

ولایت قهری در حقوق ایران و حقوق تطبیقی

مقدمه :

ولایت (به فتح و کسر واو) در لغت به معنی حکومت کردن، تسلط پیدا کردن، دوست داشتن، یاری دادن، دست یافتن و تصرف کردن آمده است. قهری در لغت به معنی جبری و اضطراری است. در اصطلاح حقوق مدنی، ولایت قدرت و اختیاری است که برابر قانون به یک شخص صلاحیتدار برای اداره امور محجور و اگذار شده است. این ولایت دارای اقسامی است: ممکن است به حکم مستقیم قانون به شخصی داده شده یا به موجب وصایت و اگذار گردیده و یا به حکم دادگاه برقرار شده باشد. ولایتی که به حکم مستقیم قانون و اگذار شده باشد اصطلاحاً ولایت قهری نامیده می شود که قانون مدنی در مواد ۱۸۰ تا ۱۱۹۴ از آن سخن گفته است. وظیفه و سمت وصی که از جانب پدر یا جد پدری برای سرپرستی محجور تعیین شده باشد (ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی) نیز یک نوع ولایت است که غیر از ولایت قهری است، هر چند که مشمول عنوان ولایت خاص می باشد.

چه اصطلاح ولی خاص، برابر ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی، شامل ولی قهری و وصی منصوب از جانب پدر یا جد پدری است. هر گاه محجور ولی خاص نداشته و ولایت از طرف دادگاه به شخصی و اگذار شده باشد، این ولایت را قیومت گویند که دارای احکام ویژه

ای است . گاهی نیز شخصی که بوسیله دادگاه برای اداره محجور تعیین شده است امین نامیده می شود (ماده ۱۱۸۷ قانون مدنی و ماده ۱۵ قانون جدید حمایت خانواده) .

بنابراین ، ولی قهری شخصی است که به حکم قانون تعیین می شود و سمت خود را مستقیماً از قانون می گیرد و ولایت او یک وظیفه خانوادگی و اجتماعی و به تعبیر دیگر ، اجباری است نه اختیاری و شاید به همین جهت آنرا قهری نامیده اند . حتی بعضی از حقوقدانان ولایت قهری را به ولایت اجباری تعریف کرده اند .

در فقه امامیه ، تا آنجا که مابرسی کردیم ، اصطلاح ولایت قهری بکار نرفته و بنظر می رسد که قانون مدنی نخستین بار آنرا استعمال کرده است . معهدنا فقهاء از انواع ولایت از جمله ولایت پدر و جد پدری - ولایت وصی ، ولایت حاکم ، ولایت عدول مؤمنین ، به تفصیل سخن گفته اند و گاهی تصریح کرده اند که ولایت پدر و جد پدری ولایت اجباری است .

ولایت قهری به مفهومی که گفته شد در همه کشورها وجود دارد و به تعبیر روشن تر ، در همه کشورها شخص یا اشخاصی که به صغیر نزدیک هستند و به او دلبستگی و مهر فطری دارند برای سرپرستی و اداره امور صغیر به حکم مستقیم قانون تعیین شده اند ، چه طبیعت و فطرت آدمی و مصلحت طفل و جامعه اقتضاء می کند که سرپرستی صغیر و اداره امور او حتی الامکان به پدر و اشخاص دیگری که قرابت نزدیک با او دارند و به سرنوشت و

خوشبختی او علاقمند هستند و گذار گردد. پس نهاد ولایت قهری یک نهاد حقوقی است که از طبیعت بشر و مقتضیات زندگی خانوادگی و اجتماعی سرچشمه می گیرد و از این لحاظ در همه کشورها پذیرفته شده است، اگر چه در تعیین اشخاصی که عهده دار این قسمت هستند و چگونگی اعمال آن، قوانین یکسان نمی باشند.

اکنون که مفهوم ولایت قهری روشن شد، به بحث درباره ولایت قهری در حقوق ایران و حقوق تطبیقی می پردازیم. البته بحث از کلیه مسائل مربوط به ولایت قهری در این مقاله مورد نظر نیست بلکه فقط به بررسی قواعد تازه ای که قانون حمایت خانواده در این زمینه مقرر کرده و مسائلی که ماده ۱۵ قانون مذکور پدید آورده و تحولی که حقوق ایران در این خصوص داشته و مقایسه آن با حقوق چند کشور دیگر اکتفا می کنیم.

بخش اول - تحول حقوق ایران در زمینه ولایت قهری و بررسی ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده.

قانون مدنی در ولایت قهری قواعد فقه امامیه را اقتباس و تدوین کرده و ۱۵ ماده (مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴) به موضوع ولایت قهری پدر و جد پدری اختصاص داده است ولی قانون جدید حمایت خانواده مصوب ۵۳/۱۱/۱۵ قواعد تازه ای در این باب آورده و تحولی چشمگیر ایجاد کرده است.

ماده ۱۵ قانون اخیر درباره ولایت پدر و جد پدری و مادر چنین مقرر داشته است: « طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر خود می باشد. در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت او در اداره امور صغیر، یا فوت پدر، به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، حق ولایت به هریک از جد پدری یا مادر تعلق می گیرد، مگر اینکه عدم صلاحیت آنان احراز شود که در اینصورت حسب مقررات اقدام به نصب قیم یا ضم امین خواهد شد. دادگاه، در صورت اقتضا، اداره امور صغیر را از طرف جد پدری یا مادر تحت نظارت دادستان قرار خواهد داد. در صورتی که مادر شوهر اختیار کند حق ولایت او ساقط خواهد شد. در این صورت اگر صغیر جد پدری نداشته، یا جد پدری صالح برای اداره امور صغیر نباشد، دادگاه به پیشنهاد دادستان، حسب مورد، مادر صغیر یا شخص صالح دیگری را بعنوان امین یا قیم تعیین خواهد کرد. امین به تشخیص دادگاه مستقلاً یا تحت نظر دادستان امور صغیر را اداره خواهد کرد.»

اینک قواعد جدید مندرج در این ماده و مشکلات ناشی از آن و تحول حقوق ایران در مورد ولایت قهری را در چند قسمت بررسی می نمائیم:

الف - ولایت پدر و جد پدری

در فقه امامیه و قانون مدنی، ولایت قهری بر صغیر و مجنون و سفیهی که جنون و سفه او متصل به زمان کودکی باشد فقط برای پدر و جد پدری شناخته شده است. ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی در این باره می گوید: « طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می باشد. و همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون، در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد.» در فقه امامیه در مورد ولایت پدر و جد پدری نسبت به طفل و مجنونی که جنون او متصل به زمان کودکی باشد نفی خلاف و حتی ادعای اجماع شده است و مستند آن روایت و اخبار است. اما در مورد سفیهی که عدم رشد او متصل به زمان کودکی باشد، در فقه امامیه اختلاف نظر دیده می شود. بعضی گفته اند ولایت در این مورد از آن حاکم است و برخی اظهار عقیده کرده اند که ولایت کماکان برای پدر و جد پدری است. دلیل نظریه دوم استصحاب و پاره ای روایات و اخبار است.

این راه حل که مورد قبول قانون مدنی واقع شده با مصلحت طفل و خانواده هم سازگار است. وقتی که پدر و جد پدری شایستگی سرپرستی سفیه و اداره امور او را داشته باشند، نباید به علت رسیدن سفیه به سن کبر، ولایت به شخص دیگری واگذار شود و بدین ترتیب، بدون هیچ دلیل موجه، دگرگونی در وضع محجور پدید آید. ثبات و عدم تغییر وضع حقوقی محجور، مادام که حجر او باقی است، اصولاً مطلوب و به مصلحت محجور و خانواده است.

به هر حال ، ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی از فقه امامیه گرفته شده و آنرا با سنت خانواده پدر سالاری می توان توجیه کرد. در خانواده پدر سالاری که از قرنها پیش در ایران وجود داشته است ، پدر و جد پدری بزرگ خانواده و دارای اختیارات گسترده نسبت به اعضای آن بوده اند و از اینرو قانون مدنی ولایت قهری را به آنان اختصاص داده و آنان را مکلف به سرپرستی و اداره امور اولاد محجور خود دانسته و هیچ شخص دیگر ، حتی مادر را ولی قهری نشناخته بود .

لازم به یادآوری است که کلمات « طفل غیر رشید » در ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی نادرست بنظر می رسد و می بایست « شخص غیر رشید » یا « غیر رشید » بکار رفته باشد ، زیرا چنانچه از جمله آخر ماده بر می آید ، مقصود سفیهی است که به سن ۱۸ سال تمام رسیده و عدم رشد او متصل به زمان کودکی باشد ، و چنین شخصی دیگر طفل و صغیر بشمار نمی آید و نباید کلمه طفل درباره او استعمال شود . همچنین در صدد ماده یکی از دو کلمه « طفل صغیر » حشو و زائد بنظر می رسد .

نکته دیگری که یادآوری آن بجاست این است که قانون مدنی ، به پیروی از فقه امامیه ، جد پدری را از لحاظ ولایت همطراز پدر قرار داده است. طبق نظام قانون مدنی ، هریک از آنان می توانند به استقلال ، امور محجور را اداره کنند و اعمالی به نمایندگی از او انجام دهد و هیچ یک را بر دیگری حق تقدم نیست ؛ تصرفات هریک از آنان ، در صورتی که به مصلحت صغیر باشد ، نافذ است و نیازی به اذن دیگری ندارد .

از آنچه گفتیم آشکار شد که قانون مدنی فقط پدر و جد پدری را ولی قهری شناخته و آنان را در عرض یکدیگر قرار داده است. حال بینیم قانون حمایت خانواده چه تحولی در این خصوص ایجاد کرده است.

شک نیست که پدر امروزه کماکان ولی قهری بشمار می آید و حتی برابر قانون حمایت خانواده در صورتی که پدر در قید حیات بوده و اهلیت و شایستگی و توانائی اداره امور صغیر را داشته باشد، ولی قهری منحصر بشمار می آید و جد پدری یا مادر سمتی به عنوان ولی نخواهد داشت. در این صورت، اداره اموال محجور و سایر اموری که از وظائف ولی قهری است منحصراً به عهده پدر خواهد بود. جد پدری از لحاظ ولایت در درجه دوم و بعد از پدر در ردیف مادر قرار می گیرد. این مطلبی است که از بند اول ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده استنباط می شود.

نکته قابل بحث اینست که آیا ولایت جد پدری امروزه نیز مانند گذشته ولایت قهری است یا نوعی دیگر ولایت است که قانون حمایت خانواده تأسیس کرده است.

بعضی از حقوقدانان برآند ولایت جد پدری برابر قانون حمایت خانواده که مؤخر از قانون مدنی است ولایت قهری نیست زیرا ولایت قهری ولایتی است که به حکم مستقیم قانون و بدون دخالت یک مقام رسمی به کسی تفویض شده باشد، حال آنکه واگذاری ولایت به جد پدری موکول به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان است. ولی

قبول این نظر دشوار است زیرا: اولاً ولایت قهری جد پدری به موجب هیچ نص قانونی نسخ نشده و فقط جد پدری از این لحاظ بعد از پدر و در درجه دوم قرار گرفته است.

ثانیاً از ظاهر قانون حمایت خانواده چنین بر می آید که همان ولایتی که برای پدر شناخته شده « در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت او در اداره امور صغیر یا فوت پدر ... به هریک از جد پدری یا مادر تعلق می گیرد ... ». در واقع بعد از پدر، یکی از مادر یا جد پدری ولی قهری شناخته شده است.

ثالثاً تقاضای دادستان و تصویب دادگاه که در این مورد در قانون پیش بینی شده منافاتی با

سمت ولایت قهری ندارد زیرا این سمت به حکم قانون به یکی از جد پدری و مادر اعطاء شده و تصویب دادگاه فقط از لحاظ احراز صلاحیت برای اداره امور محجور است و حکم دادگاه در این مورد یک حکم اعلامی خواهد بود نه تأسیسی. به تعبیر دیگر از آنجا که قانون، یکی از جد پدری و مادر را بطور نامعین بعد از پدر ولی قهری شناخته است، دادگاه به تقاضای دادستان باید پس از رسیدگی به صلاحیت جد پدری و مادر، سمت

ولایت را برای یکی از آنان تنفیذ نماید و در صورتی که دادگاه صلاحیت جد پدری را تأیید و سمت ولایت قهری را برای او تنفیذ نماید، این حکم نسبت به گذشته نیز تأثیر خواهد داشت و بدینسان اعمالی که جد پدری بعد از فوت یا حجر پدر به نمایندگی از محجور انجام داده است نافذ تلقی خواهد شد.

به بیان دیگر ، تصویب دادگاه در این مورد یک شرط متأخر است که نسبت به گذشته هم مؤثر خواهد بود ، همانطور که در مورد اجازه مالک در معامله فضولی گفته اند . بنابراین شرط تصویب دادگاه منافاتی با عنوان ولایت ندارد .

رابعاً می توان گفت : در صورت فوت یا ثبوت عدم شایستگی پدر ، ولایت قهری بالقوه به « هر یک از جد پدری و مادر » یعنی به هر دو ، به حکم مستقیم قانون تعلق می گیرد ، منتهی دادگاه به پیشنهاد دادستان یکی از آنان را برای اعمال ولایت تعیین می کند . و فقط این شخص است که ولایت بالفعل بر صغیر خواهد داشت . به عبارت روشنتر ، داشتن حق

و تکلیف ولایت با اعمال آن متفاوت است . ممکن است کسی دارای این سمت بوده ولی حق اعمال آن را نداشته باشد . دارا شدن حق یک مرحله از وجود آن و اعمال و اجرای حق مرحله ای دیگر است . پس هرگاه دادگاه فی المثل جد پدری را شایسته تر و مناسب تر تشخیص داده ، اعمال ولایت را به او واگذار کند ، بدون اینکه عدم صلاحیت مادر را اعلام کرده باشد ، می توان گفت مادر نیز دارای سمت ولایت است ولی حق اعمال آن

ندارد و از این رو می گوئیم : ولایت او بالقوه است نه بالفعل . حال اگر پس از مدتی به علت فوت یا احراز عدم صلاحیت جد پدری ، اداره امور طفل به مادر به عنوان ولی واگذار گردد ، ولایت او فعلیت پیدا می کند و اعمال ولایت نیز برعهده اش خواهد بود .

خامساً ، ضم امین که در ماده ۱۵ برای موردی که عدم صلاحیت جد پدری و مادر احراز شود پیش بینی گردیده ، حاکی از این است که قانونگذار جدید به همان ولایت قهری

مذکور در قانون مدنی نظر داشته است زیرا ضم امین در قانون مدنی در مورد ولایت قهری مقرر شده است .

سادساً ، از آنجا که وظائف و اختیارات جد پدری (یا مادر) در صورتی که ولی شناخته شوند ، بنابر آنچه از قانون حمایت خانواده بر می آید ، اصولاً همان وظائف و اختیارات پدر است ، پس ولایتی که به جد پدری (یا مادر) تعلق می گیرد باید از نوع ولایت پدر یعنی همان ولایت قهری باشد .

سؤال دیگری که در اینجا مطرح می شود این است که آیا در مورد مجنون یا سفیهی که جنون یا عدم رشد او متصل به زمان کودکی است نیز ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده لازم الرعایه است یا نه . چون ماده ۱۵ فقط از طفل صغیر سخن گفته است ممکن است اظهار نظر شود که در مورد مجنون یا سفیهی که جنون یا عدم رشد او متصل به زمان کودکی است مقررات قانون مدنی کماکان به قوت و اعتبار خود باقی است . یعنی ولایت قهری بر آنها به عهده پدر و جد پدری خواهد بود و آنان در این مورد در عرض یکدیگر خواهند بود و مادر نسبت به این محجورین ولایتی نخواهد داشت . ولی این نظر قابل ایراد است زیرا :

اولاً منطقی نیست که جد پدری (یا مادر) در مورد صغیر ، فقط در صورت فوت یا حجر یا عدم لیاقت یا قدرت پدر ولایت داشته باشد ، لیکن در مورد مجنون یا سفیهی که جنون

یا عدم رشد او متصل به زمان کودکی است جد پدری ولایتی همطراز ولایت پدر داشته و مادر هم اصلاً ولایتی نداشته باشد .

وحدت ملاک اقتضا می کند که جد پدری و مادر نسبت به مجنون یا سفیهی که جنون یا

عدم رشد او متصل به صغر است ولایتی همانند ولایت بر صغیر داشته باشند . به تعبیر دیگر

، خصوصیتی در ولایت در صغر نیست و مجنون یا سفیهی که جنون یا عدم رشد او متصل

به صغر است در حقوق ما از لحاظ ولایت در حکم صغیر است و همان فلسفه ای که

اقتضا می کند که ولایت بر صغر بعد از پدر به عهده جد پدری یا مادر باشد، مقتضی آن

است که ولایت بر مجنون یا سفیه یاد شده نیز در صورت فوت یا حجر یا عدم لیاقت یا

عدم قدرت پدر، به جد پدری یا مادر واگذار شود .

ثانیاً، مصلحت محجور و خانواده اقتضا می کند که حتی الامکان از تبدیل ولی و تغییر

وضع حقوقی محجور خودداری شود . اگر در دوران صغر ، ولایت با پدر یا جد پدری یا

مادر است مصلحت در آن است که بعد از رسیدن محجور به سن کبر، در صورتی که

حالت جنون یا سفه ادامه داشته باشد ، همان شخص ، بجز هنگامی که عدم صلاحیت او

احراز شود ، کماکان از محجور سرپرستی کند و امور را اداره نماید ، نه آنکه بدون دلیل

موجه ، ولایت بر او به عهده شخص دیگری واگذار گردد .

ب - ولایت مادر

قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه سمت ولایت قهری را به پدر و جد پدری اختصاص داده و برای مادر نشناخته است ، هر چند که اجازه داده است مادر به عنوان وصی یا قیم برای اداره امور محجور تعیین شود . راه حل فقه امامیه و قانون مدنی ، چنانکه پیش گفتیم ،

مبتنی بر نظام خانواده گسترده پدر سالاری است که از دیرباز در ایران معمول بوده است .

اگر در چنین خانواده ای ، مادر عنوان ولی قهری نداشته باشد ، این امر قابل درک است .

لیکن در عصر جدید با سست شدن بنیاد نظام خانواده پدر سالاری و رواج روز افزون خانواده هسته ای ، نظام قانون مدنی اشکالاتی پدید می آورد و مورد انتقاد بود . امروزه

جد پدری چه بسا با نوه خود در یک خانه و زیر یک سقف زندگی نمی کند و به اندازه

پدر یا مادر به سرنوشت او علاقه مند نیست ، تا بتواند با پدر در اداره امور محجور برابری

کند یا بعد از پدر ، ولایت منحصرأبه او تعلق داشته باشد . وانگهی 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 به جد پدری ، بویژه آنکه مادر دلسوزتر و

فداکارتر از هر شخص دیگری نسبت به فرزند خود است .

با توجه به نکات فوق ، قانونگذار جدید ، علاوه بر اینکه جد پدری را از لحاظ ولایت بعد

از پدر قرارداد و برابری او را با پدر لغو کرد ، به مادر نیز سمت ولایت اعطاء نمود و او را

در ردیف جد پدری قرار داد .

طبق ماده ۱۵ قانون جدید حمایت خانواده، در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت پدر «به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان حق ولایت به هریک از جد پدری یا مادر تعلق می گیرد ...».

حال می توان این سؤال را مطرح کرد که ولایتی که به مادر، به موجب قانون حمایت خانواده، اعطا شده چه نوع ولایتی است؟ آیا ولایت قهری است یا نوع دیگری از ولایت؟ بعضی از حقوقدانان مادر را ولی قهری شناخته اند، بدین استدلال که ولایت او منوط به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه است. شعبه ده دادگاه استان در یک رأی مورخ ۲۵۲۵/۸/۱۰ همین نظر را پذیرفته و اعلام کرده است که «ولایت مادر به فرزندش قهری نمی باشد».

ما نظیر این بحث را در مورد جد پدری مطرح و با توجه به دلائل متعدد، اظهار عقیده کردیم که ولایت جد پدری می تواند کماکان ولایت قهری باشد و لزوم حکم دادگاه در این خصوص، از آنجا که حکم جنبه اعلامی و تنفیذی دارد یا برای تعیین اعمال کننده ولایت است، نه دارنده سمت ولایت، با عنوان ولایت قهری منافات خواهد داشت. در مورد مادر نیز با همان دلائل می توان ولایت را قهری تلقی کرد. این نظر با ظاهر و روح قانون حمایت خانواده هم سازگارتر است، زیرا قانون مذکور ظاهراً همان ولایتی را که برای پدر شناخته بعد از پدر در درجه دوم، برای مادر یا جد پدری قائل شده و اختیارات مادر در صورتی که ولی شناخته شود، عیناً همان اختیارات پدر است. هدف قانونگذار در

واقع این بوده است که برای مادر ولایتی همانند ولایت پدر قائل شود ، نه نوع دیگری از ولایت ، هر چند که قانون جدید ، برخلاف حقوق بعضی از کشورها ، مادر را همپراز و در ردیف پدر قرار نداده و فقط در صورت فوت یا حجر یا عدم لیاقت یا قدرت پدر است که ممکن است مادر ولی قهری شناخته شود .

بنابراین ، تصمیم دادگاه در مورد ولایت مادر ، همانند ولایت جد پدری ، جنبه اعلامی خواهد داشت نه تأسیسی ، یعنی در واقع دادگاه احراز می کند که بعد از پدر ، ولایت قهری به مادر تعلق گرفته است و در صورتی که مادر قبل از صدور حکم دادگاه اعمالی به نمایندگی از صغیر انجام داده باشد ، این اعمال نافذ خواهد بود .

ممکن است گفته شود ولایت جد پدری غیر از ولایت مادر است ، زیرا قانون مدنی برای جد پدری ولایت قهری قائل شده و این ولایت با وضع قانون حمایت خانواده از میان نرفته و کماکان باقی است ، نهایت آنکه جد پدری در درجه دوم قرار گرفته است ، حال آنکه مادر هیچوقت دارای ولایت قهری نبوده است .

در پاسخ می توان گفت : درست است که قانون مدنی سمت ولایت قهری برای مادر نشناخته ولی قانون حمایت خانواده این سمت را به او اعطا کرده و او را در ردیف جد پدری قرار داده است . از نظر قانون اخیر ، تفاوتی بین جد پدری و مادری نیست و اگر جد

پدری را ولی قهری بدانیم، باید مادر را نیز از اولیاء قهری بشمار آوریم، مگر اینکه طبق نظر دادگاه صلاحیت احراز این سمت را نداشته باشد. بدین ترتیب قانونگذار جدید با شناختن ولایت قهری برای مادر تحولی بزرگ در زمینه حقوق خانواده پدید آورده است.

یکی از ثمرات قبول این نظر آن است که اگر صغیر، متضرر از جرم بوده و پدر نداشته یا پدر او محجور باشد و تعقیب جرم هم موقوف به شکایت متضرر از جرم نباشد تا بتوان طبق قانون راجع به تعیین قیم اتفاقی مصوب ۱۳۱۶ برای او قیم اتفاقی معین کرد، دادسرا می تواند گذشت جد پدری و مادر را حتی قبل از صدور حکم دادگاه در مورد ولایت آنان بپذیرد و به آن ترتیب اثر دهد. هرگاه هر دو متفقاً گذشت نمایند و سپس دادگاه یکی از آنان را به سمت ولی بشناسد، اخذ رضایت مجدد از ولی لازم نیست و هرگاه یکی از آن دو گذشت نموده باشد و بعداً همان شخص به عنوان ولی طفل مورد تأیید دادگاه قرار گیرد، عملی که قبلاً انجام داده است نافذ خواهد بود. البته هرگاه، چنانکه ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده پیش بینی کرده، دادگاه هیچیک از آنان را واجد صلاحیت نشناسد و شخص دیگری را به عنوان قیم منصوب نماید، شک نیست که گذشت جد پدری و مادر در این مورد منشاء اثر نخواهد بود.

بطور کلی اگر ولایت مادر را از مصادیق ولایت قهری بدانیم بناچار باید اعمالی را که مادر به نمایندگی از صغیر قبل از صدور حکم دادگاه در مورد ولایت او انجام داده است نافذ تلقی نمائیم و این ثمره مهمی است که از نظریه فوق می توان بدست آورد.

ج - تقدم مادر بر وصی پدر

هرگاه ولایت مادر را قهری تلقی کنیم، مادر بر وصی منصوب از جانب پدر مقدم خواهد شد. و این فایده دیگری است که بر بحث فوق مترتب است. دریک پرونده که در شعبه

۲۶ دادگاه شهرستان مطرح شده پدری بعد از فوت جد پدری، طبق قانون مدنی، شخصی

را بعنوان وصی بر صغیر تحت ولایت خود تعیین می کند. بعد از فوت موصی، مادر طفل

به استناد ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده عزل وصی و دادن ولایت طفل به خود را

درخواست می نماید. دادگاه شهرستان به موجب دادنامه شماره ۱۰۳ - ۲۵۳۵/۴/۱۴ حکم

به نفع خواهان داده چنین اظهار نظر می کند: « چون ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده در

مورد تعیین وصی برای صغیر مخصص مقررات قانون مدنی است، بنابراین وصی منصوب

از ناحیه پدر صغیر به اعتبار وصیت نامه نمی تواند سمت وصایت نسبت به صغیر داشته

باشد. لذا دعوای خواهان در خصوص اعلام عزل وصی صحیح بنظر می رسد.... لیکن

شعبه ده دادگاه استان رأی دادگاه شهرستان را فسخ کرده وصی پدر را بر مادر مقدم می

داند. دلیلی که این دادگاه در تأیید نظر خود آورده اینست که: حق وصیت کردن به

موجب قانون از پدر که کماکان ولی قهری است سلب نشده و ولایت مادر قهری نیست

تا بتوان او را مقدم بر وصی منصوب از جانب پدر تلقی کرد. به نظر دادگاه تنها در یک

مورد می توان پدر را در تعیین وصی برای فرزند منع کرد و آن موردی است که ولایت

مادر بر فرزندانش، مانند ولایت پدر، قهری باشد که در نتیجه به محض فوت پدر برابر

قانون ، سرپرستی فرزند به خودی خود و بدون انجام هیچگونه تشریفات قانونی به مادر داده شود . در حالی که فعلاً چنین نیست ، بلکه به موجب همان ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده ، مادر وقتی می تواند ولایت فرزند را به عهده بگیرد که دادستان تقاضا کرده و

دادگاه شهرستان با قید اینکه مادر شوهر اختیار نکرده به ولایت حکم کند . بالاخره دادگاه

استان در رأی خود چنین اعلام میدارد : « بنا به مراتب فوق چون ولایت مادر به فرزندش

قهری نمی باشد ، مورد منطبق با ماده ۱۱۸۹ قانون مدنی نبوده و نمی توان وصی را به لحاظ

اینکه مادر در قید حیات است منزل دانست . از این روی اعتراضات و کیل پژوهشخواه بر

رأی مورد پژوهش وارد بوده ، با فسخ آن باستناد ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی

حکم بررد درخواست پژوهشخواه صادر و اعلام می گردد . این رأی طبق ماده ۱۹ قانون

حمایت خانواده قطعی است . »

بنابر این ، مبنای رأی دادگاه استان در مورد یاد شده این بوده است که ولایت مادر قهری

نیست . پس اگر ولایت مادر را چنانکه گفتیم قهری تلقی کنیم ، اشکالی در تقدم مادر بر

وصی نخواهد بود ، زیرا پدر فقط در صورت نبودن ولی قهری دیگر می تواند برای

سرپرستی فرزند خود وصی معین کند (مستنبط از مواد ۱۱۸۸ و ۱۱۸۹ قانون مدنی) و در

صورت وجود مادر و صلاحیت او برای اداره امور محجور ، شك نیست که مادر بر وصی

منصوب از طرف پدر مقدم خواهد بود ، همانطوری که جد پدری را باید بر وصی مقدم

دانست .

ممکن است پدر، مادر را شایسته برای ولایت ندانسته و از اینرو وصی برای امور فرزند خود تعیین کرده باشد. ولی بعد از فوت پدر، مادر ادعا کند که صالح برای ولایت بر فرزند خود است. در این فرض، اگر دادگاه مادر را صالح تشخیص دهد حکم به انعزال وصی خواهد کرد و شک نیست که این حکم نیز اعلامی خواهد بود. یعنی دادگاه احراز و اعلام می کند که به علت صلاحیت مادر برای او احراز ولایت، وصی از آغاز هیچگونه ولایتی نسبت به محجور نداشته است.

با توجه به مراتب فوق، می توان گفت: ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده، همانطور که

دادگاه شهرستان اعلام کرده، مخصص ماده ۱۱۸۹ قانون مدنی است، زیرا اختیار پدر را

در مورد تعیین وصی به موردی محدود می کند که هیچ یک از جد پدری و مادر در قید

حیات نبوده یا صلاحیت ولایت را نداشته باشند. تقدم مادر بر وصی پدر با روح قانون

حمایت خانواده و مصلحت طفل هم سازگارتر است زیرا هدف قانونگذار، چنانکه از

اوضاع و احوال بر می آید، این بوده است که بعد از پدر، حتی الامکان مادر، در

صورتی که صلاحیت داشته و شوهر هم نکرده باشد، ولی و عهده دار امور صغیر باشد و

مقدم داشتن وصی بر مادر مخالف هدف قانونگذار است و انگهی شک نیست که مادر

شایسته، به علت عشق و فداکاری فطری او نسبت به فرزند خود، بهتر از هر شخص

دیگری می تواند از طفل سرپرستی کند و منافع مادی و معنوی او را حفظ نماید و از این

لحاظ نیز مادر باید بر وصی که چه بسا شخص خارج از خانواده و بیگانه با طفل و به هر حال ، فاقد مهر و محبتی همپایه مهر مادری است مقدم گردد .

اثر فوری ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده

نکته دیگری که در رأی دادگاه استان ذکر شده اینست که به فرض محال که حکم ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مخصص مقررات قانون مدنی باشد ، به موجب ماده ۴ قانون مدنی اثر قانون نسبت به زمان بعد از اجرای قانون است و قانون نسبت به زمان ما قبل خود اثر ندارد . این عبارت مسأله عدم تأثیر قانون نسبت به گذشته و اثر فوری قوانین را مطرح

می سازد که مسأله ای دقیق و قابل بحث است . برای روشن شدن بحث ناگزیر از ذکر مقدمه ای هستیم :

هرگاه قانون جدیدی به تصویب برسد ، همانطوری که علمای حقوق گفته اند ، این قانون اصولاً اثری فوری دارد ، یعنی نسبت به اموری که بعد از لازم الاجرا شدن قانون جدید روی میدهد ، این قانون باید اجرا گردد . ولی قانون مزبور نسبت به امور گذشته اجراء

نخواهد شد و این معنی قاعده عطف به ماسبق نشدن قانون یا عدم تأثیر آن نیست به گذشته است . معهداً مسائلی که در عمل پیش می آید که حل آنها دشوار است و به آسانی نمی توان گفت که مورد مشمول قانون قدیم یا قانون جدید است . در اینجا فروضی را می توان

مطرح کرد :

فرض اول :

یک موقعیت حقوقی مانند بیع یا ازدواج یا طلاق در زمان قانون قدیم و طبق آن پدید آمده است سپس قانون جدیدی شرایط ایجاد آنرا تغییر می دهد یا یکی از طرق پیدائی آن را حذف می کند . شک نیست که قانون جدید نسبت به موقعیتهای حقوقی که در گذشته طبق قانون قدیم ایجاد شده است ، اجرا نخواهد شد و موقعیتهای گذشته به قوت و اعتبار خود باقی خواهد بود . این یک اصل مسلم است که قرنهای پیش بوسیله ساوینی با عبارت زیر اعلام شده است : « قوانینی که بر ایجاد یک موقعیت حقوقی حکومت می کنند ، نمی توانند بدون عطف به ماسبق شدن ، به موقعیتهای حقوقی که در گذشته ایجاد شده اند لطمه زنند » . بنابراین یک موقعیت حقوقی را که صحیحاً به موجب قانون لازم الاجرای زمان خود پدید آمده است نمی توان برابر قانون بعدی نادرست تلقی کرد .

فرض دوم :

بعضی از شرایط و ارکان موقعیت حقوقی در زمان قانون قدیم تحقق یافته ولی قبل از اینکه موقعیت مزبور کامل شود قانون تغییر می کند ، چنانکه مرور زمانی در جریان است و پیش از آنکه مدت مرور زمان طبق قانون پیشین کامل شود ، قانون جدید آنرا افزایش می دهد ، مثلاً مدت بیست سال به سی سال افزایش می یابد ، یا شخصی طبق قانون قدیم نسبت به ثلث اموالش وصیت می کند ، ولی قبل از فوت موصی ، سهمی که شخص به موجب

وصیت می تواند تملیک کند ، برابر قانون جدید ، فرضاً به ربع تقلیل می یابد . در این موارد طبق اصل « اثر فوری قانون » قانون جدید بی درنگ قابل اجراست و در مثالهای فوق مدت جدید یا سهم تازه ای که قابل تصرف به موجب وصیت شناخته شده باید رعایت گردد.

فرض سوم:

موقعیتی در زمان حکومت قانون قدیم ایجاد شده ولی اثر گذاری آن ادامه دارد، و به

تعبیر دیگر، موقعیت حقوقی قدیم آثاری در زمان حکومت قانون جدید ببار می آورد،

چنانکه ازدواجی برابر قانون پیشین واقع شده و آثار آن مانند نفقه و حسن معاشرت و غیره

هنوز باقی است یا فرزند مشروعی بدنیا آمده و نسبی تحقق یافته که آثار آن مانند ولایت و

حضانت ادامه دارد، در این میان قانون تازه ای به تصویب می رسد که این آثار را تغییر می

دهد، مثلاً نفقه زوجیت را یک تکلیف متقابل تلقی می کند یا در کیفیت حضانت یا

ولایت اطفال دگرگونیهای ایجاد می نماید. در این فرض نیز اصل اثر فوری قانون لازم

الرعایه است و به دیگر سخن، در مورد آثار آینده موقعیتهای حقوقی گذشته، قانون جدید

باید اجرا گردد و این مقتضای اثر فوری قانون است.

مخصوصاً در مورد وضع اشخاص و حقوق خانواده این اصل بدون هیچگونه اختلاف

پذیرفته شده است. حتی آنانکه نظریه حقوق مکتسب را قبول کرده و اجرای قانون جدید

را نسبت به آثار وضعیتهای حقوقی گذشته فقط تا حدی که به حقوق مکتسب اشخاص

لطمه ای وارد نیابد، مجاز دانسته اند، در مورد احوال شخصیه، قانون جدید را، به دلیل

آنکه هیچ کسی حق ثابت و مکتسبی در این زمینه ندارد، لازم الاجرا شناخته اند.

گاهی در این خصوص چنین استدلال کرده اند که اگر قانون جدید اثر فوری نداشته باشد ،اصلاحات اجتماعی متوقف خواهد شد . به هر حال ، اجرای قانون جدید در این باب قابل شک و تردید نیست ، چنانکه قانون حمایت خانواده ، تا آنجا که به آثار ازدواج مربوط می شد، بدون هیچگونه شک و تردید ، در باره ازدواجهای سابق نیز بموقع اجراء گذاشته شد .

پس از تمهید مقدمه بالا ، اکنون به مسأله مورد بحث بازگردیم ، یعنی بینیم در موردی که پدر قبل از قانون جدید حمایت خانواده ، به موجب وصایت ، شخصی را به عنوان وصی و ولی طفل بعد از فوت خود تعیین کرده آیا این عمل مشمول قانون قدیم (قانون مدنی) است یا قانون جدید حمایت خانواده.

اگر بعد از لازم الاجرا شدن قانون جدید حمایت خانواده ، موصی فوت کرده باشد ، شک نیست که قانون جدید تا آنجا که معارض با قانون قدیم باشد لازم الاجرا خواهد بود . در واقع این مورد منطبق با فرض دوم ماست زیرا ولایت ناشی از وصایت یک موقعیت حقوقی است که یک رکن آن عمل موصی و رکن دیگر آن فوت است . پس در مسأله مورد بحث ، در زمان حکومت قانون پیشین ، موقعیت حقوقی کامل نبوده و یک جزء یا شرط آن در زمان قانون جدید تحقق یافته است و از اینرو تابع قانون جدید خواهد بود و بالنتیجه در صورتی که دادگاه صلاحیت مادر را محرز بداند ، وصایت فاقد ارزش و اعتبار تلقی خواهد شد .

اما اگر فوت موصی در زمان حکومت قانون قدیم روی داده و در همان زمان موقعیت حقوقی وصایت (ولایت وصی) تحقق یافته باشد، اجرای قانون جدید و مقدم شدن مادر بر وصی قابل بحث خواهد بود. ممکن است گفته شود: چون ولایت مادر از آثار نسب یا حجر طفل است که قبلاً تحقق یافته، پس قانون جدید اثر فوری دارد و دادگاه در صورت احراز صلاحیت مادر، باید حکم به انعزال وصی کند. اگر این نظر را بپذیریم، مورد مشمول فرض سوم ما خواهد بود.

لیکن این نظر خالی از اشکال نیست زیرا می توان گفت: حجر یا نسب اقتضای نمی کند که ولایت بر طفل بعد از پدر به مادر یا شخصی که پدر به عنوان وصی تعیین کرده یا شخص دیگری واگذار گردد، به تعبیر دیگر، نحوه تعیین ولی و اینکه ولایت بر عهده مادر یا شخص دیگری باشد، امری مستقل است و از آثار موقعیت حقوقی نسب یا حجر بشمار نمی آید. پس در اینجا اصلی که مقرر می دارد که قانون حاکم بر ایجاد یک موقعیت حقوقی نسبت به موقعیتهایی که قبلاً ایجاد شده اند اثری نخواهد داشت باید رعایت گردد. بنابراین قانون جدیدی که شرایط و کیفیت و طرق ایجاد موقعیت حقوقی ولایت را دگرگون کرده نسبت به موقعیتهای ایجاد شده پیشین، بدون عطف به ماسبق شدن، قابل اجراء نخواهد بود. نتیجه آنکه وصایتی که قبل از لازم الاجرا شدن قانون حمایت خانواده تحقق یافته کماکان معتبر خواهد بود و مادر جایگزین وصی در این مورد نخواهد شد. چه

اجرای قانون جدید در مورد مذکور برخلاف قاعده عدم تأثیر قانون نسبت به گذشته است

در فرانسه به مناسبت قانون مصوب ۲۰ مارس ۱۹۱۷ که ولایت قانونی برای اجداد قائل شده ، مسأله مطرح گردیده است، دادگاههای استیناف و بیشتر علمای حقوق اظهار نظر کرده اند که این قانون در مورد اولیاء منتخب شورای خانواده قابل اجراء نیست و در واقع ترجیح داده اند که وحدت سرپرستی و ولایتی که قبل از قانون مذکور برقرار شده و شکسته نشود

معهذا دیوان تمیز فرانسه این نظر را نپذیرفته و قانون جدید را در این گونه موارد لازم الاجرا شناخته است . بطور کلی دیوان تمیز فرانسه به عنوان اصل چنین اعلام داشته است : « قوانینی که برای بعضی اشخاص ولایت و سلطه بر بعضی دیگر قائل می شود . حتی در مورد اشخاصی که روابط آنان به گونه ای دیگر به وسیله قوانین پیشین تنظیم شده است مجری خواهد بود » .

د- تعدد جد پدری

ممکن است صغیری جد پدری متعدد داشته باشد و به تعبیر دیگر ، ممکن است هم جدادنی (نزدیکتر) و هم جدا علی (دورتر) و به بیان ساده تر ، هم پدر بزرگ (پدری) و هم پدر او زنده باشند . در اینصورت باید دید آیا می توان یکی را بر دیگری مقدم شمرد

در فقه امامیه این مسأله مطرح و مورد اختلاف است. بعضی آنان را، از لحاظ اینکه کلمه جد بر هر دو صادق است، برابر دانسته و برخی جد ادنی را مقدم بر جد اعلی قرار داده و در تأیید نظر خود مخصوصاً به آیه شریفه واولوالارحام بعضهم اولی ببعض (خویشاوندان بعضی بر بعض دیگر مقدمند) استناد کرده اند و بعضی نیز جد اعلی را مقدم شمرده اند.

در حقوق جدید نیز قبل از وضع قانون جدید حمایت خانواده، مسأله مطرح شده و بعضی از استادان حقوق اظهار نظر کرده اند که کلمه جد مذکور در ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی شامل اجداد هرچه بالا رود نیز می گردد و با بودن جد پدری پدر جد ولایت ندارد. به هر حال،

اگر در زمان حکومت قانون مدنی، از لحاظ اطلاق کلمه جد بر پدر بزرگ و پدر او و مشترک بودن کلمه نسبت به هر دو ممکن بود ولایت پدر جد همزمان با جد پدری پذیرفته شود، و آنان در عرض یکدیگر قرار گیرند، امروزه با توجه به ماده ۱۵ قانون جدید حمایت خانواده، نمی توان این نظر را قبول کرد، زیرا این قانون پدر را بر جد مقدم داشته و از اینجا می توان استنباط کرد که در حقوق امروز نزدیکی درجه قرابت یک

عامل اساسی در تعیین ولی قهری است و از این لحاظ جد ادنی باید مقدم بر جد اعلی باشد. به دیگر سخن، وقتی که قانون پدر را بر جد مقدم می دارد در واقع این فلسفه را پذیرفته است که در میان مردانی که ممکن است دارای سمت ولایت قهری باشند شخصی که به صغیر نزدیکتر است حق تقدم دارد. پس براساس همین فلسفه باید گفت جد پدری بر پدر او در امر ولایت مقدم خواهد شد و فقط در صورت فوت یا حجر یا عدم لیاقت یا

ناتوانی اولی است که دومی ممکن است ولی طفل شناخته شود. این راه حل از لحاظ مهر و محبت و دلسوزی بیشتری که معمولاً جد نزدیکتر به طفل دارد و حمایت بیشتری که از این جهت در آن نهفته است نیز مرجح می باشد.

ه- عزل یا انزال ولی قهری

در فقه اسلامی اختیارات وسیعی به قاضی در امر ولایت تفویض شده است. ولایت حاکم ولایت عامه است و اصل این است که در هر مورد که ولی دیگری از طرف شارع تعیین نشده باشد حاکم به عنوان ولایت اقدام می کند و این معنی عموم ولایت حاکم است که

فقها در مباحث بسیاری به آن اشاره کرده اند. حتی در موردی که محجور ولی قهری داشته باشد، حاکم در صورت لزوم می تواند در راه مصلحت محجور دخالت کند و تصمیمات لازم اتخاذ نماید. می تواند دستوراتی در جهت حفظ منافع محجور صادر کند. می تواند ضم امین کند. یعنی شخص امین و مورد اعتمادی را برای همکاری با ولی تعیین نماید. در اینصورت اختیارات ولی محدود خواهد شد و استقلال او در اداره امور

محجور از میان خواهد رفت. حتی در حقوق اسلامی، به قاضی اجازه عزل ولی قهری در صورت ثبوت خیانت یا عدم لیاقت او داده شده است. صاحب جواهر در اینباره می گوید: «هرگاه برای حاکم حتی با قرائن و اوضاع و احوال آشکار گردد که پدر و جد پدری موجب ضرر طفلی یا مجنون شده اند آنان را از باب حسبه عزل و از تصرف در

امور محجور منع می کند...».

قانون مدنی هم با استفاده از فقه اسلامی در زمینه ولایت قهری پاره ای اختیارات به دادگاه داده است: هرگاه ولی قهری منحصر طفل محجور شود، دادگاه به پیشنهاد دادستان برای طفل نصب قیم می کند (ماده ۱۱۸۵ قانون مدنی). اگر ولی قهری منحصر به واسطه

غیبت یا حبس یا به هر علتی نتواند به امور مولی علیه رسیدگی کند و کسی را هم از طرف خود معین نکرده باشد، حاکم یک نفر امین به پیشنهاد دادستان برای تصدی و اداره امور محجور موقتاً معین خواهد کرد (ماده ۱۱۸۷). هرگاه ولی قهری طفل لیاقت اداره کردن اموال مولی علیه را نداشته یا در مورد اموال او مرتکب حیف و میل گردد به تقاضای خویشان طفل یا به تقاضای دادستان، بعد از ثبوت عدم لیاقت یا خیانت او، دادگاه یک نفر امین به ولی منضم می کند. همین حکم در موردی نیز جاری است که ولی طفل به واسطه کبر سن یا مرض یا امثال آن قادر به اداره کردن اموال مولی علیه نباشد (ماده ۱۱۸۴).

این اختیاراتی است که قانون مدنی در مورد ولایت قهری به قاضی داده است لیکن قانون مذکور اختیار عزل ولی قهری را به دادگاه نداده بود و این نیز مبتنی بر احترام بیش از حد به سنت پدر سالاری بود. در خانواده پدر سالاری عزل پدر یا جد پدری از ولایت و کوتاه کردن دست او از کار فرزندش امری خطیر و شاید از لحاظ احساسات جامعه غیر قابل تحمل می نمود. از اینرو در نظام قانون مدنی به ضم امین اکتفا شده بود و عزل ولی قهری مجوزی نداشت، در حالی که گاهی مصلحت محجور اقتضا می کرد که ولی قهری

خائن یا نالایق از کار محجور برکنار شود و شخص دیگری به جای او تعیین گردد. به هر تقدیر، قانون مدنی از این لحاظ قابل انتقاد بود، بویژه آنکه در این مورد پایگاهی در فقه اسلامی نداشت.

قانون جدید حمایت خانواده این نقصه را رفع و علاوه بر تأیید ضم امین، عزل ولی قهری را تجویز کرد. این قاعده هم در مورد پدر و هم در مورد جد پدری و مادر قابل اجرت. زیرا در مورد پدر، ماده ۱۵ تصریح کرده است که در صورت ثبوت خیانت یا عدم قدرت یا لیاقت او در اداره امور صغیر، ولایت به جد پدری یا مادر تعلق می گیرد حتی با توجه به لحن قانون حمایت خانواده می توان گفت در مورد ثبوت خیانت یا عدم قدرت یا لیاقت، پدر از ولایت منعزل خواهد شد و حکم دادگاه در این مورد اعلامی خواهد بود.

در مورد عدم صلاحیت جد پدری و مادر هم قانون به دادگاه اجازه داده است که اقدام به ضم امین یا نصب قیم نماید. و نصب قیم در واقع مستلزم عزل یا انزال جد پدری یا مادر است.

شوهر کردن مادر

از موارد انزال و سقوط ولایت مادر موردی است که او شوهر اختیار کند. ماده ۱۵ در این باره می گوید: در صورتی که مادر صغیر شوهر اختیار کند، حق ولایت او ساقط خواهد شد.. در اینصورت اگر صغیر جد پدری نداشته یا جد پدری صالح برای اداره امور صغیر

نباشد، دادگاه به پیشنهاد دادستان حسب مورد مادر صغیر یا شخص صالح دیگری را به عنوان امین یا قیم تعیین خواهد کرد. امین به تشخیص دادگاه مستقلاً یا تحت نظر دادستان امور صغیر را اداره خواهد کرد.

بنابراین اگر مادر شوهر اختیار کند، از ولایت منعزل می شود و در این صورت ممکن است همین مادر یا شخص دیگری به سمت قیم یا امین تعیین گردد. وظائف و اختیارات قیم در قانون مشخص شده است. اختیارات قیم در اداره امور محجور محدودتر از اختیارات ولی قهری است. مخصوصاً قیم برای انجام دادن پاره ای از اعمال حقوقی (مانند بیع و رهن غیر منقول) باید از دادستان اجازه بگیرد. در حالی که ولی قهری (جز هنگامی که ولایت به مادر یا جد پدری تعلق گرفته و این ولایت طبق قانون حمایت خانواده، تحت نظارت دادستان قرار داده شده باشد) در هیچ مورد مکلف به کسب اجازه از دادستان نیست و اصولاً دادستان در کار ولی قهری دخالت نمی کند (ماده ۷۳ قانون امور حسبی).

به هر حال، وظائف و اختیارات قیم و نهاد قیمت روشن است ولی وظائف و اختیارات شخصی که ممکن است طبق قانون حمایت خانواده به عنوان امین منصوب شود معلوم نیست و بنظر می رسد که نیازی به ذکر امین در این مورد نبوده است. ممکن است گفته شود: مقصود از امین در قسمت آخر ۱۵ قانون حمایت خانواده امین موقت است که در ماده ۱۱۸۷ قانون مدنی نیز به آن اشاره شده است. به هر تقدیر، وظائف و اختیارات این

امین در قانون مشخص نشده است و بنظر می رسد که دادگاه می تواند وظائف و اختیارات او را تعیین کند و چنانکه بند آخر ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مقرر داشته امین به تشخیص دادگاه مستقلاً یا تحت نظارت دادستان امور صغیر را اداره خواهد کرد . هرگاه

ولایت امین تحت نظارت دادستان قرار داده شده باشد ، با توجه به قیاس اولویت می توان گفت امین مانند قیم باید برای انجام دادن اعمال حقوقی مهم (یعنی اعمالی که قیم نمی تواند آنها را بدون اجازه دادستان واقع سازد) از دادستان اجازه بگیرد (مواد ۱۲۴۱ و ۱۱۴۲ قانون مدنی و ۸۸ قانون امور حسبی) و نیز باید لااقل سالی یک بار حساب تصدی خود را به دادستان یا نماینده او بدهد . بطور کلی میتوان گفت در مواردی که نظارت

دادستان بر کارهای قیم در قانون به صراحت پیش بینی شده است این نظارت از باب وحدت ملاک یا قیاس اولویت نسبت به امین یاد شده نیز اعمال خواهد شد . البته نظارت دادستان محدود به موارد خاص مصرح در قانون نخواهد بود زیرا وظیفه کلی مراقبت و نظارت بر امور محجورین که برای دادستان تعیین شده اقتضاء می کند که دادستان در موارد دیگر نیز حق نظارت در کار امین و اقدام لازم برای حفظ منافع محجور را داشته باشد .

نکته دیگر آنکه قانون حمایت خانواده امکان نظارت دادستان بر کار جد پدری یا مادر را نیز حتی در صورتی که به عنوان ولی طفل شناخته شود پیش بینی کرده است . ماده ۱۵ در این باره می گوید : دادگاه در صورت اقتضا اداره امور صغیر را از طرف جد پدری یا مادر

تحت نظارت دادستان قرار خواهد داد» این یک قاعده تازه است که در حقوق پیشین ما سابقه نداشته است زیرا ماده ۷۳ قانون امور حسبی مقرر داشته است که: «در صورتی که محجور ولی یا وصی داشته باشد، دادستان و دادگاه حق دخالت در اداره امور او ندارند ...» بنابراین قاعده مندرج در قانون حمایت خانواده مخصص ماده ۷۳ قانون امور حسبی خواهد بود. قاعده جدید با فقه اسلامی هم سازگار است زیرا اختیارات وسیعی که به حاکم در امور محجورین در فقه داده شده است اینگونه دخالتها را نیز در بر می گیرد. مصلحت محجور هم قبول این راه حل را تأیید می نماید

ولایت قهری پس از فوت یا احراز عدم صلاحیت جد پدری یا مادر ممکن است ولایت قهری طبق تصمیم دادگاه به یکی از جد پدری یا مادر (که هر دو زنده هستند) تعلق گرفته باشد. سپس شخصی که ولی شناخته شده فوت کند یا صلاحیت خود را به علت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت از دست بدهد، یا مادری که ولی شناخته شده شوهر کند، در اینصورت باید دید آیا ولایت قهری به دیگری تعلق می گیرد یا نه؟

در پاسخ به این سؤال می توان بین دو مورد زیر تفکیک کرد:

مورد اول:

این است که عدم صلاحیت یکی از دو شخص مذکور که بالفعل عهده دار ولایت قهری نیست احراز نشده و فقط دادگاه دیگری را شایسته تر و مناسب تر برای ولایت تشخیص

داده و اداره امور محجور را به او سپرده است. فرض کنیم دادگاه مادر را ولی قهری شناخته و در عین حال عدم صلاحیت جد پدری را اعلام نکرده است. در این فرض می توان گفت جد پدری بالقوه دارای ولایت قهری است و فقط اعمال ولایت به مادر واگذار شده و ولایت جد پدری ساقط نگردیده است. بنابراین، اگر مادر فوت کند یا صلاحیت خود را به علت حجر یا خیانت یا عدم قدرت یا لیاقت یا شوهر کردن از دست بدهد و بدین ترتیب ولایت او ساقط شود، ولایت جد پدری فعلیت پیدا می کند و دادگاه مکلف است اداره امور صغیر را به او بسپارد، مگر اینکه عدم صلاحیت او نیز برای اعمال ولایت محرز شود که در اینصورت، طبق ماده ۱۵، اقدام به نصب قیم یا امین خواهد شد. ماده ۱۵ در مورد شوهر کردن مادر این نکته را یادآور شده و مقرر داشته است که «حق ولایت او ساقط خواهد شد. در اینصورت اگر صغیر جد پدری نداشته یا جد پدری صالح برای اداره امور صغیر نباشد، دادگاه به پیشنهاد دادستان، حسب مورد، مادر صغیر یا شخص صالح دیگری را به عنوان امین یا قیم تعیین خواهد کرد.» مفهوم مخالف این ماده آن است که اگر صغیر جد پدری داشته باشد که صالح برای اداره امور صغیر باشد، ولایت قهری برعهده او خواهد بود. چون خصوصیتی در مورد شوهر کردن مادر نیست، می توان حکم مذکور را به سایر موارد سقوط ولایت تعمیم داد.

مورد دوم:

اینست که ولایت به یکی از جد پدری یا مادر تعلق گرفته و آن دیگری که اعمال ولایت به او محول نشده ، صالح برای این سمت نیست و عدم صلاحیت او به حکم دادگاه احراز شده و در واقع ولایتش ساقط گردیده است . فرض کنیم که مادر ولی قهری شناخته شده و عدم صلاحیت جد پدری به موجب حکم دادگاه محرز بوده است . سپس ولایت مادر به علت حجر یا شوهر کردن یا به هر علت دیگر ساقط می شود و جد پدری ادعا می کند که عدم صلاحیت او مرتفع شده و از دادگاه می خواهد که ولایت را به او واگذار کند . آیا دادگاه می تواند جد پدری را که در زمان تسلیم دادخواست شایستگی خود را باز یافته ولی قانونی طفل بشناسد ؟

بعض از استادان حقوق گفته اند : ولایت دارای منشاء اجتماعی عمیق و طبیعی است و حجر یا مانع دیگری که برای ولایت وجود داشته یک امر عرضی است که موجب زوال حق ذاتی ولی نمی گردد پس با رفع مانع ولادت عودت می یابد . این استدلال در موردی که ولایت ساقط نشده و فقط مانع موقتی برای اعمال آن پدید آمده باشد قابل قبول است ولی در فرض ما که ولایت ساقط شده و قانون هم از سقوط سخن گفته است (ماده ۱۱۸۲ قانون مدنی و ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده) دلیلی بر عودت وجود ندارد و عدم عودت موافق اصل استصحاب است . وانگهی عودت قهری ولایت به شخصی که قبلاً عدم شایستگی او برای این سمت محرز بوده به مصلحت صغیر نمی باشد . بنابراین در فرض مذکور جد پدری ، هر چند که صلاحیت خود را باز یافته

باشد ، دارای سمت ولایت قهری نخواهد شد . البته شك نیست که دادگاه می تواند برابر ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده ، او را به سمت قیم یا امین که دارای اختیارات کمتری می باشد تعیین کند .

بخش دوم - مطالعه تطبیقی

الف - اولیاء قهری در مکاتب فقهی و حقوق جدید کشورهای اسلامی

در همه مکاتب فقه اسلامی ، اعم از خاصه و عامه ، پدر دارای سمت ولایت قهری بر فرزند صغیر خود است . در مذهب مالکی و قوانین احوال شخصیه تونس و مراکش که مبتنی بر این مذهب می باشند پدر تنها ولی قهری بشمار می آید . در مذهب حنبلی نیز همین نظر پذیرفته شده است . در واقع بنا بر عقیده مالکیان و حنبلیان ، جد پدری به هیچ وجه دارای ولایت قهری بر شخص صغیر یا اموال او نیست و بعد از پدر ولایت به وصی او تعلق می گیرد و چنانچه وصی نباشد ولایت با حاکم شرع است .

لیکن حنفیان و شافعیان و امامیان جد پدری را نیز دارای سمت ولایت قهری می شناسند . آنان به استناد بعضی از روایات و اخبار جد پدری را ملحق به پدر می دانند . گاهی نیز در این زمینه به مهر و علاقه جد پدری نسبت به نوه خود استدلال کرده اند . لیکن مهر و علاقه ، اگر بتواند مبنای اعطای ولایت قرار گیرد ، نزد جد مادری و جدات پدری یا مادری نیز وجود دارد . پس چرا آنان ولی قهری شناخته نشده اند ؟ دلیلی که علاوه بر روایات می

توان برای الحاق جد پدری به پدر ذکر کرد، و به نظر ما یک دلیل بنیادی است، همان نظام پدر سالاری است، نظامی که از دوره پیش از اسلام وجود داشته و هنوز در کشورهای اسلامی زنده است.

به هر حال، جد پدری در مذاهب امامی، حنفی و شافعی ولی قهری شناخته شده است. معهذا در همه این مذاهب درجه او در مقام مقایسه با پدر وصی او یکسان نیست.

شافعیان گفته اند: جد پدری از لحاظ سلسله مراتب بعد از پدر قرار می گیرد، لیکن بر وصی منصوب از جانب او مقدم می شود.

حنفیان بر آنند که در اداره اموال، وصی پدر بر جد پدری مقدم است و جد پدری فقط در صورتی که وصی وجود نداشته باشد، دارای سمت ولایت خواهد بود و چنین استدلال می کنند که پدر کسی است که بیش از هر شخص دیگر به فرزند خود مهر دارد، پس اگر شخصی را بعنوان وصی تعیین کند، بدان جهت است که این کار را به مصلحت طفل می داند و از این لحاظ اراده او باید بعد از فوتش محترم شمرده شود، همانطور که در زمان حیاتش محترم است.

نظریه حنفیان صریحاً مورد قبول قانونگذار مصر قرار گرفته است و می توان گفت: در حقوق سوریه نیز همین راه حل پذیرفته شده است، هر چند که مواد قانون احوال شخصیه سوریه درباره تقدم وصی پدر بر جد پدری صراحت ندارد.

باید یادآور شد که حنفیان در ولایت برنفس، یعنی ولایت که برای امور غیر مالی مانند مواظبت شخص و تعلیم و تربیت و نظارت در ازدواج صغیراست، برای وصی پدر سمتی قائل نیستند، و نیز بر این عقیده اند که در صورت فقدان پدر و جد پدری سایر خویشان ذکور پدری (عصبه) به ترتیب تقدم در ارث ولایت برنفس خواهند داشت.

حقوق امامیه که قانون مدنی ایران از آن پیروی کرده است، چنانکه پیش گفتیم، دارای خصوصیتی در این زمینه است زیرا جد پدری را همطراز و در ردیف پدر قرار داده و برای هر یک از آنان ولایت قهری برای اداره امور مالی و غیر مالی صغیر و نمایندگی قانونی او

چه در زمان حیات دیگری و چه پس از فوت او قائل شده است. این راه حل دارای این فایده است که یک نوع تعدد ولی که به سود محجور است مقرر می دارد، بدون اینکه اشکالی در اداره امور او ایجاد کند. زیرا پدر و جد پدری می توانند منفرداً و مشترکاً امور محجور را اداره کنند و اعمال حقوقی به نمایندگی او انجام دهند. هر یک از آنان مکلف است مصلحت محجور را رعایت کند و چنانچه اعمالی بر خلاف مصلحت او از دیگری

مشاهده کرد جلوی او را بگیرد و در صورت لزوم برای حفظ حقوق محجور به مقامات صالحه قانونی رجوع کند. در واقع در نظام مورد قبول فقه امامیه، پدر و جد پدری در اداره امور محجور با یکدیگر همکاری و اعمال یکدیگر را کنترل می کنند و در عین حال برای اینکه تأخیری در کارها به زبان محجور روی ندهد، هر یک می توانند به استقلال

اقدام کند و در صورت حجر یا ناتوانی یا عزل یکی از آن دو، اداره امور صغیر به عهده دیگری خواهد بود.

در فقه امامیه و قانون مدنی، هر یک از پدر و جد پدری فقط بعد از فوت دیگری می تواند برای اداره امور فرزند تحت ولایت خود، وصی معین کند و هیچیک از آنان با حیات دیگری نمی تواند برای مولی علیه خود وصی تعیین نماید (مواد ۱۱۸۸ و ۱۱۸۹). به تعبیر دیگر، پدر یا جد پدری در زمانی که ولی قهری دیگری وجود دارد نمی تواند اختیارات خود را به شخص ثالثی به عنوان وصی تفویض کند.

به هر تقدیر، راه حل مورد قبول در فقه امامیه راه حلی اصیل است که با آنچه در سایر مکاتب حقوق اسلامی پذیرفته شده متفاوت است. این راه حل، چنانکه اشاره کردیم، در قانون مدنی ایران پذیرفته شده بود ولی قانون جدید حمایت خانواده آن را دگرگون کرد، بدین معنی که جد پدری را بعد از پدر (در درجه دوم) قرارداد بدینسان قاعده جدیدی که در حقوق ایران پذیرفته شده آنرا به نظریه شافعیان نزدیک کرده است: جد پدری بعد از پدر و مقدم بر وصی اوست. البته با توجه به قانون حمایت خانواده باید گفت: پدر یا جد پدری، حتی بعد از وفات دیگری، در صورتی که مادر زنده و شایسته ولایت باشد، حق تعیین وصی را نخواهد داشت. و این قاعده ای است که در هیچیک از مکاتب حقوق اسلامی و قوانینی که بر پایه آنها تنظیم شده اند نظیر ندارد.

اعطای ولایت قهری به مادر نیز در فقه اسلامی و قوانین جدید کشورهای اسلامی نادر است. در فقه اسلامی بعضی از فقهای شافعیه قائل به آن شده و مادر را از لحاظ ولایت بر مال بعد از پدر و جد پدری و مقدم بر وصی آنها دانسته اند. ابوسعید اصطخری از فقهای شافعیه دارای این نظر است و به زیادت مهر مادر نسبت به فرزند استدلال کرده است. بعضی از فقهای حنفیه هم در ولایت بر نفس گفته اند: در صورت نبودن اقرباء ذکور پدری، ولایت به مادر تعلق می گیرد و در صورت فقدان مادر، خویشان مادری با رعایت درجه قرابت، ولی بر نفس خواهند بود.

در قوانین جدید، علاوه بر قانون حمایت خانواده ایران، قانون اجزائر مصوب ۱۱ ژوئیه ۱۹۵۷ که مقررات راجع به ولایت و قیمومت و غایب مفقود الاثر را اصلاح کرده برای مادر در صورت فوت یا سقوط ولایت پدر و به شرطی که پدر وصی تعیین نکرده باشد، ولایت قانونی (قهری) قائل شده است. تفاوت این قانون با قانون ایران آن است که در حقوق ایران، بعد از پدر ولایت به یکی از مادر یا جد پدری تعلق می گیرد، در حالی که در حقوق الجزائر، به تبعیت از حقوق مالکی، ولایت قهری به جد پدری داده نشده است. وانگهی در حقوق این کشور وصی پدر بر مادر مقدم است، حال آنکه در حقوق ما، بنابر آنچه گفتیم، مادر بروصی مقدم می باشد.

ب- عزل ولی قهری و نصب امین در قوانین کشورهای اسلامی

در بعضی از قوانین جدید کشورهای اسلامی از عزل ولی قهری و نصب امین موقت بجای

او سخن گفته شده است. بطور کلی قوانین مصر و سوریه و عراق صریحاً به قاضی اجازه

داده اند که اختیارات ولی قانونی را در صورت لزوم محدود و حتی او را برکنار نماید.

بعلاوه قوانین مصر و سوریه تعیین امین موقت را در صورت غیبت یا زندانی شدن ولی

قهری یا وجود مانعی در راه انجام وظیفه او و نبودن ولی دیگر پیش بینی کرده اند. البته در

این قوانین بجای امین موقت که اصطلاح حقوق ایران است وصی موقت بکار رفته است

ولی مقصود در واقع یکی است. به علاوه در قانون مصر مقرر شده است و وظائف و

اختیارات وصی موقت همان وظائف و اختیارات وصی منصوب از جانب ولی و وصی

منصوب از طرف قاضی (قیم) است. در حقوق سوریه نیز با توجه به اینکه کلمه وصی

دارای معنای گسترده ای است و وظائف و اختیاراتی برای وصی بطور کلی مقرر شده

است ظاهراً همان راه حل مورد قبول قرار گرفته است. تفاوت قابل توجهی که قانون مصر

و سوریه با قانون ایران در این خصوص دارد این است که در حقوق ایران وظائف و

اختیارات امینی که بجای ولی قهری تعیین می شود روشن نیست و این مسأله قابل بحث

است.

ج- حقوق فرانسه

آنچه تاکنون گفتیم مربوط به حقوق کشورهای اسلامی بود. اکنون بجاست به عنوان نمونه بارزی از حقوق غربی که در قواعد خانواده بر پایه حقوق مسیحی و فرهنگ و سنتهای متفاوتی نهاده شده است، از حقوق فرانسه در زمینه ولایت قهری سخن بگوئیم، هرچند که به علت اختلاف مبانی و مفاهیم حقوقی اختلاف در اینجا بسیار و مقایسه دشوار است.

در حقوق فرانسه اصطلاحی که نزدیک به ولایت قهری است اصطلاح *autorite parentale* (ولایت ابوینی) است که به موجب قانون مصوب ۴ ژوئیه ۱۹۷۰ جایگزین اصطلاح قدیمی قدرت پدری *Puissance paternelle* شده است. با یکبار بردن اصطلاح اول بجای دوم قانونگذار فرانسه خواسته است اعلام کند که:

اولاً رابطه بین ابوین و اطفال دیگر یک رابطه ناشی از تسلط و قدرت شخصی آنان نیست و بع تعبیر دیگر، اختیارات ابوین مخصوصاً پدر نسبت به اطفال در شمار حقوق و امتیازات فردی و مطلق نیست بلکه ولایتی است که برای حمایت از طفل به آنان واگذار شده است و در واقع مجموعه ای از حقوق و تکالیف است. در قدیم رابطه پدر و فرزند را یک حق و قدرت مطلق نسبت به شخص تلقی می کردند، هرچند که مفسران قانون و حقوقدانان فرانسوی آنرا تعدیل کرده بودند.

ثانیاً این ولایت برخلاف گذشته اختصاص به پدر ندارد و مشترکاً برای پدر و مادر شناخته شده و آنان از این لحاظ برابر هستند. قبل از قانون ۱۹۷۰ ولایت و قدرت مذکور اساساً به

پدر تعلق داشت و اگر هم مادر را بالقوه دارای این سمت می دانستند، حق اعمال آن را به شوهر به عنوان رئیس خانواده اختصاص می دادند.

به موجب قانون ۱۹۷۰ که بعضی از مواد قانون مدنی فرانسه را اصلاح کرده است، هرگاه

پدر و مادر مشروع زنده باشند و رابطه نکاح آنان منحل نشده و هر دو صلاحیت اعمال

حقوق و تکالیف خود را داشته باشند، «ولایت ابوینی» به هر دو تعلق خواهد داشت و

منحصر به پدر و مادر خواهد بود. البته اجداد و جدات (اعم از پدری و مادری) نیز دارای

پاره ای امتیازات نسبت به طفل، حتی در زمان حیات پدر و مادر، هستند. چنانکه می

توانند با او مکاتبه کنند یا او را ملاقات نمایند و نمی توان آنان را جز با حکم دادگاه و

دلایل موجه از این حق محروم کرد (ماده ۴-۳۷۱ بند ۱ قانون مدنی). همچنین اجداد

می توانند از طرف صغیر حتی در زمان حیات پدر و مادر قبول هبه کنند. معهذا اختیارات

اجداد در زمان حیات و در صورت اهلیت و شایستگی ابوینی استثنائی است و اجداد

و جدات دارای ولایت ابوینی *autorite parentale* نیستند و اصولاً نمی توانند در کار

پدر و مادر مداخله کنند.

ولایت ابوینی مشترکاً بوسیله پدر و مادر اعمال می شود و این اصل در قانون ۱۹۷۰ دوبار (

در مواد ۲۱۳ و ۳۷۲ اصلاحی) اعلام شده است. البته در صورت بروز اختلاف بین پدر

و مادر هریک از آنان می توانند به قاضی قیومت *juge des tuteurs* برای حل اختلاف

رجوع کند.

در موارد استثنائی مخصوصاً در مورد ازدواج برضایت یکی از ابویین کافی است و وحدت نظر و توافق آنان لازم نمی باشد .

آنچه گفتیم در زمینه امور غیر مالی بود . اما در زمینه اداره اموال صغیر ، با اینکه اصولاً پدر و مادر باید مشترکاً اقدام کنند و در این زمینه هم باید برابر باشند ، قانونگذار فرانسه برای تسهیل کار و تسریع در اداره امور صغیر از این تساوی تا حدی عدول کرده و مقرر داشته است که اداره قانونی اموال *administration lecale* بوسیله پدر و با همکاری مادر انجام خواهد شد (ماده ۳۸۳ قانون مدنی فرانسه) . همکاری مادر در اعمال ناقه *actes de*

disposition یعنی اعمال مهمی که قیم فقط با اجازه شورای خانواده می تواند انجام دهد (مانند فروش غیر منقول و اوراق بهادار ، صلح ، رهن و اجاره به مدت زائد بر ۹ سال) لازم است و همکاری بدین معنی است که پدر بدون موافقت مادر نمی تواند این اعمال را به نمایندگی از محجور انجام دهد . اما در اعمال اداری *actes d ' administration* یعنی اعمال کم اهمیتی که قیم به تنهایی و بدون اجازه مقام دیگر می تواند انجام دهد (

مانند فروش اشیاء منقول مورد استفاده در زندگی عادی ، اجاره به مدت ۹ سال یا کمتر و اقامه دعوای مالی) پدر می تواند مستقلاً اقدام کند و نیازی به همکاری و موافقت مادر ندارد .

هرگاه یکی از ابویین توانایی یا لیاقت اعمال ولایت را نداشته باشد ، اعمال ولایت به موجب حکم دادگاه به دیگری واگذار می گردد (ماده ۳۷۳ قانون مدنی) .

هرگاه طلاق یا تفریق جسمانی بین زوجین واقع شود، اعمال ولایت به طرفی محول می شود که دارای حق حضانت است. البته طرف دیگر حق ملاقات با طفل را خواهد داشت (ماده ۳۰۲ به بعد و ماده ۲-۳۷۳).

در صورت فوت یکی از ابویین، اعمال ولایت به آنکه زنده است تعلق خواهد یافت (ماده ۱-۳۷۳) با این تفاوت که اداره اموال محجور تحت نظارت دادگاه قرار خواهد گرفت .

هرگاه پدر و مادر هر دو فوت کنند ولایت ابویینی اصولاً ساقط می شود (ماده ۴-۳۷۳). معهذا بعضی از آثار آن برای اجداد و جدات (پدری و مادری) باقی می ماند. اینان علاوه

بر حق ملاقات و مکاتبه با طفل حق موافقت با ازدواج صغیر را خواهند داشت (ماده ۱۵۰ بند ۱).

در قانون فرانسه عزل یا انزال پدر و مادر از سمت ولایت و از دست دادن حقوق ناشی از ولایت جزئاً یا کلاً بطور موقت یا دائم در موارد خاصی پیش بینی شده است و قانون فرانسه در این زمینه دارای تفصیلی بیشتر از قوانین کشورهای اسلامی است. به طور کلی

، در حقوق فرانسه، در موارد حجر، یا عدم لیاقت یا ناتوانی یا محکومیت به بعضی از جرائم، یا تفویض حقوق به دیگری، ولایت ساقط خواهد شد.

علاوه بر ولایت ابویینی که ویژه پدر و مادر است در حقوق فرانسه یک نهاد حقوقی به نام ولایت قانونی *tutelle legale* وجود دارد که مخصوص اجداد و جدات است. هرگاه

پدر یا مادر بعد از مرگ دیگری برای سرپرستی طفل، وصی معین نکرده باشد، ولایت بر محجور به حکم قانون به جد یا جده ای که از لحاظ درجه قرابت به طفل نزدیکتر است واگذار می گردد و چون ولایت ناشی از حکم مستقیم قانون است لذا آن را ولایت قانونی نامیده اند.

در صورتی که چند نفر جد و جده در درجه مساوی وجود داشته باشند، شورای خانواده می تواند ولایت را به یکی از آنان محول کند یا وظائف ولایت را تقسیم و نگاهداری طفل را به یکی از آنان و اداره اموال او را به دیگری واگذار نماید.

به هر حال اختیارات جد، در صورتی که ولی قانونی شناخته شود، محدودتر از اختیارات پدر و مادر است و مانند اختیاراتی است که به وصی *tuteur testamentaire* و قیم منتخب شورای خانواده *tuteur datif* واگذار شده است. این اشخاص زیر نظر شورای خانواده و قاضی قیومت انجام وظیفه می نمایند. بطور کلی رژیم *tutelle* که به موجب قانون مصوب ۱۹۶۴ اصلاحات مهمی در آن انجام شده است شامل ولایت قانونی جد یا جده نیز می گردد.

مقایسه کلی و نتیجه

از آنچه گفتیم آشکار شد در حقوق فرانسه، برخلاف حقوق ایران و دیگر کشورهای اسلامی، پدر و مادر از لحاظ ولایت قهری برابر هستند. این تحولی است که با قانون

۱۹۷۰ در فرانسه ایجاد شده است و قبلاً پدر در درجه اول قرار داشته و مقدم بر مادر بوده است. حتی امروز با اینکه اداره اموال صغیر که از آثار ولایت بشمار می آید اصولاً باید به عهده پدر و مادر باشد و آنان، طبق اصل برابری، باید متساویاً و مشترکاً در این زمینه اقدام کنند، اداره قانونی اموال صغیر در درجه اول به عهده پدر است که با همکاری مادر آن را اعمال می کند و حتی در اعمال اداری صرف، این همکاری لازم نیست و پدر می تواند مستقلاً اقدام کند.

بنابراین چیزی از نابرابری گذشته و تقدم پدر بر مادر در اداره امور صغیر هنوز در حقوق فرانسه دیده می شود و این نابرابری را بعضی چنین توجیه کرده اند که در زمینه اداره اموال، اشخاص ثالث که با صغیر طرف معامله واقع می شوند، در واقع می خواهند یک نفر مسئول در برابر خود داشته باشند و مهم این است که طفل یک نماینده قانونی داشته باشد که مخصوصاً در صورت بروز اختلاف و دعوی از منافع او دفاع کند.

به هر حال، اختلاف مهم و چشمگیری که حقوق فرانسه در مورد ولایت قهری یا حقوق ایران و دیگر کشورهای اسلامی دارد همان برابری پدر و مادر در حقوق فرانسه و تقدم پدر بر مادر در حقوق کشورهای اسلامی است. این اختلاف بارز بین حقوق فرانسه و حقوق بعضی دیگر از کشورهای غربی که جزء خانواده حقوق نوشته (رومی و ژرمنی) و دارای تمدن مشترک با فرانسه هستند نیز مشهود است: قانون مدنی سوئیس اعلام می دارد که اقتدار (ولایت) پدری (Puissance paternelle) مشترکاً به وسیله پدر و مادر اعمال

می شود. لیکن در صورت بروز اختلاف بین آنان، تصمیم پدر قاطع خواهد بود. قانون بلژیکی مصوب ۸ آوریل ۱۹۶۵ اختیار اخذ تصمیم را به پدر می دهد، در عین اینکه به مادر امکان می دهد که به دادگاه رجوع کند. قانون اسپانیا، اتریش، هلند و ایتالیا به صراحت تفوق و تقدم پدر در اعمال ولایت را پذیرفته اند. لیکن در آلمان تساوی کامل پدر و مادر در این زمینه قبول شده است.

در پایان بحث بجاست نکته ای چند را به عنوان نتیجه یادآوری نمائیم:

۱- حقوق ایران در زمینه ولایت قهری تحول چشمگیر داشته و در جهت حمایت از حقوق طفل و مادر قواعد تازه ای را پذیرفته است

۲- حقوق ایران با اصلاحاتی که در آن بعمل آمده به حقوق کشورهای دیگر بویژه کشورهای اسلامی نزدیک شده است، از این لحاظ که قانونگذار جدید پدر را در زمینه ولایت قهری در درجه اول و مقدم بر جد پدری قرار داده و تا زمانی که پدر زنده و دارای اهلیت و شایستگی است، قانون او را منحصراً ولی قهری طفل شناخته است.

۳- حقوق ایران مانند حقوق فرانسه و بعضی دیگر از کشورها برای مادر نیز سمت ولی قهری قائل شده، هرچند که در حقوق ایران با توجه به سنتها و اوضاع و احوال اجتماعی بویژه تجربه و آمادگی بیشتری که معمولاً پدر برای انجام وظائف ولایت دارد، مادر از این لحاظ در ردیف پدر قرار داده نشده، بلکه بعد از پدر و در ردیف جد پدری جای گرفته

است. لزوم سرعت و وحدت نظر در اعمال ولایت و جلوگیری از اینکه اختلاف نظر در

اداره امور طفل موجب زیان او گردد می تواند مؤید این راه حل باشد.

۴- در حقوق ایران با وجود پیشرفتی که در این مسأله دیده می شود، نارسائیهها و ابهاماتی

وجود دارد. ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده از لحاظ فنی، خوب تنظیم نشده و از اینرو

مشکلاتی پدید آورده است که حل آنها با دخالت قانونگذار یا رویه قضائی امکان پذیر

است. شک نیست که علمای حقوق نیز در این زمینه می توانند نقش سازنده ای داشته

باشند.

نویسنده: دکتر سید حسین صفائی