

قلمرو ولایت قهری در امور صغار

-

« »

، .

()

، .

()

،

« »

.

ولایت قهری، تأسیس حمایتی برای سرپرستی و حفظ محجوران بویژه صغار و اداره امور آنان است که در شریعت مقدس اسلامی و قانون مدنی ما مورد عنایت خاص قرار گرفته است. از آنجا که صغار بخشی عظیمی از جمعیت انسانی و نیروی کار و تولید آینده را تشکیل می‌دهند و سلامت و بهروزی ایشان تأثیر کامل در سعادت و پیشرفت جوامع دارد، ولایت قهری با توجه به نقش عمده‌اش در مراقبت، کامیابی و تربیت صغار، از اهمیت خاصی برخوردار گردیده است.

از سوی دیگر، به لحاظ منظور شدن اختیارات گسترده برای ولی قهری در امور مولی علیه و وجود زمینه‌هایی برای اقتدارگرایی، پدرسالاری و روی آوردن به اقدامات و تصرفات بی‌حد و حصر، بر حساسیت این موضوع افزوده شده است.

در مقاله حاضر کوشش شده است ضمن مطالعه مفهوم، ماهیت و مبانی ولایت قهری، دامنه و گستره آن در امور صغار به دقت تحلیل و بررسی گردد و به اساسی‌ترین پرسش این تحقیق پاسخ داده شود که قلمرو واقعی ولایت قهری چیست و مرز حقیقی آن کجاست؟

بدین سان مقاله در دو بخش تنظیم گردیده است؛ در بخش نخست با عنوان «ولایت قهری و ولی قهری»، مفهوم و مبانی ولایت قهری مطالعه شده و در ضمن مشخص گردیده است که ولایت قهری با چه کسی است.

در بخش دوم با عنوان «دامنه ولایت قهری»، ولایت پدر در امور مالی فرزندان، و ولایت پدر در امور نفسی (غیر مالی) فرزندان، به بحث کشیده شده و در مورد نقش محوری مصلحت و غبطه صغیر در این باره گفتگو گردیده است. در نهایت جمع‌بندی و نتیجه‌گیری مباحث در هشت بند به انجام رسیده است.

:

واژه ولایت، ولی و سایر مشتقات آن در لغت عرب، ریشه در این معنا دارد که دو چیز در کنار هم آن چنان قرار گیرند که میانشان فاصله‌ای نباشد (الراغب الاصفهانی، ۱۴۲۰ هـ، ص ۵۴۷). بدین جهت این ماده در قُرب و نزدیکی، دوستی، یاری، سلطه و تصدی امر استعمال شده است. زیرا در کلیه این موارد نوعی همراهی و اتصال برقرار است.

اهل لغت گفته‌اند: «ولایت» به معنای امارت و سلطنت، و «ولایت» به معنی یاری و نصرت آمده است (الفیروز آبادی، بی‌تا، ج ۴، ص ۴۰۴؛ الجزیری ۱۳۹۰ هـ، ج ۵، ص ۲۲۸). و برخی بطور کلی آن را قیام به امر شیء و تسلط بر آن معنا کرده‌اند (المشکینی، ۱۳۷۷، ص ۵۷۲).

در اصطلاح فقه، ولایت، سلطنت بر غیر است به دلیل عقل یا شرع، چه بر جان باشد، چه بر مال یا هر دو (آل بحر العلوم، ۱۳۶۲ هـ، ج ۳، ص ۲۱۰). بعضی از فقهای اهل سنت نیز در تعریف آن گفته‌اند: «قدرتی است شرعی که صاحبش به واسطه آن مالک تصرف در شؤون دیگری بطور جبری می‌باشد.» (الحصری، ۱۴۱۲ هـ، ص ۱).

حقوقدانان نیز در تعریف ولایت، اصطلاح فقهی آن را مدّ نظر داشته‌اند؛ مرحوم دکتر امامی نوشته‌است: «ولایت، عبارت از سلطه و اقتداری است که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد» (امامی، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۲۰۲).

خوب است بدانیم ولایت در این مفهوم، واجد ماهیتی آمیخته از حق و تکلیف می‌گردد (شایگان، ۱۳۳۹، ص ۳۹۳)؛ یعنی از یک سو تکلیفی در جهت حمایت، کاراندیشی و حفظ صلاح مولی علیه است و از سوی دیگر با داشتن اختیارات و امتیازات ناشی از این اقتدار قانونی، و روا نبودن ممانعت و مزاحمت دیگران با آن، چهره‌ای از حق به خود می‌گیرد.

کسی که دارای سمت ولایت است، «ولی» و فردی که تحت ولایت و سرپرستی او قرار می‌گیرد، «موکلی علیه» نام دارد. موضوع ولایت هم عبارت است از نفس، شؤون شخصی، اموال و حقوق مالی موکلی علیه، که شامل انجام کلیه تصرفاتی که به مصلحت اوست و نیز اداره امور مالی وی می‌شود.

باید دانست که ولایت را به مفهوم عام و خاص تقسیم کرده‌اند. 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 (امامی، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۲۰۹).

ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی می‌گوید: «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:

الف - احادیثی که بطور اطلاق، ظهور در سلطنت پدر بر فرزند و مال او دارد؛ از جمله روایتی از امام باقر علیه السلام که می‌فرماید: پیامبر به مردی فرمود: تو و مالت از آن پدرت هستی (الحر العاملی، بی تا، ج ۱۲، ص ۱۹۵).

ب - محمد بن مسلم روایت می‌کند که از امام صادق علیه السلام 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 علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد، زیرا پدر در زمان حیات خود این گونه اذن داده است (الکلینی، ۱۳۶۲، ج ۷، ص ۶۲).

ج - روایات زیادی که در باب ولایت پدر و جد پدری در تزویج صغار وجود دارد (ممو، ج ۵، ص ۳۹۴).

د - روایاتی که دلالت بر جواز تصرف پدر در مال فرزند دارد (الحر العاملی، بی تا، ج ۱۲، ص ۱۹۴ به بعد).

ناگفته نماند که برخی بزرگان آیه ۲۳۷ سوره بقره را هم با ملاحظه روایات زیادی که در تفسیر «الذی بیده عقد النکاح» آمده است، دلیل بر ولایت آب وجد قرار داده‌اند (الخوئی، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۴).

آنچه بطور مسلم می توان 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 می کند و هیچ گاه این حق دستخوش تأمین اقتدار مرد بر خانواده نمی شود. ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی می گوید: «نگاهداری هم حق و هم تکلیف ابویین است». البته حضانت نیز مانند ولایت، تأسیسی در جهت حمایت از اشخاص ناتوان می باشد و به مفهوم «اقتدار قانونی والدین در تربیت و نگهداری کودک» است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۱۳۹)؛ بدین ترتیب از جهت موضوع (نگهداری و تربیت طفل) از ولایت متمایز می گردد، 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» (الحلی، ۱۴۱۷ ه. ق، ج ۳، ص ۱۰۱).

منتها باید توجه داشت که حضانت نیز به نوعی مشمول ولایت پدر و ریاست او بر خانواده قرار می گیرد، با این بیان که تأمین امور مالی برای پرورش و نگهداری 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 سلیقه‌ای پیش آید، تصمیم پدر مقدم است و مادر باید در انتخاب روش تابع ولی و سرپرست باشد. بدین جهت برخی اساتید یادآور شده‌اند که ولایت پدر ویژه اداره اموال نیست، بلکه شامل حضانت نیز می گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۰۲).

بدین ترتیب مادر از دایره ولایت بر فرزند خارج است، هر چند به عنوان معاون و همکار پدر موظف به معاضدت در تشییع مبنای خانواده و تربیت اولاد است (ماده ۱۱۰۴ ق.م)

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 و تسالم فقهاست (بنگرید به: *العاملی، بی تا، ج ۵، ص ۲۵۵*) 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 علیه‌اند. 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. (*الحسنی، بی تا، ص ۹۷*).

از بزرگان فقها مرحوم محقق کرکی (*الکرکی، ۱۴۱۵ هـ، ج ۱۱، ص ۲۶۶*) و مرحوم شهید ثانی (*العاملی، بی تا، ۱۴۱۶ هـ، ج ۶، ص ۲۶۶-۲۶۵*) از طرفداران این نظریه‌اند، 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.^۱

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 شده‌اند، صرف ظن و گمان است و هر گمانی برای

۱- این دلیل با توجه به آیه ۷۵ سوره انفال تقریر شده است.

مجتهد حجت نیست، از سوی دیگر قطع و دلیل معتبر از اجماع و غیر آن، بر خلاف این نظریه داریم» (النجفی، بی تا، ج ۲۶، ص ۱۰۱؛ ج ۲۸، ص ۴۳۲).

با این وجود، با بررسی کلمات فقها و نصوص وارده معلوم می‌گردد که اجماع (الحکمی، ج ۲، ص ۵۹۴) و روایات دال بر وجود ولایت جد پدری در کنار پدر، (الحر العاملی، بی تا، ج ۱۴، ص ۲۱۷ به بعد) اختصاص 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 (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۲۰۳)، و 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. شاید به همین جهت قانون‌گذار در ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۵۳/۱۱/۲۳، در زمان حیات و سلامت و لیاقت پدر، سمتی را برای جد پدری در اداره امور نواده خود قائل نبود و تنها در صورت سقوط یا تعلیق ولایت پدر، این سمت را با تصویب دادگاه شهرستان منظور می‌داشت.^۱

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

۱- ماده مزبور ضمن اصلاحات سال ۱۳۶۱ و در تأیید مواد ۱۱۸۱ و ۱۱۸۲ قانون مدنی فسخ شد.

تأسیس «ولایت» با اختیارات زیاد و گستره‌ای 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 دانسته‌اند.

بسیاری بر این باورند که ولایت اختصاص به اداره اموال و حقوق مالی مولی علیه دارد (عاملی، ۱۳۵۰، ص ۱۴۰). یا بخش عمده و اصلی ولایت ناظر بر آن است (حائری، ۱۳۳۸، ص ۷۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۰۴).

ولی گمان می‌رود که این قبیل نویسندگان در تفکیک موضوع و قلمرو حضانت از ولایت گرفتار گشته‌اند و چنین پنداشته‌اند که اگر ولایت شامل امور غیر مالی نیز بشود، در موارد بسیاری با مفهوم حضانت یکسان خواهد شد.^۱

ولی حقیقت این است که بر پایه مبانی و ادله ولایت قهری و با عنایت به وضعیت خاص صغار، ناچاریم که اصل را بر فراگیری و عمومیت دایره ولایت قرار دهیم، مگر آن چه که با دلیل معتبر استثنا شده باشد؛ از قبیل استقلال صغیر در انجام عبادات غیر مالی (الحلی، ۱۴۱۸ هـ، ج ۲، ص ۱۳۸). نتیجه این که پدر بعنوان ولی قهری از حق اقدام در کلیه امور 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، برنامه‌ریزی و تصمیم‌نهایی 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.

۱- در بخش نخست پیرامون رابطه ولایت و حضانت سخن به میان آمد.

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 صاحب‌نظران 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 (صفایی و امامی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۶۹؛ ساکت، ۱۳۷۲، ص ۲۵۱).

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 تصرف‌هایش 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 - علیهم‌الرحمة - (الطوسی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۰۰؛ الحلی، ۱۴۱۰هـ، ج ۲، ص ۲۱۲ - ۲۱۳؛ علامه حلی، ج ۲، ص ۱۳۵؛ شهید اول، ج ۳، ص ۳۱۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴هـ، ج ۴، ص ۳۳) رعایت صلاح و مصلحت را در تصرفات ولی درباره 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 (انصاری، ۱۴۱۶هـ، ص ۱۵۲). حتی برخی بر معتبر بودن مصلحت و غبطه مولی علیه در مشروعیت اقدامات ولی، ادعای اجماع کرده‌اند (الحسینی المرآغی، ۱۴۱۸هـ، ج ۲، ص ۵۵۹). از علمای معاصر نیز عده‌ای به طرفداری از این نظر پرداخته‌اند (مکارم‌الشیرازی، ۱۴۱۱هـ، ج ۱، ص ۴۳۳).

در برابر، بزرگانی همچون مرحوم صاحب جواهر، مرحوم شیخ انصاری، مرحوم نائینی، مرحوم خویی و مرحوم امام (النجفی، بی‌تا، ج ۲۲، ص ۳۳۲؛ ج ۲۸، ص ۲۹۷؛ الانصاری، ۱۴۱۶هـ، ص ۱۵۲؛ الاملی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۳۱؛ التوحیدی، ۱۴۱۷هـ، ج ۵، ص ۲۰؛ الموسوی الخمینی، ۱۴۱۵هـ، ج ۲، ص ۴۵۶) و نیز برخی دیگر از معاصران (الروحانی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۲۶۳ - ۲۶۴) بر این باور

اصرار نموده‌اند که نفوذ تصرفات ولی قهری منوط به نبودن مفسده است و ضرورتی ندارد که غبطه و صلاح موکلی علیه را نیز در برداشته باشد.

به گفته اینان از روایات تنها می‌توان نهی از فساد و اسراف در اموال و امور مالی موکلی علیه را استفاده کرد. چنانکه در روایت صحیح از امام باقر علیه السلام نقل شده است که فرمود: «سزاوار نیست پدر از مال فرزندش به بیش از مقدار نیاز خود بردارد، خداوند فساد را دوست ندارد» (*الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۱۹۵، ح ۲*) و در روایتی از امام صادق علیه السلام آمده است که مرد می‌تواند از مال فرزند خود در زمان اضطرار، بدون اسراف بردارد (همو، ص ۱۹۷-۱۹۶). از طرفی نیز احادیث دیگری وجود دارد که بطور اطلاق ظهور در سلطنت پدر بر فرزند و مال او دارد، همان گونه که از امام صادق علیه السلام روایت شده که فرمود: «مال فرزند برای والد است.» (همو، ص ۱۹۵-۱۹۶) و همچنین روایاتی که در آن بیان شده است: «تو و مالت از آن پدرت می‌باشی.» (همو، ص ۱۹۵).

مرحوم سید محمد آل بحر العلوم در پیروی از این عقیده نوشته است: «اذهای که دلالت بر جواز قرض کردن پدر از مال طفل دارد، نشان می‌دهد که صرف عدم مفسده در تصرف ولی کفایت می‌کند، زیرا روشن است که در قرض کردن پدر از مال طفل، مصلحتی عاید فرزند نمی‌شود» (*آل بحر العلوم، ۱۳۶۲، ص ۲۷۱*). ایشان در ادامه گفته‌اند: «اگر ادله نفی ضرر و بعضی از نصوص (روایات) وجود نداشت، حتی قول به شرط نبودن مفسده نیز قوی بود.» (همو).

در مقام جمع‌بندی و اظهار نظر می‌توان چنین گفت: انجام آن قبیل کارها و تصرف‌های که موجب ایراد ضرر بر فرزند و تباهی در اموال او می‌شود، بطور قطع ناروا و فاقد اعتبار و نفوذ شرعی است. روایاتی هم که به ظاهر دلالت بر سلطنت بی‌قید و شرط پدر بر فرزند و اموال دارد، با عنایت به مقررات مسلمی نظیر قاعده سلطه، احترام مال افراد و حرمت ایراد ضرر و خسارت بر دیگران و طبق آنچه پاره‌ای از علمای معاصر ابراز داشته‌اند، باید حکمی استجابی و اخلاقی تلقی شوند، یا تنها بر حال حاجت و ضرورت پدر حمل گردند (مکارم الشیرازی، ۱۴۱۱ هـ، ج ۱، ص ۴۳۳).

به عبارت روشن‌تر، روایاتی که با تعبیر «أنت و مالک لأبیک» وارد شده‌اند و به ظاهر لازمه آن روا بودن هر گونه اقدام و تصرفی از ناحیه پدر در قبال فرزند و اموال اوست، در حقیقت در مقام بیان این نکته ظریف‌اند که پسر باید حق پدر را ادا کند و خود و مالش را در خدمت پدر قرار دهد، یا بر این دلالت می‌کنند که پدر در صورت عجز و احتیاج می‌تواند نفقه خود را از اموال پسر بردارد.

اما در مقام داوری میان دو دیدگاه مزبور، باید چنین نظر داد که ملاحظه حکمت جعل ولایت و ریاست برای پدر نشان می‌دهد که اساس و طبع این حکم و انتصاب، در حقیقت حفظ غبطه و رعایت صلاح و مصلحت افراد ناتوانی چون صغیر می‌باشد و بعید است که خداوند حکیم برای مصلحت سایرین، ولایت بر محجور را جعل کرده باشد. از این رو ولی قهری هرگز نمی‌تواند فراتر از این محدوده خیراندیشی و صلاح مولی علیه اقدامی انجام دهد. این استدلال متین در واقع برگرفته از کلام مرحوم شهید اول می‌باشد که در تأیید دیدگاه نخست فرموده است: «زیرا، ولی برای مصلحت نصب شده است/بن مکی العاملی، بی تا، ج ۱، ص ۳۵۲» [پس فراتر از آن اختیاری ندارد].

وانگهی در قرآن کریم آمده است: و لا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن (الانعام، ۱۵۲) «به مال یتیم نزدیک نشوید، مگر به شیوه‌ای که احسن (بہتر) است، تا زمانی که به کمال بلوغش برسد»، بدیهی است که اقدام «أحسن» شیوه‌ای است که در آن خیر و صلاح طفل منظور شده باشد، وگرنه تصرفات لغو و بیهوده یا خالی از مصلحت به هیچ وجه احسن دانسته نمی‌شود. ناگفته نماند که استدلال به این آیه با عنایت به ملاک اصلی حکم آن، یعنی حجر و صغر در ایتمام و نیز با الغای خصوصیت از مورد آن و با مسلم دانستن شمول خطاب این نسبت به جد (بعنوان ولی قهری) در صورت فقدان پدر، به سهولت امکان‌پذیر می‌باشد.

بعلاوه، ریشه احکامی چون جواز یا لزوم اقدام برای سرپرستی افراد محجور و ناتوان و حفظ اموال و نفوس آنان، برگرفته از بنای عقلاست که به تأیید شرع مقدس نیز رسیده است و روشن است که ملاک اصلی در این خصوص نزد خردمندان، حفظ مصالح افراد تحت سرپرستی است، نه مصلحت و منفعت سرپرستان. نهایت این که اگر به لحاظ ادله

شرعی معتقد به لزوم حفظ غبطه و رعایت خیر و صلاح موکلی علیه در تصرفات ولایی نگردیم، بناچار از باب احتیاط در نفوس و اموال باید چنین شرطی را منظور داریم (بنگرید به: المامقانی، بی تا، ص ۲۷۴).

از همین رو مرحوم صاحب جواهر در پایان این بحث فرموده است، «احوط در ولایت ابوبن و غیر آن دو، مراعات مصلحت است». (النجفی، بی تا، ج ۲، ص ۳۳۲-۳۳۳).

روی همین جهات باید پذیرفت که نظریه مبتنی بر لزوم رعایت مصلحت مولی علیه در تدابیر و تصرفهای ولی و سرپرست او از نظر فقه دارای اعتبار و وجاهت بیشتری است و حق با دیدگاهی است که عنصر مصلحت را «شرط ارتکازی» در تمام تصرفهای ولایی اعلام کرده است (قاری سید فاطمی، ۱۳۷۴، ص ۱۴۱).

در حقوق ما نیز شرط رعایت مصلحت موکلی علیه بخوبی از مفاد مواد ۱۱۸۲ تا ۱۱۸۷ قانون مدنی و نیز مواد ۷۹، ۸۰، ۸۱ و ۸۳ قانون امور حسبی استفاده می شود. همچنین ملاک ماده ۶۶۷ قانون مدنی راجع به وکالت نیز در این خصوص قابل استناد می باشد (بنگرید به: صفایی و امامی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۷۰).

با این ترتیب، برغم گستردگی صلاحیت ولایی پدر در فرزند محجورش، باید اعتراف نمود تنها چیزی که قلمرو سرپرستی و ولایت او را در این زمینه محدود و منضبط می سازد، حفظ غبطه و رعایت صلاح و مصلحت فرزند است.

البته باید اذعان داشت که مصلحت و غبطه دارای ضابطه‌ای منظم و معیاری دقیق نیست، بلکه در حقیقت مفهومی نسبی و متغیر است که با توجه اوضاع و احوال و شرایط خاص موضوع، مشخص می گردد و مرجع صلاحیت دار در تشخیص آن نیز عرف و خردمندان جامعه است. گوناگونی اوضاع و احوال و تفاوت عرف و فرهنگ در جوامع سبب می شود تا مصلحت جنبه‌های متفاوتی به خود بگیرد، چه بسا عرف جامعه در شرایطی، عملی را به صرفه و صلاح موکلی علیه به حساب آورد و جامعه‌ای دیگر در شرایط متفاوت نامناسب قلمداد شود.

با این همه، باید اصل را بر این نهاد که اقدام ولی قهری برای خیرخواهی و مصلحت موکلی علیه می‌باشد و تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده است، معتبر و دارای نفوذ حقوقی است و نیاز نیست که ولی به اثبات حسن نیت یا مفید بودن عمل خویش همت گمارد. بدیهی است این اصل در مواردی که احتمال سود و زیان مولی علیه می‌رود، پا برجاست؛ لیکن در مورد اموری که به حسب عادت یا طبیعت آن به ضرر و زیان اوست (مانند بخشیدن اموال، به گرو نهادن مال او برای وام دیگری، شوهردادن بدون مهر، عفو قصاص یا دیه) به نظر می‌رسد که ولی باید خلاف ظاهر (وجود غبطه صغیر) را در دادگاه اثبات نماید. با توجه به آنچه تا کنون گفته شد، ترسیم دامنه و قلمرو کلی ولایت پدر بر فرزند صغیر ممکن می‌شود، اما برای شناخت بهتر و دقیق‌تر این گستره، شایسته است به مطالعه دامنه ولایت پدر بر فرزند در دو مبحث امور مالی و غیر مالی (نفسی) بپردازیم:

در این مبحث، نخست مطالبی دربارهٔ اختیار و نمایندگی عام پدر در اداره اموال و دارایی فرزند و ضرورت رعایت غبطه وی مطرح می‌کنیم، و پس از آن پیرامون پرداخت نفقه فرزند و رابطه آن با سرپرستی و ولایت پدر سخن خواهیم گفت.

اشخاص محجور از جمله صغار برخوردار از اهلیت دارا شدن و تمتعاند (ماده ۹۵۶ ق.م. 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 ۱۱۸۳ قانون مدنی مقرر داشته است: «در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه، ولی نمایندهٔ 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 «دادرس 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 نمایندهٔ موکلی علیه می‌شناسد و برای نافذ شناختن اعمال او نیازی به مجوز خاص ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۱۵).

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 ۷۳ قانون امور حسبی: «... در صورتی که محجور، ولی یا وصی داشته باشد، دادستان حق دخالت در امور او را ندارد».

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 ۸۱ و ۸۳ ق.ا.ح)، اسناد و اشیای قیمتی مولی علیه را نزد دیگری ودیعه گذارد یا پول او را به بانک بسپارد (ماده ۸۴ ق.ا.ح)، دعوی مربوط به مولی علیه را به صلح خاتمه دهد (ماده ۱۲۴۲ ق.م.)، اموال او را به رهن گذارد یا معامله‌ای کند که در نتیجه آن خود مدیون مولی علیه شود (ماده ۱۲۴۱ ق.م.) و حتی از طرف مولی علیه با خود معامله کند (ماده ۱۲۴۰ 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 زیان‌آور 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.» (صفایی و امامی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۷۰).

با این وجود، باید اعتراف نمود که گاه در مواردی اختیار پدر و کیفیت رعایت غبطه از جانب او در اداره اموال و دارایی مولی علیه با تردیدهای جدی مواجه می‌باشد. از جمله این که ممکن است پدر در مواقعی برای اصلاح و اداره امور مالی فرزند خویش راه‌ها و تدابیر مختلفی را در نظر آورد که همگی بنوعی منفعت و مصلحت مولی علیه را تأمین می‌کند؛ لیکن آیا لازم است پدر با دقت و وسواس، تدبیر اصلح و سودمندترین را برگزیند و عملی سازد؟

این پرسش مورد عنایت پاره‌ای از محققان قرار گرفته است و در پاسخ آن به متانت این گونه نگاشته‌اند: «اشکالی در جواز تصرفات دیگر و ترک اقدام اصلح نیست؛ زیرا دلیلی بر وجوب رعایت اصلح وجود ندارد و احدی نیز بدان قائل نشده است. اضافه بر این که موجب مراعات تدبیر اصلح و شایسته‌ترین، سبب حرج شدیدی می‌شود که در شریعت نفی گشته است و از طرفی موجب مخالفت با سیره و رویه عملی عقلا می‌باشد.» (الاصفهانی، بی تا، ص ۱۴).

تردید دیگر در مورد اعمالی است که ولی قهری به نمایندگی از سوی محجور و در جهت رعایت مصلحت وی انجام می‌دهد، اما در تشخیص مصلحت دچار اشتباه می‌شود، به گونه‌ای که نتیجه کاربر خلاف خواست و انتظار او به زیان مولی علیه منتهی می‌گردد، مانند جایی که پدر به جهت افزودن بر سرمایه فرزند خود، اموال او را به تجارت سودآوری اختصاص می‌دهد، و از قضا طی حوادثی ناکام مانده، ضرر می‌بیند.

بعضی از اساتید حقوق بر این اساس که معیار در رعایت غبطه، مصلحت و غبطه واقعی است، نه آنچه را که ولی غبطه تصور نماید، این گونه اعمال را فاقد اعتبار حقوقی دانسته‌اند (امامی، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۲۱۳)؛ در حالی که انصاف بر این است که این قبیل معاملات که توسط ولی قهری در حدود متعارف و به انگیزه حفظ مصلحت مولی علیه انجام می‌شود و اهتمام لازم را در رعایت منافع و حقوق او به کار می‌بندد، دارای اعتبار است، بویژه اگر

قواعد کلی حاکم بر نمایندگی در معاملات را در نظر آوریم، چه به گفته پاره‌ای از استادان «ولی قهری مانند هر امین یا نماینده دیگر وظیفه دارد که در حدود متعارف برای حفظ مصلحت موکلی علیه بکوشد و بیش از این نمی‌توان از او انتظار داشت. به بیان دیگر، تعهد ولی قهری در این باب از نوع تعهدات به وسیله است، نه تعهد به نتیجه» (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۲۵).

بدین سان، در مورد اعمال ولی، باید معیار اصلی را حفظ رفتار متعارف و اقدام در جهت رعایت غبطه و صلاح موکلی علیه دانست، هر چند در عمل به نتیجه مطلوب و مورد انتظار نرسد. در نتیجه تنها در مواردی که پدر برای سودجویی یا اغراض شخصی دیگر و بدون در نظر گرفتن مصلحت فرزند اقدام می‌کند، به سبب خارج شدن از حدود ولایت و وظیفه نمایندگی در اداره اموال موکلی علیه باید عمل او را فضولی انگاریم. ناگفته نماند که خروج ولی قهری از این سمت هم در حقیقت امری است خلاف اصل که نیاز به اثبات دارد.

از اموری که در دامنه ولایت پدر بر امور مالی فرزند جای بحث و درنگ دارد، تکلیف پدر به تأمین هزینه زندگی و نفقه فرزند خود و بررسی مبنای آن است. شکی نیست که بر اساس رابطه همخوانی و پدر و فرزند، حق دریافت نفقه برای هر یک از پدر و فرزند از دیگری در صورت ناتوانی و نیاز وجود دارد و این مطلب مورد اتفاق فقها، بلکه از مسلمات فقه اسلامی است (بنگرید به: النجفی، بی‌تا، ج ۳۱، ص ۳۳۶؛ الماوردی، ۱۴۲۰هـ، ج ۱۰، ص ۵۴۱).

فقیهان گفته‌اند: در صورتی که پدر دارای مُکنت مالی و قادر بر انفاق باشد و فرزند او نیازمند و عاجز از کسب و تحصیل درآمد باشد. بر پدر است که نفقه فرزند خویش را پردازد (الحکمی، ۱۴۰۴هـ، ص ۱۸۷). قانون مدنی هم به تبعیت از فقه در ماده ۱۱۹۹ مقرر کرده است: «نفقه اولاد بر عهده پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق، به عهده اجداد پدری است...». البته ماده ۱۱۹۷ قانون مدنی می‌گوید: «کسی مستحق نفقه است که ندار باشد و نتواند به وسیله اشتغال به شغلی معیشت خود را فراهم نماید».

اولاد واجب النفقہ ممکن است صغیر باشند یا بالغ و رشید؛ زیرا معیار اصلی برای استحقاق نفقه فقر و نداری است. اطلاق ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی نیز هر دو صورت را فرا می‌گیرد، لیکن با در نظر گرفتن موضوع اصلی بحث، لازم است محور سخن را در نفقه اولاد تحت ولایت پدر قرار دهیم.

بی‌گمان در مورد صغیرانی که به واسطه برخورداری از اموال و دارایی بسیار، فاقد ملاک استحقاق نفقه‌اند، باید چنین اظهار نظر کرد که پدر تکلیفی از جهت انفاق بر او و تأمین هزینه‌های وی از اموال خود ندارد، ولی باید توجه داشت حجر و ناتوانی صغیر و موقعیت حمایتی و نظارتی پدر (بعنوان ولی و مدیر اموال و دارایی موکلی علیه) این وظیفه را بر دوش او قرار می‌دهد که بطور متعارف نفقه و هزینه معاش طفل را از دارایی او بردارد و در راه معاش و نگاهداری او خرج نماید. علاوه بر این، به موجب ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی، پدر می‌تواند در صورت نیاز و فراهم بودن سایر شرایط، نفقه خود یا مادر فرزندش را از اموال وی تأدیه کند (...) .

تنها در میان فقهای ما، مرحوم ابن جنید اسکافی بطور مطلق و بدون هیچ قیدی، نفقه فرزند صغیر را تا زمانی که به حد بلوغ شرعی نرسیده، بر پدر واجب دانسته است (...) :
(...) . لیکن اعتنایی به مخالفت او نشده است، لذا مرحوم صاحب جواهر می‌گوید: «اختلافی نیست در این که فقر، شرط وجوب انفاق است» (...) .

با وجود این، پاره‌ای از فقهای معاصر با توجه به اطلاق روایات معتبر و با استناد به این که اصل، عدم اشتراط (شرط نبودن) فقر است و این اصل به جهت موضوعی بودن بر اصل حکمی برائت مقدم است، تکلیف پدر به انفاق بر اولاد را مطلق دانسته، حتی آن را به مشهور نیز نسبت داده است (...) . ملاحظه روایات وارد شده در این زمینه (...) و جاهت کلام ایشان را آشکار می‌سازد؛ زیرا اساساً در این روایات صحبتی از شرطیت فقر و عجز به میان نیامده است.

وانگهی، باید قبول کرد که تصور وجود دارایی وافر و مکنت مالی مناسب برای فرزندان صغار، فرضی تقریباً نادر تلقی می‌گردد؛ چه، اغلب فرزندان صغیر هیچ گونه مالی را در

تملک خویش ندارند و بشدت متکی به سرپرست و والدین خویش‌اند. از طرفی، مشاهده می‌شود که در مواقعی به رغم وجود دارایی کافی برای فرزند، پدر خود را از لحاظ اخلاقی موظف به تأمین معاش و هزینه او می‌داند و شاید بتوان گفت که عرف نیز چنین انتظاری از او دارد.

به هر ترتیب، پیرامون انفاق بر فرزند محجور و تأمین مخارج وی چنین به نظر می‌رسد که ولایت و ریاست پدر مبنای واقعی این وظیفه و علت مقدم بودن او بر سایرین باشد. چه، در غیر این صورت باید مادر نیز هم تراز پدر موظف به تأمین نفقه فرزند نیازمند خود می‌بود. از این رو ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار بعد از پدر، جد پدری را ملزم به تکلیف مزبور قرار داده است و این به جهت ولایت منظور شده برای جد پدری، مندرج در مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی می‌باشد.

از سوی دیگر، در ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ که قانونگذار نفقه را در درجه اول بر عهده پدر و در مرحله دوم بر عهده مادر قرار می‌داد. به دلیل در نظر گرفتن ولایت قهری برای مادر بود که در ماده ۱۵ همین قانون پیش‌بینی شده بود؛ اما به موجب لایحه قانونی الغای مقررات مخالف با قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت مصوب ۱۵ / ۵۸ منسوخ گردید و به دنبال آن ماده ۱۲ قانون مزبور نیز از درجه اعتبار ساقط گشت. از آنچه تا کنون گفته شد، این نتیجه مهم به دست می‌آید که پدر در قبال سرپرستی و ولایت بر فرزند خود در تأمین نفقه و هزینه‌های وی نقش اصلی را ایفا می‌کند، پس اگر طفل از دارایی مناسبی برخوردار باشد، بطور متعارف و مصلحت‌آمیز مخارج و نفقه او را از آن برداشته، مصرف می‌نماید^۱ و اگر فرزند فاقد مال و ثروت کافی بود، بر پدر است که در تأمین هزینه‌های معاش و نگاهداری او اقدام کند و حمایت کافی از وی به عمل آورد.

۱- البته این بر اساس نظر اکثر فقها و بر مبنای قانون مدنی است، لیکن چنانچه آمد، امکان تردید در آن و طرفداری از تکلیف بی‌قید و شرط برای پدر در تأمین نفقه فرزند صغیرش فراهم است.

چنانکه در ابتدای بخش گفته شد، 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 اجازة تزویج نیز می‌شود (

البته قانون مدنی تصریحی در این زمینه ندارد و همین سبب شده تا پاره‌ای از شارحان قانون مدنی با یک سونگری به ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی، دایره اختیارات ولی را تنها به اداره دارایی مولی علیه محدود سازند (

قهری و حدود آن در فقه، بویژه ولایت بر تزویج صغار که از مسلمات فقه به شمار می‌رود (

و عدم تصریح در این زمینه (امور غیر مالی) مرتکب مسامحه گردیده است.

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.

ناگفته نماند که مادر نیز از جهت حق و تکلیف حضانت (مندرج در ماده ۱۱۶۱ ق.م.) و بعنوان همکار و معاون پدر، باید او را در این راه دشوار یاری و معاضدت نماید (ماده ۱۱۰۴ ق.م.)، اما سمت ولایت و ریاست پدر (ماده ۱۱۰۵ ق.م.) اقتضای آن دارد که مدیریت و تصمیم‌گیری نهایی را در این زمینه وی عهده‌دار گردد.

از عمده‌ترین 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

خواهد داشت؛ پس از انقضاء این مدت، حضانت با پدر است، مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم، حضانت آنها با مادر خواهد بود.^۱

پیش‌بینی حق اولویت در مقاطعی خاص (دو سال و هفت سال) برای مادر در حضانت طفل، آن هم بدون هیچ قید و شرطی موجب شده تا برخی به گونه‌ای مطلق بر برتری مادر و تقدم او در نگاهداری و مراقبت از طفل نظر دهند). اساس چنین اندیشه‌ای در کلمات جمع زیادی از فقیهان که به نحو اطلاق مادر را در زمان‌های مزبور نسبت به حضانت سزاوارتر دانسته‌اند، به چشم می‌خورد).

این در حالی است که بررسی احادیث وارد شده (:) در این زمینه بخوبی نشان می‌دهد که موضوع برتری و مقدم بودن حق مادر در حضانت، تنها به زمان طلاق و جدایی پدر و مادر مربوط می‌شود. از این رو مرحوم علامه حلی نوشته است: «هر گاه زن و شوهر از یکدیگر جدا شوند، اگر فرزندشان صغیر باشد، در مدت شیر دادن (دو سال) مادر به او سزاوارتر است و بعد از این مدت پدر مقدم می‌باشد. البته اگر طفل، دختر باشد مادر تا هفت سال از زمان تولد او مقدم است» (الحلی، ۱۴۱۹هـ، ج ۳، ص ۱۰۲-۱۰۱).

بنابراین نظریه تقدیم حق مادر در حضانت به زمان جدایی و مفارقت زوجین اختصاص دارد و به هیچ وجه دوران زندگی مشترک خانوادگی را شامل نمی‌گردد، پس بجاست که اطلاق کلمات فقهای دیگر و نیز ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی با توجه به همین واقعیت تفسیر شود.

از طرف دیگر بعضی از فقها بدون هیچ قیدی حضانت را امری مشترک میان پدر و مادر دانسته‌اند و اساساً سخنی از حق تقدم مادر به میان نیاورده و برای این مطلب ادعای اجماع هم کرده‌اند (احمد الحلی، ۱۴۱۱هـ، ج ۳، ص ۴۲۶).

۱- اخیراً «مجمع تشخیص مصلحت نظام» مصوبه مجلس را در خصوص حضانت طفل تأیید کرد. طبق این قانون حضانت طفل اعم از دختر و پسر تا هفت سالگی در اختیار مادر است.

پاره‌ای دیگر نیز معتقد شده‌اند که منظور از احق بودن مادر در دوران شیرخوارگی طفل، سزاوار بودن او نسبت به زنان دیگر است، نه نسبت به پدر (الاراکي، ۱۳۷۷، ص ۱۷۱). لذا شاید بتوان گفت که این دسته از فقیهان نیز روی دیگر قضیه را بازگو کرده‌اند. به این بیان که فرمایش آنان تنها ناظر به حال زوجیت و زندگی مشترک زن و شوهر است که با مساعدت یکدیگر، نگهداری و تربیت طفل را به سامان می‌رسانند.

به هر ترتیب با تحلیلی که ارائه شد، این نتیجه مهم به دست می‌آید که در زمان زوجیت و تا موقعی که پدر و مادر با هم به سر می‌برند، نگهداری و تربیت فرزند، حق و تکلیف مشترکی میان آنهاست و لازم است که با توافق و مشورت یکدیگر به این امر اهتمام ورزند؛ همچنان که قرآن کریم درباره از شیر گرفتن طفل به این نکته اساسی اشاره کرده است که «اگر آن دو (پدر و مادر) با رضایت و مشورت یکدیگر بخواهند کودک را از شیر بگیرند، گناهی بر آنان نیست.» (البقره، ۲۳۳). قانون‌گذار مدنی نیز آنها را به یاری و معاضدت یکدیگر در این راه فرا خوانده است (ماده ۱۱۰۴ ق.م.). بنابراین باید اذعان نمود که در این دوره هیچ گونه حق تقدمی برای مادر مطرح نیست، مگر این که پدر به جهاتی فاقد صلاحیت شود.

باید عنایت داشت که ولایت پدر اقتضا می‌کند که در راستای حمایت و مصلحت اندیشی در اموری که به غبطه فرزند مربوط می‌شود، اعمال نظر کند و شیوه حفظ و تربیت طفل را به خیر و صلاح او تعیین نماید. از این رو هر گاه در کیفیت نگهداری یا شیوه تربیت فرزند، میان پدر و مادر اختلاف سلیقه‌ای پیش آید، مثلاً در استخدام پرستار یا فراگیری زبان خاص یا رفتن به مدرسه‌ای اختلاف کنند، باید صلاح‌دید و تصمیم پدر را تا جایی که در مقام سوء استفاده از موقعیت خویش برنیامده و بر خلاف خیر و مصلحت طفل گام نهاده است، مقدم داشت. برخی از اساتید نیز به این نظر تمایل نشان داده، افزوده‌اند که نظم خانواده نیز چنین چیزی را ایجاب می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۰۵).

ناگفته نماند در مواقعی هم که مادر به موجب حق تقدم خویش (در زمان مفارقت) حضانت را عهده‌دار می‌شود، پدر شایسته از اعمال سرپرستی و مسؤولیت حمایت و ولایت فارغ نمی‌گردد. بلکه در این صورت نیز بر پدر است که بعنوان ولی طفل بر

چگونگی نگاهداری و تربیت او نظارت کند و به تأمین هزینه و مخارج حضانت نیز اقدام نماید. شاید از همین جهت است که پاره‌ای از فقهای معاصر حق مطالبه اجرت را برای مادر در این صورت به رسمیت شناخته‌اند (بنگرید به: الخوئی، ۱۴۱۰ هـ، ج ۲، ص ۲۸۶).

یکی از بارزترین موارد دخالت پدر در امور فرزند که به نظر چهره حمایتی کمتری دارد و از آن می‌توان بعنوان نمادی از اقتدار ولایی پدر یاد کرد، دخالت در انتخاب همسر، یعنی شخصی‌ترین چهره زندگی برای فرزند است.

بی‌گمان از مهم‌ترین شرایط انعقاد پیمان زناشویی و صحت عقد ازدواج، وجود اهلیت و توانایی قانونی در طرفین عقد است و لازم است که طرفین به سن بلوغ و قابلیت صحی برای نکاح رسیده باشند، از این رو قانونگذار مدنی در ماده ۱۰۴۱ می‌گوید: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است». بنابراین، منطبق حقوقی ایجاب می‌کند صغیر به دلیل فقدان اهلیت نتواند طرف عقد نکاح واقع شود.

با وجود این، بر اساس عقیده رایج در فقه اسلامی، ولی قهری می‌تواند فرزند نابالغ خود را به تزویج دیگری درآورد. پشتوانه چنین باوری که در تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی هم منعکس گردیده است، علاوه بر قرآن کریم (البقره، ۲۳۷)، روایات بسیاری است که به صراحت وجود چنین اختیاری را برای ولی قهری (پدر و جد پدری) به اثبات می‌رساند (بنگرید به: البحر العاملی، ج ۱۴، ص ۲۰۸-۲۰۷).

به اضافه، این نظریه مورد اجماع فقهای امامیه (الحلی، ج ۲، ص ۵۱۶-۵۱۷) و حتی فقیهان اهل سنت (ابن قدامه، ج ۷، ص ۳۷۹) واقع گشته است و در مجموع امکان ابراز هیچ گونه تردیدی به آن فراهم نیست. تنها از میان فقهای ما، مرحوم ابن عقیل عمانی به استناد پاره‌ای از روایات (بنگرید به: البحر العاملی، ج ۱۴، ص ۲۰۵)، وجود این ولایت را برای جد پدری انکار کرده است (الحلی، ۱۴۱۷ هـ، ج ۷، ص ۱۱۷).

با این همه، باید توجه داشت که این اختیار مسلم پدر، بی‌هدف و بدون حدّ و مرز منظور نشده است؛ زیرا بسیاری از فقهای ما بویژه علمای متقدم، رعایت مصلحت را در

این نوع تزویج شرط نموده‌اند (العاملی، ۱۴۱۳ هـ، ص ۸۹؛ الکرکی، ۱۴۱۵ هـ، ج ۱۲، ص ۱۴۵). مرحوم آیت الله حکیم در این باره می‌نویسد: «مشهور میان متقدمان، اعتبار مصلحت در نفوذ تصرف ولی اجباری در مال است، حتی از کتاب تذکره علامه ادعای عدم اختلاف در آن میان مسلمانان استفاده می‌شود، جماعتی نیز بدان تصریح کرده‌اند. لذا از آن به محل بحث (تزویج صغار) تعدی می‌کنیم و این جا را بدان ملحق می‌سازیم.» (الحکیم، ۱۳۹۱ هـ، ج ۱۴، ص ۴۵۶). البته جمع زیادی از فقهای متأخر هم تنها به نبودن مفسده در این مسأله بسنده کرده، رعایت صلاح مولی علیه را شرط ندانسته‌اند (بنگرید به: النجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۱۹۸).

لیکن همان گونه که در ابتدای این نوشتار بیان کردیم، هر گونه تصرف و دخالت ولی در امور مالی و غیر مالی مولی علیه منوط به مراعات غبطه و مصلحت اوست و با عنایت به این که اقدام ولایی در ازدواج فرزند امری خلاف اصول اولیه و مغایر با قواعد کلی فقهی و حقوقی است، باید ادله آن را منصرف به حفظ صلاح و خیرخواهی مولی علیه بدانیم.

باید افزود که احتیاط در نفوس و فروج نیز چنین چیزی را اقتضا می‌کند. از همین رو مرحوم سید یزدی نگاشته است: «در صحت و نفوذ تزویج اب و جد، نبودن مفسده شرط است، بلکه احتیاط در رعایت مصلحت است.» (الطباطبایی الیزدی، ۱۳۹۹ هـ، ج ۲، ص ۸۶۶). و نهایت اینکه قانونگذار مدنی در تبصره ماده ۱۰۴۱ مصوب سال ۱۳۷۰ با پذیرش اعتبار مصلحت در تزویج ولایی به تردیدها خاتمه داده و چنین مقرر نموده است: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد.»

بدین ترتیب وجود قید «مصلحت» این شاخه از ولایت و اقتدار پدر را نیز محدود می‌سازد و تا حدودی از خطرهای احتمالی آن می‌کاهد. بدین ترتیب ولی قهری نمی‌تواند بدون در نظر گرفتن خیر و مصلحت فرزند خود اقدام به تزویج او نماید.

البته باید به خاطر داشت که مصلحت چنانکه پیشتر گفتیم، مفهومی نسبی و متغیر است که دامنه آن با توجه به اوضاع و احوال و شرایط زمانی و مکانی، با رجوع به عرف و خردمندان هر جامعه مشخص می‌شود و همین بر اهمیت موضوع مورد بحث می‌افزاید.

پس اگر پدری فرزند خویش را به عقد نکاح دیگری درآورد، لیکن عرف، عمل او را مقرون به صلاح و صرفه فرزند نداند، لازم است که چنین عقدی را فاقد صحت و اعتبار حقوقی بدانیم. پاره‌ای از فقیهان نیز بر چنین باوری اصرار دارند که تزویج ولایی واقع شده بر خلاف صلاح صغیر بکلی باطل است و حتی اجازه بعدی مولی علیه (پس از بلوغ) موجب صحت آن نمی‌شود (همو، همانجا).

از ظاهر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی هم برمی‌آید که قانونگذار در بیان حکم این ماده از همین نظر پیروی کرده است؛ زیرا صحت عقد را منوط به رعایت مصلحت مولی علیه نموده است. از برخی علمای معاصر نیز تقریر جالبی در بیان مبنای این نظریه نقل شده است، به این گونه که: «در تزویج ولایی غیر مصلحتی، صحت و فساد عقد، مورد شک و تردید است، نه لزوم و جواز آن. و در جای خود به اثبات رسیده که در صورت شک در صحت یا فساد قراردادی به مقتضای استصحاب عدم حدوث حالت جدید (زوجیت در عقد نکاح و...) اصالة الفساد در معاملات جاری و محکم است.» (منتظری، به نقل از: قاری سید فاطمی، ۱۳۷۴، ص ۱۴۲).

اینک در پایان نوشتار و در جمع‌بندی و نتیجه‌گیری از مباحث ارائه شده می‌توان چنین گفت:

۱ - تأسیس ولایت قهری، به مفهوم سلطه و اقتدار بر امور فرزند محجور است، لیکن در حقیقت به مسئولیت سرپرستی، حمایت، مراقبت و حفظ صلاح و رعایت مصالح مولی علیه معنی می‌شود.

۲ - در قانون مدنی به تبعیت از قول مشهور فقها، سمت ولایت قهری برای پدر و جد پدری در عرض یکدیگر منظور شده است، ولی برخی هم بر این باورند تا زمانی که پدر در قید حیات است، جد پدری در غیر از امور تزویج، حق هیچ گونه دخالت و تصرفی در شؤون محجور را ندارد. البته بررسی مستندات این عده و عنایت به وضعیت عرف، و جاهت قابل تأملی به نظریه آنان می‌بخشد.

۳ - وجود ناتوانی و حجر فراگیر در مورد صغار و نیاز آنان به حمایت و مراقبت همه جانبه موجب شده تا سرپرستی و ولایت پدر بر آنها با گستره‌ای وسیع منظور شود؛ به گونه‌ای که تمامی امور مربوط به مولی علیه (اعم از شوون مالی و نفسی) را شامل گردد.

۴ - عنصر مهمی که اختیار ولایی پدر را محدود و منضبط می‌سازد، «مصلحت» و حفظ صلاح و رعایت غبطه مولی علیه است. از این رو آن دسته از اقداماتی که موجب ضرر یا تباهی اموال مولی علیه می‌شود، ناروا و فاقد نفوذ شرعی می‌باشد. حتی صرف فقدان مفسده نیز اقدام پدر را موجه نمی‌سازد، بلکه ملاک، وجود مصلحت برای صغیر است.

۵ - پدر در اداره اموال و دارایی فرزندش نمایندگی عام دارد و می‌تواند هر اقدامی را که به صرفه و صلاح او تشخیص می‌دهد، عملی سازد. البته همین اندازه که پدر (با فرض سلامت و لیاقت) در اقدامات خویش، با رفتاری متعارف و با انگیزه حفظ مصلحت عمل نماید، کافی است؛ اگر چه به نتیجه مطلوب و مورد انتظارش نرسد. وانگهی دلیلی بر لزوم انجام تصرف اصلاح (شایسته‌ترین) نداریم. بنابراین ولی قهری مجبور نیست که همواره در تب و تاب یافتن و اجرای سودمندترین و بهترین اقدام باشد.

۶ - به نظر می‌رسد پدر در قبال سرپرستی و ولایت بر فرزند، وظیفه تأمین و پرداخت مخارج (نفقه) او را عهده‌دار باشد. حتی در صورتی که فرزند دارای مُکنت مالی مناسب است، می‌توان این تکلیف را متوجه پدر دانست و دست کم وظیفه تهیه معاش فرزند از اموال او و اختصاص دادن به وی را بر دوش پدر نهاد.

۷ - موقعیت ولایی پدر ایجاب می‌کند که علاوه بر همکاری و نقش اجرایی در حضانت (نگهداری و تربیت فرزند)، نقش سرپرستی و نظارت را هم در این خصوص عهده‌دار گردد و در مواقع اختلاف نظر با مادر طفل بتواند تصمیم نهایی را اتخاذ نماید.

۸ - اقتدار ولایی در تزویج فرزند نابالغ، بعنوان شخصی‌ترین چهره زندگی او در قلمرو ولایت پدر قرار می‌گیرد؛ اما رعایت مصلحت مولی علیه، این شاخه از ولایت را نیز محدود می‌سازد و از خطرهای احتمالی آن می‌کاهد.

- قرآن كريم
- آل بحر العلوم، سيد محمد، تهران، مكتبه الصادق عليه السلام، ۱۳۶۲ هـ
- الأملی، محمد تقی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا
- الاراکي، محمد علی، قم، نور نگار، ۱۳۷۷
- الاصفهانی، محمد علی، اصفهان، محمد جعفر گلستانه، بی تا
- الانصاری، مرتضی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ هـ
- امامی، سيد حسن، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۷۶

- امامی، صفایی و اسدالله، سید حسین، ، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴
- البحرانی، یوسف، ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا
- الجزری، مبارک بن محمد، ، بیروت، دارالفکر، ۱۳۹۰ هـ
- حائری شهاباغ، سید علی، ، تهران، وزارت دادگستری، ۱۳۳۸
- الحسنی، هاشم معروف، ، بیروت، دار القلم، بی تا
- الحسینی المراغی، میرعبدالفتاح، ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ
- الحر العاملی، محمد بن الحسن ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا
- الحصری، احمد، الولایه و الطلاق فی الفقه الاسلامی، بیروت، دارالجلیل، ۱۴۱۲ هـ
- الحکیم، سیدمحسن ، بیروت، داراحیاءالتراث العربی، ۱۳۹۱ هـ
- الحلی، احمد بن محمد، ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ هـ
- الحلّی، حسن بن یوسف، ، بیروت، مؤسسه الاعلمی، ۱۴۰۴ هـ
- همو، ، تهران، المکتبه المرتضویه، بی تا
- همو ، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ هـ
- الحلی، محمد بن ادريس، ، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ هـ
- الحنبلی، موفق الدین عبدالله بن قدامه، ، بیروت، دارالکتاب العربی. بی تا
- خوانساری، سید احمد، ، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۸۹ هـ
- الخوئی، سید ابوالقاسم، ، قم، مدينه العلم، ۱۴۱۰ هـ
- الخوئی، سید محمد تقی، ، النکاح، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، بی تا
- الراغب الاصفهانی، حسین، ، بیروت، دار المعرفه، ۱۴۲۰ هـ
- الروحانی، سید محمد صادق، ، قم، مولف، ۱۳۷۶

- ساکت، محمد حسین،
۱۳۷۲
مشهد، مؤلف،
- شایگان، سید علی،
تهران، رنگین، ۱۳۳۹
- همو،
قزوین، انتشارات طه، ۱۳۷۵
- الصدر، سید محمد،
بیروت، دارالاضواء، ۱۴۱۷ هـ
- الطباطبائی، سید علی،
قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۲ هـ
- الطباطبائی الیزدی، سید محمد کاظم،
تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۹۹ هـ
- الطوسی، محمد بن الحسن
تهران، المکتبه المرتضویه،
بی تا
- العاملی، سید محمد جواد
بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا
- عاملی، باقر،
تهران، مدرسه عالی دختران ایران، ۱۳۵۰
- العاملی، محمد بن مکی (شهید اول)،
قم، مؤسسه
النشر الاسلامی، بی تا
- العاملی، محمد بن مکی (شهید ثانی)،
قم، مکتبه المفید، بی تا
- العاملی، سید محمد،
قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ هـ
- العاملی، زین الدین بن علی،
قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ هـ
- الفیروز آبادی، محمد بن یعقوب،
بیروت، دار الجیل، بی تا
- قاری سید فاطمی، سید محمد، «
نامہ مفید، شماره ۲، تابستان، ۱۳۷۴
- کاتوزیان، ناصر،
تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۲
- الکرکی، علی بن الحسین،
قم، موسسه آل البيت علیہ السلام، ۱۴۱۵ هـ
- الکلینی، محمد بن یعقوب،
تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲
- المامقانی، عبدالله،
قم، موسسه آل البيت علیہ السلام، بی تا
- الماوردی، علی بن محمد،
بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۰ هـ
- الموسوی الخمینی، سید روح الله،
قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ هـ

- المشكيني، علي،
➤ مكارم الشيرازي، ناصر،
عليه السلام، ١٤١١هـ
➤ النجفي، محمد حسن،
قم، نشر الهادي القمي، ١٣٧٧
قم، مدرسه الامام اميرالمؤمنين
بيروت، داراحياء التراث العربي، بي تا