا نماینده قانونی او پرداخت خواهد شد.

تبصره ۴: در مواردی که تعیین حدود هزینه متعارف یا عدم صلاحیت مادر به فرزندان شهدا در دادگاه مطرح باشد، بنیاد شهید موظف است کارشناس خود را به دادگاه معرفی کند.

## منابع

- ابن بابویه (شیخ صدوق)، م. (۱۴۰۹ق). *من لا یحضره الفقیه*. ج ۵. تهران: نشر صدوق.
- ابن فارس، ا. (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغه*. ج ۳. تحقیق عبدالسلام محمد هارون. قم: مکتبه الاسلامی.
- اسدی، ل. س. (۱۳۸۶). ظرفیت حکومت اسلامی و ضرورت ولایت مادر. *مطالعات راهبردی زنان*، شماره ۳۵، ۶۳-۳۱.
- امامی، س. ج. (۱۳۹۰). *حقوق مدنی*. ج ۵. تهران: انتشارات اسلامیه.
- ایرانمنش، م. (۱۳۷۴). *حضانت اطفال*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق، دانشگاه امام صادق (ع).
- بهبهانی (کرمانشاهی)، س. م. ع. (۱۴۲۱ق). *مقام الفضل*. ج ۱. قم: مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی.
- بهجت، م. ت. (۱۴۲۶ق). *جامع المسائل*. ج ۳. قم: دفتر معظم‌له.
- بیگدلی، س. (۱۳۹۰). مشکلات و خلاءهای قانونی نهاد حضانت در نظام حقوقی ایران. *دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، شماره ۵۵، ۲۴-۵.
- جبعی‌العاملی، ز. (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. ج ۸. قم: مؤسسه المعارف‌الاسلامیه.
- حائری، س. ع. (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*. ج ۱۲. قم: مؤسسه آل بیت (ع).
- دهخدا، ع. ا. (۱۳۴۰). *لغت‌نامه دهخدا*. تهران: دانشگاه تهران.
- زندى، م. ر. (۱۳۹۱). *رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور خانواده؛ طلاق، نکاح، حضانت*. تهران: انتشارات جنگل.
- صفایی، س. ح. و امامی، ا. (۱۳۸۱). *حقوق خانواده*. ج ۲. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- علی‌دوست، ا. (۱۳۸۸). *فقه و مصلحت*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- فاضل‌لنکرانی، م. ج. و انصاری، ق. (۱۴۲۹ق). *موسوعه احکام الاطفال و ادلتها، مقارنه تفصیلیه بین مذهب الامامیه و المذاهب الاخری*. ج ۱. قم: مرکز فقه الائمه اطهار (ع).
- کاتوزیان، ا. ن. (۱۳۸۵). *دوره مقدماتی حقوق مدنی: خانواده*. ج ۲. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کویینتون، آ. (۱۹۹۴). *فلسفه سیاسی*. ترجمه مرتضی‌اسعدی (۱۳۷۱). تهران: انتشارات بین‌المللی هدی.
- گلیپگانی، س. م. ر. (۱۴۰۹ق). *مجمع المسائل*. ج ۲. قم: دارالقرآن الکریم.
- محمدی، ا. ح. (۱۳۸۳). *مبانی استنباط حقوق اسلامی*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- مصطفوی، ح. (۱۴۱۶ق). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. ج ۶. تهران: مؤسسه الطباعة و النشر.
- مصلی‌نژاد، ن. (۱۳۹۰). بررسی تأثیر اراده در حضانت. *دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، شماره ۵۵، ۹۰-۷۰.
- معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۸). *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده*. ج ۳۹. تهران: انتشارات جنگل.
- معین، م. (۱۳۵۰). *فرهنگ فارسی*. ج ۱. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- مکارم شیرازی، ن. (۱۳۸۹). *احکام بانوان*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (ع).
- منصورنژاد، م. (۱۳۸۸). *دغدغه‌های جوان پویا: بررسی تطبیقی مفهوم مصلحت از دیدگاه اندیشمندان غربی و اسلامی*. ج ۳۳. تهران: نشر جوان پویا.
- موسوی‌خمینی، س. ر. (بی‌تا). *تحریر الوسیله*. ج ۲. قم: دارالعلم.
- میرزای قمی، ا. (۱۴۱۳ق). *جامع‌الشتات فی اجوبه السؤالات*. ج ۴. تهران: مؤسسه کیهان.
- نجفی، م. ح. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. ج ۳۱. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- Alidoust, A. (2009). [Jurisprudence and Expediency]. Tehran: Organization of Islamic Thought and Culture Research Publications [in Persian].
- Asadi, L. S. (2007). [The Capacity of the Islamic Government and the Necessity of Mothers' Custody]. *Women's Strategic Studies (Ketabe Zanan)*, 35, 31-63 [in Persian].
- Bahjat, M. T. (2003). [Jame Al-Masael]. Qom: Moazam lah Office Publications [in Arabic].
- Behbahani, S. M. A. (2000). [Maghame Al-Fazl]. Qom: Alameh Vahid Behbahani Institution [in Arabic].

- Bigdeli, S. (2012). [Problems and gaps in the legal custody of the Iranian legal system]. *Family Law and Jurisprudence (Nedaye Sadeq)*, 55, 5-24 [in Persian].
- Dehkhoda. A. A. (1961). [*Dehkhoda Dictionary*]. Tehran: University of Tehran Press [in Persian].
- Education Assistant of Iran's Justice System. (2009). [*Iran's Judicial Procedure on Family Courts*]. Vol 39. Tehran: Jangal Publications [in Persian].
- Fazel Lankarani, M. J. & Ansari, G. (2007). [*Mosue Ahkam Al-Atfal va Adeliteha, Mogharenaht Tafsiliah bain Mazhab Al-Imamiah va Al-Mazaheb Al-Okhra*]. Qom: Fiqh Aeme Athar Center [in Arabic].
- Golpaygani, S. M. R. (1998). [*Majma' Al-Masael*]. Qom: Dar Al-Quran Al-Karim [in Arabic].
- Haeri, S. A. (1995). [*Rayaz Al-Masael fi Tahghigh Al-Ahkam be Al-Dalaye*]. Qom: Al-Bayt Institution [in Arabic].
- Ibn Babawayh (Sheikh Saduq), M. (1998). [*Man La Yahzer Al-Feqhiyah*]. Tehran: Saduq Publications [in Arabic].
- Ibn Fares, A. (1983). [*Mu'jam Maghayeys Al-Loghah*]. Qom: Maktab Al-Alam Al-Islami [in Arabic].
- Imami, S. H. (2011). [*Civil Law*]. Vol 5. Tehran: Islamiyeh Publications [in Persian].
- Iranmanesh, M. (1995). [*Children Custody*]. Master Dissertation of Law, Imam Sadiq University [in Persian].
- Juba'i Al'Amili, Z. (1990). [*Masalek Al-Afham ela Tanghih Sharaye Al-Islam*]. Qom: Al-Ma'aref Al-Islamiah Institution [in Arabic].
- Katouzian. A. N. (2006). [*Civil Rights Foundation: Family*]. Vol 2. Tehran: Sahami Enteshar Company [in Persian].
- Makarem Shirazi, N. (2010). [*Ahkam for Women*]. Qom: Imam Ali School Publications [in Persian].
- Mansurnejad, M. (2009). [Dynamic Young People's Concerns: A Comparative Study of the Concept of Interest from the Perspective of Western and Islamic Thinkers]. Vol 33. Tehran: Javan Pooya Publications [in Persian].
- Mirza-ye Qomi, A. (1992). [*Jame' Al-Shatat fi Ojuba Al-Soalat*]. Vol 4. Tehran: Keyhan Institution [in Arabic].
- Moeen, M. (1972). [*Moeen Encyclopedic Dictionary*]. Vol 1. Tehran: Amir Kabir Publications [in Persian].
- Mohammadi, A. (2004). [*Principles of Islamic Law Deduction*]. Tehran: University of Tehran Press [in Persian].
- Mosalanejad, N. (2011). [To Study the Effect of Voluntary Termination of Child Custody]. *Family Law and Jurisprudence (Nedaye Sadeq)*, 55, 70-90 [in Persian].
- Mostafavi, H. (1995). [*Al-Tahghigh fi Kalimat Al-Quran Al-Karim*]. Tehran: Al-Tebae va Al-Nashr Institution [in Arabic].
- Musavi Khomeini, S. R. (no date). [Tahrir Al-Vasileh]. Qom: Dar Al-Elm Publications [in Arabic].
- Najafi, M. H. (1983). [*Jawahir Al-Kalam fi Sharh Sharaye Al-Islam*]. Vol 31. Beirut: Dar Ihya Al-Turath Al-Arabi [in Arabic].
- Quinton, A. (1994). *Political Philosophy* (M. Asaadi Trans.). Tehran: Hoda International Publications [in Persian].
- Safaei, S. & Imami, A. (2003). [*Family Law*]. Tehran: University of Tehran press [in Persian].
- Zandi, M. R. (2012). [*Judicial Procedure of Appeal Courts of Tehran Province on Family Issues of Divorce, Marriage and Custody*]. Tehran: Jangal Publications [in Persian].