

بررسی حقوقی اختیارات مادر در امور بانکی

بر فرزندان زیر ۱۸ سال

(تاریخ دریافت ۱۴۰۳/۰۴/۲۹، تاریخ تصویب ۱۴۰۳/۰۶/۰۲)

مرضیه وحیدی^۱

دکتر رضا مفاخری

چکیده

تحقیق حاضر با هدف بررسی حقوقی اختیارات مادر در امور بانکی بر فرزندان زیر ۱۸ سال صورت گرفته است. تبیین اعمام ولایت بر فرزندان در حقوق ایران، تبیین اعمام ولایت بر فرزندان در مبنای فقهی؛ از اهداف بنیادین این تحقیق می باشد. چارچوب نظر تحقیق بر مبنی مطالعه و بررسی مفاهیم همچون ولایت بر فرزندان و اختیارات مادر در امور بانکی بر فرزندان زیر ۱۸ سال تعریف گردید. بدین ترتیب مبنای تحقیق شکل گرفته است و فرضیه های پژوهش تدوین گردید. نظر به این که در فقه اسلامی ولایت قهر برای مادر شناخته نشده است. فقط بعضی از فقهای شافعیه برای مادر ولایت قهری قائل شده و او را از لحاظ ولایت بر مال بعد از پدر و جد پدری و مقدم بر وصی آنها قرار داده اند. فقه شافعیه دارای این نظر است و به زیادت مهر مادر نسبت به فرزند استدلال کرده است. بعضی از فقهای حنفیه هم در ولایت بر نفس (امور شخصی و غیر مالی مانند نکاح) گفته اند: در صورت نبودن اقربای ذکور پدری، ولایت به مادر تعلق می گیرد و در صورت فقدان مادر، خویشان مادر با رعایت درجه قرابت ولی بر نفس خواهند بود. به هر حال قول به ولایت قهری مادر در فقه اسلامی نادر است مخصوصا در فقه امامیه این نظر پذیرفته نشده است. قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه سمت ولایت قهری را

^۱ نویسنده مسئول

به پدر و جد پدری اختصاص داد و آن را برای مادر، نشناخته است، هر چند که اجازه داده است مادر به عنوان وصی یا قیم برای اداره امور محجور تعیین شود. راه حل فقه امامیه و قانون مبتنی، مبتنی بر نظام خانواده گسترده پدر سالاری است که از دیرباز در ایران معمول بوده است. اگر در چنین خانواده ای، مادر عنوان ولایت قهری نداشته باشد، این امر قابل درک است. به نظر می‌رسد که دادن اختیارات بیشتر به مادر در اداره اموال و تربیت و مواظبت شخص صغیر یک نیاز اجتماعی است که تحولات جامعه و ساختار خانواده های ایرانی آن را ایجاب می‌نماید و از این رو بجاست قانونگذار تدبیری در این خصوص با توجه به مصالح اطفال و خانواده ها بیندیشد. همچنین با توجه به قانون اجازه افتتاح حساب پس انداز برای اطفال مصوب ۱۳۵۷/۱/۲۱ ماده واحد - اطفالی که به سن دوازده سال تمام رسیده باشند می‌توانند به نام خود در بانک‌ها حساب پس انداز باز نمایند. حق برداشت از این حساب‌ها منحصرأ با دارنده حساب می‌باشد. دارندگان این حساب‌ها می‌توانند پس از رسیدن به سن پانزده سال تمام از حساب خود برداشت نمایند. تبصره - مادر می‌تواند به نام فرزند صغیر خود حساب پس انداز باز کند و حق برداشت از این حساب تا رسیدن صغیر به سن ۱۸ سال تمام فقط با مادر است. مادر نیز می‌تواند به نام فرزند صغیر خود تمام انواع حساب‌های قرض الحسنه و سپرده‌های سرمایه گذاری مدت دار و غیره را افتتاح نماید. حق برداشت از این حساب‌ها تا رسیدن صغیر به سن ۱۸ سال تمام فقط با مادر است. نتایج این پژوهش به لحاظ نظری و عملی نیز راهنما خوبی برا علاقه مندان به فقه و حقوق می‌باشد.

واژگان کلیدی: اختیارات، مادر، امور بانکی، فرزندان زیر ۱۸ سال

مقدمه

با بیان مروری بر قوانین و سیر تحولات قانون‌گذاری در حدود اختیارات قانونی مادر آغاز نموده، بر اساس مقررات قانونی حقوق مدنی مبنی بر حمایت^۱‌های مالی اطفال، قانون‌گذار حول ۳ محور «ولایت» و «حضانة» و «قیومت» این حمایت^۲‌ها را مورد توجه قرار داده است ولی خاص شامل پدر و جد پدری و وصی منصوب از ناحیه هر یک از آنهاست با تصویب قانون حمایت از خانواده در سال ۱۳۵۳ امکان واگذاری حق ولایت به مادر هم دیده شد؛ اما از مقررات این ماده قانونی برآمد که ولایت پدر به عنوان اصل و ولایت جد پدری و ولایت مادر به صورت طولی در نظر گرفته شده است یعنی ابتدا پدر ولی است اما اگر پدر فوت کرد به عنوان جایگزین مادر یا جد پدری به عنوان ولی طفل انتخاب شوند لذا ولایت پدر به صورت طولی موردنظر مقنن قرار گرفت و ولایت مادر هم عرض ولایت جد پدری بود. قانون‌گذار در ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده حضانة فرزندان بعد از فوت پدر را برای مادر شناخت، مگر در مواردی که مصلحت طفل رعایت شود، از مادر سلب حضانة می‌شود. در اصلاحات قانونی اخیر در باب حضانة محدود حق حضانة برای مادر نسبت به گذشته افزایش پیدا کرده است. قانون اجازه افتتاح حساب پس‌انداز برای فرزندان زیر ۱۸ سال، به‌مرورزمان دچار چالش شده است. بررسی این قانون نشان می‌دهد که در صورت وجود ولی قهری هم محدوده منعی برای افتتاح حساب پس‌انداز توسط مادر برای فرزندان زیر ۱۸ سال وجود ندارد، اما پس از انقلاب با چالش^۳‌های از جمله تصویب لایحه قانونی الغاء مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیومت مواجه شده برداشت^۴‌های مختلفی در این زمینه پیش آمد برخی آن را متعارض با قانونی مدنی دانستند در عمل هم سبب شد که مادر امکان برداشت از حساب یا تغییر در حساب بانکی مفتوحه را نداشته باشد. این عقیده هم وجود داشت که اداره امور سرپرستی فرزندی که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده با ولی قهری اوست و پدر و جد پدری این اختیار را ندارد بنابراین حتی اگر مادر حساب را مفتوح کند حق برداشت از حساب را ندارد پس از چالش^۵‌های زیاد تصویب لایحه قانونی الغاء مقررات مخالف با قانون مدنی پیش آمد و

قانون‌گذار صریحاً اجازه تنظیم قرارداد مشروط بین مادر و طفل و بانک را اعطا کرده است و مادر می‌تواند از حساب برداشت کند، اما بعد از اینکه قانون عملیات بدون ربا در سال ۱۳۶۲ به تصویب رسید در ماده ۳ آن قانون، حساب به ۲ دسته کلی قرض الحسنه و سرمایه‌گذاری تقسیم شده و حساب پس‌انداز را ذیل حساب‌های قرض الحسنه قرار داده و در تفسیر بر این بود که مادر فقط می‌تواند حساب پس‌انداز قرض الحسنه به نام طفل خود مفتوح کند. اما در رابطه با اختیارات ولایی مادر با توجه به اینکه در حال حاضر امور راجع به حق حضانت مادر نسبت به گذشته بسیار گسترده‌تر شده است. متأسفانه با توجه به اینکه مادر اختیارات ولایی ندارد این امر دچار چالش است و می‌دانید که امروز فقط نگهداری طفل موردنظر نیست کسی که حضانت فرزند را بر عهده‌دارد وظیفه تربیت رشد استعدادهای طفل را طبق پیشرفت جوامع، تمدن امروزی و نیازهای اجتماعی بر عهده‌دارد با پیشنهاد اصلاح قانون تمام حساب‌های که در کشور وجود دارد را به نفع فرزندش افتتاح کند قلمرو ولایت و حضانت مطابق مصالح روز یک بازنگری صورت بگیرد تا روشن شود جایگاه مادر با اقتضائات روز تطبیق داده شود.

گفتار اول: مفهوم ولایت

مفهوم لغوی ولایت: ولایت از ریشه (وَلَّیَ-یَلِّی)، گرفته شده و دارای معانی قرابت و نصرت ربوبیت و امارت و یا سرپرستی چیزی را بر عهده گرفتن می‌باشد اما معانی امارت و نصرت از دیگر الفاظ با حقیقت ولایت مناسبت بیشتری دارند و در طبیعت آن تسلط و یاری نهفته است. مفهوم اصطلاحی ولایت: در اصطلاح حقوقی ولایت عبارت از سلطه و اقتداری هست که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد؛ که شامل ولایت پدر و جد پدری و پیامبر و حاکم نیز می‌شود. تعاریف دیگری نیز از ولایت شده است که به اهم آنان می‌پردازیم و تعریف کامل‌تر بررسی و انتخاب خواهد شد.

- ولایت، سلطه‌ای است که شخص بر جان و مال دیگری پیدا می‌کند.

- ولایت، قدرت و اختیاری است که برابر قانون به یک شخص ذیصلاح برای اداره امور محجور واگذار شده است.
- ولایت: (هی سلطنه علی الغیر عقلیه او شرعیه-نفسا کان اومالا او کلیها بالاصل او بالعارض)؛ یعنی ولایت سلطنت بر دیگری است که یا به حکم عقل ثابت می گردد یا به حکم شرع و این سلطنت بر جان یا مال یا هر دوی آنان اصالتا یا نیابتا تعلق می گیرد.
- ولایت و نمایندگی قهری یا قانونی پاره‌ای از اشخاص نسبت به کسانی که به علت ضعف دماغ یا اعسار امور مدنی آنها، کلا یا بعضا بوسیله آن نماینده اداره می شود.
- ولایت، عبارت از اجراء یک سلسله تکالیف از ناحیه ولی به نفع مولی علیه است. با توجه به اینکه ولایت در حقوق قبل از آنکه اقتدار و سلطنت باشد نوعی نمایندگی ست و هدف از ایجاد آن از طرف مقنن حمایت از منفعت‌های محجورین بوده هست تعریف شماره چهار به حقیقت ولایت نزدیک تر است اما اعم است از تعریف ولایت در روابط خانوادگی که در این خصوص تعریف ذیل وافی به مقصود خواهد بود. ولایت در روابط خانوادگی: عبارت است از نمایندگی قهری یا قانونی اشخاصی که با استفاده از این نمایندگی واجد حقوق و تکالیفی خواهد شد که اداره مالی و تربیت کودک یا سفیه و مجنونی که حجرشان متصل به زمان صغر می باشد را بر عهده می گیرند.

گفتار دوم: اعمال ولایت بر فرزندان در امور بانکی

مبحث اول : انواع سپرده بانکی

طبق ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک‌ها برای تجهیز منابع پولی خود تحت عناوین زیر اقدام به قبول سپرده می نمایند:

الف- سپرده قرض الحسنه (پس انداز و جاری)

ب- سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار

سپرده‌های بانکی حسابی است که شخص حقیقی یا حقوقی در بانک باز نموده و پول خود را در آن حساب تحت عناوین خاص نگهداری می‌کند.

۱. سپرده قرض الحسنه پس‌انداز

سپرده پس‌انداز قرض الحسنه سپرده‌ای که دارنده آن وجوه مازاد بر مصرف خود را بدون قصد انتفاع به منظور برخورداری از اجر معنوی به بانک می‌سپارد تا در مواقع ضروری و مورد نیاز از آن برداشت و رفع احتیاج نماید.

۲. سپرده قرض الحسنه جاری

در حساب جاری مشتری وجه خود را نزد بانک سپرده می‌کند. با این قید که به سپرده وی سودی تعلق نمی‌گیرد و حق برداشت از حساب مزبور برای مشتری یا به حواله کرد او در هر زمان محفوظ است و در عرف بانکی از آن به عنوان سپرده دیداری یاد می‌شود. حساب جاری با هدف کسب وسیله‌ای به منظور پرداخت‌های آتی باز می‌شود و بانک با اعطای دسته چک امکان برداشت آسان برای صاحب حساب را فراهم می‌نماید.

۳. سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار

برخلاف سپرده قرض الحسنه امکان توزیع سود بین سرمایه‌گذاران در سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار فراهم می‌شود، بانک با استفاده از عقود اسلامی از قبیل مشارکت مضاربه، مزارعه و معاملات اقساطی وجوه مردم را به کار گرفته و حاصل را مطابق سهم خود و سپرده‌گذاران و همچنین حق الوکاله خویش بر اساس مقررات هر یک از عقود مورد استفاده بین خود و سپرده‌گذا تقسیم می‌نماید.

مبحث دوم: قوانین افتتاح حساب پس انداز قرض الحسنه

در مورد اشخاص حقیقی، تنها کسی که اهلیت استیضاح داشته باشد یعنی عاقل، بالغ و رشید باشد می تواند به انجام اعمال حقوقی از جمله افتتاح حساب پردازد. در مورد محجورین که مطابق ماده ۲۰۷ قانون مدنی، صغار، اشخاص غیررشید و مجانین می باشد، ولی یا قیم آنها می توانند افتتاح حساب نمایند. فرزندان زیر ۱۸ سال تمام رشید محسوب می شوند و نمی توانند اعمال حقوقی نمایند.

۱. افتتاح حساب پس انداز قرض الحسنه توسط پدر یا جد پدری برای فرزندان زیر ۱۸ سال

نظریه اینکه پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند لذا هر یک از آنها می توانند برای فرزندان زیر ۱۸ سال حساب پس انداز قرض الحسنه افتتاح نمایند. در این صورت با توجه به سمت ولایت پدر جد پدری که در عرض یکدیگر می باشند هر یک از ایشان تا رسیدن صغیر به سن قانونی ۱۸ سال تمام حق برداشت از حساب مزبور را خواهند داشت. در صورت فوت ولی قبل از ۱۸ سال با تعیین و معرفی سرپرست جدید مولی الیه یا ارائه حکم رشد توسط صاحب حساب امکان برداشت وجود دارد. چنانچه جد پدری در زمان افتتاح حساب در کارت مربوطه قید نماید که شخصاً حق برداشت از حساب مفتوح شده را دارد در این صورت برداشت از حساب تا رسیدن طفل به سن قانونی منحصر با وی خواهد بود.

۲. افتتاح حساب پس انداز قرض الحسنه توسط مادر برای فرزندان زیر ۱۸ سال

مادر می تواند به نام فرزند صغیر خود حساب پس انداز قرض الحسنه باز کند و حق برداشت از این حساب تا رسیدن صغیر به سن ۱۸ سال تمام فقط با مادر خواهد بود. در حساب پس انداز قرض الحسنه که مادر برای طفل صغیر خود افتتاح می کند، پدر (ولی)، جد پدری و سرپرست و خود طفل کمتر از ۱۸ سال حق برداشت ندارد. چنانچه مادر افتتاح کننده حساب قبل از رسیدن صاحب حساب به سن ۱۸ سالگی فوت نماید موجودی اینگونه حسابها قابل پرداخت

به ولی (پدر یا جد پدری) نمی‌باشد. لذا یا باید پس از رسیدن صاحب حساب به سن ۱۸ سالگی تمام این وجوه به وی پرداخت شود یا چنانچه صاحب حساب قصد داشته باشد قبل از ۱۸ سالگی تمام از وجوه مذکور استفاده کند باید از محاکم صالحه مبادرت به اخذ حکم رشد و ارائه آن به بانک نماید. اشخاصی که به ۱۸ سال تمام رسیدند می‌توانند هر نوع حسابی که بخواهند در بانک‌ها افتتاح کنند و نیازی به تایید یا تنفیذ شخص دیگر نمی‌باشد. چون دارای اهلیت استیفا می‌باشند. مشروط به اینکه محجور نباشند و از تصرف در اموال خود منعی نداشته باشند/ طبق ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی سال ۱۳۲۴، ۱۸ سال سن رشد محسوب می‌شد. در اصلاح قانون مدنی سال ۱۳۶۱ مقرر شد هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان ضعیف یا عدم رشد محجور نمود، مگر عدم رشد یا ضعیف وی ثابت شده باشد.

تبصره ۱- سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است.

تبصره ۲- اموال صغیری را که بالغ شده در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.

این ماده بحث برانگیز سن ۱۸ سال را به عنوان سن رشد حذف نموده و در عمل حاکم و دفاتر اسناد رسمی با ارائه حکم رشد خدمات دهی می‌نمودند تا اینکه بخشنامه جدید برای شرایط افتتاح حساب زیر ۱۸ سال در بانک‌ها اصلاح شد. اکنون افتتاح حساب برای افراد زیر ۱۸ سال به ۵ تقسیم بندی شده است:

۱- دسته اول ولی پدر یا جد پدری قیم یا وسیع (با حکم) به عنوان افتتاح کننده حساب برای طفل زیر ۱۸ سال به نام خود طفل امکان پذیر است که امکان برداشت از حساب توسط افتتاح کننده و یا با ارائه حکم رشد بوده و نوع حساب قابل افتتاح شامل انواع حساب به جز حساب جاری با دسته چک است.

۲- دسته دوم فرد افتتاح کننده خود طفل با سن بین ۱۲ تا ۱۸ سال بدون حکم رشد و به نام خود طفل است که امکان برداشت قبل از ۱۸ سال فقط بعد از ۱۵ سال تمام یا ارائه حکم رشد بوده و نوع حساب نیز فقط حساب قرض الحسنه خواهد بود.

۳- دسته سوم هم فرد افتتاح کننده خود طفل با سن زیر ۱۸ سال و با حکم رشد و به نام خود طفل است که امکان برداشت فقط توسط خود طفل با ارائه حکم رشد و شامل حساب سپرده مدت دار و قرض الحسنه است.

۴- چهارمین دسته، فرد افتتاح کننده مادر طفل (غیرقیم، غیروصی) برای طفل زیر ۱۸ سال و حساب نیز به نام خود طفل خواهد بود که فقط با مادر (در صورت فوت مادر تنها بعد از ۱۸ سال توسط خود طفل) از نوع حساب‌های قرض الحسنه است.

آخرین نوع حسابی که برای افراد زیر ۱۸ سال امکان افتتاح آن وجود دارد، حساب توسط سایر افراد غیرولی، غیرقیم و غیروصی (از جمله مادر) افتتاح می‌شود و سن طفل باید زیر ۱۸ سال و به نام افتتاح کننده به نفع طفل باشد. امکان برداشت این حساب با افتتاح کننده و یا طفل دارای حکم رشد است که حساب نیز از نوع سپرده سرمایه گذاری (کوتاه مدت و بلند مدت) است. پس از رسیدن طفل به ۱۸ سال تمام امکان برداشت فقط توسط خود طفل است و امکان افتتاح انواع حساب را دارد.

مبحث سوم: سیر حق برداشت مادر

طبق قانون مدنی سال ۱۳۰۷ اداره امور و سرپرستی فرزندی که بر سن رشد ۱۸ سال نرسیده است با ولی قهری که شامل پدر و جد پدری است و در مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۸۳ قانون مدنی حق برداشت از حساب به عهده پدر یا جد پدری بوده است. نباید این از نظر قانون مدنی که برگرفته است فقه شیعه است پدر یا جد پدری در هر حال اجازه هر گونه دخل و تصرفی در اموال صغیر دارند مگر اینکه به حکم قانون منع شده باشند. حال اگر مادری یا فرد ثالثی برای

صغیری حساب پس انداز بانکی افتتاح کند با توجه به مواد قانونی یاد شده هر یک از پدر یا جد پدری این اجازه را دارند با ارائه مدرک مربوط به اثبات نسبت یاد شده از حساب فرزند صغیر ولو اینکه توسط فردی غیر از ایشان افتتاح شده باشد برداشت نمایند اما بر اساس تبصره قانونی تحت عنوان قانون اجازه افتتاح حساب پس انداز که برای اطفال در قالب ماده واحد در سال ۱۳۵۶ به تصویب رسید مادر می تواند به نام فرزند زیر ۱۸ سال خود حساب پس انداز باز کند و حق برداشت از این حساب تا رسیدن فرزند به سن ۱۸ سال تمام فقط با مادر است. در نظریه مشورتی قوه قضاییه نیز آمده است با توجه به صراحت تبصره ماده واحده قانون اجازه افتتاح حساب پس انداز برای اطفال مصوب اردیبهشت ماده ۱۳۵۷ در صورتی که مادر به نام فرزند صغیر خود حساب پس انداز باز کند حق برداشت از این حساب را تا رسیدن صغیر به سن ۱۸ سال تمام دارد و اختیار مذکور مغایرت و منافاتی با قانون الغاء مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیمیت ندارد و در این تبصره قانونگذار صرف نظر از مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی صریحا اجازه تنظیم قرارداد مالی مشروط بین مادر و طفل و بانک را تجویز کرده است و مشارالیه می تواند از حساب پس انداز مزبور برداشت نماید. بنا به مراتب چون به موجب تبصره مذکور حق برداشت از حساب های مزبور تنها با مادر که افتتاح حساب نموده است می باشد و نظر و تاکید بر ولایت مشارالیه نداشته است، بنابراین در این مورد پدر و جد پدری یا وصی منصوب از طرف آنان حق برداشت از حساب پس انداز مزبور را ندارند.

گفتار سوم: ماهیت و آثار حقوقی اعمال ولایت بر فرزندان با تاکید بر ولایت مادر

در فقه اسلامی ولایت قهری برای مادر شناخته نشده است. فقط بعضی از فقهای شافعیه برای مادر ولایت قهری قائل شده و او را از لحاظ ولایت بر مال بعد از پدر و جد پدری و مقدم بر وصی آنها قرار داده اند. ابوسعید اصطخری از فقهای شافعیه دارای این نظر است و به زیادت مهر مادر نسبت به فرزند استدلال کرده است. بعضی از فقهای حنفیه هم در ولایت بر نفس (امور شخصی و غیر مالی مانند نکاح) گفته اند: در صورت نبودن اقربای ذکور پدری، ولایت به

مادر تعلق می‌گیرد و در صورت فقدان مادر، خویشان مادری با رعایت درجه قرابت ولی بر نفس خواهند بود. به هر حال قول به ولایت قهری مادری در فقه اسلامی نادر است مخصوصاً در فقه امامیه این نظر پذیرفته نشده است. قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه سمت ولایت قهری را به پدر و وجد پدری اختصاص داده و آن را برای مادر نشاخته است، نشاخته است، هر چند که اجازه داده است مادر به عنوان وصی یا قیم برای اداره امور محجور تعیین شود. راه حل فقه امامیه و قانون مدنی، مبتنی بر نظام خانواده گسترده پدر سالاری است که از دیرباز در ایران معمول بوده است. اگر در چنین خانواده‌ای، مادر عنوان ولی قهری نداشته باشد، این امر قابل درک است. لیکن در عصر جدید با سست شدن بنیاد نظام خانواده پدر سالاری و رواج روز افزون خانواده هسته‌ای، نظام قانون مدنی اشکالاتی پدید آورده است؛ زیرا جد پدری چه بسا با نوه خود در یک خانه و زیر یک سقف زندگی نمی‌کند و به اندازه پدر یا مادر به سرنوشت او علاقه‌مند نیست تا بتواند با پدر در اداره امور محجور برابری کند و یا بعد از پدر، ولایت منحصرأ به او تعلق داشته باشد. وانگهی با بالا رفتن سطح دانش و رشد فکری، چه بسا بعد از پدر مصلحت طفل در آن است که سرپرستی و اداره امور شخصی و مالی او واگذار گردد، نه به جد پدری، به‌ویژه آنکه مادر دلسوزتر و فداکارتر از هر شخص دیگری نسبت به فرزند خود است. به نظر می‌رسد که دادن اختیارات بیشتر به مادر در اداره اموال و تربیت و مواظبت شخص صغیر یک نیاز اجتماعی است که تحولات جامعه و ساختار خانواده‌های ایرانی آن را ایجاب می‌نماید و از این رو بجاست قانون‌گذار یا مجمع تشخیص مصلحت تدبیری در این خصوص با توجه به مصالح اطفال و خانواده‌ها بیندیشد. خوشبختانه ماده ۶ ق.ج.خ. به مادر یا هر شخص دیگری که حضانت طفل یا محجور بر عهده اوست، اختیار داده است که برای مطالبه نفقه محجور، علیه شخصی که تکلیف انفاق دارد، اقامه دعوی نماید و این نوعی ولایت است.

مبحث اول: حضانت مادر در صورت فوت پدر در نظر فقهای شیعه

فتوای متعددی از فقها وجود دارد که در صورت فوت پدر، مادر را حتی اگر ازدواج کند، مقدم بر هر شخصی حتی جد پدری می‌دانند. میرزای قمی درباره این موضوع می‌گوید: هرگاه پدر مرده باشد، پس مادر احق است به فرزند از وصی پدر و از جمیع اقارب هر چند شوهر کرده باشد و هم چنین پدر مقدم است بر جمیع اقارب هرگاه مادر مرده باشد. هم چنین در کتاب تحریرالوسیله در این مورد گفته شده: اگر پدر بعد از انتقال حق حضانت از مادر به وی و یا قبل از آن از دنیا برود، مادر به حضانت طفل سزاوارتر از وصی پدر است؛ هر چند ازدواج کرده باشد و باید طفل را تحویل او دهند؛ چه پسر باشد، چه دختر و هم چنین، مادر سزاوارتر از باقی بستگان، حتی پدر و مادر مرد است تا چه رسد به دیگران، هم چنان که اگر مادر در دوران حضانتش از دنیا برود پدر احق از دیگران است در حضانت طفل. صاحب جواهر نیز در این زمینه می‌گوید: اگر پدر قبل یا بعد از انتقال حضانت از سوی مادر به وی فوت کند، مادر نسبت به حضانت طفل از وصی، اقارب و نزدیکان پدر؛ حتی پدر و مادر وی سزاوارتر است. هم چنان که بالعکس؛ اگر مادر فوت کند، پدر در حضانت فرزند از وصی مادر و پدر و مادر زن سزاوارتر است و بر این امر ادعای اجماع کرده و علت آن را این گونه بیان می‌دارد: مادر نسبت به فرزند مهربان‌تر و دلسوزتر است و آیه شریفه قرآن «و اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فی کتاب الله» را مستند می‌آورد و به خبر داود بن حصین اشاره می‌کند که «فاذا مات الاب فالام احق به من العصبه» و نیز قول خداوند «لاتضاره» را عنوان می‌نماید و حتی در صورت ازدواج مادر نیز این حق را باقی می‌داند؛ زیرا اصل حق حضانت را برای پدر و مادر ثابت می‌داند و در صورت تردید در برقراری حق، ابقای ماکان می‌نماید. صاحب کتاب ریاض نیز در این مورد استدلالاتی مانند صاحب جواهر می‌آورد و می‌گوید: اگر پدر بمیرد، مادر احق است نسبت به حضانت فرزند به طور مطلق نسبت به وصی پدر و جد پدری و غیر از آن‌ها، خواه فرزند پسر باشد یا دختر، خواه حضانت قبل از فوت پدر نسبت به مادر اتمام یافته باشد یا نه، به خاطر شفقت مادر و هم چنین آیه شریفه «اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فی کتاب الله»

تعالی». سپس به احادیثی از کتب روایی استبصار، کافی، وسایل و تهذیب نیز استناد می‌کند و سپس می‌گوید: اطلاق آیه شریفه و احادیث مقتضی اطلاق احق بودن مادر است؛ اگرچه مادر ازدواج کند و این سخن که فقها می‌گویند: ازدواج مادر باعث سقوط حضانت می‌شود، ظاهراً در زمان حیات پدر است، زیرا قطعاً اشتغال به حقوق زوج غیر کافی برای اسقاط حضانت مادر است. شیخ نیز در این مورد گفته است: اگر یکی از والدین از دنیا برود، دیگری از همه کسان طفل به حضانت او سزاوارتر است، چنان‌که فقهای عظام همگی بدان فتوا داده و عمل کرده‌اند.

مبحث دوم: حضانت مادر در قوانین

واژه حضانت از حضن گرفته شده و معادل فارسی آن پهلوی می‌باشد. حضانت را در زیر بال گرفتن، در برگرفتن، در دامن خود پروردن، پروراندن، دایگی و پرستاری معنا کرده‌اند. در قانون مدنی و قوانین حمایت خانواده، کلمه حضانت تعریف نشده است که این امر بیانگر ضعف قانون‌گذاری در این زمینه است؛ زیرا به تعریف موضوعی که اهمیت آن در خانواده و جامعه بسیار زیاد است، نپرداخته است. با این حال با توجه به این که در قانون مدنی در ابتدای باب حضانت، مقرر گردیده: «در نگاهداری و تربیت اطفال»، می‌توان گفت: از نظر قانون مدنی حضانت به معنای «نگهداری و تربیت اطفال» است. در تعریف حقوقی حضانت بیان شده: حضانت عبارت از اقتداری است که قانون به منظور نگاهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است. در قوانین برخی مواد درباره حضانت ابوبین به طور عام هستند و برخی مربوط به حضانت مادر به طور خاص؛ البته ابتدا به قوانین عام پرداخته می‌شود:

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

ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز در جهت حمایت از حق حضانت پدر و مادر به بیان مواردی که از والدین سلب حضانت می‌شود، پرداخته و آن را محدود به مواردی مانند اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار، اشتها به فساد اخلاق، فحشا و... می‌کند، هرچند این موارد حصری نمی‌باشد، ولی موارد دیگر هم باید در این راستا باشند. زیرا پدر و مادر تنها ماموران دولت نیستند تا هرگاه مصلحت ایجاب کند به کناری گذارده شوند. آن‌ها بر نگهداری و تربیت فرزند خود حق دارند؛ حتی که از دیرباز، به عنوان امتیازی طبیعی، محترم داشته شده است و تا خانواده‌ای هست، پابرجا می‌ماند. می‌توان گفت معنی این ماده این است که به علت این که نگهداری طفل تکلیف ابویین است، پس نمی‌توانند از زیر این بار شانه خالی کنند و بایستی اختیار خود را به مصلحت طفل به کار برند. ولی نگهداری حق آنان نیز هست، زیرا جز در موردی که قانون مجاز شناخته است، نمی‌توان آنان را از این امتیاز محروم ساخت. این موارد نیز ناظر به حالتی است که محروم کردن پدر و مادر از حق خود ضروری باشد و دادگاه نباید به این بهانه که بهتر مصالح طفل تأمین می‌شود، اختیار پدر و مادر را از آنان بگیرد. هرچند می‌توان گفت امروزه تمایل به گسترش نظارت دولت و افزودن بر قلمرو تکالیف پدر و مادر است و آنچه اهمیت اصلی دارد، حمایت از حقوق طفل است. هدف از برقراری حق حضانت پدر و مادر نیز در مرحله نخست حفظ حقوق و شخصیت طفل است که بنا به فرض قانون، در کنار پدر و مادر بهتر از هر محیط دیگر تأمین می‌شود. هم‌چنین طبق ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر شده است، هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌هاست از نگهداری او امتناع کنند. مطابق این ماده، هیچ یک از پدر و مادر نمی‌توانند حضانت را اسقاط و یا واگذار به غیر کنند؛ بلکه باید شخصاً در مدت مقرر تکلیف قانونی خود را که از نظر حفظ نظم اجتماعی به نفع طفل برقرار شده، انجام دهند. بدین جهت آن‌ها نمی‌توانند مطالبه اجرت نسبت به عمل خود بنمایند، اگرچه طفل از خود دارایی داشته باشد؛ بنابراین حضانت طفل از قوانین آمره می‌باشد.

نظریه شماره ۱۳۷۴/۷-۱/۴/۱۳۶۱ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در این راستا چنین بیان می‌دارد: «حضانة و نگهداری اطفال برای ابویں هم حق و هم تکلیف است و قابل اسقاط یا مصالحه می‌باشد؛ زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبه امری برای مکلف دارد و اراده فرد می‌تواند چنین حکمی را تغییر دهد. هم‌چنین گفته شده، هیچ یک از ابویں نمی‌توانند حق اولویت خود را در حضانة اسقاط و یا به دیگری واگذار نمایند. از ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی نیز همین معنی استنباط می‌شود و تکلیف حضانة برای هر یک از پدر و مادر در مدت مقرر قائم به شخص آن‌هاست؛ بنابراین در صورت انحلال نکاح بین پدر و مادر در اثر فسخ یا طلاق، هیچ یک از پدر و مادر نمی‌توانند تکلیف خود را به دیگری واگذار کنند. البته رویه قضایی دادگاه‌های خانواده برخلاف این است و بسیار دیده شده که مادر مهریه خودش را در قبال حضانة بچه در مدتی که حضانة با پدر است به او می‌بخشد یا مادری که شاغل نیست و از نظر مالی منبع درآمد و پشتوانه‌ای مالی ندارد، حضانة طفل را در مدتی که حضانة با اوست به پدر طفل واگذار می‌نماید. مانند دادنامه شماره ۲۳۸۲ در پرونده کلاسه شماره ۲۳۴۶/۲/۸۴ شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران که در آن توافق پدر و مادر در مورد حضانة را برخلاف ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی صحیح قلمداد نموده و مقرر داشته است: «حضانة فرزند مشترک بر اساس گزارش اصلاحی تنظیمی به زوجه واگذار شده تا زمانی که اراده ایشان بر استمرار این حق باشد، مجوزی برای سلب این حق وجود ندارد. همین‌طور دادنامه شماره ۲۵۳۹ در پرونده کلاسه ۲/۸۴/۲۴۹۴ شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران که در این دادنامه نیز توافق پدر و مادر برخلاف ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی صحیح قلمداد و مقرر شده: «زوجه طوعاً از حق حضانة خود اعراض نموده و برای بازگشت از این اعراض دلیل منطقی ندارد. در این موارد نیز می‌توان به نظریه شماره ۷/۳۹۴۵-۷/۶-۱۳۷۵ اشاره نمود که مقرر می‌دارد: «پدر و مادر با توافق می‌توانند حضانة را به عهده یکدیگر بگذارند، ولی به اشخاص دیگر نمی‌توانند محول نمایند». مواد قانونی که تاکنون پرداخته شد راجع به حضانة به‌طور عام است، در ادامه مواد قانونی که به حضانة مادر به‌طور خاص پرداخته‌اند، بیان می‌شود:

یکی از مواد قانونی که به موضوع حضانت مادر پرداخته بود، ماده واحده قانون حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب ۱۳۶۴/۵/۶ است که مقرر می‌نمود: «حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده و یا فوت شده باشند با مادران آنها خواهد بود»....

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

ماده واحده فوق هرچند در جهت حمایت از حق حضانت مادر وضع شده بود، ولی این اثر مثبت را برای حمایت از کودک داشت که شخصی نمی‌توانست کودک را از مادر جدا نموده و کودکی را که پدر خود را از دست داده از آغوش گرم مادر نیز محروم نماید. آخرین اراده قانون‌گذار که در قوانین راجع به حضانت مادر بر کودک در صورت فوت پدر صورت گرفت، ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است که مقرر می‌دارد: «حضانت فرزندی که پدرشان فوت شده با مادر آنهاست، مگر آنکه دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد. این ماده آخرین اراده قانون‌گذار در زمینه حضانت مادر بر کودک در صورت فوت پدر است که به موجب ماده ۵۸ قانون اخیر، ماده واحده قانون اعطای حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها، منسوخ شد. این ماده به رغم جدید بودن، بدون در نظر گرفتن تغییر و تحولات اجتماعی وضع شده است؛ زیرا برای حضانت مادر بر کودک در موارد فوت پدر، خلاءها و چالش‌هایی وجود دارد که با وضع این قانون خلاءها شدیدتر خواهد شد.

الف- ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱: یکی دیگر از موارد محدودیت قانونی حضانت مادر پس از فوت پدر، ماده ۴۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ است. این ماده مقرر می‌دارد:

حضانت فرزندان که پدرشان فوت شده با مادر آنهاست، مگر آن که دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد. در این ماده مقرر شده، در صورت فوت پدر، اگر اعطای حضانت به مادر بر خلاف مصلحت طفل باشد دادگاه می‌تواند حضانت فرزند را به شخصی غیر از مادر بسپارد. در این ماده قانونی مشخص نشده است که چه اموری بر خلاف مصلحت طفل می‌باشد، در حالی که در ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی به مواردی که ایجادکننده شرایط نامناسب جسمی و روحی برای کودک است، اشاره شده است. مواردی مانند اعتیاد زیان‌آور والدین به الکل، مواد مخدر، قمار، دچار شدن به بیماری‌های روانی، اشتها به فساد اخلاقی و فحشاء سوءاستفاده از طفل، یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد، فحشاء، تکدی‌گری و قاچاق، تکرار ضرب و جرح از حد متعارف که البته مصادیق آورده حصری نموده و به عنوان مثال آورده شده است. با وجود این ماده، دیگر نیازی به ذکر عبارت «خلاف مصلحت طفل» در ماده ۴۳ ق.ح.م.صوب ۱۳۹۱ نبود که عبارتی مبهم است و معیار و تعریف مشخصی ندارد؛ زیرا مصلحت واژه‌ای مشکوک است و مصادیق متعددی را می‌تواند در بر بگیرد. هم‌چنین این ماده مرجع تشخیص مصلحت را دادگاه قرار داده است بدون این که ضابطه مشخصی برای تشخیص مصلحت توسط دادگاه قرار داده باشد که خود این امر می‌تواند باعث سوءاستفاده قانونی شود. لازم به توضیح است که پیش‌از این در ماده ۱۵ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳، مادر را هم علاوه بر پدر و جد پدری شایسته ولایت طفل دانسته بود.

ب- نقد ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده: نقدهای که می‌توان به ماده ۴۳ وارد نمود؛ با توجه به این که تعریف دقیقی از مصلحت وجود ندارد، نهایتاً این ماده قانونی این نتیجه را در بر خواهد داشت که در صورت فوت پدر، مادر باید این دغدغه خاطر داشته باشد که جد پدری فرزندش، هر زمان که بخواهد می‌تواند اختیار حضانت طفل را از او به بهانه مصلحت فرزند سلب نماید. بدون این که قانون‌گذار معیار مشخصی از مصلحت در این مورد ارائه داده باشد. از قانون‌گذار این انتظار وجود دارد که با وضع قوانین مناسب سعی در از میان برداشتن موانعی

بنماید که در عمل سبب به وجود آمدن عسر و حرج خانواده را فراهم کند. در صورتی که بعد از مرگ پدر، به یقین فرزند بیشتری به محبت مادر خواهد داشت و در چنین شرایطی که مادر باید مسئولیت‌های بیشتری را برای آینده فرزندان متحمل شود، بایستی تمام وقت و امکانات مالی خود را در دادگاه و در دعاوی که پس از مرگ شوهر با اقوام شوهر، به خصوص جدپدري دارد، صرف نماید که مطمئناً این امر باعث به وجود آمدن شرایط "حرجی زیادی" برای مادر و فرزندان خانواده می‌شود. باید گفت پدر و مادر تنها ماموران دولت نیستند تا هرگاه مصلحت ایجاب کند به کناری گذارده شوند. آنان بر نگاهداری و تربیت فرزند خود حق دارند، حق دارند، حتی که از دیرباز، به عنوان امتیازی طبیعی، محترم داشته شده است و تا خانواده‌ای هست پابرجا می‌ماند. نقد دیگری را که می‌توان بر این ماده وارد دانست است که ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده، برخلاف مواد موجد در قانون مدنی راجع به حضانت بر فرزند است. قانون مدنی در ماده ۱۱۶۸ درباره حضانت مقرر می‌دارد: "نگاهداری اطفال هم حق و هم تکالیف ابوین است".

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

هم‌چنین ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی نیز مقرر می‌نماید: "طفل را نمی‌توان از ابوین و یا پدر و یا مادری که حضانت با اوست، گرفت: مگر در صورت وجود علت قانونی". ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی نیز در این زمینه مقرر می‌دارد:

در صورت فوت یکی از ابوین حضانت طفل با آن که زنده است خواهد بود: هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد. قیم در این ماده، به معنی وصی به کار رفته است مقصود این است که اگر پدر طفل برای سرپرستی و اداره اموال فرزند خود وصی معین کرده باشد، در صورت فوت او، حضانت بر عهده مادر خواهد بود نه وصی منصوب. این ماده نشان می‌دهد که اختیار پدر به عنوان ولی قهری هیچ گاه نمی‌تواند مانع از حضانت مادر شود. این حکم در موردی هم که پس از فوت پدر، ولایت به جد پدری می‌رسد، قابل اجرا است دادگاه نیز باید تقدم پدر یا مادری را که در چنین وضعی قرار گرفته است، محترم شمارد. به علاوه در مبحث حضانت طفل که با عنوان "نگاهداری و ترتب اطفال" در قانون است، تنها قانون‌گذار از پدر و مادر نام برده و از شخص دیگری حتی جد پدری نام نبرده است که چنین نگارشی این معنا را می‌رساند که حضانت اطفال تنها مختص به پدر و مادر است. در این مورد نیز گفته شده: حق اولیه و ابتدایی حضانت بر فرزندان از آن پدر و مادر است. لذا تا زمانی که پدر و مادر در قید حیات هستند و صلاحیت نگهداری از فرزند خود را از دست نداده‌اند، حضانت با آنان است و خویشان پدری و مادری در این زمینه هیچ گونه حقی ندارند و قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۸ بر این حق پدر و مادر تاکید کرده.

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

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

هم چنین قانون اعطای حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آن‌ها مصوب ۱۳۶۴ که به موجب قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ نسخ گردید، حضانت فرزندان صغیر و محجور را به طور

مطلق به مادران آنها اعطا کرده بود و تبصره ۲ آن ازدواج مادر را در صورت فوت پدر مانع حضانت ندانسته بود؛ بنابراین از قانون اخیر این انتظار بود که اختیارات بیشتری را به مادران راجع به امور فرزندان اعطا نمایند. ولی قانون اخیر که قریب ۳۰ سال بعد وضع شد، اختیار مادر را در امور فرزند بیش از پیش محدود نموده است؛ بنابراین این انتقادات به قانون گذار وارد است که به جای حمایت از مادران، قانونی را وضع نموده که به زبان مادران است و مصلحت طفل را تنها در صورت حضانت مادر مهم می داند و هنوز قانون گذار در وضع قوانین، شرایط جامعه پدرسالار را در نظر گرفته و بنابراین جدپدیری بر مادر ارجحیت پیدا

مبحث سوم: شرایط زمان و مکان اعمال ولایت با تاکید بر ولایت مادر

همان طور که پیش از این هم اشاره شده بود، صغیر ممکن است غیر ممیز یا ممیز باشد. صغیر غیر ممیز شخص نابالغی است که نمی تواند اراده حقوقی (انشایی) داشته باشد. لیکن صغیر ممیز صغیری است که دارای قوه درک و تمیز نسبی است، با اینکه به سن بلوغ نرسیده، زشت را از زیبا و سود را از زیان باز می شناسد و می تواند اراده حقوقی داشته باشد. در فقه امامیه بعضی سن ۷ سالگی را برای تمیز ذکر کرده اند، برخی از استاد حدیثی دیگر ۶ سال را سن تمیز تلقی کرده اند. در حقوق برخی از کشورها نیز سن تمیز معین شده است، ولی در حقوق مدنی ایران و پاره ای از کشورها تمیز، سن خاصی ندارد و در صورت بروز اختلاف، درباره ممیز یا غیر ممیز بودن صغیر، تشخیص آن با دادرس است که باید با توجه به اوضاع و احوال و خصوصیات مورد و دلایل و قرائن و امارات موجود در این باره تصمیم بگیرد. در اصلاح سال ۶۱ قانون مدنی، سن بلوغ از رشد جدا شده؛ پسر در پانزده سالگی و دختر در نه سالگی بالغ می شود. ناتوانی کودک در تمام این دوران به یک درجه نیست: نوزاد تا مدتی مفهوم سود و زیان و عقد و عهد را نمی فهمد؛ از درک معانی داد و ستد و احسان و تعهد عاجز است و نمی تواند اموری را که به حکومت اراده مبتنی است انجام دهد ولی به همان نسبت که از نظر جسمی رشد می کند، از نظر دماغی و شعور نیز رو به تکامل می رود تا جایی که به تدریج معنی و آثار قراردادهای را می فهمد؛ توان تصدیق و انتخاب می یابد و می تواند «قصد انشاء» کند. با

وجود این، جوان نارس هنوز تجربه کافی ندارد و نمی‌تواند در گیرودار زندگی منافع خویش را حفظ کند؛ استعدادی که تحقق یافته هنوز پرورده نشده است و نیاز به حمایت و سرپرستی دارد. حجر واقعی و حمایت کننده در این مرحله کودکی است، زیرا پیش از آن ابراز و استعداد انعقاد قرارداد (اراده) وجود ندارد و بطلان عقد را به فقدان قصد و رضا نیز می‌توان منسوب کرد. گذشته از بی‌تجربگی، عامل دیگری نیز حجر نوجوان را توجیه می‌کند و آن حفظ آداب و رسوم و سنت‌های قومی و خانوادگی است که ایجاب می‌کند فرزند خانواده مدتی در آن بماند و با نظارت پدر و مادر به اخلاق اجتماعی خو بگیرد. پس از بلوغ جسمی به نوجوان اجازه داده می‌شود که شایستگی خود را در اداره دارایی اثبات کند و به طور کامل از حجر خارج شود که بایستی آثار و شرایط آن را در بخش مربوط به "رشد" مطالعه کرد.

گفتار چهارم: نهاد ولایت بر فرزند و خلاها و چالش‌های آن در فقه و حقوق

مبحث اول: مبنای ولایت بر فرزند در فقه و حقوق

درباره مبنای ولایت بر کودک در فقه و حقوق، یک نظر این است که مبنای ولایت بر کودک، رعایت عدم مفسده است؛ یعنی کافی است عملی را که ولی برای مولی علیه انجام می‌دهد، عاری از هرگونه مفسده‌های باشد و نیازی نیست که در آن مصلحت یا نفعی برای مولی علیه وجود داشته باشد. این نظر تنها رعایت عدم مفسده را برای ولی ازم دانسته و می‌گوید: ظاهر به خاطر اجماع و عمومات نفی ضرر است که ولی باید عدم مفسده در نکاح مولی علیه را رعایت کند؛ بنابراین، تصرفات ولی اعم از آن است که تصرف دارای مصلحت یا خالی از مصلحت و مفسده باشد. به عبارتی دیگر شرط کافی در حکم جواز تصرف، فقدان مفسده است. برخلاف نظر فوق، نظر دیگر این است که ملاک رعایت مصلحت صغیر است و ولی قهری باید بنگرد که چه چیزی به نفع مولی علیه است. شیخ طوسی درباره رعایت مصلحت در تصرفات صغیر توسط ولی می‌گوید: تصرف ولی در مال صغیر بر وجهی که هیچ بهره‌ای برای صغیر وجود نداشته باشد، تصرفی باطل است؛ زیرا این تصرف خاف غرضی است

که ولی به خاطر آن نصب شده است. اولویت این نظر بر اساس آیه ۱۵۲ سوره انعام است که می‌فرماید: «و لا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن». این آیه از نزدیک شدن به مال یتیم نهی فرموده است، مگر آن که تصرف، احسن باشد و از آنجا که تصرف خالی از مصلحت، تصرف احسن نیست و مصداق مستثنای آیه نمی‌شود، پس حرام خواهد بود. در این باره می‌توان گفت: رعایت مصلحت در تصرفات ولی ازم است و زمانی که ادله ولایت اطاقی نداشته باشد، باید به قدر متیقن اکتفا کرد و آن ولایت بر تصرفی است که در آن مصلحت باشد و در غیر آن صورت باید به اصل عدم ثبوت ولایت و عدم نفوذ تصرف رجوع کرد. محقق کرکی در جامع‌المقاصد نیز رعایت غبطه را در تصرفات ولی ازم دانسته، گفته است: ولی با رعایت غبطه تصرف می‌کند؛ اگر بدون رعایت مصلحت برای مولی علیه مالی بخرد، درست نیست و مال در مالکیت فروشنده باقی خواهد ماند.

در تأیید این نظر می‌توان گفت: ولایت اولیا امری عقایی است و عقلایی مصلحت را عنصر اساسی می‌دانند. به تعبیر دیگر، اختیار ولی امری تبعدی نیست، بلکه قاعده‌های عقایی است که ادله شرعی نیز آن را تأیید و امضا می‌کند. در حقوق نیز، مبنای ولایت بر کودک، مصلحت است، زیرا نمایندگی ولی قهری به منظور رعایت مصلحت مولی علیه است و به همین جهت نیز اختیار ولی محدود به کارهایی است که برای حفظ غبطه مجبور انجام می‌دهد. ولی تنها هر عملی را می‌تواند انجام دهد که غبطه مولی علیه در آن باشد، یعنی باید صرفه و مصلحت او اقتضا کند. قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۸۴ صراحتاً رعایت غبطه کودک توسط ولی را لحاظ کرده و مواد ۱۱۸۵ و ۱۱۸۶ نیز به طور ضمنی این رعایت را لحاظ کرده‌اند؛ بنابراین با توجه به نظرات فقهی و حقوقی و مبنای قانون در تدوین قوانین راجع به ولایت بر کودک می‌توان این نتیجه را بدست آورد که در زمینه ولایت بر کودک جنبه تکلیفی بودن آن برای پدر و جد پدری بیشتر مدنظر قانون‌گذار و فقها بوده است تا اینکه حقی برای ایشان ایجاد شود؛ بنابراین می‌توان گفت: رعایت مصلحت فرزند با توجه به توسعه فرهنگی جامعه و حضور زنان در جامعه ایجاب می‌کند که مادر نیز مانند پدر بر کودک ولایت داشته باشد، به‌ویژه که مادر دلسوزتر از هر

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

مبحث دوم: بررسی حق یا تکلیف بودن ولایت بر فرزند

در موضوع ولایت بر کودک این سؤال مطرح می‌شود که ولایت بر کودک حق محسوب می‌شود یا تکلیف؟ درباره موضوع حضانت بر کودک، قانون‌گذار صراحتاً در ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، حضانت را حق و تکلیف ابویین دانسته است؛ در حالیکه در موضوع ولایت بر کودک به حق یا تکلیف بودن ولایت اشاره‌ای نشده است. در مباحث پیشین گفته شد که مبنای ولایت بر کودک رعایت مصلحت کودک است و به تبع آن، ولایت در حقوق کنونی، بیشتر جنبه تکلیف به خود می‌گیرد تا آنکه حقی برای شخصی ایجاد کند. اگر هم بخواهیم مانند حضانت، ولایت را نیز حق و تکلیف بدانیم، بی‌شک حق بودن آن، درباره پدر امری قابل دفاع است؛ ولی درباره جد پدری هیچ‌گونه قابلیت برای دفاعی ندارد؛ زیرا بدون شک مادر نزدیک‌تر از هر شخصی به کودک است و بدون هیچ تردیدی، نسبت به جد پدری احق می‌باشد. بنابراین با توجه به موارد گفته شده، اگر بخواهیم نگاهی مانند حضانت به ولایت از منظر حق یا تکلیف بودن آن داشته باشیم، می‌توان گفت ولایت توأم آن‌هم حق است و هم تکلیف؛ آن‌هم تنها در مورد پدر و مادر.

ممکن است این سؤال پیش بیاید که اگر ولایت، برای مادر تکلیف باشد، آیا تکلیفی مالایطاق یا مضاعف برای او نخواهد بود؟ در پاسخ می‌توان گفت: در مواردی که پدر و مادر بدون هیچ اختلافی در کنار هم زندگی کنند، به طور معمول با مشارکت یکدیگر امور مالی و غیرمالی کودک را اداره می‌کنند و برای مادر هیچ تکلیف سختی قابل تصور نیست. ولایت داشتن مادر، عملاً زمانی قابل تصور است که پدر و مادر از یکدیگر جدا شوند یا پدر فوت کرده باشد. در این حالات، اگر حضانت با مادر و ولایت با پدر یا جد پدری باشد، عدم ولایت مادر تکلیفی مالایطاق محسوب می‌شود؛ زیرا از یک طرف نگهداری کودک بر عهده مادر است و از طرف دیگر، مادر برای انجام امور مالی و غیرمالی کودک هیچ گونه اختیاری از نظر قانونی ندارد. همچنین برای اینکه انجام تکالیف حضانت برای مادر بدون عسر و حرجی باشد، دادن اختیارات ولایت قهری برای انجام آن ضروری است و تکلیفی مضاعف محسوب نمی‌شود. حال ممکن است این سؤال پیش بیاید که آیا تغییر اولیای قهری از پدر و جد پدری به پدر و مادر امکان دارد یا خیر؟ در این مورد می‌توان گفت: حاکم اسامی از باب احکام ثانویه با توجه به مقتضای زمان و مکان و با در نظر داشتن قواعد ثانوی مانند احرار و اضرر می‌تواند ولایت قهری بر کودک را تنها به پدر و مادر واگذار نماید.

مبحث سوم: عدم ولایت مادر بر فرزند؛ خلاها و چالش‌های ناشی از آن

همان گونه که گفته شد: در فقه و قانون مدنی تنها پدر و جد پدری بر کودک ولایت دارند و مادر هیچگاه ولی قهری محسوب نمی‌شود. این امر در عمل سبب به وجود آمدن مشکلات و چالش‌هایی می‌شود؛ زیرا در فقه شیعه و قانون، ولایت بر کودک همزمان با حضانت است. در جامعه شاهد این چالش هستیم که وقتی پدر و مادر از هم جدا می‌شوند، یا پدر فوت می‌کند، ولایت نداشتن مادر بر فرزند باعث عسر و حرج مادر و هم فرزند می‌شود. همزمانی ولایت و حضانت گذشته از آنکه دلیلی در منابع حدیثی و فقهی ندارد و گذشته از آنکه عامه اهل سنت با آن مخالفند، سبب نزاع و مشاجره خواهد بود؛ زیرا سپردن کودک به مادر تا هفت سال به عنوان حضانت، با ولایت بر کودک که اعم از ولایت بر جان و مال است، به پدر قابل جمع

نیست. با این فرض که پدر و مادر خود در حال مشاجره و نزاع به سر می‌برند و از یکدیگر جدا هستند. به عنوان مثال چنانچه طفل جهت درمان نیاز به عمل جراحی داشته باشد، رضایت ولی ازم است. همچنین اگر مادر به دایلی قصد خروج از کشور داشته باشد، اذن خروج طفل با ولی است، چنانچه طفل مال و اموالی داشته باشد، اداره آن‌ها با ولی است. رفع چالش در این موارد بسیار مشکل می‌باشد؛ زیرا در جامعه ایران، والدین پس از متار که هیچ‌گونه ارتباطی با یکدیگر ندارند و پدران نیز پس از ازدواج مجدد، غالباً فرزندان حاصل از ازدواج سابق را فراموش می‌کنند؛ بنابراین برقراری تعامل بین والدین طفل در اتخاذ تصمیم مناسب با در نظر گرفتن مصلحت طفل بسیار مشکل است. این مشکل آنگاه بزرگ‌تر می‌شود که والدین هنوز خصومت‌های قبلی را فراموش نکرده باشند و بدین گونه کودک حق المصالحه اختلافات سابق والدین می‌شود. در مورد فوت پدر که مادر متکفل حضانت طفل است، چالش شدیدتر می‌شود؛ زیرا اختلافات ناشی از اختیارات تام جد پدری بر اموال صغیر مانع از آن است که توافق حاصل شود. رابطه بسیار نزدیکی بین ولایت و حضانت وجود دارد که گاه فهم قلمرو آن‌ها را با مشکل مواجه می‌کند. تداخل عمده بین این دو مفهوم در بحث "تربیت" پیش می‌آید. چنانکه ذکر شد، در تعریف حضانت به تکلیف "تربیت" نیز اشاره شده است؛ در حالیکه مصادیق قابل توجهی از تربیت، بدون پشتوانه مالی قابل تأمین نیست. لذا این مشکل را به وجود می‌آورد که در صورت اختلافی شدن آن، حق با ولی است یا با مسئول حضانت؟ این مشکل عملاً وقتی نمود پیدا می‌کند که حضانت با مادر و ولایت با پدر یا جد پدری باشد. وگرنه چنانچه ولایت و حضانت در شخص پدر یا جد پدری جمع شده باشد، عملاً اشکالی از این حیث قابل فرض نخواهد بود. به عنوان مثال، اگر حضانت با مادر باشد و او تشخیص دهد جهت تربیت شایسته طفل لازم است او در کلاس‌های خاصی شرکت کند و ولی طفل به علت بار مالی آن مخالف باشد، در این صورت، تکلیف چیست؟ برخی اظهارنظر کرده‌اند که تعیین تکلیف مسائل مربوط به تربیت در دوره حضانت بر عهده مسئول حضانت است؛ زیرا اگر چنین نباشد و ولی فقط حق اظهارنظر در این گونه امور را داشته باشد، این بدان معنا خواهد بود که مادر، خدمتکاری بیش نباشد و بی‌آنکه بتواند تصمیمی درباره تعالی و رشد کودک بگیرد،

فقط مسئول تغذیه، تمیز کردن، لباس پوشیدن و مانند این باشد که معنایی جز توهین به او ندارد. این نظر از حیث نظری می‌تواند تاحدودی مؤثر باشد؛ اما در عمل مشکلی را حل نمی‌کند؛ زیرا بسیاری از زنان خانه‌دار هستند و شغل و درآمدی ندارند، بنابراین تنها هزینه‌ای که در مدت حضانت صرف امور فرزند خود می‌کنند، نفقه‌ای است که از جانب ولی قهری دریافت می‌نمایند. در عمل هم کارشناسان نفقه دادگستری، میزان ناچیزی را به‌عنوان نفقه معین می‌کنند که این میزان برای نیازهای اساسی کودک مانند خوراک و پوشاک هم کافی نیست. بنابراین حضانت مادر با توجه به همزمانی آن با ولایت، در عمل با چالش‌هایی روبرو است؛ زیرا معنای حضانت در جامعه امروزی تحول یافته است و صرفاً نگهداری طفل نیست؛ بلکه وظیفه تربیت و رشد استعدادهای طفل با توجه به توسعه علوم و پیشرفت جوامع، گسترش یافته، اما افزایش این مسئولیت با افزایش اختیارات حضانت کننده همراه نبوده است. همچنین نداشتن اختیارات ولایی برای مادر موجب می‌شود در صورت فوت پدر، این دغدغه وجود داشته باشد که جد پدری فرزند، هر زمان که بخواهد بتواند، با ابزار قانونی در زندگی آن‌ها دخالت کند. این واقعیت در جامعه وجود دارد که وقتی مادر خانواده‌ای فوت کند و فرزندان خردسال باشند، معمولاً پدر با ازدواجی دیگر سعی در بهبود وضعیت خود و فرزندان صغیر کند و هیچ شخصی اجازه دخالت در زندگی جدید آن‌ها را نداشته باشد؛ عکس این مورد در حالتی است که پدر خانواده‌ای فوت کند و فرزندان خردسال باشند و مادر عهده‌دار حضانت فرزندان شود. در این حالت، هر شخصی حتی کسانی که از نظر قانونی حق هیچ‌گونه دخالتی در زندگی این مادر و فرزندان را ندارند، با توجه به عرفی که در جامعه حکم فرماست، به خود اجازه می‌دهند در این زندگی همه‌گونه دخالتی داشته باشند؛ بنابراین از قانون‌گذار انتظار می‌رود با وضع قوانین مناسب سعی در از بین بردن عرفه‌ای غلطی که در جامعه وجود دارد و در عمل سبب به وجود آمدن عسر و حرج و سختی برای خانواده می‌شود، بنماید. بعد از مرگ پدر، به یقین فرزند احتیاج بیشتری به محبت مادر خواهد داشت و در چنین شرایطی که مادر باید مسئولیت‌های بیشتری را برای آینده فرزندان متحمل شود، مجبور می‌شود بیشتر وقت و امکانات مالی خود را در دادگاه و در دعاوی که پس از مرگ شوهر با اقوام شوهر، به

خصوص جد پدری پیدا می کند، صرف نماید؛ بنابراین با توجه به مشکلاتی که از عدم ولایت مادر بر فرزند وجود دارد، دادن اختیارات ولایی مادر بر فرزند، از ضروریات جامعه کنونی محسوب می شود. چگونه می توان به مقام مادری ارج نهاد در حالیکه به مادر اجازه تصمیمگیری در امور مهم زندگی کودک را نداد و در نبود پدر، جد پدری را که یقیناً به اندازه مادر به سرنوشت کودک علاقه مند نیست، مسئول اداره امور کودک دانست. شرایط ممکن است دشوارتر از این هم بشود؛ زیرا قانون مدنی در ماده ۱۱۸۸ اجازه تعیین وصی به اولیای قهری در صورت فوت دیگری را داده است که این شخص نیز مانند اولیای قهری ولی خاص طفل نامیده می شود.

ماده ۱۱۹۰ نیز به پدر و جد پدری این اختیار را داده است که به شخصی که به سمت وصایت معین کرده نیز اختیار تعیین وصی بعد از فوت خود را برای مولی علیه بدهد. حال این احتمال وجود دارد که شخصی که ولی قهری به عنوان وصی برگزیده است، غریبه ای خارج از اقوام و خویشاوندان باشد؛ در صورت چنین شرایطی، اگر حضانت و نگهداری با مادر و اداره امور کودک مانند اداره دارایی کودک، اجازه خروج از کشور و

با وصی منصوب از جانب پدر و جد پدری باشد، یقیناً چنین شرایطی سبب به وجود آمدن چالش های شدیدی برای خانواده خواهد شد؛ زیرا مادری که کودک را در حضانت خود دارد، مجبور خواهد شد حتی برای امور جزئی به وصی تعیین شده از جانب ولی قهری مراجعه کند؛ بنابراین در صورتی می توان به مقام مادری ارج نهاد که در موارد حضور یا عدم حضور پدر، به مادر نیز اجازه تصمیم گیری در امور مربوط به کودک را بدهیم. نداشتن اختیارات ولایی برای مادر را بعضاً می توان نتیجه جامعه پدرسالار دانست که فرزند را تنها متعلق به پدر و اقوام پدری می داند. قانون گذار نمی تواند در برابر خلأهایی که در عدم ولایت مادر بر کودک وجود دارد، بی تفاوت بماند؛ بنابراین قانون گذار باید برای تأمین مصلحت کودک و ارج نهادن به شخصیت مادر، برای مادر نیز اختیارات ولایی در امور کودک قائل شود.

نتیجه گیری

بر اساس مقررات قانونی حقوق مدنی مبنی بر حمایت‌های مالی از اطفال، قانون‌گذار حول سه محور «ولایت، حضانت و قیومیت» این حمایت‌ها را مورد توجه قرار داده است. قانون مدنی کشور ما منبعث از فقه شیعه است و بر اساس نظر فقهای امامیه و مشهور علما، ولی خاص، شامل پدر، جد پدری و وصی منصوب از ناحیه هریک از آنهاست. البته طی تحولات اجتماعی که در دهه پنجاه ایجاد شد، با تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۵۳ امکان واگذاری حق ولایت به مادر هم دیده شد؛ اما از مقررات این ماده قانونی برمی‌آمد که ولایت پدر به عنوان اصل و ولایت جد پدری و ولایت مادر به صورت طولی در نظر گرفته شده است؛ یعنی ابتدا پدر ولی است، اما اگر پدر فوت کرد، به عنوان جایگزین و جانشین، مادر یا جد پدری به عنوان ولی طفل انتخاب شوند. لذا ولایت پدر به صورت طولی مورد نظر مقنن قرار گرفت و ولایت مادر هم عرض ولایت جد پدری می‌باشد. ممکن است مادر سرپرستی را نه از ولایت، بلکه از باب قیومیت داشته باشد یا از باب این که امین بر اموال است، امین بر صغار است یا اینکه در صورتی که ولی قهری دارای کهنولت سنی است یا ناتوان از سرپرستی امور مربوط به مولی‌علیه است، مادر به عنوان قیم تعیین می‌شود. به موجب قوانینی که در گذشته راجع به حق حضانت وجود داشت، در مورد فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده بودند یا فوت کرده بودند، به‌طور کلی قانون‌گذار حضانت را برای مادر قرار داده و هزینه متعارف زندگی فرزندان اگر از بودجه دولت تأمین می‌شد یا بنیاد شهید پرداخت می‌کرد، می‌بایست در اختیار مادر قرار می‌گرفت. به موجب قانون سال ۱۳۹۱ راجع به قانون حمایت خانواده که به نوعی از قوانین قبلی متریقی‌تر محسوب می‌شود یا تجميع قوانین گذشته است، قانون‌گذار در ماده ۴۳، حضانت فرزندان بعد از فوت پدر را برای مادر شناخت؛ مگر در مواردی که مصلحت طفل رعایت نشود که رویکرد این است که از مادر سلب حضانت می‌شود. در اصلاحات قانونی اخیر در باب حضانت، محدوده حق حضانت برای مادران نسبت به گذشته افزایش پیدا کرده است اما در رابطه با اختیارات ولایی مادر با توجه به

اینکه در حال حاضر امور راجع به حق حضانت مادر نسبت به گذشته بسیار گسترده‌تر شده است، با توجه به اینکه مادر اختیارات ولایی ندارد این امر دچار چالش است و امروز فقط نگهداری طفل مورد نظر نیست یعنی کسی که حضانت فرزند را برعهده دارد وظیفه تربیت رشد استعدادها و طفل را طبق پیشرفت جوامع، تمدن امروزی و نیازهای اجتماعی برعهده دارد؛ بنابراین جا دارد که مقنن بازهم بیشتر نسبت به حضانت مادر توجه داشته باشد و اختیاراتی که بیشتر می‌تواند مبتلا به زندگی فرزند باشد و نیازمند است که مادر آن اختیارات را در خدمت به فرزند داشته باشد از سوی مقنن به مادر اعطا شود.

با توجه به قانون اجازه افتتاح حساب پس‌انداز برای اطفال که در ۱۳۵۶/۱۱/۳۰ به تصویب شورای ملی رسیده است، این قانون به‌مرورزمان دچار چالش شده است. بررسی این قانون نشان می‌دهد که در صورت وجود ولی قهری هم منعی برای افتتاح حساب پس‌انداز توسط مادر صغیر وجود ندارد و این قانون فی‌نفسه یک قانون مترقی است؛ اما پس از انقلاب با چالش‌هایی از جمله تصویب لایحه قانونی الغاء مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیومیت مواجه شد. در ۱۳۵۸/۷/۱۱ قانون‌گذار با وضع این لایحه قانونی مصوب کرد که قواعد و مقررات قانون مدنی راجع به ولایت و قیومیت راجع به اطفال و صغار به قوت و اعتبار خود باقی است و مقررات مخالف با آن ملغی است. برداشت‌های مختلفی در این زمینه پیش آمد. برخی گفتند با وجود تصویب ماده‌واحد و اینکه متعارض با قانون مدنی است در واقع این قانون معتبر نیست. در عمل هم سبب شد که مادر امکان برداشت از حساب یا تغییر در حساب بانکی مفتوحه را نداشته باشد. این عقیده هم وجود داشت که اداره امور سرپرستی فرزندی که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده است با ولی قهری اوست و پدر و جد پدری این اختیار را دارند؛ بنابراین حتی اگر مادر حساب را مفتوح کند حق برداشت از حساب را ندارد. با توجه به اینکه چالش‌های زیادی پس از تصویب لایحه قانونی الغای مقررات مخالف با قانون مدنی پیش آمد، اداره حقوقی قوه قضائیه طبق نظریه مشورتی خود در پاسخ به این پرسش که آیا طبق ماده‌واحد مصوب سال ۱۳۵۸ قانون افتتاح حساب نسخ شده است یا نه به صراحت اعلام کرد

که علی‌رغم لایحه قانونی الغای مقررات در صورتیکه مادر به نام فرزند خود حساب باز کرده باشد حق برداشت از حساب طفل صغیر و قبل از ۱۸ سال تمام را دارد و اختیارات مندرج در این قانون مغایرتی با الغای مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیومیت ندارد و اعلام شد که قانون‌گذار صریحاً اجازه تنظیم قرارداد مشروط بین مادر و طفل و بانک را اعطا کرده است و مادر می‌تواند از حساب برداشت کند؛ اما بعد از گذشت مدت زمان کوتاهی با ورود قانون عملیات بانکی بدون ربا که در سال ۱۳۶۲ به تصویب رسید و قانون‌گذار در ماده ۳ آن قانون مقرر کرده و انواع حساب‌ها را به دو دسته کلی قرض‌الحسنه و سپرده‌های سرمایه‌گذاری تقسیم‌بندی کرده و حساب پس‌انداز را ذیل حساب‌های قرض‌الحسنه قرار داده بود، تفسیر بر این بود که مادر فقط می‌تواند حساب پس‌انداز قرض‌الحسنه به نام طفل خود مفتوح کند. قانون‌گذار چندین سال بعد حساب‌های پس‌انداز را تعریف کرده و آن را ذیل حساب‌های قرض‌الحسنه قرار داده است در حالیکه قانون‌گذار در زمانی که این قانون را تصویب کرده است، هدفش از تجویز افتتاح حساب برای مادر این بوده است که تسهیلات بانکی به منظور تأمین آتیه فرزند صغیر باشد و هدف قانون‌گذار حمایت از افراد صغیر بوده است نه اینکه بخواهد امتیازی به مادران بدهد. همچنین حساب پس‌اندازی که آنجا یاد شده بود تعریفش با آنچه در تعریف قانون عملیات بانکی بدون ربا هست کاملاً مخالف است؛ در آنجا حساب‌ها یکپارچه بود و سوددهی داشت اما حساب‌های پس‌انداز قرض‌الحسنه که قانون عملیات بانکی بدون ربا تعریف می‌کرد هم بدون سوددهی است و هم بین حساب‌های قرض‌الحسنه تعریف شده است که سوددهی ندارد. از طرفی در قانون مدنی و از مسلمات فقه، این است که ولایت قهری برای پدر و جدپدری است و حضانت برای پدر و مادر. روشن است که ولایت یک نوع تکلیف است و به همین خاطر از آن به ولایت قهری تعبیر شده است، یعنی وظیفه‌ای است که قانون‌گذار شرعی برای پدر و جد پدری قرار داده است، اما در ماده ۱۱۶۸ قانون آمده است که حضانت حق و تکلیف ابوبین است، یعنی هر دو جنبه حق و تکلیف را دارد. البته در فقه عمدتاً قائل به این نظریه هستند که حضانت برای مادر حق است و جز در موارد خاص تکلیف نیست. منظور از حق این است که می‌تواند از این امتیازی که قانون‌گذار

شرعی در اختیار او گذاشته صرف نظر کند، اما اگر تکلیف باشد دیگر نمی‌تواند از آن صرف نظر کند. قانون مدنی به خاطر مصالحی که در نظر گرفته حضانت را برای مادر تکلیف می‌داند اما نکته اینجاست که در قانون مدنی و در فقه نه تعریف این دو مفهوم بیان شده است و نه قلمرو آن‌ها. منظور از اینکه حضانت با مادر است این است که چه کارهایی بر عهده مادر است، هر چند مواظبت و مراقبت به عنوان موارد حضانت مشخص شده است اما از این جهت که مواظبت و مراقبت شامل چه چیزهایی می‌شود مبهم است. این مسأله باعث شده است که در مواردی حضانت و ولایت با هم تداخل کنند و مسئله‌ای در هر دو قلمرو قرار بگیرد. این ابهام در فقه هم مطرح است. با توجه به قانون اجازه افتتاح حساب پس‌انداز برای اطفال مصوب ۱۳۵۷/۱/۲۱ ماده واحد - اطفالی که به سن دوازده سال تمام رسیده باشند می‌توانند به نام خود در بانک‌ها حساب پس‌انداز باز نمایند. حق برداشت از این حساب‌ها منحصرأً با دارنده حساب می‌باشد. دارندگان این حساب‌ها می‌توانند پس از رسیدن به سن پانزده سال تمام از حساب خود برداشت نمایند. تبصره - مادر می‌تواند به نام فرزند صغیر خود حساب پس‌انداز باز کند و حق برداشت از این حساب تا رسیدن صغیر به سن ۱۸ سال تمام فقط با مادر است. «مادر نیز می‌تواند به نام فرزند صغیر خود تمام انواع حساب‌های قرض الحسنه و سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار و غیره را افتتاح نماید. حق برداشت از این حساب‌ها تا رسیدن صغیر به سن ۱۸ سال تمام فقط با مادر است؛ اما بر آن اشکالاتی وارد است. از جمله:

۱- مادر برای فرزندش حسابی باز می‌کند. وقتی حسابی باز شود از جاهای مختلف می‌تواند وردی داشته باشد. در صورتیکه ورودی حساب منحصر به مادر نباشد و از طرق دیگر هم به این حساب پول وارد شود، تداخلی با حوزه ولایت ایجاد می‌شود؛ مثلاً اینکه این مال به‌عنوان مال فرزند حساب شود جزو امور مالی است. به نظر می‌رسد تا وقتی که بحث حضانت و ولایت اصلاح نشود هر مقرراتی که وضع شود نمی‌تواند درست باشد چون نوعی تداخل در آن حوزه است.

۲- در تبصره آمده است که تا رسیدن به سن رشد و سن ۱۸ سال، برداشت فقط با مادر باشد. این هم عبارت اخرای بحث قبل است و دخالت در امور مالی است. یا این از امور مالی هست یا نیست. وقتی ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی می‌گوید در امور مالی پدر و جد پدری ولی است، نمی‌توان گفت این شخص ولی هست ولی حق دخالت ندارد. پس اول باید این مسأله حل شود و این عبارت با آن ولایت سازگاری ندارد.

۳- در تبصره گفته شده که بعد از رسیدن ۱۵ سال تمام فرزند می‌تواند از حساب خود برداشت کند و این یک نوع توافقی است بین مادر و بانک که این حساب فقط برای فرزند باشد و او بتواند برداشت کند. اگر حساب مال خود مادر بود این توافق معنا داشت ولی وقتی گفته می‌شود حساب مال فرزند است، مادر چطور می‌تواند با بانک نسبت به مالی که مربوط به شخص دیگری است و در حوزه عملکرد شخص دیگری قرار می‌گیرد توافق کند. وقتی مقررات ما به صورت کلی می‌گوید امور مالی مربوط به ولی و در اختیار اوست با توافق هم نمی‌شود آن را عوض کرد.

۴- اینکه بیان شده به نحوی حساب پس‌انداز توسعه داده شود و حساب سرمایه‌گذاری را هم شامل شود، این به طریق اولی بحث مالی است و تا مسأله ولایت - حداقل در مواردی که مشکل دارد - حل نشود با این مسأله مواجه هستیم.

نکته مهم دیگر دامنه ولایتی است که پدر بر فرزند دارد. ولایت پدر قطعاً بر ولایت مادر مقدم است و این از نظر شرع از مسلمات است و مشهور فقها، جد را هم مطرح کرده‌اند. در نتیجه وقتی در مورد ولایت مادر صحبت می‌کنیم یا باید از ناحیه قانون ولایت مادر تصویب شده باشد، یا احراز شده باشد که پدر و جد صلاحیت ندارند یا هر دو متوفی شده باشند یا از باب وصایت باشد یا شرایط دیگری که حاکم شرع حکم داده باشد تا آن «فقط» که در تعبیر هست را بتوانیم استفاده کنیم؛ اما اگر وکالت باشد تعبیر «فقط» قدری مشکل ایجاد می‌کند.

با عنایت به سیر تحولات قانون‌گذاری و چالش‌هایی که فرا روی این قانون قرار گرفته است، از مجرای صحیح و به همان شکلی که قانون‌گذار در آن زمان در نظر داشته است قدرت اجرایی پیدا کند و بنابراین با پیشنهاد اصلاح قانون و اصلاح تبصره و تسری افتتاح انواع حساب‌ها، به مادر این حق داده شود که بتواند تمام حساب‌هایی که در کشور وجود دارد را به نفع فرزندش افتتاح کند.

مادر به جای اینکه حسابی برای فرزند درست کند و بین حوزه ولایت و حضانت تداخل شود، برای خودش حسابی باز کند منتهی با تعهد به نفع شخص ثالث که اینجا شخص ثالث، همان فرزند است؛ یعنی مادر حسابی باز می‌کند با این تعهد که هر مالی که وارد این حساب شد مال فرزند است، به این نحو که همه اختیارش برای مادر است چون برای اوست اما نفع را برای فرزند گذاشته است. حتی می‌توان مثلاً در قالب وصیت به این صورت قرار داد که اگر مادر قبل از سن رشد بچه فوت کرد این حساب مال فرزند بشود. بعد از سن رشد هم فرزند اختیار داشته باشد که از حساب برداشت کند. بر اساس این راهکار، در حوزه ولایت دخالتی نمی‌شود و مادر هر نوع حسابی هم می‌تواند باز کند و ممنوعیتی ندارد. همچنین نظام بانکی هم باید همین وضعیت را طراحی کند که مادر حسابی باز کند که خودش حق برداشت را داشته باشد و حساب مال خود او اما حقی برای فرزندش باشد و همه سرنوشت این حساب هم در دست خود مادر باشد تا اگر قبل از اینکه فرزند به رشد برسد، مادر فوت کرد، حساب به طور خودکار به فرزند منتقل شود. به نظر می‌رسد اگر این راهکار را پیش برویم اشکالاتی که گفته شد پیش نمی‌آید و عملاً همان نتیجه‌ای که طراحان این ماده مدنظر دارند حاصل می‌شود. می‌توانیم خدمات بانکی دیگر، حواله‌های بانکی، ضمانت‌های بانکی و گشایش اعتبارات اسنادی، صندوق امانات، خرید و فروش اوراق بهادار، خرید و فروش ارز را برای مادر قائل باشیم، یعنی اگر صرفاً برداشت از حساب مطرح باشد، خود را از امکاناتی که به غبطه و مصلحت فرزند است محروم می‌کنیم مصلحت فرزند ممکن است در جای دیگر باشد.

منابع و ماخذ

الف) کتب فارسی

۱. قرآن کریم
۲. امامی، سیدحسن (۱۳۹۰). حقوق مدنی. تهران: اسلامی. صفحه ۲۰۲.
۳. ابن بابویه (شیخ صدوق)، محمدبن علی بن بابویه. (۱۴۰۹ق). من لا یحضره الفقیه. ج ۵. تهران: نشر صدوق.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). مکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ نخست.
۵. بهبهانی (کرمانشاهی). محمدعلی (۱۴۲۱ق). مقام الفضل. ج ۱: قم مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی.
۶. حائری، سیدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. ج ۱۲. قم: مؤسسه آل بیت (ع)
۷. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۹۷۵). مبانی تکمله المنهاج، نجف، مطبعه الدب.
۸. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۴۰). لغت نامه دهخدا. تهران: دانشگاه تهران.
۹. زندی، محمدرضا (۱۳۹۱). رویه قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران در امور خانواده؛ طلاق، نکاح، حضانت. تهران: انتشارات جنگ.
۱۰. سلطانی محمد (۱۳۹۸) حقوق بانکی، چاپ چهارم، بنیاد حقوقی میزان، ص ۱۰۶.

۱۱. صفائی، سید حسین و قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۹۲). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ نوزدهم، تهران: نشر سمت، صص ۲۲۸-۲۲۹.
۱۲. صفایی، سیدحسن و امامی، اسدالله (۱۳۸۸). مختصر حقوق خانواده. چاپ ۲۱. میزان، صص ۴۱۸-۴۱۹.
۱۳. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷). مبسوط فی فقه الامامیه، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
۱۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر حلی (۱۴۲۳). تحریر الاحکام، بیروت: مؤسسه آل بیت لطباعه و النشر.
۱۵. عاملی، محمد بن مکی (۱۳۶۹). القواعد و الفوائد، تحقیق سید عبد الهادی حکیم، جلد ۵، قم، انتشارات دآوری.
۱۶. عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ دوم.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران: نشر میزان، ص ۴۰۷.
۱۸. گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۰۹ق). مجمع المسائل. ج ۲: قم دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۷۸.
۱۹. معین، محمد. (۱۳۵۰). فرهنگ فارسی. ج ۱. تهران: انتشارات امیرکبیر، ص ۱۳۶۰.
۲۰. مقامی نیا، داریوش (۱۳۹۸). ابعاد حقوقی ازدواج محجورین در حقوق ایران، ناشر: قانون یار، ۱۴۸ صفحه.

۲۱. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۹۲). تحریر الوسیله. ج ۲. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۴۳.
۲۲. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۹). احکام بانوان. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱). انوارالاصول، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)
۲۴. مظاهری، معصومه و افقه، آلا سادات (۱۳۹۵). نقدی بر محدودیت قانونی حضانت مادر پس از فوت پدر در نظام حقوقی ایران، خانواده پژوهشی، ۱۲ (۴۷)، ۵۱۹-۵۰۱.
۲۵. مهریزی، مهدی (۱۳۹۱). شخصیت و حقوق زن در اسلام، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۲۶. نراقی، احمد (۱۴۱۵)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل بیت علیهم اسلام، چاپ نخست.
۲۷. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج ۳۱. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ب- مقاله‌ها
۲۸. اسدی، لیلا سادات (۱۳۸۶). ظرفیت حکومت اسلامی و ضرورت ولایت مادر. مطالعات راهبردی زنان، شماره ۳۵، ۳۶-۳۱.
۲۹. بیگدلی، سعید (۱۳۹۰). مشکلات و خلاءهای قانونی نهاد حضانت در نظام حقوقی ایران. دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق). شماره ۵۵، ۲۴-۵.

۳۰. حسنی، ناهید (۱۳۹۷). حقوق محجورین در فقه و قانون، ناشر: سنجش و دانش، گروه آموزشی مدرس، ۲۲۸ صفحه.

پ- پایان نامه

۳۱. ایرانمنش، محسن (۱۳۷۴). حضانت اطفال. پایان نامه کارشناسی ارشد، حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)

ت- مجله

۳۲. قراچورلو، رزا (۱۳۸۷). نقد و بررسی لایحه جدید حمایت از خانواده، مجله وکالت، شماره ۳۷، ۳۸، ص ۷۳.