

## بررسی تاثیر لعان بر حضانت، ولایت و قیمومیت مادر

### سوده معصومی فرح آبادی

کارشناسی ارشد، حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه پیام نور واحد تهران جنوب

#### چکیده

فرزند هر خانواده میوه و ثمر زندگی آن خانواده است. اولین سرپرست و معلم فرزندان پدر و مادر است که هر دو وظیفه رشد و تکامل فرزند را به عهده دارند. اگر رابطه زوجینی که دارای طفل مشترک هستند، بنا به هر دلیلی، به طلاق منتهی گردد و یا دیگر موارد انحلال نکاح پیش آید، یا در مواردی که بنا به دلایل شخصی زوجین در مکانی جدای از هم زندگی کنند، مسئله حضانت بروز پیدا می‌کند و باید در مورد آن تعیین تکلیف شود. حفظ مصلحت مولی علیه به عنوان رکن اصلی نهادهای حمایتی از افراد تحت ولایت و حمایت تلقی می‌گردند. حفظ این مصلحت گاهی با نظارت بر نحوه مدیریت و نگهداری ولی محقق می‌گردد و گاهی نیز با بررسی معیارهای اخلاقی و اجتماعی صورت می‌پذیرد. با این حال در حقوق اسلامی حقوق خاصی برای زوجین مقرر گردیده که اجرای این حقوق تا حدی شائبه عدم داشتن صلاحیت اخلاقی آن‌ها را ایجاد می‌نماید. مهم‌ترین نهاد پیش‌بینی شده در این راستا، «لعان» می‌باشد که برای نفی ولد و تحقق تفریق ابدی روی می‌دهد. سوالی که در این خصوص مطرح می‌گردد این است که آیا اجرای تشریفات لعان نسبت به حقوق زوجه نسبت به اولاد تأثیری می‌گذارد و می‌تواند حق وی را تهدید نماید؟ پاسخ به این سوال صرفاً با بررسی شرایط و ماهیت تحقق این نهاد حقوقی قابل طرح می‌باشد. با این حال باید بیان نمود که نه در ماهیت این نهاد حقوقی و نه در آثار این نهاد نمی‌توان چنین آثاری را برای آن در نظر گرفت. بر همین مبنا باید بیان داشت که اجرای تشریفات لعان نمی‌تواند تأثیری بر حقوق ولایی زوجه نسبت به مولی علیه خود داشته باشد.

**کلمات کلیدی:** لعان، نهاد حقوقی، زوجیت، نفی ولد، مولی علیه، امور ولایی

## مقدمه

اگر رابطه زوجینی که دارای طفل مشترک هستند، بنا به هر دلیلی، به طلاق منتهی گردد و یا دیگر موارد انحلال نکاح پیش آید، یا در مواردی که بنا به دلایل شخصی زوجین در مکانی جدای از هم زندگی کنند، مسئله حضانت بروز پیدا می کند و باید در مورد آن تعیین تکلیف شود. در این موضوع ممکن است حالات مختلفی حادث شود. گاهی زوجین هر دو از زیر بار حضانت شانه خالی می کنند و گاهی هر دو علاقه به داشتن حضانت کودک خود دارند و بر سر نگهداری او اختلاف پیش می آید، بعضاً هم بین خودشان سازش و توافقی انجام می دهند و حق حضانت طفل را به یکی از والدین او یا شخص ثالث منتقل می کنند. ما در صدد این هستیم تا مشخص کنیم اولاً حضانت حق والدین است یا تکلیف آنان؟ ثانیاً آیا زوجین این اختیار را دارند تا در مورد حضانت توافقاتی داشته باشند؟ به بیان دیگر آیا مقنن با اینکه حق تقدم پدر و مادر بر یکدیگر را در حضانت مشخص نموده است، آیا این اختیار را به آنان داده تا از حق خود بگذرند و آن را به طرف مقابل یا شخص ثالثی انتقال دهند یا خیر؟ (جوزانی و همکاران، ۲۰۲۲)

گاهی وجود عدم پایبندی به قواعد و آموزه های اخلاقی باعث می گردد شخص خاطی از نظر حقوقی نیز مسولیت های سنگینی را متحمل گردد، قواعد اخلاقی که دوام و قوام آنها در بسیاری از موارد متضمن حفظ نظام اجتماعی و نظام خانواده تلقی می گردد. در بسیاری از موارد امکان دارد تخدی از قاعده اخلاقی به عنوان جرمی سنگین در نظام حقوقی شناخته شود اما به دلیل عدم امکان فراهم نمودن تمام تشریفات اثبات این جرم مانع از تعقیب یا پیگیری آن از طریق مقامات عمومی می شود. از سوی دیگر بدون شک عدم پایبندی به قاعده اخلاقی و حقوقی خود نشان دهنده عدم صلاحیت اخلاقی فرد مرتکب در تمام امورات مربوط به آن گزاره اخلاقی می باشد. یکی از مهم ترین قواعد اخلاقی و حقوقی در جوامع حاضر پایبندی به نظام خانواده و تبعیت از اصول این نهاد مقدس می باشد. تعرض به قلمرو این نهاد نه تنها آثار زیانبار شخصی را به همراه دارد بلکه منتج به نتایج زیانبار اجتماعی نیز می گردد بر همین اساس قواعد حقوقی تدوین شده توسط قانونگذار در راستای احترام و اهتمام هر چه بیشتر بر حفظ کیان این نهاد اجتماعی سیر می کند.

اختلاف در مناسبات زناشویی همسران هر چند بخشی از زندگی مشترک است اما باید توجه داشت تا بستر آن به راحتی فراهم نیاید و در صورت بروز، راهی برای برون رفت از آن یافته گردد چرا که چاره نکردن اختلافها کشانیده شدن همسران به رویارویی و تنش در زندگی مشترک را به همراه خواهد داشت. کاوشی در تاریخ زندگانی رسول خدا(ص) نشان از آن دارد که آن جناب در مواجهه با این مسئله بوده و لذا در ارتباط با آن سفارشها و اقدامهایی داشته است. بر این اساس سؤال آن است که پیامبر(ص) در راستای پیشگیری از اختلاف میان همسران چه راه کارهایی را ارائه داده است و در زمان بروز اختلاف از چه راه کارهایی برای برون برد همسران از آن استفاده کرده است؟ راه کارهای پیشگیرانه ای حضرت ناظر به دو مقطع پیش از ازدواج و دوران زندگی مشترک چنان بوده اند که با کاربست آنها زندگی زوجین به اختلاف دچار نیاید. در صورت بروز تنش هم راه کارها به گونه ای هستند تا مشکل روی داده برطرف شده و همسران به زندگی خود بازگردند. در زمان ناچار بودن به کاربست راه کار جدایی نیز باز نهادن مسیر برای بازگشت و توجه به پیامدهایی مانند حضانت فرزندان مورد اهتمام بوده است. (قاضی خانی، ۲۰۲۲)

نکته ای که باید به آن توجه نمود این است که آیا در مواردی که عدم صلاحیت اخلاقی یکی از والدین به نحو غیر مستقیم اثبات گردد آیا می توان برای وی حق ولایت یا حضانت از طفل مشترک را قائل شد یا باید با استناد به عدم صلاحیت اثبات شده وی؛ این حق را از آنها دریغ کرد؟ لعان به عنوان ابزار سنتی مذهبی در قواعد حقوقی کشور مورد پذیرش قرار گرفته و از این جهت می تواند

بسیار مورد توجه قرار گیرد. در همین رابطه سوال اصلی که در این خصوص مطرح می شود صلاحیت زوجه برای ولایت، حضانت و قیمومت فرزند خویش بعد از اجرای تشریفات لعان می باشد؟ آیا چنین مادری صلاحیت مراقبت و نگهداری و تربیت فرزند خویش را می تواند داشته باشد؟ آیا صرف وجود رابطه مادرانه می تواند حضانت وی را توجیه نماید یا باید مصلحت طفل را اساس قرار داد و ندای احساس را فدای منطق و عقلانیت نمود؟

### مبحث اول: لعان، تشریفات و آثار آن

در این مبحث سعی می گردد نحوه تحقق و اجرای یکی از قواعد مهم حقوقی اما مغفول واقع شده به نحوی تشریح و تشریفات تحقق آن و آثار آن مورد بررسی قرار گیرد. لعان به عنوان یکی از نهادهای حقوقی نیاز به تحقق شرایط خاص و اجرای آن طبق اصول پذیرفته شده می باشد و بدون تحقق آن نمی توان تحقق این نهاد حقوقی را تایید نمود. از سوی دیگر به محض تحقق این نهاد، طبیعتاً به مثابه سایر نهادهای حقوقی دارای آثار حقوقی متعددی را به همراه خواهد داشت؛ بررسی این آثار نیز بدون شک مفید و سودمند خواهد بود. زوجین در مواردی به مرحله خطرناکی می رسند که به علت تنفر شدید نسبت به هم، نمی توانند یکدیگر را تحمل کنند و شارع مقدس خواسته است که این دو هرچه سریع تر ارتباطشان به طور کامل و ابدی منقطع گردد تا از اجرای خودسرانه مجازات توسط زوجین هم جلوگیری شود، زیرا در این گونه موارد طولانی کردن مراحل طلاق بسیار خطرناک است. (عسگری و همکاران ۱۴۰۱)

### گفتار اول: لعان و تشریفات آن

#### بند اول: معنای لعان

لعان از مصدر «لعن» به معنای دشنام و ناسزا، دور ساختن از خیر و خوبی می باشد (ابن منظور، ۶۳۰هـ، واژه لعن (قران کریم در آیات ۱۵۹ و ۸۸ سوره مبارکه بقره (آیه ۸۸ سوره مبارکه بقره «و قالو قلوبنا غلف بل لعنهم الله بکفرهم فقلیلا ما یومنون» و گفتند: دل های ما در پوشش است بلکه خداوند به سزای کفرشان آن ها را از رحمت خود دور کرده؛ از اینرو کمتر ایمان می آورند». ایه ۱۵۹: «ان الذین یکتُمون ما انزلنا من البینات و الهدی من بعد ما بینه للناس فی الکتب اولئک یلعنهم الله شاکر علیهم» همانا کسانی که آنچه را ما نازل کردیم از دلایل روشن و راهنمایی ها پس از آنکه همه را بر مردم در کتاب روشن کرده ایم پنهان می کنند آنانند که خداوند لعنتشان می کند و لعنت کنندگان نیز لعنتشان می کنند»). از واژه لعن استفاده نموده که به معنای دوری از رحمت خدا و طرد به کار رفته است. این واژه بیشتر در قبایل اعراب جاهلی در مواردی که شخصی را به واسطه دشنام و ناسزا طرد و بیرون می کردند مورد استفاده قرار می گرفت. از این واژه بیشتر در مواردی مورد استفاده قرار می گرفته است که عده ای نسبت به هم دشنام و ناسزا می گفتند و یکدیگر را مورد لعن و نفرین قرار می دادند این امر در اکثر مواقع بصورت جمعی و قبیله ای روی می داده است امری که در حال حاضر نیز در برخی از قبایل بادیه نشین متداول می باشد هر چند از شدت و حدت آن کاسته شده است.

بر طبق منابع قانونی و حقوقی موجود لعان در دو صورت روی می دهد و این نهاد حقوقی می تواند مسبب دو نوع آثار مختلف در روابط حقوقی افراد گردد. در اولین حالت استفاده از این نهاد می تواند منجر به زوال زوجیت گردد و در حالت دیگر منجر به نفی

ولد می‌گردد. در هر یک از این حالات آثار بار شده نسبت به این امر از اهمیت بسزایی برخوردار می‌باشد(عسگری و همکاران ۱۴۰۱).

### بند دوم: تشریفات لعان

لعان به عنوان یکی از نهادهای خاص قانونی نیاز به تشریفات خاص خود دارد و بدون اجرای این تشریفات نمی‌توان به وقوع آن صحنه گذاشت. به بیان رساتر لعان به عنوان نهاد تشریفاتی نیازمند اجرای شرایط خاص می‌باشد و بدون اجرای این شرایط نهاد واقع شده باطل خواهد بود. در قانون مدنی نسبت به صیغه خاص یا شرایط و تشریفات اجرای این نهاد مقررات خاصی وجود ندارد بر همین اساس باید به منابع فقهی رجوع کرده و از این منابع استفاده نمود. بر اساس منابع فقهی لعان با رعایت دو نوع تشریفات خاص محقق می‌گردد که عبارتند از

الف: اجرای لعان با صیغه خاص: افرادی که قصد اجرای تشریفات لعان را دارند باید ضمن حضور در نزد مرجع خاص پیش‌بینی شده آن به بیان الفاظ خاص آن نیز اقدام نمایند. برای تحقق این نهاد الفاظ مورد نظر باید چهار بار به شرح ذیل ادا گردد(فراحتیه، ۲۰۲۲):

"اشهد بالله انی لمن الصادقین فی ما رمیتها به من الزنا" در این حالت ادا کننده این الفاظ صرفاً در صدد بیان صدق گفتار خویش می‌باشد و در ادامه این جملات اگر وی (زوج) بخواهد فرزند خویش را نیز از خود نفی کند در ادامه آن باید اعلام نماید که فرزند متولد شده نسبتب با وی نداشته و متولد از رابطه نامشروع می‌باشد. و در ادامه نیز مرد لعنت بر خویش را به عنوان جزای دروغگویی و دادن نسبت ناروا به زوجه خویش قرار می‌دهد و اعلام می‌نماید که اگر در گفتار خویش صادق نباشد مورد لعن خداوند قرار گیرد. بیان این ضمانت اجرا بعد از ادای چهار باره ادعای خود خواهد بود. به بیان رساتر بعد از بیان چهار بار ادعا مبنی بر وجود رابطه زنای زوجه خود، اقدام به بیان لعن و نفرین نسبت به دروغ گوی می‌نماید. بعد از اتمام بیانات زوج، زوجه در مقام دفاع اقدام به نفی ادعای زوج خود نموده و چهار بار بیان می‌دارد که شوهر او از دروغگویان است و برای صدق گفتار خود خداوند متعال را شاهد قرار می‌دهد «اشهد بالله انه لمن الکاذبین» و در ادامه برای بیان ضمانت اجرای صدق سوگند خود غضب و نفرین را برای دروغگو مسئلت می‌نماید و اعلام می‌کند که اگر از دروغگویان باشد یا زوج او راست گفته باشد مورد غضب خداوند قرار گیرد(عاملی، جلد سوم، ۱۴۲۵ه.ق، ص ۴۶). نکته ای که باید به آن توجه نمود این است که گرچه در نگاه فقها اجرای این تشریفات باید با زبان عربی انجام گیرد اما باید به این نکته توجه نمود که آنچه در تحقق نهاد حقوقی موثر و اصیل تلقی می‌باشد اراده افراد است و هر چیزی که بیان کننده این اراده باشد برای تحقق نهاد مورد نظر کفایت می‌کند هر چند به لفظ یا به صیغه خاص نباشد(کاتوزیان، ۱۳۸۸، شماره ۳۶). بر همین مبنا باید بیان نمود که لعان می‌تواند با اشاره در مواردی که طرفین لال یا کر باشند، با کتابت در مواردی که امکان ادای الفاظ برای فرد وجود نداشته باشد و به لفظ محلی یا هر لفظی که طرفین قادر به ادای آن باشد روی دهد.

ب: ادای صیغه خاص در نزد مجتهد جامع الشرایط: یکی از مهم‌ترین شرایط لازم برای اجرای صیغه لعان، تحقق این نهاد نزد فقیه جامع الشرایط با شرط اجتهاد می‌باشد(طوسی، جلد دوم ۱۳۸۷، ص ۲۲۳). بر همین اساس امکان اجرای صیغه لعان نزد قاضی دادگستری که شرط اجتهاد را ندارد وجود نخواهد داشت. به همین دلیل نیز در برخی موارد این امر منجر به بروز مشکلات عدیده در روند رسیدگی های قضایی گردید که از جمله آن‌ها ارجاع پرونده به حوزه قضایی سایر استان ها بود که دارای قاضی مجتهد

بودند. قوه قضاییه با درک اشکالات پیش آمده طی بخشنامه ۱/۸۳/۵۸۶۸ مورخه ۸۳/۴/۲۵ تعیین قاضی ماذون برای اجرای صیغه لعان با ریس دادگستری استان ها خواهد بود و در صورت عدم وجود قاضی مجتهد، قاضی ماذون با حضور یکی از علمای مجتهد محل اقدام به اجرای تشریفات لعان خواهد نمود.

### بند سوم: اسباب لعان

گاهی لعان به واسطه علم زوج به انجام عمل نامشروع به معنای خاص آن توسط زوجه وی صورت می گیرد و زوج به او نسبت ناروا می دهد و در صدد اثبات آن به طریق حقوقی و نه کیفری برمی آید. گاهی نیز زوج برای نفی نسب با فرزندی که از زوجه او متولد شده است اقدام به طرح ادعای خود مبنی بر عدم وجود رابطه نسب می نماید بدون اینکه در این بین نسبتب ناروا به زوج خود بدهد هر چند امکان تلاقی این دو سبب نیز وجود دارد به نحوی که هم نسبت ناروا به زوجه داده شود و هم رابطه بنوت نفی شود. بر همین اساس باید اسباب لعان را در دو مورد نسبت دادن رابطه نامشروع (به معنای خاص) به زوجه و نفی ولد دانست.

الف: نسبت دادن رابطه نامشروع (به معنای خاص): وجود رابطه نامشروع به معنای خاص آن یکی از اسباب تحقق لعان می باشد. با توجه به شرایط سخت و در برخی موارد غیرممکن در اثبات این رابطه (وجود چهار شاهد شرعی که نظاره گر رابطه باشند ماده ۱۹۹ ق.م.ا)؛ طی این مسیر برای اثبات ادعای فرد نه تنها از نظر وجود مسولیت جزایی برای فرد مدعی بسیار سنگین می باشد بلکه در اکثر موارد نیز به نتیجه نمی رسد. بر همین اساس قانونگذار برای جلوگیری از پیامدهای نابه هنجار ناشی از وجود این رابطه برای زوج نهادی را پیش بینی نموده است تا با استفاده از آن به نتیجه دلخواه خود برسد. بر همین مبنا در مواردی که زوج وجود چنین رابطه ای را ادعا نماید می تواند با طرح موضوع در محاکم حقوقی نسبت به ادعای خود اقدامات حقوقی مورد نظر را صورت دهد. شرایط طرح موضوع لعان به سبب وجود رابطه نامشروع به شرح ذیل می باشد:

۱: وجود رابطه زوجیت دائم: قانون مدنی در خصوص وجود رابطه زوجیت دائم بین زوج و زوجه مقرر ای ندارد بر همین اساس باید با استفاده از منابع فقهی نسبت به این مسئله اجتهاد نمود. فقهای امامیه بر این عقیده اند که برای تحقق لعان الزاما باید رابطه زوجیت بین طرفین حتما دائم باشد و در عقد موقت لعان واقع نمی گردد این امر مستنبط از روایات وارده در این خصوص می باشد (حر عاملی، جلد ۲۲، بیروت، ۱۴۱۳ ه.ق.، باب دهم، ص ۴۳۰). شاید دلیل این امر امکان برهم زدن عقد متعه با تشریفات کمتری نسبت به عقد دائم باشد. اما از نظر قواعد حاکم بین دو نوع عقد تفاوت فاحشی وجود ندارد حداقل از نظر روابط خانوادگی و تولد فرزند و... تفاوت چندانی بین این دو نوع عقد وجود ندارد. با این حال قداست و احترام حاکم بر عقد موقت به نسبت عقد دائم به مراتب کمتر می باشد و همن موضوع و نگاه اجتماع نسبت به این امر خود دلیل قانع کننده ای برای عدم امکان لعان در این نوع عقد می باشد.

۲: طرح ادعا از سوی زوج و یقین وی: ادعای وجود رابطه نامشروع زوجه باید توسط زوج مطرح گردد و وی در صدد اثبات این امر از طریق لعان برآید. بر همین مبنا در موردی که زوجه چنین ادعایی را مطرح نماید امکان تحقق لعان به معنای خاص آن مورد پیدا نخواهد نمود. زوج برای طرح ادعای خود باید به موضوع علم یقینی داشته باشد و نظاره گر رابطه به معنای اخص خود باشد. ایجاد علم از طریق شهادت یک فرد مورد اعتماد زوج یا از هر طریق دیگر به غیر از مشاهده نمی تواند منجر به تحقق لعان گردد (خمینی، جلد دوم، ۱۳۶۳، ص ۳۲۰). طرح ادعای رابطه نامشروع از سوی زوجه یا طرح وجود رابطه نامشروع به غیر از زنا، یا

طرح ادعا بر اساس شنیده ها یا شهادت فرد مورد اعتماد و... نمی‌تواند مجوزی برای طرح دعوی لعان باشد. این امر به وضوح از نظر فقهی فقهای امامیه قابل استنباط می‌باشد هر چند بسیاری از فقها نسبت به این امر نیز به صراحت ابراز عقیده نموده اند.

۳: لعان کننده و لعان شونده باید عاقل، بالغ و مختار باشند؛ با توجه به اینکه لعان از مقوله اخباریات می‌باشد لعان کننده باید هم در زمان مشاهده عمل مورد ادعایی و هم در زمان ادای آن دارای شرایط مورد نظر قانونی باشد. بر همین اساس شخص نابالغ و محجور نه می‌تواند لعان کننده باشد و نه می‌تواند ورد لعان قرار گیرد.

ب: لعان به سبب نفی ولد: در مواردی که تمام شرایط الحاق فرزند به پدر خود مهیا باشد اما وی ادعای عدم الحاق او را داشته باشد می‌تواند با طرح دعوی نفی ولد به هدف خود برسد. در طرح این دعوا بدون شک اجرای تشریفات لعان اجتناب ناپذیر خواهد بود چرا که این امر تنها راه نفی ولد می‌باشد. لعان در این مورد به شرطی اجرا می‌گردد که بر اساس اماره فراش الحاق فرزند به پدر امکان پذیر باشد و در مواردی که امکان اجرای این قاعده مهیا نباشد یا با استفاده از ادله دیگر عدم انتساب فرزند به پدر اثبات شود لعان محقق نخواهد شد. با این حال باید به این نکته توجه نمود که برای تحقق لعان برای نفی ولد لازم نیست الزام ادعای زنا به زوجه طرح شود بلکه موضوع اصلی در این دعوا نفی رابطه نسب طفل با پدر می‌باشد که این امر می‌تواند ناشی از اکراه، رابطه به شبهه و ... محقق گردد و این امر الزاماً منوط به تحقق زنا نمی‌باشد.

### گفتار دوم: آثار لعان

همانطور که در مباحث پیشین بیان گردید لعان مبتنی بر دو سبب اصلی می‌باشد؛ یا برای نفی ولد محقق می‌گردد یا برای نسبت دادن رابطه نامشروع به زوجه. در هر دو حالت در صورتی که لعان با رعایت تمام تشریفات قانونی و مورد نظر انجام گیرد اثر مورد نظر را به همراه خواهد داشت. بر همین مبنا در صورتی که لعان به سبب وجود رابطه نامشروع محقق گردد موجب حرمت ابدی بین زوج و زوجه می‌گردد (ماده ۱۰۵۲ق.م.). حرمت ابدی که ناشی از انفساخ قهری عقد نکاح می‌باشد و نمی‌توان آنرا با طلاق مقایسه نمود. بر همین مبنا در این مورد بین حامل بودن زوجه و ... تفاوتی وجود ندارد و برای حدوث تفریق نیازی به گذشت طهر واقعه نمی‌باشد. از سوی دیگر به محض اجرای صحیح تشریفات لعان تفریق محقق گشته و امکان عدول از آن وجود ندارد. این امر درست مخالف قاعده ای است که در لعان به سبب نفی ولد روی می‌دهد چرا که در این نوع لعان، پدر می‌تواند از لعان خود رجوع کند با این حال این رجوع باعث اعاده کامل وضعیت حقوقی طرفین به حالت پیشین نمی‌گردد. در موردی که لعان به سبب نفی ولد انجام می‌گیرد در این حالت رابطه نسبی موجود بین لاعن و ملعون در ظاهر و بر اساس اصول حقوقی نفی می‌گردد اما این رابطه به واقع قطع نمی‌گردد. بر همین اساس در این گونه موارد قانونگذار در ماده ۸۸۲ق.م. به عدم وراثت این دو شخص از هم اشاره نموده اما در مورد سایر آثار وجود نسب مقرره ای را بین ننموده است. بر همین مبنا فرد ملعون نمی‌تواند با ارحام نسبی شخص لاعن ازدواج نماید از سوی دیگر خود شخص لاعن نیز حق ازدواج با ملعون و ارحام نسبی وی را نخواهد داشت. این امر به این دلیل می‌باشد که رابطه نسبی موجود بین طرفین فقط در ظاهر نفی می‌گردد اما در واقع این رابطه بر اساس اصول قانونی هم چنان پابرجاست هر چند برخی از آثار اصلی خود را نداشته باشد. نکته دیگری که باید به آن توجه نمود این است که در تحقق لعان به واسطه نفی ولد، فرزند فقط از پدر نفی می‌گردد اما هم چنان فرزند مادر خویش تلقی می‌گردد. به بیان رساتر تحقق لعان

صرفاً برای نفی رابطه نسبی موجود بین پدر و فرد ملعون می‌باشد اما نسبت به مادر طفل نه چنین خواسته‌ای وجود دارد و نه چنین امری قابلیت رخ دادن را دارد.

### مبحث دوم: حق زوجه در تصدی نهادهای حمایتی

زوج و زوجه به عنوان والدین مولی علیه، نسبت به آن‌ها دارای حقوق و تکالیف متعددی می‌باشند. حقوق و تکالیفی که کاملاً به هم وابسته اند و در هر یک از آن‌ها می‌توان آثار رکن دیگر را نیز مشاهده نمود. به بیان بهتر حقوق و تکالیف والدین نسبت به فرزندان خویش هم ویژگیهای داشتن امتیاز را دارا می‌باشد و هم ویژگی‌های مربوط به تعهد قانونی. با توجه به اینکه یکی از مهم‌ترین حقوق متقابل والدین و فرزندان نسبت به هم نگهداری و تربیت و اداره امور مالی و غیر مالی مولی علیه بوده و مرکز ثقل این تعهدات و حقوق فرزند می‌باشد؛ در بررسی احکام حاکم بر این قواعد مصلحت طفل مد مظر قرار می‌گیرد. با توجه به اهمیت این مباحث، در سه بند مجزا حق حضانت، قیمومت و ولایت مادر بر فرزند مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### بند اول: قیمومت

قیم به معنای متولی و سرپرست بوده و به عنوان نهاد حمایتی برای محجورین تلقی می‌شود (صفائی، ۱۳۸۲، ص ۲۵۹). نهاد قیمومت به عنوان نهاد جانشین «ولایت» تلقی می‌شود چرا که این نهاد زمانی به کار گرفته می‌شود امکان یا اجرای «ولایت قهری» با مانعی روبرو باشد یا اصلاً قابلیت تحقق را نداشته نباشد (ماده ۱۲۱۸ ق.م.). قیم بطور عموم زمانی تعیین می‌شود که برای ولی قهری امکان تصرف و دخالت در امور مولی علیه مهیا نباشد اعم از اینکه مانعیت از نوع ذاتی یا عرضی باشد. برخی از حقوق دانان مبنای این نهاد حمایتی را ولایت قاضی دانسته و بر این عقیده اند که با توجه به پیشینه این بحث در فقه اسلامی می‌توان مبنای این نهاد را در ولایت به معنای خاص آن یعنی ولایت حاکم جستجو نمود علی‌رغم اینکه بر اساس نظر فقها اختیارات قیم منصوب از طرف حاکم بر اساس نظر او تعیین می‌شود اما در حقوق حاضر اختیارات و شرایط قیم را قانون تعیین می‌نماید و قاضی صرفاً اجرا کننده این مقررات می‌باشد اختیارات گسترده‌ای در این خصوص ندارد. گرچه بر این نظر می‌توان ایراداتی را وارد دانست اما نباید از این نکته غافل شد که دخالت ولایت حاکم در اموال و امور محجورین نیز مبتنی بر حمایت از این اشخاص می‌باشد نه جلب منفعت برای خود قاضی یا حاکم.

نهاد قیمومت در حقوق نیز در معنای نزدیک به کار گرفته می‌شود و برای افرادی که دارای ولی خاص نمی‌باشند یا برای امکان اجرای ولایت ولی مانعی ایجاد می‌گردد این نهاد سنتی می‌تواند به کمک افراد محجور آمده و از زیان گسترده این افراد جلوگیری نماید. نهاد قیمومت و ولایت از جهات بسیاری دارای مشابهت و اشتراکاتی از جمله موارد ذیل می‌باشند:

الف: هر دو نهاد حمایتی می‌باشند: هم نهاد ولایت قهری و نهاد قیمومت با توجه به مبانی و اهداف مورد نظر آن‌ها، جهت حمایت از افراد محجور تاسیس گردیده اند و برای جلب منفعت یا هدف دیگری پیش‌بینی نشده اند. بر این اساس نمی‌توان برای افزایش سود یا امور دیگر برای افراد قیم یا ولی تعیین نمود.

ب: هر دو این نهادها برای افراد خاص می باشند: هم نهاد ولایت و هم نهاد قیمومت صرفاً برای افرادی پیش‌بینی شده اند که از نظر دماغی دارای مشکلاتی می باشند و برای افراد بالغ و عاقل نمی‌توان از این نهادها استفاده نمود و در امور آنها دخالت نمود (مواد ۱۲۱۸، ۱۲۱۹، ۱۲۲۰ ق.م.)

ج: اختیارات ولی و قیم محدود می‌باشد: امکان دخالت ولی و قیم در امور مالی و غیر مالی مولی علیه به این معنا نمی‌باشد که آنها می‌توانند هر نوع تصرفی را که مایل باشند بتوانند انجام دهند بلکه امکان تصرف آنها در امور مولی علیه با توجه به مبنای تشکیل این نهادها محدود می‌شود و صرفاً برای حمایت از مولی علیه و جلوگیری از ضرر محجور می‌توانند اقدام نمایند. (مواد ۱۱۸۴ و ۱۲۴۱ و ۱۲۴۰ ق.م.)

نهاد ولایت و قیمومت به مثابه تمامی نهادهای حقوقی که برای هدف خاصی ایجاد می‌شوند بعد از مدتی به پایان راه خود می‌رسند. نهاد ولایت و قیمومت در برخی موارد از جهت دلیل پایان حیات خود مشترک می‌باشند اما از جهاتی نیز تفاوت‌هایی دارند. برای مثال در نهاد ولایت چیزی به عنوان استعفای ولی قهری وجود ندارد در حالی که در صورت تحقق شرایط خاص قیم عزل و در برخی موارد منعزل می‌گردد و همچنین وی اختیار دارد از ادامه فعالیت و مسئولیت خود منصرف شده و استعفاء دهد هر چند به صراحت از امکان استعفاء قیم در قانون مدنی ذکری به میان نیامده است اما این قاعده را می‌توان از اصول مربوط به وکالت برداشت نمود. (مواد ۱۲۴۹ و ۶۷۸ ق.م.)

شاید اصلی‌ترین تفاوت این دو نهاد را تفاوت در ماهیت آنها دانست که یکی قهراً و به حکم قانون ایجاد می‌گردد و آمیزه‌ای از حکم و حق است که امکان اسقاط یا تبری از آن وجود ندارد و دیگری بیشتر به حق می‌ماند تا به حکم چرا که می‌توان از آن رهایی جست. بر این اساس با تمام شباهت‌هایی که بین این دو نهاد وجود دارد نمی‌توان تفاوت‌های موجود بین آنها را نادیده گرفت چرا که همین تفاوت‌ها باعث حدوث آثار متفاوت و متعددی بین آنها گردیده است.

## بند دوم: حضانت

"حضانت" مصدر فعل ثلاثی مجرد (حضن) به معنای دایگی، سرپرستی، پرورش دادن، پرستاری کردن می‌باشد (بندرریگی، ۱۳۷۲) این عبارت در عرف بیشتر برای نگهداری از اطفال به کار گرفته می‌شود و برداشت عرف از این کلمه بیشتر معنای نگهداری را به ذهن متبادر می‌سازد. قانون مدنی و قوانین مربوط به احوال شخصیه و امور حسبی نیز تعریفی از حضانت ارائه نداده‌اند. همین رویه در مورد فقها نیز وجود دارد و تعریف جامع و مانعی در کتب فقهی نسبت به این امر ارائه نشده است. با این حال بیان مصادیق و ارائه توصیفات مختلف در باره حضانت نشان می‌دهد که تعریف مورد اجماعی در این خصوص وجود ندارد. با این حال و علیرغم اینکه تعاریف گوناگونی در قالب‌های متفاوت نسبت به حضانت ارائه شده، فقها در تعریف این نهاد در دو نکته اساسی آن یعنی «نگهداری و تربیت» متفق القول می‌باشند حقوقدانان کشور نیز با تعریفی مشابه همین نظر را ارائه داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۷۹). بر این اساس باید حضانت را نهادی در جهت حمایت از طفل دانست که متولی این نهاد موظف به رعایت برخی قواعد و اصول مشخص می‌باشد. این اصول و قواعد، همان نگهداری و تربیت طفل در راستای مصلحت او تلقی می‌شود.

در خصوص ماهیت این نهاد اختلافاتی وجود دارد با این حال حق و تکلیف بودن این نهاد برای والدین غیر قابل انکار می‌باشد (همان، ص ۳۸۶). قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۶۸ خود نسبت به ماهیت این نهاد اعلام نظر نموده و آنرا دارای ماهیتی مرکب



از حق و تکلیف دانسته است. حق و تکلیف بودن این نهاد از این جهت دارای اهمیت می‌باشد که دربردارنده آثار خاص حقوقی است. بر این اساس با توجه به ماهیت مرکب این نهاد، حضانت نه قابل اسقاط است و نه قابل انتقال. از سوی دیگر به موجب هیچ قاعده ای نیز نمی‌توان والدین را از این حق محروم نمود. (۱۷۵ق.م.)

حضانت مادر با دو چالش مهم مواجه است؛ نخست؛ عدم ولایت مادر بر فرزند و دوم: اسقاط حق حضانت مادر در صورت ازدواج مجدد. منع ولایت مادر بر فرزند به‌طور مطلق پذیرفتنی نیست زیرا مادر نسبت به حفظ فرزند و اموال وی دلسوزتر و مهربان‌تر است، ضمن اینکه در عرف جامعه امروز و همچنین با توجه به توانایی زنان در اداره امور خانواده و بیرون از خانواده، ولایت مادر بر فرزند، پذیرفته شده است. در خصوص ازدواج مجدد نیز نمی‌توان یک سویه چنین شرایطی را صرفاً برای مادر قائل شد درحالی‌که برای مردان این محدودیت وجود ندارد و با ایجاد ترس در مادر، از ازدواج مجدد وی ممانعت به عمل آورد(مظلوم زاده و همکاران، ۲۰۲۲).

در فرآیند تصمیم‌گیری دعاوی اختلاف حضانت، نبود نهادی تخصصی برای کمک به قضات، منجر به تفسیر متفاوت از موضوعی واحد و صدور آرای حقوقی متفاوت و گاه متناقض می‌شود که پیامدهای گوناگونی برای خانواده‌ها و کودکان درگیر به بار می‌آورد. ضمناً حل و فصل پرونده‌های اختلاف حضانت در خانواده‌هایی که مشکلات خاصی (خشونت خانگی، اعتیاد، آزار کودکان و ...) دارند، نیازمند ارزیابی جامع و توصیه‌های مراقبتی روان‌پزشکان قانونی، کارشناسان و متخصصان حوزه کودک است. برخلاف تاکید قضات محاکم خانواده جهت ایجاد نهادی تخصصی برای اخذ نظرات کارشناسی در نظام قضایی ایران، متأسفانه با وجود ظرفیت‌های قانونی مراکز مشاوره خانواده در قانون حمایت خانواده سال ۹۱ که وفق ماده ۴۰ دستورالعمل اجرایی این قانون می‌توان از مشاوران مراکز مشاوره خانواده برای تعیین مصلحت کودک در دعاوی حضانت کمک گرفت، تاکنون تاسیس این مراکز برای ارزیابی مشکلات و مسایل دعاوی حضانت عملیاتی و اجرایی نشده است. (اولادی قادیکلایی و آذری، ۱۴۰۱)

نکته ای که باید به آن توجه نمود تلاقی حق حضانت با ولایت قهری است. به این معنا که، گاهی امکان دارد یک طفل دارای ولی قهری و مسئول حضانت مجزایی باشد بالاخص در مواردی که والدین طفل مطلقه باشند. در مواردی که والدین طفل باهم زندگی می‌کنند یا فقط یکی از نفر مسئول حضانت و ولایت از طفل می‌باشد اشکال خاصی ایجاد نمی‌شود. اما در مورد فرض اول اشکالات عمده ای ایجاد می‌گردد چرا که امکان دارد حضانت از طفل بر عهده مادر باشد ولایت آن بر عهده پدر؛ در این حالت بروز اختلاف در صحت و سقم تصرفات و امور مالی محجور بلاشک غیر قابل اجتناب خواهد بود. بر این اساس باید معلوم گردد قلمرو حضانت تا چه حدی است و مسئول حضانت تکلیف یا حقی در امور مالی محجور دارد؟

پاسخ به این سوال به غایت مشکل می‌باشد چرا که از یک طرف باید اصول و قواعد آمره حقوقی را در نظر گرفت و از طرف دیگر باید مصلحت محجور و حقوق او را نیز در نظر داشت. با این حال باید توجه نمود که این دو نهاد دو مقوله مجزایی می‌باشند که امکان تلاقی و تضاد در قلمرو آن‌ها وجود دارد. با این حال باید حضانت را صرفاً در امور نگهداری و تربیت طفل محدود نمود و تصرفات و امور مالی وی را جزء اختیارات ولی دانست.

### بند سوم: ولایت

در فقه امامیه نظر مشهور بر این امر قائل است که ولایت قهری از آن پدر و جد پدری بوده و شخص دیگری دارای این عنوان نمی‌باشد هر چند برخی نظرات شاذ و مخالفی هم در این بین وجود دارد. پیروی نویسندگان قانون مدنی از نظر مشهور فقها در تمام ابواب این قانون بالاخص در باب حقوق خانواده باعث گردیده تا اکثر قواعد و نظرات فقهی بدون هیچ تغییری در متن قانون

گنجانده شود. در باب ولایت قهری قانون مدنی با تبعیت از فقه امامیه و بدون در نظر گرفتن واقعیات جامعه کنونی، ولایت را از آن پدر و جد پدری دانسته و در این بین هیچ حقی را برای مادر متصور نگردیده است (ماده ۱۸۰ ق.م.). این امر باعث گسترش انتقادات و اعتراضات نسبت به قوانین مدنی کشور شده و برخی از محققین، قوانین کشور را غیرعادلانه و یکطرفه توصیف نمایند (عبادی، ص ۴۲). بدون شک ایراداتی نسبت به حکم ولایت قهری مقرر در قانون مدنی نسبت به پدر و جد پدری و استثناء مادر نسبت به این امر وجود دارد با این حال این امر به معنای تجویز استهزاء قوانین و مقررات نخواهد بود بلکه برای رد هر حکم قانونی باید دلیل همتراز با وجود آن حکم ارائه گردد.

بر این اساس برای تجویز و تایید حکم ولایت مادر بر فرزند بایستی به مبانی «ولایت» مراجعه نمود و در این وادی به دنبال مویدی برای مطلوب خود گشت. علی ای حال با توجه به اینکه در بررسی مبانی ولایت قهری هم می توان به وجود احادیث و روایاتی در این باب دست پیدا نمود و هم برای تایید این حکم به اصول منطقی و عقلی استناد کرد؛ در مسئله ولایت مادر نیز باید به این اصول و روایات استناد جست.

در بررسی ادله و مستندات نظریه «ولایت قهری» فارغ از ادله روایی ارائه شده در این خصوص، بدون شک استناد به «بنای عقلا» به عنوان دلیل محکم و متقن در خصوص تمامی مسائل فقهی جایگاه ویژه ای دارد. برای تایید ولایت مادر بر فرزند نیز می توان به این دلیل استناد جست. بر این اساس باید گفت اگر بنای عقلا بر این امر مبتنی است که امور محجور بدون متولی باقی نماند و از این راه به وی ضرری وارد نشود، تفاوتی بین پدر و مادر مولی علیه قائل نیست. به عبارت بهتر بنای عقلا بر این امر مستقر گردیده است که امور محجور عاطل و باطل باقی نماند و در این بین تفاوتی نمی نماید که نظم دهنده به این امور چه کسی باشد بلکه باید صلاحیت دخالت در امور محجور را داشته باشد بالاخص اگر متولی نزدیکترین شخص به مولی علیه باشد. آنچه که در نظر عقلا مهم تلقی می شود حفظ حداکثری منافع و مصلحت محجور توسط متولی امور وی می باشد و نزدیکی نسبی متولی به مولی علیه به عنوان اماره ای بر حفظ این مهم تلقی می شود. گرچه این امر به صراحت در نظر فقها بیان نگردیده اما با توجه به کلیات امر به راحتی می توان آنرا استنباط نمود. توجه به ارکان بناء عقلاء از جمله رکن «مفید و معقول بودن عمل» (اصغری، ۱۳۸۴، ص ۷) از ارکان این دلیل عقلی موید گفته فوق خواهد بود.

گذشت زمان و بروز ناملایمات ناشی از سوء استفاده از حقوق واگذار شده توسط قانون به افراد نالایق و پدران بی مسئولیت باعث گردید تا قانونگذار در تدوین قوانین مرز واقعیات و آمال را بهتر درک نموده و دریابد که مدینه فاضله با تمام خصوصیات و ویژگیهایش حداقل در زمان اندکی قابل تحقق نخواهد بود. بر این اساس با تغییر محتاطانه نگرش خود نسبت به نهاد ولایت قهری تا حدی از مشکلات و سوء استفاده های موجود در این زمینه را کاست. بر همین اساس قانونگذار در ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ حق ولایت مادر را به رسمیت شناخت. بر اساس این ماده طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر خود می باشد. در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم توانایی یا عدم لیاقت او در اداره امور صغیر یا فوت پدر، با تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، حق ولایت به هریک از جد پدری یا مادر تعلق خواهد گرفت.

تصویب این ماده امید تازه ای را در کالبد آنانی تاباند که گسترش فساد و لایبالی پدران نابودی را برای فرزندان مشترکشان به ارمغان آورده و خود به دلیل جدائی از زوج توانایی و حق حمایت از فرزند خود را نداشتند. بر اساس این ماده و با در نظر گرفتن واقعیات زندگی، ولایت مادر در شان و همتراز ولایت پدر (در موارد عزل وی) و دقیقاً برابر با ولایت جد پدری قرار گرفت. اما این

منبع امید دیری نپایید که دوباره رو به زوال گرایید و نهایتاً در سال ۵۸ با تصویب قانون الغای مقررات مخالف قانون مدنی در خصوص ولایت و قیمومت به کلی از بین رفت. تصویب کنندگان این قانون نه بر مبنای عقل ب لکه بر مبنای احساس و شور به ظاهر دینی اقدام به این امر نمودند.

با این حال اصلاحات سال ۷۹ در خصوص امکان عزل ولی قهری نالایق و ناتوان امیدهای تازه ای را خلق نمود هر چند رسیدن به این آمال تلاش فزاینده ای را می طلبد. با این حال تصویب موادی همچون ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی و امکان عزل ولی قهری می تواند کمک شایانی در جهت حفظ حقوق محجور و حمایت از وی نماید و این حمایت در صورت صلاحیت مادر وی می تواند در حد علی خود صورت پذیرد. به عبارت بهتر عزل ولی نالایق راه را برای ولایت مادر هر چند با نام و عنوان دیگری مثل قیمومت یا حضانت و... هموار می نماید اما همین عناوین نیز هم در جهت حمایت از محجور و هم حمایت از حق مادر بر فرزند خود بی شک ثمربخش خواهد بود

### مبحث سوم: تاثیر لعان بر حق ولایت عام مادر نسبت به اولاد

تحقق لعان به این معناست که رابطه ایجاد شده بین طرفین از نظر قانون نمی تواند دوام داشته باشد. به بیان رساتر در مواردی که لعان برای نفی ولد انجام می گردد یا برای تفریق بین زوجین روی می دهد در هر حالت قانونگذار علاقه ای به حفظ رابطه قبلی نشان نمی دهد. این امر به واسطه برداشت عرف از اجرای تشریفات لعان می باشد. چرا که در مواردی که طرفین مصمم به اجرای تشریفات لعان می باشند و این تشریفات را اجرا می نمایند به واقع احترام و عزت حاکم بین یکدیگر را زیرپا نهاده و در صدد به اثبات رساندن خواسته و نظر خویش می باشند. با توجه به اینکه لعان بر مبنای سوگند و با تشریفات خاص محقق شده و تحقق آن به معنای اثبات ادعای مورد نظر طرفین نمی باشد. بر همین اساس اگر زوج برای ایجاد تفریق ادعای وجود رابطه نامشروع را طرح نماید و تشریفات لعان به طور کامل اجرا گردد این امر به معنای صحت ادعای زوج نخواهد بود بلکه اجرای این تشریفات به معنای تسکینی برای وجدان طرفین می باشد. نکته دیگری که باید به آن توجه نمود این است که در اجرای تشریفات لعان زوج برای صدق ادعای خود خداوند را گواه می گیرد و زوجه نیز برای رد ادعای او همان یگانه را دلیل صدق خود و کذب زوج خویش شاهد میگیرد. بر همین مبنا بعد از اجرای لعان نه عملاً و نه به واقع و نه لحاظ حقوقی هیچ چیزی ثابت نمی گردد و فقط ادعای طرفین در مقابل ادعای طرف مقابل ساقط می گردد و به خاطر طرح ادعای زننده نسبت به کیان زندگی قانونگذار تفریق طرفین را به مصلحت می داند تا ادامه زندگی.

پس اجرای لعان به معنای ثبوت و واقعیت داشتن ادعای طرفین نمی باشد و این امر نمی تواند نسبت به حقوق طرفین تاثیرگذار باشد. با این حال برای روشن شدن قضیه به بررسی مهم ترین شرایط لازم در متولیان نهادهای حمایتی می پردازیم و در هر مورد به صورت مستقل نسبت به تاجر لعان بر شرط مورد نظر؛ نظر مختار را ارائه می دهیم.

### وجود رابطه ابوت

ولایت قهری ناشی از رابطه نسبی است و هیچ شخصی بدون داشتن رابطه نسبی با طفل نمی تواند مدعی ولایت بر محجور باشد. از اینرو یکی از مهم ترین شروط ولایت قهری، وجود رابطه ابوت قانونی و مشروع بین محجور و ولی می باشد. برای تحقق این شرط وجود رابطه زوجیت قانونی بین پدر و مادر محجور از الزامات می باشد و نسب حاصل از رابطه نامشروع ملحق به زانی نخواهد

بود (۱۶۷ق.م). طفل زمانی ملحق به والدین می‌باشد که حاصل زمان زوجیت و ناشی از نزدیکی خود زوجین باشد. نکته ای که در این مورد باید بیان نمود این است که رابطه ابوت صرفاً به این معنا نمی‌باشد که طفل از رابطه زناشویی عرفی و معمول حاصل گردد بلکه در تمامی مواردی که طفل از نظر قانونی مشروع باشد ملحق به والدین خود خواهد بود و روش ایجاد نطفه در این بین هیچ اثری نخواهد داشت. بر این اساس طفل حاصل از اجاره رحم یا انتقال اسپرم (در مواردی که اسپرم متعلق به خود زوج می‌باشد) را نیز باید منسوب به والدین دانست (لطفی، ص ۱۸۰ به بعد).

حال باید توجه داشت که تحقق لعان در تمامی زمینه‌ها نمی‌تواند تاثیری نسبت به این رابطه بگذارد. یعنی لعان به معنای نفی رابطه نسبی نیست بلکه در موردی که لعان به سبب نفی ولد صورت پذیرد صرفاً مانع تحقق ارث بین طرفین می‌گردد و فراتر از این عنوان تاثیر دیگری نمی‌تواند بر روی نسب بگذارد. بر همین اساس امکان تزویج بین ولد نفی شده و فرزندان او با پدر لاعن و اجداد او وجود ندارد. از سوی دیگر امکان رجوع از لعان نیز چنین واقعیتی را نشان می‌دهد چرا که اگر وقوع لعان به معنای واقعی قطع رابطه نسبی بود دیگر امکان رجوع در آن وجود نداشت و در صورت وجود نیز نمی‌توانست تاثیری بر واقعیت حادث شده بگذارد.

با این حال قانونگذار برای رفع تنش بین طرفین و کاستن از آثار زیانبار تردید و شک در زندگی مشترک و رابطه ابوینی بین پدر و فرزند امکان تحقق چنین امری را فراهم نموده است.

## اهلیت

علی‌رغم اینکه قانون مدنی از لزوم وجود اهلیت برای ولی قهری سخنی به میان نیاورده است اما با این حال باید این شرط را از جمله شروط اساسی تصدی هر امر حقوقی دانست. قانون مدنی زوال اهلیت ولی قهری را از موارد عزل وی بیان نموده (مواد ۱۸۲ و ۱۸۵ ق.م). به همین دلیل باید بیان داشت که قانون مدنی نه بصورت صریح بلکه بصورت ضمنی نسبت به لزوم وجود این شرط توجه داشته است. از نظر منطقی نیز قابل قبول نمی‌باشد که شخصی که خود اهلیت ندارد امور دیگری را به دست گیرد و نسبت به او به عنوان راهبر تلقی گردد.

این شرط نسبت به افرادی که به عنوان قیم یا امین نیز تعیین می‌گردند وجود دارد و یقینی است که قیم و امین محجور نمی‌تواند اداره کننده امور دیگری باشد در حالی که خود نیاز به حمایت و سرپرستی دارد. اجرای لعان و تحقق آن نسبت به اهلیت افراد نیز موثر نبوده و به معنای نفی اهلیت افراد یا اعاده حجر نسبت به آن‌ها نمی‌باشد تاثیری بر این امر نخواهد داشت.

## عدالت

عدالت مفهومی اخلاقی است که در معنای عام دربردارنده تمام فضیلت‌ها و در معنای خاص با عنوان مانع ارتکاب گناه و به مثابه ابزار تقوا به کار می‌رود (شمس، ۱۳۹۱، ص ۲۲۹). در خصوص لزوم وجود این شرط برای ولی قهری اختلاف شدیدی بین فقهای امامیه وجود دارد. برخی بر این باورند که احتیاط ایجاب می‌نماید که ولی قهری زمانی دارای منصب ولایت باشد که عدالت وی احراز شود و برخی از فقها نیز بر این باورند که با توجه به اینکه سمت ولایت بر ولی با اجماع برای وی اثبات شده است وصف عدالت برای تحقق این سمت لازم نیست. فارغ از اختلاف فقها در این مورد، قانون مدنی چنین شرطی را به حق لازم ندانسته است. چرا

که از یک طرف تعریف روشن و واضحی از اصطلاح «عدالت» در دست نیست و از سوی دیگر شرط دانستن این وصف منجر به بروز اختلافات حقوقی شدیدی خواهد گردید که نهایتاً این امر نیز در نوع خود باعث بی عدالتی فزاینده ای می شود.

این شرط در خصوص قییم و امین هم لازم ندانسته شده است. نکته ای که در این بحث قابل تذکر می باشد تاثیر لعان بر این فضیلت اخلاقی می باشد. بدون شک اگر از نظر اخلاقی موضوع مورد بررسی قرار گیرد باید بیان داشت که فرد اخلاق مدار هیچگاه اقدام به طرح لعان در دادگاه نمی نماید هر چند که درخواست لعان به عنوان یک حق تلقی می گردد اما این امر نمی تواند مجوزی برای اجرای این حق به شدت نکوهیده گردد. بدون شک عرف جامعه نیز طرح چنین ادعایی را بر نمی تابد چرا که در فرجام اجرای این حق هیچ چیزی اثبات نمی گردد بلکه دو ادعای متعارض طرح شده و قانونگذار بدون در نظر گرفتن صحت و سقم قضیه تفریق بین طرفین را بهترین راه حل مشکل پیش آمده می داند. بر همین اساس طرح چنین ادعاهایی از نظر اخلاق صرف نمی تواند مورد تایید قرار گیرد. اما تحقق وصف عدالت برای افراد بشر به معنای اجرای کامل تمامی تکالیف اخلاقی نیست بلکه التزام به اصول و مبانی اصلی و موکدات می باشد. بر همین مبنا اجرای حق هر چند منجر به رنجش دیگران گردد اگر همراه با قصد اضرار یا سوء نیت همراه نباشد نمی تواند وصف عدالت را تحت تاثیر قرار دهد.

### مسلمان بودن

در فقه نظر جمهور بر این امر استوار می باشد که در صورت مسلمان بودن مولی علیه، ولی نیز باید مسلمان باشد چرا که در اسلام امکان تسلط کافر بر مسلمان میسر نمی باشد. اما در قانون مدنی نسبت به این امر اشاره خاصی صورت پذیرفته بلکه صرفاً در خصوص لزوم مسلمان بودن وصی در صورت مسلم بودن مولی علیه تصریح شده است (ماده ۱۱۹۲). با این حال نمی توان با استناد به این ماده ولی غیر مسلم را از ولایت فرزند مسلم خود منع نمود مگر اینکه دلیل خاصی به غیر از عدم اسلام ولی ارائه گردد. چرا که تمسک به این امر منجر به برهم ریختگی نظام حقوقی در عرصه عمل خواهد شد. به عبارت بهتر با توجه به اینکه مواردی که محجور مسلمان و ولی غیر مسلمان می باشد چنان کثرت دارد که امکان منع ولایت چنین افرادی بسیار سخت و از سوی دیگر به غایت مضر، هم برای مولی علیه و هم برای جامعه می باشد.

بدون شک لعان نمی تواند باعث نفی اعتقاد افراد نسبت به عقاید خاص باشد یا عقاید مذهبی افراد را تحت تاثیر قرار دهد بر همین مبنا باید بیان داشت که لعان نمی تواند باعث از بین رفتن این وصف گردد.

علاوه بر شرایط مذکور که به عنوان مهم ترین شروط و اوصاف مورد نظر برای ولی قهری شناخته می شود شروطی مانند امانت، توانایی انجام امور و ... نیز از جمله شروط مورد نظر قانونگذار برای تصدی سمت ولایت، قیمومت و حضانت می باشد. با این حال نباید بر این عقیده بود که لعان نسبت به چنین اوصافی تاثیر می گذارد و باعث ازاله این اوصاف از فرد خاص می گردد.

### نتیجه گیری

لعان به عنوان یکی از نهادهای خاص نظام حقوقی اسلام شناخته می شود که در قوانین فعلی کشور نیز مورد نظر قرار گرفته است. این نهاد حقوقی بر اساس آراء فقها در دو موضع اصلی مورد استفاده قرار می گیرد. در حالت اول وقتی که پدری در انتساب فرزند متولد از زوجه خویش نسبت به خود اظهار تردید نموده و با طرح ادعای عدم انتساب به وی در صدد نفی ولد خویش بر می آید. در

حالت دوم اجرای لعان برای تحقق تفریق ابدی بین زوج و زوجه با طرح ادعای زوج مبنی بر وجود رابطه نامشروع زوجه خود با دیگری مطرح می‌گردد و بعد از انجام تشریفات مورد نظر نهایتاً منجر به تفریق ابدی بین آن‌ها می‌گردد. هر یک از زوجین در قبال زندگی مشترک و هم‌چنین اولاد مشترک دارای حقوق و تکالیف متعددی می‌باشند. یکی از مهم‌ترین حقوقی که برای زوجین و از جمله زوجه مورد شناسایی قرار گرفته است حق وی بر حضانت، نگهداری و ولایت بر اولاد خویش می‌باشد. اجرای تشریفات لعان و به تبع تحقق آثار آن این سوال را به ذهن متواتر می‌نماید که آیا اجرای این تشریفات می‌تواند حقوق زوجه نسبت به اولاد خویش را تحت تاثیر قرار دهد؟ در نگاه اول شاید این گونه به نظر آید که اجرای تشریفات لعان به معنای زیرپا نهادن اخلاق اجتماعی می‌باشد چرا که طرح این ادعا مبتنی بر نقض حریم خانواده از سوی زوجه می‌باشد و زوج صرفاً به دلیل عدم وجود ادله کافی برای اثبات ادعای خود ناچار به طرح لعان می‌گردد بر همین اساس چنین فردی توانایی و لیاقت نگهداری و تربیت فرزند را نخواهد داشت.

برای تشخیص امکان توافق یا عدم توافق در مورد آثار مالی زوال نکاح باید به جنبه حق یا حکم بودن آثار توجه کرد. در صورتی که این آثار را حق بدانیم، با توجه به ویژگی اسقاط‌پذیری و اصل حاکمیت اراده در آن می‌توان برخلاف آثار قانونی و فقهی موضوع توافق کرد، اما در صورتی که آثار مالی انحلال نکاح را حکم بدانیم نمی‌توان برخلاف آن‌ها توافق کرد. از سویی، یکی از ویژگی‌های حقوق مالی، امکان اسقاط آن است. موضوعاتی مانند مهریه، جهیزیه، هدایا و نفقه در عده طلاق رجعی یا عده وفات با توجه به اصل حاکمیت اراده و قاعده تسلیط، قابل توافق هستند. زن و مرد می‌توانند در مقدار و ماهیت آن توافق یا حتی ساقط کنند، اما در مورد قواعد حاکم بر ارث باید گفت در صورت زوال نکاح ناشی از فوت زوجین یا لعان، به نظر می‌رسد چون این قواعد امره هستند، نمی‌توان برخلاف آن‌ها توافق کرد و توافق خلاف آن‌ها بی‌اثر است. (سیدناصردینینی و همکاران، ۱۴۰۱)

با این حال باید از پیش داوری اجتناب نموده و با استناد به واقعیت‌های حقوقی نسبت به قضیه اظهار نظر نمود. بر همین اساس باید بر این عقیده بود که لعان انجام شده با رعایت تمامی تشریفات خود هیچ ادعایی را ثابت یا رد نمی‌کند بلکه نهاد حقوقی خاصی می‌باشد که دارای آثار مد نظر قانونگذار است. بر همین اساس نمی‌توان به محض تحقق لعان این گونه نتیجه‌گیری نمود که زوجه دقیقاً مرتکب همان اعمالی شده است که زوج ادعا می‌نماید. بر همین اساس تحقق لعان نمی‌تواند منتج به تاثیرگذاری بر روی حقوق زوجه نسبت به اولاد خویش گردد.

## منابع فارسی

۱. اصغری، سید محمد، بناء عقلاء، (۱۳۸۴)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۷۰.
۲. اولادی قادیکلایی، اعظم، و آذری، هاجر. (۱۴۰۱). مطالعه تطبیقی نهاد ارزیابی حضانت: رویکردی علمی و بین‌رشته‌ای در دعاوی حضانت. مطالعات حقوق تطبیقی.
۳. بندریگی، محمد، فرهنگ جدید عربی به فارسی، (۱۳۷۲)، چاپ نهم، انتشارات حیدری.
۴. سید ناصرالدینینی، سیده طاهره، یاقوتی، ابراهیم، و فهرستی، زهرا. (۱۴۰۱). امکان‌سنجی توافق میان زوجین در آثار و احکام انحلال نکاح در خصوص حقوق مالی از منظر نظام فقه خانواده و حقوق ایران. پژوهش‌نامه فقه اجتماعی، ۱۱(۱)، ۸۹-۱۰۸.
۵. شمس، عبدالله (۱۳۹۱)، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، انتشارات دراک، چاپ بیست و یکم.
۶. صفائی، حسین (۱۳۸۲)، اشخاص و محجورین، انتشارات سمت، چاپ هشتم.

۷. عسگری غنچه، مهناز، میرداداشی، سید مهدی، و صادقی، محمد. (۱۴۰۱). بررسی فقهی و حقوقی لعان و نقش آن در تسهیل روند جدایی زوجین. مطالعات فقهی و فلسفی، ۱۳(۴۹)، ۱-۱۵.
۸. قاضی خانی، ح. (۲۰۲۲). راه کارهای رسول خدا (ص) در پیش گیری و برون برد همسران از اختلافات زناشویی. دوفصلنامه علمی پژوهشی دین و سیاست فرهنگی، ۸(۲).
۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، حقوق خانواده، جاد اول، انتشارات شرکت سهامی، چاپ اول، شماره ۳۶.
۱۰. لطفی، اسدالله، احکام حقوقی طفل حاصل از رحم جایگزین، مجله حقوق خصوصی، دوره هشتم، شماره دوم، زمستان ۹۰.
۱۱. محمدی جوزانی، م، عوض پور، ا، هیبت لو، فردین. (۲۰۲۲). توافقات راجع به حضانت با تاکید بر رویه قضایی. پژوهشهای حقوقی، ۲۱(۵۰)، ۴۰۵-۴۳۳.
۱۲. مظلوم زاده، ا، جمال زاده، و، شهابی، م (۲۰۲۲). بررسی فقهی حقوقی حضانت کودک از طرف مادر؛ چالش ها و راهکارها. فصلنامه مطالعات میان رشته ای فقه، ۲(۲)، ۱۰۳-۱۲۰.

### منابع عربی

۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه، (۱۴۱۳.ه.ق)، دار الاحیاء التراث، جلد ۲۲، بیروت، باب دهم.
۱۴. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، (۱۳۶۳)، جلد دوم، نشر اسلامی، قم.
۱۵. عاملی، زین الدین بن علی بن احمد، الروضه البیبه، (۱۴۲۵.ه.ق.) جلد سوم، مطبعه النهضه، قم.
۱۶. فراحیة لمیاء-عثمانیة سهیله، و فتحی بوخالفه. (۲۰۲۲). شعریه الخصائص الفنیة فی أدب الأطفال-قصه عقلة الإصبع فی مدینه الشمع-أحمد نجیب أنموذجا
۱۷. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۳۱، انتشارات دارالکتب اسلامیه.