

ظرفیت حکومت اسلامی و ضرورت ولایت مادر

لیلا سادات اسدی *

چکیده

حمایت از اطفال در ابعاد مالی و غیرمالی در سه محور ولایت، حضانت و قیمومت، مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. ولی خاص شامل پدر، جدپدری و همچنین وصی منصوب از طرف ایشان بوده که دارای اختیارات تام در امور مالی و غیرمالی صغیر و طفل بالغ غیررشدید می باشد. این اختیارات در نبود پدر، منجر به بروز مشکلاتی برای طفل و نیز مادر که غالباً سرپرستی طفل را عهده دار است، می گردد. رویه های اداری و قضایی فراتر از قانون نیز، دامنه این مشکلات را توسعه می دهد. این نوشتار به نقد و تحلیل قوانین ایران در ولایت، حضانت و قیمومت بر صغار پرداخته و با بررسی مشکلات، خلاءهای قانونی مربوط به امور مالی صغیر را بیان نموده است. در انتها نیز پیشنهاد شده با توجه به مقتضیات زمان و مکان حکومت اسلامی از باب احکام ثانویه با صلاحدید دادگاه، حق ولایت پدر را بعد از فوت به مادر منتقل نماید.

کلید واژه

ولّی قهری، ولایت، قیمومت، حضانت، ضم امین، اداره امور سرپرستی

* - دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه شهید بهشتی، مدرس دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، مستشار اداره کل تدوین لوایح فقه قضائیه

دوران کودکی از آن جهت که شخصیت انسان شکل می‌گیرد و ابعاد تربیتی بر طفل حاکم می‌گردد، از اهمیت فراوانی برخوردار است. شکل نیافتگی شخصیت کودک و ناتوانی وی در حمایت از خویش، ایجاب می‌کند، برنامه‌ریزی دقیق بر گذران این دوران از جنبه‌های مختلف صورت گیرد، اگرچه نقش قانونگذار در این وادی، بیش از دیگر نهادهاست. زیرا با تعیین حقوق، اختیارات و باید و نبایدها، جواز ورود به حوزه تربیتی و اجتماعی کودک را صادر کرده و نقش، وظایف و اختیارات والدین، بستگان، نهادها، مقامات قضایی و ... را در این حوزه تعیین می‌نماید. در این نوشتار، معاشناسی کودک، قانون‌های حمایتی از وی شامل حضانت، ولایت و قیمومت، مشکلات ناشی از اجرای قوانین برای طفل و دارندگان حق و اختیار نسبت به کودک، همچنین مشکلات ناشی از نبود اختیارات ولایی برای مادر مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱) کودک در اسلام

قرآن کریم شروع دوران طفولیت را ابتدای تولد می‌داند که طفل از دوران جنینی خارج شده و وجودی مستقل می‌یابد: «فَإِنَّا خَلَقْنَاكَ مِنْ تَرَابٍ ثُمَّ مِنْ نَظْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عِلْقَةٍ ثُمَّ مِنْ مَضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لَنَبِّئَنَّ لَكَ وَمَا نَشَاءُ أَلِيًّا أَوْ جَلِيًّا ثُمَّ نَعْرِجُكَ بِطَفْلًا ثُمَّ لَتَبَلِّغُوهُنَّ أَشَدَّ كَمَا...» (حج، ۵). مراحل مختلف رشد انسان در قرآن کریم به نام‌های طفولیت یا صباغت، بلوغ، رشد، اشد، شیخوخت و اردل العمر آمده است که بلوغ مرز کودکی و رشد بوده و به معنای رسیدن به انتها است. خداوند متعال بلوغ را رسیدن به سن نکاح می‌داند: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» (نساء، ۶). آن‌گاه که اطفال شما به حد بلوغ و احتلام رسیدند، باید مانند بالغان با اجازه وارد شوند و تحویل اموال کودک بالغ شده، منوط به احراز رشد آنان است. در آیاتی از قرآن کریم (حج، ۵؛ غافر، ۶۷) واژه بلوغ گاه برای رشد جنسی و گاه برای رشد عقلی استفاده شده و بلوغ جنسی و احتلام را مرز رشد جنسی قرار

داده است. همچنین بلوغ جنسی را صرفاً اماره‌ای بر رشد اقتصادی می‌داند و شرط سپردن اداره اموال به صغیر با احراز رشد عقلی وی که به بلوغ جنسی رسیده میسر است. قابل تعمق اینکه در هیچ یک از آیات و روایات (ر.ک. حر عاملی، ۱۴۰۳: ج ۱، ص ۳۱؛ ج ۱۳، ص ۴۲۳) سن و مرزی برای بلوغ مشخص نشده؛ زیرا این مسأله امری طبیعی است و معیار سنجنش آن حلم و رسیدن به سن نکاح است (ر.ک. نجفی، ۱۴۱۲: ج ۹، ص ۲۳۶). اگرچه نسبت به اشخاص مختلف، متفاوت می‌باشد.

۲) کودکان در قوانین موضوعه

با تصویب قانون مدنی در سال ۱۳۱۴، مقنن بدون توجه به سن بلوغ، هجده سال را به عنوان اماره رشد اشخاص در امور مدنی قرار داد. ماده ۱۲۰۹ ق.م. سابق چنین مقرر داشته بود: «هر کس که دارای هجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است. معذک در صورتی که بعد از ۱۵ سال تمام، رشد کسی ثابت شود، از تحت قیمومت خارج می‌شود». همچنین قانون راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۳ با تاکید بر سن هجده سال به عنوان سن رشد معاملی، محاکم عدلیه، ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی را مکلف نمود در مورد کلیه معاملات، عقود و ایقاعات کسانی را که به سن هجده سال تمام شمسی نرسیده‌اند، اعم از ذکور و اناث، غیررشید بشناسند، مگر آن که رشد آنها قبل از معامله به طرفیت مدعی العموم در محکمه ثابت شده باشد.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، مقنن با تأسی از نظر مشهور فقهای امامیه با اصلاح ماده ۱۲۱۰ ق.م. سن بلوغ در دختران و پسران را به ترتیب نه و پانزده سال تمام قمری قرار داد و بدون توجه به ظهور علائم بلوغ در این سن، اهلیت آنان را در امور غیرمالی از جمله ازدواج، قبول نمود. اما دخالت در امور مالی را منوط به احراز رشد در محکمه نمود؛ بدون این که سنی را به عنوان اماره رشد قرار دهد. مطابق تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ ق.م. اموال صغیری را که بالغ شده در صورتی می‌توان

به وی داد که رشدش ثابت شده باشد. همچنین صدر ماده ۱۲۱۰ ق.م. با تبصره‌های آن در تعارض است، مطابق صدر ماده هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آن که عدم رشد یا جنون وی ثابت شود. در راستای رفع این تعارض، دیوان عالی کشور طی رای وحدت رویه شماره ۳۰-۳/۱۰/۱۳۶۴، ماده ۱۲۱۰ ق.م. را ناظر به دخالت افراد بالغ در هر نوع امور مربوط به خود تفسیر کرد؛ مگر در امور مالی که به حکم تبصره ۲ ماده مرقوم، مستلزم اثبات رشد است. به عبارت دیگر صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ و اثبات رشد می‌تواند، نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهدی یا قهری قبل از بلوغ، مالک شده مستقلاً تصرف و مداخله نماید و قبل از اثبات رشد، این نوع مداخله ممنوع است. بر این اساس نصب قیم به منظور اداره امور مالی و استیفاء حقوق ناشی از آن برای افراد فاقد ولی خاص پس از رسیدن به سن بلوغ و قبل از اثبات رشد ضروری است.

اگرچه تعارض تبصره و صدر ماده ۱۲۱۰ ق.م. بدین گونه رفع شد؛ اما عدم تعیین سن خاص به عنوان اماره رشد موجب گردید، اشخاص در محکمه، مکلف به اثبات رشد خود شوند و تا اثبات آن در محکمه از پذیرفتن دخالت در امور مالی خویش معذور باشند، چنین الزامی غیرمنطقی است و موجب کثرت دعاوی و بار کردن تکلیفی شاق بر اشخاص می‌شود (ر.ک. ممدوحی، ۱۳۷۹: ش ۲۲، ص ۱۰۶). اگرچه قانونگذار در رفع این مشکل تدبیری ننموده؛ اما رویه قضایی با استعانت از قانون راجع به رشد متعاملین، سن هجده را همچنان به عنوان اماره رشد پذیرفت.^۱

در حال حاضر اصل بر رشید بودن اشخاصی است که به سن هجده سال تمام شمسی رسیده‌اند، مگر این که حجر (سفه یا جنون) آنان در محکمه به اثبات برسد.

۱ - برخی معتقدند: «الزام کلیه افراد به اخذ گواهی رشد مدنظر قانونگذار نبوده، بلکه تسامح در بیان شده است و حقوقدانان حذف ماده ۱۲۰۹ ق.م. را دلالت بر فسخ مقررات مواد ۹۷۹ و ۹۷۷ ق.م. و مقررات مشابه نمی‌دانند؛ زیرا معتقدند آن چه حذف شده ماده ۱۲۰۹ ق.م. است و حکم خاص اماره بودن سن هجده سال تمام برای رشد نمی‌باشد» (محمدزاده، ۱۳۸۰: ص ۲۶).

۳) روش‌های حمایتی از طفل

ناتوانی، رشد نایافتگی و عدم قدرت کودک بر اداره امور مالی خویش ایجاب می‌کند، مورد حمایت‌های خاص قانون قرار گیرد. این ضرورت با توجه به اهمیت دوران کودکی در شکل‌گیری شخصیت انسان، وضوح بیشتری می‌یابد. در این بخش روش‌های حمایتی قانونگذار از کودک در دو بعد مالی و تربیتی بررسی می‌شود:

۳-۱) حضانت

حضانت از ریشه «حضن» به معنای «در کنار گرفتن، دایگی کردن و پرورش دادن» می‌باشد (سیاح، ۱۳۷۳: ج ۱، ص ۳۱۲). در اصطلاح به اقتداری که قانون به منظور نگاهداری و تربیت طفل به پدر و مادر اعطاء کرده، اطلاق می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ج ۲، ص ۱۳۹). از فقه امامیه همین معنا برداشت می‌شود؛ همچنان که صاحب جواهر، حضانت را ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و هرچه لازمه آن است، می‌داند (نجفی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۱، ص ۱۸۳).

۳-۱-۱) وظایف حضانت‌کننده

۳-۱-۱-۱) نگهداری طفل

نگهداری به معنای «به کار بردن وسایل لازم، برای بقاء، نمو و بهداشت جسمی و روحی طفل است» (امامی، ۱۳۶۶: ج ۵، ص ۱۸۸). مانند تغذیه، لباس و ... که با توجه به سن اطفال، مراقبت‌ها متفاوت می‌شود. در پاسخ به این سؤال که آیا شیر دادن طفل از وظایف مادر است؟ فقهای امامیه اتفاق نظر دارند که شیر دادن از وظایف مادر نیست (محقق حلی، ۱۳۶۴: ج ۲، ص ۷۰۱). قانون مدنی نیز به پیروی از فقه امامیه در ماده ۱۱۷۶ ق.م. شیر دادن را جزو وظایف مادر ندانسته و به وی حق داده که برای شیر دادن به طفل اجرت مطالبه نماید. صاحب جواهر متعلقات حضانت را شامل

آن چه که برای حفظ طفل لازم است، مانند نظیف، خواباندن، لباس پوشاندن و ... می‌داند (نجفی، ۱۴۱۲ ق: ج ۱۱، ص ۱۸۳).

۲-۱-۱-۳) تربیت طفل

ماده ۱۱۷۸ ق.م. ابوین را مکلف نموده، در حدّ توانایی اقدام به تربیت اطفال خود نمایند و آنها را مهمل نگذارند. بنابراین آموزش آداب و اخلاق اجتماعی، تعلیم حرفه‌آموزی متناسب با زمان و وضعیت طفل و خانواده وی در اجتماع، از وظایف والدین نسبت به کودک می‌باشد و اگر والدین از یکدیگر جدا باشند، کسی که حضانت طفل را بر عهده دارد، باید این وظایف را انجام دهد.

۲-۱-۲) ماهیت حضانت

قانون مدنی ایران، حضانت را حق و تکلیف ابوین دانسته و در ماده ۱۱۶۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است». «حق» نوعی سلطنت می‌باشد که گاه متعلق آن عین است، مانند حق تحجیر، حق رهن و گاه متعلق آن غیر عین است، مثل حق خیار که متعلق عقد است و گاه متعلق آن شخص می‌باشد مانند حق قصاص و حق حضانت (جابری عربلو، ۱۳۶۲: ص ۸۷).

تکلیف در علم حقوق عبارت است از: «الزامات قانونی و در فقه به اوامر و نواهی اطلاق می‌شود» (ولایی، ۱۳۷۴: ص ۸۷). همچنین حکم تکلیفی حکمی است که مستقیماً به افعال انسان تعلق می‌گیرد و رفتار وی را از هر جهت تصحیح می‌نماید (همان، ص ۱۹۳). تفاوت حق و تکلیف در این است که اولاً حق قابل اسقاط، ثانیاً قابل اعراض می‌باشد، اما تکلیف به این صورت نیست. بنابراین چنانچه حضانت حق ابوین باشد، با اراده انسان قابل اسقاط است.^۱ اگرچه ماده ۱۱۶۸ ق.م. صراحت به حق و

۱ - در واقع حق الناس منافع و مصالح حقوق خصوصی افراد است و صلح و معاوضه و اسقاط در آن روا می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ج ۱، ص ۵۴۰).

تکلیف بودن حضانت دارد، اما کلمه «اولویت» در ماده ۱۱۶۹ ق.م.ا این گمان را به ذهن متبادر می‌کند که اگرچه مادر در نگهداری کودک تا هفت سالگی اولویت دارد، اما می‌تواند این اولویت را به پدر واگذار نماید یا با انصراف از حق اولویت از نگهداری کودک انصراف دهد. همچنین ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا در بیان حکم ازدواج مجدد مادر، این واقعه را موجب اسقاط حق حضانت دانسته و نسبت به تکلیف سکوت کرده است. ماده ۱۱۷۳ ق.م.ا نیز در سلب حضانت از والد فاقد صلاحیت، مفهوم حق را به ذهن متبادر می‌سازد، اما ماده ۱۱۷۲ ق.م.ا که حکم به الزام والد مستنکف از حضانت کودک داده است، این ابهام که آیا حضانت به ویژه برای مادر صرفاً حق است را از بین می‌برد.

این رویه از فقه امامیه اخذ شده که مطابق آن حضانت همانند ولایت است و دارنده آن نمی‌تواند آن را از خود سلب نماید (نجفی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۱، ص ۱۸۳). اما قانون مدنی هر یک از والدین را در سنی که از نظر قانونی، حضانت با آنها است، ملزم به حضانت طفل نموده و با توجه به قسمت اخیر ماده ۱۱۷۳ ق.م.ا در صورت امتناع مادر از حضانت، پدر ملزم به نگهداری نمی‌شود، بلکه صرفاً حکم به پرداخت نفقه طفل از ناحیه پدر برای مخارج حضانت طفل توسط فرد ثالث صادر می‌شود و در صورت فوت پدر، مادر مطابق ماده فوق مسئول پرداخت است.

رویه قضایی نیز حضانت را حق و تکلیف ابوبین می‌داند و امکان اعراض از

۱ - ماده ۱۱۶۹ ق.م.ا: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوبین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است».

۲ - ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا به جنون بشود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود».

۳ - ماده ۱۱۷۳ ق.م.ا: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی (در حال حاضر دادستان) هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند».

۴ - ماده ۱۱۷۲ ق.م.ا: «هیچ یک از ابوبین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است از نگهداری او امتناع کنند، در صورت امتناع یکی از ابوبین، حاکم باید به تقاضای دیگر یا تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابوبین 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».

آن را نمی‌دهد. نظریه شماره ۷/۱۳۷۴-۱۳۶۱/۴/۱ اداره حقوقی قوه قضائیه چنین بیان می‌دارد: «حضانة و نگهداری اطفال برای ابویں هم حق و هم تکلیف است و قابل اسقاط یا مصالحه نمی‌باشد؛ زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبه امری برای مکلف دارد و اراده فرد نمی‌تواند چنین حکمی را تغییر دهد». همچنین نظریه شماره ۷/۳۹۴۵-۱۳۷۵/۷/۶ مقرر می‌دارد: «پدر و مادر با توافق می‌توانند حضانة را به عهده یکدیگر بگذارند ولی به اشخاص دیگر نمی‌توانند محول نمایند». نظریه شماره ۷/۴۰۶۳-۱۳۷۴/۷/۱۷ نیز به دو موضوع فوق اشاره نموده است: «با توجه به مواد ۱۱۶۸، ۱۱۶۹ و ۱۱۷۲ ق.م. حضانة هم حق و هم تکلیف است، مستنبط از ماده ۱۱۷۲ ق.م. این است که حق حضانة برای پدر و مادر به صورت تکلیف وجود دارد؛ به طوری که اگر احدی از آنها در مدتی که حضانة با وی می‌باشد، از امور مربوط به حضانة امتناع نمایند، دادگاه آنان را ملزم به ایفای تکلیف خواهد نمود، هرچند ممکن است، الزام به حضانة مؤثر باشد، در صورت زنده بودن پدر با هزینه وی و در غیر این صورت با هزینه مادر تأمین خواهد کرد. بنابراین حضانة از جمله حقوقی نیست که پدر و مادر بتوانند آن را از خود سلب یا ساقط نمایند. لذا انتقال این حق از پدر به مادر یا بالعکس در مدتی که حضانة با اوست بلا اشکال است».

۳-۱-۳) مدت حضانة

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، مادر تا هفت سالگی بر حضانة دختر اولی است (نجفی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۱، ص ۱۸۴؛ شهید اول، ۱۳۶۸ق: ج ۲، ص ۷۲). برخی نه سالگی را نیز ذکر کرده‌اند (محقق حلی، ۱۳۶۴ق: ج ۲، ص ۷۰۹). ماده ۱۱۶۹ ق.م. مصوب ۱۳۱۴، مادر را تا دو سال از تاریخ ولادت برای نگهداری پسر و تا هفت سال برای نگهداری دختر اولی دانسته بود.

اصلاحیه وارده بر ماده ۱۶۹ق.م. در تاریخ ۸/۹/۸۲ و همچنین الحاق یک تبصره به آن، مدت حضانت مادر را برای فرزند پسر تا ۷ سال افزایش داد و به مادر این امکان را داد که برای ادامه حضانت پس از هفت سالگی با پدر نزاع نماید و محکمه را مکلف نمود، تکلیف حضانت را با رعایت مصلحت طفل، تعیین نماید. قانون مدنی بر پایان مدت حضانت تصریح نکرده است، اما در تمامی موارد با قید «طفل» که به کودک غیربالغ اطلاق می‌شود^۱، احکام حضانت را به غیر بالغ بار نموده است. حقوقدانان معتقدند ولایت و حضانت، با رشد طفل پایان می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ج ۲، ص ۱۳۵؛ امامی، ۱۳۶۶: ج ۵، ص ۱۸۷). این نظر با توجه به مواد ۱۶۸، ۱۱۷۸ و ۱۲۰۹ق.م. قبل از اصلاح مناسب به نظر می‌رسید؛ زیرا در ماده ۱۲۰۹ق.م. که به موجب قانون اصلاحی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ حذف شد، چنین مقرر می‌داشت: «هر کس دارای هجده سال تمام نباشد در حکم غیررشید است، معذک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام، رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج می‌شود». ماده ۱۲۱۰ق.م. مصوب ۱۳۱۴ نیز چنین مقرر می‌داشت: «هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به هجده سال تمام به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود؛ مگر آن که عدم رشد یا جنون وی ثابت شده باشد». اما با اصلاحات سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۱ در ماده ۱۲۱۰ق.م. سن بلوغ برای دختران، به نه سال و برای پسران به پانزده سال تمام قمری تغییر یافت که شرح آن در ابتدای بحث گذشت؛ با این وصف آن چه امروزه موجب پایان یافتن حضانت است، رسیدن طفل به سن بلوغ می‌باشد؛ زیرا فرد بالغ می‌تواند در کلیه امور غیرمالی خود تصمیم‌گیری نماید و حضانت نیز از امور غیرمالی است.

رویه قضایی نیز بر همین منوال است. در نظریه مشورتی شماره ۷/۷۶۲۶-۸۰/۸/۲ آمده: «با رسیدن به سن بلوغ، موضوع حضانت اطفال منتفی است و افراد

۱ - صرفاً تبصره الحاقی به ماده ۱۶۹ق.م. در سال ۱۳۸۲ بدون توجه به این مهم، «لفظ کودک» را به جای طفل به کار برده است.

بالغ با هر یک از والدین که بخواهند باشند، می‌توانند اتخاذ تصمیم نمایند. در مورد ملاقات نیز چنانچه فرزند بالغ تمایلی به ملاقات پدر یا مادر نداشته باشد، الزام وی به انجام ملاقات موجه نیست».

پایان حضانت با رسیدن به سن بلوغ می‌تواند در عمل مشکلاتی را ایجاد کند. زیرا مسلم است که بیشتر کودکانی که مطابق ماده ۱۲۱۰ ق.م. بالغ محسوب می‌شوند، صلاح خویش را تشخیص نمی‌دهند و دادن اختیار به آنان که با چه کسی زندگی کنند، در اغلب موارد صحیح نیست؛ به ویژه در مواردی که طفل تمایل به زندگی با فرد ثالث (غیروالدین) را دارد. همچنین نظر بر این که حضانت برای والدین علاوه بر حق، تکلیف نیز می‌باشد؛ لذا رفع این تکلیف از پدر و مادر نسبت به دختر نه ساله و پسر پانزده ساله با واقعیت‌های جامعه سازگار نمی‌باشد.

۴-۱-۳) سقوط حضانت

حق حضانت در موارد ذیل ساقط می‌شود:

۴-۱-۳-۱) جنون

حق حضانت در صورتی است که صاحب حق، قدرت اعمال آن را داشته و در جهت حمایت، حفظ حیات، بهداشت و تربیت کودک باشد. لذا مقنن در ماده ۱۱۷۰ ق.م. جنون را از موارد سقوط حضانت شمرده است. لازم به ذکر است قانون مدنی بر جنون پدر به عنوان دلیلی بر سقوط حق حضانت تصریح نکرده است؛ اما نظر بر این که مطابق ماده ۱۱۶۸ ق.م. حضانت، تکلیف ابویین نیز می‌باشد و بر مجنون تکلیفی گذاشته نشده است، لذا با جنون پدر حضانت از وی ساقط می‌شود. در فقه نیز حق حضانت از مجنون اعم از ادواری یا دائم به این علت که مجنون محتاج به نگهداری می‌باشد، سلب شده است (نجفی، ۱۴۱۲ ق: ج ۱۱، ص ۱۸۵).

۲-۴-۱ (ازدواج مادر)

به پیروی از فقه امامیه (ر.ک. نجفی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۱، ص ۱۸۸) در شق دوم ماده ۱۷۰ق.م. ازدواج مجدد مادر از موارد سقوط حضانت، شمرده شده است. حال این سؤال مطرح است که آیا متارکه مادر، موجب بازگشت حق حضانت نسبت به فرزندان همسر سابق می‌شود؟ از منطوق ماده ۱۷۰ق.م. چنین مستفاد می‌گردد که در بازگشت حضانت معنی نیست. امام خمینی (رضی الله عنه) نیز بر این امر معتقدند؛ اگر چه مصالحه را اولی می‌دانند (خمینی، ۱۳۶۸: ج ۳، ص ۵۵۷).

ابهام در بازگشت حق حضانت مادر، پس از انحلال نکاح وی با مردی غیر از پدر طفل در موردی است که پدر طفل در قید حیات باشد. اما چنانچه پدر فوت کند، این ابهام از بین می‌رود و حضانت متعلق به مادر است، حتی اگر فوت پدر در زمان زناشویی مادر با مرد دیگری باشد. زیرا مطابق ماده ۱۱۶۸ق.م. حضانت حق و تکلیف ابویین است و با ازدواج مادر، حق حضانت به والد (پدر) منتقل می‌شود و با فوت پدر این حق قهراً به مادر اعاده می‌گردد؛ زیرا حق حضانت به معنای خاص آن برای غیر والدین در نظر گرفته نشده است. صاحب جواهر نیز بدون هیچ خلافی مادر را اولی از وصی و اقارب برای حضانت می‌داند و فقط در صورت فقدان ابویین، حضانت را به جد پدری واگذار می‌نماید (نجفی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۱، صص ۱۹۰-۱۸۹).

۳-۴-۱ (عدم مواظبت از طفل)

مطابق ماده ۱۱۷۳ق.م. مصوب ۱۳۱۳/۱/۱۹ هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت آنها می‌باشد، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل، قیم یا مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی

بداند، اتخاذ کند. با اصلاح ماده ۱۷۳ ق.م. مورخ ۱۳۷۶/۸/۱۱ مصادیقی از انحطاط اخلاقی به شرح ذیل احصاء گردید:

- اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار؛
- اشتها به فساد اخلاقی و فحشاء؛
- ابتلاء به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی؛
- سوء استفاده از طفل یا اجبار او به ورود به مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد، فحشاء، تکدی‌گری و قاچاق؛
- تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.

مطابق ماده ۱۱۷۹ ق.م. ابوین حق تنبیه بدنی طفل خود را دارند، ولی به استناد این حق نمی‌توانند طفل را خارج از حدود متعارف، تنبیه نمایند. همچنین در صدر ماده ۱۱۷۳ ق.م. آمده: «موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است...» این مطلب موید آن است که مصادیق ذکر شده از باب تمثیل می‌باشد؛ لذا سلب حضانت از والدین به دلایل دیگری که در ماده ۱۱۷۳ ق.م. نیامده هم، اگر موجب انحطاط اخلاقی طفل شود یا از مصادیق عدم مواظبت محسوب گردد، بلامانع است. بیماری‌های مسری نیز چون سلامت طفل را به خطر می‌اندازد، می‌تواند از موارد سلب حضانت باشد.

قانون مدنی در مورد این که آیا کفر نیز از موانع حضانت است، سکوت نموده؛ اما حداقل به سه دلیل می‌توان کفر را از موانع حضانت دانست:

الف) مطابق ماده ۱۱۹۲ ق.م. ولیّ مسلمان نمی‌تواند برای امور مالی مولیّ علیه، وصی غیرمسلمان تعیین کند.

ب) مطابق متون فقهی حضانت طفل مسلمان به اجماع فقها برای ولیّ کافر در صورت وجود فرد مسلمان، ممکن نیست (نجفی، ۱۴۱۲ ق: ج ۱۱، صص ۱۹۰-۱۸۵). مطابق اصل ۴ ق.ا. کلیه قوانین و مقررات باید منطبق با شرع باشد و وفق اصل ۱۶۷

ق.ا. در صورت نقص، ابهام، تعارض یا خلاء قانونی، قاضی باید به منابع و فتاوی معتبر فقهی رجوع نماید، لذا سلب حضانت از والدین کافر، موجه به نظر می‌رسد. (ج) یکی از وظایف حضانت کننده تربیت طفل است و تربیت طفل مسلمان باید جهت دینی داشته باشد که امکان تحقق آن توسط کافر ممکن نیست. در نهایت سلب حضانت از والد کافر با استناد به ماده ۱۱۷۳ ق.م. میسر است؛ زیرا کفر را می‌توان از موارد عدم مواظبت دانست. زیرا قید «عدم مواظبت» به طور عام استعمال شده و شامل عدم مواظبت جسمی و روانی (اخلاقی، تربیتی و عاطفی) می‌گردد.

۲-۳) ولایت

ولایت از نظر لغوی «به دو چیز که در کنار هم قرارگیرند به طوری که بین آنها فاصله‌ای نباشد» اطلاق می‌گردد (راغب اصفهانی، ۱۴۲۰ق: ص ۵۴۷) در اصطلاح عبارت است از: «امارت و سلطنت، یاری و نصرت، دوستداری و قرابت» (جزری، ۱۳۹۰ق: ج ۵، ص ۲۲۸؛ عمید، ۱۳۶۲: ص ۱۲۳۶).

در تعریف حقوقی ولایت آمده: «ولایت سلطه و اقتداری است که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام می‌دهد» (امامی، ۱۳۶۶: ج ۵، ص ۲۰۲). ولایت به این معنا هم حق و هم تکلیف است (ر.ک. شایگان، ۱۳۷۵: ص ۳۹۳). ولایت به دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. ولایت عام به معنای سلطه‌ای است که شخص بر جان و مال دیگری پیدا می‌کند و اداره امور او را به طور کلی عهده‌دار می‌شود. مانند ولایت پدر، جد پدری و حاکم. جایگاه ولایت خاص روابط خانوادگی می‌باشد و عبارت است از: «اقتداری که قانونگذار به منظور اداره امور مالی و تربیت کودک، سفیه یا مجنون که حجرشان متصل به زمان صغر است به پدر و جد پدری اعطاء می‌کند» (امامی، ۱۳۶۶: ج ۵، ص ۲۰۹). مطابق ماده ۱۱۹۴ ق.م. پدر، جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان، ولی خاص

طفل نامیده می‌شود. اما ولیّ قهری شامل پدر و جد پدری است که سمت آنها با انتصاب دیگری ایجاد نمی‌شود. مطابق قانون مدنی، پدر دارای ولایت قهری است، اما مادر از حق ولایت بر فرزند خود محروم می‌باشد، مگر آن که به موجب وصیت پدر، مادر ولیّ خاص شود. در ماده ۱۱۸۰ ق.م.آ. «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد؛ همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد».

از آنجا که ولایت پدر و جد پدری، ولایت قهری و قانونی است، لذا حق استعفا از این سمت را ندارد و در این مورد بین فقها اتفاق نظر است. رأی وحدت رویه شماره ۵۱۸-۱۳۶۷/۱۱/۱۸ به طور تلویحی به این حکم اشاره می‌کند: «... سمت ولایت قهری پدر نسبت به فرزند در ماده ۱۱۸۰ ق.م. تصریح شده است که تا رسیدن به سن بلوغ ادامه می‌یابد». مطابق ماده ۱۱۸۱ ق.م. هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند و در خصوص این که آیا ولایت جد پدری در عرض ولایت پدر، ثابت است یا در طول یکدیگر می‌باشد، در فقه اختلاف نظر است. مشهور فقها قائل به اشتراک آنها در ولایت بوده و برای هر یک حق مستقل در تصرف اموال مولیّ علیه قائل هستند (ر.ک. نجفی، ۱۴۱۲ق: ج ۸، صص ۱۶۵-۱۶۴). برخی نیز ولایت جد را در طول ولایت پدر دانسته و تا وقتی که پدر در قید حیات است، جد پدری را ممنوع از دخالت در امور محجور می‌دانند (ر.ک. شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۴۱۶).

قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهاء، ولایت پدر و جد پدری را در عرض یکدیگر قرار داده است، مطابق ماده ۱۱۸۳ ق.م. ولیّ در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولیّ علیه، نماینده قانونی می‌باشد. ماده ۱۱۸۸ ق.م. به پدر یا جد پدری اجازه داده، تکلیف ولایت محجور را بعد از فوت خود معین نماید. مطابق این ماده هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌توانند، برای

اولاد خود که تحت ولایت وی می‌باشند، وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگهداری و تربیت آنان مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید. از آنجا که در تعیین وصی جنسیت شرط نشده است، لذا زوج با توجه به این ماده قانونی می‌تواند مادر را به عنوان وصی انتخاب کند. تا امر حضانت و ولایت اطفال به بهترین نحو انجام شود. اگرچه ماده ۱۱۸۹ ق.م. به هیچ یک از پدر یا جد پدری در صورت حیات دیگری اجازه تعیین وصی نمی‌دهد. مطابق نظریه مشورتی شماره ۷/۵۷۶۶-۱۳۷۶/۹/۱۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه، اختیارات وصی با توجه به مواد ۵۶ و ۷۳ قانون امور حسبی و صریح ماده ۱۱۹۴ ق.م. همانند اختیارات پدر و جدپدری است و همان اختیاراتی که پدر و جدپدری نسبت به اولاد صغیر خود دارند، وصی نیز نسبت به صغیر خواهد داشت.

۱-۲-۳) اختیارات ولی

ولی در کلیه امور مالی و غیرمالی صغیر اختیار تام دارد. در ماده ۱۱۸۳ ق.م. آمده: «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 وجاهت دانسته و مقرر می‌دارد: «در صورتی که محجور، ولی و وصی داشته باشد دادستان و دادگاه حق دخالت در امور او را ندارد». 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. از آن جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

- تزویج نمودن 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 ولیّ به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح است.

- اجازه خروج از کشور؛ خروج صغیر از کشور باید با اجازه ولیّ باشد. به این حکم در ماده ۱۸۱ 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.

- اعطای اذن و برائت قبل از عمل جراحی طفل؛ اخذ اذن قبل از عمل جراحی، مسئولیت کیفری را از جراح سلب می‌نماید^۲ و اخذ برائت موجب سلب مسئولیت حقوقی (جبران خسارت) از وی می‌شود^۳. مطابق بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا. هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع بر روی صغیر باید با رضایت ولیّ وی باشد.

۲-۲-۳- سقوط ولایت

ولایت در موارد ذیل مطابق قانون مدنی، ساقط می‌شود:

۱-۲-۲-۳- حجر

چنانچه ولیّ قهری، محجور باشد، طبق ماده ۱۱۸۲ ق.م. ولایت از وی ساقط می‌شود. همچنین در ماده ۱۱۸۵ ق.م. آمده است: «هرگاه ولیّ قهری طفل، محجور شود، مدعی‌العموم مکلف است، مطابق مقررات راجع به تعیین قیم، قیمی برای طفل معین کند».

۱ - ماده ۱۸: «برای اشخاص زیر با رعایت شرایط مندرج در این ماده، گذرنامه صادر می‌شود: (۱) اشخاصی که کمتر از هجده سال تمام دارند و کسانی که تحت ولایت و یا قیمومت می‌باشند با اجازه کتبی ولی یا قیم آنان؛ (۲) مشمولین وظیفه عمومی با اجازه کتبی اداره وظیفه عمومی؛ (۳) زنان شوهردار و لو کمتر از هجده سال تمام با موافقت کتبی شوهر و در موارد اضطراری اجازه دادستان شهرستان محل درخواست گذرنامه...».

۲ - ماده ۵۹ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵: «اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شود... ۲- هر نوع عمل جراحی طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود...».

۳ - ماده ۶۰ ق.م.ا: «چنانچه طبیب قبل از درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او برائت حاصل نموده باشد، ضامن خسارت جانی یا مالی یا نقص عضو نیست...».

۲-۲-۳) عدم رعایت غبطهٔ صغیر

مطابق ماده ۱۱۸۴ ق.م. اصلاحی ۱۳۷۹/۳/۱ هرگاه ولیّ قهری طفل، رعایت غبطهٔ^۱ او را نکند و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولیّ علیه گردد، به تقاضای یکی از اقارب وی یا به درخواست رییس حوزه قضایی (در حال حاضر دادستان) پس از اثبات دادگاه، ولیّ مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل، فرد صالحی را به عنوان قیم انتخاب می‌کند.

۳-۲-۳) عدم امانت در اموال صغیر

مطابق ماده ۱۱۸۶ ق.م. در مواردی که برای عدم امانت ولیّ قهری نسبت به دارایی طفل، امارات قوی موجود باشد، مدعی العموم مکلف است از محکمهٔ ابتدایی، رسیدگی به این شبهه و ادعا را بخواهد. محکمه این مورد را رسیدگی کرده و در صورتی که عدم امانت ولیّ معلوم شود، مطابق ماده ۱۱۸۴ ق.م. رفتار می‌نماید.

۳-۲-۳) ولایت مادر

مطابق ماده ۱۱۸۰ ق.م. اولیای قهری صغیر، پدر و جد پدری هستند، این حکم از فقه امامیه اخذ شده که در آن ولایت قهری و شرعی صرفاً مخصوص پدر و جد پدری است. اما تحولات جامعه ایرانی اجرای این قانون را به چالش کشاند. همین امر موجب شد قانونگذار ایران در تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ امکان واگذاری حق ولایت را به مادر مورد تأیید قرار دهد و در ماده ۱۵ ق.ح.خ. مقرر نماید:

«طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر خود می‌باشد. در صورت ثبوت حجر

۱ - منظور از غبطه در نگهداری اموال مولیّ علیه این است که ولیّ عملی انجام ندهد که موجب فساد مالی مولیّ علیه شود، اما رساندن نفع به مولیّ علیه در تصرفاتی که ولیّ می‌کند، ضرورت ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۲۸۷).

یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت او در اداره امور صغیر یا فوت پدر، به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، حق ولایت به هر یک از جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد، مگر این که عدم صلاحیت آنان احراز شود که در این صورت حسب مقررات، اقدام به نصب قیم یا ضمّ امین خواهد شد. دادگاه در صورت اقتضاء، اداره امور صغیر را از طرف جد پدری یا مادر تحت نظارت دادستان قرار خواهد داد...». در این ماده، مادر در ردیف جد پدری قرار داشت و پس از فوت پدر، انتخاب یکی از این دو به اختیار دادستان گذاشته شد. این ماده در خصوص ازدواج مادری که سمت ولایت بر صغیر را دارد مقرر می‌داشت: «... در صورتی که مادر صغیر، شوهر اختیار کند، حق ولایت او ساقط نمی‌شود در این صورت اگر صغیر جد پدری نداشته یا جد پدری صالح برای اداره امور صغیر نباشد، دادگاه به پیشنهاد دادستان حسب مورد، مادر صغیر یا شخص صالح دیگری را به عنوان امین یا قیم تعیین خواهد کرد. امین به تشخیص دادگاه مستقلاً یا تحت نظر دادستان، امور صغیر را اداره خواهد کرد».

در این ماده، مادر و جد پدری پس از فوت پدر، هم عرض بودند و از سوی دیگر امکان عزل پدر به عنوان ولیّ قهری در مواردی پیش‌بینی شده بود؛ اما با تصویب قانون الغاء مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت مصوب ۱۳۵۸ این ماده فسخ گردید و مقررات قانون مدنی همچنان حاکم گردید. قانونگذار در سال ۱۳۷۹ با پذیرش امکان عزل ولیّ قهری در صورت خیانت^۱، از نظر مشهور فقهای امامیه عدول نمود. این امر تعدیلی به سوی محدود کردن اختیارات ولیّ قهری و بازگذاشتن راه برای حضور مادر به عنوان قیم در اداره امور صغیر است. به هر حال در صورت سقوط ولایت از ولیّ قهری، مادر جانشین وی

۱- ماده ۱۱۸۴ م.ق.م. مصوب ۱۳۱۴/۱/۱۹ بیان می‌کند: «هرگاه ولیّ قهری طفل لیاقت اداره کردن اموال مولیّ علیه را نداشته و یا در مورد اموال او مرتکب حیف و میل گردد به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای مدعی العموم بعد از ثبوت عدم لیاقت یا خیانت او در اموال مولیّ علیه به طرفیت مدعی العموم در محکمه، حاکم یک نفر امین به وی منضم می‌کند».

نمی‌شود؛ بلکه می‌تواند به صلاح‌دید دادستان، قیم صغیر باشد و امور مالی صغیر را تحت نظارت دادستان اداره نماید.

برداشت قضات از ماده ۱۱۸۴ ق.م. سابق این بود که فقط در صورت خیانت ولیّ قهری می‌توان ضمّ امین نمود. نظریه مشورتی شماره ۷/۵۲۶۴-۱۲/۹/۱۳۶۶ اداره حقوقی قوه قضاییه که قبل از اصلاح ماده فوق ارائه شده بر همین مبنا چنین بیان می‌دارد: «با توجه به این که طبق قانون مدنی و قانون امور حسبی، صحت اقدامات و نفوذ معاملات ولیّ خاص (پدر و جد پدری) مشروط به رعایت مصلحت مولیّ علیه نیست...». اما اصلاح ماده ۱۱۸۴ ق.م. در سال ۱۳۷۹ به صراحت بیان می‌کند، رعایت غبطه صغیر، شرط صحت اعمال حقوقی ولیّ است. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه ولیّ قهری رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولیّ علیه شود...» بنابراین احراز سوءنیت ولیّ، در خیانت به اموال مولیّ علیه ضروری نمی‌باشد. یعنی اگر سوءنیت و عمد در خیانت به اموال صغیر را نداشته باشد، اما در اثر سهل‌انگاری موجب ضرر صغیر بشود از موارد عزل است.

۴-۲-۳) شرایط ضمّ امین

در صورتی که انجام ولایت به تنهایی توسط ولیّ به مصلحت مولیّ علیه نباشد، باید شخصی را به عنوان امین در کنار وی قرار داد تا با او همکاری نماید. این موارد به شرح ذیل بیان می‌شود:

۱-۲-۳) کبر سن و بیماری ولیّ

عجز از انجام امور مولیّ علیه به واسطه کبر سن، بیماری و امثال آن مطابق قسمت اخیر ماده ۱۱۸۹ ق.م. اصلاحی ۱۳۷۹، از موارد ضمّ امین است. مطابق ماده

فوق اگر ولیّ قهری به واسطه کبر سن یا بیماری و... قادر به اداره اموال مولیّ علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید، طبق مقررات، فردی به عنوان امین به ولیّ قهری منضم می‌گردد.

۲-۴-۳) غیبت یا حبس ولیّ قهری

مطابق ماده ۱۱۸۷ ق.م: «هرگاه ولیّ قهری منحصر، به واسطه غیبت یا حبس یا به هر علتی که نتواند به امور مولیّ علیه رسیدگی کند و کسی را هم از طرف خود معین نکرده باشد، حاکم یک نفر امین به پیشنهاد مدعی‌العموم برای تصدی و اداره اموال مولیّ علیه و سایر امور راجع به او موقتاً تعیین خواهد کرد».

تفاوت امین در این مورد با مورد قبل این است که در صورت کبر سن یا بیماری ولیّ، امین به همراه ولیّ قهری، ولایت را انجام می‌دهند، اما در صورت غیبت یا حبس ولیّ قهری در صورتی که صرفاً یک ولیّ قهری زنده باشد، امین به تنهایی اعمال ولایت را انجام می‌دهد و در این صورت امین کلیه اختیارات ولیّ را دارد؛ همچنین نظریه مشورتی شماره ۱۳۶۱/۵/۳-۷/۲۳۸۱ اداره حقوقی نیز بر همین معنا می‌باشد.

۳-۳) قیمومت

در صورت عدم وجود ولیّ خاص (پدر، جد پدری و وصی منصوب) قیم عهده‌دار اداره دارایی محجور است.

در حقوق اسلامی، قیمومت نوعی از ولایت عام حاکم شرع در فقه امامیه است که هرگاه محجور، ولیّ خاص نداشته باشد و مجتهد جامع‌الشرایط برای اداره امور وی نباشد، عموم مؤمنان سرپرستی و اداره امور محجور را بر عهده می‌گیرند و هر یک از آنان به تنهایی یا با مشارکت دیگران می‌توانند در این زمینه با رعایت

مصلحت محجور، اقدام نمایند (ابراهیمی، ۱۳۸۲: ص ۸۱).

قیم در لغت به معنای «مستقیم، راست و متعادل» می باشد (سیاح، ۱۳۷۳: ج ۲، ص ۱۳۷۶). در اصطلاح حقوقی نیز «کسی است که از طرف حاکم شرع یا دادگاه برای سرپرستی و نگهداری اموال محجور در مواردی که ولیّ خاص ندارد، منصوب می گردد» (صفایی، قاسم زاده، ۱۳۷۵: ص ۲۲۲؛ رسایی نیا، ۱۳۷۶: ص ۱۱۳).

۱-۳-۳) موارد نصب قیم

مطابق ماده ۱۲۱۸ ق.م. برای اشخاص ذیل قیم تعیین می شود:

- صغاری که ولیّ خاص ندارند؛

- مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر بوده و ولیّ خاص نداشته باشند؛

- مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر نباشد.

نظر بر اینکه مجانین (موضوع بند سوم ماده فوق) پس از رشد، از ولایت ولیّ قهری خارج می شوند، جنون بعدی ایشان موجب بازگشت مجدد به چتر ولایتی نخواهد بود و باید برای آنان قیم تعیین شود. به سه مورد فوق، باید صغیری که در مواد ۱۱۸۴ و ۱۱۸۵ ق.م. آمده، نیز اضافه نمود و آن صغیری است که ولیّ قهری وی محجور باشد یا خیانت وی در اموال صغیر محرز گردد.

دادگاه در تعیین قیم به صلاحیت و قدرت ولیّ در اداره اموال محجور توجه می نماید، اما مطابق ماده ۶۱ قانون امور حسبی پدر یا مادر محجور با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم هستند. همچنین مطابق ماده ۱۲۳۱ ق.م. کسی که به عنوان قیم انتخاب می شود، باید واجد شرایط خاصی باشد:

اهلیت، عدم وجود پیشینه محکومیت کیفری به ارتکاب جرایم مهمی مثل

سرقت، خیانت در امانت، کلاهبرداری، اختلاس... و حسن شهرت اخلاقی. همچنین کسی که خود یا اقربای طبقه اول او دعوایی بر محجور داشته باشد نمی‌تواند به عنوان قیم انتخاب شود. به موجب ماده ۱۲۱۹ ق.م. والدین شخص محجور، مکلف می‌باشند در مواردی که قانونگذار تعیین قیم را لازم دانسته، مراتب را به دادستان محل اقامت خود یا نماینده وی اطلاع داده و تقاضای انجام اقدامات لازم برای نصب قیم نمایند. همچنین ماده ۱۲۲۰ ق.م. در صورت نبودن ابویین یا عدم اطلاع آنان، این وظیفه را بر عهده اقربایی قرار داده که با محجور در یک محل زندگی می‌کنند. ماده ۱۲۲۱ ق.م. برای همسر محجور نیز این تکلیف را قائل شده است.

دادستان پس از اطلاع از طرق مواد فوق الذکر یا هر طریق دیگر مطابق ماده ۱۲۲۲ ق.م. باید اشخاصی را که برای قیمومت مناسب می‌داند، به دادگاه مدنی خاص (دادگاه خانواده فعلی) معرفی نماید و دادگاه در این خصوص تصمیم می‌گیرد و چنانچه شخص یا اشخاص معرفی شده از ناحیه دادستان را صالح دید، به سمت قیمومت بگمارد و در غیر این صورت معرفی اشخاص دیگری را از دادسرا بخواهد. دادگاه همچنین می‌تواند علاوه بر قیم، یک یا چند نفر را به عنوان ناظر معین نماید؛ البته تعیین حدود اختیارات ناظر، با دادگاه است.

۲-۳-۳) وظایف قیم

ماده ۱۲۳۵ ق.م. دو وظیفه مهم بر عهده قیم گذارده است؛ اول مواظبت از شخص مولی‌علیه؛ دوم نمایندگی قانونی در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی. بنابراین چنانچه طفل فاقد مادر و پدر باشد یا والدین تکلیف حضانت طفل را قبول نکنند، قیم وظیفه حضانت را بر عهده دارد. شروع به اعمال قیمومت از تاریخی است که سمت قیمومت به قیم اطلاع داده شود (ماده ۷۴ ق.ا.ح.) و اعمالی

که قیم پس از نصب و قبل از ابلاغ انجام داده نافذ^۱ است.

مطابق ماده ۷۶ ق.ا.ح. در تصدی امور مالی محجور، قیم موظف است، سیاهه اموال محجور را به دادستان اعلام کند. حق فروش اموال ضایع شدنی و اموال منقول محجور و خرید مال برای طفل باید با رعایت مصلحت باشد (مواد ۸۱-۸۰ ق.ا.ح.). اما مطابق ماده ۸۳ ق.ا.ح. اموال غیر منقول محجور صرفاً با تصویب دادستان قابل فروش است. همچنین پرداخت هزینه زندگی محجور توسط قیم صورت می‌گیرد (ماده ۸۲ ق.ا.ح.). صغیر ممیز می‌تواند اموال و منافی را که به سعی خود بدست آورده با اذن قیم اداره کند (ماده ۸۶ ق.ا.ح.) در انتها بعد از رفع حجر، قیم موظف است، اموال محجور را به تصرف طفل یا در صورت تغییر قیم، به تصرف قیم بعدی بدهد (ماده ۸۷ ق.ا.ح.).

مطابق ماده ۱۲۳۵ ق.م. مواظبت از شخص و نماینده قانونی طفل در کلیه اموال و حقوق مالی با قیم است. مفهوم مخالف ماده ۱۲۴۰ ق.م. این است که به قیم اختیار داده نسبت به اموال صغیر معامله کند، مگر اینکه با خود معامله نماید^۲. از مفهوم مخالف ماده ۱۲۴۱ ق.م. نیز استفاده می‌شود که قیم حق فروش اموال غیر منقول مولی علیه یا انجام معاملات معوض نسبت به آن را دارد؛ مگر اینکه در نتیجه آن معامله، خود مدیون صغیر شود^۳. بنابراین معامله معوض بر اموال منقول و غیر منقول صغیر برای قیم مجاز است. اما مطابق ماده ۱۲۴۵ ق.م. باید حساب زمان تصدی خود را پس از کبر و رشد یا رفع حجر به مولی علیه سابق خود بدهد و هرگاه قیمومت قبل از رفع حجر تمام شود، باید حساب زمان تصدی خود را به قیم بعدی بدهد.

۱ - عقد ممکن است به علت وقوع اکراه یا وقوع از طرف غیر مالک و یا وقوع از طرف سفیه (یا صغیر ممیز) غیر نافذ شود. در این صورت تأیید عقد از طرف مکره بعد از زوال اکراه و از طرف مالک و از طرف ولی سفیه یا صغیر را تنفیذ عقد نامیده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ص ۴۶۳).

۲ - قیم نمی‌تواند به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند اعم از اینکه مال مولی علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد.

۳ - ماده ۱۲۴۱ ق.م: «قیم نمی‌تواند اموال غیر منقول مولی علیه را بفروشد و یا رهن گذارد یا معامله کند که در نتیجه آن خود، مدیون مولی علیه شود مگر با لحاظ غبطه مولی علیه و تصویب مدعی العموم. در صورت اخیر شرط حتمی تصویب مدعی العموم، ملائت قیم می‌باشد...»

۳-۴ تفاوت قیمومت با ولایت

تفاوت سمت قیمومت با ولایت در این است که ولیّ علاوه بر اختیارات مالی که در مواد ۷۶ ق.ا.ح. و ۱۲۳۵ ق.م. قید شده، دارای اختیار در تربیت و اصلاح محجور می‌باشد (ماده ۷۹ ق.ا.ح.). اما قیم تحت نظارت دادستان عمل می‌کند و باید صورت حساب دارایی و عملکرد خود را به دادستان اعلام نماید. مطابق ماده ۱۲۳۶ ق.م. قیم مکلف است، قبل از مداخله در امور مالی مولیّ علیه، صورت جامعی از کلیه دارایی وی تهیه و یک نسخه از آن را به امضای خود، برای دادستان محلی که مولیّ علیه در حوزه آن سکونت دارد بفرستد. همچنین ماده ۱۲۳۷ ق.م. تعیین مخارج سالیانه فرد تحت قیمومت را از اختیارات دادستان دانسته است. اختیارات قیم در امور مالی محجور دارای محدودیت‌هایی است که در خصوص ولیّ به چشم نمی‌خورد. از جمله مفاد ماده ۱۲۴۲-۱۲۴۱ ق.م. که طبق آن قیم نمی‌تواند، دعوی مربوط به محجور را به صلح خاتمه دهد.

رویه‌های قضایی، اختیارات قیم را در امور مالی محجور با محدودیت‌هایی بیش از آنچه در قانون آمده روبرو کرده است. به عنوان مثال مفهوم مخالف مواد ۱۲۴۱-۱۲۴۰ ق.م. آن است که قیم می‌تواند اموال غیرمنقول محجور را بفروشد، رهن گذارد یا به طور کلی معامله نماید؛ به شرط آن که با خود معامله نکند یا در اثر معامله، خود مدیون مولیّ علیه نشود. اما رویه ادارات امور سرپرستی صغار و محجورین بر نظارت کلی نسبت به نقل و انتقال اموال غیرمنقول صغیر توسط قیم استوار است. دفاتر اسناد رسمی نیز از ثبت معاملات قیم نسبت به مال صغیر بدون اذن دادستان خودداری می‌نمایند. این رویه حتی در اموال منقول که ثبت نقل و انتقال آن اجباری است، مانند خودرو، جاری می‌باشد.

۴) نقد و بررسی

اجرای قوانین مربوط به حمایت از صغار در امور مالی و غیر مالی در عمل برای کودک چالش‌هایی به بار می‌آورد که رفع آن نیازمند بازنگری در قانون است. به برخی از این مشکلات اشاره می‌شود:

۴-۱) اختیارات جد پدری

۴-۱-۱) مشکل ساز بودن اختیار اموال صغیر به جد پدری بعد از فوت پدر در حال حاضر با شکل‌گیری خانواده‌های هسته‌ای و کوچک شدن خانواده این چالش‌ها، ظهور بیشتری یافته است. امروزه ارتباط خانواده با جد پدری آنچنان محکم نیست که بتوان دخالت وی را در اموال صغیر که با توجه به قواعد ارث، سهم وی در مقابل سهم مادر (همسر متوفی) بسیار بیشتر است، توجیه نمود. مضافاً اینکه در شرایط حاضر سطح تحصیلات و حضور اجتماعی زنان نسبت به قبل بیشتر شده است. لذا جدایی بین امر حضانت و ولایت، مادر را با چالش‌هایی در امر حضانت مواجه کرده است.

۴-۱-۲) عدم نظارت دادستان بر عملکرد جد پدری

مطابق ماده ۷۳ ق.ا.ح. دادستان فقط تکالیف جد پدری را به وی اعلام می‌کند و پس از آن پرونده در اداره امور سرپرستی صغار، مختومه می‌گردد. در عمل عدم نظارت دادستان و وجود اختلافات بین مادر صغیر با ولی قهری می‌تواند موجب تصرفات غیرقانونی ولی قهری در اموال صغیر شود. بنابراین با توجه به توسعه جوامع و پیشرفت زنان در جامعه از یک سو و حضانت صغیر که غالباً بر عهده مادر است از سوی دیگر، به نظر می‌رسد مادر اولی به دخالت در اموال صغیر

می‌باشد. البته اصلاح ماده ۱۱۸۴ ق.م. تا حدی چاره‌ساز بوده است؛ زیرا قبل از اصلاحیه فوق، امکان عزل ولی قهری وجود نداشت و در صورت خیانت وی در اموال صغیر، صرفاً دادستان ضمّ امین می‌نمود و نظارت امین بر ولی قهری نظارت استطلاعی بود نه استصوابی^۱. اصلاحیه سال ۱۳۷۹ امکان عزل ولی قهری را در صورت خیانت در اموال صغیر پیش‌بینی نموده است.

۳-۱-۴) مشکلات اجرایی در جبران خسارت وارده بر اموال صغیر

خیانت ولی در اموال صغیر وقتی احراز می‌گردد که معامله ضرری انجام شده و ابطال این معامله، به علت وجود شرایط صحت معامله مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م. میسر نمی‌باشد، لذا صدور حکم عزل ولی قهری در اکثر موارد همراه با جبران خسارت وارده بر صغیر نمی‌باشد؛ زیرا مطابق قواعد مطالبه خسارت، قیم صغیر و دادستان باید میزان خسارت وارده را اثبات کنند و احراز شود که این خسارات ناشی از فعل ولی قهری بوده است. همچنین تقدیم دادخواست که با تشریفات خاص از جمله ابطال تمبر صورت می‌گیرد، مستلزم طولانی شدن رسیدگی به پرونده می‌شود، اگر حکم بر جبران خسارت صادر شود، اجرای حکم به سختی صورت می‌گیرد. صحت این مطلب با نگاهی به قانون اجرای احکام مدنی در مورد تأمین خسارت وارده بر صغیر توسط قیم از طریق اموال جد پدری روشن می‌شود. لزوم اطلاع و آگاهی قیم از اموال ولی قهری برای معرفی آن به واحد اجرای احکام، جهت فروش، با توجه به عدم ثبت املاک بر اساس نام مالکین، کاری بس دشوار است. همچنین ممکن است ولی قهری اموال را قبل از توقیف

۱ - ناظر استطلاعی: ناظری است که اعمال نماینده باید با اطلاع او باشد و عدم تصویب او خدشه‌ای به عمل نماینده وارد نمی‌کند و از طریق اعمال تخلف کسی که ناظر بر اوست به دادگاه، نظارت خود را عملی می‌سازد. اما ناظر استصوابی بر اعمال فردی که بر او گماشته شده حاکم است و اقدامات و تصمیمات فرد را تصویب (قبول یا رد) می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ص ۷۰۷).

۲ - ماده ۱۹۰ ق.م: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: (۱) قصد طرفین و رضای آنها؛ (۲) اهلیت طرفین؛ (۳) موضوع معین که مورد معامله باشد؛ (۴) مشروعیت جهت معامله».

به‌طور صوری به دیگری منتقل کند. مضافاً اینکه توقیف و فروش منزل مسکونی، خودروی متناسب با شأن، ابزار کار، لوازم منزل به قدر متعارف ... طبق مواد ۵۲۴-۵۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ و قانون اجرای احکام مدنی امکان‌پذیر نیست و نیز عدم امکان اجرای حکم در صورت عدم دسترسی به اموال ولیّ قهری مازاد بر مستثنیات دین از جمله مشکلاتی است که در جبران خسارت وارده بر صغیر ناشی از خیانت ولیّ قهری به چشم می‌خورد.

۴-۱-۴) صعوبت اثبات خیانت ولیّ در اموال صغیر

باور عموم جامعه از جمله قاضی به وجود اختیارات تام برای ولیّ قهری، منجر شده که قضات تمایلی به اجرای ماده ۱۸۴ اق.م. اصلاحی نداشته باشند؛ همچنین اجرا و اصل صحت اعمال و معاملات، موجب می‌شود قیّم در اثبات خیانت ولیّ قهری موفق نباشد.^۲

۴-۲) عدم اختیارات ولایی مادر

۴-۲-۱) تعارض افزایش حق حضانت مادر با محدودیت اختیارات نسبت به کودک

اصلاحات اخیر قانون در باب حضانت، محدوده حق حضانت را برای مادر افزایش داده، اما عدم اختیارات ولایی برای مادر نسبت به طفل، افزایش حق حضانت را در عمل با چالش‌هایی روبرو ساخته است. زیرا معنای حضانت در

۱ - ماده ۵۲۳ ق.ا.د.م: «در کلیه مواردی که رأی دادگاه برای وصول دین به موقع اجرا گذارده می‌شود اجرای رأی از مستثنیات دین اموال محکوم‌علیه ممنوع می‌باشد».

۲ - ماده ۵۲۴ ق.ا.د.م: «مستثنیات دین عبارت است از: الف) مسکن مورد نیاز محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی با رعایت شؤون عرفی؛ ب) وسیله نقلیه مورد نیاز و متناسب با شأن محکوم‌علیه؛ ج) اثاثیه مورد نیاز زندگی که برای حوائج ضروری محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی لازم است؛ د) آذوقه موجود به قدر احتیاج محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی برای مدتی که عرفاً آذوقه ذخیره می‌شود؛ هـ) کتب و ابزار علمی و تحقیقاتی برای اهل علم و تحقیق متناسب با شأن آنان؛ و) وسایل و ابزار کار کسبه، پیشه‌وران، کشاورزان و سایر اشخاصی که وسیله امرار معاش محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی می‌باشد».

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 حضانت کننده همراه نبوده است. به عنوان مثال انتخاب مدرسه‌ای که طفل در آن تحصیل می‌کند در عرف اداری و قضایی جامعه امروزی 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 علی از قبیل تصادف با وسیله نقلیه مصدوم گردد- اگرچه معمولاً مادر به عنوان حضانت کننده، متحمل هزینه‌های درمانی وی می‌شود- اما دیه صرفاً به ولی (اعم از پدر یا جدپدری) 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 ایرانی، 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 آن گاه بزرگتر می‌شود که والدین هنوز خصومت‌های قبلی را فراموش نکرده باشند و این گونه کودک حق المصالحه 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.

۲-۲-۴) خلاءهای قانونی در قوانین حضانت کودک بالغ غیررشد

از آنجا که در جامعه ایرانی معمولاً پس از طلاق، مادران عهده‌دار نگهداری کودکان هستند و اختیارات مادر نسبت به طفل غیر بالغ محدود است؛ اما نسبت به کودک بالغ که از سن حضانت خارج شده و هنوز به سن رشد نرسیده (دختر ۱۸-۹ سال و پسر ۱۵-۱۸ سال) یا رشد وی در محکمه ثابت نشده، اختیاری ندارد. چنین مادری اگر شاغل باشد و بخواهد فرزند خود را تحت تکفل قرار دهد و حق عائله‌مندی دریافت کند، با مشکل مواجه است^۱. چنانچه بخواهد نفقه کودک را از پدر مطالبه کند، دادخواست وی به لحاظ عدم سمت پذیرفته نمی‌شود و چنین کودکی با عنایت به عدم اهلیت قانونی، حق اقامه دعوای مالی علیه پدر را ندارد. همین مشکل در مورد فوت پدر و وجود ولی قهری موجود است.

۳-۲-۴) محدودیت‌های حاصل از رویه‌های فراتر از قانون

رویه‌های موجود در ادارات و سازمان‌های دولتی نیز محدودیت‌هایی فراتر از قانون به مادر در صورت حضور ولی قهری داده است. از جمله اینکه مطابق قانون در صورت وجود ولی قهری منعی برای افتتاح حساب توسط مادر برای صغیر موجود نیست و مادر می‌تواند از حساب برداشت نماید. نظریه مشورتی شماره ۱۳۶۲/۲/۳۱-۷/۸۸۰ اداره حقوقی قوه قضاییه در تایید این حکم چنین آورده: «... مادر می‌تواند مطابق ماده واحده قانون، اجازه افتتاح حساب پس‌انداز برای اطفال، مصوب اردیبهشت ماه ۱۳۵۷ به نام فرزندان صغیر خود حساب پس‌انداز باز کند

۱- توضیح اینکه مطابق بند ۲ ماده ۹ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت، مصوب ۱۳۷۰ و قوانین سابق به مستخدمین شاغل و بازنشسته و وظیفه‌بگیر مشمول این قانون که دارای فرزند تا سن ۲۰ سال هستند به ازای هر فرزند (حداکثر تا سه فرزند) ماهیانه معادل ۱۰ درصد حداقل حقوق مینا به عنوان کمک هزینه اولاد پرداخت می‌گردد. تبصره ماده ۹ برقراری مزایای موضوع بند ۱ را برای مستخدمین زن صرفاً در صورتی جایز دانسته که زن دارای همسر نباشد و به تنهایی متکفل مخارج فرزندان باشد.

در این صورت حق برداشت از این حساب را تا رسیدن صغار به سن رشد، مادر که بازکننده حساب است، خواهد داشت و پدر و جد پدری یا وصی منصوب از طرف آنان حق برداشت از حساب پس انداز مزبور را ندارد». اما در حال حاضر بانکها حق برداشت از حسابی که مادر به نام فرزند صغیر افتتاح نموده را به وی نمی دهند.

۳-۴) محدودیت اختیارات قیم در رویه ادارات سرپرستی

اگرچه قانون محدودیت‌های بیشتری برای اختیارات قیم نسبت به ولی قهری قائل شده، اما رویه‌های موجود در ادارات امور سرپرستی محل تأمل است. این رویه‌ها در خصوص ولی قهری مطابق نصوص قانونی است و کلیه اختیارات وی را محترم می‌شمارد؛ اما درباره مادر به عنوان قیم، محدودیت‌هایی بیشتر از قانون اعمال می‌شود. از جمله مطابق ماده ۱۲۳۵ ق.م. مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی وی در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی وی با قیم است. همچنین مفهوم مخالف مواد ۱۲۴۱-۱۲۴۰ ق.م. نشان می‌دهد که قیم حق انجام معاملات بر اموال صغیر را دارد. با این وجود در ادارات امور سرپرستی کلیه معاملات بر اموال منقول و غیرمنقول صغیر که لیست اموال وی در پرونده ثبت شده یا کلیه معاملات بر اموال غیر منقول صغیر که باید طی سند رسمی صورت گیرد، نیازمند اذن دادستان است. نظارت دادستان در این خصوص از یک نظر پسندیده است؛ زیرا می‌تواند از ضایع شدن اموال صغیر پیشگیری نماید، البته از یک سو جای تأمل دارد، زیرا اولاً این نظارت فقط بر اعمال قیم (غالباً مادر صغیر) صورت می‌گیرد و نظارتی بر اعمال ولی قهری وجود ندارد. ثانیاً شدت نظارت گاه موجب ضرر به صغیر می‌شود. به عنوان مثال چنانچه قیم قصد اخذ وام برای بازسازی ملک متعلق به صغیر یا قصد فروش و تبدیل آن به آحسن را داشته باشد؛ باید پس از کارشناسی سهم صغیر؛ با واریز نمودن سهم وی یا سپردن وثیقه‌ای نزد دادستان،

اقدامات لازم برای نوسازی یا تبدیل ملک را بنماید. این امر نه تنها موجب کندی کار می‌شود، بلکه به حقوق دیگر وراثت که با صغیر در مال به طور مشاع شریک هستند، لطمه وارد می‌نماید. ضمناً دادیاران ادارات سرپرستی بیشتر تمایل به عدم تبدیل و تحول در اموال صغیر و ترجیحاً نگهداری اموال به صورت وجه نقد در حساب بانکی دارند. این رویه اگر چه خطر حیف و میل اموال را از بین می‌برد، اما با توجه به افزایش بهای ملک و نرخ تورم در عمل چه بسا موجب ضرر صغیر می‌شود.

رویه‌های فراتر از قانون و خلاف قانون نسبت به دختران بالغ غیررشدید و حتی رشدید در امور غیر مالی نیز اعمال می‌گردد. به عنوان مثال می‌توان به رویه بیمارستان‌ها در موکول نمودن عمل جراحی دختر بالغ و حتی دختر بالای هجده سال که فاقد همسر است، به اذن ولیّ قهری اشاره نمود.

(۵) پیشنهادات

به منظور رفع این چالش‌ها بازنگری در این قوانین با توجه به موارد ذیل ضروری است:

- ۱-۵) کاهش اختیارات ولیّ قهری در اموال صغیر؛
- ۲-۵) افزایش اختیارات ولایی برای مادر در امور مالی؛
- ۳-۵) حذف رویه‌های قضایی و اداری بالاتر از قانون و گاهی خلاف قانون؛
- ۴-۵) آموزش کارکنان امور سرپرستی و نظارت آنان زیر نظر مسئولین قضایی؛
- ۵-۵) رواج فرهنگ وصیت در خانواده‌ها به منظور اعطای اختیارات ولایی به مادر؛

۶-۵) انتقال حق ولایت پدر به مادر بعد از فوت پدر، توسط حاکم اسلامی از باب احکام ثانویه با توجه به مقتضای زمان و مکان و صلاح‌دید دادگاه صالح.

فهرست منابع:

- < قرآن کریم
 < ابراهیمی، سید نصرالله: «نهادهای حقوقی حمایت از اطفال در حقوق ایران»، فصلنامه «ندای صادق»، پائیز ۱۳۸۲.
 < امامی، سید حسن: «حقوق مدنی»، انتشارات اسلامی، چ چهارم، ۱۳۶۶.
 < جابری عربلو، محسن: «فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی»، تهران، انتشارات امیرکبیر، چ اول، ۱۳۶۲.
 < جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی): «مسالك الافهام» (دو جلدی)، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چ اول، ۱۴۱۳ق.
 < جبعی عاملی، شمس الدین (شهید اول): «اللمعة الدمشقية»، مترجم: علیرضا فیض، علی مهذب، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۸.
 < جزری، مبارک بن محمد: «النهايه في غريب الحديث والاثر»، بیروت، دارالفکر، بی نا، ۱۳۹۰ق.
 < جعفری لنگرودی، محمد جعفر: «ترمینولوژی حقوق»، تهران، گنج دانش، چ چهارم، ۱۳۶۸.
 < جعفری لنگرودی، محمد جعفر: «دایرة المعارف علوم اسلامی» تهران، گنج دانش، چ اول، ۱۳۶۳.
 < حر عاملی، محمد بن حسن: «وسایل الشیعه»، بیروت، دار الاحیاء التراث العربیة، بی نا، ۱۴۰۳ق.
 < خمینی، روح الله: «تحریر الوسیله»، مترجم: علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ اول، ۱۳۶۸.
 < راغب اصفهانی، حسین: «المفردات فی غریب القرآن»، بیروت، دارالمعرفة، بی نا، ۱۴۲۰ق.
 < رسایی نیا، ناصر: «حقوق مدنی، اشخاص، اموال و مالکیت»، تهران، آوای نور، بی نا، ۱۳۷۶.

- ◀ سیاح، احمد: «المنجد»، تهران، نشر انتشارات اسلام، چ شانزدهم، ۱۳۷۳.
- ◀ شایگان، سیدعلی: «حقوق مدنی»، قزوین، نشر طه، چ اول، ۱۳۷۵.
- ◀ صفایی، سید حسن؛ قاسم‌زاده، سید مرتضی: «حقوق مدنی اشخاص و محجورین»، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتاب علوم انسانی، چ اول، ۱۳۷۵.
- ◀ عمید، حسن: «فرهنگ فارسی»، تهران، انتشارات امیرکبیر، چ بیست و دوم، ۱۳۶۲.
- ◀ کاتوزیان، ناصر: «حقوق مدنی (خانواده)»، تهران، شرکت انتشار و بهمن برنا، چ سوم، ۱۳۷۲.
- ◀ محقق حلی، ابوجعفر نجم‌الدین جعفر بن حسن: «شرایع الاسلام»، مترجم: ابوالقاسم بن احمد یزدی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۴.
- ◀ محمدزاده، محمود: «اهلیت در حقوق مدنی و حقوق بین‌الملل خصوصی»، ماهنامه «کانون سردفتران و دفترباران»، مرداد و شهریور ۱۳۸۰.
- ◀ ممدوحی، محمدرضا: «ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و تبصره‌های آن چه می‌گویند»، ماهنامه «کانون سردفتران و دفترباران»، دی و بهمن ۱۳۷۹.
- ◀ نجفی، محمد حسن: «جواهر الکلام»، (دوره پانزده جلدی) موسسه المرتضی العالمیه، بیروت، ۱۴۱۲ق.
- ◀ ولایی، عیسی: «فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول»، تهران، نشر نی، چ اول، ۱۳۷۴.