

The Nature of Guardianship of Father over the Legitimate Child and Natural Child from the Viewpoint of Right or Rule in Imamiyyah Jurisprudence and Civil Law

'Abedin Mo'meni^{1}, Nasrin Salehi Rozveh²*

1. Associate Professor, Faculty of Theology, University of Tehran, Tehran, Iran
2. Ph.D Student in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, University of Islamic Denominations, Tehran, Iran

(Received: July 16, 2019; Accepted: November 3, 2019)

Abstract

One of the institutions that has less considered analytically from different dimensions, despite having vast applications in law and jurisprudence, is the guardianship of father over the child. This writing tries to investigate the nature of the guardianship of father over the natural child and legitimate child from the viewpoint of right or rule in Imamiyyah jurisprudence and civil law. The study of jurisprudence resources shows that the interpretation of the guardianship in the traditions of infallible Imams (peace be upon them) and the statements of the jurists pertains to the general meaning of the right that includes the rule. Considering, in addition, the capability to waive the right that is regarded by the jurists as the main specification of the right in its specific term, the lack of capability to waive the right of guardianship shows the ruling role of this institution both for the legitimate child and the natural child. Despite the fact that it has not been stipulated in the civil code, since it is followed by the famous jurists, the civil code also agree with that. It is worth mentioning that according to the opinion of the contemporary jurists all of the effects of the guardianship except inheritance are applied to the natural child too.

Keywords: Right, Rule, Father's Guardianship, Waiver of Right, Legitimate Child, Natural Child.

*Corresponding Author: m.moumeni@gmail.com

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۹
صفحات ۷۵۷-۷۷۸ (مقاله پژوهشی)

ماهیت ولایت پدر بر فرزند شرعی و فرزند طبیعی از منظر حق یا حکم

در فقه امامیه و قانون مدنی

عابدین مؤمنی^{۱*}، نسرين صالحی رزوه^۲

۱. دانشیار، دانشکده الهیات، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۱۲)

چکیده

یکی از نهادها و تأسیساتی که با آنکه کاربرد فراوان در فقه و حقوق دارد، به نحو تحلیلی کمتر به ابعاد این نهاد پرداخته شده، مسئله ولایت پدر بر فرزند است. در این نوشتار تلاش می‌شود ماهیت ولایت پدر نسبت به فرزند طبیعی و شرعی، از لحاظ حق یا حکم بودن در فقه امامیه و حقوق مدنی بررسی شود. بررسی منابع فقهی نشان می‌دهد تعبیر ائمه معصومین(ع) در روایات و عبارات فقها از ولایت به عنوان حق ولایت، ناظر به معنای عام حق است که شامل حکم می‌شود. همچنین با توجه به قابلیت اسقاط که فقها آن را اصلی‌ترین ویژگی حق به معنای خاص می‌دانند، عدم اسقاط‌پذیری در ولایت، از حکم بودن این نهاد چه در مورد فرزند شرعی و فرزند طبیعی نشان دارد و قانون مدنی نیز اگرچه تصریح به این امر ندارد، با توجه به تبعیت آن از نظر مشهور با این نظر موافق است. شایان ذکر خواهد بود که در مورد فرزند طبیعی نیز با توجه به نظر فقهای معاصر، همه آثار به جز ارث مترتب می‌شود.

واژگان کلیدی

اسقاط حق، حق، حکم، فرزند شرعی، فرزند طبیعی، ولایت پدر.

مقدمه

یکی از موضوعات مطرح به‌ویژه در یک سده و نیم اخیر که مورد توجه فقهای امامیه قرار گرفته، مسئله حق و حکم و نقش کاربردی آن در تبیین برخی مسائل فقهی و حقوقی است. شناسایی و تمایز حق و حکم از یکدیگر، از راه تعریف ماهوی و بیان عناصر مقوم هر یک به ما کمک می‌کند که حق و حکم به‌عنوان دو مفهوم فقهی و حقوقی از یکدیگر تمایز یابند. در واقع تحلیل و تبیین عناصر ماهوی به ما کمک می‌کند که عناصر اصلی و جوهری حق و حکم بیان و از این طریق، ماهیت و حقیقت هر یک بیان شود.

شایان ذکر است که در اینجا وقتی صحبت از حقیقت و تعریف حق می‌شود، توجه به این نکته وجود دارد که مفاهیم اعتباری دارای تعریف حقیقی نیستند و این تعریف‌ها لفظی هستند نه حقیقی و آنچه به‌عنوان جنس و فصل در تعریف امور اعتباری می‌آید، به‌منزله جنس و فصل هستند؛ چرا که در جای خود روشن شده است که تعریف‌های حدی به امور حقیقی اختصاص دارد (مطهری، ۱۳۶۸: ۲۵). اما راه دومی وجود دارد که در تمایز بین حق و حکم به آثار و ویژگی‌های این دو توجه شود و با عنایت به این آثار، به حق بودن یا حکم بودن حکم کنند. شناخت آثار هر یک از این دو نهاد به‌عنوان کلیدهای شناسایی این مفاهیم از یکدیگر این امکان را فراهم می‌کند که در موارد مشتبه بین حق و حکم داوری شود. این راه دوم برخلاف راه اول که بیشتر جنبه نظری دارد، جنبه کاربردی خواهد داشت. جالب است که فقیهان امامی در بحث حق و به‌طور خاص در رساله‌های حق و حکم که در این باب نوشته‌اند، بر طریق دوم رفته‌اند. مسئله ولایت یکی از موضوعات پرکاربرد در فقه و حقوق است که با موضوع حق و حکم ارتباط نزدیکی دارد. تبیین نهاد ولایت از نظر مفهومی و داوری درباره حق یا حکم بودن آن به‌ویژه ولایت قهری پدر بر فرزند و نسبت آن با فرزند طبیعی در فقه امامیه و حقوق ایران، موضوع مورد بررسی در این مقاله است.

امروزه با افزایش فرزندان طبیعی با این سؤال مواجه‌ایم که رویکرد فقه امامیه و حقوق ایران در ارتباط با این پدیده چیست؟ در مورد فرزند حاصل از رابطه شبه‌ناک، مشهور

فقها قائل به جریان آثار نسب شرعی شده‌اند. آیا می‌توان در کنار نظریه مشهور، بر مبنای منابع دینی، چنانکه گروهی از فقهای معاصر بر آن صحه گذاشته‌اند، فرزند طبیعی را دارای همان حقوق فرزند شرعی بدانیم؟ همچنانکه مزیت این رویکرد علاوه بر استناد به منابع دینی و فقهای معاصر از نظر حمایت از فرزندان طبیعی به‌عنوان گروهی که چندان دیده نشده‌اند، موجب می‌شود فاصله‌ها برداشته شود و هماهنگی بیشتری با نظام‌های حقوقی مدرن مبتنی بر حقوق بشر حاصل شود. در این نوشتار تلاش شده است تا با تکیه بر نظریات فقهای معاصر و حقوقدانان، با توجه به ماهیت ولایت پدر بر فرزند، به بررسی نسبت آن با فرزند طبیعی بپردازیم. به این ترتیب که بخش نخست مقاله پس از تعریف مفاهیم تحقیق - شامل حق، حکم و ولایت - به تبیین نهاد ولایت از نظر مفهومی و داوری درباره حق یا حکم بودن آن اختصاص یافته و در بخش دوم، نسبت ولایت پدر با فرزند طبیعی در فقه امامیه و حقوق ایران بررسی شده است.

مفهوم حق در لغت و اصطلاح فقهی

مفهوم حق در لغت

واژه حق در معانی گوناگونی استعمال شده؛ برخی از آن معانی در کتب لغت عبارت است از: اسم الله، نقیض باطل (جوهری، ۱۹۸۷، ج ۴: ۱۴۶)، گفتار مطابق با واقع، امر ثابت، یقین، ثبوت و وجوب (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۰: ۴۹).

مفهوم حق در اصطلاح فقهی

واژه حق در اصطلاح فقهی دارای معانی متفاوتی است. با تتبع در آرای فقها می‌توان گفت چند نظر اساسی درباره معنای اصطلاحی حق مطرح است (فروغی، ۱۳۹۱: ۸۷) که به اختصار به آنها اشاره خواهد شد:

۱. مشهور فقهای امامیه معتقدند حق سلطنت فعلیه و اقتداری است که با وجود دو طرف من له الحق و من علیه الحق تحقق می‌یابد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۹)؛
۲. حق همان ملک است، به طوری که در مراتب ملکیت حق ضعیف‌ترین مرتبه آن از

جهت شدت و ضعف محسوب می‌شود. از جمله فقهای برجسته‌ای چون محقق یزدی و میرزای نایینی این نظر را مطرح کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۵۵ و ۷۵؛ خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۰۷)؛

۳. هر حق اعتبار خاصی است که با حق دیگر در معنا تفاوت دارد و بدین جهت که اعتبار خاص است، نمی‌تواند زیرمجموعه ملک و سلطنت قرار بگیرد. از نظر محقق اصفهانی ولایت اعتبار است و حق تصرف ولی در اموال مولی‌علیه از احکام این اعتبار به لحاظ حکم تکلیفی و وضعی خواهد بود و به جعل اعتباری دیگری نیاز نیست، در نتیجه اضافه حق به ولایت، اضافه بیانی است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۴)؛

۴. حق ماهیت اعتباری مستقل از ملک و سلطنت بوده و جزء آن دو قرار نمی‌گیرد و در این معنا حق یک معنای واحد است که مصادیق متعدد دارد و در واقع این معنای واحد در تمام مصادیق آن مشترک معنوی است و تنها به لحاظ متعلق و مصادیق مختلف با یکدیگر متمایز است که در این صورت با تعریف محقق اصفهانی که حق را در هر مورد اعتبار خاص می‌داند، نیز تفاوت می‌یابد. این نظر متعلق به امام خمینی است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۳۹).

بنابراین حق عبارت است از اعتبار مستقل عقلایی که همان حکم وضعی است؛ زیرا وقتی حق را به عنوان اعتبار مستقل عقلایی تعریف می‌کنیم، در واقع به این نکته تأکید می‌کنیم که حق از نظر عرف عقلا دارای ماهیت اعتباری مستقل به عنوان یک حکم وضعی است. این نظر در مقابل عقیده‌ای است که احکام وضعی را مجعول شرعی می‌داند و اعتقاد دارد که حکم وضعی همانند حکم تکلیفی حکم و مجعول شرعی است؛

مفهوم حکم در لغت و اصطلاح فقهی

واژه عربی حکم مصدر و اسم مصدر از ریشه «ح ک م»، به معنای بازداشتن، فرمان دادن، دانش و حکمت است (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۶۶). مراد از حکم شرعی در زبان فقها و اصولیان، قانونی بوده که خداوند برای تنظیم زندگی انسان‌ها وضع کرده است (صدر، ۱۴۱۸، ج ۱: ۱۳) شاید بتوان حکم شرعی را به اختصار این‌گونه تعریف کرد: حکم

شرعی امری است که شارع مقدس آن را برای موضوعی اعتبار کرده است، مشروط بر اینکه اعتبار به نحوی از انحا انشا شده باشد (گرجی، ۱۳۶۴: ۳۰).

به طور کلی دو معنا از واژه حق و حکم نسبت به یکدیگر متصور است:

۱. حکم به معنای عام (مطلق مجعولات شارع): در نظام شرعی، بی تردید با این قاعده مواجهیم که هر آنچه قانونگذار برای زندگی انسانها در جهت هدایت آنها و تعیین ضوابطی برای رفتارهای آنها در ابعاد گوناگون زندگی اجتماعی لحاظ کرده، در معنای عام کلمه حکم است. حکم در این معنا شامل همه قواعد تکلیفی، اباحه و همه احکام وضعی است. حق نیز در این معنا از حکم، جزئی از احکام یا اثر برخی از احکام و ملازم با حکم و متداخل در آن است. بنابراین هر گاه حکم در این معنا به کار رود، تمام مقرراتی که به نحوی از انحا به وضع شارع منسوب و مرتبط است، در قلمرو شمول این معنا قرار می‌گیرد؛

۲. حکم به معنای خاص: در این معنا صرفاً آن دسته از مجعولات شارع که متضمن جنبه الزام است، مورد نظر بوده‌اند و بحث به حوزه احکام تکلیفی مرتبط است و احکام ناظر به استحباب و کراهت و حتی اباحه از قلمرو بحث خارج است؛ زیرا در این حوزه‌ها الزامی وجود ندارد. لذا احکام وضعی نیز خارج از محدوده بحث قرار می‌گیرند؛ زیرا اقتضای بر وجه الزام به طور مستقیم، به وجوب و حرمت محدود است. در این معنا آن بخش از مجعولات شارع که امکان تراضی برخلاف آن نیست، حکم نامیده می‌شود.

بر این اساس، می‌توان گفت حق در فقه در دو معنا به کار رفته است: نخست حق به معنای عام است، به طوری که شامل حکم، ملک و حق به معنای خاص است؛ معنای دوم حق به معنای خاص است که در مقابل ملک و حکم قرار دارد. لذا اینکه فقها حق را در برابر حکم به کار می‌برند، منظور از حکم، حکم تکلیفی است اما وقتی می‌گویند حق به معنای عام، نه تنها در مقابل حکم نیست، بلکه شامل حکم وضعی و تکلیفی است؛ به طور مثال حق به معنای عام شامل حق خیار، حق ولایت، ملکیت و ... خواهد بود. در مقابل حکم به معنای عام شامل حکم وضعی و تکلیفی است و از آنجا که حق به معنای خاص حکم وضعی بوده، زیرمجموعه حکم به معنای عام قرار می‌گیرد (فروغی، ۱۳۹۱: ۸۵).

بر این اساس مقصود از حق در این مقاله، حق به معنای خاص آن به‌عنوان یک حکم وضعی است که در مقابل حکم به معنای خاص آن یعنی حکم تکلیفی - که از آن غالباً با عنوان حکم شرعی یاد می‌شود - قرار می‌گیرد.

مفهوم ولایت در لغت و اصطلاح فقهی

ولایت (به فتح و کسر واو) مصدر ثلاثی مجرد از ریشه «ولی یلی ولایه» در لغت به معنای حکومت کردن، تسلط پیدا کردن، دوست داشتن، یاری دادن و تصرف کردن آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۵: ۴۰۷). به‌طور کلی ولایت از نظر لغوی «به دو چیز که در کنار هم قرار گیرند به طوری که بین آنها فاصله‌ای نباشد» اطلاق می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۸۵).

ولایت در اصطلاح عبارت است از سلطه‌ای که شخص بر جان یا مال غیر یا هر دو پیدا کند؛ فرقی نمی‌کند که این سلطه عقلی باشد یا شرعی، بر جان باشد یا بر مال یا هر دو بالاصاله باشد یا بالعرض (آل بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۳: ۲۱۰).

مفهوم ولایت در فقه امامیه

توجه به روایات معصومین (ع) و عبارات فقیهان امامی نشان می‌دهد که از ولایت در روایات و کلمات فقها به حق تعبیر شده و برخی از فقها، به حکم بودن ولایت تصریح کرده‌اند (توحیدی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۵ - ۴۶؛ خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۷؛ شیرازی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۲۳۹). اما در همین حال فقها در بیان اقسام حق، قسم اول آن را حقوق غیرقابل اسقاط و نقل و انتقال اختصاص داده‌اند و ولایت را از جمله حقوق معاوضه‌ناشدنی دانسته‌اند؛ به این معنا که قابل اسقاط و نقل و انتقال نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۲۸۱ - ۲۸۲). محقق یزدی پس از اینکه حق ولایت را از جمله حقوق غیرقابل نقل و انتقال و اسقاط محسوب می‌کند، در ادامه متذکر می‌شود که شاید گفته شود حقوق مندرج در دسته اول فی الواقع جزو احکامند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۵۵). این تصریح نشان می‌دهد که فقها دقیقاً با توجه به تفاوت ماهوی حق و حکم، قسم اول حق را

که از احکام هستند، قرار داده و این یعنی ایشان در مقام بیان اقسام حق به معنای اعم (شامل حکم، ملک و حق به معنای خاص) بوده است و قابلیت اسقاط را از آثار حق به معنای خاص می‌دانند.

از نظر محقق اصفهانی که تعریف متفاوتی از حق دارد، - چنانکه در مفهوم اصطلاحی حق در فقه گذشت - حق مصداقاً و در هر مورد، اعتبار مخصوصی است که آثار خاص خود را داراست؛ مثلاً حق ولایت، فقط اعتبار ولایت حاکم و پدر و جد پدری بوده که از احکام این اعتبار، جواز تکلیفی و وضعی تصرف ولی در مال مولی‌علیه است و به اعتبار دیگری نیازمند نیست. ایشان پنج صورت را بیان می‌کند که قسم اول شامل حقوقی است که قابلیت هیچ‌یک از اسقاط، نقل و انتقال را ندارد و مواردی نظیر حق ولایت، حق تولیت و حق نظارت را به‌عنوان مصادیق این دسته از حقوق ذکر کرده‌اند؛ چرا که حق دارای یک معنای واحد نیست و حق در هر مورد و مصداقی معنای خاص خود را دارد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴۷).

امام خمینی در نقد این نظریه آورده است: «آنچه محقق اصفهانی مانند ولایت و تولیت ذکر نموده از حقوق نبوده بلکه اعتبارات دیگری غیر از حق، ملک و سلطنت هستند. بنابراین ولایت و وصایت از اعتبارات قراردادی مستقل و غیرمربوط به حق است. بنابراین قول به اینکه این موارد همه از حقوق بوده و ملتزم شدن به اینکه حق در هر مورد دارای معنای جداگانه‌ای است، در نهایت اشکال بوده و مخالف ارتکاز عقلا و عرف است» (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۲).

بر این اساس امام خمینی، ولایت را از جمله احکام وضعی و اعتباری می‌شمارد (تقوی اشتهاردی، ۱۳۸۵، ج ۴: ۷۳ و ۷۴). به عبارت دیگر، ولی، به‌عنوان سرپرست، زمام امور مولی‌علیه را به دست دارد و مولی‌علیه می‌تواند یک فرد یا افرادی خاص باشد یا اشخاصی نامعین. ایشان حق را در ردیف مفاهیمی مانند سلطنت، ملک و ولایت قرار داده، نه اینکه ولایت از حقوق باشد و در ادامه، وضعی و اعتباری بودن را ویژگی سه مورد یادشده عنوان می‌کنند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۲).

به تعبیر دیگر با اینکه ولایت با اضافه به کلمه حق به کار می‌رود، در حقیقت با حق

متفاوت است؛ زیرا با وجود آنکه هر دو حاکی از سلطه هستند، حق، سلطه انتفاع و ولایت سلطه نفع‌رسانی است (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۳۳۶ - ۳۳۷)؛ به‌عنوان مثال مقصود از حق مالکیت سلطه‌ای است که به‌موجب آن، مالک می‌تواند در مملوک خود تصرف کند و از آن انتفاع ببرد، ولی مقصود از ولایت ولی بر مولی‌علیه سلطه‌ای است که به‌موجب آن، ولی می‌تواند به افراد تحت ولایت خود نفع برساند و به مصلحت آنان در امورشان تصمیم‌گیری کند. بنابراین با تفاوتی که میان حق و ولایت از جنبه‌های مختلف وجود دارد و با شرایطی که ولی حق اسقاط و نقل و انتقال حق ولایت را ندارد و در اعمال حق تصرف خود نیز، ناگزیر به رعایت شروط یادشده است، ولایت تنها می‌تواند از مقوله احکام باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ج ۸: ۲۰۰).

آثار و ویژگی‌های حق در ولایت

راه دومی که فقها برای تمیز حق و حکم پیش گرفته‌اند، همان‌طور که اشاره شد، شناخت آثار هر یک از این دو نهاد است. مشهور فقهای امامیه قابلیت‌های سه‌گانه اسقاط‌پذیری حق، نقل‌پذیری حق و انتقال‌پذیری حق را به‌عنوان ویژگی‌های حق و کلیدهای شناسایی حق از حکم دانسته‌اند، به‌طوری که این امکان را فراهم می‌کند که در موارد مشتبه بین حق و حکم، حق از حکم تمیز داده شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱: ۲۲۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۵۶؛ خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۰۷ - ۱۰۸، خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۷). در این بین برخی نیز معتقدند که حداقل یکی از این سه (قابلیت اسقاط) باید در موردی وجود داشته باشد تا اطلاق حق بر آن صحیح باشد. شیخ انصاری در بحث‌های این مطلب را تحت عنوان قاعده مسلم «أن لكل ذي حق اسقاط حقه» بحث کرده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲: ۳۲۷). بنابراین صورتی که حق قابل اسقاط، نقل و انتقال نباشد دیگر از قبیل احکام است و نه حق به معنای خاص آن. در این صورت اگر جایی مثل ولایت این موارد به حق تعلق نگیرد، معلوم می‌شود که اساساً حکم است و نه حق. حتی برخی از این قاعده با عنوان قاعده عقلی یاد کرده‌اند (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۸) بنابراین اگر دلیل لفظی روشنی برای اسقاط باشد، در این صورت حق به معنای خاص است و در صورتی که خلاف این امر باشد، حق به معنای عام و حکم است.

محقق اصفهانی نیز هنگامی که از راه دوم یعنی توجه به آثار و ویژگی‌های حق و حکم به ولایت می‌نگرد، تصریح می‌کند که موردی وجود ندارد که حق باشد و در عین حال امکان اسقاط آن محل تردید باشد. وی تصریح کرده است که در مثل حق ولایت و نظایر آن، صرف به‌کار رفتن تعبیر حق برای آنها در روایات و نیز کلمات فقها سبب نمی‌شود که آنها در زمره حقوق قرار گیرند. بنابراین تعبیر حق در این موارد خالی از مسامحه نیست (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۵۰ - ۵۱)

امام خمینی معتقد است که اگر تمام آثار حق - قابلیت اسقاط، نقل و انتقال - از حقی سلب شد، دیگر به آن حق گفته نمی‌شود و طبعاً از مقوله حکم خواهد بود. از این رو ایشان حق الولایه را که قابلیت هیچ‌کدام از آن آثار را ندارد، حق نمی‌دانند و در توضیح قسمی که قابل نقل و انتقال و اسقاط نیست، می‌نویسد: قسم اول به دلیل اینکه هیچ‌یک از آثار حق را دارا نیست، در حق بودنش تردید است؛ مانند حق الابوه و حق الولایه و به‌طور کلی دیدگاه خود را این‌گونه بیان می‌کنند: «در هر حال ثابت نشده که حق بودن موردی احراز شود و در عین حال آن مورد قابل اسقاط، نقل و انتقال نباشد»^۱ (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۷).

امام خمینی پس از اینکه آثار حق را غیر از مقومات حق دانسته‌اند، می‌نویسد: بدین روی ممکن است گاهی عنوان ملک و حق تحقق پیدا کند و صادق باشد، بدون اینکه این اختیارات و آثار وجود داشته باشد؛ مانند محجور بودن کسی و متقابلاً گاهی قدرت بر این امور هست، بی‌آنکه مالکیت وجود داشته باشد؛ مانند قدرت داشتن ولی (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۴۴)؛ به این معنا که حق و سلطه، دو مفهوم مستقل و هم‌عرض هستند، ولی اگرچه حق تصرف در اموال مولی‌علیه را دارد، اما مالک و ذی‌حق نیست؛ زیرا ایشان پیش از این عبارت تصریح می‌نماید که گاهی از سلطنت تعبیر به حق به معنای اعم می‌شود و پس از این عبارت نیز تأکید می‌نماید که اگر تمام آثار از حقی سلب شد، دیگر به آن حق گفته نمی‌شود و طبعاً از مقوله حکم خواهد بود (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۴۴).

۱. «و کیف کان لم ینبت مورد احرز کونه حقاً و مع ذلک لم یکن قابلاً للاسقاط و النقل و الانتقال».

شهید صدر در این مورد می‌نویسد: «احکام تکلیفی قابلیت اسقاط ندارند و این امر واضح است اما در مورد احکام وضعی این امر متوقف بر این است که مجعول ملحوظ در آن به دلالت مطابقی، مصداقی از حق است یا خیر. پس اگر مصداقی از حق باشد، امکان اسقاط آن وجود دارد و اگر از این سنخ نباشد، هرچند به دلالت التزامی مصداقی از حق باشد، قابلیت اسقاط ندارد. برخی معتقدند حق ابوت، ولایت حاکم، حق استمتاع زوج از زوجه، حق همسایه بر همسایه و حق مؤمن بر برادرش از این نوع هستند. واقع آن است در راه اسقاط این حق‌ها مانع وجود دارد؛ به عبارت دیگر، این موارد و مثل آن، حق به دلالت مطابقی نیستند بلکه احکام و تکالیفی هستند که متعلق به دیگران هستند. اسقاط حق در اینجا اقتضای حکم شرعی به طبیعت حال را ندارد و برای صاحب حق اسقاط آن امکان ندارد، بلکه بر صاحب حق به جهت وجود جهات بسیاری حرام است» (صدر، ۱۴۲۹: ۱۷ - ۲۰).

برخی فقیهان معاصر در بحث ولایت وصی (صرف نظر از اینکه وصایت شاخه‌ای از ولایت بوده یا اینکه مفهومی مستقل است که اصل در آن نیابت خواهد بود) در نکاح صغار بحثی را در مورد ماهیت ولایت مطرح می‌کند که مقتضای حق بودن و حکم بودن ولایت را طرح می‌کند و شواهد هر نظر را هم آورده است؛ اما در نهایت حکم بودن را می‌پذیرد. ایشان در این بحث قابلیت نقل و انتقال حق را با توجه به ادله باب ولایت بررسی و تفاوت جوهری حق و حکم را این‌گونه بیان می‌کند که ثبوت و سقوط احکام به دست شارع و ثبوت و سقوط حقوق به دست خود انسان است. جعل احکام از آن جهت که حکم خداست، قابل اسقاط نیست؛ اما در حقوق از آن جهت که حق است، قابل اسقاط خواهد بود؛ مانند حق خیار که قابل اسقاط است. ایشان معیار مشهور فقهای امامیه در مورد قابلیت نقل و انتقال حق را نقد کرده و معتقد است معیار حق بودن این نیست که هر جا حق باشد، قابل نقل و انتقال قهری به ارث باشد، بلکه ملاک این است که اگر چیزی حق بود و شخص مستحق و ذی‌حق مورد حق است نه مقوم حق، این حق قابل نقل و انتقال است و احیاناً ممکن است که قابل ارث هم باشد، اگر قابل ارث نباشد، آن دلیل خاص می‌خواهد؛ به عبارت دیگر ایشان در مورد قابلیت نقل و انتقال

حق، حق را دو قسم می‌داند: آنجا که شخص مستحق مورد حق است، می‌تواند حق را به دیگری منتقل کند؛ یعنی این شخص صاحب این حق است؛ مثل حق خیار که می‌تواند حق اعمال آن را به دیگری تفویض نماید و یا بعد از مرگ او ورثه ارث می‌برند، اما آنجا که شخص مقوم حق است نه مورد حق، قابل نقل انتقال و ارث نیست (جوادی آملی، ۹۴/۱/۲۹، پایگاه تحقیقاتی مدرسه فقهت: www.eShia.ir).

در مجموع از نظر ایشان بسته به مورد یا مقوم بودن محق، وضعیت انتقال حق متفاوت است و جایی که محق مقوم باشد، مورد حق می‌تواند حق را منتقل کند، اما با این حال در جایی که حق، قابلیت انتقال هم نداشته باشد، محق می‌تواند بالتسبیب حقی را به دیگری واگذار کند؛ مثل اتفاقی که در وکالت یا نیابت می‌افتد؛ همچنانکه در وصایت نیز همین است که وصایت از سنخ انتقال حق نیست، از سنخ اعمال حق است بالتسبیب؛ چون پدر یا جد نمی‌توانند حق سرپرستی را که خدا برای آنها قرار داده است، به دیگری منتقل کنند، اما چون این حق در اختیار آنهاست، گاهی مابشرتاً این حق را اعمال می‌کند و گاهی بالتسبیب؛ جریان تعیین وصی هم همین طور است حق را بالتسبیب اعمال می‌کند، نه اینکه حق را به دیگری منتقل کند تا گفته بشود ولایت که قابل انتقال نیست! پس از این جهت محذوری ندارد که پدر یا جد پدری در قلمرو وصایت وصی این مطلب را بگنجانند که او زن یا مردی را به ازدواج کودک دریاورد (جوادی آملی، ۹۵/۵/۲۱ پایگاه تحقیقاتی مدرسه فقهت: www.eShia.ir).

در مجموع روشن می‌شود که فقهای امامیه، ولایت ولی قهری را از جمله احکام تکلیفی می‌دانند، اگرچه برخی معاصران در تکلیفی و وضعی بودن آن تردید کرده‌اند، اما در نهایت نظر به حکم بودن دادند؛ به عبارت دیگر تعبیر حق از حق ولایت در لسان اخبار و کلمات فقها، به معنای حق در معنای عام آن است که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص خواهد بود و بر این اساس حق ولایت به عنوان مصداق صورتی که حق قابل اسقاط، نقل و انتقال نیست؛ از بحث حق به معنای خاص آن خارج و از جمله احکام تکلیفی محسوب می‌شود.

ولایت بر فرزند شرعی و فرزند طبیعی در فقه امامیه و قانون مدنی

ولایت بر فرزند شرعی در فقه امامیه و قانون مدنی

آنچه تاکنون درباره ماهیت ولایت مطرح شد، همه در مورد مولی علیه و فرزندى است که دارای نسب مشروع و قانونی بوده و از رابطه شرعی و قانونی متولد شده است و پدر و جد پدری به عنوان وکی قهری^۱ او وظیفه سرپرستی او را در امور مالی و غیرمالی بر عهده دارند؛ اما مسئله‌ای که به عنوان مصداقی مشتبه در مورد ولایت جای بحث و بررسی دارد، ولایت فرزندى است که نسب او نامشروع بوده و در نتیجه رابطه نامشروع زن و مردی به دنیا آید که در ادامه بررسی خواهد شد.

ولایت بر فرزند طبیعی در فقه امامیه

همان‌گونه که اشاره شد، بحث‌هایی که تاکنون درباره حق یا حکم بودن ولایت مطرح شد، همه در مورد ولایت پدر بر فرزند شرعی با نسب مشروع است و پدر و جد پدری (در فقه و حقوق امامیه) وظیفه سرپرستی او را بر عهده دارند، اما یکی از موارد قابل بررسی در این زمینه ولایت فرزند طبیعی است که نسب مشروع ندارد. آیا پدر بر فرزند طبیعی نیز ولایت دارد یا چون نسب نامشروع است، ولایت فرزند به پدر عرفی واگذار نمی‌شود؟

با پیوند زن و مرد در قالب عقد نکاح، خانواده به عنوان کوچک‌ترین واحد اجتماعی شکل می‌گیرد، اما تعداد معدودی از افراد، خارج از نکاح با یکدیگر ارتباط داشته‌اند و در نتیجه کودکانی پا به عرصه حیات نهاده‌اند که وضعیت متفاوتی نسبت به بقیه دارند؛ چرا که نسب آنان پذیرفته نمی‌شود. در توضیح مفهوم نسب باید گفت: نسب از نظر لغوی به معنای قرابت و علاقه و رابطه بین دو شیء است (قزوینی، ۱۳۸۰: ۱۹۰) و در اصطلاح فقها نسب

۱. در فقه امامیه اصطلاح ولایت قهری به کار نرفته است و به نظر می‌رسد قانون مدنی نخستین بار آن را استعمال کرده است. با وجود این فقها از انواع ولایت از جمله ولایت پدر و جد پدری، ولایت وصی و ولایت حاکم به تفصیل سخن گفته و گاهی تصریح کرده‌اند که ولایت پدر و جد پدری ولایت اجباری است (صفایی، ۱۳۵۵، ولایت قهری در حقوق ایران و حقوق تطبیقی، مجله مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، شماره ۲).

عبارت است از منتهی شدن ولادت شخصی به دیگری مانند پدر و پسر یا انتهای ولادت دو شخص به ثالث (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۷: ۳۹) که با نکاح صحیح و شبهه ثابت می‌شود و نه با زنا (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹: ۲۴۳) یا امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. در فقه و حقوق اسلامی نسب به دو قسم مشروع و غیرمشروع تقسیم می‌شود: نسب مشروع نسبی است که از نکاح صحیح پدید آید و میان صاحبان نطفه زوجیت برقرار است (صفایی و امامی، ۱۳۷۸: ۴۳) و نسب نامشروع زمانی ایجاد می‌شود که رابطه زن و مرد خارج از چارچوب ازدواج باشد و مقاربت از روی شبهه نباشد (صفایی و امامی، ۱۳۷۸: ۴۴). از آنجا که فرزندان حاصل از چنین رابطه‌ای نامشروع محسوب می‌شوند، آثار آن نیز از نسب مشروع متفاوت می‌شود. مشهور فقهای امامیه در این زمینه دو نظر مطرح کرده‌اند که دیدگاه مشهور، با دیدگاه فقهای معاصر متفاوت است:

۱. نظر مشهور فقهای امامیه در این مورد این است که طفل نامشروع یا طفل ناشی از زنا به زانی ملحق نمی‌شود و آثار نسب از قبیل نفقه، ارث، ولایت قهری و حضانت به استثنای محرمیت و منع نکاح بین آنان پدید نمی‌آید. این نظر از شهرت فتوایی نیز برخوردار است و صاحبان این نظر به دلایل زیر استناد می‌کنند:

- اجماع: برخی از فقها مانند مؤلف *جواهر الکلام* در مورد عدم ثبوت نسب با زنا ادعای اجماع کرده و حتی ادعای ضروری بودن آن را ممکن دانسته و آن را برآمده از نصوص یا تواتر آنها در این زمینه تلقی کرده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹: ۲۵۷ و ۲۵۶ و شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۲۳۸).

البته این اجماع از سوی عده‌ای از فقها، از جمله محقق ثانی و شهید ثانی انکار شده است (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۱۹۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷: ۲۲۱) و برخی از فقهای معاصر نیز این اجماع را مدرکی و غیرحجت دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۸: ۷۸؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۴: ۳۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳: ۴۱۳).

- روایت «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱: ۱۶۹، ح ۱). این حدیث از حیث سند مشکلی ندارد و با توجه به کثرت نقل آن در کتب روایی شیعه و اهل

سنت، از اخبار صحیح، مشهور، معروف و شناخته شده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۲۳) ولی از جهت دلالت می‌توان آن را مورد مناقشه قرار داد؛ زیرا این حدیث در مواردی کاربرد دارد که کودک مردد باشد، بین دو نفر که یکی فراش و دیگری زناست؛ به عبارت دیگر قاعده فراش اماره‌ای است در مورد شک در اینکه آیا ولد به صاحب فراش تعلق دارد یا خیر (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۴: ۲۸)؛ اما در مواردی که فراش وجود ندارد؛ مانند زنا با زن بیوه یا با زنی که شوهرش از او دور است و ولد بر او ملحق نمی‌شود یا فاصله ولادت با نزدیکی صاحب فراش (شوهر) کمتر از شش ماه است، نمی‌توان گفت «الولد للفراش» ایجاب می‌کند که ولد به فراش ملحق شود (قبله‌ای، ۱۳۷۸: ۱۲۹). محقق خوبی در این زمینه بر این باور است که حدیث فراش در مقام بیان حکم ظاهری است نه حکم واقعی و آن هنگامی است که مشخص نیست امکان ازدواج با فرد وجود دارد یا اینکه به واسطه زنا فرزند نامشروع او بوده و ازدواج با او حرام است (یزدی، ۱۴۱۷: ۷۸). در نهایت محقق بجنوردی تصریح می‌کند: ظاهر روایت یادشده این است که ارث به فرزند طبیعی تعلق نمی‌گیرد، نه اینکه به طور مطلق نسب از او نفی شده باشد. ایشان فرزند طبیعی را در غیر ارث، ملحق به زانی و زانیه می‌داند و نظر مشهور فقها مبنی بر اینکه شارع نسب را در زنا نفی کرده باشد، مشکل دانسته است و نمی‌پذیرد (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۴: ۴۸).

۲. نظر دیگری که مخالف نظر مشهور امامیه به ویژه در میان فقهای معاصر مانند امام خمینی دیده می‌شود، آن است که طفل ناشی از زنا، مانند طفل مشروع ملحق به زانی و زانیه است و آثار نسب به جز توارث، بین او و پدر و مادر طبعیش وجود دارد و این طفل از کلیه حقوق ناشی از نسب به استثنای ارث برخوردار است.

مامقانی در این مورد می‌گوید: دلیلی بر عدم ثبوت نسب به علت زنا نیافته است و اقوا برابری ولد الزنا و حلال‌زاده در همه احکام نسب است، به استثنای ارث که به علت نص خاص، بین زنازاده و خویشان او توارث نیست، اما در غیر آن اطلاق ادله و صدق پسر و برادر و مانند آن در لغت و عرف اقتضا می‌کند که احکام نسب در مورد ولد الزنا جاری شود (مامقانی، ۱۳۵۰: ۳۵۵). امام خمینی نیز در پاسخ به این سؤال که نفقه متولد از زنا و نیز

حفظ و نگهداری او بر زانی واجب نیست؟ می‌فرماید: «منظور این نیست و متولد زنا در نفقه و حضانت، حکم سایر اولاد را دارد» (کریمی، ۱۳۶۵: ۱۴۹).

از دیگر فقهای معاصر که این نظر را پذیرفته‌اند، آیت‌الله خویی (خویی، ۱۴۱۸: ۷۸، آیت‌الله بجنوردی (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۴: ۳۴) و آیت‌الله فاضل لنکرانی (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳: ۴۱۳) هستند.

بنابراین با توجه به عبارات فقها، اولاً ولد حقیقت شرعیه ندارد، بلکه هر چه در عرف و لغت درباره‌ی ولد فهمیده می‌شود در لسان شارع نیز همان مراد است؛ ثانیاً شارع مقدس نسب را از زنا نفی نکرده و در هیچ نصی نیامده است که ولد الزنا ولد نیست یا پدر شرعی ندارد و نفی توارث نیز دلالت به نفی نسب نمی‌کند. پس همه احکام نسب در باب زنا نیز مترتب می‌شود (یزدی، ۱۴۱۷: ۷۷).

چنانکه گذشت با توجه به قول مشهور فقها در مورد طفل طبیعی، کسی که به‌طور غیرشرعی و قانونی صاحب اولاد می‌شود، ولایتی بر فرزند نداشته و حق اداره اموال او را ندارد. بنابراین کودکی که نسبت نامشروع دارد، اگر فرضاً در قرعه‌کشی بانک برنده جایزه‌ای شود، پدر او نمی‌تواند به‌عنوان ولی او جایزه را بگیرد، بلکه باید برای کودک قیم تعیین کرد، اما اگر با توجه به اینکه عنوان ولد بر حسب لغت و عرف بر طفل طبیعی بر پدر طبیعی فرزند صادق است، ملاک را نظریه فقهای معاصر از جمله امام خمینی قرار دهیم که پدر طبیعی کودک سرپرست اصلی وی بوده و در این رابطه مسئول است، ولایت فرزند اعم از طبیعی یا غیرطبیعی بر پدر و جد پدری اجباری بوده و همان‌طور که نسبت به فرزند شرعی وظیفه سرپرستی طفل و سلطه بر اموال او را دارند، موظف به سرپرستی و حفظ اموال فرزند طبیعی خود هستند (صفایی، ۱۳۷۸: ۶). در مجموع از نظریات فقها و فتوای یادشده که خلاف قول مشهور فقهای امامیه است، برمی‌آید که جز در مورد توارث از لحاظ نسب و آثار آن تفاوتی بین فرزند شرعی و فرزند طبیعی نیست و تمام آثار نسب، مانند ولایت قهری به‌استثنای ارث بر نسب ناشی از زنا مترتب است؛ زیرا دلیل کافی بر عدم الحاق و انتساب طفل به زانی وجود ندارد؛ بنابراین ولایت پدر بر فرزند طبیعی نیز حکم است.

ولایت بر فرزند طبیعی در قانون مدنی

به موجب قانون مدنی که منطبق بر فقه امامیه است، رابطه طفل با زن و مردی که سبب ایجاد او شده و با بستگان آن دو، با توجه به نوع رابطه زن و مرد مرتبط است. هر گاه مبنای این رابطه، ازدواج باشد، نسب قانونی است، وگرنه غیرقانونی خواهد بود. بر این اساس قانون مدنی در ماده ۱۱۷۶ چنین مقرر کرده است: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود». به جز مورد شبهه و اکراه که نسبت به طرفی که در اشتباه یا در حال اکراه بوده، در حکم نسب قانونی است. بنابراین طفلی که از زنا متولد می‌شود، با آنکه نسب طبیعی و خونی با پدر و مادر خود دارد، ولی قانون از نظر حفظ نظم عمومی نسب او را به رسمیت نشناخته است و در بسیاری از موارد حقوق اطفال طبیعی را برای آنها به رسمیت نمی‌شناسد.

بر اساس ظاهر ماده ۱۱۶۷، طفل نامشروع به پدر و مادر طبیعی خود ملحق نمی‌شود و آثار حقوقی نسب؛ مانند ارث و نفقه و ولایت و حضانت، بین آنان برقرار نخواهد شد؛ اما از آنجا که در موارد متعددی که طفلی از رابطه نامشروع بین زن و مرد به دنیا آمده و این رابطه و نامشروع بودن نسب طفل، به حکم دادگاه کیفری احراز شده است، مادر طفل علیه پدر طبیعی برای اثبات نسب و الزام به اخذ شناسنامه برای وی با نام خانوادگی پدر اقامه دعوا می‌کرد. بعضی از دادگاه‌ها به استناد اینکه نسب طفل نامشروع بوده و مقررات ثبت احوال در ارتباط با اولاد شرعی و صدور سند سجلی برای آنهاست و هیچ‌گاه ناظر به اولاد غیرشرعی نیست، حکم به رد دعوای خواهان می‌دادند و بعضی دیگر با توجه به فتوای امام خمینی و اینکه این گونه فرزندان از نظر لغوی و عرفی فرزند زانی بوده و مشارالیه پدر عرفی محسوب است و باید تکالیف مربوط به پدر از جمله؛ پرداخت نفقه، حضانت، اخذ شناسنامه را انجام دهد و تنها حسب موازین شرعی و مواد قانونی توارث بین آنها منتفی است، پدر را ملزم به اخذ شناسنامه با نام خانوادگی خود برای فرزند طبیعی می‌دانستند (صفایی، ۱۳۸۷: ۶).

بنابراین برای رفع اختلاف بین دادگاه‌ها در اثبات نسب و اخذ شناسنامه برای اطفال

نامشروع، رأی وحدت رویه در تاریخ ۱۳۷۶/۴/۳ توسط هیأت عمومی دیوان عالی کشور صادر شد و در موارد مشابه لازم الاتباع است. بر اساس رأی یادشده: مقنن در ثبت ولادت و صدور شناسنامه بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده و با استفاده از دیدگاه امام خمینی (ره) زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجتاً کلیه تکالیف مربوط به پدر، از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی است و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی، صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی خواهد بود (مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، نشریه سازمان روزنامه رسمی: ۴۷۹ و ۴۷۸).

بر اساس این رأی، تفسیر هیأت عمومی از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی به گونه‌ای بوده که از قول مشهور فقها و حقوقدانان صرف نظر کرده و به تبعیت از قول غیرمشهور، به‌ویژه امام خمینی، طفل نامشروع را از لحاظ نسب و آثار آن، جز در مورد ارث، برابر با فرزند مشروع دانسته است (صفایی، ۱۳۸۷: ۸).

با توجه به رأی وحدت رویه ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ در خصوص ولایت خارج نکاح، گروهی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که تردیدی وجود ندارد که چنین کودکی تحت ولایت قهری قرار دارد و ولایت حق یا امتیازی نیست که خاص فرزندان مشروع باشد (گرچی، ۱۳۸۵: ۴۲۰). یکی از استادان حقوقدان تناقضی را بین ماده ۱۰۴۵ و ۱۰۴۷ و ۱۱۶۷ ق.م. مطرح می‌کند، به این ترتیب که دو ماده اول قرابت ولد زنا را بر اساس نسب لغوی تصدیق کرده؛ در حالی که در ماده ۱۱۶۷ همین نسب لغوی را به‌طور عام از نظر داشتن آثار امر، استثنای دانسته است. ایشان پس از استناد به قول یکی از فقها مبنی بر اینکه شاهد و دلیل مقننی بر ادعای نفی فرزندی اقامه نشده، عنوان پدر و فرزند در لغت و عرف در این مورد صدق کرده و فرزند شرعی و طبیعی در تمام احکام نسب غیر از ارث (به دلیل وجود نص خاص) یکسان است، تصریح می‌کند که صرف ولادت کسی از کسی طبعاً مقتضی نسب است و مانع مقتضی در خصوص ارث ولد زنا، نص خواهد بود. هر جا مانع نباشد، مقتضی اثر خود را می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۵۹۲). بنابراین ولایت پدر بر فرزند طبیعی نیز حکم است و نمی‌تواند از وظیفه سرپرستی فرزند خویش سر باز زند؛ زیرا ولایت حقی برای پدر نیست تا

بتواند آن را اسقاط کند. در مجموع باید اذعان کرد که علاوه بر فقدان ادله کافی بر عدم جریان آثار نسب پدر طبیعی بر فرزند، ولایت در قلمرو حاکمیت اراده نبوده، بلکه حکم یا حق به معنی‌الاعم است و پدر اعم از شرعی یا طبیعی، ولی قهری فرزند خویش محسوب می‌شود و حق اسقاط آن را نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری

بررسی روایات معصومین(ع) و عبارات فقیهان امامیه نشان می‌دهد که حق در اصطلاح فقهی آن دو معنا دارد: حق در معنای عام آن که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص بوده و حق به معنای خاص آن که در مقابل ملک و حکم است. بر این اساس با توجه به تفاوت ماهوی حق و حکم، از نظر فقها مواردی نظیر حق ابوت، حق ولایت برای حاکم و حق وصایت از قبیل حق به معنای عام بوده‌اند و همه از مصادیق حکم هستند. همچنین نظر به آثار و ویژگی‌های حق، فقها قابلیت اسقاط را از آثار حق به معنای خاص می‌دانند و با توجه به عدم اسقاط‌پذیری ولایت حکم است. پس ولایت پدر بر فرزند یا حکم تکلیفی است یا بنا بر نظر گروهی از فقها مانند امام خمینی، یک اعتبار مستقل عقلایی محسوب می‌شود که در این صورت مانند حق، حکم وضعی بوده و دارای مفهوم متفاوت و در عرض معنای حق است.

همچنین در مورد فرزند طبیعی بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه که پدر بر فرزند طبیعی ولایت ندارد، روشن شد که مهم‌ترین دلیلی که مشهور فقهای امامیه بر عدم ثبوت نسب فرزند طبیعی اقامه کرده‌اند، اجماع است و این اجماع نیز از سوی عده‌ای از فقها انکار شده و بر فرض وجود آن، مدرکی است که فقها آن را حجت نمی‌دانند و حتی عده‌ای از فقهای معاصر برخلاف آن فتوا داده‌اند.

علاوه بر این عنوان پدر و فرزند در عرف و لغت بر فرزند طبیعی صدق می‌کند، اما به هر حال ولایت حکم است و قهراً ولی فرزند طبیعی خود می‌شود؛ زیرا ولایت حقی برای پدر نیست تا بتواند آن را اسقاط کند. همچنین فقدان ادله کافی بر عدم ترتب ولایت پدر بر فرزند خود، حکم بودن ولایت نیز می‌تواند دلیلی بر الزام پدر به ولایت فرزند

ماهیت ولایت پدر بر فرزند شرعی و فرزند طبیعی از منظر حق یا حکم در فقه امامیه و قانون مدنی **۷۷۵** □

طبیعی باشد. قانونگذار نیز با توجه به رأی وحدت رویه تاریخ ۱۳۷۶/۴/۳ به تبعیت از قول غیرمشهور، به ویژه امام خمینی فرزند طبیعی را از لحاظ نسب و آثار آن جز در مورد ارث برابر با فرزند مشروع دانسته است. بنابراین ولایت بر فرزند طبیعی نیز حکم بوده و پدر ولی قهری فرزند خویش محسوب می شود و حق اسقاط یا سر باز زدن را نخواهد داشت.

کتابنامه

۱. ابن منظور، ابوالفضل (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، جلد ۱۰، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزيع، دار صادر.
۲. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸ق). *رساله فی تحقیق الحق و الحکم*، قم: انوار الهدی.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۷۸). *حقوق مدنی*، چ سیزدهم، تهران: اسلامیة.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *مکاسب*، قم: مجمع فکر اسلامی.
۵. آل بحر العلوم، سید محمد (۱۳۶۲). *بلغه الفقیه*، تهران: انتشارات مکتبه الصادق.
۶. بجنوردی، سید حسن (۱۳۷۷). *قواعد الفقهیه*، جلد ۴، قم: نشر الهادی.
۷. پایگاه تحقیقاتی مدرسه فقهت به آدرس www.eShia.ir.
۸. تقوی اشتهاردی، حسین (۱۳۸۵). *تنقیح الاصول: تقریر ابحاث روح الله الموسوی الامام الخمینی*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۹. توحیدی، محمد علی (۱۴۱۷ق). *مصباح الفقاهه*، قم: صدر.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). *مجموعه محشی قانون مدنی*، تهران: گنج دانش.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۱۲. خوانساری، آقاموسی (۱۳۷۳). *منیه الطالب فی شرح مکاسب (تقریرات میرزای نایینی)*، بی‌جا، مؤسسه نشر اسلامی.
۱۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). *مفردات الفاظ قرآن*، لبنان: دار العلم.
۱۴. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۵. شیرازی، سید محمد حسین (۱۴۱۰ق). *الفقه فی دارالعلوم*، جلد ۱، بیروت: بی‌نا.
۱۶. صدر، سید محمد باقر (۱۴۲۹ق). *الحق و الحکم و الشخصیه المعنویه اقتصادیا*، قم: مدین.

۱۷. _____ (۱۴۱۸ق). *دروس فی علم الاصول*، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۸. صفایی، سید حسین (۱۳۵۵). *ولایت فهری در حقوق ایران و حقوق تطبیقی*، مجله مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، شماره ۲.
۱۹. _____ (۱۳۸۷). *دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال)*، جلد ۱، تهران: میزان.
۲۰. _____؛ امامی، اسدالله (۱۳۷۸). *مختصر حقوق خانواده*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۲۱. طباطبایی حکیم، سید محسن (بی تا). *نهج الفقاهه*، قم: ۲۲ بهمن.
۲۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸). *حاشیه المکاسب*، چاپ سنگی، بی جا: اسماعیلیان.
۲۳. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۴). *فقه سیاسی*، جلد ۲ و ۸، تهران: امیرکبیر.
۲۴. فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۳). *جامع المسائل*، جلد ۱، قم: امیر.
۲۵. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). *کتاب العین*، جلد ۲، قم: نشر هجرت.
۲۶. فروغی، سید علیرضا (۱۳۹۱). *بررسی فقهی حقوقی مفهوم حق و ملک*، مجله آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۲۷. قبله‌ای، خلیل (۱۳۷۸). *بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، سال چهارم (۱۳ - ۱۴): ۱۱۵ - ۱۴۹.
۲۸. قزوینی، سید علی (۱۳۸۰). *مقاله آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان*، روش‌های تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، جلد ۱، تهران.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). *حقوق خانواده*، چ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۰. کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۱۲، قم: مؤسسه آل‌البیت(ع).

۳۱. کریمی، حسین (۱۳۶۵). *موازن قضایی از دیدگاه امام خمینی*، قم: انتشارات شکوری.
۳۲. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۶۴). *حق و حکم و فرق میان آنها، فصلنامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی)*، تهران: مرکز مطالعات حقوقی و قضایی دادگستری جمهوری اسلامی ایران.
۳۳. _____ (۱۳۸۵). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، تهران: دانشگاه تهران.
۳۴. مامقانی، ملاعبدالله (۱۳۵۰ق). *نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال*، قم: مجمع الذخائر الإسلامیه.
۳۵. مطهری، مرتضی (۱۳۶۳). *شرح منظومه*، تهران: صدرا.
۳۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۹). *البیع*، جلد ۱، تهران: نشر آثار امام خمینی.
۳۷. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). *التنقیح فی شرح العروه الوثقی*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
۳۸. نجفی، محمد حسن (بی تا). *جواهر الکلام*، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۳۹. یزدی، محمدبن کاظم (۱۴۱۷ق). *أحكام الرضاع فی فقه الشیعه*، محاضر: موسوی الخوئی، ابوالقاسم، قم: المنیر فی الطباعه والنشر.