



دانشگاه پیام نور
واحد مرکزی تهران
دانشکده حقوق - گروه حقوق خصوصی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)
گرایش : حقوق خصوصی

عنوان :

مقایسه ولی و قیم در فقه و حقوق ایران

استاد راهنما :

دکتر عیسی امینی

استاد مشاور :

دکتر محمد صدری

نگارش :

بزرگمهر صادقی نیجکوهی

نورون
اندر کسبه حیرت
بنام

تقدیم به روح ملکوتی پدرم

تقدیم به مادرم و همسرم و فرزندانم؛ سارینا و سوفیا عزیزم

که در تمام دوران تحصیلی و در تهیه این رساله

مشوقم بوده اند .

سپاسگذاری

با تشکر از اساتید محترم مخصوصاً جناب آقای دکتر عیسی
امینی چلک استاد محترم دانشگاه و وکیل پایه یک دادگستری
، دکتر محمد صدری استاد محترم دانشگاه ، دکتر عابدین
مومنی استاد محترم دانشگاه، دکتر سید جواد موسوی زاده
استاد محترم دانشگاه که تجربیات خویش را در اختیار اینجانب
قرار داده اند.

صفحه	فهرست مطالب	چکیده
یک		
دو		مقدمه
۱		بخش اول : مفاهیم و تعاریف
۱		فصل اول: مفاهیم و تعاریف ولی قهری
۱		مبحث اول : تعریف ولایت
۱		گفتار اول : تعریف لغوی
۱		گفتار دوم : تعریف اصطلاحی
۳		مبحث دوم : اقسام ولایت
۳		گفتار اول : ولایت قهری
۴		۱ - ولی قهری
۶		۲ - وصی
۱۰		گفتار دوم : ولایت اختیاری
۱۰		الف : ولی عام
۱۰		ب : ولی خاص
۱۱		مبحث سوم : معیار تصرفات ولی
۱۱		گفتار اول : در فقه امامیه
۱۴		گفتار دوم : معیار تصرفات ولی در قوانین ایران
۱۶		مبحث چهارم : مبانی ولایت قهری
۱۶		گفتار اول : بررسی فقهی
۱۷		۱ - نظریه استقلال ولی
۱۸		مستندات نظریه
۱۸		الف (استصحاب
۱۸		ب) نقصان فکری زنان
۱۸		ج) روایات
۲۰		۲ - نظریه استقلال باکره رشیده
۲۱		مستندات نظریه
۲۱		الف) آیات
۲۱		ب) روایات
۲۴		ج) اجماع
۲۴		د) اصل
۲۴		۳ - نظریه عدم استقلال باکره و ولی
۲۴		الف) جمع میان ادله

۲۴	(ب) روایات
۲۵	گفتار دوم : بررسی حقوقی
۲۷	گفتار سوم : بررسی تطبیقی ولایت از دیدگاه اهل سنت
۳۳	فصل دوم : مفاهیم و تعاریف قیمومت
۳۳	مبحث اول : تعریف قیمومت
۳۳	گفتار اول : تعریف لغوی
۳۳	گفتار دوم : تعریف اصطلاحی
۳۶	گفتار سوم : تعریف قیم اتفاق
۳۸	گفتار چهارم : قیم موقت
۴۰	مبحث دوم : موارد نصب قیم
۴۸	بخش دوم : مقایسه ولی قهری و قیم
۴۸	فصل اول : وجوه اشتراک
۴۸	مبحث اول : شرایط عام ولایت و قیمومت
۴۹	۱ - اسلام
۴۹	۲ - عقل و رشد
۵۰	۳ - عدالت
۵۲	۴ - امانت و قدرت بر دارایی و اموال محجور
۵۵	مبحث دوم : اشخاص تحت ولایت و قیمومت
۵۸	گفتار اول : صغار
۶۲	گفتار دوم : اشخاص سفیه (غیر رشید)
۶۲	بند نخست : اقسام سفیه
۶۸	بند دوم : حدود حجر
۶۹	گفتار سوم : مجانین
۷۵	فصل دوم : وجوه افتراق
۸۵	مبحث اول : از حیث منشاء
۸۵	گفتار اول : مقایسه کلی
۹۱	گفتار دوم : نحوه و شرایط انتخاب هر یک
۹۵	مبحث دوم : از حیث حقوق و تکالیف
۹۵	گفتار اول : اختیارات و تکالیف ولی قهری
۹۶	بند نخست : تصرفات ولی
۹۷	الف) تصرفات ولی در امور مالی
۹۹	ب) تصرفات ولی در امور غیر مالی
۹۹	۱- امور شخصی

۱۰۰	۲- ازدواج
۱۰۰	۳- طلاق
۱۰۲	۴- حق شفعه
۱۰۳	۵- قصاص
۱۰۳	۱-۵- در فقه
۱۰۴	۲-۵- در حقوق ایران
۱۰۵	۶- تعیین وصی
۱۰۶	۷- سایر امور
۱۰۷	بند دوم : محدودیتهای اختیارات ولی قهری
۱۰۷	۱- تقسیم ترکه و افراز
۱۰۹	۲- اقرار ولی قهری از جانب مولی علیه
۱۰۹	۳- طلاق
۱۱۰	۴- لعان مولی علیه
۱۱۰	۵- تعیین وصی
۱۱۰	۶- انشاء وصیت از جانب مولی علیه
۱۱۱	۷- قسم
۱۱۱	۸- سایر موارد
۱۱۲	گفتار دوم : تکالیف و اختیارات قیم
۱۲۳	۱- وظایف قیم نسبت به شخص مولی علیه
۱۲۴	۲- وظایف قیم نسبت به اموال مولی علیه
۱۳۱	مبحث سوم : از حیث پایان و زوال
۱۳۱	گفتار اول : انحلال قهری بواسطه حجر
۱۳۳	گفتار دوم : موارد سقوط حق ولایت
۱۳۸	گفتار سوم : عزل قیم و پایان دوران قیمومت
۱۴۶	نتیجه و پیشنهاد
۱۵۰	فهرست منابع

چکیده:

هدف اصلی رساله حاضر بررسی جایگاه ولی و قیم در فقه و حقوق ایران است. ولایت در اصطلاح حقوقی عبارت است از سلطه و اقتداری که قانونگذار به جهتی از جهات به شخص یا اشخاصی می دهد که امور مربوط بغير را انجام دهد و کسیکه این سمت را دارد ولی نامیده می شود و قیم نماینده قانونی محجور که از طرف مقامات صلاحیت دار قضایی در صورت نبودن ولی قهری و وصی او تعیین می شود.

از آنجا که در زمینه ولایت و قیمومیت در لسان فقهاء، منابع معتبری وجود دارد لذا ابتدا به بررسی نکلت فقهی پرداخته و سپس نظرات حقوقدانان نیز بررسی می شود. بررسی کتابخانه ای تنها راه ممکن برای انجام تحقیق حاضر بود.

در نهایت روشن شد که: ولی خاص، برابر ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی، شامل ولی قهری و وصی منصوب از جانب پدر یا جد پدری است. ولی قهری از نظر قانون مدنی پدر و جد پدری می باشند . هر یک از پدر و جد پدری هر دو در ردیف یکدیگر قرار دارند و هر یک از آن دو به طور مستقل دارای حق ولایت بوده، و می توانند اعمال حق نمایند. در صورت فقدان پدر و اجداد، ولایت با حاکم خواهد بود. قیمومت نوعی از ولایت است که به منظور حمایت از کودکان و محجورین آغاز می شود. قیم کسی است که از طرف دادستان برای اداره امور مالی و غیر مالی شخص محجور تعیین می شود.

مقدمه:

الف) بیان مساله و اهمیت آن:

ولایت (به فتح و کسر واو) در لغت به معنی سرپرستی، سلطه و اقتدار، حکومت کردن، تسلط پیدا کردن، دوست داشتن، یاری دادن، دست یافتن و تصرف کردن آمده است.

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.

بسیاری از فقها به عدم ولایت پدر و جد پدری بر دختر باکره رشیده معتقدند و کسب اذن پدر یا جد پدری را فقط یک امر پسندیده و به عنوان احترام آنان می دانند، نه یک تکلیف الزامی. عده دیگری از فقها نیز به عنوان احتیاط، کسب رضایت پدر را مطرح می کنند.

قیمومت نیز به معنی سرپرستی و قیم بودن است. قیم یعنی سرپرست و تکیه گاه. در اصطلاح حقوقی، به معنی اخص ولایت قهری و آن ولایت پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنهاست بر طفل و بر غیررشید و مجنون، به شرطی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد. محجوری که به صفات بالا نباشد، ولایت را نسبت به او قیمومت نامند.

اشخاص تحت ولایت و قیمومت، محجورین هستند. محجور از ریشه حجر است. حجر بفتح حاء و سکون جیم مصدر است و به معنی منع است و در اصطلاح حقوقی حجر عبارت است از ممنوع بودن شخص از تصرف در اموال و حقوق مالی خود از طرف قانون می باشد.

صغار نیز جمع صغیر است و در اصطلاح حقوقی صغیر به کسی گفته می شود که از نظر سن به نمو جسمی و روحی لازم برای زندگانی اجتماعی نرسیده باشد.

غیر رشید به معنی سفیه است و او کسی است که تصرف در اموالش غالباً عقلانی نیست اما آنکه تصرفش غالباً عقلانی است رشید است و اگر گاهی تصرفش غیر عقلانی باشد آن تصرف را سفیهی نامند و تصرف سفیهی باطل است.

امام خمینی (ره) در تعریف سفیه می گوید: سفیه (غیر رشید) کسی است که دارای حالتی که او را بر حفظ مال و توجه به شان آن برانگیزد نباشد، مالش را در غیر موردش و در غیر جایش مصرف و تلف می نماید و معاملاتش بر اساس کیاست و مواظبت نمودن در احتراز از غبن نمی باشد و نسبت به فریب خوردن در معاملات بی توجه است و اهل عرف و عقلا و فن، او را نسبت به تحصیل اموال و مصرف آنها، خارج از حال و روش خودشان می بینند. سفیه، شرعاً محجور است و تصرفات او در مالش به بیع و صلح و اجاره و هبه و ودیعه دادن و عاریه و غیر اینها، نافذ نمی باشد و محجور بودن او در صورتی که سفاهت او به زمان صغیری متصل باشد متوقف بر منع کردن حاکم شرع نیست و اما اگر سفاهت او بعد از بلوغ و رشد تجدید شده باشد، بر منع حاکم توفیق دارد؛ پس اگر رشد برایش پیدا شود، حجر از او بر طرف می شود و اگر سفاهت برگردد، حاکم حق دارد او را محجور کند.

در تعریف مجنون نیز باید گفت: مجنون کسی است که دارای اختلال مغز و اعصاب بوده، تا جایی که از خود قصد و اراده ای نداشته و نمی تواند در جامعه جایگاه حقوقی خود را تشخیص و از حقوق خود در جامعه دفاع کند. تشخیص جنون که یک مفهوم عرفی و طبی است، همیشه کار آسانی نیست و قانون نمی تواند یک ضابطه در این باره بدست آورد؛ لذا تشخیص آن را به عهده قاضی واگذار کرده است. قاضی می تواند از کارشناس و روانپزشک نظر بخواهد ولی در هر حال اتخاذ تصمیم قطعی درباره جنون با قاضی است و پیروی از نظر کارشناس و روانپزشک بر او لازم نیست.

بنابراین بطور خلاصه می توان گفت که ولی علاوه بر انجام اعمال و تصرفاتی که قوانین (قوانین مدنی و امور حسبی) برای قیم مقرر داشته است، می تواند نسبت به انجام تصرفاتی نیز که

قانون قیم را از دخالت در آن منع کرده و یا دخالت او را با نظارت دادستان و دادن تعهدات و تضمینات (ماده ۱۲۴۳ قانون مدنی و ماده ۹۰ قانون امور حسبی) پذیرفته است، اقدام نماید. هرگاه حجر محجور به هر علت و سبب که ایجاد شده زایل شود، با زایل شدن آن سبب قهراً زایل می گردد. و با زایل شدن علت و سبب حجر، شخص می تواند مستقلاً حقوق مدنی خود را استیفا نماید، زیرا که دیگر ولی یا وصی یا قیم در حفظ و نظارت بر اموال و دارایی او نقشی ندارند، و از تحت سرپرستی ولی، وصی و قیم خارج است.

ب) سوالات اصلی تحقیق:

- ۱- جایگاه ولی در فقه و حقوق ایران چیست؟
- ۲- جایگاه قیم در فقه و حقوق ایران چیست؟
- ۳- موارد اشتراک و افتراق ولایت و قیمومیت در فقه و حقوق ایران را بیان کنید؟

ج) سوالات فرعی تحقیق:

- ۱- ولی تا چه حد می تواند در مورد صغار و مجانین دخالت و تصرف نماید؟
- ۲- قیم در چه صورتی معرفی می شود؟
- ۳- موارد انحلال ولایت و قیمومیت چیست؟
- ۴- آیا دختره باکره همواره تحت اختیارات ولی و قیم است؟

د) انگیزه تحقیق:

با بررسی دقیق مباحث موجود در فقه و حقوق متوجه شدیم که نارسایی هایی در مباحث ولایت و قیمومیت مشاهده می گردد. از آنجا که مساله اهلیت ارتباط نزدیکی با مباحث ولایت و قیمومیت دارد و از طرفی اهلیت داشتن فرد در تمامی عقود و قراردادهای مورد تاکید قرار گرفته و در قانون

مدنی و فقه از شرایط صحت معاملات معرفی شده، لذا تحقیق و تفحص در مقوله ولایت و قیمومیت نیز از جایگاه ویژه ای برخوردار است. تحقیق حاضر با نگاهی جدید به ولایت و قیمومیت سعی نموده، با استمداد از فقه و حقوق ایران، ابهامات موجود را برطرف نموده و در طریق عملی و رویه قضایی نیز موشکافی کند.

ه) سابقه تحقیق:

بررسی ولایت و قیمومیت همواره مطمح نظر فقهاء در طول تاریخ فقه و فقهاء بوده است. از شیخ طوسی(ره) گرفته تا شیخ مفید(ره) در این باب سخن گفته اند. شهید اول در لمعه دمشقیه، شهید ثانی در شرح لمعه دمشقیه به تفصیل در این باب سخن رانده اند. علامه حلی و محقق حلی نیز در باره ولایت و قیمومیت نظرات خاصی مطرح نموده اند. در بین فقهاء موخر امام خمینی(ره) نیز به تفصیل در این باره نظرات جالبی ارائه نموده اند. در بین حقوقدانان نیز سنهوری در الازهر و کاتوزیان و جعفری لنگرودی در ایران تفصیلاً در کتب و مقالات خویش به آن پرداخته اند. کتاب ولایت و قیمومت اثر اباذر فومشی، جنبه های عملی این بحث را گشوده اند. همچنین در رساله کارشناسی ارشد حمید نبوی با عنوان "جایگاه ولی قهری در فقه امامیه"، تمامی مباحث مربوط به ولایت از دیدگاه فقهاء عظام شیعه بررسی گردید. همچنین در رساله کارشناسی ارشد رضا محمدپور با عنوان "بررسی فقهی - حقوقی قیوم و ارتباط آن با ولایت"، نقطه نظرات فقهاء اهل تسنن و تشیع و حقوقدانان در باب ولایت و قیمومیت مورد بررسی قرار گرفت.

و) توجیه پلان:

از آنجا که عمق مباحث مربوط به ولایت و قیمومت، آنقدر وزین و سنگین است که جز با راهنمایی ها و ارشادات اساتید راهنما و مشاور امکان پذیر نبود، لذا با توصیه این بزرگواران روش دو بخشی

برای ارائه رساله حاضر برگزیده شد. در بخش اول به تفصیل درباره ولایت و قیمومیت سخن گفته شد، در این بخش، منابع فقهی و حقوقی ولایت و قیمومیت بررسی گردید و با سایر مفاهیم حقوقی مرتبط مقایسه گردید همچنین منابع ولایت و قیمومیت و اشخاص تحت ولایت و قیمومیت بررسی گردید. نهایتاً در این بخش، هدف اصلی، شناسائی این دو مفهوم کلیدی است. در بخش دوم، منشا و حدود مسئولیت ولی و قیم مورد مذاقه قرار گرفت. بررسی موجبات هریک و شرایط آنان در این بخش ضروری بنظر می رسید و در نهایت لازم بود که حقوق و اختیارات و تکالیف ولی و قیم بررسی شود و در نهایت در فصل سوم، مقایسه دقیقی بین ولایت و قیمومیت صورت گرفت. اگر غیر از این می شد قطعاً تحقیق حاضر پختگی لازم را نداشت. لذا با توجه به راهنمایی های ارزنده اساتید محترم این پلان ارائه گردید.

بخش اول - مفاهیم و تعاریف

فصل اول: مفاهیم و تعاریف ولی قهری

مبحث اول: تعریف ولایت

گفتار اول: تعریف لغوی

پیش از بحث از معنای اصطلاحی ولایت در مسأله ولایت قهری می بایست به معنای لغوی بپردازیم. "ولایت (به فتح و کسر واو) در لغت به معنی سرپرستی، سلطه و اقتدار، حکومت کردن، تسلط پیدا کردن، دوست داشتن، یاری دادن، دست یافتن و تصرف کردن آمده است. ولایت از ریشه «و-ل-ی» گرفته شده است. مشتقات این ماده در عربی و فارسی مورد استعمال فراوان است و راجع به موارد استعمال «ولایت» دو نظریه وجود دارد^۱. راغب می گوید: «ولایت- بکسر واو- به معنی نصرت است؛ اما ولایت- به فتح واو- به معنی تصدی و صاحب اختیار بودن کار می باشد»^۲. واژه ولایت و دیگر مشتقات آن در معانی دیگری نیز به کار می رود. مهمترین معانی ولایت عبارتند از: نصرت و یاری، محبت، تصدی امر، تسلط، سیطره، سلطنت و امارت است. که در هر یک از این معانی نوعی اتصال، مباشرت و قرابت به چشم می خورد. و ولایت برای همان معانی اصلی- قرابت- وضع شده و موارد استعمال متعدد را باید از قراین لفظی و حالی به دست آورد. بنابراین مقصود ما در بحث «ولی قهری» با توجه به قراین، سلطه و سرپرستی مولی علیه و تدبیر امور او می باشد.

گفتار دوم: تعریف اصطلاحی

"ولایت در نصوص شرعی نیز معنای لغوی خویش را از دست نمی دهد و به معنای تصدی، تصرف و سلطنت بر شوئون غیر به کار می رود. و این معنی همان معنایی است که در مفهوم لغوی

۱- حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶، ص ۳۲۱
۲- الراغب الاصفهانی، الحسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، مؤسسه آل البیت، قم، ۱۴۱۶ ق، ص ۱۴۳

ولایت گذشت (تصدی امر، تسلط، سیطره، سلطنت و امارت). بنابراین مفهوم اصطلاحی ولایت، معنای جدیدی غیر از معنای لغوی ولایت نیست، یعنی این واژه حقیقت شرعی ندارد. و همانند غسل و وضو نیست که از ابتکارات و اختراعات شرعی باشد. اما مانند بسیاری از واژه های دیگر فقهی در مواردی، اخص از معنای لغوی استعمال می شود"^۱.

به عبارت دیگر وقتی در آیات قرآن و در روایات معصومین (علیهم السلام) موضوع ولایت مطرح می شود، با توجه به همان معنای لغوی کلمه، اگر به اعمال و رفتار مکلفان مربوط شود، و حکم شرعی را ترسیم کند. در حیطة و حوزه بحثهای فقهی جا می گیرد. و تحت عنوان ولایتهای شرعی (فقهی) از آن بحث می شود.

"نزدیکترین واژه ها به ولایت فقهی عبارتند از: سیطره، سلطنت، استیلا و ملکیت. ولایت و ملکیت با هم قابل مقایسه اند. ملکیت، سلطنت بر اشیاء است و ولایت سلطنت بر اشخاص، آن چنان که تمام شؤون شی تحت مالکیت، در ید مالک است. تمام شؤون مولی علیه نیز در ید تصرف ولی است. پس می توان گفت که ولایت اعم از ملکیت می باشد. زیرا ولایت هم سلطنت بر اشخاص است و هم سلطنت بر اموال آنها می باشد"^۲.

"بنابراین ولایت در اصطلاح فقهی، عبارت است از: «هی سلطنه علی الغیر عقلیه او شرعیه، نفساً کان أو مالاً أو کلیهما بالاصل، أو بالعارض». (ولایت سرپرستی دیگران است و با عقل یا شرع ثابت شده است. این سرپرستی ممکن است تنها بر شخص یا اموال او یا بر هر دو مورد باشد، ولایت ممکن است در اصل وجود داشته باشد یا به واسطه عارضه ای بوجود بیاید). به عبارت دیگر، ولایت، قدرت و اختیاری است که به موجب قانون به یک شخص واجد اهلیت، به منظور اداره اموال و مواظبت شخص محجور داده می شود"^۳.

۱- آل کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریرالمجله، ج ۴، مطبوعات مکتبه النجاشی طهران و مکتبه الفیروز آبادی قم، ۱۳۵۹، ص ۱۰۹

۲- بحر العلوم، سید عزالدین، بحوث فقهیه (من محاضرات آیه الله العظمی الشیخ حسین الحلی)، بیروت، دارالزهراء، ۱۳۹۸ ق، ص ۶۷

۳- الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه، ج ۵، دارالعضاره العربیه، بیروت، ۱۹۷۴، ص ۲۰۵

"ولایت در اصطلاح حقوقی عبارت است از سلطه و اقتداری که قانونگذار به جهتی از جهات به شخص یا اشخاصی می دهد که امور مربوط بغیر را انجام دهد و کسیکه این سمت را دارد ولی نامیده می شود"^۱.

مبحث دوم: اقسام ولایت

گفتار اول: ولایت قهری

"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 واگذار شده است. این ولایت دارای اقسامی است: ممکن است به حکم مستقیم قانون به شخصی داده شده یا به موجب وصایت واگذار گردیده و یا به حکم دادگاه برقرار شده باشد. ولایتی که به حکم مستقیم قانون واگذار شده باشد اصطلاحاً ولایت قهری نامیده می شود که قانون مدنی در مواد ۱۱۸۰ 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، هرچند که مشمول عنوان ولایت خاص می باشد"^۲.

اصطلاح ولی خاص، برابر ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی، شامل ولی قهری و وصی منصوب از جانب پدر یا جد پدری است. هرگاه محجور ولی خاص نداشته و ولایت از طرف دادگاه به شخصی واگذار شده باشد، این ولایت را قیمومت 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).

۱- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی دوره عقود معین، ج ۱، (معاملات معوض - عقود تملیکی)، شرکت انتشار، چاپ چهارم، با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱، ص ۲۴۵

۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۶۷، همان منبع، ص ۲۴۳

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"^۱.

"در فقه امامیه، تا آنجا که بررسی شده، اصطلاح ولایت قهری بکار نرفته و بنظر می رسد که قانون مدنی نخستین بار آنرا استعمال کرده است. معهداً 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 پدری و جد پدری ولایت اجباری است"^۲.

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 واگذار 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، اگرچه در تعیین اشخاصی که عهده دار این سمت هستند و چگونگی اعمال آن، قوانین یکسان نمی باشند.

ولی قهری بر دو قسم است^۳:

۱- ولی قهری: ولی قهری از نظر قانون مدنی پدر و جد پدری می باشند و قانونگذار سمت ولایت را به آن دو اعطا کرده است و نیازی به انتصاب و یا تنفیذ از طرف مقام رسمی ندارد، و به همین دلیل به پدر و جد پدری ولی قهری می گویند.

۱- طاهری، حبیب اله، حقوق مدنی، ج ۳، چاپخانه دفتر انتشارات، پاییز، ۱۳۷۵، ص ۲۰۱.

۲- همان، ص ۲۰۲.

۳- صفایی، حسین، ۱۳۵۱، دوره مقدماتی حقوق مدنی، نشریه عالی حسابداری، ج ۲، تهران، ص ۱۸۷.

ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند». بدین معنی است که هر یک از پدر و جد پدری هر دو در ردیف یکدیگر قرار دارند و هر یک از آن دو به طور مستقل دارای حق ولایت بوده، و می‌توانند اعمال حق نمایند، بنابراین تصرف هر یک از پدر و جد پدری در امور مربوط به ولایت که قبلاً آن را اعمال نموده صحیح بوده و عمل بعدی دیگری آنرا ملغی نمی‌کند. قانون مدنی در مورد اختلاف بین پدر و جد پدری در امور مربوط به ولایت که کدام یک مقدم هستند، ساکت است. اما "در فقه عده ای از فقها جد پدری را مقدم بر پدر دانسته‌اند و اینگونه استدلال می‌کنند، زمانی جد ولایت بر پدر نیز داشته است. بعضی دیگر پدر را بر جد پدری مقدم می‌دانند، و اینگونه استدلال می‌کنند که پدر نزدیکتر از جد به طفل است"^۱. "قانون مدنی به تبعیت از فقهاء امامیه، ولایت قهری را منحصر به پدر و جد پدری می‌داند و منظور از جد پدری، پدر پدر، و جد پدر، و هر چه بالا رود، است و مادر از ولایت طفل و فرزند مجنون و سفیع خود محروم است و فقهای امامیه در این امر اختلافی ندارند. و هر گاه پدر یا جد پدری نباشد، پدر و جد ولایت بر مولی علیه دارد، و کلمه جد مذکور در ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی شامل اجداد هر چه بالا رود است و از ماده فوق الذکر استنباط می‌گردد، بودن جد پدری، پدر جد ولایت ندارد، اگر چند پدر فوت کرده باشد"^۲. ولایت قهری همان ولایت اجباری طفل است که بر عهده پدر و جد او است و ولی نمی‌تواند از دخالت در داری طفل خودداری نماید. "معنای ولایت، حق تصرف و سرپرستی در مال طفل و اعمال نظر در مصالح آن است. یعنی اگر طفل یا مجنون مال غیر منقول داشته باشد ولی آنان حق دارد آن را در صورت غبطه و صرفه طفل یا مجنون بفروشد یا اجاره و رهن دهد، و در مواقع لزوم چنانچه حفظ مال متوقف بر عاریه دادن آن به غیر باشد، اقدام نماید. و یا مال منقول را که نگذارد اقدام به خرید و فروش آن نماید و این ولایت مخصوص پدر و جد و اجداد طفل و مجنون است و مادر و جد مادری چنین ولایتی را ندارند، و به طور مسلم اعمام و احوال و یا اخوه هم چنین ولایتی را هم نخواهند داشت. و در صورت فوت ولی وصی منصوب از

۱- ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر، ج ۲، جماعة المدرسين بقم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۰ق، ص ۱۴۵.

۲- طاهری، حبیب اله، حقوق مدنی، ج ۳، همان، ص ۲۳۱.

طرف او همان ولایت را طبق وصیت خواهد داشت و در صورت فقدان پدر و اجداد، ولایت با حاکم خواهد بود."^۱

۲- وصی: "وصی کسی است که موصی برای پس از فوت خود در انجام اموری که می توانسته خود بجای آورد، معین می کند، از قبیل پرداخت بدهکاری، اخراج ثلث و مصرف آن و نگاهداری مولی علیه و اداره دارائی او و غیره"^۲. منظور ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی از وصی، که ما آنرا بعنوان ولی خاص ذکر کرده ایم، کسی است که از طرف پدر یا جد پدری برای اموری مربوطه به صغیر منصوب شده است. اما "اعمال حقوقی را که وصی انجام می دهد، در حقیقت به نیابت و قائم مقامی از ولی است، که ولی سمتی را که خود در سرپرستی مولی علیه و دارائی او دارد برای پس از فوت به وصی واگذار می کند، و با بودن پدر یا جد پدری، وصی از طرف هر یک از آنان نمی تواند در امور مولی علیه اعمال ولایت نماید، و در صورت فوت پدر و جد پدری وصی منصوب از طرف آنان سمت ولایت را عهده دار خواهد بود. بنابراین هر کس می تواند بوسیله وصیت برای بعد از فوت خود وصی معین کند، حدود اختیارات او(وصی) را معین و معلوم نماید"^۳. "در وصیت باید حدود اختیارات و موارد وصایت مشخص و معلوم باشد. هرگاه موصی(پدر یا جد پدری) کسی را بطور مطلق وصی قرار دهد، یا وصی بر ثلث خود قرار دهد و یا وصی بر پرداخت بدهکاری خویش و یا تجهیز مراسم کفن و دفن و مجلس ختم خود ننماید، در صورتی که موصی طفل صغیر یا مجنون داشته باشد، سمتی را نسبت به طفل صغیر یا مجنون نخواهد داشت، و در این صورت دادگاه باید قیم معین کند. هرگاه موصی کسی را وصی قرار می دهد در صورت دارا بودن طفل صغیر یا مجنون حتماً باید به طور صریح وصی را بر امور مولی علیه قرار دهد، و یا قرائن باید دلالت بر این امر کند که منظور موصی از وصیت این بوده که امور مولی علیه را به وصی بسپرد، در غیر این صورت وصی حق دخالت در امور

۱ - رسایی نیا، ناصر، حقوق مدنی ۳، انتشارات آوای نور، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۶، ص ۳۲۱.

۲ - کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (درسهایی از فقه، ارث، وصیت)، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۱۶۷.

۳ - همان، ص ۱۶۸.

مولی علیه را نخواهد داشت مگر اینکه از طرف دادگاه برای طفل قیم معین شود^{۱۶۹}. ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی مقرر میدارد: هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری میتوانند برای اولاد خود که تحت ولایت او می باشند وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید.» بنابراین وصی به عنوان قائم مقام ولی، امور مربوط به ولایت را انجام می دهد. ماده ۱۱۸۹ قانون مدنی مقرر می دارد: هیچ یک از پدر و جد پدری نمی تواند با حیات دیگری برای مولی علیه خود وصی معین کند.

شاه باغ در شرح این دو ماده اینگونه بیان داشته است: "پدر و جد هر دو در یک مرتبه ولایت بر اولاد صغار خود دارند و می توانند همه گونه تصرفاتی که مہبتی بر غبطه و صرفه مولی علیه باشد از خرید و فروش و رهن و اجاره و عاریه و مضاربه و مزارعه و مساقات و غیره بنمایند. ولی اگر پدر یا جد قبل از دیگری وفات کند ولایت منحصر به زنده خواهد بود در این صورت می تواند این ولی زنده نسبت به مولی علیه صغیر خود پس از وفات، قیم تعیین کند. وقیم همان وظایفی را دارد که ولی داشته و همان نوع اختیارات را خواهد داشت و معاملاتی که مہبتی بر غبطه و صرفه صغیر باشد انجام دهد و همان قسمتی که اگر صغیر پس از رشد مدعی خیانت ولی می گردید با نداشتن بیّنه قول ولی با قسم مبنی بر عدم خیانت مسموع بود، در مورد قیم نیز همین قسم است و هر گاه

طفلی پس از رشد مدعی خیانت شد و دلیلی اقامه ننمود قول قیم با قسم مقدم است"^{۱۷۰}. "چنانکه از ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی فهمیده می شود قانون حق تعیین وصی بهر یک از پدر و جد پدری پس از فوت دیگری داده و آنها را از تعیین وصی در حیات دیگری منع نموده است. و منظور ماده ۱۱۸۹ قانون مدنی عدم وصایت است. زیرا هر یک از پدر و جد پدری مستقلاً دارای سمت ولایت می باشد و با فوت یکی از آن دو دیگری به سمت ولایت استقلالی به اداره ی امور مولی علیه می پردازد و وصی قائم مقام ولی می باشد که فوت نموده است، وبا بودن اصیل در امر ولایت قائم مقام موردی ندارد، بدین جهت در ردیف ولی نمی تواند قرار گیرد. شخص می تواند یا قسمتی از اختیارات خود

۱- همان، ص ۱۶۹.

۲- حائری شاه باغ، همان، ص ۲۳۱.