



MLJ

مجله حقوق پزشکی

ویژه نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



مقاله پژوهشی

## لزوم رعایت غبطه و مصلحت کودک در زمان سرپرستی از منظر فقه و حقوق موضوعه

محمد هادی شریفی<sup>۱</sup>، علی رفیعی مقدم<sup>۲</sup>، محمد حسین جعفری<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.
۲. استادیار، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران.
۳. استادیار، گروه حقوق عمومی، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.

### چکیده

**زمینه و هدف:** از آنجا که کودکان نیاز به حمایت زیادی دارند تا علایق و حقوق آنها مورد احترام قرار گیرد، فقه و حقوق اسلامی در مسائل مختلف مصلحت اندیشی می‌کند و رعایت غبطه‌ی کودک را مدنظر قرار داده است. و مقنن نیز قوانین را به گونه‌ای وضع می‌کند که شرایط و موقعیت‌های مختلف کودک در نظر گرفته شود. هدف این مقاله تبیین راهکارهایی جهت رعایت غبطه و مصلحت کودک در زمان سرپرستی می‌باشد.

**مواد و روش‌ها:** این مقاله توصیفی تحلیلی، و با بهره‌گیری از روش اسنادی و استفاده از ابزار فیش‌برداری تهیه و تدوین گردیده است.

**یافته‌ها:** یافته‌ها حاکی از این است که؛ مصلحت اندیشی ابزار قدرتمندی است که می‌توان با رعایت موازین فقهی و عقلی به درستی به نفع کودک از آن استفاده کرد. اهمیت این موضوع در سازگاری فقه پویای شیعه با شرایط جدید جامعه نمایان است. در کتب فقهی برای خروج از کودکی و رسیدن به حد بزرگسالی معیارها و علائمی ذکر شده است که تا وقتی این علائم و معیارها حاصل نشده باشد شخص کودک محسوب می‌شود. و نیازمند حمایت است و در مواردی، خاصه در امور مالی، رعایت غبطه و مصلحت کودک توسط سرپرستان وی مدنظر قرار گیرد.

**ملاحظات اخلاقی:** از ابتدا تا انتهای مقاله با پایبندی به اصول صداقت و امانت‌داری تهیه و تدوین گردیده است.

**نتیجه‌گیری:** سرپرستی اطفال موضوع بسیار مهمی است که از دیرباز مورد بحث و بررسی فقیهان و حقوقدانان بوده است، قانون مدنی، برای سرپرستی طفل دو جنبه حق و تکلیف فائل شده تا سهولت اسقاط این حق را از ابویین سلب نماید؛ در این راستا قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به منظور حمایت از کودکان، قوانین جدیدی وضع نموده که در جهت حمایت از کودک، رعایت غبطه، مصلحت و نفع وی را ملاک و معیار قرار داده است. نگرش جدید قانون موجب شده است کلیه مسائل مربوط به سرپرستی و حضانت، اعم از حق ملاقات، توافقات راجع به نگهداری، انتقال طفل به شهر دیگر و... بر اساس مصلحت و غبطه کودک مبنای تصمیم‌گیری محاکم قرار گیرد.

### اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۲۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۰۶/۲۴

### واژگان کلیدی:

کودک

غبطه

مصلحت

سرپرستی

فقه

حقوق

### \* نویسنده مسؤؤل:

علی رفیعی مقدم

آدرس پستی: ایران، کرمان، دانشگاه شهید باهنر کرمان، دانشکده حقوق و الهیات.

کد پستی: ۷۶۱۸۶-۵۴۸۴۱

تلفن: ۳۴-۳۱۲۲۳۲۸۲

پست الکترونیک:

[ali.rafiiee@uk.ac.ir](mailto:ali.rafiiee@uk.ac.ir)

**۱. مقدمه**

خانواده در اسلام، کانون آرامش و تعالی افراد می‌باشد و در جامعه بشری، خانواده هسته اولیه و شالوده آن می‌باشد، به همین جهت حمایت از خانواده و تأمین حقوق افراد آن از سوی تمام مراکز و ادیان مدنظر قرار می‌گیرد. در این میان، کودکان به عنوان عضوی از این نهاد مقدس به واسطه محدودیت‌های طبیعی و اجتماعی خود، نیاز به حمایت ویژه قانون‌گذار، والدین و جامعه دارند. وجود فرزند برای خانواده، نعمتی است از آن باب که زن و مرد را به هم مأنوس‌تر و نزدیک‌تر می‌سازد، و خانواده بر اثر وجود فرزندان، گرمی و نشاط می‌یابند. وجود فرزند برای تثبیت موقعیت خانواده و تداوم حیات آن اثربخش است، چنین تأثیری در زمانی که والدین کنار یکدیگر زندگی می‌کنند کاملاً مشهود می‌باشد، اما در برهه‌ای که بین والدین اختلاف به وجود می‌آید، یکی از مباحث مطرح در حقوق کودک، مسئله حضانت و سرپرستی وی می‌باشد که متضمن حقوق مادی و معنوی است و می‌توان گفت به دور از تمام اختلافات و تفاوت‌های سلیقه فی ما بین والدین، مصلحت کودک حائز اهمیت می‌باشد. کودکان، فرزندان این آب و خاک و سرمایه‌های عظیم کشور هستند که در آینده سرنوشت بخش حیاتی کشور را در زمینه‌های مختلف در دست خواهند گرفت. بدون تردید شخصیت آن روز آنان، شیوه برخورد آنها با جامعه و نوع رفتارشان با کودکان و نوجوانان و بزرگان، برگرفته از تمامی اتفاقات و حوادث تلخ و شیرین دوران کودکی آنان خواهد بود. بنابراین هنگام جدایی والدین و در زمان کشمکش خانواده‌ها، کودکان بیشتر از هر یک از اعضای خانواده، آسیب خواهند دید. بنابراین در راستای کاهش این آسیب‌ها قوانین متفاوتی در سال‌های مختلف وضع شده است که با اعمال آنان بتوان از حقوق کودکان دفاع نمود. یکی از این قوانین، قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ می‌باشد و با تفاوت‌های بسیار با قوانین گذشته، در راستای دفاع و حمایت خانواده و کودک، پا به عرصه قوانین گذاشته است و با توجه به اینکه سال‌های زیادی از عمر تصویب این قانون نمی‌گذرد، نیازمند بررسی و تحلیل مواد آن می‌باشیم؛

زیرا کودکان نیز از تأثیرات مفاد مواد قانونی مصون نبوده؛ لذا با بررسی مواد قانون به مصالح و مضرات آن پی خواهیم برد. بنابراین می‌توان اذعان داشت سرپرستی کودک از جمله اموری است که در اعصار متفاوت، مورد توجه فقها و حقوقدانان بوده است و در این رابطه فتاوی و نظرات متعددی مطرح گشته است. در آموزه‌های دینی، به مسئله حقوق و تکالیف متقابل والدین و فرزندان توجه ویژه شده است و دستورات و آداب بسیاری در میان آیات، احادیث و سنن بزرگان دین یافت می‌گردد. لذا این امر موجب طرح مواد قانونی در سال‌های متمادی گردیده و سعی در حمایت هرچه بیشتر از کودک و بنیان خانواده صورت گرفته است؛ لذا بحث سرپرستی گستردگی بسیاری دارد که با توجه به ناتوانی که در کودکان هویداست، با فرض مصلحت و غبطه، تحدید و تعدیل می‌گردد. از این رو شارع مقدس در پی تبیین مصالح کودک و غبطه وی بوده است، فقها و اساتید نیز با توجه به اهمیت موضوع، در تلاش برای پر کردن خلأهای این موضوع بوده‌اند، در این راستا می‌توان به قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ اشاره نمود که با بررسی مسائلی همچون سرپرستی و حضانت، قلمرو و مدت آن، افراد عهده‌دار، حق ملاقات، ولایت قهری و وظایف وی، مصلحت و غبطه کودک را نیز ملاک جعل قرار داده است. بنابراین مصلحت و غبطه کودک را مبنای تمامی مفاد قانونی از لحاظ عملکرد اجرایی نموده است.

**۲. ملاحظات اخلاقی**

این مقاله به اصول اخلاقی و حرفه‌ای پایبند بوده و از ابتدا تا انتهای مقاله با پایبندی به اصول صداقت و امانت‌داری این مقاله تهیه و تدوین گردیده است.

**۳. مواد و روش‌ها**

این مقاله توصیفی تحلیلی، و با بهره‌گیری از روش اسنادی و استفاده از ابزار فیش‌برداری تهیه و تدوین گردیده است. در واقع زمانی که کتابی را بعنوان مرجع مطالعه شده است از قسمت‌های لازم فیش تهیه گردیده است و به این روش اقدام به نگارش و تدوین مقاله نموده‌ایم.

**۴. یافته‌ها**

با مطالعاتی که در این زمینه صورت پذیرفت از منظر فقه و حقوق موضوعه، لازم است که رعایت غبطه و مصلحت کودک در زمان سرپرستی صورت بپذیرد و در همین راستا مقنن با تاسی از یافته‌های فقه پویای اسلامی، در قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ قوانینی پیش‌بینی نموده است که مصلحت و غبطه کودک بیش از پیش در نظر گرفته شود.

**۵. بحث****۵-۱. پیشینه تحقیق**

۱- ساعی، سید محمد هادی؛ کامیاب منصور، نیلوفر (۱۳۹۵) در مقاله‌ای با عنوان: حضانت در پرتو مصلحت کودک در زمان ازدواج مجدد مادر که در مجله: مطالعات حقوق عمومی شماره ۴ به چاپ رسیده است به این نتیجه دست یافته است که: «طبق قانون مدنی ایران، صرف ازدواج مجدد مادر از موانع حضانت فرزندان است و در این صورت حضانت فرزندان مطلقاً به پدر آن‌ها واگذار می‌شود. با توجه به فلسفه و هدف حضانت کودکان، که حفظ بالاترین مصلحت آن‌هاست، صدور حکم مطلق برای جدایی کودک از مادر، به علت ازدواج مجدد مادر، بدون در نظر گرفتن جمیع شرایط، می‌تواند برخلاف مصلحت کودک باشد. آنچه از اسناد بین‌المللی در زمینه حقوق کودک برمی‌آید لزوم قرار دادن محوریت منافع کودکان در کلیه تصمیم‌گیری‌های مربوط به آن‌هاست. با سلب حضانت از مادر، به علت ازدواج مجدد، این سؤال مطرح می‌شود که در این صورت آیا هدف حضانت، که برآوردن بالاترین مصلحت کودک است، تأمین می‌شود یا در هر مورد باید با در نظر داشتن جمیع اوضاع و احوال حضانت کودک را تعیین کرد. با بررسی ریشه فقهی و هدف حضانت متوجه می‌شویم در تصمیم‌گیری برای حضانت باید مصلحت کودک به‌مثابه مهم‌ترین معیار در تعیین حضانت رعایت شود. با توجه به اینکه مصلحت اطلاق‌بردار نیست، باید بالاترین مصلحت کودک را به صورت موردی بررسی کرد».

۲- ناطق نوری، سوده (۱۳۸۹) در مقاله‌ای تحت عنوان: بالاترین مصلحت کودک بررسی وضعیت حضانت در فقه و

کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ که در مجله: پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی به شماره ۲۱ به چاپ رسیده است، به این نتیجه دست یافته است که: «کودکان به دلیل ناتوان بودن در تأمین نیازهای جسمی، روانی و مالی خود نیازمند حمایت جامعه می‌باشند. جامعه نیز بر اساس این اماره که والدین کودکان، مناسب‌ترین افراد برای نگهداری و پرورش آنها هستند، این وظیفه را متوجه والدین می‌نماید. این بحث که در صورت جدایی، فوت یا عدم صلاحیت آنها، حضانت کودکان به عهده چه کس یا کسانی گمارده می‌شود، موضوع بحث‌های زیادی قرار گرفته است. فتاوی و منابع فقه سنتی اسلامی معیارهای خاصی را به صورت نوعی برای همه کودکانی که دارای سن و یا جنس خاصی باشند در نظر می‌گیرد، در حالی که کنوانسیون حقوق کودک با تمرکز بر رعایت بالاترین مصلحت کودک در همه تصمیم‌گیری‌های مرتبط با کودک، کشورهای عضو را به سمت بررسی موردی هر پرونده و در نظر گرفتن همه‌ی عوامل موثر در رعایت بالاترین مصلحت کودک از جمله سن رهنمون می‌شود».

**۵-۲. نوآوری تحقیق با عنایت به تحقیقات مشابه**

با عنایت به پیشینه‌ای که ذکر گردید با توجه به اینکه در تحقیقات انجام گرفته صرفاً به رعایت غبطه کودک پرداخته شده است و در این مقاله سعی شده است با مسائل سرپرستی در فقه و حقوق موضوعه تطبیق داده شود. در همین راستا مقاله پیش رو دارای نوآوری به نسبت تحقیقات انجام شده می‌باشد.

**۵-۳. اهمیت و ضرورت**

امروزه کودکان و فرزندان به کانون خانواده نیازمند هستند و تربیت و آموزش آنها در فضای خانواده همراه والدین باید صورت گیرد؛ اما متأسفانه غفلت والدین در نگهداری کودکان بسیار به چشم می‌خورد و کودکان، قربانی لجاجت‌ها و از هم گسیختگی‌های روابط خانوادگی می‌شوند و پس از این کشمکش‌ها و مجادلات، تکلیف کودکان چیست؟ و باید چگونه زندگی کنند؟ فرزندان طلاق، دچار آسیب‌های روحی بسیاری

**۵-۲-۵. کودک**

در تبصره یک قانون ۴۹ مجازات اسلامی مقرر شده است که: منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد. بلوغ شرعی بر اساس تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی برای پسر ۱۵ سال تمام قمری و برای دختر ۹ سال تمام قمری است (۴).

**۵-۳-۵. مصلحت**

مصلحت به معنای، جلب نفع و دفع ضرر در نظر اهل عرف می‌باشد (۱). از نظر علمای اسلام مصلحت مفاهیم متعددی دارد قاعدتا این واژه به معنای جذب نفع و دفع کردن زیان است (۵). عده‌ای بر این باورند که این مصلحت مبنای آن این است که انسان در این دنیا و دنیای دیگر یعنی دنیای آخرت به نحوی اهدافی دارد و آن اهداف جلب سود و دفع کردن زیان است و این همان مصلحت است (۶). عده‌ای نیز آن را در قلب حکمت بررسی می‌نمایند یعنی می‌گویند مصلحت همان حکمت است. حکمت این است که انسان مریض شود در ظاهر خوب نباشد؛ ولی در باطن به مصلحت انسان است باورهای قلبی و ایمانی او را تقویت می‌کند. امام محمد غزالی که از دانشمندان مشهور اهل سنت است دفع زیان و جلب نفع را مصلحت نمی‌داند و به عقیده وی ارکان پنجگانه دین که برای نیل به آن‌ها تلاش شود مصلحت محسوب شده و غیر آن مفید است البته ارکان پنجگانه منظور ارکان معروف دین نیست و شامل خود دین، جان، مال، عقل و فرزندان است (۷). عده‌ای هم باور دارند مصلحت مفهوم و معنای خاصی ندارد و همان لغوی آن یعنی مصلحت و صلاح و خیر و نیکی مدنظر است (۸). برخی مصلحت را دفع ضرر یا جلب منفعت برای دین و دنیا دانسته‌اند (۵). در تعریف دیگر مصلحت شامل اهداف انسان در این دنیا و دنیای دیگر است و هدف جلب سود و دفع کردن زیان است (۶).

در دوران کودکی می‌گردند و این آسیب‌ها در برخی موارد موجب تغییر نگرش و رفتار آنان در دوران بزرگسالی می‌شود. بدیهی است زیرساخت یک کشور، جامعه و مردم آن می‌باشد، بنابراین کودکان دور از آسیب‌ها و کشمکش‌های والدین خویش، نمی‌باشند؛ در آینده نیز موجب آسیب نه تنها به خویش، بلکه به جامعه نیز خواهند بود. بنابراین برای جلوگیری از لطمات به کودکان، باید در زمان سرپرستی پدر و یا مادر حفظ مصلحت و غبطه‌ی در نظر گرفته شود تا آسیبی به آنان وارد نگردد.

**۵-۴-۵. محدودیت‌های پژوهش**

محدودیت‌هایی که ما در این تحقیق با آن روبه‌رو بودیم این بود که جهت نگارش مقاله به منابع دسته اول دسترسی نداشتیم.

**۵-۵-۵. تعاریف و مفاهیم**

در این قسمت سعی شده است اصلاحات فنی و تخصصی از منظر فقه و حقوق موضوعه، تعریف گردند.

**۵-۱-۵-۵. حضانت و سرپرستی**

حضانت و سرپرستی، عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است و حضانت مختص ابویین و اقربای طفل است و بین اقربا رعایت طبقات ارث نمی‌شود و عبارت است از حفظ مادی (جسم) و تربیت اخلاقی و معنوی طفل مناسب با شئون طفل می‌باشد (۱). در واقع سرپرستی اقتداری است که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر اعطا کرده نموده است (۲). بعضی از فقهای امامیه در تعریف حضانت چنین گفته‌اند: حضانت عبارت است از ولایت و سلطنت بر تربیت و متعلقات آن از قبیل نگهداری کودک، گذاردن او در بستر، سرمه کشیدن، پاکیزه کردن، شستن جامه‌های او و مانند آن (۳). حقی که قانون‌گذار در مورد ولایت بر فرزندان بر عهده والدین آنها قرار داده است تکالیفی را هم شامل می‌شود (۲).

## ۵-۴-۵. قیّم

۴- نیازهای اجتماعی: تعلق، معاشرت و رفاقت، مشارکت در امور اجتماعی، تقلید و همانندی، نظم و ترتیب، ادب و اخلاق.  
۵- نیاز به جنبه‌های عالی رشد: آگاهی، هدف‌داری، نیایش و ستایش، عدالت، آزادی و استقلال، رشد و کمال (۱۰).

## مصلحت کودک از دیدگاه آیات و روایات

آیه ۲۳۳ بقره «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بِوَلَدِهِ وَ لَا مَوْلُوهُ لَهُ بِوَالِدِهِ» به این نکته اشاره دارد که ضرر وارد کردن به فرزند مطلقاً جایز نیست چه از ناحیه پدر و چه از ناحیه مادر، خواه در خصوص حضانت باشد و یا غیر آن؛ زیرا ترک حضانت طفل، منجر به عدم حفظ او شده و این ضرر بر طفل است، به مقتضای آیه شریفه این امر جایز نیست، پس نتیجه می‌شود حضانت واجب است بنابر یک تفسیر، پدر و مادری که از همدیگر جدا می‌شوند، از ضرر زدن به کودک نهی شده‌اند (۱۱). بنابراین حضانت کسی که واردکننده ضرر به کودک می‌باشد، منتفی خواهد بود و همین قاعده و معیار کلی در جواز یا عدم جواز جهت نگهداری خواهد شد. سرپرست کودک در صورتی می‌تواند متعهد این امر شود که نگهداری او در بُعد مادی و معنوی برای کودک مضر نباشد.

ضرر مادر به فرزند: مفسران احتمالاتی را برای آسیب‌های مادر به فرزند نام برده‌اند از قبیل: شیر ندادن که می‌تواند از روی خشم بر پدر باشد، کوتاهی در نگهداری کودک و عدم کوشش در برآوردن نیازهای کودک نظیر نظافت، تغذیه و لباس می‌باشد (۱۱).

ضرر پدر به فرزند: مفسران احتمالاتی را برای آسیب‌های پدر به فرزند نام برده‌اند از قبیل: کوتاهی یا تأخیر در پرداخت هزینه زندگی او، جدا کردن بی دلیل کودک از مادر، سپردن کودک به شخص دیگر (۱۱).

احدی از فقها بیان می‌دارد: مادر نباید شیردادن فرزند خود را از روی قهر و غضب بر پدر طفل ترک کند، و در هر حال باید غبطه و مصلحت کودک را در نظر بگیرد. چون اگر غبطه را در نظر نگیرد، به سبب این کار به طفل ضرر می‌رساند و به علت اینکه مادر نسبت به فرزندش مهربان‌تر از دیگران است و همچنین پدر با استناد به آیه «و لا مولود له بولده» نباید کودک را از مادرش بگیرد به دلیل انتقام و ضرر زدن به مادر،

امین حاکم بر محجورین یا بر غایب از بلد و یا اموال مجهول المالک و مانند اینها، در زمان ما امین بر محجورین از طرف حاکم است (۱).

## ۵-۵-۵. غبطه و مصلحت

صلاح و مصلحت، ولی باید در مورد تصرف در اموال مولی علیه او رعایت غبطه را بکند (۱). در نگاه فقه منظور از غبطه در نگهداری اموال مولی علیه این است که ولی، عملی نکند که موجب فساد مال مولی علیه شود؛ اما رساندن نفع به مولی علیه در تصرفاتی که ولی می‌کند، ضرورت ندارد (۵).  
در واقع، مسئله غبطه و مصلحت با مسئله منفعت نباید اشتباه شود، مصلحت دائر مدار حقیقت است. مصلحت و حقیقت دو برادر هستند که از یکدیگر جدا نمی‌شوند. مصلحت و غبطه یعنی رعایت حقیقت را کردن نه رعایت سود خود را کردن که این منفعت است (۹). در حقوق غبطه و مصلحت به شرح ذیل آمده است: غبطه به معنای صلاح و مصلحت است. و مصلحت جلب نفع و دفع ضرر در نظر اهل عرف می‌باشد (۱).

## ۵-۵-۶. مصلحت کودک

در مورد تربیت و پرورش کودک، نظرهای بسیاری مطرح گشته است و از آنجا که کودک در سنین مختلف نیاز به رفتارها و محیط‌های مختلفی می‌باشد، مصلحت کودک چنین محیط‌ها یا آموزش‌هایی را مقتضی است و والدین باید ضمن رعایت آنها، زمینه پرورش و تعالی کودک را فراهم آورند. نیازهای انسان شامل موارد ذیل می‌باشند (۹):

۱- نیازهای زیستی و جسمانی: غذا، خواب و استراحت، پوشاک، بازی و حرکت، بهداشت و نظافت، مسکن، تجربه و مهارت.

۲- نیازهای عاطفی: پذیرش، محبت، احترام و توجه، تقدیر و تحسین، همدردی و ملاحظت، کنترل و مراقبت، گریه و تأثر، شادابی و نشاط.

۳- نیازهای روانی: حمایت، امنیت، موفقیت، بروز استعدادها، عزت‌نفس، اعتماد به نفس، کنجکاو، بهداشت روانی.

**۵-۶-۱. دلایل شرعی مصلحت در ولایت و سرپرستی****کودکان****۵-۶-۱-۱. دلیل عقل**

اگر چه اصل بر این است که کسی بر دیگری سلطه نداشته باشد، ولی برای کودکی که صلاح و مصلحت خویش را در زندگی فردی و اجتماعی نمی‌تواند تشخیص دهد، قرار دادن یک شخص دارای صلاحیت برای وی از منظر عقل، کاری نیکو و پسندیده است؛ به عبارت دیگر عقل سلطه دیگران بر کودک را زمانی می‌پذیرد که آن سلطه یا سرپرستی و ولایت، رعایت منافع و مصالح کودک را کرده باشد؛ نظر شیخ طوسی هم موید همین امر است (۱۳).

**۵-۶-۱-۲. دلیل اجماع**

احدی از فقها در کتاب العناوین اجماع بین فقها، درباره رعایت مصلحت در خصوص سرپرستی کودک را مطرح کرده‌اند.<sup>۱</sup> به هر حال اجماع فقها جز ادله های شرعی برای استخراج احکام فقهی محسوب می‌گردد و باید مورد توجه قرار گیرد (۱۴).

**۵-۶-۱-۳. دلایل قرآن**

آیه شریفه ۱۵۲ از سوره مبارکه انعام می‌فرماید: و لاتقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن؛ و به مال یتیم جز به نیکوترین صورت نزدیک نشوید. مفسران قرآن کریم «احسن» را مداخله‌ای که با رعایت مصلحت همراه است و عقل آن را نیکو می‌شمارد، تفسیر کرده‌اند. آیه ۲۲۰ سوره بقره وظیفه سرپرستان را حفظ منافع و مصلحت کودکان بی‌سرپرست می‌داند (۱۳).

**۵-۶-۱-۴. دلایل روایی**

روایات فراوانی در زمینه رعایت مصلحت در سرپرستی کودکان وارد شده است. از حضرت امام موسی کاظم (ع) روایت داریم. عموم روایات در این زمینه روشنگر دغدغه اسلام در جهت

چون این امر نیز به ضرر کودک است، مضار که در ادامه این آیه اشاره شده است، به معنای اضرار می‌باشد و نتیجه این می‌شود که نه پدر و نه مادر حق ندارند به کودکشان ضرر بزنند و در هر حال باید رعایت غبطه و مصلحت کودک را مدنظر داشته باشند (۱۱). بنابر قاعده فقهی لاضرر در دین مبین اسلام، می‌توان گفت اعمال و رفتاری که توسط والدین صورت می‌گیرد، اگر ملاک ضرر برای کودک و خلاف مصلحت وی باشد مشمول قاعده لاضرر می‌شوند و از سرپرستی آنان می‌توان جلوگیری کرد.

**۵-۶. بررسی جایگاه و نقش مصلحت در فقه**

در خصوص بحث مصلحت و جایگاهی که مصلحت در فقه دارد آنچه که قابل اهمیت است بحث جامع بودن و دائمی بودن دین مبین اسلام است؛ یعنی احکام اسلام قابل تغییر نیست و در همه زمینه‌ها و در همه زمان‌ها نیازهای انسان را برطرف می‌کند. اما سوالی که اینجا مطرح است بحث مسائلی است که با گذشت زمان و در آینده و به روز شده به وجود می‌آید که آیا پاسخگوی آن هم هست یا نه و اینکه آیا مسائلی که از قدیم بوده است و حل نشده است را چگونه باید با این فرض حل کرد اگر ما به این جامع بودن و دائمی بودن معتقد نباشیم آنچه که عقل به ما می‌گوید مانند جوامع پیشرفته امروزی یا به قول معروف همان جوامع سکولار هر زمانی که مصلحت خود را تشخیص دادیم طبق آن عمل می‌کنیم (۱۲). البته که این نافی این موضوع نیست که حتی در این جامعه‌های سکولار باز هم وقتی خواست عمومی باشد و مصلحت باشد یک سری مشکلات و مسائل وجود دارد علامه شرف‌الدین در کتاب خود مطلبی دارد که به طور خلاصه مفهوم آن این است احکام و حکم‌ها و دستورات دین اسلام برای این دنیا و آن دنیای انسان‌ها با گسترش عدالت به تمامی انسان‌ها با رحمت و مصلحت پوشش می‌دهد خصوص کاری به اقلیت‌های قومی دینی زبانی ندارد.

<sup>۱</sup> تصرف ولی در امور کودک بر اساس ادله و اجماع فقها مشروط به مصلحت کودک است، زیرا قدر متیقن از ادله ولایت است.

صحت تصرفات ولی این است که فساد و وجود نداشته باشد و نیازی به حفظ مصلحت نیست (۱۶). به گفته این بزرگان در روایات تنها از فساد و اسراف در اموال نهی شده است. امام باقر (ع) می‌فرماید: «سزاوار نیست پدر از مال فرزندش بیش از مقدار نیاز خود بردارد، خداوند فساد را دوست ندارد» (۱۷). در روایتی دیگر از امام صادق (ع) نهی از اسراف توسط پدر در مورد اموال فرزند شده است. امام (ع) فرمود: «مرد می‌تواند از مال فرزند خود در زمان اضطرار، بدون اسراف بردارد» (۱۷).

در خصوص استقراض پدر از مال فرزند صغیر خود یکسری ادله و دلایل وجود دارد البته همین که یک مفسد و فساد در این خصوص وجود نداشته باشد کفایت می‌کند به هر حال این موضوع هیچ سودی برای صغیر ندارد این نظر بحر العلوم است (۱۸). تحت هیچ شرایطی نباید یکسری تصرفات در مورد صغیر وجود داشته باشد که باعث ضربه وی می‌شود، مصلحت اینکه برای یک شخص سرپرست تعیین می‌شود یا ولی تعیین می‌شود که بر او سلطه داشته باشد این است که امور مالی و غیرمالی او را مدیریت نموده و مصلحت داشته باشد و اگر بنا بر این باشد که به ضرر و تباهی او بیانجامد اصلاً چه دلیل برای تعیین سرپرست وجود دارد همه انسان‌های عاقل و خردمند نیز این موضوع را پذیرفتند نظر دین اسلام همین است و حتی اگر ادله شرعی و دلایلی که در دین آمده است را قبول نداشته باشیم و بحث احتیاط است (۱۶). انسان عاقل و محتاط تصرف را به صلاح نمی‌داند شک وجود دارد و آن این است که ولی احساس می‌کند این کار به مصلحت صغیر است؛ اما در واقع اشتباه کرده و به مصلحت او نیست به طور کلی می‌گویند بحث اشتباه مطرح باشد یا نباشد چنین تصرفی باطل است و حق ندارد و در هر صورت باید مصلحت صغیر را رعایت نموده و نباید کاری انجام دهد که به زیان او باشد یک امین که یکی در امانت اوست باید تمام تلاش خود را جهت حفظ آن مانند هر امین دیگری بنماید (۱۹). طبق نظر احدی از حقوقدانان، تعهد ولی قهری در این مورد به وسیله است (۲).

مصلحت و خیراندیشی برای کودکان است. از جمله امام صادق (ع) می‌فرمایند: «تصرف در اموال کودکان فقط در صورتی جایز است که خیر و منفعتی برای کودکان داشته باشد» (۱۳).

## ۷-۵. جایگاه و تأثیر مصلحت در اعمال ولایت و سرپرستی کودکان

یکی از مسائلی که قطعاً باید بیشتر مورد توجه قرار بگیرد بحث نفوذ ولی یا همان ولایت و دایره اختیارات آن است با توجه به اینکه اطفال و به قول معروف همان صغیرها توانایی اداره امور خود را ندارند پس باید این ولی بودن و سلطه داشتن و ولایت داشتن شامل تمام زمینه‌ها من جمله مسائل آموزشی باشد پدر چون که سلطه و ولایت بر فرزند صغیر خود دارد در تمام امور مالی و امور غیرمالی می‌تواند هر طور که مصلحت صغیر و طفل باشد عمل نموده و حتی در زمانی که تشخیص مصلحت وی را می‌کند و حتی برای او امر ازدواج را حاصل نماید چون ولایت و سرپرستی او را دارد تمام برنامه‌هایی که برای زندگی وی مصلحت باشد و لازم باشد طرح و برنامه‌ریزی کند این بدان مفهوم نیست که سلطه وی به صورت مطلق است و هر کاری که دلش بخواهد می‌تواند انجام دهد بلکه باید تا جایی پیش رود که مصلحت صغیر باشد.

## ۷-۵-۱. لزوم رعایت غبطه توسط ولی قهری از منظر فقهای متقدم و متاخر امامیه

در مورد اینکه آیا ولی قهری در تصرف‌هایش باید رعایت مصلحت کودک را بکند یا اینکه صرف نبود مفسده در تصرف‌هایش کفایت می‌کند؛ دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. شیخ طوسی، ابن ادریس، علامه حلی، و شهید اول و دوم، رعایت مصلحت را شرط کرده‌اند. نظر مرحوم فاضلی اصفهانی بر این است که فقیهان پیشین هم معتقدند که وظیفه اصلی سرپرستان حفظ مصلحت است. دیدگاه مکارم شیرازی هم بر رعایت مصلحت است (۱۵).

اما بزرگانی چون صاحب جواهر، شیخ انصاری، مرحوم نایینی، مرحوم خویی و امام خمینی (ره) و برخی دیگر معتقدند شرط

**۵-۷-۲. نسبی و متغیر بودن مصلحت در امور کودکان**

در امور صغار ولایت و سرپرستی و مصلحت به گونه‌ای است که کاملاً قابل عوض شدن و تغییر است و این نیست که باید ثابت باشد و از نوع اجرای احکام دین است هر زمان که مصلحت طفل و صغیر تغییر نمود باید آن را تغییر داد و باید به این نتیجه رسید چه چیزی مصلحت اوست و این امر تمثیلی است و به هیچ عنوان حصری نیست. نظر علامه حلی هم این است که باید تغییر کرد و آنچه که تابع است و تبعیت می‌کنند از این تغییر آن هم باید تغییر کند (۶). قطعاً این مصلحت‌ها باید در راستای تعالی اطفال باشد و آنها را به ارزش‌های والای انسانی برساند و تا جایی آنها را پیش ببرد تا به چنین مقامی برسند البته مشورت از اهل فن و خبرگان و کارشناسان نیز در این خصوص باید باشد به هر حال مصلحت جایگاه خود را دارد و هر نوع مصلحتی نیاز به اقدامات خاص خود دارد مثلاً امور مالی باید طوری باشد که سرمایه صغیر حفظ شود و در امور غیرمالی هم باید به رشد و تعالی روح و روان کودک کمک گردد و البته شرایط هر صغیر با صغیر دیگر نیز فرق می‌کند. بدیهی است بعضی موارد ممکن است چیزی به صلاح کودک باشد و در بعضی موارد نباشد. از بارزترین نمونه که می‌توان مثال زد بحث ازدواج است یعنی پدر و جد پدری می‌توانند در امر ازدواج فرزند خود دخالت نمایند (۲). هر چند عده‌ای معتقدند که انتخاب یک شخص برای شریک زندگی از بدیهی‌ترین حقوق اولیه هر شخص است و نباید در آن دخالت نمود و این باعث می‌شود که ضربه سنگینی از لحاظ روحی و روانی به این شخص وارد شود (۶).

در زمان‌های قدیم ازدواج فرزندان بر عهده پدر بود یعنی پدر یا جد پدری که سرپرستی فرزند را داشت برای او شریک زندگی پیدا نموده و به قول معروف برای وی امر ازدواج را حاصل می‌نمودند و این امر را با رعایت بهترین مصلحت‌ها و بهترین انتخاب‌ها برای وی فراهم می‌نمودند البته این بدان معنا بود که این باعث می‌شود یک‌سری پیوندهای خانوادگی به وجود آمده و از گسستگی و پارگی جوامع جلوگیری می‌شد از بی‌نظمی هم جلوگیری به عمل می‌آورد و اینکه هر طفلی که در ابتدای جوانی خود به یک شخصی به نام همسر وابسته

می‌گردید باعث می‌شد که بعداً دنبال اقدامات فسادآمیز نرود تمام جوانب و آمادگی‌ها برای تشکیل یک خانواده به وجود می‌آمد؛ اما در حال حاضر شرایط کاملاً متفاوت است و افراد در ازدواج کاملاً مستقل بوده و بنا بر نظر خود عمل می‌کنند با بالا رفتن سن انسان‌ها توقعاتشان فرق می‌کند و سلیق متفاوت به وجود آمده و باید به معنای واقعی کلمه به تفاهم برسد یعنی در شرایط حاضر دیگر مثل سابق ازدواج کودکان و نوجوانان به صلاح نیست؛ بلکه حتی ممکن است باعث فساد شود؛ چرا که ممکن است سلیق متفاوت بوده و آشنایی کامل نباشد و در آینده منجر به مشکلات زیادی برای آن دو نفر گردد بنابراین جهت جلوگیری از هرگونه سوء استفاده از این موضوع و جلوگیری از ازدواج زود هنگام کودکان تأیید حاکم یا همان قاضی لازم است. وظایف خانواده‌ها و سرپرستان سر جای خود باقی است و آنها باید کودکان و نوجوانان را به هر حال هر چند دارای استقلال باشند آماده نموده و مهارت‌های لازم را برای ازدواج برای تشکیل خانواده و برای ادامه زندگی به ایشان بیاموزند در این خصوص پس مصلحت‌ها تغییر نموده است یعنی استقلال اشخاص در ازدواج حفظ شده لکن باید آموزش‌های لازم قبل از آن توسط سرپرستان به آنها داده شود (۷).

**۵-۸. تأثیر مصلحت در حقوق کودکان**

خانواده مکان رشد و پرورش تمامی اعضای آن و به خصوص شکل‌دهنده‌ی شخصیت کودکان است. کودکان برای شکوفایی خود نیازمند خانواده‌ای شاد و سرشار از محبت، عشق و تفاهم هستند و این خانواده است که کودکان را باید برای فردای کشور آماده نماید. کودک به لحاظ ضعف ادراکی از وضعیت خود و اطرافش توانایی درک مصلحت‌ها و منافع خود، همچنین قدرت دفاع و استیفای حقوق خود را ندارد، از این روی باید جامعه کوچک خانواده حافظ منافع، مصلحت‌ها و حقوقش باشد و جامعه جهانی نیز باید بصورت یکپارچه منافع کودکان را از طریق حکومت‌ها تأمین کند.

پیمان ژنو در سال ۱۹۴۲ میلادی و پیمان رعایت حقوق کودکان در مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ۲۰ نوامبر



به معنای واقعی در روح و روان او تأثیر گذاشته و آن را تعالی بخشد. نفقه وی نیز بر عهده پدر و پدربزرگ و به ترتیب به آنچه که بالا می‌رود از ناحیه پدر و مادر می‌باشد و اگر چند نفر در این دسته وجود داشته باشند و همگی در یک ردیف مساوی باشند آنگاه کسی که توانایی پرداخت دارد و تمکن دارد باید نفقه را پرداخت کند حضانت در خصوص پرورش تعلیم و تربیت کودک است یعنی اینکه کسی که حضانت را بر عهده دارد باید وظیفه تأمین پوشاک خوراک مسکن آموزش بهداشت و سایر مواردی را که یک انسان به آن نیازمند است فراهم نماید. ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی حضانت را هم حق و هم تکلیف پدر و مادر و ابوبین می‌داند و حقوقدانان اعتقاد دارند حق که در این ماده آمده است در بعضی جاهای قانون به معنای قدرت و سلطه است که قانون‌گذار به شخص می‌دهد و معنای آن متفاوت است. دکتر کاتوزیان در این خصوص به صورت خلاصه می‌گوید این که در این ماده در خصوص حق و تکلیف سخن رفته به معنی این نیست که اظهارات حقوقدانان با هم در تعارض است؛ بلکه درست است که تکلیف و حق برای پدر و مادر در حضانت وجود دارد اما هر وقت یک تکلیف بر عهده کسی قرار داده می‌شود این حق برای او هست که بتواند آن را به بهترین شکل ممکن انجام دهد و اجازه ندهند کسانی حتی کودک مانع این کار شوند (۲).

برای والدین یک سری حقوق و تکالیف توسط قانون مشخص شده است که آنها نمی‌توانند آنها را کنار گذاشته اعلام نمایند که از این حقوق و تکالیف روی گردانند این همان مفهومی است که می‌گوید به طور جزئی می‌توان از بعضی حقوق اعراض کرد؛ ولی در صورت کلی امکان ترکیبی از حق و تکلیف وجود ندارد و اینکه قانون‌گذار آن را بیشتر یک تکلیف قرار داده تا یک برتری برای والدین یک حق و امتیاز برای آنها ایجاد شود در قانون مدنی و در ماده ۱۱۶۹ تا ۷ سالگی حضانت بر عهده مادر است؛ اما در اصلاحیه‌ای که همین قانون در سال ۸۲ خورد احساسات مادران غالب شد و حضانت با مادر است؛ مگر در شرایطی که دیوانه شود یا بمیرد یا اینکه صلاحیت وی به نوعی از وی گرفته شود یعنی سلب صلاحیت گردد؛ اما اینجا باز هم یک سری تردیدها وجود دارد یعنی

۱۹۵۹ میلادی از جمله تشکلهایی هستند که به نفع کودکان فعالیت می‌کنند. کشورهای عضو این قراردادها برای کودکانی که در قلمرو این کشورها هستند بدون تبعیض مکلف به رعایت حقوقی که در این پیمان هستند شده‌اند (۷). آنها عقیده دارند که در انجام هر اقدامی که به نوعی به کودک مربوط می‌شود چه در بخش عمومی، خصوصی و... رعایت نفع و مصلحت و تأمین سلامت کودک بر سایر مسائل تقدم دارد. حکومت‌های عضو این پیمان به وظایف، حقوق و مسئولیت‌های والدین و یا سرپرست قانونی کودک توجه لازم را می‌نمایند تا نسبت به کودک در رابطه با حقوق مندرج در این پیمان‌نامه کوتاهی نشود.

#### ۵-۹. مصلحت اندیشی پیرامون وظایف والدین بعد از دوران تولد

قسمت عمده وظایف والدین در قبال کودک پس از تولد در مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی آورده شده است. ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی حق نفقه فرزندان را به عنوان یک حق مادی می‌داند و وظایفی به والدین آنها محول می‌کند. ماده ۱۱۶۸ در مورد حضانت و ۱۱۷۸ قانون مدنی درباره تربیت از جمله حقوق معنوی فرزندان است که به والدین آنها سپرده شده است پس از ذکر کلیاتی در مورد حقوق کودکان در این بخش نوبت به بررسی این حقوق به طور تفصیلی خواهد بود که در ذیل ارائه خواهد گردید.

#### ۵-۹-۱. حق حضانت مطرح شده در قانون

از لحاظ لغوی مفهوم حضانت یعنی پرورش دادن و در اصطلاح حقوقی نگهداری و سرپرستی طفل توسط کسانی که قانون این وظیفه را بر عهده آنها گذاشته است بر اساس قانون چند دسته از اشخاص حق حضانت دارند پدر و مادر فرزند و اقوام و نزدیکان او (۲). مطلب دیگری که قانون در نظر گرفته این است که کسی که از حق حضانت امتناع می‌کند این حق برای او تکلیف است و مکلف است آن را انجام دهد و نسبت به دیگران حق می‌باشد کسی که حضانت طفل را بر عهده دارد باید از حق تمامیت جسمانی او دفاع کرده و آن را حفظ کند و

باشند و یا این که از وی به نوع خوب مواظبت نکنند حتی تا جایی رفته که جزای نقدی برای پدر و مادر در نظر گرفته در این خصوص ما باید اخلاق و حقوق را در کنار هم قرار دهیم تا قوانینی مدون شود که بتواند به رشد و تعالی کودک کمک نموده و تکالیف پدر و مادر هم مشخص شود.

### ۵-۹-۳. حق نفقه نسبت به فرزندان

در خصوص نفقه فرزندان باید نفقه توسط پدر پرداخت شود یا پدر بزرگ یا اگر نباشند افرادی که نزدیکان طفل هستند. در این خصوص شرط نشده که کودک یا فرزند بالغ باشد یا صغیر باشد سالم باشد یا غیرسالم باشد همین که از لحاظ مالی در مضیقه باشد و آن کسی که برای وی دارای حق پرداخت نفقه و تکلیف است دارای تمکن باشد باید نفقه را پرداخت کند و اگر نکند باید از اموال وی این نفقه را گرفت؛ اما در این مورد که نفقه فرزند می‌باشد یک موضوع مطرح است که خالی از اشکال نیست و آن این است که بر عکس همسر فرزند نمی‌تواند نفقه دوران گذشته خود را از کسی که نفقه بر او تکلیف است که پرداخت کند مطالبه کند و فقط نفقه زمان حال را می‌تواند مطالبه کند.

### ۵-۹-۴. حق اداره اموال کودکان

یکی از تکالیفی که بر عهده پدر و مادر است و البته در قانون تحت عنوان ولی قهری آمده اداره اموال طفل است یعنی کودک اموالش در اختیار سرپرست و یا همان ولی قهری است و باید به نحو احسن اداره نماید و جوری باشد که به اموال صغیر ضرر وارد نشود البته در این خصوص باز هم مشخص نشد تا چه حد باید ضمانت اجرا وجود داشته باشد و چگونه است در نگهداری اموال و پایداری سرمایه در ضمن ممکن است که ولی قهری بدون اطلاع دیگران و پنهانی اقداماتی بر روی اموال کودک انجام دهد که موجب ضرر رساندن به وی شود و در این خصوص قانون‌گذار مقرر خاصی ندارد. البته حقوقدانان معتقدند که این معاملات که با مال کودک صورت می‌گیرد در هر صورت اگر باعث ضرر می‌شود باطل است اما عده‌ای هم می‌گویند اینها غیرنافذ است و وقتی طفل بالغ شد

اینکه اگر پدر امتناع کرد و گفت که من حضانت را به عهده نمی‌گیرم یا از این حقی که قانون برای آن قرار داده به نحوی آمد استفاده نامطلوب کرد آنگاه تکلیف چیست در ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی به این صورت که اگر پدر و مادر هزینه‌های حضانت کودک خود را پرداخت نکنند ضمانت اجرای مقرر نشده و دارای ابهام است که این با حقوق طفل واقعاً در تعارض است و تناقض دارد در خصوص حضانت تکلیف این است که تربیت فرزند به حد نهایی و آخرت خود برسد و ممکن نیست که به موارد کم و قدرمتیقن هم اکتفا نمود اگر این اتفاق بیفتد باید به نوعی به رئیس دادگستری و مرجع قضایی اطلاع دهیم.

### ۵-۹-۲. حق تربیت طفل

حقی که طفل در بحث حضانت دارد این است که وی را به حد کمال تربیت و آداب معاشرت و روابط اجتماعی هم در زمینه‌های روحی و هم در زمینه‌های روانی و هم در بحث سلامت جسمانی وی را به تعالی برساند یعنی بتواند وسیله‌ای باشد که سعادت خودش و بقیه کسانی که در ارتباط با وی هستند و به طور کلی هموعانش را به وجود بیاورد ماده‌ی ۱۱۷۸ قانون مدنی در خصوص اینکه تربیت باید به چه نوعی باشد ابهام دارد و نمی‌توان گفت دقیقاً چه معیارهایی به طور کلی گفته است تا جایی که می‌توانند تلاش نمایند از طرفی ممکن است در حق کودک ظلم شود و این توانایی آیا به تنهایی کافی است یا باید ابزارهای دیگری برای بیشتر نمودن این تربیت به کار برد حدود و توانایی که برای پدر و مادر در نظر گرفته شده به صورت قطعی نیست و نسبی است و اینها باید تمام تلاش خود را به کار ببرند تا هر آنچه که لازم است به وی بیاموزند و وی را پرورش دهند (۷).

اما مسئله این است اگر آنها کوتاهی کرده و به نوعی نتوانستند آن‌گونه که باید طفل را تربیت کنند آیا می‌توان آنها را مورد بازخواست قرارداد می‌شود آنها را مجازات نمود یا تنبیه نمود همان‌گونه که قبلاً ذکر شد این امر نسبی است نمی‌تواند معیار مشخصی تعیین نمود و گفت که اگر در این حد کمتر بود آنها کوتاهی کردند در بعضی قوانین کیفری در اینجا اگر مقصر

خصوص همین موضوع است و به نوعی جنبه حمایتی دارد وقتی کودک به دنیا آمد برای وی یکسری حمایت‌ها در نظر گرفته است (۲۰).

#### ۵-۱۰. قیم

در این قسمت از مقاله بسیار مختصر به بررسی قیم می‌پردازیم و هدف از این بررسی، بیان مصلحت اندیشی‌هایی و رعایت غبطه توسط قیم می‌باشد که قانون‌گذار در خصوص کودک، توسط قیم پیش‌بینی نموده است. قیم به شخصی گفته می‌شود که در صورت نبودن پدر یا جد پدری یا وصی، از طرف مقامات صالح قضایی برای اداره امور محجوران تعیین می‌شود. منظور از شخص محجور کسی است که دچار یکی از عارضه‌های جنون، سفه یا صغر باشد. دادگاه ممکن است نظری هم تعیین کند تا بر کارهای وی نظارت شود.

#### ۵-۱۰-۱. تعیین قیم

در موارد زیر قیم تعیین می‌شود:

الف) در مورد کودکانی که ولی خاص (پدر، جد پدری یا وصی) ندارند.

ب) در مورد مجانین و اشخاص غیررشیدی که جنون یا عدم رشد آنها به زمان صغر بوده و ولی خاص نداشته باشند.

ج) برای مجانین و اشخاص غیررشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر نباشد. یعنی بعد از اینکه بالغ شدند مبتلا به جنون یا عدم رشد شوند، قیم بوسیله دادگاه تعیین می‌شود و مقام قضایی دقت می‌کند که شخص تعیین شده برای قیمومت از کسانی نباشد که به خاطر سرقت، خیانت در امانت، کلاهبرداری، اختلاس، هتک ناموس یا منافیات عفت، جرم نسبت به اطفال یا ورشکستگی محکوم شده باشد (۲۱).

اما افراد زیر نیز نمی‌توانند به عنوان قیم تعیین شوند: کسانی که معروف به فساد اخلاقی هستند، زن شوهردار بدون اجازه شوهر، کسانی که خود یا خویشان طبقه اول آنها دعوایی بر علیه شخص محجور دارند و کسانی که خود تحت ولایت و قیمومت هستند. در مقابل تعیین بستگان و خویشاوندان شخص محجور بخصوص والدین محجور به عنوان تیم اولویت

می‌تواند آنها را تنفیذ نموده و به آنها اعتبار بخشد اما همان‌گونه که گفتیم در این خصوص قانون‌گذار ساکت است و اگر در معاملات پنهانی ضرری به طفل وارد شود و اموالی از بین برود مقرر خاصی نیست پس بهتر است همان‌گونه که در خصوص جان اطفال و سلامت روحی و روانی ایشان مقرر هست در خصوص اموال هم قانون‌گذار به نحو احسن اتخاذ تصمیم نماید (۲۰).

#### ۵-۹-۵. حق ملاقات

این که یک طفل و کودک در طول زندگی خود همواره بتواند پدر و مادر خود را ببیند یکی از اولین و بدیهی‌ترین حقوق است که برای سلامت روان او هم کافی است و لازم نیز می‌باشد اما در بعضی موارد ممکن است طلاق صورت بگیرد یا اینکه از یکی از والدین سلب صلاحیت شود در این خصوص نیز قانون‌گذار ترتیباتی را مقرر داشته که کودک با پدر و مادر خود ملاقات نماید قانون مقرراتی را به وجود آورد که در هر صورت به هر ترتیب و هر اتفاقی که افتاد کودک بتواند پدر و مادر خود را ببیند چرا که در این وسط بیشترین ضرر و زیانی که وارد می‌شود به خود کودک است که چه از لحاظ روانی و چه از لحاظ جسمی ممکن است ضررهای جبران‌ناپذیری بر وی وارد شود. یکی از حقوق دیگری که برای طفل در نظر گرفته شده است حق شیردهی و هرچند در زیر مباحث نفقه قابل بحث است اما در قانون مدنی در جایگاه بسیار بالایی قرار دارد ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی در حال حاضر به نظر می‌رسد با توجه به مبنای فقهی آن دارای مصلحت باشد اصلاً نمی‌شود یک کودک را از بهترین نعمت و بهترین غذایی که برای آن در نظر گرفته شده که همان شیر مادر است به نوعی محروم نمود در قانون مدنی و در ماده ۱۱۷۵ فقط در صورت وجود مقرر قانونی می‌توان که طفل و کودک را از پدر و مادر وی گرفت چرا که شیر مادر بسیار برای وی لازم تشخیص داده شده است و حالا می‌توانیم از لحاظ عقلی و انصافی بپذیریم که مادر دارای اختیار باشد و اگر خواست به کودک شیر ندهد قانون هم هست. در خصوص همین موضوع به نام قانون ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت مادران در دوران شیردهی که در

به حد متعارف نیز برای او دستمزد در نظر گرفت این دستمزد می‌تواند از اموال شخصی که مورد قیمومت قرار گرفته است البته با اذن مدعی‌العموم برداشت گردد قانون‌گذار برای این امین و ناظر را در نظر گرفت که اختیارات قیم را به نوعی محدودیت بخشد و دایره شمول آن را کم کند چرا که ممکن است این قیم در هر صورت مرتکب تخلفاتی بشود پس بهتر از یک نفر بر وی نظارت کند در اینجا آن شخص نمی‌تواند بدون مشورت و اجازه امین و ناظر یکسری اقدامات بر اموال صغیر یا سفیه با مجنون انجام دهد (۲۲).

#### ۵-۱۰-۴. شرایط منتهی به عزل قیم

تعیین قیم برای رعایت مصلحت شخص محجور است، بنابراین به محض اینکه عملکرد قیم از دایره مصلحت خارج شد، دادگاه دست بکار تعویض و تغییر وی می‌شود. به عنوان مثال به محض اینکه معلوم شود قیم فاقد صفت امانت بوده یا این صفت را داشته؛ ولی از وی سلب شده است، از قیمومت عزل می‌شود. هرگاه قیم مرتکب یکی از جرایم سرقت، خیانت در امانت، اختلاس، هتک ناموس، منافیات عفت، جرم نسبت به کودکان یا ورشکستگی شود یا اگر به هر دلیل قیم محکوم به حبس شود و نتواند امور محجور را اداره کند، یا اگر عدم لیاقت و توانایی قیم در اداره امور اموال محجور معلوم شود یا زنی بدون اجازه شوهر به قیمومت تعیین شده باشد، وی عزل می‌شود. علاوه بر این تیم باید لااقل سالی یک مرتبه حساب تصدی خود را به دادستان یا نماینده وی ارائه دهد. اگر این وظیفه را انجام ندهد اخراج می‌شود. البته اگر متولی قبل از تعیین شخص دیگری به جای وی، صورت حساب را ارسال کند یا معلوم می‌شود که تأخیر در ارسال صورتحساب به عذر موجه بوده است، ممکن است همان شخص مجدداً برای قیمومت تعیین شود. از دیگر موارد عزل قیم، موردی است که وی به طور عمدی و از روی سوءنیت بعضی از اموال محجور را در صورت اموال تنظیم شده ذکر نکند. انجام هر یک از اقدامات فوق حتماً به عزل قیم منتهی خواهد شد. برخی از حقوقدانان، به انعزال ولی قهری اشاره کرده‌اند و در باب ولایت قهری منظور از انعزال را این می‌دانند که ولایت قهری به یک

دارد. همه موارد ذیل در جهت رعایت غبطه و مصلحت کودک می‌باشد. قیم درباره کودک زمانی به کار می‌رود که ولی و سرپرست وی از دنیا برود. به عبارت دیگر قوانینی که درباره قیم وجود دارد، باید مصلحت، غبطه و منافع کودک را نیز در نظر بگیرد (۲۱).

#### ۵-۱۰-۲. وظایف قیم

طبق قانون، فرد قیم می‌تواند در اموال منقول دخل و تصرف داشته باشد، ولی نسبت به اموال غیرمنقول باید با اجازه دادستان در آن دخل و تصرف کند. در صورتی که فرد صغیر به سن بلوغ برسد تمامی اموال از قبیل منقول و غیرمنقول به خود او تعلق می‌گیرد و اگر راجع به عملکرد تیم خود شکایتی دارد که وی مصلحت را رعایت نکرده می‌تواند به مراجع قانونی شکایت کند ولی در این صورت فرد قیم هم با ارائه مدارک می‌تواند ادعا کند که در نگهداری از اموال مصلحت و غبطه را رعایت کرده است. قیم را نماینده قانونی محجور می‌دانند. تربیت و مراقبت و اصلاح محجور و حفظ و اداره اموال او در زمره وظایف قیم قرار می‌گیرد.

#### ۵-۱۰-۳. نظارت بر قیم

قانون‌گذار پیش‌بینی کرده است که ما برای قیم می‌توانیم شخصی به عنوان ناظر که بر اعمال وی نظارت کند تعیین کنیم؛ چرا که اگر نظارت صحیح صورت نگیرد نمی‌توان عملکرد قیم را سنجید و نسبت به کسی که مورد قیمومت وی قرار گرفته است ممکن است اجحاف صورت بگیرد در قانون مدنی و در ماده ۱۲۴۷ عنوان شده است که مدعی‌العموم می‌تواند به صورت کلی یا به صورت جزئی تمام اموری که در مورد شخصی که مورد قیمومت قرار گرفته است را به یک شخص یا یک هیئت یا موسسه به عنوان ناظر بسپارد و اگر در این بیان ناظر مرتکب خیانت شود مسئول است و باید جبران کند. قانون‌گذار برای رعایت حال شخصی که مورد قیمومت است بسیار حساس است و برای همین ناظر تعیین می‌کند که یک جوری باشد که برای آن شخص ضرری وارد نگردد البته قیم می‌تواند تقاضای دستمزد بکند که به هر صورت می‌شود

با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند. بنابر روایات ذکر شده، حضانت مادر نیز در دین مبین اسلام مورد پذیرش می‌باشد؛ لذا هنگامی که ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مقرر می‌دارد: «حضانت فرزندی که پدرشان فوت شده با مادر آنها است مگر آنکه دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد.» می‌توان بیان کرد که؛ بر اساس قانون حمایت خانواده رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرائی الزامی است. پدر نیز مکلف به تأمین هزینه‌های مادر و کودک می‌باشد، بنابراین پدر یا مادر حق امتناع از تکلیف حضانت و سرپرستی کودک را نخواهند داشت زیرا امتناع به معنای ضرر رساندن به طفل می‌باشد که با استناد به ماده ۵۴ قانون حمایت خانواده و آیه «تَمَرُوا بَيْنَكُمْ» می‌توان بیان کرد والدین جهت مراقبت از کودک و جلوگیری از ضرر و زیان به وی باید در تعامل با یکدیگر باشند و مصالح و غبطه‌ی کودک را در هر امری مدنظر قرار دهند.

#### ۷. تقدیر و تشکر

از تمام عزیزانی که در تهیه و تدوین این مقاله مساعدت و همکاری نمودند تقدیر و تشکر می‌کنم.

#### ۸. سهم نویسندگان

نویسنده دوم بعنوان نویسنده مسئول و بقیه مولفین، به عنوان همکار در تدوین مقاله ایفای نقش نموده‌اند.

#### ۹. تضاد منافع

در این مقاله هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

علت قانونی (مانند حجر) و بدون احتیاج به حکم دادگاه ساقط شود. در مورد انزال ولی، برکناری ولی از سمت ولایت مشروط به حکم دادگاه نیست و ولایت ساقط می‌شود، هرچند که ممکن است دادگاه آن را احراز و حکمی اعلامی صادر کند (۳).

#### ۶. نتیجه‌گیری

سرپرستی و حمایت از کودکان را شارع مقدس تشخیص داده و با توجه به منافع و لزوم غبطه و مصلحت کودک دستورات در پیش و پس از تولد کودک داده است. مثلاً کسی در شرایط عادی حق سقط جنین را ندارد و یا اینکه نفقه کودک بر والدین وی واجب است، اگر دین مبین اسلام دستوراتی در زمینه نحوه ارتباط با کودکان صادر نمی‌کرد، و در حقوق موضوعه نمود پیدا نمی‌کرد چه بسا در طول تاریخ ظلم‌های فراوانی در حق کودکان روا می‌رفت. حقوق ایران نیز چون برگرفته از فقه اسلامی است، لذا غبطه و مصلحت سنجی‌ها نیز در آن مدنظر است. در حوزه احکام و قوانین مربوط به کودک، مصلحت، غبطه و منفعت کودک تأثیر بسزایی در تفکر قانون‌گذار دارد، یعنی قانون‌گذار شرایط و دوران کودکی را به خوبی حس کرده و همه تلاش خود را در جهت سعادت کودک به خرج می‌دهد. اصلاحیه‌های مربوط به قانون مدنی که در قوانین موضوعه، آمده گواه این مهم است. همچنین آیات و روایات با بیان‌های مختلف، اهمیت رسیدگی و سرپرستی کودک با حفظ منافع وی را به خوبی ترسیم می‌نماید. از جمله وظایف در امور مربوط به سرپرستی تأمین مخارج حضانت و نگهداری در جهت تربیت و آموزش طفل می‌باشد، بنابراین خودداری از چنین وظیفه‌ای، موجب خلل در روند سرپرستی می‌باشد که ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده مقرر می‌دارد: توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل چنانچه برخلاف مصلحت و غبطه‌ی وی باشد یا در صورتی که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی‌حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی

**References:**

1. Jafari Langroudi MJ. Legal Terminology. Tehran: Majd Publications; 2020. (Persian).
2. Katozian N. Civil and Family Law. Tehran: Ganj-e-Danesh Publishing; 2018. (Persian).
3. Safaei SH, Emami A. Brief Family Law Book. Tehran: Mizan Publications; 2019. (Persian).
4. Mansour J. Constitution of the Islamic Republic of Iran. Tehran: Doran Publications; 2021. (Persian).
5. Qomi A. Tafsir Al-Qomi. Qom: Allameh Publications; 2008. (Arabic).
6. Hali H. Tazkereh al-Fiqh. Mashhad: Razavi Publications; 2004. (Arabic).
7. Meghdadi MM. The position and effect of expediency in child care from the perspective of jurisprudence and law. *Quarterly Journal of Women and Family Social Cultural Council*. 2011;14(54):175-210. (Persian).
8. Motahari M. Philosophy of Ethics. Qom: Sadra Publications; 2005. (Persian).
9. Khansari SA. Jame al-Madarak fi Sharh al-Mukhtasar al-Nafee. Tehran: Sadough Publications; 2006.
10. Mahmoudian M. Quran at home. Qom: Payam Velayat Publications; 2005. (Persian).
11. Tabarsi F. Al-Bayyan Complex in the Interpretation of the Qur'an. Beirut: Dar Al-Ma'rifah; 2003. (Arabic).
12. Huntington S. Political order in societies undergoing change. Tehran: Alam Publishing; 1991.
13. Tusi M. Al-Tibyan in the interpretation of the Qur'an. Beirut: Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi; 1984. (Arabic).
14. Al-Maraghi MF. Al-Anawin. Qom: Al-Islami Publications; 2010. (Arabic).
15. Makarem Shirazi N. Anwar al-Fiqh, Kitab al-Bayy. Qom: Imam Amir al-Momenin School; 2003. (Arabic).
16. Najafi SMH. Jawaher Al-Ahkam Fi Sharh Sharia Al-Islam. Qom: Islamic; 1987. (Arabic).
17. Hor Ameli M. Wasa'il al-Shi'ah. Qom: Islamic Library; 2002. (Arabic).
18. Bahr al-Ulum SM. Balghiyya al-Faqih. Tehran: Maktab al-Sadiq; 1983. (Arabic).
19. Karki A. Jame 'Al-Maqassid Fi Sharh Al-Qawa'd. Qom: Al-Bayt; 2016. (Arabic).
20. Anisi MA. Children's Rights and Duties of Parents from the Perspective of Civil Law. *Judgment Magazine*. 2011;5(68):52-4. (Persian).
21. Moradi K, Amiri M. The effects of coercion from the perspective of jurists of Islamic religions and Iranian law. *Journal of Contemporary Jurisprudence*. 2017;5(9):41-76. (Persian).
22. Safaei SH. Civil Law Preliminary Course. Tehran: Mizan; 2017.



ORIGINAL ARTICLE

## The need to observe the envy and interest of the child during custody from the perspective of jurisprudence and subject law

Mohammad Hadi Sharifi <sup>1</sup>, Ali Rafiee Moghaddam <sup>2\*</sup>, Mohammad Hossein Jafari <sup>3</sup>

1. PhD Student in Private Law, Yazd Branch, Islamic Azad University, Yazd, Iran.

2. Assistant Professor, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Public Law, Yazd Branch, Islamic Azad University, Yazd, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Received:** 6 April 2021

**Accepted:** 16 August 2021

**Published online:** 15 September 2021

### Keywords:

Child

Envy

Expediency

Guardianship

Jurisprudence

Law

### ABSTRACT

**Background and Aim:** Since children need a lot of support to respect their interests and rights, Islamic jurisprudence and law is expedient in various issues and has considered the envy of children. And the legislature sets the rules to take into account the different circumstances and situations of the child. The purpose of this article is to explain the strategies for observing the envy and interest of the child during custody.

**Materials and Methods:** This descriptive-analytical article has been prepared by using documentary method and filing tool.

**Results:** The findings indicate that; Expediency is a powerful tool that can be used to the benefit of the child by observing jurisprudential and intellectual standards. The importance of this issue is evident in the adaptation of dynamic Shiite jurisprudence to the new conditions of society. Adulthood has criteria and symptoms that are considered a child until these symptoms and criteria are met. And needs support, and in some cases, especially in finances, the jealousy and best interests of the child should be considered by his or her guardians.

**Ethical considerations:** From the beginning to the end of the article, it has been prepared and compiled with adherence to the principles of honesty and trustworthiness.

**Conclusion:** Guardianship of children is a very important issue that has long been discussed and studied by jurists and jurists. In this regard, the Family Protection Law approved in 2012 in order to protect children, has enacted new laws that in order to protect the child, the observance of envy, expediency and benefit is the criterion. The new attitude of the law has caused all issues related to custody and custody, including the right to visit, agreements on custody, transfer of the child to another city, etc., to be the basis for court decisions based on the best interests of the child.

### \* Corresponding Author:

Ali Rafiee Moghaddam

**Address:** Faculty of Law and Theology,  
Shahid Bahonar University of Kerman,  
Kerman, Iran.

**Postal Code:** 76186-54841

**Telephone:** 34-31323282

**Email:** ali.rafiiee@uk.ac.ir

© Copyright (2018) Iranian Association of Medical law, Tehran, Iran.

### Cite this article as:

Sharifi MH, Rafiee Moghaddam A, Jafari MH. The need to observe the envy and interest of the child during custody from the perspective of jurisprudence and subject law. *Medical Law Journal* 2021; Legal Innovation.