



The Guardianship of Men and Women Over Their Children

Faezeh ghalenoi¹, Faezeh Moghtadaee^{2*}, Younes Vahedyarijan³

1. Ph.D. Student of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 1083-1100

Article history:

Received: 26 Feb 2023

Edition: 05 Mar 2023

Accepted: 09 Mar 2023

Published online: 20 Mar 2023

Keywords:

Province, Father, Paternal Ancestor, Mother, Child.

Corresponding Author:

Faezeh Moghtadaee

Address:

Iran, Tehran, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Faculty of Theology, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law.

Orchid Code:

0000-0003-2188-2316

Tel:

09121236533

Email:

Faezehmoghtadaee@yahoo.com

ABSTRACT

Background and Purpose: Some differences and developmental differences between men and women, which cause differences in interests and corruptions, are the source of differences in rights and duties. Accordingly, the purpose of this article is to examine the similarities and differences between men and women in the province.

Materials and Methods: This article is descriptive and analytical. Materials and data are also qualitative and data collection was used in collecting materials and data.

Ethical Considerations: In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are respected.

Findings: The findings showed that in Imamiyyah jurisprudence, compulsory guardianship belongs to the father and the paternal ancestor, which can be justified and explained in terms of the family of families, which is It is nuclear, and family relations and relations do not have the quantity and quality of their past, and as a result, the knowledge of children's spirits is mostly limited to first-class members in each family.

Conclusion: Forced guardianship can be fundamentally revised under the dynamics of Shia jurisprudence because, firstly, today's mothers have acquired many capabilities compared to the mothers of the past in managing the family and children, and secondly, the discussion of the conflict between the guardianship of the grandfather and the custody of the mother sometimes affects the psychological security of the mother and children. It is dangerous and can have social and psychological consequences.

Cite this article as:

Ghalenovi, F; Moghtadaee, F; Vahedyarijan, Y. *The Guardianship of Men and Women Over Their Children*. Documents. Economic Jurisprudence Studies. 2022.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره چهارم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۱

تمایز ولایت مرد و زن بر فرزند

فائزه قلعه نوی^۱، فائزه مقتدایی^{۲*}، یونس واحدیارجان^۳

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۳. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: برخی از اختلافات و تفاوت‌های تکوینی بین زن و مرد، که سبب اختلاف در مصالح و مفساد می‌شود؛ منشأ تفاوت در حقوق و تکالیف می‌گردد. بر همین اساس هدف مقاله حاضر بررسی تشابهات و تمایزات زن و مرد در ولایت است.

مواد و روش‌ها: مقاله حاضر، توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: یافته‌ها نشان داد در فقه امامیه، ولایت قهری از آن پدر و جد پدری می‌باشد؛ که این موضوع با شریط خانواده در گذشته، که وجهی گسترده و پدرسالارانه داشته است، قابل توجیه و تبیین می‌باشد؛ اما با نظر به‌زندگی امروز و وضعیت کنونی خانواده‌ها که به‌صورت هسته‌ای می‌باشد و روابط و مراودات خانوادگی کمیت و کیفیت گذشته خود را نداشته و به‌تبع، شناخت روحیات کودکان بیشتر محصور به‌اعضای درجه یک در هر خانواده می‌باشد.

نتیجه: ولایت قهری را می‌توان ذیل پویایی فقه شیعه مورد بازنگری اساسی قرار داد؛ چرا که اولاً مادران امروز قابلیت‌های بسیاری را نسبت به‌مادران گذشته در اداره خانواده و فرزندان کسب کرده‌اند و دوماً بحث تراحم ولایت جد و حضانت مادر بعضاً امنیت روانی مادر و فرزندان را به‌مخاطره انداخته؛ و همچنین تبعات اجتماعی و روان شناختی را می‌تواند در پی داشته باشد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۰۸۳-۱۱۰۰

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۰۷

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۱۲/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۱۲/۲۹

واژگان کلیدی:

ولایت، پدر، جدپدری، مادر، فرزند.

نویسنده مسئول:

فائزه مقتدایی

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، دانشکده الهیات، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی.

کد ارکید:

0000-0003-2188-2316

تلفن:

09121236533

پست الکترونیک:

Faezehmoghtadaee@yahoo.com

۱. مقدمه

ندارد؛ اما اگر پدر فاقد اهلیت لازم برای ولایت شود، آیا این ولایت به مادر نیز منتقل می‌شود یا اشخاص دیگری جانشین پدر می‌شوند؟ خانواده در عصر جهانی شدن دچار دگرگونی‌هایی در ساختار خواهد شد. مردم شکل‌های جدیدی از روابط خانوادگی را تجربه خواهند کرد. ساخت قدرت در خانواده تغییر می‌کند و ساختار پدرسالاری در معرض تهدید قرار می‌گیرد. موقعیت در حال تحول زنان در موازنه قدرت با مردان و نظام مردسالار از مهمترین دگرگونی‌هایی است که در عصر جهانی شدن در ساختار نهاد خانواده تأثیر گذاشته است. با جهانی شدن، مساوات طلبی در روابط دو جنس در همه جوامع فزونی یافته است. این پدیده به افزایش حقوق و قدرت زنان در حوزه‌های عمومی و خصوصی زندگی منجر شده است. حقوق نمی‌تواند از این تغییر بنیادینی که در سطح جامعه رخ داده است، پا پس بکشد و بی تفاوت باشد. در چنین شرایطی بررسی تمایز ولایت مرد و زن بر فرزند مهم و ضروری است.

در خصوص ولایت پدر بر فرزند پژوهش‌های متعددی انجام شده است: سیدموسی شبیری زنجانی و حسین سنایی، در مقاله‌های به‌بررسی ولایت مادر بر نکاح فرزند پرداخته‌اند (شبیری زنجانی و سنایی، ۱۳۹۷) زین‌العابدین نجفی نیز در مقاله‌ای، ازدواج باکره رشیده و ولایت پدر از منظر فقه امامیه را بررسی کرده است (نجفی، ۱۳۸۴) همچنین علی سائلی در مقاله‌ای، عدم ولایت پدر بر صغیر در حق قصاص را مورد بررسی قرار داده است (سائلی، ۱۳۹۶) تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به پژوهش‌های انجام شده این است که در این مقاله، تمایز ولایت

در نگرش حقوق اسلام، زن و مرد به لحاظ تکوینی کاملاً از یکدیگر متمایز می‌باشند. به دلیل همین تفاوت‌های تکوینی، تشابه حقوقی آنها امکان‌پذیر نیست. مشترک بودن زن و مرد در هدف غایی خلقت باعث نمی‌شود وظایف آن دو نیز کاملاً مشابه یکدیگر باشد؛ بنابراین آنچه مربوط به انسانیت است؛ در هر دو گروه موجود است و آنچه مربوط به جنسیت، یعنی زنانگی و مردانگی است؛ منحصر به همان دسته می‌باشد. بر همین اساس تکلیف الهی که شرط آن داشتن آگاهی، قدرت و اختیار است به همه انسان‌ها تعلق می‌گیرد و اختصاص به جنس خاصی ندارد. اسلام در دو جنبه به جایگاه زن و مرد توجه می‌کند. در یک جنبه، زن و مرد با یکدیگر برابرند و در جنبه دیگر بین زن و مرد تفاوت وجود دارد؛ اما اینکه اسلام زن و مرد را برابر می‌داند، به جهت انسان بودن و روح انسانی آنهاست، یعنی هم زن و هم مرد هر دو انسان هستند و قابلیت رشد و کمال دارند و در نتیجه اعمال نیک و ایمان از پاداش برخوردار می‌شوند و اگر خطا و گناه کنند دچار عذاب می‌شوند. دوران کودکی یکی از مهمترین مقاطع زندگی بشر می‌باشد که تأثیر زیادی در شکل‌گیری شخصیت فرد دارد. چگونه سپری شدن این دوران با توجه به شرایط خانواده جامعه و نحوه قانون‌گذاری‌های مربوط به آن حتی می‌تواند سهم بزرگی از فرصت‌ها و تهدیدها را برای جامعه به دنبال داشته باشد. پس می‌طلبد که بدان توجه ویژه و صحیح گردد.

مقتضیات عصر ما ایجاب می‌کند که بسیاری از مسائل مجدداً مورد ارزیابی قرار گیرد و به ارزیابی‌های گذشته بسنده نشود. در مورد اینکه ولایت و سرپرستی صغار از آن پدر است، تردیدی وجود

ج ۳، ۲۱۱) جد و جد پدری ولی قهری طفل می‌باشد. «در قانون مدنی و فقه امامیه نامی از مادر به‌عنوان ولی برده نشده است. مشهور در فقه بر این عقیده است که حق ولایت پس از پدر متعلق به جد پدری و جد جد است و هرچه بالاتر رود و اگر جد پدری زنده نباشد به حکم ماده ۱۲۱۸ ق.م برای محجور قیم نصب می‌شود و ولایت به مادر نمی‌رسد» (محمدی و همکاران، ۱۳۹۶، ۱۷۷). قائلین به عدم ولایت مادر بعد از پدر به‌مواردی می‌پردازند که عموماً به شرایط زندگی خانواده در گذشته و همچنین موقعیت و وضعیت زن در آن زمان مربوط می‌باشد که در جای خود آن را می‌طلبیده است.

۵-۱. ولایت پدر بر فرزند

«ولایت سلطه‌ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا می‌کند و علی‌الاصول آن را شامل امور مالی و نیز امور غیرمالی و شئون مربوط به مولی علیه می‌دانیم» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۲، ۱۲۶). «در مورد ولایت و سرپرستی پدر بر فرزندان، اصل بر فراگیری و عمومیت آن می‌باشد، به طوری که پدر از حق اقدام در کلیه امور مالی و غیرمالی فرزندان برخوردار است» (حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ۱۳۸).

در رابطه پدر و فرزندان برخلاف رابطه شوهر با همسرش، مرد از اختیارات بیشتری برخوردار می‌باشد «لکن باید توجه داشت که این اقتدار و اختیار پدر هم چندان مطلق و بی حد و مرز باشد؛ زیرا در این جا نیز هم چنان اصل عدم حاکمیت و ولایت انسانی بر دیگری حاکم است؛ یعنی هر چند گستره دامنه ولایت پدر نسبت به مولی علیه فراگیر است لکن ولی قهری نمی‌تواند به میل خویش هر تصمیم یا تصرفی را در مورد مولی علیه اعمال نماید و

مرد و زن بر فرزند بررسی می‌شود. هدف مقاله حاضر بررسی این سؤال است که ولایت مرد و زن بر فرزند چگونه است و چه تشابه و تفاوتی با همدیگر دارد؟ به منظور بررسی سؤال مورد اشاره ابتدا ولایت پدر بر فرزند و سپس ولایت مادر بر فرزند بررسی شده است.

۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر، توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

یافته‌ها نشان داد، در فقه امامیه ولایت قهری از آن پدر و جد پدری می‌باشد؛ که این موضوع با شرایط خانواده در گذشته که وجهی گسترده و پدرسالارانه داشته است قابل توجیه و تبیین می‌باشد؛ اما با نظر به زندگی امروز و وضعیت کنونی خانواده‌ها که به صورت هسته‌ای می‌باشد و روابط و مراودات خانوادگی کمیت و کیفیت گذشته خود را نداشته و به تبع، شناخت روحیات کودکان بیشتر محصور به اعضای درجه یک در هر خانواده می‌باشد.

۵. بحث

در اصطلاح حقوق مدنی، «ولایت قدرت و اختیاری است که برابر قانون به یک شخص صلاحیت دار برای اداره امور محجور واگذاشته شده است» (امامی، ۱۴۰۱، ج ۵، ۲۰۲). طبق مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی بنابر نظر مشهور امامیه (آل بحرالعلوم، ۱۳۶۲،

۵-۱-۱. مستندات ولایت پدر

مستندات ولایت پدر عبارتند از:

۵-۱-۱-۱. روایات

اساسی‌ترین دلیل ولایت پدر، روایاتی هستند که از ائمه معصومین (ع) نقل شده‌اند. این روایات چند قسم می‌باشد و مهمترین آنها به شرح زیر است:

الف) روایاتی که دلالت بر جواز وصیت پدر بر اموال صغیر دارند. زیرا که اگر پدر، ولایتی بر فرزند خود نداشته باشد چگونه می‌تواند بر اموال او وصی تعیین کند و اموال او را به دست وصی بسپارد. از جمله این روایات، روایت احمد بن اسماعیل است که از پدرش نقل می‌کند. از امام رضا (ع) درباره وصی یتیمانی سؤال کردم که آنها به حد رشد رسیده‌اند. پس وصی مال را به آنها عرضه کند که آن را تحویل بگیرند. اما آنان از أخذ مال امتناع می‌کنند. آن وصی باید چه کاری انجام دهد. امام فرمود: مال را به آنها رد کند و آنها را مجبور به این کار کند (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۳، ۳۳۶).

ب) روایاتی که در تجارت یتیم وارد شده است از ابوالربیع نقل شده است: «از امام صادق (ع) درباره مردی سؤال شد که او وصی برادرش است که چند یتیم دارد آیا می‌تواند بر مال آنها تجارت کند؟ امام فرمود: آری، همانطور که با مال دیگری می‌تواند تجارت کند و سود آنها تقسیم می‌شود. گفت: عرض کردم آیا وصی ضامن است؟ امام فرمود: خیر، هنگامی که بر وصی، ناظری معین شده باشد» (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۳، ۵۸).

ج) روایت دیگری نیز از شمالی نقل شده است از امام باقر (ع) روایت شده است که پیامبر (ص) به مردی فرمود که تو و مال تو متعلق به پدرت می‌باشد سپس امام باقر (ع) فرمود: دوست ندارم که از مال فرزندش

همان‌طور که بسیاری از نویسندگان بیان کرده‌اند، ولی قهری باید در تدابیر و تصرفهای خود مصلحت مولی علیه را منظور نماید و نمی‌تواند عملی را برخلاف مصلحت و غبطه او انجام دهد» (صفائی؛ امامی، ۱۴۰۲، ۱۶۹).

البته، در این خصوص میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و در مورد این که «ولی قهری در تصرفها و اقدام هایش، باید مصلحت مولی علیه را در نظر بگیرد و براساس آن عمل نماید؛ یا این که صرف نبودن مفسده در کارها و تصرفهای ولی کفایت می‌کند، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری از فقهای عظام از جمله شیخ طوسی، علامه حلی و شهید ثانی، رعایت مصلحت و غبطه مولی علیه را در اقدامات و تصرفات ولی شرط دانسته‌اند که پاره‌ای از علمای معاصر نیز از این نظر طرفداری کرده‌اند» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ۴۳۳). در برابر، برخی دیگر از فقها مانند جواهر (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۲، ۳۳۲)؛ شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۲، ج ۲، ۳۳۱)؛ و مرحوم امام (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲، ۴۵۶)؛ معتقدند که «نفوذ تصرفات ولی منوط به نبودن مفسده است و ضرورتی ندارد که غبطه و صلاح مولی علیه را در برداشته باشد» و ایشان به روایت امام باقر (ع) استناد نموده‌اند که امام فرمودند: «سزاوار نیست پدر از مال فرزندش به بیش از مقدار نیاز خود بر دارد و خداوند فساد را دوست ندارد» (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۲، ۱۹۵).

۵-۱-۱-۲. اجماع

به‌طور مسلم اجماع فقیهان شیعه و دیگر مذاهب بر ولایت پدر وجود دارد (مغنیه، ۱۴۰۲، ۳۲۳)؛ اما اجماع مورد نظر مخدوش است؛ زیرا اجماعی حجیت دارد که کاشف از رأی معصوم باشد و این در جایی است که دلیلی اعم از عقلی و نقلی بر وقف مجمعی نباشد؛ چرا که اگر دلیلی وجود داشته باشد احتمال می‌دهیم که آنها به‌این دلیل استناد کرده‌اند. در این حال حجیت اجماع به‌خاطر آن است که در اصطلاح به‌آن اجماع مدرکی می‌گویند که اعتبار و حجیتش بخاطر وجود آن دلیل است و خودش دلالتی برای اثبات موضوع ندارد (مظفر، ۱۴۲۳، ج ۲، ۱۱۰). اجماع فقیهان شیعه بر این است که جد پدری نیز مانند پدر دارای ولایت طفل می‌باشد و این ولایت در امور مالی و نکاح بوده و با پدر در اعمال ولایت مشترک هستند (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۵، ۱۷۲).

۵-۱-۱-۳. بنای عقلاء

ولایت پدر بر فرزندان خود مخصوص اسلام نیست؛ بلکه در تمام جوامع بشری، این سیره عقلانی وجود دارد و از آنجا که شارع نیز از عقلاء بوده و در مسیر فطرت گام می‌نهد و سرور و رئیس عقلاء می‌باشد، این سیره را رد و منع ننموده بلکه تأیید و تأکید کرده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۱، ۴۲۷). بنابر آنچه از ادله اثبات مشروعیت ولایت پدرگفته شد؛ به‌این نتیجه می‌رسیم که مهمترین دلیل ولایت پدر روایت معصومین (ع) می‌باشد و آنها هستند که پایه اصلی ولایت پدر را تشکیل می‌دهند و فقیهان نیز بر همین اساس قائل به‌ولایت پدر بر صغیر در نکاح و امور مالی او شده‌اند.

بردارد مگر اینکه به‌آن مال احتیاج داشته و چاره‌های دیگر نداشته باشند، خدواند فساد را دوست ندارد (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۳، ۱۹۵). عده‌ای از فقیهان این دسته از روایات را که در آن عبارت أنت و مالک لأبیک وجود دارد بر حکم اخلاقی حمل می‌کنند. به این صورت که فرزند نباید در حق پدرش بخل بورزد و از این روایات استحباب معلوم می‌گردد. زیرا تصرف در مال غیر بدون إذن صاحبش ممکن نیست اما ممکن است حمل این روایات بر سلطنت و جواز انتفاع باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۱، ۴۳۸).

برخی دیگر از فقیهان در این زمینه می‌فرمایند: اینکه فرزند و مالش مال پدر است حمل کنائی بوده و حقیقی نیست؛ زیرا فرزند آزاد است و بنده نیست بلکه منظور نفوذ تصرف پدر است، یعنی پدر می‌تواند در مال صغیر خود و نفس او تصرف کند (موسوی خمینی، ۱۴۱۲، ج ۲، ۴۳۵). بنظر می‌رسد این دسته از روایات که تصرف پدر را در مال فرزندش جایز می‌دانند و نه مالکیت او را یکی از دلایل قوی بر اثبات ولایت پدر می‌باشد؛ زیرا ولایت پدر یا جد پدری حق تصرف در اموال مولی علیه پیدا می‌کنند و آن هم مشروط به‌مصلحت او. در هر حال هیچ نوع مالکیتی به‌معنای فقهی آن بر فرزند یا اموال او پیدا نمی‌کند. روایات زیادی بر ولایت جد پدری مانند ولایت پدر دلالت دارند که از جمله آنها عبارتند از: از امام موسی بن جعفر (ع) راجع به‌مردی سؤال شد که دو مرد آمده‌اند که دختر او را به‌ازدواج خود در آورند پدر یکی را انتخاب می‌کند و جد پدری یکی دیگر را تزویج، کدام یک مقدم است؟ امام فرمود: آن کسی که جد او را انتخاب کند بر دیگری محقق‌تر است؛ زیرا دختر و پدرش متعلق به‌جد هستند (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۴، ۲۱۹).

۵-۱-۲. دامنه ولایت پدر بر فرزند

این قسمت در دو بند مطرح می‌گردد، در ابتدا مطالبی پیرامون اختیار تام و نمایندگی تمام پدر نسبت به اداره اموال و دارایی فرزند و ضرورت حفظ مصلحت و غبطه فرزند بیان می‌گردد و سپس پیرامون پرداخت نفقه فرزند و رابطه آن با ولایت پدر بحث خواهد شد.

۵-۱-۲-۱. ولایت پدر بر امور مالی فرزند

ریاست پدر و امور مالی فرزند به دو صورت است:

الف) اداره اموال و دارایی فرزند

مطابق ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی: «در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه، ولی نماینده قانونی او می‌باشد». «پدر در اداره و اصلاح اموال و حقوق مالی فرزند، دارای نمایندگی عام است و می‌تواند هر اقدامی را که مناسب تشخیص دهد، به نام یا به حساب او انجام دهد پس ولی قهری به عنوان نزدیک‌ترین و علی القاعده دلسوزترین فرد نسبت به مولی علیه می‌تواند بر مبنای تشخیص خود و بدون کسب اجازه از مقام قضایی، اموال منقول و غیر منقول فرزند صغیر خود را بفروشد. ماده ۸۱ و ۸۳ قانون اصلاح موادی از قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ و اصلاحات بعدی اسناد و اشیاء قیمتی مولی علیه را نزد دیگری ودیعه گذارد یا پول او را به بانک بسپارد ماده ۸۴ قانون امور حسبی دعوی مربوط به مولی علیه را به صلح خاتمه دهد. ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی اموال او را به رهن گذارد یا معامله‌ای کند که در نتیجه آن خود، مدیون مولی علیه شود ماده ۱۲۴۱ قانون مدنی و حتی از طرف مولی علیه با خود معامله کند ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی و موارد مانند آن. تنها عاملی که این اختیارات گسترده ولی (پدر) را با محدودیت

مواجه می‌سازد، غبطه و مصلحت فرزند است، زیرا که پدر علی‌الاصول در اقدامات و تصرفات خویش در اموال و دارایی‌های مولی علیه بایستی خیر و صلاح او را مد نظر داشته و مورد توجه قرار دهد» (صفایی؛ امامی، ۱۴۰۲، ۱۷۰)؛ که البته معیار تشخیص غبطه و مصلحت مولی علیه عرف حاکم بر جامعه است.

«حال اگر ولی قهری به‌عنوان نماینده صغیر در جهت رعایت مصلحت وی اقداماتی را انجام دهد، لکن تشخیص مصلحت دچار اشتباه شود، به‌گونه‌ای که نتیجه کار برخلاف خواست و نظر او و به‌زیان مولی علیه منتهی شود، حال تکلیف چیست. بعضی، بر این اساس که معیار در رعایت غبطه، مصلحت و غبطه واقعی است، نه آن چه را که ولی غبطه تصور می‌نماید، این گونه اعمال را فاقد اعتبار حقوقی دانسته اند» (امامی، ۱۴۰۱، ج ۵، ۲۱۳). «لکن به نظر می‌رسد انصاف بر این باشد که این قبیل معاملات که توسط ولی قهری در حدود متعارف و به‌انگیزه‌ی حفظ مصلحت مولی علیه صورت می‌پذیرد و وی اهتمام کافی و لازم را در حفظ منافع و حقوق مولی علیه به کار بسته است را دارای اعتبار بدانیم، به‌ویژه اگر به قواعد کلی حاکم بر نمایندگی در معاملات توجه داشته باشیم همان‌طور که بعضی از استادان بیان کرده‌اند ولی قهری مانند هر امین یا نماینده دیگر وظیفه دارد که در حدود متعارف برای حفظ مصلحت مولی علیه بکوشد و بیش از این نمی‌توان از او انتظار داشت به‌بیان دیگر، تعهد ولی قهری در این باب از نوع تعهدات به‌وسیله است نه تعهد به‌نتیجه. پس، در مورد اعمال ولی معیار اصلی حفظ رفتار متعارف و اقدام در جهت رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه می‌باشد، هرچند که در عمل به‌نتیجه مطلوب نرسد؛ بنابراین صرفاً در جایی که پدر برای سودجویی یا

اغراض شخصی و با سونیت و بدون توجه به مصلحت فرزند اقدامی نماید، به سبب خروج از حدود ولایت و وظیفه نمایندگی عمل وی فاقد وجهت قانونی و اعتبار حقوقی می‌باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۲، ۲۲۵). که البته اصل بر حسن نیت و رعایت مصلحت فرزند است و خروج ولی قهری از این حدود، امری خلاف اصل بوده و نیاز به اثبات دارد و در مورد اقلیت‌های مذهبی ساکن ایران همانطور که در مبحث پیشین بیان گردید و به مواد مربوطه اشاره شد، در ضمن پذیرش ولایت قهری برای پدر، اداره اموال و دارایی‌های فرزندان زیر ۱۸ سال نیز برعهده پدر ولی قهری می‌باشد.

ب) نفقه فرزند

در رابطه پدر و فرزند در امور مالی، موردی که جای بحث و بررسی دارد، تکالیف پدر به تأمین هزینه‌های زندگی و نفقه فرزند خود است که این مطلب مورد اتفاق نظر فقها بوده و از مسلمات فقه اسلامی به شمار می‌آید (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳۱، ۳۶۶). قانون مدنی هم به تبعیت از فقه در ماده ۱۱۹۹ مقرر کرده است: «نفقه اولاد بر عهده پدر پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به اتفاق به عهده اجداد پدری است با رعایت الأقرب و فالأقرب ...» و البته در ماده ۱۱۹۷ قانون مدنی بیان شده است: «کسی مستحق نفقه است که ندار بوده و نتواند به وسیله اشتغال به شغلی معیشت خود را فراهم نماید». «پس اولاد واجب النفقه ممکن است صغیر یا بالغ و رشید باشند، چرا که معیار اصلی برای استحقاق نفقه فقر و نداری است و ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی نیز اطلاق دارد، لکن با توجه به مطالب بیان شده و با در نظر گرفتن موضوع، علی الاصول بحث پیرامون پرداخت نفقه اولاد تحت ولایت پدر، توسط وی می‌باشد» (صفایی؛ امامی، ۱۴۰۲، ۱۶۹). علی

القاعده در مورد صغیرانی که به واسطه برخورداری از اموال و دارایی، فاقد شرط استحقاق نفقه فقر می‌باشند، بایستی چنین گفت که پدر تکلیفی در جهت انفاق آنان ندارد، لکن بایستی به این نکته توجه داشت که حجر و ناتوانی صغیر از سویی و موقعیت حمایتی و نظارتی پدر از سوی دیگر و وظیفه مدیریت و اداره اموال و دارایی‌های مولی علیه که بر دوش پدر است سبب آن می‌شود که پدر نفقه و هزینه معاش طفل را از دارائی او برداشته و در راه نگاهداری و معاش او خرج نماید. ضمن آن که بموجب ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی پدر می‌تواند در صورت نیاز و فراهم بودن شرایط لازمه نفقه خود یا مادر فرزند را از اموال وی تأدیه نماید که این نظر مورد پذیرش بعضی فقها نیز می‌باشد (حلی، ۱۴۱۹، ج ۲، ۲) با وجود این گروهی از فقها تکلیف پدر به انفاق بر اولاد را مطلق دانسته و حتی آن را به مشهور نیز نسبت داده‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ۲۳۷).

علاوه بر موارد فوق، بایستی پذیرفت که در شرایط معمول تصور وجود دارایی و مکنت مالی مناسب برای اطفال، فرضی تقریباً نادر است و در اکثر موارد فرزندان صغیر هیچ‌گونه مالی را در تملک خویش ندارند و متکی به سرپرستی و حمایت والدین خویش می‌باشند. ضمن آن که حتی در جایی که فرزند دارایی کافی داشته باشد پدر از نظر اخلاقی خود را موظف به تأمین معاش و هزینه‌های او می‌داند و شاید بتوان گفت که عرف نیز در این فرض، از پدر غیر از این انتظاری ندارد. در نتیجه «پدر در قبال سرپرستی و ولایت بر فرزند خود در تأمین نفقه و هزینه‌های وی نقش اصلی را ایفا می‌کند و اگر طفل از دارایی مناسبی برخوردار باشد، چون پدر مسئول اداره اموال و دارایی فرزند می‌باشد؛ به طور متعارف می‌تواند

پیروی از مذهب و احترام به شعائر آن و اجازه ترویج نیز می‌شود. هر چند که قانون مدنی تصریحی در این زمینه ندارد و همین سبب شده تا بعضی از شارحین قانون مدنی با نگاه به ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی دایره اختیارات ولی را تنها به اداره اموال و دارایی مولی علیه محدود سازند» (امامی، ۱۴۰۱، ج ۵، ۲۱۳). ولایت پدر بر امور غیرمالی فرزند عبارت است از:

(۱) نظارت بر نگاهداری و تربیت فرزند

مهمترین بخش از امور غیرمالی صغیر، نگه داری و تربیت اوست. قانونگذار، ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی را که بر مبنای آن حضانت طفل را حق و تکلیف ابویان دانسته را بر پایه نظر اکثر فقها و البته به شکلی مجملی بیان کرده است؛ زیرا که بر مبنای نظر مشهور فقها حضانت برای مادر حق است لکن برای پدر تکلیف است، پس اگر مادر در هنگام طلاق از نگه داری فرزند امتناع نماید، پدر در نگه داری طفل اولویت دارد و اگر هر دو امتناع کنند ظاهر آن است که اجبار پدر لازم است و از بعضی اصحاب آمده است که اجبار پدر واجب می‌باشد. در این صورت به ماهیت حضانت که بیشترین مورد استفاده آن در زمان افتراق و جدایی پدر و مادر از یکدیگر باشد، نگاه کاربردی است که مانع از تضییع حقوق طفل صغیر می‌گردد و نهایت حمایت و حفاظت از او را به عمل می‌آورد.

«برای حضانت و نگهداری طفلی که ابویان او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند؛ مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است. پیش بینی حق اولویت در مقاطع خاصی از زندگی طفل برای مادر آن هم بدون هیچ قید و شرطی که با توجه به شرایط و نیازهای خاص روحی و روانی طفل می‌باشد، سبب آن گردیده تا برخی از علمای حقوق به صورت مطلق به برتری مادر و مقدم بودن تصمیم او در نگاهداری و

مخارج و نفقه فرزند را از آن برداشته و مصرف نماید و اگر فرزند فاقد مال و ثروت کافی باشد که علی الاصول شرایط حاکم بر اکثر خانواده‌ها می‌باشد، پدر مکلف به تأمین هزینه‌های معاش و نگاهداری او است و بایستی حمایت کافی را از وی به عمل آورد شایان ذکر است که نفقه صغیر تنها در خوراک، پوشاک و مسکن ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی خلاصه نمی‌شود؛ بلکه عرفاً معیار پرداخت نفقه، نیازهای نفقه هر نوع نیاز مادی در زندگی مانند نیازهای بهداشتی و درمانی، آموزشی و تحصیلی، فرهنگی و هنری، ورزشی و ... را شامل می‌شود، همان گونه که به عقیده بعضی، آن چه به عنوان اجزای نفقه در قانون آمده است، تنها نمونه‌ای از مهمترین نیازمندی‌های زندگی است و جنبه انحصاری ندارد» (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ۷۳۶).

پرداخت نفقه اولاد توسط پدر، به مانند بحث اداره اموال و دارایی‌های فرزند توسط وی، مورد پذیرش و تأیید سایر ادیان قرار گرفته است و وجوب پرداخت نفقه و هزینه‌های معاش فرزند توسط پدر در قوانین و مقررات سایر مذاهب نیز بیان گردیده است، من جمله ماده ۴۲ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران و ماده ۳۸ آئین نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران و ماده ۲۱ قواعد مسیحیان ارتدکس روسی و ماده ۴۰ قواعد مسیحی آرامنه گریگوریان خلیفه گری که همگی به این مطلب اشاره دارند که پرداخت هزینه‌های زندگی فرزندان بر عهده پدر ولی قهری می‌باشد.

(ج) ولایت پدر بر امور غیرمالی فرزند

ولایت و ریاست پدر بر فرزندان صرفاً مربوط به امور مالی نمی‌باشد «بلکه شامل امور غیرمالی نظیر تربیت فرزند و هدایت او در امور معنوی مانند تحصیل و

حق به مادر با فرض صلاحیت او انجام می‌شود، پس بموجب ماده ۱۱۷۰ قانون مدنی، «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست به‌جنون مبتلا شود یا به دیگری شوهر، کند حق حضانت با پدر خواهد بود». فقهای مذاهب اربعه، عنوان می‌کنند وقتی مادر طلاق بگیرد و با مردی دیگر که با طفل اجنبی است ازدواج کند حضانتش ساقط است اما اگر ازدواج دوم با طفل خویشاوند باشد حضانت مادر باقی است فقهای امامیه بیان می‌دارند وقتی مادر ازدواج کند حضانتش ساقط است مطلقاً خواه زوج دوم خویشاوند طفل باشد یا اجنبی قانون مدنی نیز از این نظر تبعیت کرده است و حنیفه، شافعیه، امامیه و حنابله گویند: اگر مادر از ازدواج دوم طلاق بگیرد «مانع» مرتفع خواهد شد و همان حق حضانتی که با ازدواج مجدد ساقط شده بود به او برمی‌گردد اما مالکیه می‌گویند: این حق بر نمی‌گردد (مغنیه، ۱۳۷۲، ۳۳۳).

۲) نظارت بر تأدیب و تنبیه فرزند

بموجب ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی «ابوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند». مطابق ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی نیز «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند ولی به‌استناد این حق نمی‌تواند طفل خود را خارج از حدود تأدیب و تنبیه نمایند.»

«پس پدر و مادر موظف‌اند با همفکری و همدلی خود در شکل‌گیری شخصیت معنوی و به‌فعلیت رساندن استعدادهای درونی فرزندشان اقدام کنند و با ایجاد محیطی سالم و به‌کارگیری ابزارهای مفید و مناسب مانند تنبیه و تأدیب، فرآیند تربیتی او را به‌سامان برسانند. البته در مورد کودکانی که در سالهای نخست عمر خویش به‌سر می‌برند و نیک و بد را

مراقبت از طفل نظر دهند و ریاست پدر بر خانواده را در این مدت منتفی بدانند که اساس این نظر در کلمات جمع زیادی از فقها که به‌نحو اطلاق مادر را در زمان‌های مزبور نسبت به‌حضانت سزاوارتر دانسته‌اند، به‌چشم می‌خورد» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۲، ۱۶۷). «هرگاه زن و شوهر از یکدیگر جدا شوند، اگر فرزندشان بالغ و رشید باشد می‌تواند به‌هر کدام که بخواهد ملحق گردد یا این که جداگانه زندگی کند، ولی اگر صغیر باشد مادر نسبت به‌او درمدت شیردادن دو سال 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» (حلی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۱۰۲). باید به‌این نکته نیز توجه داشت که هر چند علی‌الاصول نگه داری، سرپرستی و حفاظت و حمایت از طفل در منزل با مادر است و او با نهایت مهربانی و محبت و دلسوزی به‌صورت شبانه‌روزی در حال رسیدگی به‌فرزند است، لکن این امر مانع آن نیست که پدر در باب تربیت طفل و چگونگی انجام آن، اعمال نظر نماید. در صورت اختلاف نظر پدر و مادر، در نهایت تصمیم پدر تا جایی که در مقام سؤ استفاده از موقعیت خویش و در جهت خلاف خیر و صلاح طفل نباشد، مورد پذیرش قرار گیرد؛ همان‌گونه که برخی از اساتید به‌این نظر توجه داشته‌اند و بیان کرده‌اند حفظ نظم خانواده چنین چیزی را ایجاب می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۲، ۲۰۵).

لکن در فرض جدایی و طلاق زوجین بموجب ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی و اصلاحات بعدی آن مادر در حضانت طفل چه دختر و چه پسر تا هفت سال حق تقدم دارد؛ زیرا که مصالح کودک چنین امری را می‌طلبد در این ایام طفل به‌مواظبت دلسوزانه و شفقت مادری نیاز بسیاری دارد، البته واگذاری این

اقتدار ولایی پدر می‌توان نام برد، دخالت در انتخاب همسر برای فرزند خویش است. براساس عقیده رایج در فقه اسلامی، «ولی قهری پدر و جد پدری می‌تواند فرزند نابالغ خود را به تزویج دیگری در آورد، علاوه بر قرآن کریم که بیان می‌کند کسی که امر نکاح به دست اوست پدر و جد پدری، روایات بسیاری است که به صراحت وجود چنین اختیاری را برای پدر و جد پدری به اثبات می‌رساند» (حرعاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۴، ۲۰۸). باعث آن گردیده این نظر مورد اجماع فقها امامیه و اهل سنت واقع شود. با این همه «باید توجه داشت که این اختیار مسلم پدر بی هدف و بدون حد و حصر نمی‌باشد؛ زیرا بسیاری از فقها رعایت مصلحت را در این نوع تزویج شرط نموده‌اند» (جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۸، ۸۹).

«هرگونه تصرف و دخالت ولی در امور مالی و غیرمالی مولی علیه منوط به رعایت غبطه و مصلحت اوست و با توجه به این که دخالت ولی در ازدواج فرزند امری خلاف اصول اولیه و مغایر با قواعد مسلم فقهی و حقوقی است، باید ادله آن را منصرف به حفظ مصلحت و خیرخواهی مولی علیه بدانیم» (مهریزی، ۱۳۹۰، ۳۷۲). قانون‌گذار مدنی نیز، با توجه به حساسیت‌های مذکور و با پذیرش اعتبار مصلحت در تزویج ولایی به‌تردیدها خاتمه داده و در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی چنین مقرر کرده است: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به‌اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». در واقع قانونگذار درصدد آن است که صحت عقد نکاح صغیر صرفاً منوط به‌خواست ولی نباشد بلکه مشروط به رعایت مصلحت صغیر نیز باشد.

تشخیص نمی‌دهند. به‌طور قطع مجالی برای تنبیه آنان نیست، زیرا تنبیه آنان نه تنها تأثیر مثبتی را در پی ندارد چه بسا باعث ناهنجاری‌های روانی کودک شود؛ اما در مورد فرزندان که به‌مرور به‌درک و شعور لازم و قوه تمییز رسیده‌اند، پدر و مادر پدر و مادر می‌توانند آنان را مورد امر و نهی قرار دهند، به امور پسندیده بخوانند و از امور ناشایست پرهیز دهند. حال اگر فرزند به‌سرپیچی و ناسازگاری روی نهد، بر پدر و مادر است که با حسن تدبیر فرزند را به‌تبعیت از راهکارهای تربیتی قانع سازند و در این راه می‌توانند با صلاح‌دید مناسب، تنبیه و تأدیبی که با شرایط و روحیه طفل هماهنگ و سازگار باشد برای او منظور نمایند» (موسوی بجنوردی؛ ترکمان، ۱۳۸۵، ۱۳۲).

«تأدیب فرزند در حقیقت امری تربیتی است؛ نه کیفری و عقوبتی. تربیت طفل را پدر و مادر باهم بر عهده دارند، پس اختصاص تنبیه طفل به‌پدر از مجموع روایات بعید به‌نظر می‌رسد و از این رو آیت‌الله خوئی بیان داشته‌اند حکم وارده شده در روایات اختصاصی به‌ولی طفل ندارد» (موسوی خوئی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۳۴۱). «پس پدر و مادر در راستای حضانت، تربیت و مراقبت از فرزند خویش این حق، بلکه این وظیفه را دارند که در موارد مقتضی به‌تأدیب و تنبیه وی بپردازند و بدین جهت است که شیخ طوسی چنین عنوان کرده‌اند: زمانی که فرزند به‌سن هفت یا هشت سالگی رسیده بر پدر و مادر است که او را تأدیب کنند» (طوسی، ۱۴۱۲، ج ۱، ۳۰۵).

۳) دخالت و نظارت پدر در ازدواج فرزند

یکی از بارزترین و بحث‌انگیزترین موارد دخالت پدر در امور غیرمالی فرزند که شاید بتوان گفت چهره حمایتی کمتری دارد و بیشتر به‌عنوان نمادی از

و قانون‌گذار ما نیز، از نظریه اخیر پیروی کرده است و چنان چه ولی با وجود خواستگار مناسب و شایسته و تمایل دختر، از دادن اجازه بدون علت موجه مضایقه نماید اعتبار اجازه او ساقط می‌شود و به موجب ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی: «..... هر گاه پدر یا جد پدری بدون عذر موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط می‌گردد ...».

در این مورد فقها شافعیه، مالکیه و حنابله بیان می‌دارند: ولی می‌تواند منفرداً و بدون توجه نظر بالغه رشیده او را به ازدواج کسی درآورد، البته به شرط آن که باکره، دوشیزه باشد، اما اگر بالغه رشیده ثیب باشد، ولی در امر ازدواج مشارکت خواهد داشت، یعنی نه ولی مستقلاً عمل می‌کند و نه زن فقهای حنفی نیز عنوان می‌کنند بالغه عاقله، مستقلاً می‌تواند زوج اختیار کند، خواه باکره باشد که کفو همسان و همشأن خواه ثیب، نه کسی بر او ولایت دارد و نه حق اعتراض، البته به شرط خود را انتخاب کرده باشد و به شرط آن که به کمتر از مهرالمثل ازدواج نکند (مغنیه، ۱۳۷۹، ۵۳).

۵-۲. ولایت مادر

«در فقه اسلامی، خصوصاً امامیه ولایت قهری برای مادر شناخته نشده است» (حلی، ۱۴۱۹، ج ۲، ۹۲). و فقط بعضی از فقهای حنفیه معتقدند که: «در صورت نبودن اقربای ذکور پدری ولایت به مادر تعلق می‌گیرد و در صورت فقدان مادر خویشان مادری با رعایت درجه قرابت ولی بر نفس خواهند بود» (مغنیه، ۱۳۷۹، ۱۰۵).

دلایل پذیرش ولایت قهری مادری بر فرزند در عصر حاضر عبارت است از: ۱- «تعبدی نبودن اولویت ولایت جد. حکم ولایت قهری از احکام تعبدی نیست

برخی از حقوقدانان به درستی این نکته دقیق را دریافته و چنین نوشته‌اند: «منظور از ماده فوق این است که ولی می‌تواند مستقیماً مولی علیه را تزویج نماید و به عبارت دیگر، طرف عقد در حقیقت ولی است البته با در نظر گرفتن مصلحت صغیر وصحت عقد منوط به رعایت مصلحت مولی علیه است» (محقق داماد، ۱۴۰۲، ۴۸).

غالب فقهای امامیه بیان داشته‌اند، بالغه رشیده، به سبب بلوغ و رشد، حق هر نوع تصرف را دارد چه، عقد باشد چه غیر عقد نکاح و فرقی نمی‌کند که باکره باشد یا ثیب. زن بی شوهر بیوه و تفاوت نمی‌کند که با هم کفو ازدواج کند یا خیر و به مهرالمثل ازدواج کند یا کمتر از آن، هیچ کس نه پدر و نه جد پدری حق اعتراض ندارند و او دقیقاً مانند مرد حق دارد بدون هیچ گونه تفاوتی.

این فقها به این آیه استدلال کرده‌اند «ولا تعضلوهن أن ینکحن ازدواجهن؟ نباید که آنها را از ازدواج منع کنید» و هم چنین به حدیثی از ابن عباس که از پیامبر (ص) نقل فرمود: «کسی که بی همسرا سزاوارتر است» و نیز به حکم عقل استدلال کرده‌اند که هر انسانی به تصرفات مربوط به خود، آزادی کامل دارد است چه مرد، چه زن و چه باکره و چه ثیب از ولی خود نسبت به خود و دیگران چه خویشاوند و چه بیگانه بر او سلطنتی ندارد» (مغنیه، ۱۳۷۹، ۵۴).

در مقابل گروهی از فقها «قائل به استمرار ولایت پدر و جد پدری پس از بلوغ دختر باکره‌اند و حتی گفته‌اند که آن دو می‌توانند بدون کسب موافقت دختر، او را به نکاح دیگری درآوردند» (طوسی، ۱۳۹۰، ۴۶۵). جمعی نیز انتخاب دختر به همراه اجازه پدر یا جد پدری را شرط دانسته‌اند، مانند حضرت امام خمینی (ره) که گفته‌اند: احتیاط در گرفتن اذن از ولی است

بلکه از احکام عقلایی است» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ۲۰۰). ۲- «توجه به تغییرات جایگاه زن با توجه زمان و مکان زن در جوامع امروزی با زن در جوامع باستان و جاهلی بسیار متفاوت است. در جوامع امروزی زن علاوه بر امور خانه‌داری به کار و تجارت و امور فرهنگی در خارج از منزل مشغول است و چه بسا که در بسیاری از موارد نسبت مرد از تبحر بیشتری برخوردار باشد؛ بنابراین نمی‌توان با تمسک به اینکه زن در معاملات فریفته می‌شود و در امور خارج از منزل چندان تبحری ندارد وی را از اداره امور مالی فرزند خود منع کرد» (خامنه‌ای، ۱۴۲۴، ۳۳۸). ۳- «دلایل عقلی به علاوه اگر علت انتخاب ولایت پدر و جد پدری بر فرزند دلسوزی و شفقت وی در حفظ و اموال فرزند باشد چه بسا که در این مورد مادر نسبت به فرزند دلسوزتر باشد» (عظیم‌زاده اردبیلی؛ افقه، ۱۳۹۵، ۲۲). ۴- «دلایل عرفی در عصر جدید با سست شدن بنیاد نظام خانواده پدرسالاری و رواج روزافزون خانواده هسته‌ای نظام قانون مدنی اشکالاتی پدید آورده است؛ زیرا جد پدری با نوه خود چه بسا در یک خانه زندگی نمی‌کند و به اندازه پدر یا مادر به سرنوشت او علاقمند نیست تا بتواند با پدر در اداره امور محجور برابری کند. یا بعد از پدر ولایت منحصراً به او تعلق داشته باشد (حجتی‌اشرفی، ۱۳۹۲، ۹۰). ۵- توجه به مصلحت طفل: مبنای ولایت بر کودک در فقه بنا بر نظر غالب رعایت مصلحت صغیر می‌باشد (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۴، ۲۴۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۲، ج ۲، ۲۶۶). اولویت این نظر بر اساس آیه ۱۵۲ سوره انعام و لا تقربو مال الیتیم الا بالتی هی احسن می‌باشد. از آنجا که توجیه امر ولایت بر مبنای مصلحت می‌باشد امروزه با توجه به پیشرفت زنانه تمامی عرصه‌های فرهنگی، علمی، اجتماعی و اقتصادی در جامعه

رعایت مصلحت کودک ایجاب می‌کند که مادر نیز مانند پدر بر کودک حق ولایت داشته باشد. به‌ویژه که مادر نسبت به فرزندش دلسوزتر از هر شخص دیگری می‌باشد. نکته‌ای که در این باب ذیل رعایت مصلحت کودک باید بدان توجه شود این است که کودکی که بنابه هر دلیلی (فوت، غیبت پدر، طلاق و یا از دست دادن صلاحیت) پدر، ولایت پدر را از دست داده است در مواجهه با این مساله بار سنگین مشکلات عاطفی و سایر آسیب‌های متبوع را خواهد داشت لذا دیگر نباید بستری برای سختی‌های مازاد که معلول تداخل نهادهای ولایت و حضانت بر کودک می‌باشد را ایجاد نمود؛ چرا که این تداخل و تقابل هم در روند تربیت و نگهداری کودک تولید مشکل کرده و هم بعضاً منجر به دامن زدن به اختلافات خانواده‌ها خواهد شد و این کش مکش‌ها قطعاً آسیب‌های روحی و روانی را برای طفل به دنبال خواهد داشت. که برخی از آنها نیز می‌تواند زندگی آینده کودک را تحت شعاع قرار دهد که این منافی با رعایت مصلحت کودک خواهد بود.

پس می‌توان ادعا کرد که حاکم اسلامی از باب احکام ثانویه با توجه به ضرورت‌های زمانی و مکانی و با توجه به قواعد ثانوی مانند لاجرح و لا ضرر می‌تواند ولایت قهری را به مادر نیز تنفیذ نمود (عظیم‌زاده اردبیلی؛ افقه، ۱۳۹۵، ۲۱).

«با بالا رفتن سطح دانش و رشد فکری بانوان چه بسا بعد از پدر مصلحت طفل در آن است که سرپرستی و اداره امور شخصی و مالی او به مادر واگذار گردد نه جد پدری به‌ویژه آنکه مادر دلسوزتر و فداکارتر از هر شخص دیگری نسبت به فرزند خود به این خاطر بود که قانون گذار در سال ۱۳۵۳ در قانون حمایت خانواده ولایت را تنها به پدر سپرد و حق ولایت مادر

ولایت پدر و جد پدری در حقوق اسلامی اجازهی عزل ولی قهری در فرض ثبوت خیانت یا عدم لیاقت او به قاضی داده شده است در صورت فرض ولایت برای مادر نیز چنین ضمانت‌های اجرایی را در نظر گرفت تا حمایت از طفل و حفظ مصلحت غبطه او هرگز با خدشه و خطری مواجه نگردد. البته توجه به این نکته نیز حائز اهمیت است که در بحث حضانت ازدواج مجدد مادر مانع وی در داشتن حق حضانت فرزند باشد و سبب سقوط این حق وی می‌گردد، حال در فرضی که برای مادر ولایت بر فرزند در نظر گرفته شود آیا ازدواج مجدد وی اسقاط‌کننده ولایت وی خواهد بود. پاسخ مثبت به این سؤال در عمل سبب آن می‌گردد که ولایت مادر نهادی نه چندان محکم و استوار باشد که در هر زمان امکان اسقاط آن وجود دارد و پاسخ منفی به این سؤال نیز ممکن است باعث آن شود که خطراتی که از ازدواج مجدد مادر متوجه مصلحت طفل است ایجاد شود که با روح و هدف بحث ولایت از طفل که همانا حمایت از وی می‌باشد مغایر باشد. پس می‌توان گفت در هر یک از دو فرض فوق با مشکلات و موانعی مواجه خواهیم بود که لزوم تحقیق و بررسی فقها حقوقدانان و حتی جامعه‌شناسان و روانشناسان را پیرامون فرضیه پذیرش ولایت قهری برای مادر که یقیناً با امتیازاتی نیز همراه می‌باشد را بیش از پیش می‌رساند.

۶. نتیجه

حکم انحصاری ولایت بر صغیر برای پدر و جد پدری در جامعه امروزی که تحول چشم‌گیر جایگاه زنان و حضور آنها در تمامی عرصه‌های اجرایی و مدیریتی را شاهد هستیم چالشهایی را در پی داشته و به نظر می‌رسد که برای پاسخگویی به نیاز خانواده امروز و

و جد پدری را در یک رتبه و منوط به انتخاب دادستان نمود» (صفایی؛ امامی، ۱۴۰۲، ۱۶۷).

دلایلی که ولایت مادر را ثابت می‌کنند شامل عمومات ولایت، مؤمنان آیات مربوط به رسیدگی به اموال یتیم و روایات می‌باشند (صاعی، ۱۳۹۶، ۱۸). عمومات قرآن و سنت حق ولایت بر فرزندان را برای مادر محفوظ دانسته و مطالبی را که در تقیید این عمومات به جد پدری نسبت داده‌اند ناقص است و بنابراین بر طبق آن نمی‌توان رأی فقهی صادر شود در نهایت نیز، در گام بعد به دلایلی می‌رسیم که ولایت مادر را به جد اولویت داده و صدور فتوا مبنی بر اولویت ولایت مادر بر ولایت جد بر مبنای قواعد فقهی می‌باشد (صاعی، ۱۳۹۶، ۶۸-۶۷).

مجموعه قوانینی که به حمایت از خانواده می‌پردازد مربوط به سالهای ۴۶، ۵۳ و ۹۱ می‌باشد. تدوین قانون حمایت خانواده سال ۵۳ به‌نسخ قانون پیشین خود یعنی سال ۴۶ اذعان نمود در صورتیکه این اتفاق برای قانون حمایت سال ۵۳ توسط قانون سال ۹۱ صورت نپذیرفت.

لذا، ماه ۵۸ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ به قوانین خانواده که منسوخ شده است می‌پردازد و اشاره‌ای به منسوخ شدن قانون حمایت خانواده سال ۵۳ ننموده است. پس بهره‌برداری از قانون حمایت خانواده ۵۳ بلاشکال بوده با توجه به این بلاشکال بودن ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده سال ۵۳ اشاره به ولایت مادر بر کودک دارد. به‌موجب بند ۱۳ ماده ۴ قانون حمایت خانواده سال ۹۱ تمامی موضوعات مربوط به ولایت قهری در صلاحیت دادگاه خانواده می‌باشد (حجتی اشرفی، ۱۳۹۲).

البته بایستی در این فرض نیز مصلحت طفل و حقوق وی مورد توجه قرار گیرد و همان‌طور که پیرامون

در آن از نظر ویژگیهای داخلی و خارجی پیدا شده، غیر از آن موضوع سابق به شمار می‌رود. چون ویژگی‌هایی را که زن امروز، داراست غیر از ویژگی‌هایی است که زن زمانهای گذشته دارا بوده است. به نظر می‌رسد که دادن اختیار بیشتر به مادر در اداره اموال و تربیت و مواظبت صغیر یک ضرورت اجتماعی است که تحولات جامعه و ساختار خانواده‌های ایران آن را ایجاب می‌کند و از این رو به جاست مقنن و رویه قضایی تدبیری را در این خصوص با توجه به مصالح خانواده‌های هسته‌ای امروزین بیانندیشد.

۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

تهیه اسباب استحکام آن دارای خلاء می‌باشد و نیاز به بازنگری دارد. این محدودیت و اینکه مادر هیچ گاه ولی قهری محسوب نمی‌شود باعث معضلاتی در جامعه و خانواده‌ها می‌شود که ولایت نداشتن مادر بر کودک پس از جدایی او از شوهر یا فوت شوهر و یا سایر وجوه متصوره، موجب عسر و حرج مادر و فرزند می‌شود. مشکلات تداخل دیدگاهها و تدابیر مادر و جد پدری در امر تربیت و پرورش کودک و اینکه اختیار مادر را بعنوان زاینده، مربی، تربیت کننده و پرورش دهنده کودک را در حد پرستار و تیمارگر تنزل می‌بخشد صحنه گذارنده بر ادعای معاندان مکتب اسلام در ارتباط با جایگاه زن و مادر می‌باشد چرا که نمود این مساله این می‌باشد که مادر را تنها در امور خدماتی فرزند دخالت می‌دهند و این نادیده گرفتن با روح شریعت اسلام بیگانه است.

بسیاری از مشکلاتی که در خصوص مسائل حقوقی زنان مطرح می‌شود به دلیل تغییر خصوصیات و شرایطی است که زنان در دوران خاصی از تاریخ دارا بوده‌اند و براساس آن از یافتن برخی حقوق قانونی، محروم مانده‌اند. با تحول زمان، زنان از نظر ویژگیها متحول شده‌اند زیرا تاریخ نمایانگر این است که اغلب آنان در آن زمان دارای آگاهی و علم و دانش و کمال نبوده‌اند تا بتوانند از حقوق لازم بهره‌مند گردند، لذا از آن منع شده‌اند، ولی امروز دارای همه آن ویژگیهای لازم می‌باشند. بر این اساس مانعی نیست که قائل به تحول در موضوعات حقوقی زنان بشویم؛ زیرا این حکمی نو برای موضوعی جدید است، نه برای موضوع سابق. موضوعات جدید احکام جدید می‌طلبد. اگرچه در ظاهر، موضوع حکم امروز، همان موضوع حکم در زمانهای گذشته است، ولی در واقع بر اثر تحولی که

منابع

منابع فارسی

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد پنجم، چاپ شصت و ششم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۴۰۱.
- حاجتی اشرفی، غلامرضا، مجموعه کامل قوانین و مقررات محشای حقوقی، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.
- سائلی، علی، «عدم ولایت پدر بر صغیر در حق قصاص»، مجله فقه اهل بیتف شماره نود، تابستان ۱۳۹۶.
- شبیری زنجانی، سیدموسی؛ سنایی، حسین، «ولایت مادر بر نکاح فرزند»، مجله پژوهش های فقهی تا اجتهاد، شماره چهارم، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.
- صانعی، یوسف، قیمومت مادر، چاپ سوم، قم، مؤسسه فرهنگی فقه الثقلین و انتشارات فقه الثقلین، ۱۳۹۶.
- صفائی، سید حسین؛ امامی، اسدالله، حقوق خانواده، چاپ بیست و هشتم، تهران، انتشارات میزان، ۱۴۰۲.
- عظیم زاده اردبیلی، فائزه؛ افقه، آلاسادات، «نهاد ولایت بر کودک خلاءها و چالش های آن در فقه و حقوق»، دوفصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره یکصد و شصت و پنج، ۱۳۹۵.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ بیست و هشتم، تهران، انتشارات میزان، ۱۴۰۱.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، جلد دوم، چاپ بیستم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، چاپ سیزدهم، قم، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۲.
- محمدی، سام؛ کاویار، حسین، «تقدم حق ولایی قهری مادر نسبت به جد پدری بر مبنای مصالح روز»، مجله حقوقی دادگستری، شماره نود و هشتم، ۱۳۹۶.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، جلد دوم، چاپ ششم، قم، جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه و موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳.
- مغنیه، محمدجواد، فقه تطبیقی، ترجمه کاظم پورجوادی، چاپ دوم، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۲.
- مغنیه، محمدجواد، احوال شخصیه (ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه)، ترجمه مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، چاپ دوم، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۹.
- مهریزی، مهدی، فقه پژوهی (دفتر اول)، چاپ اول، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۹۰.
- موسوی بجنوردی، سید محمد؛ ترکمان، عرفان، «ولایت مادر در فقه و حقوق با نگرشی به اندیشه

- امام خمینی (ره)، نشریه متین، شماره سی و سوم، ۱۳۸۵.
- نجفی، زین العابدین، «ازدواج باکره رشیده و ولایت پدر از منظر فقه امامیه»، مجله نامه مفید، شماره چهل و نهم، شهریور ۱۳۸۴.
- منابع عربی**
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، جلد دوم، چاپ ششم، قم، منشورات دارالذخائر، ۱۴۱۲.
- آل بحر العلوم، سید محمد، بلغة الفقيه، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، منشورات مكتبة الصادق، ۱۳۶۲.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، جلد هشتم، قم، موسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه، جلد دوازدهم - سیزدهم - چهاردهم و پانزدهم، چاپ نهم، قم، موسسه آل بیت علیهم السلام، ۱۴۱۲.
- حلی (علامه حلی)، الحسن بن یوسف بن علی، تذکره الفقهاء، جلد چهاردهم، چاپ نهم، قم، مكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۴۱۴.
- حلی، حسین بن یوسف، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، منشورات الاسلاميه، ۱۴۱۹.
- حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الاحوال و الحرام، جلد دوم، چاپ چهارم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸.
- خامنه‌ای، سید علی، اجوبه الاستفتائات فارسی، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر ایشان در قم، ۱۴۲۴.
- طوسی، محمد بن الحسن، المبسوط، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، جلد اول، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مرتضوی، ۱۴۱۲.
- طوسی، محمد بن حسن، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۳۹۰.
- مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، چاپ دوم، قم، موسسه انصاریان، ۱۴۰۲.
- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهية، جلد اول، چاپ سوم، قم، انتشارات مدرسه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۲۵.
- مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه، جلد اول، چاپ سوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۱۱.
- موسوی خمینی، سید روح اله، استفتاءات، جلد دوم، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲.

- موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریرالوسیله، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۹.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریرالوسیله، جلد دوم، چاپ نهم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۲.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد اول، چاپ چهارم، قم، مدينه العلم، ۱۴۱۰.
- نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد پنجم- بیست و دوم و سی و یکم، چاپ دهم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۲.