

شرایط تحقق نمایندگی قانونی ولی قهری

✍️ دکتر علی رادان جبلی

مقدمه:

حقوق خانواده، حاصل روابط انسانی مهمترین واحد اجتماعی، یعنی خانواده است و برخلاف برخی از روابط انسانی که بر مبنای امور مادی شکل گرفته‌اند، حاصل نیازهای معنوی و عاطفی است. استواری خانواده، استحکام جامعه را به دنبال دارد و هرگونه ضعف در بنیانهای آن، به سستی میانی اجتماعی جامعه می‌انجامد. بدین لحاظ، قانونگذاری در این عرصه، کاری بس خطیر و همراه با ظرافتهای خاص است.

ولایت قهری، نتیجه همبستگی نسبی و عاطفی عمیق طفل با پدر و جد پدری است و قانون مدنی ایران با پیروی از نظریه فقهای امامیه، ولایت قهری را به این دو اختصاص داده است، بی آن که تفاوتی در میزان اختیارات آنها قایل شود. با این حال، ولایت قهری به جهت اداره اموال صغیر (ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی)، نوعی نمایندگی قانونی است، چرا که این نوع نمایندگی ویژه اشخاصی است که مقامات عمومی، حمایت از آنها را لازم دیده و چون یارای دفاع از منافع خویش را ندارند، دیگری به عنوان نماینده و برای اداره اموال آنها برگزیده شده است.

ولایت قهری از آن رو نمایندگی قانونی است که:

اولاً: صغیر تحت ولایت، در جریان تعیین نماینده دخالتی نداشته و هیچ صورتی از نمایندگی قراردادی وجود ندارد.

ثانیاً: ولی قهری تحت نظارت مقام قضایی نیست (ماده ۷۳ قانون امور حسبی) و از این رو، برای اجرای تکالیف خود از اختیارات فرآورنی برخوردار است.

این نمایندگی که در اصطلاح فقهی، ولایت خوانده می‌شود،^(۱) عام بوده و نماینده قهری می‌تواند تمام تصرفاتی را که از سوی قانون، صراحةً منع نشده است انجام دهد. حسن این وضعیت آن است که قانونگذار از تدوین مقررات انبوه در خصوص اختیارات نمایندگان قانونی (قهری) بی‌نیاز می‌شود.^(۲)

با وجود این، برای آن که ولی قهری بتواند نمایندگی صغیر را به عهده گیرد و امور مالی طفل را سرپرستی کند، وجود بعضی شرایط اثباتی لازم است؛ گرچه پاره‌ای شرایط سلبی نیز در همین زمینه، تحقق نمایندگی را باعث می‌شود.

نظر به این که مقررات موضوعه حقوقی ایران در مقام احصاء و بیان شرایط تکوین نمایندگی ولی قهری در اداره اموال صغیر برنیامده است، با جستجو در آرای فقهی، به بررسی شروط یاد شده می‌پردازیم:

۱- وجود رابطه ابوت: تنها پدر و جد پدری، ولی طفل هستند و از این رو لازم است میان ایشان با طفل نسب شرعی که همان نسب معتبر است، برقرار باشد نسب طفل به پدر، هنگامی قانونی است که پدر و مادر کودک، رابطه زوجیت داشته باشند و یا پدر به گمان حلیت رابطه، با مادر کودک نزدیکی نموده باشد (نزدیکی به شبهه). در غیر این صورت طفل متولد از زنا محسوب شده و به زانی ملحق نمی‌شود (م ۱۱۶۷ ق.م).^(۳)

۱- الجبعی العاملی، زین الدین، روضه البهیة فی شرح اللعنة الدمشقیة، در دو جلد با چاپ سنگی، جلد اول، قم، مکتبه العلامه ۱۳۶۹ هـ.ش، صفحه ۴۱۷.

۲- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی (قراردادها-ایقاع)، تهران شرکت انتشار، ۱۳۷۰، صفحه ۴۳.

۳- سلسله التبايع الفقهيہ، جلد ۱۹: حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین، مختصر النافع، ص ۵۴۵- حلی ←

بنابراین چون ولایت قهری به نظر پاره‌ای از فقها از آثار نسب صحیح است^(۱)، بررسی در تحقق نسب شرعی لازم است و عوامل اصلی تکوین نسب قانونی را می‌توان به شرح ذیل بیان نمود:

الف - رابطه زوجیت: اگر زن و مردی با نکاح قانونی به ازدواج یکدیگر درآیند، حاصل این پیوند، طفل مشروع است. همچنین باید نطفه طفل در زمانی منعقد شده باشد که میان پدر و مادر طبیعی او علقه نکاح برقرار باشد. پس اگر زن و مردی قبل از ازدواج با یکدیگر، نزدیکی کنند و سپس با یکدیگر ازدواج نمایند، طفل مزبور، نسب صحیح نخواهد داشت. ممکن است، طفل بدون آن که حاصل چنان نکاحی باشد، با پدر، مادر و یا هر دو ایشان نسب شرعی داشته باشد. رابطه جنسی که حاصل جهل طرفین به موضوع یا حکم است^(۲)، یا به دلیل فقدان قوه تمیز طرفین و یا اکراه صورت گرفته، در اسلام، وطی به شبهه به شمار می‌آید (م ۸۸۴ ق.م) و سبب مشروع شدن نسب طفلی می‌گردد که از رابطه آزاد زن و مرد به وجود آمده است.

حکم مزبور که نتیجه منطقی انصاف و حسن نیت است، در حقوق خارجی نیز پذیرفته شده است.^(۳)

ب - انجام نزدیکی منجر به تولد طفل: وقوع نزدیکی پس از عقد نکاح، شرط لازم

→ (محقق) ابوالقاسم، شرایع الاسلام، صفحه ۵۱۴ - حلی (علامه)، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، صفحه ۶۵۸

۱- آل بحرالعلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، ج ۱، ص ۲۶۵. بعضی از فقیهان معاصر، عدم الحاق زنزاده به زانی را تنها به مورد ارث منحصر کرده‌اند و بر این مبنا پدر طبیعی نیز بر طفل ولایت می‌یابد. چنان که دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۴۳/۴/۱۷ اعلام می‌نماید: «... لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید، با استفاده از عموم و اطلاق مواد یاد شده (۱۶ و ۱۷ قانون ثبت احوال) و مسأله ۳ و مسأله ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی رضوان الله تعالی علیه، زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر، از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است.» (رک: ضمیمه روزنامه رسمی، ش ۶۵۳، ص ۴۷۸ و ۴۷۹)

۲- رک: سلسله النبیایع الفقهیه، ج ۱۹: حلی، ابوالقاسم نجم الدین، شرایع الاسلام، ص ۵۱۵ - حلی (علامه)، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، ص ۶۵۹.

۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۲، ش ۳۳۱، ص ۱۸: در انگلیس، اگر پدر و مادر طفلی در هنگام نزدیکی یا نکاح، آگاه به بطلان آن نباشند و عقد را صحیح می‌دانند، فرزند حاصل از این ازدواج مشروع است (نقل از بروملی، حقوق خانواده، ص ۱۸۴).

تحقق نسب شرعی طفل به حساب آمده است. بنابراین، اگر با وجود ازدواج، زوجین به هر دلیلی نزدیکی ننمایند و زن آبستن شده و کودکی را به دنیا آورد، طفل به شوهر منسوب نمی‌باشد. ماده ۱۱۵۸ ق.م. طفل متولد در زمان زوجیت را هنگامی ملحق به شوهر دانسته است که نزدیکی واقع شده باشد. با وجود آن که نزدیکی به عنوان شرط تحقق نسب قانونی عنوان شده است^(۱)، اما نباید تنها مفهوم عرفی آن را در نظر گرفت، زیرا اگر زن و شوهر، در اثر تماس بدنی (تفخیز) و یا تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر، صاحب فرزند شوند، چنین طفلی نسب صحیح خواهد یافت. این نظر را باید قویتر دانست و بعضی از نویسندگان حقوقی، اثبات نزدیکی در زمان زوجیت را برای اثبات نسب لازم ندانسته و چنانچه طفل در زمان زوجیت و در فاصله شش ماه پس از انعقاد نکاح متولد شده باشد، به شوهر ملحق می‌دانند.^(۲)

در هر حال نظری که اقوا شمرده شد، به حفظ مصالح خانواده و جامعه منتهی خواهد شد؛ وانگهی با توجه به پیشرفتهای پزشکی دوران معاصر و استفاده‌ای که از روشهای علمی در باروری زنان به عمل می‌آید، دست کشیدن از تفسیر قضایی محض و لزوم توجه به مصالح اجتماعی ضروری است.

ج - وقوع نزدیکی بعد از وقوع نکاح: چنانچه عمل نزدیکی بعد از عقد نکاح واقع و از آن تاریخ تا تولد طفل کمتر از ۶ ماه و بیش از ده ماه نگذشته باشد، طفل نسب شرعی خواهد داشت. بنابراین چنانچه زن و شوهر، قبلاً نزدیکی نموده و سپس ازدواج نمایند و کودکی متولد شود، طفل به شوهر ملحق نمی‌گردد؛ زیرا آن نزدیکی زنا تلقی شده و بر زنا هیچ اثر صحیحی مترتب نخواهد شد.

قاعده‌ای که بر مبنای آن هر طفل متولد از زن شوهر دار به شوهر نسبت داده می‌شود، قاعده فراش را به وجود می‌آورد.^(۳)

۱- بعضی از نویسندگان، عمل نزدیکی را شرط نسب قانونی نمی‌دانند، امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۵، ص ۱۸۴.

۲- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۵، ص ۱۸۴.

۳- فراش در لغت به معنی بستر (مجمع البحرین، ج ۴، ص ۱۴۹) و اصطلاح حقوقی عبارت است از این ←

این قاعده یک اماره قانونی است^(۱) و از حدیث معروف نبوی (ص) الولد للفراش و للعاهر الحجر اتخاذ شده^(۲)، بیان کننده یک اصل طبیعی است. اماره مذکور که حافظ اخلاق عمومی و عفت خانواده است، راه اثبات نسب به پدر را آسان می سازد. گذشته از فرزندان که از طریق زنا به وجود می آیند، فرزندان رضاعی نیز که فاقد نسب شرعی هستند، مشمول ولایت نخواهند بود.^(۳) نسبت و اضافه حاصل از رضاع تنها موجب حرمت نکاح می شود^(۴) و دیگر آثار نسب شرعی را نخواهد داشت.^(۵) بنابراین باید پدر را شخصی دانست که نسب طفل به صورت شرعی به او رسیده است.^(۶)

۲- اهلیت

منطقی است که شرط حصول نمایندگی ولی قهری را برخوردار بودن از اهلیت عام بدانیم. بدین معنی که وی محجور نبوده و دارای سلامت اراده باشد. با آن که قانون مدنی و دیگر مقررات، به چنین شرطی اشاره نداشته اند، اما ماده ۱۱۸۵ آن قانون محجوریت ولی را سبب نصب قیم دانسته است و بدین سان معلوم می گردد. که در صورت فقدان اهلیت ولی قهری، وی سمت ولایت را نخواهد یافت. فقهای امامیه کمتر به این شرط

→ که اگر طفلی از یک زن شوهردار متولد شود، ملحق به شوهر است. در حقوق اسلام، مطابق حدیث نبوی (ص) الولد للفراش و للعاهر الحجر، کودک متولد شده در زمان زوجیت را به پدر ملحق نموده و جز از راه لعان، خلاف آن اثبات نمی شود. در هر حال، فراش اماره ای است که می توان خلاف آن را اثبات کرد و چنانچه قطع یافتیم که فرزند متعلق به صاحب فراش نیست، مجالی برای اجرای این قاعده نخواهد بود و این نظری است که در فقه پذیرفته شده است (موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۶).

۱- امامی، سیدحسن، همان، همان صفحه.

۲- موسوی بجنوردی، میرزا حسن، قواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۲۱ به بعد.

۳- پیشین، ص ۳۱. نسب حاصل از ولادت، حقیقت و در نسب ناشی از رضاع مجاز است - آل بحر العلوم، سیدمحمد، همان.

۴- یعنی براساس خبر مشهور (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب) - حرعاملی. وسایل ج ۴، باب ۶ از ابواب رضاع ص ۲۸۰).

۵- برای مطالعه قاعده رضاع رک به: محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران، سمت، ۱۳۷۴، ص ۱۷۵ به بعد.

۶- بحرانی، یوسف، حدائق الناضره، ج ۳، ص ۲۷۴.

اشاره داشته‌اند لیکن در بیان شرایط وصی از لزوم این شرط یاد کرده‌اند^(۱)، لذا با توجه به این که ولی قهری نیز همسان وصی بوده و ولایت و وصایت شباهت تامی به یکدیگر دارند، معلوم می‌شود که محجوریت ولی قهری، موجب حرمان او از تصدی این سمت خواهد بود.

در فقه عامه نیز اهلیت ولی یکی از شرایط تحقق نمایندگی قهری است^(۲)، اما مالکیه رشد ولی را شرط نمی‌دانند.^(۳) فقهای عامه اغلب نظر مشهور را پذیرفته‌اند^(۴) و نویسندگان حقوقی در کشورهای اسلامی به لزوم چنین شرطی اذعان دارند.^(۵) قوانین کشورهای اسلامی نیز چنین شرطی را در خود جای داده‌اند.^(۶)

۳- عدالت

قانون مدنی در خصوص چنین شرطی ساکت است.^(۷) اما ولایت امر خطیری است و فقدان عنصر عدالت در ولی قهری به منافع طفل لطمه خواهد زد. از آنجا که میان فقها در شرط بودن عدالت برای ولی قهری یا عدم آن، اختلاف شدیدی وجود دارد، میانی نظر هریک را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱- موسوی بجنوردی، میرزا حسن. قواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۷۳-مغنیه. محمدجواد، همان، ص ۳۵۷: انفقوا علی ان الولی و الوصی یشترط فیہ بلوغ و الرشید.
 ۲- الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ص ۳۵۴. حیدر، علی، درالحکام، ص ۶۲۵.
 ۳- ابن رشد، محمد بن احمد، بدایه المجتهد، ج ۲، ص ۱۲: قولی از مالک که رشد را شرط می‌داند نیز وجود دارد.

۴- پیشین

۵- بهنسی، احمد، ص ۱۸۰-محمضانی، صبحی رجب، ص ۹۰-خلاف، عبدالوهاب، ص ۲۲۲-الدجوی، محمد، همان، ص ۲۴۵-کمال حمدی، محمد، همان، ص ۳۴-شلیبی، محمد مصطفی، همان ص ۷۸۷: ولی باید دارای اهلیت کامل باشد، چون کسی که اهلیت ناقص دارد و برمال خویش ولایت ندارد، نمی‌تواند ولی دیگران شود. در حقوق ایران، نویسندگان بدون هیچ گونه اظهار نظری از کنار موضوع گذشته‌اند. رک: کاتوزیان، ناصر. حقوق خانواده، ج ۲، مبحث ولایت قهری - امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۵، ص ۲۲۰ به بعد- صفایی و امامی، سیدحسین و اسدالله، حقوق خانواده، ج ۲، مبحث دوم: ولایت قهری.
 ۶- قانون مدنی سودان ماده ۲۳۶-دائرة التشریح التونسي ماده ۱۶۸.
 ۷- با وجود این، برخی از نویسندگان حقوق مدنی به عدم لزوم شرط مذکور در ولی قهری اشاره کرده و حتی با وجود فسق وی، ولایت او را صحیح دانسته‌اند. حائری شاهباغ، سیدعلی، همان، ج ۲، ص ۱۰۴۴.

۱- بیشتر فقها، قایل به شرط عادل بودن ولی قهری نیستند^(۱) و در این مورد ادعای اجماع نیز شده است.^(۲) دلایلی را که به چنین نظری انجامیده است، می‌توان به شرح ذیل خلاصه نمود:

اول - اطلاق روایات: پاره‌ای از روایات، ولایت پدر و جد پدری را، ولو با وجود فقدان ملکه عدالت، مورد پذیرش قرار داده‌اند. چنانچه پیامبر اکرم (ص) در مورد پدری که اموال فرزندش را تصاحب کرده و فرزند به استناد ظلم پدر دادخواهی کرده بود، فرمود: تو و مالت از آن پدرت می‌باشید.^(۳) سنگینی اطلاق روایات، چنان است که از آن به حجت قائمه‌ای یاد شده که جز با حجت شرعی، دست برداشتن از آن ممکن نبوده و دلیل عقلی نیز قابل تمسک نخواهد بود.^(۴)

دوم - اصل عدم: بعضی از فقیهان به استناد اصل عدم شرطیت عدالت در ولی قهری، با نظر مشهور همراهی کرده‌اند.^(۵) اما برخی از فقهای متأخر، موضوع را مجرای اصل عملی نیافته‌اند و به استناد اصل عدم ولایت، مقتضای اصل را اعتبار چنان شرطی دیده‌اند.^(۶) در برابر این ایراد، موافقین عدم شرطیت عدالت، مراد از اصل را، استصحاب عدم ردع این شرط از سوی شارع، بعد از قطعیت اعتبار آن در نزد عقلاء معرفی کرده‌اند.^(۷) بعضی نیز، که با جاری ساختن اصل عملی دیگر (استصحاب)، در چنین موضوعی مخالفت کرده‌اند، بر این باورند که اگر با توجه به معلوم بودن اجمالی

۱- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۲-انصاری، مرتضی، مکاسب، ص ۱۵۲-الموسوی الخویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۵، ص ۱۴-الموسوی الخمینی، امام روح الله، البیع، ج ۲، ص ۴۴۶ و تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۳-موسوی بجنوردی، میرزا حسن، همان، ص ۲۷۶-مکارم شیرازی، ناصر، همان، ص ۴۳۴ به بعد - روحانی، سیدصادق، همان، ص ۱۷ ص ۱۰۲ به بعد.

۲- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره در دو جلد با چاپ سنگی، ص ۷۳.

۳- حر عاملی، محمدبن حسن، همان.

۴-الموسوی الخمینی، آیت الله سید روح الله، البیع، ج ۲، ص ۴۴۵.

۵- نجفی، شیخ محمدحسن، همان، ص ۱۰۳-انصاری، شیخ مرتضی، همان.

۶-الموسوی الخویی، سیدابوالقاسم، همان - مکارم شیرازی، ناصر، پیشین، ص ۴۳۴.

۷- حسینی الروحانی، سیدصادق، همان، ص ۱۰۳: مراده بالاصل، استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء و عدم ثبوت ردع من الشارع الاقدس عنه.

ولایت پدر و جد پدری و تردید در شرط بودن عدالت، عدم تعلق قید مزبور استصحاب شود، در واقع از اصل مثبت^(۱) کمک گرفته شده است.^(۲)

سوم- دعوی اجماع: دعوی اجماعی که از سوی برخی فقها شده است^(۳)، به دلیل قول مخالفی که در این زمینه وجود دارد، ثابت نیست.

چهارم - عقل: چنانچه عدالت، شرط تحقق نمایندگی قانونی باشد، اعمال ولایت با مانع روبه‌رو خواهد بود.^(۴) چرا که عدالت، وسیله حفظ اموال صغیر و رعایت غبطه اوست و خود فی نفسه، مقصود نمی‌باشد و اگر قرار باشد، چنین شرطی، خود سبب ضرر و زیان گردد، وجود آن معقول نخواهد بود. چه بسا پدر فاسقی، با آگاهی از عدم صلاحیت خود و قبل از دخالت مقامهای عمومی، مال طفل را ضایع سازد. همچنین این موضوع باعث می‌شود، قسمت مهمی از بیت المال، صرف پرداخت اجرت به کسانی گردد که به جای ولی قهری، عهده دار امور صغیر می‌شوند.^(۵)

در مقابل موافقین شرطیت، استدلال می‌کنند که حکمت خداوند باری، امین قرار دادن فاسق را بر نمی‌تابد، وانگهی، در آیاتی از کلام خداوند، اتکای به ظالم^(۶) و قبول اخبار فاسق نهی شده است.^(۷)

به این محاجه پاسخ داده‌اند که چه بسا، فاسق از لحاظ رعایت اموال و حفظ آن، امین

۱- اصل چیزی است که بدون ملاحظه کشف از واقع و صرفاً برای تعیین تکلیف در موقع شک و تردید حجت شناخته شده باشد، اعم از این که مثبت حکم یا موضوع باشد. اما اصل نمی‌تواند مثبت آثار و لوازم عقلی احکام یا موضوعاتی که ثابت کرده است باشد. برای مثال هرگاه در وجود غائب مفقودالثر شک و تردید باشد و وجود او را برای اثبات بقای زوجیت همسر او استصحاب کنند و زن او با مرد دیگری رابطه نامشروع برقرار سازد، نمی‌توان یا توسل به اصل استصحاب این عمل را رابطه داشتن با زن شوهردار تلقی کرد رک: محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۲۷۴.

۲- مکارم شیرازی، ناصر، همان، ص ۴۳۴.

۳- نجفی، محمدحسن، همان - انصاری، مرتضی، همان.

۴- مغنیه، محمدجواد، همان، ص ۳۵۸.

۵- الموسوی الخمینی، روح الله، همان، ص ۴۴۷.

۶- ولاترکنوا الی الذین ظلموا فتمسکم النار- هود- ۸۲۲: و شما مؤمنان هرگز نباید به ظالمان تمایل پیدا

کنید.

۷- ان جانکم فاسق نبیا، فتنیوا- حجرات - ۷: اگر فاسق خبری برای شما آورد، تحقیق کنید.

باشد، چنان که این امر در مورد رفتار پدران، نسبت به اموال فرزندانشان مشاهده می‌شود.^(۱) افزون بر این، متعلق نهی، تمایل بندگان به ظالمین است و اگر خداوند با جعل سمت ولایت، چنین خواسته‌ای داشته باشد، قیاس صحیح نخواهد بود.^(۲) بر همین روال، مدلول آیه کریمه نباء نیز شامل مورد نمی‌شود، چرا که اعمال فاسقین برخلاف اقوالشان. حمل بر صحت می‌شود، چنان که قاعده ید در مورد اموال در اختیار ایشان، اعمال می‌گردد.^(۳)

بر تمامی استدلالهایی که شد، دشواری اثبات عدالت ولی قهری را اضافه می‌نماییم. بدین معنی که اصولاً اثبات عدالت با بیّنه شرعی و طرق دیگر، کاری بس سخت است^(۴) و از این رو، شرط عدالت موجب عسر و حرج در روابط اجتماعی می‌شود. تعداد کم شماری از فقها، شرط عدالت را در نمایندگی قانونی ولی لازم یافته^(۵) و برخی دیگر در این مسأله متوقف شده‌اند.^(۶)

دیدگاه فقه عامه، به دلیل نزدیکی میان پدر و فرزند، عدالت ظاهری ولی قهری را کافی دانسته و نیازی به وجود عدالت واقعی در وی نمی‌بیند^(۷). پس، اگر ولی قهری تظاهر به فسق کند، فاقد ولایت خواهد بود.^(۸) عادل کسی است که گناه کبیره را مرتکب نمی‌گردد و اصرار بر معصیت صغیره ندارد.^(۹) این نظری است که فقهای امامیه مورد

- ۱- موسوی بجنوردی، میرزاحسن، همان، ص ۲۷۴- مکارم شیرازی، ناصر، همان، ص ۲۳۵- حسینی الروحانی، سیدصادق، همان ص ۱۰۲.
- ۲- موسوی خمینی، امام روح الله، همان، ص ۴۵۰- حسینی روحانی، سیدصادق، همان، ص ۱۰۳، انصاری، مرتضی، همان: دلالت آیه در این مورد ضعیف است- مکارم شیرازی، ناصر، همان.
- ۳- موسوی خمینی، روح الله، همان، ص ۴۵۲- مکارم شیرازی، ناصر، همان.
- ۴- موسوی خمینی، روح الله، همان، ص ۲۴۸.
- ۵- مرحوم علامه در وسیله چنین نظری داده است. رک: جواهر الکلام ج ۲۶، ص ۱۰۴.
- ۶- صاحب جواهر این نظر را به فاضل (مقداد) نسبت داده است. همان.
- ۷- الجزیری، عبدالرحمن، همان، ص ۳۵۷- الرملی، شمس الدین، نهایه المحتاج، ص ۳۶۲- ابن حجر مکی هیثمی، الفتاوی الکبری القومیه، ص ۳، ص ۳۷- شربینی، محمدخطیب، مفنی المحتاج، ص ۱۷۳- ابنی قدامه، المغنی، ص ۵۶۳ شرط ثبوت ولایت برمال، عدالت است و خلافتی در این مسأله نیست.
- ۸- الجزیری، عبدالرحمن، همان، ص ۳۵۶: این نظر شافعی است.
- ۹- الموسوی الخمینی، سید روح الله، تحریرالوسیله، جلد اول، کتاب اصلا، ص ۲۴۹.

پذیرش قرار داده‌اند و در فقه عامه تعبیرات دیگری شده است. برخی از شافعیه نیز عدالت را عبارت از دوری جستن از گناهان کبیره و اصرار نورزیدن بر صغیره دانسته‌اند.^(۱) ابوحنفیه، امام حنفیان، معتقد بود که اگر فردی ظاهر اسلامی داشت و از او گناهی عیان نگردید، عادل است.^(۲)

در حقوق موضوعه ایران، چنین شرطی لحاظ نگردیده و از این رو اعمال اصل عدم و مراجعه به نظرات فقهی (اصل ۱۶۷ قانون اساسی)، فقدان عدالت ولی قهری را از موجبات عدم تحقق ولایت قرار نمی‌دهد. علاوه بر عدالت، پاره‌ای دیگر از شرایط، همچون توانایی^(۳)، حسن سابقه^(۴)، و امانتداری^(۵) نیز به عنوان شرط ولایت، ذکر شده است.

۴- مسلمان بودن: چنانچه طفل مسلمان باشد، لزوماً ولی او نیز باید اهل اسلام باشد، زیرا ولی قهری اموال طفل را در اختیار دارد و بر آن مسلط است و خداوند اقتدار کافران بر مسلمانان را نفی و از رها کردن مؤمنان و دوستی با مشرکین نهی کرده است.^(۶) به اجماع فقهای امامیه، وصی باید مسلمان باشد،^(۷) پس اگر برای طفل مسلمان، وصی کافر تعیین شود، مشمول نهی آیه کریمه «رکون به ظالمین» قرار می‌گیرد و چون نهی در این مورد، دلالت بر فساد دارد^(۸) و ولایت کافر بر اموال و نفوس مسلمان در نزد

۱- شیخ الاسلامی، اسعد احوال شخصیه، در مذاهب چهارگانه اهل سنت، ج ۱، ص ۱۸۱.

۲- ابن رشد، محمد بن احمد، بدایه المجتهد، ج ۲، ص ۴۶۱.

۳- پیامبر(ص) به ابوذر فرمود: تو را ضعیف می‌بینم و تو را دوست دارم، آن چنان که خود را دوست دارم، پس وصایت بر مال یتیم را نپذیر. (سابق، سید، فقه السنه. ص ۵۸۰)

۴- محمضانی، صبحی، همان، ص ۱۲۱.

۵- ماده ۲۱۱ قانون احوال شخصیه کویت: شرط است در ولی که امین بر قاصر باشد یا قادر به تدبیر شوون

باشد. ماده ۲۳۶ قانون مدنی سودان نیز همین معنا را دارد.

۶- قرآن کریم: ولن یجعل الله للکافرین علی المسلمین سیلاً، آل عمران، ۲۸.

۷- موسوی بجنوردی، میرزا حسن، همان، ص ۲۷۳- مغنیه، محمدجواد، همان، ص ۳۵۷.

۸- برای شناخت قاعده دلالت نهی بر فساد یا عدم آن، رک: محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ش ۷۲، ص ۶۴ به بعد.

شارع غیر قابل پذیرش است، لذا وصی می باید مسلمان باشد.^(۱)

قانون مدنی در ماده ۱۱۹۲ مقرر داشته است: «ولی مسلم نمی تواند برای مولی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند.» پس به قیاس اولویت می توان، چنین شرطی را در ولی نیز لحاظ کرد.^(۲) بنابراین، اگر مادر صغار اسلام آورده و پدر بر دین خود باقی بماند، فرزندان به تبعیت از مادر، مسلمان می شوند و لذا پدر ولایتی بر آنها نخواهد داشت،^(۳) همچنین است اگر پدر اسلام آورده و جد پدری بر کفر باقی بماند.

در فقه جمهور، مسلمان بودن ولی قهری یکی از شرایط احراز نمایندگی طفل است^(۴)، و در حقوق بعضی از کشورهای اسلامی نیز این موضوع، تحت عنوان اتحاد در دین به رسمیت شناخته شده است.^(۵) بنابراین، اگر طفل مسلمان باشد، ولی وی لزوماً باید همکیش فرزندش باشد، اما برای طفل کافر، ولی کافر کافی است.^(۶) در مورد ولایت قاضی، چون در بیشتر کشورهای اسلامی، اسلام شرط قضا نمی باشد^(۷) لذا اتحاد مذهب قاضی و طفل استثناء شده است، زیرا، ولایت قاضی، ولایت عامی است که از سوی نظام حکومتی به او تفویض شده و شامل مسلمان و غیر مسلمان می باشد.^(۸) در ایران، پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون شرایط انتخاب قضات

۱- موسوی بجنوردی، میرزا حسن، پیشین - مغنیه، محمد جواد، پیشین.

۲- ماده ۲۷ قانون شماره ۱۱۹ سال ۱۹۵۲ مصر چنین شرطی را برای وصی پیش بینی کرده و نویسندگان حقوقی آن کشور، آن را به ولی نیز تسری داده اند (شلیبی، مصطفی، پیشین).

۳- ابن رشد، محمد بن احمد، بدایه المجتهد، ج ۲، همان.

۴- ماده ۲۱۱ قانون احوال شخصیه کویت.

۵- در فقه عامه: الرملی، شمس الدین محمد، نهایه المحتاج، ص ۳۶۱: ولا یعتبر اسلامهما مالم یکن الولد مسلماً اذا الکافر یلی ولده الکافر حیث کان عدلاً فی دینه - الجزیری، عبدالرحمان، الفقه علی المذاهب الاربعه، ص ۳۵۷ - نویسندگان حقوقی کشور لبنان: محمصانی، صبحی، همان، ص ۹۰ - در مصر: خلاف، عبدالوهاب، همان، ص ۲۲۲ - بهنسی، احمد فتحی، همان، ص ۱۸۰.

۶- شلیبی، مصطفی، همان جا.

۷- عبدالحمید، محمد محی الدین، همان، ص ۴۳۴ - کمال حمدی، همان، ص ۳۵ - رجب محمصانی، صبحی، همان، ص ۸۱ - خلاف، عبدالوهاب، همان، ص ۲۲۲. اما در مقررات موضوعه ایران، ایمان یکی از شرایط انتخاب قاضی دادگستری است (قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۴ اردیبهشت ۱۳۶۱ در روزنامه رسمی شماره ۱۰۸۵۵ مورخه ۶۱/۲/۱۲ صفحه ۷، مجموعه سال ۱۳۶۱).

۸- شلیبی، مصطفی، همان.

دادگستری مصوب ۱۳۶۱، ایمان یکی از شرایط تصدی قضا است (بندیک ماده واحده). از این رو دادرس دادگاهها لزوماً مسلمان بوده و ایرادی از این نظر ملاحظه نمی‌شود.



حکایت

به معروف کرخی یکی داد پند که با رشته انبان جو را ببند
 که حالی برآیند موران ز خاک نمایند انبانت از دانه پاک
 برآشفت معروف فرخنده خوی که این گونه ناسخته دیگر مگوی
 —پرور ضعیفان رنجور را چه بندی ره روزی مور را
 جسوانمردی آموز ای تنگدل جفا بر ضعیفان کند سنگدل
 ندانی به این حرص و بخل قوی که فردا تو خود رزق موران شوی
 مکن نخل انصاف از بیخ و بن
 اگر خدمتی می‌توانی بکن

«حزین لاهیجی متوفی ۱۱۸۰ هـ.ق»