

## بررسی مبانی ولایت قهری پدری و جد پدری در نکاح دختر باکره

دکتر اختر سلطانی 1، پروین فتاحی 2

1 عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد ایلام- ایران.

[akhtar.soltanii@yahoo.com](mailto:akhtar.soltanii@yahoo.com)

2 کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه آزاد واحد ایلام- ایران.

[Pa.fatahi1392@gmail.com](mailto:Pa.fatahi1392@gmail.com)

### چکیده:

در فقه امامیه قول مشهور این است که ولی می‌تواند مولی علیه صغیر را که به دلیل صغر اراده اش غیر نافذ است، به عقد ازدواج فردی در آورد. البته ولایت پدر و جد پدری مشروط به رعایت مصالح مولی علیه می‌باشد. بنا بر این، اگر ولی بدون رعایت مصلحت صغیر، او را به عقد ازدواج فردی در آورد، گروهی از فقها آن را غیر نافذ و منوط به اجازه صغیر بعد از بلوغ می‌دانند. گروهی دیگر معتقدند که اصلاً عقد بدون رعایت مصلحت صغیر باطل است و حتی با اذن بعد از بلوغ نیز نمی‌توان آن را درست کرد. مشهور فقهای امامیه با استناد به صحیح عبدالله بن صلت معتقدند که صغیر بعد از بلوغ حق فسخ ندارد. عبدالله بن صلت می‌گوید: از امام صادق (ع) (در باره دختر صغیره که پدرش، او را به عقد ازدواج در آورده است) سؤال کردم آیا او بعد از بلوغ حق اظهار نظر و اختیار دارد یا خیر؟ حضرت فرمود: خیر. در مورد اولاد ذکور، دیدگاه غیر مشهور در فقه، وجود خیار بعد از بلوغ است؛ زیرا بدلیل اثبات نفقه و مهر دچار زیان و ضرر شده و بر مبنای قاعده لاضرر، آنان مخیرند که این عقد را تنفیذ یا رد کنند. بعضی از فقها با مقایسه اولاد اناث به اولاد ذکور، در عدم خیار فسخ اولاد اناث بعد از بلوغ نیز تردید کرده‌اند؛ زیرا آنان معتقدند که در مورد اناث، ادامه زندگی مشترک بر خلاف میل و رغبت، نوعی ضرر است. بنا بر این، با استناد به لاضرر می‌توان برای وی خیار فسخ را اثبات کرد.

کلمات کلیدی: ولایت قهری، جد پدری، دختر باکره

## Reviews the fundamentals of ecstasy father's paternal guardianship virgin girl

Akhtar, soltani<sup>1</sup>; parvin, fatahi<sup>2</sup> (10, Normal bold)

1- Faculty Member of Islamic Azad University of Ilam, Iran

[akhtar.soltanii@yahoo.com](mailto:akhtar.soltanii@yahoo.com)

2- Master of Law, Islamic Azad University of Ilam, Iran.

[Pa.fatahi1392@gmail.com](mailto:Pa.fatahi1392@gmail.com)

### Abstract

Jurisprudence is the famous mole, but can Saker against Minor due to blunt his will, to marry the person. The province provided father and paternal grandfather was against the interests of the mole. Therefore, if the non-observance of the interest of the minor, his marriage to the individual, a group of jurists to consider blunt and permission minor after puberty. Others believe that no contract will be void and without respecting the interests of the minor even with the permission after puberty also can not be made. According to Abdullah ibn Salt incorrect renowned jurists believe that a minor has the right to terminate after puberty. Abdullah ibn Salt says Imam Sadiq (the minor daughter of his father, brought him to the marriage) after puberty voice and asked if he holds or not? He said: no. In the case of male children, non-famous views in jurisprudence, there is the option after puberty because they suffered losses due to the proven maintenance and October, and according to the rule, they Mkhrynd the contract or refuse ratification. Some jurists with female children than male children, female children in the non-termination option after puberty also have doubts because they believe that the women, unlike the common life willingly, some kind of loss. Therefore, according to him, no harm can be done to prove the termination of cucumber.

**Keywords:** *Guardianship, grandfather, daughter Mary*

مقدمه:

در اسلام و حقوق موضوعه کشور که مبتنی بر احکام شرعی و فقهی است، اصل بر عدم حاکمیت و ولایت انسانها بر یکدیگر است؛ لیکن ضعف، ناتوانی و نقصان خرد در صغار و نیاز آنان به سرپرستی، مراقبت و حمایت همه جانبه موجب شده تا تأسیس ولایت با اختیارات زیاد و گستره ای وسیع برای ولی قهری منظور گردد.

به گونه‌ای که کلیه امور مربوط به آنان را از قبیل اداره اموال و دارایی، نگاهداری و مراقبت، تربیت و آموزش را تحت نظارت و حمایت داشته باشد. از این رو مفهوم ولایت قهری را شامل امور مالی و نیز امور غیر مالی و شؤون مربوط به نفس مولی علیه دانسته اند.

بسیاری بر این باورند که ولایت اختصاص به اداره اموال و حقوق مالی مولی علیه دارد.<sup>۱</sup>

### ولایت قهری پدر و جد پدری:

#### گفتار اول: ولی خاص

به صراحت ماده 1188 قانون مدنی، هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشند وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید. در اصطلاح حقوق مدنی، به پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص طفل می‌گویند. ممکن است پدر یا جد پدری به کسی که به سمت وصایت معین کرده، اختیار تعیین وصی بعد فوت خود را برای مولی علیه بدهد. اگر وصی منصوب از طرف ولی قهری به نگاهداری یا تربیت مولی علیه و یا اداره امور او اقدام نکند یا امتناع از انجام وظایف خود نماید منعزل می‌شود. وظیفه و سمت وصی که از جانب پدر یا جد پدری برای سرپرستی محجور تعیین شده باشد (ماده 1181 قانون مدنی) نیز یک نوع ولایت است که غیر از ولایت قهری است، هر چند که مشمول عنوان ولایت خاص می‌باشد. ولی خاص برای اداره امور طفل تحت ولایت خود نیاز به اجازه دادگاه ندارد.<sup>۲</sup>

#### بند اول: بررسی مضمون ولایت قهری در فقه و قوانین موضوعه:

ولایت از نظر لغوی «به دو چیز که در کنار هم قرارگیرند به طوری که بین آنها فاصله‌ای نباشد» اطلاق می‌گردد.<sup>۳</sup> در اصطلاح عبارت است از: «امارت و سلطنت، یاری و نصرت، دوستداری و قرابت».<sup>۴</sup> در تعریف حقوقی ولایت آمده: «ولایت سلطه و اقتداری است که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام می‌دهد».<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> - حر عاملی، محمدبن حسن، وسایل الشیعه 1413، ص 59

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، ج 3، 1383

<sup>۳</sup> - راغب اصفهانی، المفردات فی القریب القرآن، 1420، ص 547

<sup>۴</sup> - جزری، مبارک بن محمد، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، 1390، ص 228

<sup>۵</sup> - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، 1366، ص 202

ولایت به این معنا هم حق و هم تکلیف است.<sup>۱</sup> ولایت به دو معنای عام و خاص به کار می‌رود. ولایت عام به معنای سلطه‌ای است که شخص بر جان و مال دیگری پیدا می‌کند و اداره امور او را به طور کلی عهده‌دار می‌شود؛ مانند ولایت پدر، جد پدری و حاکم. جایگاه ولایت خاص روابط خانوادگی می‌باشد و عبارت است از: «اقتداری که قانونگذار به منظور اداره امور مالی و تربیت کودک، سفیه یا مجنون که حجرشان متصل به زمان صغر است به پدر و جد پدری اعطاء می‌کند».<sup>۲</sup>

مطابق ماده 1194 ق.م. پدر، جدپدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان، ولی خاص طفل نامیده می‌شود؛ اما 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 آن که به موجب وصیت پدر، مادر ولی خاص شود. در ماده 1180 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».

از آنجا که ولایت پدر و جد پدری، ولایت قهری و قانونی است، لذا حق استعفا از این سمت را ندارد و در این مورد بین فقها اتفاق نظر است.

رأی وحدت رویه شماره 518-1367/11/18 به طور تلویحی به این حکم اشاره می‌کند: «... سمت ولایت قهری پدر نسبت به فرزند در ماده 1180 ق.م. تصریح شده است که تا رسیدن به سن بلوغ ادامه می‌یابد». مطابق ماده 1181 ق.م. هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند و در خصوص این که آیا ولایت جد پدری در عرض ولایت پدر، ثابت است یا در طول یکدیگر می‌باشد، در فقه اختلاف نظر است.

مشهور فقها قائل به اشتراک آنها در ولایت بوده و برای هر یک حق مستقل در تصرف اموال مولی‌علیه قائل هستند.<sup>۳</sup> برخی نیز ولایت جد را در طول ولایت پدر دانسته و تا وقتی که پدر در قید حیات است، جد پدری را ممنوع از دخالت در امور محجور می‌دانند.<sup>۴</sup>

قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهاء، ولایت پدر و جد پدری را در عرض یکدیگر قرار داده است، مطابق ماده 1183 ق.م. ولی در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی‌علیه، نماینده قانونی می‌باشد.

ماده 1188 ق.م. به پدر یا جد پدری اجازه داده، تکلیف ولایت محجور را بعد از فوت خود معین نماید. مطابق این ماده هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌توانند، برای اولاد خود که تحت ولایت وی می‌باشند، وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگهداری و تربیت آنان مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید. از آنجا که در تعیین وصی جنسیت شرط نشده است، لذا زوج با توجه به این ماده قانونی می‌تواند مادر را به عنوان وصی انتخاب کند تا امر حضانت و ولایت اطفال به بهترین نحو انجام شود.

اگرچه ماده 1189 ق.م. به هیچ یک از پدر یا جد پدری در صورت حیات دیگری اجازه تعیین وصی نمی‌دهد.

<sup>۱</sup> - شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی، 1357، ص 393

<sup>۲</sup> - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، 1366، ص 209

<sup>۳</sup> - نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، 1412، ص 164

<sup>۴</sup> - جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج 1، 1413، ص 416

مطابق نظریه مشورتی شماره 7/5766-1376/9/10 اداره کل حقوقی قوه قضائیه، اختیارات وصی با توجه به مواد 56 و 73 قانون امور حسبی و صریح ماده 1194 ق.م. همانند اختیارات پدر و جدپدری است و همان اختیاراتی که پدر و جدپدری نسبت به اولاد صغیر خود دارند، وصی نیز نسبت به صغیر خواهد داشت.

به هر روی باید دانست که ولایت را به مفهوم عام و خاص تقسیم کرده اند. ولایت عام، سلطه‌ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا می‌کند و اداره امور او را عهده‌دار می‌شود. این ولایت شامل پدر، جد پدری و حاکم شرع می‌شود؛ اما ولایت خاص که در روابط خانوادگی مطرح است، اقتداری است که قانونگذار به منظور اداره امور مالی و گاه تربیت کودک (یا سفیه و مجنون که حجرشان متصل به زمان صغر است) به پدر و جد پدری اعطا کرده است.

ماده 1194 قانون مدنی مطرح کرده است که:

پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان، ولی خاص نامیده می‌شود لیکن اصطلاح ولایت قهری تنها شامل پدر و جد پدری است که سمتشان بدون انتصاب یا تنفیذ از طرف مقام رسمی، به وسیله شرع و قانون مقرر شده است و همین که طفل به دنیا آید و حتی در زمان حمل، خود به خود تحت ولایت قهری قرار می‌گیرد و هیچ کس حق تغییر این وضع را نخواهد داشت.

اما در مورد مبانی و ادله ولایت قهری، علاوه بر آن که می‌توان از حکم عقل مستقل به لزوم سرپرستی و حمایت از اشخاص ناتوان و محجور و اداره امور و اموال آنان و رعایت مصالح ایشان استفاده برد، نیز می‌توان به روایات وارد شده در شرع مقدس در این خصوص اشاره کرد که روی هم رفته ولایت پدر و بعضاً ولایت جد پدری را نیز به اثبات می‌رسانند:

### بند دوم: بررسی فقهی و روایی ولایت قهری:

احادیثی که بطور اطلاق، ظهور در سلطنت پدر بر فرزند و مال او دارد.

از جمله روایتی از امام باقر می‌فرماید: پیامبر به مردی فرمود: تو و مالت از آن پدرت هستی.<sup>1</sup>

محمد بن مسلم روایت می‌کند که از امام صادق در مورد مردی سؤال شد که برای فرزندانش وصی قرار داده و مالی را نیز در اختیار او گذاشته تا با آن کار کند و سودش بین وصی و فرزندان او تقسیم شود. امام فرمود: اشکالی ندارد، زیرا پدر در زمان حیات خود این گونه اذن داده است.<sup>2</sup>

آنچه بطور مسلم می‌توان گفت، این است که پدر دارای ولایت قهری است، اما مادر از حق ولایت بر فرزندش محروم است، مگر آن که به موجب وصایت پدر، وصی (ولی خاص) گردد. البته مادر در کنار پدر حضانت طفل را به عهده دارد و در تربیت و پرورش او مرد را همراهی می‌کند و هیچ گاه این حق دستخوش تأمین اقتدار مرد بر خانواده نمی‌شود. ماده 1168 قانون مدنی می‌گوید:

نگاهداری هم حق و هم تکلیف ابویین است.

البته حضانت نیز مانند ولایت، تأسیسی در جهت حمایت از اشخاص ناتوان می‌باشد و به مفهوم اقتدار قانونی والدین در

تربیت و نگهداری کودک است.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعه، 1403، ص 176

<sup>2</sup>- کلینی، شیخ ابو جعفر، محمد بن یعقوب، الکافی، 1362، ص 62

<sup>3</sup>- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، 1372، ص 139

بدین ترتیب از جهت موضوع (نگهداری و تربیت طفل) از ولایت متمایز می‌گردد، هر چند حضانت خود صورتی از سلطنت و چهره‌ای از ولایت به مفهوم وسیع است. مرحوم علامه حلی در این باره نوشته است:

حضانت، ولایت و سلطنت بر تربیت طفل است.<sup>۱</sup>

باید توجه داشت که حضانت نیز به نوعی مشمول ولایت پدر و ریاست او بر خانواده قرار می‌گیرد، با این بیان که تأمین امور مالی برای پرورش و نگاهداری فرزندان بطور معمول و به حکم قانون بر عهده پدر است و از طرفی هر گاه در روش تربیت و شیوه آموزش و نحوه نگهداری طفل میان پدر و مادر اختلاف سلیقه ای پیش آید، تصمیم پدر مقدم است و مادر باید در انتخاب روش تابع ولی و سرپرست باشد.

بدین جهت برخی اساتید یادآور شده اند که ولایت پدر ویژه اداره اموال نیست، بلکه شامل حضانت نیز می‌گردد.<sup>۲</sup>

بدین ترتیب مادر از دایره ولایت بر فرزند خارج است، هر چند به عنوان معاون و همکار پدر موظف به معاضدت در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد است.<sup>۳</sup>

نکته دیگر در مورد وجود ولایت برای جد پدری در کنار پدر است که در مواد 1180 و 1181 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 و تسالم فقهاست و در این باره اختلاف نظری وجود ندارد.

اما در مورد این که آیا ولایت جد بطور مشترک و در عرض ولایت پدر ثابت است یا به نحو ترتیب و در طول ولایت پدر بر فرزندان، اختلاف شده است. مشهور علما قائل به اشتراک آنان در ولایت می‌باشند، به گونه‌ای که هر یک به صورت مستقل دارای حق تصرف در اموال مولی علیه اند.

ولی در مقابل، جماعتی از فقها ولایت جد را در طول ولایت پدر می‌دانند و معتقدند مادام که پدر در حیات است، جد پدری حق هیچ گونه تصرفی در شؤون محجور را ندارد. البته در این خصوص تنها نکاح را به واسطه وجود دلیل معتبر بر ولایت هم عرض جد، بلکه اولویت ولایت او نسبت به پدر در این مورد، استثنا می‌کنند.

بزرگان فقها مثل مرحوم محقق کرکی<sup>۴</sup> و مرحوم شهید ثانی<sup>۵</sup> از طرفداران این نظریه اند، آنان می‌گویند: ولایت بر طفل ابتدا برای پدر و آنگاه برای جد پدری نزدیک و سپس برای اجداد پدری دورتر است و چنین استدلال می‌کنند که با وجود اقرب، ولایتی برای ابعد نیست.

لیکن مرحوم صاحب جواهر به طرفداری از نظر مشهور می‌نویسد این که برخی به علت شدت اتصال و ارتباط پدر به طفل و این که ولایت جد به واسطه ولایت پدر تأمین می‌شود، معتقد به تقدیم ولایت پدر شده اند، صرف ظن و گمان است و هر گمانی برای مجتهد حجت نیست، از سوی دیگر قطع و دلیل معتبر از اجماع و غیر آن، بر خلاف این نظریه داریم.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> - محقق حلی، ابوجعفر نجم الدین، شرایع الاسلام، 1417، ص 1

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، 1372، ص 202

<sup>۳</sup> - ماده 1104 قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، 1361

<sup>۴</sup> - کرکی - علی بن عبدالعالی، احسن الحدیث، 1415، ص 226

<sup>۵</sup> - جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، مسالک الفهام، 1413، ص 114

<sup>۶</sup> - نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، 1412، ص 226

با این وجود، با بررسی کلمات فقها و نصوص وارده معلوم می‌گردد که اجماع روایات دال بر وجود ولایت جد پدری در کنار پدراختصاص به باب نکاح و تزویج صغار دارد و شاید از جهت اولویت و اهمیت نکاح، این حکم را به اموال و سایر امور صغار تسری داده‌اند، در حالی که قطعی بودن این اولویت جای درنگ، بسیار است.

با این همه قانون مدنی ما از نظریه مشهور پیروی نموده و ولایت جد پدری را در عرض ولایت پدر پذیرفته است، هر چند در رسوم اجتماعی ما، به فعلیت رسیدن اقتدار ولایی جد پدری، منوط بر این است که ولایت پدر به علتی از بین رفته باشد.<sup>۱</sup>

در اشکال فعلی خانواده نیز کمتر دیده می‌شود که جد پدری با وجود پدر دارای صلاحیت، اقدام به دخالت در امور صغار نماید و گویا با در نظر گرفتن اوضاع و احوال، چنین حقی را برای خویش به رسمیت نمی‌شناسد و یا به خود اجازه اعمال آن را نمی‌دهد، زیرا در وضعیت فعلی و فرهنگ کنونی این پدر است که با فرزند خویش انس و ملاحظت می‌یابد، روحیات او را بهتر می‌شناسد و بار مخارج او را متحمل می‌شود. قانون‌گذار در ماده 15 قانون حمایت خانواده مصوب حیات و سلامت و لیاقت پدر، سمتی را برای جد پدری در اداره امور نواده خود قائل نبوده و تنها در صورت سقوط یا تعلیق ولایت پدر، این سمت را با تصویب دادگاه شهرستان منظور می‌داشت.

### بند سوم: بررسی اختیارات ولی:

ولی در کلیه امور مالی و غیرمالی صغیر اختیار تام دارد. در ماده 1183 ق.م.آمه: «در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی‌علیه، ولی نماینده قانونی وی می‌باشد».

ماده 73 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 ندارد».

اگر چه ماده 1183 ق.م. صرفاً به اختیارات ولی در اداره اموال صغیر اشاره کرده است، اما ولی در کلیه امور غیرمالی صغیر نیز حق دخالت دارد. از آن جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

- تزویج نمودن طفل غیربالغ پسر یا دختر زیر سیزده سال؛ مطابق ماده 1041 ق.م.اصلاحی 81/4/1 مجمع تشخیص مصلحت نظام، عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به پانزده سال تمام شمسی منوط به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح است.

- اجازه خروج از کشور؛ خروج صغیر از کشور باید با اجازه ولی باشد. به این حکم در ماده 18<sup>۲</sup> قانون گذرنامه اصلاحی 1380/3/23 بدین صورت اشاره شده است: «...اشخاصی که کمتر از 18 سال تمام دارند و کسانی که تحت ولایت یا قیمومت می‌باشند با اجازه کتبی ولی یا قیم آنان... می‌توانند از کشور خارج شوند».

<sup>۱</sup>- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، 1372، ص 203

<sup>۲</sup>- ماده 18: «برای اشخاص زیر با رعایت شرایط مندرج در این ماده، گذرنامه صادر می‌شود: (1) اشخاصی که کمتر از هجده سال تمام دارند و کسانی که تحت ولایت و یا قیمومت می‌باشند با اجازه کتبی ولی یا قیم آنان؛ (2) مشمولین وظیفه عمومی با اجازه کتبی اداره وظیفه عمومی؛ (3) زنان شوهردار و لو کمتر از هجده سال تمام با موافقت کتبی شوهر و در موارد اضطراری اجازه دادستان شهرستان محل درخواست گذرنامه...».

- اعطای اذن و برائت قبل از عمل جراحی طفل؛ اخذ اذن قبل از عمل جراحی، مسئولیت کیفری را از جرّاح سلب می‌نماید<sup>۱</sup> و اخذ برائت موجب سلب مسئولیت حقوقی (جبران خسارت) از وی می‌شود<sup>۲</sup>. مطابق بند ۲ ماده ۵۹ ق.م.ا. هر نوع عمل جراحی یا طبی مشروع بر روی صغیر باید با رضایت ولیّ وی باشد.

### گفتار دوم: مبانی ولایت قهری در فقه و حقوق:

حقوق امامیه که قانون مدنی ایران از آن پیروی کرده است، چنان که پیش از این گفته شد، دارای خصوصیتی در این زمینه است؛ زیرا جد پدری را هم‌تراز و در ردیف پدر قرار داده و برای هر یک از آنان ولایت قهری برای اداره امور مالی و غیر مالی صغیر و نمایندگی قانونی او چه در زمان حیات دیگری و چه پس از فوت او قائل شده است. این راه حل دارای این فایده است که یک نوع تعدد ولی که به سود محجور است مقرر می‌دارد؛ بدون این که اشکالی در اداره امور او ایجاد کند؛ زیرا پدر و جد پدری می‌توانند به طور جداگانه یا مشترک امور محجور را اداره کنند و اعمال حقوقی به نمایندگی او انجام دهند.

هر یک از آنان مکلف است مصلحت محجور را رعایت کند و چنانچه اعمالی بر خلاف 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 این که تأخیری در کارها به زیان محجور روی ندهد، هر یک می‌توانند به استقلال اقدام کند و در صورت حجر یا ناتوانی یا عزل یکی از آن دو، اداره امور صغیر برعهده دیگری خواهد بود. در فقه امامیه و قانون مدنی، هر یک از پدر و جد پدری فقط بعد از فوت دیگری می‌تواند برای اداره امور فرزند تحت ولایت خود وصی معین کند و هیچ یک از آنان با حیات دیگری نمی‌تواند برای مولی علیه خود وصی تعیین کند.<sup>۳</sup> به تعبیر دیگر، پدر یا جد پدری در زمانی که ولی قهری دیگری وجود دارد، نمی‌تواند اختیارات خود را به شخص ثالثی به عنوان وصی تفویض کند.

به هر تقدیر، راه حل مورد قبول در فقه امامیه راه حلی اصیل است که با آنچه در سایر مکاتب حقوق اسلامی پذیرفته شده متفاوت است.

این راه حل در قانون مدنی ایران پذیرفته شده بود؛ اما قانون جدید حمایت خانواده آن را دگرگون کرد؛ بدین معنا که جد پدری را بعد از پدر (در درجه دوم) قرار داد. بدین سان قاعده جدیدی که در حقوق ایران پذیرفته شده، آن را به نظریه شافعیان نزدیک کرده است: جد پدری بعد از پدر و مقدم بر وصی اوست.

<sup>۱</sup> - ماده ۵۹ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵: «اعمال زیر جرم محسوب نمی‌شود... ۲- هر نوع عمل جراحی طبی مشروع که با رضایت شخص یا اولیاء یا سرپرستان یا نمایندگان قانونی آنها و رعایت موازین فنی و علمی و نظامات دولتی انجام شود...».

<sup>۲</sup> - ماده ۶۰ ق.م.ا: «چنانچه طبیب قبل از درمان یا اعمال جراحی از مریض یا ولی او برائت حاصل نموده باشد، ضامن خسارت جانی یا مالی یا نقص عضو نیست...».

<sup>۳</sup> - مواد ۱۱۱۸ و ۱۱۸۹ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران



البته با توجه به قانون حمایت خانواده باید گفت پدر یا جد پدری حتی بعد از وفات دیگری، در صورتی که مادر زنده و شایسته ولایت باشد، حق تعیین وصی را نخواهد داشت؛ و این قاعده ای است که در هیچ یک از مکاتب حقوق اسلامی و قوانینی که بر پایه آنها تنظیم شده اند، نظیر ندارد.

### بند اول: بررسی مبانی حقوقی ولایت پدر بر امور فرزندان:

ولایت و سرپرستی پدر بر فرزند صغیرش تنها به نظارت بر امور مالی و اداره دارایی وی محدود نمی‌گردد؛ بلکه شامل امور غیر مالی (نفسی) نظیر تربیت فرزند و هدایت او در امور معنوی مانند تحصیل دانش و پیروی، از مذهب و احترام به شعائر آن و اقدام و اجازه تزویج نیز می‌شود.

البته قانون مدنی تصریحی در این زمینه ندارد و همین سبب شده تا پاره ای از شارحان قانون مدنی با یک سونگری به ماده 1183 قانون مدنی، دایره اختیارات ولی را تنها به اداره دارایی موکلی علیه محدود سازند.

به هر حال، در مقام ارائه یک ضابطه کلی برای ولایت پدر در امور غیر مالی می‌توان چنین اظهار نظر کرد که در اینجا نیز پدر بعنوان ولی شرعی و قانونی شخص محجور باید در جهت سرپرستی و بر مبنای خیرخواهی و رعایت صلاح و مصلحت فرزندش، کلیه اقدامات بایسته و شایسته را به عمل آورد و تدابیر مناسب را اتخاذ نماید و چتر حمایت و نظارت خویش را بطور فراگیر بر او بگستراند.<sup>1</sup>

و مالک اموال و دارایی و کلیه حقوق مالی می‌شوند، لیکن قانونگذار برای حمایت از این قبیل افراد که از اداره اموال و اجرای حقوق خویش ناتوانند، آنان را محجور شناخته و از تصرفات مالی منع کرده است و در عوض نظارت بر اموال و اداره دارایی آنان را به دلسوزانی چون اولیای قهری سپرده است.

چنانکه پیشتر بیان شد، صلاحیت پدر بعنوان سرپرست و ولی قهری به فرزندان محجور خویش به صورت گسترده مطرح است. قانونگذار مدنی نیز به صراحت این مطلب را در امور مالی پذیرفته و در ماده 1183 قانون مدنی مقرر داشته است.<sup>2</sup>

در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه، ولی نماینده قانونی او می‌باشد؛ بنابراین، پدر در اداره و اصلاح اموال و حقوق مالی فرزند صغیرش، دارای نمایندگی عام است و می‌تواند هر اقدامی را که مناسب تشخیص می‌دهد، به نام یا به حساب او انجام دهد.

بی‌گمان وجود نمایندگی عام برای ولی بعنوان یک قاعده کلی دادرسی را در اختلاف مربوط به اختیار او از تردید می‌رهاند؛ زیرا در هر مورد که نتواند از مفاد و روح قوانین مرزی برای این قلمرو وسیع بیابد، ولی را نماینده موکلی علیه می‌شناسد و برای نافذ شناختن اعمال او نیازی به مجوز خاص ندارد.<sup>3</sup>

همچنین روشن است که از نظر وحدت ملاک ولایت و قیمومت، بلکه اولویت مقام ولایت و سرپرستی، می‌توان کلیه اختیارات قیم را که در قانون مدنی و قانون امور حسبی مقرر شده است، برای پدر هم در نظر گرفت؛ با این تفاوت که دیگر دادستان و دادگاه بر اعمال او نظارتی ندارد، چه بر طبق ماده 73 قانون امور حسبی به همین نکته تاکید دارد.

<sup>1</sup> - ماده 965 قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

<sup>2</sup> - احمدی، محسن، ولایت قهری در اسلام، مقاله علمی پژوهشی، 1390، ص 22

<sup>3</sup> - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، 1372، ص 215

بدین ترتیب، ولی قهری بعنوان دلسوزترین فرد به مولی علیه می‌تواند بر حسب تشخیص خود و بدون کسب اجازه از مقام قضایی، اموال منقول و غیر منقول محجور را بفروشد (ماده 81 و 83 ق. ا.ح)، اسناد و اشیای قیمتی مولی علیه را نزد دیگری ودیعه گذارد یا پول او را به بانک بسپارد (ماده 84 ق. ا.ح)، دعوی مربوط به مولی علیه را به صلح خاتمه دهد (ماده 1242 ق. م.)، اموال او را به رهن گذارد یا معامله‌ای کند که در نتیجه آن خود مدیون مولی علیه شود (ماده 1241 ق. م.) و حتی از طرف مولی علیه با خود معامله کند (ماده 1240 ق. م.)...

و مانند اینها. آنچه اختیارات گسترده پدر را با محدودیت مواجه می‌سازد، همان غبطه و مصلحت محجور است؛ چه، همان گونه که گفتیم، ولی قهری در اقدامات و تصرفات خویش در اموال مولی علیه موظف به رعایت خیر و صلاح اوست و نباید عملی را بر خلاف خیر و صلاح او انجام دهد؛ مثلاً نمی‌تواند مال او را به کمتر از قیمت عادلانه روز بفروشد یا مالی را برای او به مبلغ بیشتر از ثمن رایج بخرد یا به نمایندگی از طرف او به تجارتی که بر حسب معمول زیان آور است، مبادرت ورزد؛ چنانکه پدر نمی‌تواند بدون ضرورت برای او وام بگیرد یا مال او را به دیگری ببخشد.

اما شاید بتواند اذن دهد که صغیر در حدود متعارف هدایایی به اقوام و خویشان و دوستان خود بدهد؛ زیرا این عمل در رشد شخصیت محجور و رفع نیازهای روانی و عاطفی او مؤثر است، عرفاً خلاف مصلحت مولی علیه نیست.<sup>۱</sup>  
- از عمده ترین موارد ولایت پدر در امور غیر مالی فرزند، می‌توان نظارت بر تربیت و نگاهداری و انتخاب روش درست تربیتی او و دخالت و نظارت بر ازدواج فرزند را نام برد.

### بند دوم: بررسی اختیارات جد پدری از منظر فقهی:

در این بحث، دربارهٔ اختیار و نمایندگی عام جد پدر در اداره ولایی طفل و فرزند و نیز اختیار اموال و دارایی فرزند و ضرورت رعایت غبطه وی مطرح می‌کنیم، نتیجه این که جد پدر بعنوان ولی قهری از حق اقدام در کلیه امور و اختیارات زندگی فرزند اعم از مالی و غیر مالی فرزندان صغیر خود برخوردار است و می‌تواند هر گونه تدبیر و تصرفی را که مناسب تشخیص می‌دهد، در اموال و دارایی مولی علیه انجام دهد، از سوی دیگر در مورد شیوه نگاهداری و حضانت و روش تربیتی و سایر امور غیر مالی فرزند، بعنوان سرپرست و ولی او، برنامه ریزی و تصمیم نهایی را به عهده گیرد و حتی در تأدیب یا تزویج وی اقدام مقتضی را به عمل آورد. چه، همان طور که پیشتر بیان کردیم، حضانت طفل نیز در قلمرو ولایت پدر قرار می‌گیرد.

با این همه باید توجه داشت که این اقتدار قانونی پدر، چندان هم مطلق و تابع خواست و اراده او نیست و در واقع آنچه فلسفه و حکمت این تأسیس و اختیار بوده، خود حد و مرز آن را نیز مقرر می‌نماید.

توضیح این که به رغم عمومیت و فراگیری دامنه ولایت بر به صغار، ولی قهری نمی‌تواند به میل و سلیقه خویش هر تصمیم یا تصرفی را در مورد شؤون مولی علیه و اموال او عملی سازد. بلکه همان گونه که بسیاری از صاحب نظران ابراز داشته‌اند، ولی قهری موظف است در این قبیل تدابیر و تصرف‌های خود، مصلحت مولی علیه را منظور نماید و نباید عملی را بر خلاف مصلحت و غبطه او انجام دهد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup>- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، 1384، ص 180

<sup>۲</sup>- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، 1384، ص 169

بر این اساس، اگر رعایت مصلحت مولی علیه را شرط اقدام و تصرف ولی در امور صغار قرار دهیم، باید دامنه اختیارات ولایت قهری را بر غبطه و صلاح مولی علیه محدود سازیم. البته پیرامون این مطلب نظریه یگان‌های در فقه ما حاکم نیست و در مورد این که ولی قهری در تصرف هایش باید مصلحت مولی علیه را در نظر بگیرد یا این که صرف نبودن مفسده در اقدام‌ها و تصرف‌های وی کفایت می‌کند، میان فقهای ما بحث و اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری از فقهای عظام، از جمله شیخ طوسی، ابن ادریس، علامه حلی و شهید اول و دوم علیه الرحمه، رعایت صلاح و مصلحت را در تصرفات ولی دربارهٔ مولی علیه شرط کرده‌اند و از مرحوم فاضل اصفهانی نقل شده است که متقدمان فقها بدون استثنا قائل به اعتبار مصلحت و تصرف ولی می‌باشند.<sup>۱</sup>

حتی برخی بر معتبر بودن مصلحت و غبطه مولی علیه در مشروعیت اقدامات ولی ادعای اجماع کرده‌اند مانند الحسینی المراغی در جلد ۲ صفحه ۵۵۹ از علمای معاصر نیز عده‌ای به طرفداری از این نظر پرداخته‌اند. مانند مکارم شیرازی سال ۱۴۱۱ صفحه ۱۴۱۱ در برابر، بزرگانی همچون مرحوم صاحب جواهر، مرحوم شیخ انصاری، مرحوم خویی و مرحوم امام بر این باور اصرار نموده‌اند که نفوذ تصرفات ولی قهری منوط به نبودن مفسده است و ضروتی ندارد که غبطه و صلاح مولی علیه را نیز در برداشته باشد. به گفته اینان از روایات تنها می‌توان نهی از فساد و اسراف در اموال و امور مالی مولی علیه را استفاده کرد.

### بند سوم: بررسی اختیارات جد پدری از منظر حقوقی:

پس از فوت یا احراز عدم صلاحیت جد پدری یا مادر ممکن است ولایت قهری طبق تصمیم دادگاه به یکی از جد پدری یا مادر که هر ۲ زنده هستند تعلق گرفته باشد.

سپس شخصی که ولی شناخته شده فوت کند یا صلاحیت خود را به علت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت از دست بدهد، یا مادری که ولی شناخته شده شوهر کند. در این صورت باید دید آیا ولایت قهری به دیگری تعلق می‌گیرد یا نه؟

در پاسخ به این پرسش می‌توان بین دو مورد زیر تفکیک کرد:

#### ۱- مورد اول:

این است که عدم صلاحیت یکی از دو شخص مذکور که بالفعل عهده دار ولایت قهری نیست، احراز نشده و فقط دادگاه دیگری را شایسته‌تر و مناسب‌تر برای ولایت تشخیص داده و اداره امور محجور را به او سپرده است.

فرض کنیم دادگاه مادر را ولی قهری شناخته و در عین حال عدم صلاحیت جد پدری را اعلام نکرده است. در این فرض می‌توان گفت جد پدری بالقوه دارای ولایت قهری است و فقط اعمال ولایت به مادر واگذار شده و ولایت جد پدری ساقط نشده است.

بنابراین اگر مادر فوت کند یا صلاحیت خود را به علت حجر یا خیانت یا عدم قدرت یا لیاقت یا شوهر کردن از دست بدهد و بدین ترتیب ولایت او ساقط شود، ولایت جد پدری فعلیت پیدا می‌کند و دادگاه مکلف است اداره امور صغیر را به او بسپارد؛ مگر این که عدم صلاحیت او نیز برای اعمال ولایت محرز شود.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> - انصاری، مرتضی، قواعدالاصول، ۱۴۱۶، ۱۵۲

<sup>۲</sup> - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۶۸، ص ۲۷۵

در این صورت طبق ماده 15 اقدام به نصب قیم یا امین خواهد شد. ماده 15 در مورد شوهر کردن مادر این نکته را یادآور شده و مقرر داشته است که «حق ولایت او ساقط خواهد شد. در این صورت اگر صغیر جد پدری نداشته یا جد پدری صالح برای اداره امور صغیر نباشد، دادگاه به پیشنهاد دادستان حسب مورد مادر صغیر یا شخص صالح دیگری را به عنوان امین یا قیم تعیین خواهد کرد.»

مفهوم مخالف این ماده آن است که اگر صغیر جد پدری داشته که صالح برای اداره امور صغیر باشد، ولایت قهری برعهده او خواهد بود. از آنجا که خصوصیتی در مورد شوهر کردن مادر نیست، می‌توان حکم مذکور را به سایر موارد سقوط ولایت تعمیم داد.

### 2- مورد دوم:

این است که ولایت به یکی از جد پدری یا مادر تعلق گرفته و آن دیگری که اعمال ولایت به او محول نشده، صالح برای این سمت نیست و عدم صلاحیت او به حکم دادگاه احراز شده و در واقع ولایتش ساقط شده است. فرض کنیم که مادر ولی قهری شناخته شده و عدم صلاحیت جد پدری به موجب حکم دادگاه محرز بوده است. سپس ولایت مادر به علت حجر یا ازدواج مجدد یا به هر علت دیگری ساقط می‌شود و جد پدری ادعا می‌کند که عدم صلاحیت او مرتفع شده و از دادگاه می‌خواهد که ولایت را به او واگذار کند.

آیا دادگاه می‌تواند جد پدری را که در زمان تسلیم دادخواست شایستگی خود را باز یافته، ولی قانونی طفل بشناسد؟ بعضی از استادان حقوق گفته‌اند: ولایت دارای منشأ اجتماعی عمیق و طبیعی است و حجر یا مانع دیگری که برای ولایت وجود داشته یک امر عرضی است که موجب زوال حق ذاتی ولی نمی‌شود و با رفع مانع ولادت عودت می‌یابد. این استدلال در موردی که ولایت ساقط نشده و فقط مانع موقتی برای اعمال آن پدید آمده باشد قابل قبول است؛ اما در فرض ما که ولایت ساقط شده و قانون هم از سقوط سخن گفته است (ماده 1182 قانون مدنی و ماده 15 قانون حمایت خانواده) دلیلی برعودت وجود ندارد و عدم عودت موافق اصل استصحاب است. وانگهی عودت قهری ولایت به شخصی که قبلاً عدم شایستگی او برای تصدی این سمت محرز شده، به مصلحت صغیر نیست؛ بنابراین در فرض مذکور جد پدری هرچند که صلاحیت خود را باز یافته باشد، دارای سمت ولایت قهری نخواهد شد. البته تردیدی وجود ندارد که دادگاه می‌تواند برابر ماده 15 قانون حمایت خانواده، او را به سمت قیم یا امین که دارای اختیارات کمتری است، منصوب کند.

### گفتار سوم: بررسی ولایت قهری پدر و جد پدری در ازدواج:

ولایت در ازدواج یکی از مسایل مهم است کهاز دیرباز در میان بسیاری از جوامع از جمله جامعه اسلامی مطرح بوده و هست. در فقه اسلامی، اصل ولایت در نکاح از مسلمات و مورد اتفاق فقیهان تمامی مذاهب و مشرب‌های مختلف اسلامی است. هرچند عده‌ای نیز در اصل لزوم و مشروعیت آن تشکیک کرده‌اند. بحث مهم و مطرح در اینجا در مورد کیفیت ولایت، شرایط ولی، نوع اعمال ولایت، شرایط مولی‌علیه، چگونگی اعمال ولایت یعنی به صورت اختیاری یا اجباری و... می‌باشد.

مادر این جا به صورت فشرده جدایی از گفتمان‌های فیمینستی و غیره که در این مورد نیز سخنانی دارند- به تبیین موضوع بحث و سپس به بررسی و نقد مبانی فقهی و حقوقی دیدگاه‌های مطرح در عرصه ولایت در ازدواج خواهیم

پرداخت. سبب دوری از طرح مباحث جدید ارایه شده از سوی گروه‌های به اصطلاح تجدد گرا، فرار از یک گفت‌وگو راهگشا و جدید نیست؛ زیرا نخست آن که طرفداران آن دیدگاه‌ها حتا به ناحق نیز به کمتر از پذیرش تمام گفته‌های خود رضایت نمی‌دهند در حالی که امور خلاف عقل و وجدان، دین و فرهنگ ما در آن یافت می‌شود. در ثانی مباحث از آن قبیل نقدا از موضوع مورد بحث ما خارج است و فرصت و جایگاه خود را می‌طلبند. از این رو در این جا تضارب آرا و اندیشه‌های فقیهان اسلام (رضوان الله علیهم) و بررسی مبانی ایشان در این باب مورد نظر است. ولایت به فتح واو به معنای یاری رساندن است و فقیهان آن را حق تنفیذ سخن فردی بر غیر می‌دانند چه آن غیر راضی باشد یا راضی نباشد.

برخی ولایت را به گونه‌های مختلفی تقسیم کرده است مانند ولایت خاص و ولایت عام. ولایت خاص بر نفس و ولایت خاص بر مال. ولایت استحبابی بر نفس (ولایت بر ثیب رشیده) ولایت وجوبی بر نفس ولایت بر صغیره طبق این تقسیم، مراد از ولایت در این مبحث ولایت بر نفس است.

گذشته از این تقسیمات، ولایت در ازدواج عبارت است از: سلطه‌ی شرعی شخص کامل به حکم شارع بر «مولی‌علیه» به جهت نقصی که در مولی‌علیه وجود دارد و مصلحتی که به او باز می‌گردد.<sup>۱</sup>

بنابراین ولی باید انسان بالغ، عاقل، آزاد و مسلمان باشد (در صورت مسلمان بودن مولی‌علیه). اگر ولی این شرایط را دارا نباشد، صلاحیت ولایت را ندارد بلکه خود نیازمند به ولی یا قیم می‌باشد.

در این که آیا در ولی عدالت شرط است یا نه؟ فقیهان امامی و حنفی عدالت ولی را شرط نمی‌دانند. گرچه از نظر حنفی‌ها ازدواج با اجازه ولی متهتک و بی‌مبالات را مشروط به وجود مصلحت قرار داده‌اند.

### بند اول: ولایت در ازدواج از نگاه عقل و عرف:

از نگاه عقل و خرد بشری، بدون تردید نکاح امر مهمی است و باید در آن دقت زیاد صورت بگیرد تا بعدها عواقب سوء حاصل از بی‌دقتی‌ها دامنگیر خانواده و جامعه نشود. این مهم می‌طلبد که زن در دام احساسات گرفتار نشود و با دریافت و استفاده مشورت از اولیای خویش ازدواج نماید.

پدر و جد پدری از باب این که همواره در نقطه ثقل بنیان خانواده در جوامع مسلمان قرار دارند و حامی دلسوز و امین دختر است، می‌تواند ولایت خود را اعمال کند و بر نوع انتخاب همسر دختر خود اظهار نظر و یا اعمال نظارت کند. از این رو می‌بینیم تمامی فقیهان از تمامی فرقه‌ها و نحله‌های مسلمان به علاوه احادیث موجود در مجامع روایی فریقین بر ضرورت ولایت پدر و جد پدری در امر ازدواج صغیره و حتا بکر بالغ‌الدلت و تاکید دارد؛ به این معنا که ولایت پدر و جد پدری اجماعی است.<sup>۲</sup>

اما سوال قابل طرح اثبات ولایت برای خویشاوندان دور غیر از پدر و جد پدری است. اگر ضرورت امری هویدا شد آیا می‌توانیم در راستای اجرای آن راه افراط را بییماییم؟ درست است که دختر نیاز به همراهی، نظارت و مشورت ولی امین و دلسوز در امر ازدواج خود دارد؛ اما آیا خویشاوند درجه چندم در نبود پدر و جد آن دقت، امانت و دلسوزی را دارد؟! افرادی که از لحاظ شرعی بیگانه، نامحرم و حیثیت و سرشت جداگانه‌ی فامیلی دارند، مانند پسر عمو و حتا پسر پسر عمو و ...

<sup>۱</sup> امامی، سیدحسن: حقوق مدنی، ۱۳۶۶، ص ۱۰۹

<sup>۲</sup> طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۶ ق ج ۲، ص ۳۴۹

سپردن زمام کودک بی‌پناه در امر ازدواج و همین‌طور زن دیوانه به دست افراد بیگانه و نامحرم به مجرد انتساب بسیار بعید فامیلی، امری است که فلسفه ولایت بر ازدواج را مخدوش می‌سازد. در مواردی که فقیهان برای ولی حق اجبار در ازدواج برای مولی‌علیه قایل شده‌اند، مشکل حادث‌تر و نگران‌کننده‌تر می‌شود. تصور کنید مثلاً مطابق برخی مذاهب فقهی که ولی فاسق حق اجبار بر تزویج مولی‌علیه خود را دارد، این ولی خویشاوند بسیار دور غیر عصبه (از اقوام دور مادری) یا پسر پسر عمو و یا... و فاسق نیز باشد، چه شفقه الباعثه الیه، چه دوستیو محبت خانوادگی، چه امانت و درستکاری دلسوزانه برای تعیین سرنوشت کودک بی‌پناه باقی می‌ماند؟

اگر این استدلال برای کسی قابل درک نیست، می‌تواند خود به تفتیش و استقرای عملی در میان لایه‌های معمولی اجتماع محل زندگی خود بپردازد. عین بی‌توجهی به سرنوشت انسانی در مانده‌ی خواهد بود که به نام حق دینی زنجیر سر نوشت او در تحمیل اجباری همسر تحت عنوان اقارب به دست افراد نامحرم، بیگانه و غریبه فاسق افتاده است!

چنان که در مباحث گذشته از قول ابن رشد فقید آورده‌ام، از منظر شرعی در این زمینه آیه و حتا روایتی که به صورت قطعی دلالت بر ولایت غیر از پدر و جد پدری نماید نداریم. قیاس ازدواج با نیازمندی‌ها، پیش‌زمینه‌ها و فلسفه خاص خودش با مساله ارث و با تکیه بر استحسانات بر آمده از فرهنگ قبیله‌ای و ارایه آن به نام احکام شریعت امر مشکل است.

### بند دوم: مبانی نقلی تعیین ولی در ازدواج (فقه امامیه)

ولایت در امر ازدواج تنها برای پدر و جد پدری ثابت است، چنان‌که در مساله قیمومت و ولایت خاص بر صغار و مجانین نیز تنها برای ایشان ولایت ثابت است نه دیگر اقارب و خویشاوندان. از دیدگاه فقیهان امامیه ثیب رشیده خود صاحب اختیار خود در امر ازدواج است. بکر بالغه را نیز بسیاری از فقیهان صاحب اختیار خود در موضوع ازدواج می‌دانند؛ یعنی او نیز می‌تواند بدون کسب اجازه ولی مبادرت به انتخاب همسر نماید، هرچند شماری دیگر از فقیهان امامی اجازه ولی را در عقد ازدواج بکر بالغه لازم شمرده‌اند. طبق این مبنا، حکم ولایت پسر بر مادر و ولایت نواسه (نوه) بر مادر کلان (مادر بزرگ) و اقارب دورتر از ایشان را که مطابق دیدگاه فقهی برخی مذاهب بیان شد، از اصل منتفی اعلام می‌نماید.

در مورد ازدواج صغیره و بکر بالغه، گذشته از نوع ولایت که آیا اجباری است یا مشاوره‌ای، تنها پدر و جد پدری ولایت دارند زیرا: نخست این که ولایت پدر و جد پدری اجماعی است. در ثانی احادیثی از طریق فریقین در خصوص ولایت آن دو نقل شده است. ثالثاً در احادیثی که مطلق ولی را ذکر کرده است بدون تعیین اشخاص یا عناوین، مانند حدیث منقول از ابن عباس - نیز پدر و جد پدری قدر متیقن است. اثبات ولایت بقیه نیاز به دلیل زاید دارد و چنین دلیلی موجود نیست. در این جا به بیان چند روایت در مورد ولایت در ازدواج به عنوان نمونه بسنده می‌کنیم:

محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن علی بن الحکم عن علاء بن رزین عن ابی یعفور عن ابی‌عبدالله (ع) قال: «لا تزوج ذوات الآباء من الأبکار إلا باذن آبائهن»

از امام جعفر ابن محمد الصادق (ع) نقل شده است که فرمود: دختران باکره دارای پدر نمی‌توانند ازدواج نمایند مگر با اجازه پدران شان. از این حدیث چند مطلب دانسته می‌شود: نخست آن که تنها دختران باکره در امر ازدواج نیازمند اجازه ولی می‌باشند. در ثانی آن که اگر پدر و جد نداشتند (اگر پدر را شامل جد نیز بگیریم چنانکه در روزگار امام صادق این کار برد معمول بوده است) خود عهده‌دار تصدی ازدواج خود است.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> خوئی، سید ابوالقاسم، محاضرات فی الاصول الفقه، 1410 ق، ص 308

...عن داود بن سرحان، عن ابی عبدالله (ع) فی رجل یرید أن یزوج أخته قال: یأمرها فإن سکتت فهو إقرارها و إن أبت لم یزوجها و إن قالت: زوجنی فلانا فلیزوجها ممن ترضی و الیتیمه فی حجر الرجل لا یزوجها إلا برضاها.  
از امام صادق (ع) نقل شده است: در مورد مردی که می‌خواست خواهر خود را شوهر دهد، فرمود: از دختر اجازه بخواهد اگر سکوت کرد همان اقرار او است و اگر امتناع نمود باید شوهر دهد و اگر گفت: مرا به فلانی شوهر ده، باید با طرف مورد نظرش شوهر دهد. دختر یتیمی در دامن مردی دیگر را نمی‌توان شوهر داد مگر با رضایت خودش. این حدیث می‌رساند که برادر ولایت بر خواهر خود ندارد<sup>1</sup>.

...عن محمد بن الحسن الأشعری قال: کتب بعض بنی عمی إلى أبی جعفر الثانی (ع): ما تقول فی صبیئة زوجها عمها فلما کبرت أبت التزوج؟ فکتب بخطه: لا تکره علی ذالک و الأمر أمره  
از امام صادق سوال شد که چه می‌گویید در مورد دختر صغیره‌ای که او را عمویش شوهر داده و چون بزرگ شده از ازدواج امتناع نموده است؟ امام با خط خود نوشت: او را نمی‌توان اجبار کرد، امر امر خود او است<sup>2</sup>.  
از آن چه گفته آمد این به دست می‌آید که در نگره فقیهان امامی اولیای ازدواج تنها پدر و جد پدری است. کسی دیگر از خویشاوندان به صورت لزومی حق ولایت ندارند، هرچند گفته شده است که در نبود پدر و جد مستحب است با برادر خود نیز مشورت نماید.

### بند سوم: گستره شمول ولایت ولی در ازدواج

چه کسی باید در ازدواج از ولی خود اجازه بگیرد؟ در مورد پاسخ به این پرسش دیدگاه‌های مذاهب مختلف فقهی خیلی از هم دور نیست؛ زیرا به صورت کلی اشخاصی که ازدواج می‌کنند از این فرض‌ها خارج نیستند: یا کبیرند یا صغیر در هر دو صورت یا مرد می‌باشند یا زن و زن نیز یا باکره است یا ثیب  
در مورد ازدواج مردان به ویژه مردان رشید اختلافی نیست. همه فقیهان قایل به عدم ولایت کسی بر ازدواج آنان است. بحث در مورد ازدواج مرد صغیره، دیوانه و پسران کوچک مربوط به احکام حجر است و جای خاص خود را دارد؛ اما به صورت خلاصه، ازدواج دیوانه اطباقی (دایمی) و پسران خردسال تنها با اجازه ولی انجام می‌شود. بحث اصلی در این جا گستره ولایت در ازدواج دختران و زنان است چه صغیره یا کبیره، باکره یا ثیب، عاقل و دیوانه.  
ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی (اصلاحی سال ۱۳۷۰) مقرر می‌دارد «نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست...». قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ نیز که سن رشد قانونی برای هر یک از پسر و دختر ۱۸ سال تمام بود، همین حکم در مورد دختر جاری بود و ماده مزبور مقرر می‌داشت: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن ۱۸ سال تمام رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است...». مبنای و مستند حکم ماده ۱۰۴۳ - این حکم در فقه اسلامی سابقه دارد، بسیاری از فقهای اهل سنت و به تبع آن قوانین کشورهای اسلامی و برخی از فقهای امامیه، این محدودیت را برای دختر قائل شده‌اند. مبنای نظر فقهی نیز علاوه بر برخی روایات منقول از معصومین (ع) به دو امر بر می‌گردد؛ یکی ادامه ولایت پدر بر دختر در مورد نکاح و دیگری رعایت مصلحت دختر با این باور که وی نمی‌تواند صلاح خود را در این امر خطیر تشخیص دهد و ممکن است گرفتار عواقب سوء تصمیم خود شود.

<sup>1</sup> اصفهانی، محمد حسین، نه‌ایه الدرایه، 1384، ص 125

<sup>2</sup> خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، 1405 ق، 377

ماده ی ۱۰۴۳ قانون مدنی فعلی دقیقاً اصطلاح متداول در کتب فقهی را مورد استفاده قرار داده و باکره بودن دختر را شرط لزوم اخذ اجازه از ولی دانسته است. اصطلاح باکره در مقابل تیبیه است و تیبیه به بیان شهید ثانی در مسالک، دختری است که بکارت او در اثر آمیزش از بین رفته است. چنین دختری برای ازدواج نیازی به اجازه ی ولی ندارد و می‌تواند مستقلاً اقدام نماید. کسی که در اثر آمیزش، بکارت او از بین نرفته است، باکره محسوب است. زوال بکارت بر اثر اعمال طبیعی چون پرش یا وسایل دیگر موجب زوال عنوان بکارت نمی‌شود، در واقع برای زوال عنوان باکره از دختر، آمیزش با مرد و در نتیجه از بین رفتن حجب و حیاء خاص دختری لازم است. به هر حال مقتضای عنوان بکارت در این ماده این است که اگر دختری ازدواج کرده ولی با او آمیزش موجب زوال بکارت صورت نگرفته و از شوهر جدا شده است باز باید برای ازدواج بعدی اجازه بگیرد. در اصلاحیه ی سال ۱۳۷۰ عبارت دختری که هنوز شوهر نکرده به «دختر باکره» تبدیل شد زیرا عبارت قبلی این توهم را ایجاد می‌کرد که اگر دختری شوهر کرده باشد و قبل از آمیزش و دخول جدا شده باشد، چون عنوان شوهر کرده بر او صدق می‌کند برای ازدواج بعدی نیازی به اجازه ی پدر ندارد، در حالی که در این صورت هم اجازه ی پدر لازم است برای رفع این شبهه در اصلاحیه عنوان دختر باکره ذکر شد. اگر بکارت دختر در اثر زنا یا شبهه زایل شده باشد دیگر اجازه ی ولی را برای ازدواج لازم ندارد، زیرا عنوان باکره که مبنای لزوم کسب اجازه ی پدر بود، وجود ندارد.

### نتیجه گیری:

در خصوص مفهوم ولایت، عمدتاً نظرات واحدند. دلایل و مبانی نظریه ولایت پدر و جد پدری را می‌توان در چهار عنوان الف- روایات ب- اجماع ج- سیره عقلا و د- سیره مشرعه، دسته‌بندی کرد. در کتب فقهی چهار گروه به‌عنوان مولی علیه معرفی شده‌اند: 1- صغیر 2- مجنون 3- سفیه 4- بالغه رشیده. همچنین حسب ماده 1180 ق.م.ا.ف. افراد تحت ولایت عبارت‌اند از: صغیر، غیر رشید و مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد. احکام بالغه رشیده در دو عنوان تیبیه و باکره قابل بیان است. در تعریف مفهوم تیبیه نظریات مختلفی ارائه شده است. با توجه به معانی مختلفی که از تیبیه ارائه گردیده مفهوم باکره مشخص می‌گردد، زیرا باکره نقطه مقابل تیبیه است. فقهای امامیه در خصوص لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده نظریات مختلفی ارائه نموده‌اند به طوری که این اقوال به 7 دسته می‌رسد. لیکن نظر مشهور عدم وجود ولایت در نکاح باکره رشیده است. جهت تعیین جایگاه اذن ولی در حقوق موضوعه در ابتدا مطالبی در خصوص مفاهیم حکم تکلیفی و وضعی، انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی و ورود نهی بر سبب و یا مسبب بیان گردید تا مبنای استدلال و نتیجه بحث که برگرفته از این مطالب است، روشن شود. مشخص شد که ماده 1043 قانون مدنی مبین وجود حکم تکلیفی بر باکره رشیده دائر بر اخذ اذن از ولی قهری خود در امر نکاح است و مقتضای حکم تکلیفی صحت و بطلان نیست و این آثار از آثار احکام وضعی است. لذا با توجه به اینکه ماده 1043 قانون مدنی از احکام تکلیفی است و نه وضعی و اینکه صحت و بطلان مقتضای احکام وضعی است و نه تکلیفی و همچنین اینکه در اینجا حکم وضعی بطلان از حکم تکلیفی الزام باکره رشیده به اخذ اذن انتزاع نمی‌گردد، اعتقاد به بطلان و یا عدم نفوذ نکاح باکره رشیده فاقد اذن، صحیح نیست و نکاح باکره رشیده فاقد اذن صحیح می‌باشد و ولی قهری نمی‌تواند درخواست بطلان چنین نکاحی را مطرح کند.