

## Coercive guardianship in Iranian law and a similar institution in American law

Hasan Falah<sup>1</sup>, Seyed Javad Seyed Alizadeh Ganji<sup>2</sup>, Behnam Ghanbarpor<sup>3</sup>

### Abstract

**Field and Aims:** Islamic law in the countries that follow the Imami jurisprudence has given guardianship of the child to the father, and also placed the paternal grandfather on the same level as the father, and each of them has compulsory guardianship to manage financial affairs. And the minor's non-financial status and his legal representation, whether during the other's lifetime or after his death. According to the civil law, the father has compulsory guardianship, but the mother is deprived of the right of guardianship over her child, unless the mother becomes the special guardian according to the will of the father. This is despite the fact that in many countries, the benefit of the child is often considered and not the gender of his parents. In the previous laws of America, as in Iran, it was the father whose role in custody was important, and the mother was deprived of all custody rights of her child. Therefore, in this research, we are going to examine what is the position of coercive guardianship in Iranian and American law?

**Method:** This article has been done in a descriptive-analytical way.

**Finding and Conclusion:** Legal custody is a right and obligation that is given to parents to make important decisions in the child's life after divorce. With the passage of time and changes in the laws, the mother also had rights and duties alongside the father. The benefit of the child is the most important change in custody rights, and the courts should give custody to the most qualified person, either the father or the mother, based on the hypothesis of the best interest of the child. . The examination of the legal system of Iran and the United States shows that there are basic similarities and some important differences in the two legal systems of Iran and the United States regarding guardianship and guardianship of children.

**Keywords:** coercive guardianship, American law, Iranian law, guardianship, child custody, child benefit.

\*Citation (APA): Falah, H., Seyed Alizadeh Ganji .J., Ghanbarpor, B. (2023). Coercive guardianship in Iranian law and a similar institution in American law. *International Legal Research*, 16(60), 157-178.

[https://alr.ctb.iau.ir/article\\_700513.html?lang=en](https://alr.ctb.iau.ir/article_700513.html?lang=en)

1. Ph.D student in private law, Qaemshahr Branch, Islamic Azad University, Qaemshahr, Iran.

Email: hasanfalah64@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Qaemshahr Branch, Islamic Azad University, Qaemshahr, Iran. (Author). Email: dr.javadganji@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Law, Qaemshahr Branch, Islamic Azad University, Qaemshahr, Iran. Email: behnamghanbarpor45@yahoo.com



## Introduction

Investigating issues related to the family is of particular importance and requires special care. Forced guardianship is among the issues that arise from family relationships, and a forced guardian is a person who is determined by law and takes his position directly from the law, and his guardianship is a family and social duty, in other words, compulsory, which is called forced. On the other hand, in the legal system of the United States of America, an institution called guardianship is not foreseen and a similar institution should be considered as guardianship. Unlike guardianship, which is coercive, custody is granted based on the decisions of the courts to the person who can provide the best interests of the child.

The course of custody in the American legal system started with the absolute rights and authority of the father and with the passage of time and the growing dissatisfaction of women, especially the wealthy classes, led to the reformation of these strict laws. Based on this process of evolution, which is still ongoing, children are born free and the freedom of the gift of nature and the care of the child is not limited to his parents. The year 1970 can be considered a turning point in custody that leads to the hypothesis of the best interest of the child. Based on that, it is the benefit and conditions of the child that requires that a person be given custody of the child by the courts, according to the factors that are in the best interest of the child predicted in each state.

In Imami jurisprudence and Iranian law, the compulsory guardianship of the father and paternal grandfather is recognized, and in this way, two guardians are considered for the child. If the subject of the acts of guardianship of the father and paternal grandfather is a single legal act and there is customary symmetry between the two acts, a conflict arises regarding the influence and non-influence of each of the two acts. In order to solve this conflict, the jurists have put forward different points of view with different bases. Some people, citing the analogy of the priority and precedence of the causal principle over the causal principle, have considered the paternal grandfather's guardianship over the father's guardianship, and others have tried to show the father's guardianship over the paternal grandfather's guardianship (Masjed Saraei and others, 2015: 2).

Therefore, considering the importance of examining the laws of other countries and examining its strengths and weaknesses, if there are strengths, it can be suggested on the condition that it does not conflict with Sharia. Considering the influence of the thought and experiences of other countries, it is necessary to reflect the theories of European and American countries regarding family and child rights. In this research, the researcher wants to pay more attention to the gender of the parents in determining custody and guardianship and more than entering into jurisprudence.

## Conclusions

In line with this issue, we tried to first provide definitions and important points in Iran, and then move on to presenting important points and theories in America. It should be noted that the matter of guardianship by itself was not seen in the American laws as in accordance with forced guardianship in Iran, and what was important was custody - in the role of caregiver.

Unlike Iran, where the legal rule of guardianship has been fixed from the beginning to this day and the right of guardianship and grant has been granted to the father and the paternal grandfather in the United States, and it has always been changing and updating. In times when family law was under the jurisdiction of the courts appointed by the church, the courts followed the hypothesis of the natural guardian father, and it was the father whose role in custody was important, and mothers had



no role in the custody of the child. In later periods, due to the emergence of freedom, hypotheses such as mother's love arose, which caused the American courts to reconsider their decisions regarding the granting of custody and give the mother the right to custody of the child by following this hypothesis.

From 1970 until today, the hypothesis of the best interest of the child is the hypothesis that the courts of different American states follow to determine the right person for the custody of the child. In this hypothesis, it is the benefit of the child that is important. It is the interest of the child that requires the courts to vote for the custody of the father or mother either jointly or to a third person, according to the circumstances of the child and the parents and their ability.

The reasons for the fall of guardianship and guardianship in the two countries are similar to some extent. In Iran, the guardianship is lost due to the loss of legal capacity, the guardian's disbelief and disobedience, jealousy and betrayal of the child's property. In America, any action by the guardian that threatens the future of the child and causes problems for the child, and material, spiritual and physical damages, and in general, if the child's interest is not respected by the guardian, the right to custody will be revoked. Among these cases, we can mention violence at home, child threats, child abuse, lack of responsibility and lack of stability. Regarding the powers, the scope of powers of the guardian in Iran, based on Article 1183 of the Civil Code, includes managing the financial and non-financial affairs of the client. Among the guardian's powers in non-financial matters, one can refer to 1- personal affairs, 2- marriage, 3- permission to leave the country, 4- divorce, 5- the right of intercession, 6- retribution, 7- appointment of the executor, 8- oath, 9- prosecution. The plaintiff pointed out against Molly.

Regarding the limited powers of the guardian in America, it can be mentioned that in American law, custody is divided into two categories, legal custody and physical custody.

Legal custody is the right and obligation given to parents to make important decisions in the life of the child after divorce. Legal custody gives parents the right to make long-term decisions about child rearing, property management, and key aspects of the child's well-being, including the child's education, medical care, dental care, and religious instruction. Physical custody is a right to live and maintain a child; There are basic similarities and some important differences in the two legal systems of Iran and the United States regarding guardianship and guardianship of children. Including

Similarities include:

Children's interests are the main issue regarding guardianship and guardianship in Iran and America, institutional provision in both countries to manage children's affairs, in Iran guardianship in America.

Regarding the differences, it should be said that in America, there is no institution called guardianship, Iranian law does not grant guardianship to the mother, but in America, it is possible for the courts to give legal and physical custody to the mother. Also, the range of powers of a guardian in Iran is very large, but in America, the powers of guardians include limited cases. In addition, guardianship in Iran is compulsory, and only fathers and paternal grandparents have the opportunity to become guardians. But in America, it is the benefit of the child that determines which person will take custody.



## ولایت قهری در حقوق ایران و نهاد مشابه در حقوق آمریکا

حسن فلاح<sup>۱</sup>، سید جواد سید علیزاده گنجی<sup>۲</sup>، بهنام قنبرپور<sup>۳</sup>

### چکیده

**زمینه و هدف:** حقوق اسلامی در کشورهایی که از فقه امامیه پیروی کرده است، ولایت بر طفل را بر عهده پدر قرار داده است و همچنین جد پدری را هم تراز و در ردیف پدر قرار داده و برای هر یک از آنان ولایت قهری برای اداره امور مالی و غیرمالی صغیر و نمایندگی قانونی او چه در زمان حیات دیگری و چه پس از فوت او قائل شده است. مطابق قانون مدنی نیز پدر دارای ولایت قهری است، اما مادر از حق ولایت بر فرزند خود محروم می‌باشد، مگر آنکه به موجب وصیت پدر، مادر ولی خاص شود. این در حالی است که در بسیاری از کشورها، غالباً منفعه فرزند مورد توجه است و نه جنسیت والدین او. در حقوق پیشین آمریکا نیز همانند ایران این پدر بود که نقشش در حضانت اهمیت داشت و مادر از تمامی حقوق حضانت فرزند خود محروم بود. لذا در این پژوهش به بررسی این امر می‌پردازیم که ولایت قهری در حقوق ایران و حقوق آمریکا از چه جایگاهی برخوردار است؟

**روش:** این مقاله به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است.

**یافته‌ها و نتایج:** حضانت قانونی، حق و تعهدی است که به والدین جهت تصمیم‌گیری‌های مهم در امور زندگی کودک پس از طلاق داده می‌شود. با گذشت زمان و تحول در قوانین، مادر نیز در کنار پدر دارای حقوق و تکالیفی گردید. منفعه طفل مهم‌ترین تحول در حقوق حضانت بوده و دادگاه‌ها می‌بایست بر مبنای فرضیه بهترین منفعه طفل، حضانت را به شایسته‌ترین شخص اعم از پدر یا مادر بدهند. بررسی نظام حقوقی ایران و آمریکا نشان می‌دهد که شباهت‌های اساسی و بعضی تفاوت‌هایی مهم در دو سیستم حقوقی ایران و آمریکا در خصوص ولایت و سرپرستی کودک وجود دارد.

**کلیدواژه‌ها:** ولایت قهری، حقوق آمریکا، حقوق ایران، قیمومت، حضانت طفل، منفعه طفل.

\* استناددهی (APA): فلاح، حسن؛ سید علیزاده گنجی، سید جواد؛ قنبرپور، بهنام. (۱۴۰۲). ولایت قهری در حقوق ایران و نهاد مشابه در حقوق آمریکا. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۶(۶۰)، ۱۵۷-۱۷۸.

[https://alr.ctb.iau.ir/article\\_700513.html](https://alr.ctb.iau.ir/article_700513.html)

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران.

رایانامه: hasanfalah64@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران. (نویسنده مسئول).

رایانامه: dr.javadganji@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد قائمشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران.

رایانامه: behnamghanbarpor45@yahoo.com

## مقدمه

بررسی مسائل مربوط به خانواده از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و دقت خاصی می‌طلبد. ولایت قهری از جمله موضوعاتی است که ناشی از روابط خانوادگی بوده و ولی قهری، شخصی است که به حکم قانون تعیین شده و سمت خود را مستقیماً از قانون می‌گیرد و ولایت او یک وظیفه خانوادگی و اجتماعی و به بیان دیگر اجباری است که اصطلاحاً آن را قهری می‌گویند. در مقابل در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، نهادی به نام ولایت پیش‌بینی نشده و می‌بایست نهاد مشابه را حضانت دانست. برخلاف ولایت، که قهری است حضانت بر مبنای تصمیمات دادگاه‌ها در به شخصی که منفعت طفل را بهتر بتواند تأمین کند اعطا می‌شود.

سیر حضانت در نظام حقوقی آمریکا از حقوق و اختیارات مطلق پدر شروع و با گذشت زمان و نارضایتی‌های روزافزون زنان به ویژه طبقات ثروتمند اصلاح در این قوانین سخت را منجر گردید. بر مبنای این سیر تحول که همچنان ادامه‌دار است کودکان، آزاد متولد شده و آزادی موهبت طبیعت و مراقبت از کودک به والدین او محدود نمی‌شود. سال ۱۹۷۰ را می‌توان نقطه عطفی در حضانت که منتهی به فرضیه بهترین منفعت طفل می‌گردد دانست. بر مبنای آن منفعت و شرایط طفل است که ایجاب می‌کند چه شخصی توسط دادگاه‌ها آن‌هم با رعایت فاکتورها بهترین منفعت طفل پیش‌بینی شده در هر ایالت حضانت طفل را عهده‌دار گردد.

در فقه امامیه و حقوق ایران، ولایت قهری پدر و جد پدری به رسمیت شناخته شده و به این ترتیب، دو ولی برای طفل در نظر گرفته شده است. در صورتی که موضوع اعمال ولایت پدر و جد پدری، عمل حقوقی واحدی بوده و میان آن دو عمل، تقارن عرفی وجود داشته باشد، درباره نفوذ و عدم نفوذ ولایت هریک، تعارض به وجود می‌آید. فقها در مقام رفع این تعارض، دیدگاه‌های مختلفی را با مبانی متفاوت از هم مطرح کرده‌اند. عده‌ای با استناد به قیاس اولویت و تقدم اصل سببی بر اصل مسببی، ولایت جد پدری را بر ولایت پدر مقدم دانسته و عده‌ای دیگر با استناد به سیره متشرعیه تلاش کرده‌اند تا ولایت پدر را بر ولایت جد پدری مقدم نشان دهند (مسجد سرایی و دیگران، ۱۳۹۵: ۲).

لذا با عنایت به اهمیت بررسی قوانین کشورهای دیگر و بررسی نقاط ضعف و قوت آن می‌توان در صورت وجود نقاط قوت، آن را به شرط عدم تعرض با شرع پیشنهاد داد. با توجه به تأثیر اندیشه و تجربیات سایر کشورها لازم است تا نظریه‌های کشورهای اروپایی و آمریکایی در خصوص حقوق خانواده و فرزند منعکس شود. در این تحقیق، محقق بر آن است تا بیش از توجه به جنسیت والدین، در تعیین حضانت و ولایت و بیش از آنکه به فقه وارد شود.





## ۱. ماهیت حضانت در قوانین ایران و آمریکا

### ۱-۱. حضانت در قوانین ایران

ولایت از نظر لغوی «به دو چیز که در کنار هم قرار گیرند به طوری که بین آن‌ها فاصله‌ای نباشد» اطلاق می‌گردد (راغب اصفهانی، ۱۴۲۰: ۷۵۴). در اصطلاح عبارت است از: «امارت و سلطنت، یاری و نصرت، دوستداری و قرابت» (جزری، ۱۳۹۰: ۲۲۸) در تعریف حقوقی ولایت نیز آمده: است «ولایت سلطه و اقتداری است که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام می‌دهد» (امامی، ۱۳۹۰: ۲۰۲).

در بررسی دلایل مربوط به حضانت، چنین استنباط می‌گردد که در شرایط عادی، حضانت کودک بر والدین واجب کفایی بوده و حدود آن بستگی به شرایط و توان آن‌ها دارد.<sup>۱</sup> حقوق اسلامی در کشور که از فقه امامیه پیروی کرده است، ولایت بر طفل را بر عهده پدر قرار داده است و همچنین جد پدری را هم‌ردیف پدر قرار داده و برای هر یک از آنان ولایت قهری برای اداره امور مالی و غیرمالی صغیر و نمایندگی قانونی او چه در زمان حیات دیگری و چه پس از فوت او قائل شده است. هر یک از آنان مکلف است مصلحت محجور را رعایت کند و چنانچه اعمالی برخلاف مصلحت او از دیگری مشاهده کرد، جلوی او را بگیرد و در صورت لزوم برای حفظ حقوق محجور به مقامات صالح قانونی رجوع کند. در واقع در نظام مورد قبول فقه امامیه، پدر و جد پدری در اداره امور محجور با یکدیگر همکاری و اعمال یکدیگر را کنترل می‌کنند و در عین حال برای اینکه تأخیری در کارها به زیان محجور روی ندهد، هر یک می‌توانند به استقلال اقدام کنند و در صورت حجر یا ناتوانی یا عزل یکی از آن دو، اداره امور صغیر بر عهده دیگری خواهد بود.

ولی قهری شامل پدر و جد پدری است که سمت آن‌ها با انتصاب دیگری ایجاد نمی‌شود. مطابق قانون مدنی، پدر دارای ولایت قهری است، اما مادر از حق ولایت بر فرزند خود محروم می‌باشد، مگر آنکه به موجب وصیت پدر، مادر ولی خاص شود. در ماده ۱۱۸۰ ق.م. آمده: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد؛ همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد». نکته دیگر در مورد وجود ولایت برای جد پدری در کنار پدر است که در مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی مقرر شده است. باید توجه داشت که ثبوت ولایت برای جد پدری از نظر فقه امامیه، امری مسلم است و افزون بر وجود روایات کثیر بر صحت آن، مورد اجماع فقهاست و در این باره اختلاف نظری وجود ندارد.

در واقع به این صورت می‌توان ولایت قهری و اختیارات او را طبقه‌بندی کرد: شرایط برای دارا شدن ولایت قهری: الف) وجود رابطه ابوت؛ ب) اهلیت؛ پ) مسلمان بودن و همچنین اختیارات

۱. این موضوع در آیه (۲۳۳) سوره بقره نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

ولایت قهری؛ شامل: الف) تزویج کردن طفل غیر بالغ پسر یا دختر زیر سیزده سال، ب) اجازه خروج از کشور، پ) طلاق، ت) قصاص، ث) تعیین وصی.

## ۲-۱. حضانت در قوانین آمریکا

در ابتدا باید به این موضوع توجه داشت که کودک در آمریکا تحت لوای قوانینی متفاوت با ایران قرار دارد. در واقع ولایت قهری به معنای آنچه در ایران وجود دارد در آمریکا دیده نمی‌شود و می‌بایست نهاد مشابه را حضانت دانست. حضانت فرزند در آمریکا به دودسته حضانت قانونی و جسمانی تقسیم می‌شود.

برخلاف قانون ایران که احکام ولایت از ابتدا تا به امروز دچار هیچ‌گونه دگرگونی نگردیده، در آمریکا حضانت در دوره‌های مختلف دچار تحولات اساسی گردیده لذا در این بخش لازم است به مطالعه‌ی تغییر ادراک اجتماعی از حضانت طفل در قانون آمریکا پردازیم تا با تاریخچه‌ای از تغییرات و نظریه‌ها در این زمینه آشنا شویم. تاریخچه قانون طلاق در انگلستان و آمریکا نشان می‌دهد که تصمیم‌گیری درباره‌ی حضانت طفل بر پایه‌ی تعصبات و پیش‌داوری‌های اجتماعی مربوط به هویت و جنسیت زن و مرد صورت می‌گیرد، تا اینکه بر پایه لیاقت یکی از والدین یا به نفع طفل. در حقوق آمریکا صغیر، کسی است که اهلیت کامل قانونی ندارد و عدم برخورداری این اشخاص برای ممانعت و جلوگیری این افراد نیست، بلکه برای حمایت از آن است. از آنجاکه حقوق خانواده و حقوق اطفال در ارتباط تنگاتنگ باهم قرار دارند. در حقوق کامن‌لا چنین آمده است که: «فرزند ممکن است از پدر و مادر غیرمسئول گرفته‌شده و به مقامات محلی واگذار گردد، و آن در صورتی است که فرزند در معرض خطر یا آسیب شدید جسمی و روحی قرار بگیرد».

## ۲. محدوده اختیارات ولی قهری و سرپرست در حقوق ایران و آمریکا

### ۲-۱. اختیارات ولی در نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران ولی در کلیه امور مالی و غیرمالی صغیر اختیار تام دارد. در ماده ۱۱۸۳ ق.م.آ. آمده است: «در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی‌علیه، ولی نماینده قانونی وی می‌باشد». ماده ۷۳ قانون امور حسبی در صورت وجود ولی قهری برای صغیر، دخالت دادستان را فاقد وجهت دانسته و مقرر می‌دارد: «در صورتی که محجور، ولی و وصی داشته باشد دادستان و دادگاه حق دخالت در امور او را ندارند». اگرچه ماده ۱۱۸۳ ق.م.آ. صرفاً به اختیارات ولی در اداره اموال صغیر اشاره کرده است اما ولی در کلیه امور غیرمالی صغیر نیز حق دخالت دارد (اسدی، ۱۳۶۸: ۴۶). از آن جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:



## ۲-۱-۱. پیرامون امور شخصی

در تصرفات غیرمالی اصل عام بودن اختیارات ولی حاکم نمی‌باشد، فلذا اختیارات ولی در امور غیرمالی در مواردی است که این نص خاصی وجود دارد.

ولی قهری علاوه بر اداره مالی مولی‌علیه، حق اداره امور غیرمالی و شخصی او را نیز دارد، ولی می‌تواند، مولی‌علیه را جهت کسب و فراگیری علم و دانش، تعلیم و تربیت و ادب به مدرسه بفرستد، می‌تواند او را برای کسب مهارت و فن نزد صاحب فن و صنعت بسپارد، همچنین ولی می‌تواند او را جهت یادگیری چیزهایی که در رشد جسمی و روانی او مؤثر است از قبیل شرکت در مجالس، شرکت در کلاس‌های دینی، شرکت در کلاس‌های ورزشی و این قبیل مجالس و کلاس‌ها اعزام نماید، او را به گردش و تفریح ببرد، در موقع لزوم او را به مسافرت‌های علمی و تفریحی بفرستد، خلاصه هر چیزی که در رشد جسمی و معنوی طفل مؤثر است و ولی به صلاح او می‌داند باید انجام دهد و هزینه تمام موارد فوق را می‌تواند از اموال مولی‌علیه پردازد (جعفری لنگرودی، بی تا: ۱۲۴). البته در این زمینه پیرامون حق حضانت مادر نیز مقرراتی در قانون ملاحظه می‌گردد. بر این اساس سرپرستی و نگهداری طفلی که پدر و مادر او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند تا سن ۷ سالگی با مادر است و در این خصوص میان طفل پسر یا دختر تفاوتی نمی‌کند.

آنچه در این خصوص اهمیت دارد استفاده از لفظ "حق" است که در تمامی روایات دال بر موضوع حضانت به کار رفته است؛ زیرا این واژه، بر محق بودن هر دوی آن‌ها دلالت می‌کند با این تفاوت که در سن خاصی از زندگی کودک، اولویت پذیرش این مسئولیت با یکی از آن‌هاست بدون این که الزامی در کار باشد. بر این اساس، اگر بر فرض، پدر در مرحله‌ای از زندگی کودک، اولویت حضانت داشته باشد و جدا کردن کودک از مادر برای یکی از مادر و کودک یا هر دو، مشکلات غیر قابل تحملی را به دنبال داشته باشد، حق اولویت پدر از بین می‌رود و میبایست ادامه حق سرپرستی به مادر سپرده شود. (علی محمدی و خاکساری، ۱۳۹۵: ۱۴۱)

## ۲-۱-۲. پیرامون نکاح

یکی از حقوق غیرمالی، نکاح مولی‌علیه است که البته به علت وجود مهر در کنار نکاح هم‌چهره غیرمالی دارد و هم‌چهره مالی دارد و در سنین مولی‌علیه مختلف است. چنانچه ماده ۱۰۴۱ اصلاحی قانون مدنی که در توسط مجمع تشخیص مصلحت اصلاح گردیده است عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط به اذن ولی به شرط مصلحت با تشخیص دادگاه صالح است.

بنابراین اجازه نکاح قبل از رسیدن به این سن به تشخیص ولی قهری می‌باشد که باید به مصلحت عقد نکاح مولی‌علیه رو در جهت خوشبختی او در نظر بگیرد و این مصلحت را دادگاه صالح نیز باید تأیید کند. اصلاح این ماده که شامل تعیین سن و تشخیص دادگاه صالح بوده، گامی

به سوی ارتقای سطح ازدواج با شرایط فعلی جامعه می‌باشد. چنانچه در ماده ۱۰۴۱ بعد از اصلاح، با استبداد و خودسری ولی قهری ممکن بود به فلاکت مولی علیه در امر نکاح بیانجامد، حتی بدون اینکه ولی عمدی داشته و آگاه به عمل خود بوده باشد، به هر جهت رعایت مصلحت در دو ماده ۱۰۴۱ قبل و بعد از اصلاحی مشترک می‌باشد. به همین دلیل برخی استفتائات فقها که رعایت مصلحت در آن اساس عقد نکاح را تشکیل می‌دهد بیان می‌نماید (جان محمدی، ۱۳۸۲: ۵۷).

لازم به ذکر است که ولی، هم قصد انشاء و هم قبول رضا می‌نماید و تنها در مولی علیه بالغه می‌باشد که این اذن مشترک می‌باشد: پدر و جد پدری می‌توانند (در صورت ضرورت) برای فرزند نابالغ یا دیوانه خود ازدواج کنند و بعد از آنکه طفل بالغ شد یا دیوانه عاقل گردید، بنابر احتیاط واجب آن را بر هم نزنند؛ بنابراین چنانچه غبطه و مصلحت مولی علیه توسط ولی قهری، اعمال و احراز آن توسط دادگاه تأیید شده باشد. مولی علیه بعد از رشید شدن نباید آن را به هم بزنند.

اما اگر دختر بالغه رشیده که اذن نکاح بین او و ولی قهری مشترک است نظر از ازدواج با فردی هم کفو، خود را داشته باشد و در جهت مصلحت هم باشد، ولی از دادن اجازه مضایقه کند تکلیف عقد نکاح چه خواهد بود؟ قانون مدنی اصلاحی در ماده ۱۰۴۳ به این سؤال این گونه پاسخ می‌دهد: نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر و جد پدری، بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید (فهیمی، ۱۳۸۵: ۸۵).

### ۲-۱-۳. اجازه خروج از کشور

خروج صغیر از کشور باید با اجازه ولی باشد. به این حکم هم در بند یک ماده ۱۸ قانون گذرنامه بدین صورت اشاره شده است «اشخاصی که کمتر از ۱۸ سال تمام دارند و کسانی که تحت ولایت یا قیمومیت می‌باشند با اجازه کتبی ولی یا قیم آنان می‌توانند از کشور خارج شوند».

قوانین خروج از کشور برای فرزندان که کمتر از ۱۸ سال دارند با قوانین خروج از کشور برای آنها که به بالای ۱۸ سال رسیده‌اند متفاوت است. تا همین چند سال پیش نیز قوانین خروج از کشور برای دختران با پسران متفاوت بود اما امروزه از قوانین یکسانی در این زمینه برخوردار هستند. امروزه تنها اقشاری که برای خروج از کشور نیاز به اجازه دیگری دارند، زنان متأهل و افرادی هستند که با توجه به قوانین موجود در زمره محجورین قرار می‌گیرند. حتی برخی از زنان متأهل نیز طبق برخی از قوانین صدور اجازه خروج از کشور را بدون اخذ اجازه از همسرشان دارند

با این حال موضوع اصلی مقاله در ارتباط با خروج از کشور بدون اجازه پدر است که صرفاً مشمول فرزندان می‌گردد.

مسئله زمانی چالش‌برانگیز می‌شود که پدر و مادر از هم جدا شده و فردی که حضانت فرزندان را بر عهده دارد بخواهد از کشور خارج شود. در این شرایط چه کار باید کرد؟ در این موارد قانون مشخص کرده است که هر کدام از طرفین که حضانت طفل را دارد بدون اجازه طرف مقابل نمی‌تواند حتی نسبت به خروج فرزند از آن شهر نیز اقدام نماید چه برسد به اینکه وی را از کشور خارج کند با این تفاوت که در این خصوص نیاز به اخذ دستور موقت از دادگاه می‌باشد تا نسبت به ممنوع‌الخروجی اقدام نماید. بنابراین تفاوتی ندارد کودک نزد مادر زندگی می‌کند یا نزد پدر در هر صورت اگر مادر یا پدر بخواهد کودک را با خود به مسافرت خارج یا اقامت خارج از کشور ببرد باید موافقت طرف مقابل را جلب نماید؛ در غیر این صورت باید تا ۱۸ سالگی اولاد خود صبر نماید که بعد از آن نیز اولاد دیگر اجباری برای پذیرش این امر ندارند. در این صورت می‌توان به دادگاه مراجعه نمود و مصلحت کودک را در خروج از کشور اثبات کرد. در این صورت اصولاً از متقاضی یک تأمین مناسبی اخذ می‌شود و سپس اجازه خروج از کشور نیز صادر می‌گردد. این تأمین اصولاً به صورت درج وثیقه است.

## ۲-۱-۴. پیرامون طلاق

در خصوص طلاق باید گفت که ولی نمی‌تواند طلاق فرزند تحت ولایت خود را چه با عوض باشد و چه بدون عوض منعقد سازد بلکه باید تا قبول او صبر نماید تا خود او، در مورد طلاق دادن همسرش تصمیم بگیرد زیرا طلاق امری شخصی است، اما در مورد فسخ نکاح وقتی که موجب فسخ نکاح وجود داشته باشد و در مورد بخشیدن مدت متعه این سؤال مطرح است که آیا ولی می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند و یا مدت را در نکاح منقطع ببخشد در این مورد دو نظر وجود دارد:

عده‌ای آن را ملحق به طلاق دانسته گفته‌اند؛ ولی حق این کار را ندارد. عده‌ای دیگر گفته‌اند ملحق به طلاق نمی‌شود بنابراین ولی می‌تواند عقد نکاح را زمانی که موجب فسخ آن موجود باشد فسخ کند و یا مدت را در نکاح منقطع بذل نماید، زیرا آنچه ولی از آن منع شده طلاق است فلذا اطلاق روایات را باید در موردش که طلاق است حاکم بدانیم (صفایی و امامی، بی تا: ۱۹۲)

بنابراین ولی نمی‌تواند طلاق صغیر خود را منعقد نماید و در این مورد فرقی نمی‌کند که صغیر، پسر یا دختر باشد. در خصوص طلاق مجنون، آنچه باید گفت این است که مجنون دائمی چون فاقد قوه درک بوده تمام اعمال او از جمله طلاق باطل است، اما از آنجاکه حالت جنون در مجنون دائمی ممکن است مدت‌ها ادامه پیدا کند و دوام زندگی زناشویی نیز به ضرر او باشد، استثنائاً قانون‌گذار به ولی و قیم مجنون اختیار داده است که با رعایت مصلحت مولی‌علیه زن او را

طلاق دهد (باباخانی، ۱۳۷۷: ۱۳۲). ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی در این باره بیان می‌دارد: ولی مجنون دائمی می‌تواند در صورت مصلحت مولی علیه زن او را طلاق دهد.

ماده ۸۸ قانون امور حسبی نیز در این باره می‌گوید: «... هر گاه طلاق زوجه مجنون لازم باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه قیم طلاق می‌دهد». از ملاحظه مواد ۱۱۷۳ قانون مدنی و ماده ۸۸ قانون امور حسبی این نتیجه گرفته می‌شود که قانون مدنی طلاق زن مجنون دائمی را مجاز شمرده اما در ماده ۸۸ امور حسبی صحبتی از این قید دائمی دیده نمی‌شوند بنابراین باید گفت آیا قانون امور حسبی قید قانون مدنی را از بین برده است یا خیر؟

در پاسخ باید گفت که اصولاً در طلاق این زن و شوهر هستند که درباره آن تصمیم می‌گیرند اما استثنای مربوط به طلاق زوج مجنون به خاطر این است که امکان دارد عارضه جنون به زودی رفتن نشود و مصلحت او اقتضاء کند که از همسرش جدا شود این دلیل در صورتی مورد پیدا می‌کند که جنون شوهر دائمی باشد؛ اما مجنونی ادواری می‌تواند در دوران افاقه همسر خود را طلاق دهد (صادقی نیجکوهی، ۱۳۸۹: ۱۰۱).

## ۲-۱-۵. حق شفعه

شفعه عبارت از تملک حصه فروخته شده شریک، به وسیله شریک دیگر می‌باشد (جعفری لنگرودی، بی تا: ۴۱۳). ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز درباره این گوید: هر گاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او دهد حصه میبعه را تملک کند، این حق را شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.

حال اگر شریک صغیر سهم خود را از مال غیرمنقول قابل تقسیم بین خود و صغیر را به دیگری بفروشد در این مورد حق شفعه ایجاد میشود و اعمال حق شفعه چون ایقاع است نیاز به اهلیت شفیع دارد بنابراین در صورتی که شفیع به جهتی از جهات (مجنون، صغیر، غیر رشید) محجور باشد ولی او می‌تواند با رعایت غبطه و مصلحت او از حق شفعه استفاده نماید و چنانچه مصلحتی نداشته باشد از آن استفاده ننماید؛ اما هر گاه ولی از اخذ به شفعه چنانچه به مصلحت مولی علیه باشد امتناع کند، مولی علیه پس از رفع حجر میتواند خود اخذ به شفعه نماید زیرا به وسیله بیع حق شفعه برای محجور پیدایش یافته و تاخیر در اخذ به شفعه در اثر جنون و صغر عذر قانونی شناخته می‌شود و تقصیر ولی موجب سقوط حق محجور نمی‌گردد. در صورتی که ولی سهم خود را که با مولی علیه شریک است به دیگری بفروشد آیا حق شفعه برای مولی علیه با وجود می‌آید یا خیر؟

به نظر می‌رسد که جواب سؤال فوق مثبت باشد زیرا تمام شرایط ایجاد حق شفعه در آن وجود دارد. بعلاوه فروش به عنوان مالک بودن و استفاده از حق شفعه به عنوان ولایت و نمایندگی مانع از ایجاد حق شفعه نمی‌گردد. همچنین اگر ولی سهم مولی علیه خود را که با او شریک است به

دیگری بفروشد برای ولی به‌عنوان شریک دیگر حق شفعه ایجاد شده و او می‌تواند از آن استفاده نماید (صادقی نیجکوهی، ۱۳۸۹: ۲۱۰).

## ۲-۱-۶. پیرامون قصاص

در حقوق موضوعه ایران به این موضوع چنین پرداخته است: طبق ماده ۵۲ قانون حدود و قصاص مصوب سوم شهریور ۱۳۶۱ مقرر داشته بود: هرگاه ولی دم، صغیر یا مجنون باشد ولی او پدر یا جد پدری یا قیم منصوب از طرف آن‌ها با حاکم شرع با رعایت غبطه صغیر و مجنون، قصاص می‌کند یا قصاص را به مقدار دیه یا کمتر یا بیشتر از آن تبدیل می‌نماید و اگر ولی دم غایب باشد و غیبت او طولانی شود حاکم شرع ولی اوست و برابر مصلحت تصمیم می‌گیرد.

نظریه‌ای نیز در تاریخ ۱۳۶۳/۴/۲۷ از کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی سابق در مورد غبطه صغیر بدین عبارت صادر شده است: با توجه به فراز اول ماده ۵۲ قانون حدود و قصاص که ولی قهری را در مورد قتل عمدی که ولی دم صغیر باشد مختار قرار داده بین قصاص و مصالحه به مقدار دیه یا کمتر یا بیشتر البته با رعایت غبطه صغیر و با عنایت به اینکه ظاهراً فرقی بین قتل و جرح و نقص عضو و نقض منافع و بین عمد و شبه عمد و خطای محض نیست چون که ملاک همه موارد مذکور یکی است که در فرض مسئله می‌توان با استناد به ماده ۵۲، گذشت ولی را موجب سقوط دیه جنایت وارده قرار داده و قضیه را مختومه کرد (البته از لحاظ دیه فقط) مگر اینکه محرز گردد که ولی صغیر غبطه را رعایت نکرده یا باعث ضرر صغیر شده که در این صورت گذشت وی تأثیری ندارد و حاکم شرع می‌تواند او را از ولایت عزل نماید ولیکن حاکم شرع موظف نیست که تحقیق نماید از اینکه گذشت ولی به صلاح صغیر هست یا خیر؟

منتهی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در این باره ساکت بوده و مفاد ماده ۵۲ قانون حدود و قصاص در آن آورده نشده است؛ و نمی‌توان گفت که چون ماده ۵۲ قانون حدود و قصاص با قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مغایر نمی‌باشد؛ بنابراین مجری خواهد بود زیرا قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ از قوانین آزمایشی بوده و از صحنه و دنیای قوانین خارج شده است و در حال حاضر قانون محسوب نمی‌شود تا بحث مغایرت یا عدم مغایرت آن با قوانین فعلی (قانون مجازات اسلامی) مطرح شود. فلذا به نظر می‌رسد که ولی قهری که دارای اختیار قصاص نمی‌باشد. زیرا تقاضای قصاص یا عدم قصاص از اموری است که به شخصیت و میزان تألمات افراد وابسته است.

ماده ۴۶۲ قانون مجازات اسلامی نیز به نظر می‌رسد که همین مطلب را مدنظر قرار داده و می‌گوید در صورتی که ولی دم متعدد باشد موافقت همه آن‌ها در قصاص لازم است چنانچه همگی خواهان قصاص قاتل باشند قاتل قصاص می‌شود و اگر بعضی از آن‌ها خواهان قصاص و دیگران خواهان دیه، خواهان قصاص می‌توانند قاتل را قصاص کنند لکن باید سهم دیه به سایر اولیاء دم را

که خواهان دیه هستند، پردازند و اگر بعضی از اولیاء دم به طور رایگان عفو کنند دیگران می توانند بعد از پرداخت سهم عفو کنندگان به قاتل او را قصاص کنند (صادقی نیکجویی، بزرگمهر، ۱۳۸۹، ۵۱۰).

## ۲-۱-۷. در خصوص تعیین وصی

تعیین وصی برای اطفال، منحصر شده است به پدر و جد پدری و جز آن‌ها کسی دارای این حق نیست مگر اینکه از طرف یکی از آن‌ها، مخصوصاً این حق داده شده باشد (موسوی الخمینی، ۱۴۳). تعیین وصی یکی از حقوق غیرمالی ولی قهری، در امور مولی علیه می باشد که قانون مدنی این حق را در ماده ۱۱۸۸ به رسمیت شناخته است هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می باشد وصی معین کند یکی از فقهای معاصر در تعریف وصیت و حق تعیین وصی می گوید: وصیت آن است که انسان سفارش کند بعد از مرگش برای او کارهایی انجام دهند یا بگویند بعد از مرگش چیزی از مال او ملک کسی باشد، یا برای اولاد خود و کسانی که اختیار آنان با اوست قیم و سرپرست معین کند؛ بنابراین شرط تعیین وصی این است که هیچ یک در قید حیات نباشد والا وصیت آنان بلا اثر است؛ اما خود وصی باید ویژگی‌ها و صفاتی داشته باشد از جمله، موارد مندرج در ماده ۱۲۱۹ قانون مدنی که می گوید: «ولی مسلم نمی تواند برای امور مولی علیه خود وصی غیر مسلم تعیین کند» و این ماده مبتنی بر سوره نساء می باشد «لن يجعل الله الكافرين على المؤمنين سبيلا (قرآن کریم، نساء: ۱۴۱) بنابراین ولی قهری می تواند پس از فوت خود، بر مولی علیه تعیین وصی نماید تا اداره امور مالی و غیرمالی مولی علیه، حتی تربیت و نگهداری - به شرطی که با حضانت مادر که حق طبیعی اوست تعارض نداشته باشد - او را بر عهده بگیرد و زمانی این حق برای او ایجاد می گردد که پدر و جد پدری فوت نموده باشند؛ بنابراین چنانچه ولی زنده و حتی محجور باشد ولی دیگر اجازه تعیین وصی ندارد چرا که ممکن است محجوریت ولی زائل شده و بلافاصله سمت ولایت به او بازگردد.

## ۲-۱-۸. در باب قسامه

برای اثبات هر جرمی در صورت فقدان سایر دلایل نمی توان از قسامه بهره برد، بلکه این شیوه از سوگند تنها برای اثبات اتهام یا برائت از اتهام جنایت موجب قصاص یا دیه به کار می رود. همچنین برای اثبات قصاص یا دیه نیز، باید تعداد قسامه که در قانون ذکر شده رعایت شود. طبق ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعداد سوگند برای اثبات قتل عمدی، سوگند پنجاه نفر مرد از خویشان و بستگان مدعی است؛ بنابراین هنگامی که نسبت به شخصی ظن ارتکاب جرم قتل عمد وجود دارد، برای اثبات آن باید پنجاه نفر از اقوام مذکر (مرد) شاکی که نسبت خونی با وی دارند سوگند بخورند که متهم، قاتل است و یا از قاتل بودن متهم اطلاع دارند. در این



حالت سوگند خود شاکی، اعم از اینکه زن باشد یا مرد، جز این پنجاه نفر محسوب می‌شود و وی نیز می‌تواند سوگند بر مجرمیت متهم بخورد. اگر اجرای قسامه در راستای اثبات قتل غیر عمد (که در قانون به دودسته شبه‌عمد و خطای محض تقسیم می‌شود) باشد، در این حالت تعداد قسم‌های مور نیاز بیست و پنج است. با توجه به اینکه مدعی در بعضی مواقع جهت احقاق حق خویش قسم یاد کند و بلوغ، رشد و عقل از شرایط آن به شمار می‌رود، بنابراین مولی علیه اعم از صغیر و مجنون و در بعضی موارد سفیه جهت احقاق حق خویش نمی‌تواند سوگند یاد کنند لذا باید ولی قهری وی جهت فصل خصومت و احقاق حق آنان وارد دعوا شده و قسم یاد کند.

## ۲-۲. رویکردهای آمریکا در خصوص اختیارات مسئول حضانت

در حقوق آمریکا صغیر کسی است که اهلیت کامل قانونی ندارد و عدم برخورداری این اشخاص برای ممانعت و جلوگیری این افراد نیست، بلکه برای حمایت از آن است. از آنجا که حقوق خانواده و حقوق اطفال در ارتباط تنگاتنگ باهم قرار دارند.

در حقوق کامن‌لا چنین آمده است که؛ فرزند ممکن است از پدر و مادر غیرمسئول گرفته شده و به مقامات محلی<sup>۱</sup> واگذار گردد و آن در صورتی است که فرزند در معرض خطر یا آسیب شدید جسمی و روحی قرار بگیرد.

در حقوق آمریکا، مسائل مربوط به نگهداری در پرونده‌های مربوط به انحلال ازدواج و همچنین در دوران لغو حقوق پدر و مادر و سایر پرونده‌های قانونی که کودکان درگیر آن هستند، به وجود می‌آیند. در اکثر حوزه‌های قضایی، مسئله والدین که کودک با آن زندگی می‌کند، مطابق با بهترین منافع استاندارد کودک تعیین می‌شود. در موارد نادری، ممکن است حضانت به شخص دیگری غیر از والدین اعطا شود (تندر<sup>۲</sup>، ۲۰۱۶: ۴).

در آمریکا حضانت به دو دسته تقسیم می‌شود؛ حضانت قانونی و حضانت جسمانی. حضانت قانونی به معنای حق و تعهدی است که به والدین برای تصمیم‌گیری‌های مهم در مورد زندگی کودک داده می‌شود. حضانت قانونی به والدین این حق را می‌دهد که در مورد بزرگ کردن کودک اداره اموال و دارایی و جنبه‌های کلیدی رفاه کودک از جمله آموزش کودک، مراقبت‌های پزشکی، مراقبت دندان و دستورالعمل‌های دینی تصمیمات بلندمدت را اتخاذ کنند.

در حقوق آمریکا، منافع کودک موضوع اصلی در موارد حضانت فرزندان پس از طلاق می‌باشد. در حقوق آمریکا، حضانت جسمانی و قانونی ممکن است به‌طور مجزا یا با همدیگر منوط به تصمیم دادگاه اعطاء شود. در حقوق آمریکا پدر یا مادری که حضانت به او واگذار نشده، حق ملاقات کودک و نظارت یا همکاری در تربیت او را خواهد داشت. در صورت بروز اختلافات،

1. Local authority  
2. Tender

اخذ تصمیم در این زمینه با دادگاه است. در حقوق آمریکا نفقه و هزینه زندگی اولاد به عنوان یکی از آثار طلاق مورد بحث قرار می‌گیرد و دادگاه مکلف است ضمن صدور حکم طلاق در این مورد هم تصمیم بگیرد.

در حقوق آمریکا این منافع کودک است که تعیین وضعیت می‌کند (یعنی توجه به ویژگی‌های خود کودک، وضعیت خانواده‌اش، وضعیت شهرش و نوع ساختار حاکم بر عقاید خانواده‌اش، بیماری‌هایش و تمامی جزئیات پیرامون وی) اما در حقوق ایران این مصلحت و صلاح دید مورد نظر ولی در خصوص فرزند است که منافع وی را تعیین می‌کند.

در حقوق آمریکا، زن و شوهر تا زمانی که در کنار هم زندگی کرده و از هم جدا نشده‌اند از لحاظ حضانت برابر هستند. این تحولی است که با قانون ایالتی و فدرال در سال ۱۹۷۵ در آمریکا ایجاد شده و پیش از این پدر در درجه اول قرار داشته و مقدم بر مادر بوده است. حتی امروز باینکه اداره اموال صغیر که از آثار حضانت قانونی به شمار می‌آید اصولاً باید بر عهده پدر و مادر باشد و آنان طبق اصل برابری باید به طور مساوی و مشترک در این زمینه اقدام کنند، اداره قانونی اموال صغیر در درجه اول بر عهده پدر است که با همکاری مادر، آن را اعمال می‌کند و حتی در اعمال اداری، این همکاری لازم نیست و هر یک می‌توانند به طور مستقل اقدام کنند (ساندرز<sup>۱</sup>، ۲۰۱۷: ۱۱). بنابراین چیزی از نابرابری گذشته و تقدم پدر بر مادر در اداره امور صغیر هنوز در حقوق آمریکا دیده می‌شود.

این نابرابری را بعضی چنین توجیه کرده‌اند که در زمینه‌ی اداره اموال، اشخاص ثالث که با صغیر طرف معامله واقع می‌شوند، در واقع می‌خواهند یک نفر مسئول در برابر خود داشته باشند و مهم این است که طفل یک نماینده قانونی داشته باشد که در صورت بروز اختلاف و دعوا از منافع او دفاع کند (تیبانو<sup>۲</sup>، ۲۰۱۷: ۹).

اما زمانی که زن و شوهر از یکدیگر جدا می‌شوند دادگاه‌ها، با پیروی از فرضیه بهترین منفعت طفل و بر طبق فاکتورهایی که در قانون هر ایالت تعیین شده، در خصوص اینکه چه شخصی به عنوان مسئول حضانت باشد، تصمیم‌گیری می‌کنند. حال امکان دارد که منفعت طفل ایجاب کند که حضانت به صورت مشترک باشد، حضانت قانونی مشترک یا حضانت جسمانی مشترک؛ اصولاً دادگاه‌های آمریکا حضانت جسمانی را به یکی از والدین داده ولی حضانت قانونی که شامل اداره اموال و تربیت و آموزش طفل می‌شود را به صورت مشترک می‌دهند.

در حقوق آمریکا برعکس سیستم ایران، ولایت و به تعبیری حضانت جسمانی و قانونی ممکن است به طور مجزا یا با همدیگر منوط به تصمیم دادگاه اعطاء شود (لارسن<sup>۳</sup>، ۲۰۱۶: ۱۱). در

1. Saunders  
2. Tebano  
3. Larson

حقوق هر دو کشور پدر یا مادری که حضانت به او واگذار نشده، حق ملاقات کودک و نظارت یا همکاری در تربیت او را خواهد داشت. در صورت بروز اختلافات، اخذ تصمیم در این زمینه با دادگاه است. در حقوق هر دو کشور نفقه و هزینه زندگی اولاد به‌عنوان یکی از آثار طلاق مورد بحث قرار می‌گیرد و دادگاه مکلف است ضمن صدور حکم طلاق در این مورد هم تصمیم بگیرد. در ایالات متحده آمریکا تا زمانی که مسائل مربوط به مراقبت و حضانت، حمایت مالی کودک و تقسیم اموال مشترک حل نشده باشد حکم نهائی طلاق صادر نمی‌شود.

حمایت مالی کودک، یک پرداخت مداوم و دوره‌ای است که بنا به تشخیص دادگاه بر اساس اینکه کدام‌یک از والدین حضانت را بر عهده دارد پس از انحلال ازدواج نسبت به زوجین تقسیم می‌شود. دادگاه‌ها معمولاً به والدی که حضانت جسمانی به او داده شده مبلغ کمتری و به والدین که حضانت جسمانی به او داده نشده مبلغ بیشتری در نظر می‌گیرد (اسکات، ۲۰۱۶: ۳۳).

در خصوص تقسیم اموال مشترک که دادگاه‌ها باید قبل از صدور حکم طلاق نسبت به آن تصمیم‌گیری کنند باید خاطر نشان کرد که دو نظریه در این زمینه وجود دارد.

این قانون یا قانون اموال مشترک<sup>۱</sup> در ایالت آریزونا، کالیفرنیا، آیداهو، لوئیزیانا، نوادا، نیومکزیکو، تگزاس، واشنگتن و ویسکانسین اجرا می‌شود. بر مبنای این نظریه اموال مشترکی که توسط هر یک از زوجین در طول ازدواج به دست می‌آید متعلق به هر دو طرف آنان است و باید به صورت تساوی بعد از طلاق بین آن‌ها تقسیم شود.

غیر از ایالت ذکر شده در بالا، سایر ایالت‌ها قانون<sup>۲</sup> یا ترکیبی از این دو قانون را به کار می‌برند (گلدن هرش<sup>۴</sup>، ۲۰۱۷: ۳). در اجرای قانون<sup>۵</sup> این گونه فرض شده است که عدالت به‌طور مشخص به معنی تقسیم مساوی دارایی‌ها نیست و گاهی باید به یکی از زوجین سهم کمتر یا بیشتری برسد. هدف این بوده که اطمینان حاصل شود که بچه‌های طلاق با مشکلات معیشتی روبه‌رو نشوند. این گونه که پدر یا مادری که مسئولیت حضانت توسط دادگاه به وی داده می‌شود (یا در احکام حضانت مشترک هر کدام از این دو نفر که زمان بیشتری را برای نگهداری از فرزند صرف می‌کنند) پس از طلاق سهم بیشتری از دارایی‌های خانواده را دریافت می‌کنند تا بتوانند هزینه‌های نگهداری از فرزند را پرداخت کنند. به‌طور معمول، در این ایالت‌ها اموالی که زن و مرد پیش از ازدواج داشته‌اند جزو اموال شخصی آن‌ها و اموالی که پس از ازدواج به دست آورده‌اند جزء اموال مشترک محسوب می‌شود (گلدن هرش، ۲۰۱۷: ۵).

1. Scott
2. community property
3. equitable distribution
4. Goldenhersh
5. equitable distribution

### ۳. سقوط ولایت و حضانت در ایران و آمریکا

#### ۳-۱. دلایل سقوط حق ولایت

با توجه به مواد ۱۱۸۲ قانون مدنی و نیز ۱۱۳۹ می‌توان چنین نوشت: در صورتی که طفل پدر و جد پدری داشته باشد و یکی از آن‌ها محجور یا به علتی ممنوع از تصرف شود، حق ولایت او ساقط شده و پس از رفع حجر یا رفع اشکال و مانع به‌طور مجدد حق ولایت اعاده می‌شود. همچنین در صورتی که ولی قهری در دارایی مولی علیه خیانت و اموال او را حیف و میل کند، حق ولایت او ساقط می‌شود. رسیدگی به سقوط ولایت قهری ولی باید وسیله دادگاه ثابت شود و رسیدگی در صلاحیت دادگاهی است که محجور در آنجا اقامت دارد. رفع موجبات سقوط ولایت نیز با دادگاه است. هرگاه ولی منحصر به جهتی از جهات قادر به اداره اموال مولی علیه نباشد یا برخلاف وظایف خود عمل کند، به وسیله دادگاه ضم امین می‌شود (ضمیمه کردن امین) که مشترکاً با ولی قهری و با موافقت یکدیگر اموال او را اداره کنند.

موارد ضم امین عبارت است از: عدم لیاقت ولی قهری، کبر سن یا بیماری ولی، عدم امانت ولی، غیبت یا در حبس بودن ولی.

#### الف) عدم لیاقت ولی قهری؛

هرگاه ولی طفل لیاقت اداره کردن اموال او را نداشته باشد، ضم امین می‌شود. منظور از عدم لیاقت در اینجا، بی‌حالی یا توانایی نداشتن او در اثر بی‌اطلاعی است که در نتیجه آن دارایی صغیر در معرض تلف قرار گرفته یا مشرف به خرابی شود.

#### ب) کبر سن یا بیماری ولی؛

هرگاه ولی قهری در اثر کبر سن یا بیماری نتواند اموال مولی علیه را اداره کند همچنین در صورتی که ولی قهری در اثر اعتیاد به مواد مخدر مانند الکل و مورفین دچار ضعف دماغی شود و توانایی اداره کردن اموال مولی علیه را نداشته باشد.

#### ج) عدم امانت ولی؛

در مواردی که برای امانت‌دار نبودن ولی نسبت به دارایی طفل نشانه‌های قوی موجود باشد، دادستان از دادگاه تقاضای رسیدگی کرده و در صورتی که عدم امانت او محرز شد، ضم امین می‌کند.

#### د) غیبت یا در حبس بودن ولی؛

هرگاه ولی قهری به واسطه غیبت یا حبس یا به هر علتی نتواند اموال صغیر را اداره کند و کسی را هم از طرف خود تعیین نکرده باشد، دادگاه به پیشنهاد دادستان یک نفر امین برای اداره اموال صغیر تعیین می‌کند. اگر ولی، وکیل از طرف خود تعیین کرده باشد، وکیل کارها و امور صغیر را انجام می‌دهد.

«طبق ماده ۱۱۹۳ قانون مدنی همین که طفل (صغیر) کبیر و رشید شد، از تحت ولایت خارج می‌شود. اگر بعداً سفیه یا مجنون شود قیمی برای او معین می‌شود».

### ۲-۳. دلایل سقوط حق حضانت در آمریکا

با توجه به نکات ارائه شده روشن است که در تعیین حقوق والدین و مسئولیت آن‌ها، دادگاه بر شواهد مرتبط با خشونت و سوءاستفاده از کودک تکیه می‌کند؛ و چنانچه دریابد این خشونت و سوءاستفاده رخ داده است، به تشخیص خود یکی والدین را مستحق نگهداری از کودک نمی‌داند. این فرض باید بر پایه‌ی بهترین منافع کودک تحقق یابد. دلایل سقوط حق سرپرستی از سوی دادگاه‌ها شامل موارد زیر است: خشونت خانگی؛ عدم وجود رفاه و هر آنچه منوط به منفعت کودک است؛ اراده خود کودک در جهت سقوط حق سرپرستی از والدین؛ عدم اهمیت سرپرست به موفقیت تحصیلی؛ عدم حفظ عقاید متناسب با فرهنگ کودک؛ عدم حفظ ارتباطات رفاهی از سوی والدین؛ عدم امنیت والدین؛ عدم سلامت روانی والدین؛ سابقه کیفری سرپرست؛ تهدید کودک؛ سوءاستفاده از کودک؛ عدم مسئولیت‌پذیری؛ عدم ثبات؛ غفلت از طفل؛ آسیب به طفل؛ مشکل روانی.

در واقع می‌توان گفت این نکات در هر مورد متفاوت است و تمامی ندارد زیرا هیچ‌گونه خط‌مشی صد درصد دیده نمی‌شود بلکه هرگونه نکته‌ای که بتواند آینده فرزند را از سوی سرپرست تهدید کند و یا مشکل برای فرزند به وجود آورد از سوی تمامی ایالت‌ها رد می‌شود اما موضوع مهم در این است که هر ایالت به موضوعات محوری مربوط به ایالت خود بیشتر توجه دارد. در برخی خشونت معیار اصلی است و در برخی عدم توجه به موفقیت فرزند.

اقدامات مربوط به فسخ حقوق والدین شامل موارد زیادی است که می‌توان به این نکات اشاره داشت: در اقدامات مربوط به فسخ حقوق والدین، دادگاه باید رفاه جسمانی، روانی و عاطفی و نیازهای کودک که ممکن است احتمال فرزندخواندگی او را در صورت فسخ حقوق والدین در برداشته باشد، در نظر گیرد. هدف این قانون در موارد زیر خلاصه می‌شود:

- فراهم کردن شرایطی برای مراقبت، نگهداری و رشد جسمی، ذهنی کودکانی که با مسئله‌ی دادگاهی و قانونی روبرو هستند و سپس، حفظ انسجام خانواده، در صورت امکان.
- اجرای رویکردهای قضایی به‌واسطه‌ی اعمال قانون کودکان و شناسایی حقوقی قانونی آن‌ها.
- تداوم ارائه خدمات برای کودکان و خانواده‌هایشان و حمایت از کودکان در مقابل جلوگیری از درمان و مشاوره آن‌ها.
- ارائه خدمات حساس به نیازهای فرهنگی کودکان.

- همکاری نظام‌های قانونی و کیفری به منظور بررسی، مداخله جهت به حداقل رساندن درگیری‌ها و ارتقای سطح پاسخ هماهنگ همه نمادها به منظور دستیابی به بهترین منافع کودکان قربانی شده.

در این راستا مسئله سلامت و امنیت کودک باید در اولویت باشد. جدا شدن دائم کودک از خانواده نیز در صورت سوءاستفاده والدین از کودک یا صدمه به او باید مورد توجه قرار گیرند. هدف قانون این است که کودکان نیومکزیکو به عنوان عضوی از یک واحد خانواده، تربیت شوند.

### بحث و نتیجه‌گیری

در راستای این موضوع تلاش کردیم تا ابتدا تعاریف و نکات مهم در ایران را ارائه کرده و پس از آن به سمت وسوی ارائه نکات و نظریه‌های مهم در آمریکا پردازیم. لازم به ذکر است که امر ولایت به خودی خود در قوانین آمریکا منطبق با ولی قهری در ایران دیده نشد و آنچه اهمیت داشت حضانت - در نقش مراقبت کننده بود.

برخلاف ایران که حکم قانونی ولایت از ابتدا تا به امروز ثابت و به پدر و جد پدری این حق اعطاشده در آمریکا حضانت و اعطای آن و همواره در حال تغییر و به‌روز شدن بوده است. در دوره‌های که حقوق خانواده تحت حوزه قضایی دادگاه‌های منصوب به کلیسا بود دادگاه‌ها از فرضیه پدر قیم طبیعی پیروی می‌کردند و این پدر بود که نقشش در حضانت اهمیت داشت و مادرها هیچ نقشی در حضانت طفل نداشتند. در دوره‌های بعد به سبب به وجود آمدن آزادی، فرضیه‌هایی از جمله عشق مادری به وجود آمد که سبب شد دادگاه‌های آمریکا با پیروی از این فرضیه در تصمیم‌گیری‌های خود در خصوص اعطای حضانت تجدیدنظر کنند و برای مادر هم حق حضانت طفل را قائل شوند.

از سال ۱۹۷۰ تا به امروز، فرضیه بهترین منفعت طفل، فرضیه ایست که دادگاه‌های ایالت‌های مختلف آمریکا با پیروی از آن شخص مناسب را جهت حضانت طفل تعیین می‌نمایند. در این فرضیه منفعت طفل است که اهمیت دارد. منفعت طفل است که ایجاب می‌کند که دادگاه‌ها با توجه به شرایط طفل و والدین و توانایی آن‌ها، رأی به حضانت پدر یا مادر یا به صورت مشترک یا به شخصی ثالث دهند.

زمینه‌های سقوط ولایت و حضانت در دو کشور تا حدودی شباهت داشته در ایران با از بین رفتن اهلیت، ممنوع التصرف و کافر شدن ولی و رعایت نکردن غبطه و خیانت در اموال طفل ولایت ساقط می‌شود. در آمریکا هرگونه اقدام که از طرف سرپرست آینده طفل را تهدید کند و مشکلاتی برای طفل به وجود بیاورد و خسارت‌های مادی و معنوی و جسمی و به‌طور کلی اگر منفعت طفل از طرف سرپرست رعایت نشود حق حضانت ساقط می‌شود. از جمله این موارد می‌توان به خشونت در خانه، تهدید کودک، سو استفاده از کودک، عدم مسئولیت‌پذیری و عدم





ثبات اشاره کرد. در خصوص اختیارات، محدوده اختیارات ولی در ایران به استناد ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی شامل، اداره امور مالی و غیرمالی مولی‌علیه می‌شود. از جمله اختیارات ولی در امور غیرمالی مولی‌علیه می‌توان به ۱- امور شخص، ۲- نکاح، ۳- اجازه خروج از کشور، ۴- طلاق، ۵- حق شفعه، ۶- قصاص، ۷- تعیین وصی، ۸- قسامه، ۹- تعقیب مدعی علیه مولی‌علیه اشاره کرد. در خصوص محدود اختیارات مسئول حضانت در آمریکا می‌توان اشاره کرد که در حقوق آمریکا حضانت به دودسته تقسیم می‌شود، حضانت قانونی و حضانت جسمانی.

حضانت قانونی، حق و تعهدی است که به والدین جهت تصمیم‌گیری‌های مهم در امور زندگی کودک پس از طلاق داده می‌شود. حضانت قانونی به والدین این حق را می‌دهد که در مورد بزرگ کردن کودک، اداره اموال و دارایی و جنبه‌های کلیدی رفاه کودک از جمله آموزش کودک، مراقبت‌های پزشکی، مراقبت دندان و دستورالعمل‌های دینی تصمیمات بلندمدت را اتخاذ کنند.

حضانت جسمانی حقی است برای زندگی و نگهداری کودک؛ شباهت‌های اساسی و بعضی تفاوت‌هایی مهم در دو سیستم حقوقی ایران و آمریکا در خصوص ولایت و سرپرستی کودک وجود دارد. از جمله اینکه شباهت‌ها شامل:

منافع کودک موضوع اصلی در خصوص ولایت و حضانت در ایران و آمریکا است، پیش‌بینی نهادی در هر دو کشور جهت اداره امور کودک، در ایران ولایت در آمریکا حضانت در خصوص تفاوت‌ها نیز باید گفت که در آمریکا نهادی به نام ولایت پیش‌بینی نشده است، در قانون ایران ولایت به مادر اعطا نمی‌شود ولی در آمریکا این امکان فراهم است که دادگاه‌ها حضانت قانونی و جسمانی را به مادر بدهند. همچنین محدوده اختیارات ولی در ایران بسیار زیاد است ولی در آمریکا اختیارات مسئول حضانت موارد محدودی را شامل می‌شود. به علاوه ولایت در ایران، قهری است و فقط پدر و جد پدری این امکان برایشان فراهم است که ولی شوند؛ ولی در آمریکا منفعت طفل است که مشخص می‌کند چه شخصی مسئولیت حضانت را بر عهده گیرد.

### پیشنهادها

پیشنهاد می‌گردد در زمینه‌های سقوط ولایت در قانون بررسی و بازنگری صورت پذیرد. همچنین در قانون پیرامون منفعت و مصلحت کودک معیارهایی بیان گردد که احراز این امر آسان و از سلیقه به دور باشد.

## منابع

- امامی، سید حسن. (۱۳۹۰). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامی.
- جزری، مبارک بن محمد. (۱۳۹۰). *النهایه فی غریب الحدیث و الاثر*. قم: اسماعیلیان.
- راغب اصفهانی. (۱۴۲۰). *المفردات فی القریب القرآن*. دمشق: دارالقلم.
- صدیقیان، امیرمحمد. (۱۳۹۳). *حضانت اطفال و مسئولیت های ناشی از آن*. انتشارات اندیشمندان یزد.
- ظریف جلالی، فاطمه. (۱۳۹۹). *نظارت بر حقوق کودک*. انتشارات اندیشه احسان.
- علی محمدی طاهر، خاکساری الهه. (۱۳۹۵). *حضانت کودکان از منظر فقه امامیه و قانون مدنی*، فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۴۹(۱).
- فروزان، فرناز. (۱۳۹۰). *حقوق کودک در ایران*. چاپ اول. انتشارات جهاد دانشگاهی واحد خوارزمی.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). *حقوق مدنی*. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- American Digest (1900). A Complete Digest of all Reported American Cases from the Earliest Times to 1896. Century Edition, Vol. 17, St. Paul: West Publishing Co.
- AFoster, Henry H., & Freed(1978) Lawyers and Counselors. reprinted from Family Law Qua) Life with father: 1978, in Joint Custody: A handbook for Judges, rterly, Vol. XI, No. 4, Winter 1978.
- Dieringer, Jennifer K.; Elsen, Susan R.; Goldenhersh, Stephanie E. (2017). "Child Custody" Massachusetts Legal Services. Retrieved 3 October 2017.
- Elkin, M. (1979). Reflections on joint custody and family law, in Joint Custody, A Handbook for Judges, Lawyers and Counselors, A3-A6. Williamsburg, Virginia: The Association of Family Conciliation Courts.
- Franks, M.R. (1983). *Winning Custody*. Englewood, N.J.: Prentice-Hall.
- FERNANDA G. NICOLA\* Family Law Exceptionalism in Comparative Lawt(2010). THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW.
- Hall, E. (1983). *Psychology Today, An Introduction*, 5th ed., New York: Random House.
- Holdsworth, Sir William (1971a). *A History of English Law, Volume 1*. London: Methuen and Co., Sweet and Maxwell (originally published in 1903).
- Holdsworth, Sir William (1973b). *A History of English Law, Volume 3*. London: Methuen and Co., Sweet and Maxwell (originally published in 1908).
- Holdsworth, Sir William (1973d). *A History of English Law, Volume 8*. London: Methuen and Co., Sweet and Maxwell (originally published in 1925).
- J., Wallerstein; Lewis, J; Blakeslee, S (2016). "The unexpected legacy of divorce. A 25-year landmark study" (PDF). *Psychoanalytic Psychology*. Retrieved 5 May 2016.
- Krause, H.D. (1976). *Family Law, Cases and Materials*. St. Paul: West Publishing Co.
- Padover, S.K. (1959). *Thomas Jefferson on Democracy*. New York: Mentor Books.
- Rodgers, W.C. (1899). *A Treatise on the Law of Domestic Relations*. Chicago: T.H.Flood and Co.
- Roman, M., & Haddad, W. (1979). The case for joint custody. In Joint Custody: A Handbook for Judges, Lawyers and Counselors, B24-B28, reprinted from *Psychology Today*, September 1978, excerpted from Roman, M. & Haddad, W. (1978) *The Disposable Parent*. Holt, Rinehart and Winston.
- Roth, Allan (1977). The tender years presumption in child custody disputes. *Journal of Family Law*, 15
- Saunders, Daniel G. (2017) The Need to Carefully Screen for Family Violence When Parental Alienation is Claimed" *Michigan Family Law Journal*. 46 (6): 7–11. Retrieved 16 May 2017.
- Tender Years Doctrine (2016) *West's Encyclopedia of American Law*. Ed. Shirelle Phelps and Jeffrey Lehman.
- Tebano, Maria (2017) "Child Custody and Visitation Rights" (PDF). Tebano & Associates, PLLC. Retrieved 9 May 2017.