

## اعمال حقوقی «صغیر ممیز»

دکتر محمدعلی سامت\*

مدرس دانشگاه و وکیل پایه یک دادگستری  
تاریخ دریافت: ۸۹/۲/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۸۹/۶/۱۷

### چکیده

در مقدمه این مقاله، ضرورت بحث پیرامون «اعمال حقوقی صغیر ممیز» را تبیین نمودهایم پس مباحث مربوط را به دو مبحث تقسیم نموده و در ذیل هر یک متناسب با عنوان منتخب، مطالبی را از نظر گذرانده ایم. در مبحث اول ذیل عنوان «مفاهیم و تعاریف» اصطلاحات عنوان مقاله یعنی «صغیر ممیز» و «عمل حقوقی» را تعریف کرده ایم. برای مبحث دوم، عنوان «بررسی اعمال حقوقی صغیر ممیز» را برگزیده ایم و در ذیل گفتار اول آن، «اعمال حقوقی بالاصاله صغیر ممیز» را از حیث صحت، بطلان و عدم نفوذ، از منظر حقوق موضوعه، فقه اسلامی و دیدگاه برخی از کشورها بررسی نموده ایم. در گفتار دوم، راجع به «انجام اعمال حقوقی صغیر ممیز به نیابت و نمایندگی» سخن گفته ایم. در ذیل آن، از نمایندگی ولی قهری، قیم، وصی و امین، در مقام انعقاد معاملات و انشاء اعمال حقوقی و محدودیتهای هر یک از نایبین مذکور، گفتگو به عمل آورده ایم.

واژه‌های کلیدی: «صغیر ممیز»، «عمل حقوقی»، «قرارداد»، «نیابت»، «نمایندگی»

**(۱) مقدمه**

جامعه عرصه تبادل کالا و خدمات بین افراد مختلف حقیقی و حقوقی است. نیاز جوامع به وجود ضوابط و قوانین موجب گردید تا به تدریج با وضع مقررات مرتبط و منسجم، آرامشی نسبی در روابط حقوقی و معاملات بین افراد به وجود آید.

یکی از مسائلی که پیوسته ذهن اندیشه وران حقوقی و فقهای اسلام را به خود مشغول کرده است، مسأله اهلیت افراد برای انجام اعمال حقوقی و بالتبع انشاء عقود و ایقاعات است. اهلیت، حسب تعریفی که قانون مدنی ما از آن ارائه کرده، توانایی دارا شدن حقوق و اجرای آن است (مواد ۹۵۶ و ۹۵۸)، توانایی دارا شدن و اجرای حق به این معنا و مفهوم که افراد در چه زمان و تحت چه شرایطی توانایی دارا بودن و اجرای حقوق خود را دارند؟ کدامین افراد و تحت چه شرایطی از اجرای حقوق خود ممنوع هستند؟ آیا این ممنوعیت، حالت استدامی دارد یا لحظه ای و در زمان و مقطع خاص، اعمال می شود؟ و بسیاری سوالهای دیگر که مباحث مختلفی را در میان مباحث حقوق مدنی به خود اختصاص داده است. آنچه در این پژوهش مورد نظر ما است، بررسی اعمال حقوقی «صغیر ممیز» از دیدگاه فقه، قوانین و حقوق موضوعه است.

ما در این سطور در جستجوی پاسخی برای این سؤال هستیم که آیا حکم محجوریت عام مربوط به صغار و بالتبع ممنوعیت آنان از انجام اعمال حقوقی و انعقاد قراردادها و انشاء ایقاعات بر «صغیر ممیز» نیز قابل تسری است؟ به عبارت دیگر، آنچه در این پژوهش، منطوقاً و مفهوماً مورد بحث ماست، تحقیق و بررسی پیرامون این نکات است که آیا «صغیر ممیز» می تواند شخصاً و بالاستقلال، مبادرت به انجام برخی از اعمال حقوقی نموده و نسبت به تشکیل قرارداد اقدام نماید؟ آن دسته از معاملات که نیازمند اذن است، اگر بدون اذن شخص ذی صلاح منعقد شود، چه حکمی دارد؟ آیا این معاملات باطل است؟ یا غیر نافذ؟ نظر حقوقدانان و فقیهان در موارد مطروحه چیست؟ اینک به بررسی مطالب مذکور می پردازیم.

**مبحث اول: تعاریف و مفاهیم****(۲) طرح بحث**

در این مبحث، اصطلاحاتی را که در عنوان مقاله بکار رفته است، به نحو اختصار تعریف می نماییم. بدین ترتیب بدو، «صغیر ممیز» را که از اقسام «صغیر» محسوب است، متعاقب تبیین مفهوم «صغیر»، مورد بررسی قرار می دهیم. سپس در گفتار دوم از این مبحث، از عمل حقوقی سخن به میان آورده و اصطلاح مذکور را مورد بررسی قرار می دهیم.

**گفتار نخست: «صغیر ممیز»****۳) مفهوم «صغیر»**

قانون مدنی از واژه حقوقی «صغیر» و «بلوغ» تعریفی بدست نداده و در خصوص تعریف کلمه صغر نیز مطلقاً سکوت اختیار کرده است. (شایگان، ۱۳۷۵، صص ۱۶۹-۱۷۰)

واژه «صغیر» در لغت به معنی کوچک و خرد است (المنجد، فرهنگ معین، معجم لغه الفقهاء، ذیل واژه «صغیر»)<sup>۱</sup> و در اصطلاح فقهی به کسی اطلاق می‌شود که دوران صغر وی (تولد تا بلوغ) به پایان نرسیده و هنوز بالغ نشده است (زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۴۱۷)

با حذف ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱ قانون مدنی مفهوم «صغیر» در فقه و حقوق مدنی معنای یکسان و واحدی پیدا کرد؛ یعنی کسیکه به سن بلوغ نرسیده، براساس قانون و فقه «صغیر» محسوب می‌شود (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۴، ص ۱۷۴ - جعفری لنگرودی؛ الف؛ ۱۳۶۳، ص ۳۰۶)

**۴) اقسام «صغیر»**

نظر به اینکه شعور و استعداد عقلی کودکان در مراحل صغر به یک درجه نبوده و با افزایش رشد جسمی آنان، رو به تکامل و تزاید است، از این حیث، کودکان را به دو گروه «صغی ر ممیز» و «صغیر غیر ممیز» تقسیم کرده‌اند. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، صص ۱۶ و ۱۷ - شایگان؛ ۱۳۷۵، ص ۱۷۱ - صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۷۵) ضمناً چون در حقوق برخی از کشورها (همانند قانون مدنی ایران قبل از اصلاحات سال ۶۱)، رشد کودک با وجود صغر سن قابل اثبات است، می‌توان به دو گروه فوق گروه سومی بنام «صغیر رشید شناخته شده» را نیز افزود. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۷۸ - شایگان؛ ۱۳۷۵، ص ۱۷۱ - امامی؛ ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۲۴۶ - صفایی؛ الف، ۱۳۷۵، ص ۲۰۱)

**۵) «صغیر غیر ممیز»**

قانون مدنی از «صغیر غیر ممیز» تعریفی بدست نداده است ولی حقوقدانان «صغیر غیر ممیز» را چنین تعریف کرده‌اند: «صغیر غیر ممیز نابالغی است که دارای قوه درک و تمیز نیست، زشت و زیبا و سود را از زیان تشخیص نمی‌دهد و نمی‌تواند اراده حقوقی (انشایی) داشته باشد». (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۷۵)

۱. در کتاب معجم لغه الفقهاء از واژه «صغیر» به «القلیل الجسم والحدجم» تعبیر شده است.

**۶ «صغیر ممیز»**

«صغیر ممیز» کودکی است که شعور کافی و قدرت اراده کردن را داراست و خوب و بد وزشت و زیبا را از یکدیگر تمیز می‌دهد. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۱۷ - صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۷۵ - شهیدی؛ ۱۳۷۷، ص ۲۵۷)

با اینکه عدم اهلیت و حجر «صغیر ممیز» همانند «صغیر غیر ممیز» عام است، مع الوصف، بلحاظ اینکه کودک در این دوران می‌تواند اراده حقوقی داشته باشد و توانایی قصد انشاء رایافته است، انجام پاره‌ای از اعمال حقوقی که مقرون به مصلحت وی باشد، برای او مباح شمرده شده است. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۳۱)

**۷ تشخیص سن تمیز**

قانون مدنی سن تمیز را معین نکرده است. بنابراین، در صورت بروز اختلاف، تشخیص این امر که صغیر، ممیز است یا غیر ممیز، بادادگاه صالح است که باید ملاحظه شیوه رفتار و محیط پرورش کودک و همچنین خصوصیات مورد و دلایل و قرائن و امارات، در این باره اتخاذ تصمیم نماید.

در فقه نیز در خصوص تعیین سن تمیز، اتفاق نظر وجود ندارد. فقهای حنفی و مالکی با استناد به روایتی که به موجب آن اطفال هفت ساله به اقامه نماز تشویق و ترغیب شده‌اند، سن هفت سال تمام قمری را به عنوان سن تمیز تعیین کرده‌اند. (زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۴۱۷) فقهای امامیه سن تمیز را درباره همه افعال کودک یکسان نمی‌دانند. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۱۸) مرحوم صاحب جواهر با استناد به روایتی، پایان هفت سالگی را آغاز بروز و ظهور قوه تمیز در کودکان می‌داند. (نجفی، ۱۳۷۷/۱۳۹۸ق، ج ۲۶، ص ۳۲)

در حقوق رم، هفت سالگی، سن تمیز محسوب می‌شد و کودک قبل از وصول به این سن، غیر ممیز بشمار می‌آمد. (مارتی و رینو؛ ج ۱، ش ۸۰۴ به نقل از کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۱۷) در حقوق فرانسه نیز مانند حقوق ایران سن خاصی برای تمیز پیش‌بینی نشده است، هر چند که در امور مربوط به مسئولیت کیفری سن ۱۳ و در امور حقوقی سن ۷ سال به عنوان سن عقل یا تمیز پیشنهاد شده است. (کربنیه؛ حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۴۶ به نقل از شهیدی؛ ۱۳۷۷، ص ۲۵۸) در حقوق آلمان مطابق ماده ۱۰۴ قانون مدنی و در حقوق مصر برابر با بند ۲ ماده ۴۵ قانون مدنی، سن تمیز ۷ سال تعیین شده است. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۱۷ - صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۷۶) سن تمیز در حقوق مراکش ۱۲ سال و در حقوق تونس ۱۳ سال است. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۷۶)

**۸) تردید در وصف تمیز**

هرگاه در خصوص وصف صغیر از حیث تمیز یا عدم تمیز تردید حاصل شود، با استناد به قاعده استصحاب وضعیت سابق «صغیر» را که همانا عدم تمیز است، استصحاب نموده و به بقای آن حکم می‌نماییم. بنابراین، باجری قاعده استصحاب، ادعای عدم تمیز سابق، اصل تلقی می‌شود و محتاج ارائه دلیل نیست. در مقابل، مدعی تمیز باید جهت اثبات ادعای خویش دأثر بر وجود وصف تمیز در کودک اقامه دلیل کند. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، صص ۱۷۶ و ۱۷۷)

**۹) صغیر رشید شناخته شده**

نظرباینکه پس از تصویب اصلاحات قانون مدنی در سال ۶۱ و به موجب ماده ۱۲۱۰ آن، بلوغ صغیر، شرط لازم برای خروج وی از حجر قلمداد شده است، امکان بررسی رشد صغیر قبل از تحقق بلوغ والنه‌ایه رشید شناختن وی موضوعیت ندارد. البته می‌توان، بلوغ صغیر را به کمک نشانه‌های طبیعی، حتی قبل از رسیدن به سن بلوغ احراز نمود و با اثبات وصف رشد در وی، حجر او را منتفی اعلام داشت. بدیهی است در این فرض نیز، با اینکه قبل از سن بلوغ (۱۵ سال برای پسران و ۹ سال برای دختران)، نسبت به رشد اظهار نظر شده است، معذک، چون بلوغ از طریق دیگر به اثبات رسیده، نمی‌توان بر شخص رشید عنوان «صغیر» اطلاق نمود. به موجب ماده ۱۲۰۹ سابق قانون مدنی، صغیری که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده بود، ولی ۱۵ سال از سن وی سپری شده می‌توانست به محکمه صالحه مراجعه نماید و با اثبات رشد خویش، گواهی رشد اخذ کند. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۷۷- کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۳۲) حسب ماده مرقوم چنین صغیری رشید محسوب می‌شد، بنابراین، مطابق با قانون مدنی، پیش از اصلاح، «صغیر رشید شناخته شده» به کسی اطلاق می‌شد که قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام، رشد وی از طریق محکمه صالح باثبات رسیده باشد. در حقوق رم سن بلوغ ۲۵ سال بود، ولی امپراطور می‌توانست پسر ۲۰ سال و دختر ۱۸ ساله را، در صورت احراز استعداد و توانایی لازم برای اداره اموال خود بطور نسبی از حجر خارج سازد. (صفایی؛ الف، ۱۳۷۵، ص ۲۰۰) با اینکه در حقوق فرانسه سن بلوغ ۱۸ سال است، صغیر پس از رسیدن به ۱۶ سال تمام، تحت شرایطی می‌تواند به حکم دادگاه رشید شناخته شود. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۷۸)

**۱۰) صغیر رشید شناخته شده در فقه**

در فقه اهل سنت و همچنین فقه امامیه که قانون مدنی مقتبس از آن است، در باره «صغیر»، قبل از رسیدن به سن بلوغ، پیش بینی رشد نشده است، الا اینکه حضرت آیت الله دکتر صادقی

تهرانی با جمع آیات چهارم و پنجم از سوره نساء<sup>۱</sup> عقیده بر این دارند که رشد صغیر قابل احراز بوده و متعاقب آن، نامبرده اهلیت تصرف در مال خود را به هر نحو که بخواهد دارد، لیکن بالغ سفیه از این حق محروم است.

ایشان در مقام شرح عبارت مرحوم علامه که در بحث از «صغر»، در تبیین یکی از اسباب حجر مرقوم فرموده اند: «اول از موارد شش گانه حجر، کودکی است. پس صغیر تا قبل از بلوغ و رشد ممنوع التصرف است» (علامه حلی، الف، به نقل از صادقی؛ ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۴۴) می فرماید، در صورتیکه صغیر، سفیه نباشد، خواه بالغ باشد یا خیر، حق و اهلیت تصرف در مال خویش را به هر کیفیت که بخواهد، دارد.

بنابراین شارح متن، مطابق با مدلول آیه پنجم از سوره مبارکه نساء، صغیر ممنوع التصرف را منصرف به کسی می داند که رشدش احراز نشده و در سفاقت به سر می برد. (صادقی؛ ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۴۴)

### گفتار دوم: عمل حقوقی

#### (۱) مفهوم عمل حقوقی

عمل حقوقی که قصد نتیجه از عناصر تشکیل دهنده آن محسوب است، به کاری اطلاق می شود که با اراده انجام می گیرد و اثر حقوقی آن نیز مورد درخواست فاعل است. (صفایی وقاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۹۰) به دیگر سخن؛ عمل حقوقی «اعلام اراده‌ای است که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص انجام می شود و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می کند.» (کاتوزیان؛ ب، ۱۳۷۰، ش ۸)

#### (۱۲) نقش اراده در اعمال حقوقی

بطوریکه از تعاریف فوق مستفاد می گردد، عمل حقوقی بر پایه و اساس اراده ایجاد می شود و اراده نیز مبنی بر وجود قوه تمیز است، معنی فاقد تمیز، از اراده برخوردار نبوده و بالتبع قادر به انجام عمل حقوقی نیز نیست. خلاصه آنکه دایره مدار عمل حقوقی وجود قوه تمیز و اراده است. یعنی هنگامی که «صغیر» قدرت تمیز یافت، اراده حقوقی پیدا خواهد کرد و بالتبع می تواند، حسب مورد، بالاستقلال یا با اذن ولی، نسبت به انجام اعمال حقوقی مبادرت نماید.

۱. « وابتلوا البتامة حتى اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم...» (آیه سوره نساء) و « ولا تؤتوا السفهاء اموالکم التي جعل الله لکم قیاماً...» (آیه سوره نساء).

**۱۳) اقسام عمل حقوقی**

اعلام اراده یا لثلاً که سازنده عمل حقوقی است، هرگاه از دو اراه متقابل و منوط به هم، بروز یابد، عقد را محقق می‌سازد و هرگاه از یک اراده تشکیل شود، یقاع را بوجود می‌آورد. (کاتوزیان؛ ب، ۱۳۷۰، ش ۸) بنابراین اعمال حقوقی به دو گروه «عقود» و «یقاعات» تقسیم می‌شوند.<sup>۱</sup>

**۱۴) تقسیم اعمال حقوقی به اعتبار فاعل آن**

الف- عمل حقوقی ممکن است توسط شخصی که دارای اهلیت بوده و بالاخره از قوه تمیز نیز بهره مند است، انجام شود.  
ب- عمل حقوقی ممکن است، از ناحیه شخصی انجام شود که فاقد اهلیت است.  
گروه اول که عمل حقوقی آنان علی‌الاصول محکوم به صحت است از بحث مقاله خارجند. در باره گروه دوم، نکاتی را یادآور می‌شویم.

**۱۵) اعمال حقوقی اشخاص فاقد اهلیت**

باتوجه به قاعده عمومی عدم اهلیت «صغیر» و «مجنون»، (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۱) اعمال حقوقی آنان فاقد نفوذ حقوقی بوده و بی‌اعتبار است. علت این بی‌اعتباری را باید در ناتوانی اندیشه و نقصان قوه تشخیص آنان جستجو نمود. این اشخاص بلحاظ نقصان یا فقدان عقل و قوه تشخیص در رعایت مصالح مالی خویش عاجزند و حمایت از آنان ضروری است. نقص روانی «مجنون» و «صغیر غیر ممیز» بیش از «صغیر ممیز» است، بطوریکه در «مجنون» و «صغیر غیر ممیز»، حتی قوه تمیز که ضعیف‌تر از توان تشخیص مصلحت است وجود ندارد. بنابراین در بررسی اعمال حقوقی اشخاص فوق، بایستی بین صغار غیر ممیز و «مجنون» یکطرف و صغار ممیز از طرف دیگر، تفاوت قائل شد. بدین ترتیب که اشخاص فاقد قوه تمیز یعنی صغار غیر ممیز و مجانین را در یک گروه مورد مطالعه قرار داد و اشخاصی را که علی‌رغم عدم بلوغ و رشد از قوه مایه برخوردارند در گروه دیگر بررسی نمود. (شهیدی؛ ۱۳۷۷، ص ۲۶۵)

**مبحث دوم: بررسی اعمال حقوقی «صغیر ممیز»****۱۶) طرح بحث**

در بررسی اعمال حقوقی «صغیر ممیز»، با برخی از اعمال حقوقی مواجهیم که «صغیر ممیز»، شخصاً یا با اذن و اجازه لاحق اولیاء خویش مبادرت به انجام آن می‌نماید. این قبیل اعمال حقوقی را در گفتار نخست مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱. عمل حقوقی به معنی عام اعمال ارادی غیر انشایی نظیر اقرار و شهادت را نیز شامل می‌شود.

ممکن است ولی یا هر شخصی که از ناحیه «صغیر ممیز» واجد سمت و اختیار است، به نیابت و نمایندگی از وی مبادرت به انجام عمل حقوقی نماید. درگفتار دوم این قبیل از اعمال حقوقی را که به نیابت از «صغیر ممیز» انجام می شود، بررسی می نمایم.

### گفتار نخست: اعمال حقوقی بالاصاله «صغیر ممیز»

#### ۱۷) اعمال حقوقی اشخاص ممیز فاقد رشد

«صغیر ممیز» و «سفیه» تا اندازه‌ای واجد عقل و قوه تمیز بوده و دارای نیروی شناسایی محدود برای تشخیص خوب و بد وقایع هستند. بنابراین؛ اعمال حقوقی و معاملات و آثار آنها را تشخیص داده، می‌توانند انشای معاملات را قصد کنند. در مادتين ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ قانون مدنی وجود قصد انشاء برای «صغیر ممیز» و «سفیه» تصریح شده است، لکن چون این اشخاص از رشد کافی بی‌بهره‌اند، بعضی از تصرفات آنان در امور مالی بی اعتبار اعلام شده است.<sup>۱</sup>

بحث پیرامون اعمال حقوقی «سفیه» از موضوع پژوهش ما خارج است. لذا ذیلاً پیرامون عمل حقوقی «صغیر ممیز» به گفتگو می پردازیم. بدین ترتیب که بدو اعمال حقوقی «صغیر ممیز» را در فقه شیعه و اهل سنت مورد بحث قرار می‌دهیم، سپس از حقوق موضوعه سخن به میان آورده و در پایان، دیدگاه حقوقی برخی از کشورهای بیگانه را در این خصوص مطالعه می‌کنیم.

#### ۱۸) اعمال حقوقی «صغیر ممیز» در فقه شیعه

با اینکه؛ ابن زهره (به نقل از مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۱۵، ص ۱۹۱) بر بطلان معاملات «صغیر ممیز» بطور مطلق، اعم از اینکه استقلالاً یا باذن ولی یا اجازه لاحق وی انجام شود، دعوی اجماع نموده است، مع الوصف نظرات مخالفین م ن جمله مقدس اردبیلی (۱۳۸۴، ج ۸، ص ۱۵۲) و فخرالعقین (۱۳۸۹ ق، ج ۲، ص ۵۵) در کنار نظرات فقهاء موافق بطلان، از قبیل شیخ طوسی (الف، ۱۳۸۸ق، ج ۲، ص ۱۶۳ و ب، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۱۷۸) شهید اول (۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۹۲) سبزواری (۱۲۶۹ ش، ص ۸۹) و همچنین تردید محقق (الف، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۲۲) در خصوص مورد و ظاهر کلام علامه حلی بر عدم ثبوت اجماع (الف، به نقل از انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۲۴) و بالاخره نظری غیر جازم معظم له در قواعد، ناظر بر بطلان بیع و شراء «صغیر ممیز» مأذون (فخرالمحققین، ۱۳۸۹ق، ج ۲، ص ۵۵)، مرحوم شیخ انصاری را به این نظریه سوق داده است که

۱. ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی: «اعمال و اقوال صغیر، تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد، باطل و بلا اثر است...» و ماده ۱۲۱۴ قانون مرقوم اشعار میدارد: «معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او...».



عدم صحت معاملات و اعمال حقوقی «صغیر ممیز» را به قول مشهور فقهاء نسبت دهد. (انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۳۵)

فقهایی که بر بطلان معاملات «صغیر ممیز» عقیده دارند، فتاوی خویش را بر آیه ششم از سوره نساء،<sup>۱</sup> حدیث رفع (حرعاملی؛ ۱۴۱۲ق، عبادات، باب ۴، حدیث ۱۱) خبر حمزه بن حرمان از امام باقر(ع) (حرعاملی؛ ۱۴۱۲ق، کتاب الحجر، باب ۲، حدیث ۱)،<sup>۲</sup> روایت ابن سنان (حرعاملی؛ ۱۴۱۲ق، باب ۱۴ از ابوب بیع، حدیث ۳)،<sup>۳</sup> مسلوب العبارة بودن صغیر (نائینی؛ الف، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۹۶-حجت؛ ۱۴۰۹ق، ص ۲۱۸)، قول مشهور فقهاء (انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۳۱-ابن ادریس، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۲۰۶-سبزواری؛ ۱۲۶۹ ش، ص ۸۹- شهید اول؛ ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۹۲) استوار نموده‌اند که از میان ادله مزبور بعضاً نسبت به اخ‌بلر وارده، از حیث دلالت بر مورد، نش‌کیک نموده (انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۳۳ الی ۴۳۶- شیرازی؛ الف، ۱۳۶۸، ج ۶، صص ۲۳۰ الی ۲۳۲) و مسلوب العبارة بودن صغیر را به دلیل صحت عبادات وی منتفی دانسته (انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۳۴- نجفی؛ ۱۳۹۸/۳۷۷ق، ج ۲۲، ص ۲۶۲) و فقط آئی مذکور و قول مشهور<sup>۴</sup> را ملاک و ضابطه فتاوی خویش قرار داده‌اند.

مرحوم علامه حلی، معاملات و تصرفات صغیر ممیز و غیر ممیز را اعم از اینکه با اولی انجام شده باشد یا خیر، باطل دانسته و در مقام اثبات بطلان آن، بر بی‌اعتباری قصد صغیر استدلال نموده است. (الف، به نقل از انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۴۱۳ و ج ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۵۳)

بخی از فقهاء عظام معاملات صغیری را که سن او بالغ بر ده سال است و عاقل محسوب می‌شود، صحیح انگاشته‌اند. (عاملی؛ ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۱۷۰- شیخ طوسی؛ الف، ۱۳۸۸ق، ج ۲، ص ۱۶۳) ظاهراً این فقیهان، نظریه خویش را در این خصوص، بر مبنای روایتی که سن بلوغ را ده سال تعیین کرده، استوار نموده‌اند. (محقق؛ ب، ج ۱، ص ۱۴۰)<sup>۵</sup>

عده‌ای از فقیهان امامیه، برخی از تصرفات و اعمال حقوقی صغیر ده ساله‌ای را که از آگاهی و شعور نسبی برخوردار است، جایز شمرده‌اند، آنان با استناد به روایت عبدالرحمن از امام صادق(ع) و روایت زراره از امام باقر(ع) (حرعاملی؛ ۱۴۱۲ق، باب ۴۴، کتاب وصیت، حدیث ۳ و

۱. قرآن کریم « وابتلوا الیتامی حتی اذا بلغ النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم».

۲. «والغلام لایجوز امره فی البیع والشراء».

۳. «متی یجوز امر الیتیم؟ قال: حتیلغ اشد، قال ما اشد؟ قال علیه السلام محتلامه».

۴. مرحوم آیت الله شیرازی بدلیل اینکه شهرت فقهاء حجبت ندارد. استدلال به آن را موثر در مقام نمی‌داند.

(شیرازی؛ الف، ۱۳۶۸، ج ۶، ص ۲۳۰)

۵. جهت ملاحظه نظریه فقهی توأم با استدلال، دائر بر عدم کفایت سن ۱ سال برای احراز بلوغ مراجعه شود به

مرحوم نجفی؛ ۱۳۷۷/۱۳۹۸ق، ج ۲۶، ص ۳۶ تا ۳۹.

۴) اعمالی از قبیل وصیت، طلاق، قبول هدیه و صدقه را، حتی در صورتیکه به نحو استقلال از ناحیه صغیر موصوف انجام شده باشد مجاز انگاشته‌اند. (علامه حلی و فخرالمحققین؛ ۱۳۸۹ق، ج ۲، ص ۵۱ - علامه حلی؛ الف، به نقل از بحرانی؛ ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، صص ۳۶۷ و ۳۶۸؛ ب، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۵۷ - نجفی؛ ۱۳۷۷/۱۳۹۸ق، ج ۲۶، ص ۳۸ - خویی، الف، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۵۸۹ به بعد - طوسی؛ ج، ۱۴۰۰ق، ص ۶۱۱)

برخی در مقام بیان بطلان معاملات و اعمال حقوقی مستقل «صغیر ممیز»، قطع نظر از اینکه به اتفاق نظر قاطبه مسلمین اعم از عامه و خاصه استدلال نموده‌اند، صحیح انگاشتن آن را منافی با جعل ولایت ولی تلقی کرده و در این باره اظهار داشته‌اند که اگر «صغیر ممیز» را در انجام معاملات، آنهم بنحو استقلال مجاز شماریم، ملازمتاً بایع ولایت اب، جد، وصی و حاکم را بر امور نامبرده لغو و بیهوده پنداریم. (حجت؛ ۱۴۰۹ق، ص ۲۱۹)

برخی از فقیهان در مورد معاملات «صغیر ممیز» قائل به تفصیل شده‌اند بدین ترتیب که معاملات وی رادر امور جزیه که عرفاً در میان کودکان معمول به است مجاز انگاشته‌اند (خمینی؛ ۱۳۷۵ق، ج ۱، ص ۵۰۷ و ج ۲ صص ۱۲ و ۱۳ - فیض؛ به نقل از عاملی؛ ۱۳۸۵ق، ج ۴، ص ۱۷۰ - خویی؛ الف، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۵۲۳) بعضی دیگر، بیع و شراء کودک را در مقام اخلو رشد صحیح تلقی کرده‌اند. (ابن ادریس؛ به نقل از انصاری؛ ۱۳۷۹ق، ج ۱، ص ۴۳۵ - حجت؛ ۱۴۰۹ق، ص ۲۲۱ - مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴ق، ج ۸، ص ۱۵۲)

و اما دلائل فقهایی که بر صحت و درستی معاملات «صغیر ممیز» مأذون نظر داده‌اند، بشرح ذیل است:

- ۱- مدلول آیه ۶ سوره نساء به این جهت که فقط بر عدم دفع مال دلالت دارد و این مطلب مستلزم عدم جواز بستن پیمان و عقد نیست، توانایی و استحکام لازم برای اثبات بطلان معاملات «صغیر ممیز» را ندارد. (مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴ق، ج ۸، ص ۱۵۳)
- ۲- از ظاهر آیه فوق، صحت و درستی معاملات «صغیر ممیز» در مقام اخلو، برای احراز رشد، مستفاد می‌گردد. (مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴ق، ص ۱۵۲ - حجت؛ ۱۴۰۹ق، ص ۲۲۱)
- ۳- با توجه به اختلاف نظر فقهای عظام، در خصوص مورد، اجماع مورد ادعا ثابت نیست. (مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴ق، ج ۸، ص ۱۵۲)
- ۴- نظر باینکه بعضی از اعمال و معاملات «صغیر ممیز» از قبیل صدقه، عتق و وصیت که بعضاً ممتضمّن ضرر است حسب روایات و نظر بعضی فقهاء تجویز شده است، بطریق اولی بایستی

۱. عن الصادق(ع): «انه قال اذا بلغ الکلام عشر سنين جازت وصيته»- عن الباقر(ع): «انه قال اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله اذا اعتق او تصدق او اصی...»

- معاملات تجاری وی که سود و بهره نیز به همراه دارد توأم با اذن ولی یا اجازه لاحق وی صحیح شمرده شود. (مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴، ج ۸، صص ۱۵۳ و ۱۵۴)
- ۵- عموم آیات «اوفوا بالعقود» (سوره مائده آیه ۱) و «احل الله البيع» (سوره بقره آیه ۲۷۵) و اصل صحت در معاملات، مستفاد از عموم و اطلاقات آیات فوق، صحت معاملات «صغیر ممیز» را ثابت و مدلل میدارد. (مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴، ج ۸، ص ۱۵۳)
- ۶- عقد و معاملت مستقل «صغیر ممیز» واجد منقصت است، لیکن اقتران اذن یا حقوق اجازه ، رفع نقیص نموده و معامله را تمام می سازد. (حجت؛ ۱۴۰۹ق، ص ۲۱۹)
- ۷- سیره و رویه عملی مسلمانان بر این است که پاره‌ای از معاملات را به کودکان واگذار می نماید و کودکان در انجام این معاملات مجاز شناخته می شوند و کسی آنان را منع نمی کند. (مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴، ج ۸، ص ۱۵۳)
- ۸- عقدی که با اذن ولی منعقد می گردد، همانند موردی است که از ناحیه خود وی تنظیم و امضاء شده است. (علامه حلی و فخرالمحققین؛ ۱۳۸۹ق، ج ۲، ص ۵۵)
- ۹- آیات و روایتی که بر نادرستی معاملات «صغیر ممیز» مأذون ، دلالت دارد محمول بر کراهت است. (شیرازی؛ الف، ۱۳۶۸، ج ۶، ص ۲۳۰)

#### ۱۹) اعمال حقوقی «صغیر ممیز» در فقه اهل سنت

- حنفیه و مالکیه در مقام اظهار نظر و صدور فتوی، پیرامون تصرفات «صغیر ممیز» قائل به تفصیل شده اند (کاسانی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۱۳۵- دسوقی؛ ۱۹۹۶م، ج ۳، ۲۹۴- ابن قدامه؛ ۱۹۹۷م، ج ۴، ص ۵۳۳- زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۴۱۸ و ۴۱۹ و ج ۴، ص ۳۵۹- جزیری؛ ۱۴۰۶ق، ج ۲، صص ۱۶۶ و ۳۶۳ و ۳۶۴ و ۳۶۵- گرجی، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۱۵- سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷م، ج ۲، ص ۱۸۰) بدین ترتیب که:
- ۱- تصرفاتی از قبیل قبول هبه و وصیت، پذیرش اسلام و غیره را که برای «صغیر ممیز» سود و منفعت محض دارد، حتی بدون نیاز به اذن یا اجازه لاحق ولی یا وصی وی و از باب رعایت منفعت و غبطه «صغیر ممیز»، جایز و روا دانسته اند.
  - ۲- تصرفاتی از قبیل، قرض، عاریه، بخشش و طلاق و غیره را که متضمن زیان و ضرر محض علیه «صغیر ممیز» است، حتی با اذن ولی یا اجازه لاحق او و با این استدلال که عمل باطل با اذن یا اجازه لاحق تغییر ماهیت نمی دهد، روا و صحیح ندانسته اند.
  - ۳- آن دسته از تصرفات «صغیر ممیز» را که متضمن نفع و ضرر توأمان به حال اوست ، مانند بیع و شراء، اجاره و ازدواج، در صورت اذن ولی یا وصی یا قیم و یا اجازه لاحق آنان صحیح انگاشته اند.

حنابله گفته‌اند (مأخذ همان)؛ تصرف «صغیر ممیز» و اقرارش با اذن ولی یا اجازه لاحق وی صحیح است. بدین توضیح که حجر «صغیر ممیز» در آنچه از ناحیه ولی یا وصی مأذون است، منفک و زایل می‌گردد.

شافعیه (شربینی؛ ۱۴۲۴ق، ج ۲، صص ۱۶۶ و ۱۷۰- زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۴، صص ۳۵۱ و ج ۵، صص ۴۱۹ و ۴۲۰- جزیری؛ ۱۴۰۶ق، ج ۲، صص ۳۶۶) تصرفات «صغیر ممیز» را حتی در امور نافع و با اذن ولی یا اجازه لاحق وی صحیح نمی‌پندارند. مع الوصف، تصرفاتی از قبیل، اذن دخول، قبول هدیه، عبادات، پذیرش اسلام، از نظر شافعیه مجاز شناخته شده است.

دلیل آن دسته از فقهای اهل سنت بر صحت تصرفات «صغیر ممیز» مأذون این است که ملاک وضابطه تصرف در خصوص مورد، بر اذن ولی یا وصی استوار است، نه بر «صغیر ممیز». یعنی فی الواقع عمل حقوقی معامله توسط وی منعقد می‌شود و صغیر نقش واسطه و دلال را دارد نه نقش عاقد. راه، به علاوه دفع مال به صغیر به حکم آیه ۶ سوره نساء متوقف بر اعتبار و آزمایش است و این امر مستلزم نفویض اختیار به صغیر جهت انجام پاره‌ای از معاملات آزمایشی است. (کاشانی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، صص ۱۳۵- دسوقی؛ ۱۹۹۶م، ج ۳، ص ۵- این قدامه؛ ۱۹۹۷م، ج ۴، صص ۲۴۶- زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۴، صص ۳۵۹ و ۵۰۰ و ج ۵، صص ۴۱۹ و ۴۳۵)

شافعیه با استناد به آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا» (سوره نساء آیه ۵) رشد خریدار و فروشنده را از شرایط صحت معاملات می‌دانند و بر این عقیده‌اند که توفیض اختیار به صغیر غیر رشید و تجویز بیع و شراء وی ملازمه دادن مال به سفیه دارد که این مطلب برابر آیه شریف منع شده است. (شربینی؛ ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷- زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۴، صص ۳۵۹ و ۵۰۰ و ج ۵، صص ۴۱۹ و ۴۳۵)

## ۲۰) اعمال حقوقی «صغیر ممیز» در حقوق موضوعه

مقنن به موجب نصوص قانونی ذیل، کیفیت و چگونگی اعمال حقوقی محجورین من جمله «صغیر ممیز» را از حیث بطلان و عدم نفوذ مورد لحوق حکم قرار داده است.

ماده ۲۱۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند بواسطه عدم اهلیت باطل است»

ماده ۲۱۳ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «معامله محجورین نافذ نیست»

در ماده ۱۲۰۷ قانون مرقوم آمده است: «اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند: ۱- صغار ۲- اشخاص غیر رشید ۳- مجانین»

و بالاخره در ماده ۱۲۱۲ قانون یادشده می خوانیم: «اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد، باطل و بلااثر است، معذک «صغیر ممیز» می تواند تملک بلاعوض کند، مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حاکمات مباحات»  
از میان مواد مذکور، تعارض ظاهری مادتين ۲۱۲ و ۲۱۳، راجع به واژه «باطل» در ماده ۲۱۲ و حکم منبعث از آن از یک طرف و کلمه «غیر نافذ» در ماده ۲۱۳ و حکم مستخرج از آن از طرف دیگر، موجب اختلاف نظر بین اساتید علم حقوق گردیده بدین ترتیب که بعضی از دانشمندان با استناد به ماده ۲۱۲ قانون مدنی و با توجه به قسمت اول ماده ۱۲۱۲ قانون یاد شده اعمال حقوقی «صغیر ممیز» را باطل دانسته اند (امامی؛ ۱۳۵۶، ج ۱، ص ۲۰۵- شایگان؛ ۱۳۷۵، ص ۱۷۲- عدل؛ ۱۳۷۳، ص ۱۲۴- قائم مقامی؛ ۱۳۵۶، ج ۲، ص ۱۴۴- حائری شاه باغ؛ ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۶۲) و بعضی دیگر مستنداً به ماده ۲۱۳ قانون مدنی و قسمت ثانی از ماده ۱۲۱۲ قانون مزبور، معاملات و اعمال «صغیر ممیز» را صلاً غیر نافذ شمرده اند. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۴ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۶۴ و د، ۱۳۷۷، ص ۲۰۸ و ۷۴۰- صفایی؛ ب، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۸۳- صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۹۶- شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۲۷۱- جعفری لنگرودی؛ ب، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۳۹۰)<sup>۱</sup>

## ۲۱) جمع بین دو ماده ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی

در مقام رفع تعارض بین مادتين فوق نظریه های مختلفی از سوی اساتید علم حقوق ارائه شده است:

۱- بعضی گفته اند با استفاده از مفاد ماده ۸۶ قانون امور حسبی؛ «محجور ممیز می تواند اموال و منافعی را که به سعی خود او حاصل شده است با اذن ولی یا قیم، اداره نماید» که مؤخر بر قانون مدنی به تصویب رسیده و ناظر بر «صغیر ممیز» و «سفیه» است، می توان کلمه محجورین، مندرج در ماده ۲۱۳ ق.م را به محجور ممیز تعبیر و تفسیر نمود. در این صورت حکم ماده ۲۱۲ ق.م به محجور غیر ممیز اختصاص می یابد و حکم ماده ۲۱۳ قانون مرقوم شامل محجور ممیز می شود و بدینوسیله تعارض بین مادتين مارالذکر رفع می گردد. به عبارت دیگر، در مقام بیان جمع دو ماده موصوف گفته اند؛ ماده ۲۱۲ ق.م عام است و ماده ۲۱۳ آن خاص و با اعمال ضوابط مربوط به تعارض عام و خاص، محجور ممیز، من جمله «صغیر ممیز» از قلمرو حکم ماده ۲۱۲ ق.م خارج می شود. (جعفری لنگرودی؛ ب، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۳۶۰)<sup>۲</sup>

۱. نظر مرحوم امامی در ج ۵ با آنچه در ج اول آمده متفاوت است. ایشان، طی نظر جدید معاملات «صغیر ممیز» را غیر نافذ دانسته اند. (ج ۵، ص ۲۵۱)  
۲. ایشان کلمه محجور را نیز به معنی مفلس، معسر و ورشکسته که از جمله مصادیق محجور ممیز به شمار می - روند، تعبیر فرموده اند. (قانون مدنی محشی، ص ۱۷).

۲- بعضی باین عقیده‌اند که طبق ظاهر ماده ۲۱۲ ق.م. معاملات و اعمال حقوقی مستقل اشخاص فاقد اهلیت (صغیر اعم از ممیز و غیر ممیز، «مجنون» و «سفییه»، بدون تأیید سرپرست باطل است و بر اساس ماده ۲۱۳ ق.م. منظور از عدم نفوذ معامله محجورین، معامله در حال بلا تکلیفی (پیش از معلوم شدن استقلال یا عدم آن) اشخاص دارای قصد انشاء است که نقص آنان متوجه حجرشان است. (شهیدی؛ ۱۳۷۷، صص ۲۷۱ و ۲۷۲)

۳- گوهی دیگر از حقوقدانان معتقدند که رابطه بین مادتين ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی با مواد ۱۲۰۷ به بعد این قانون رابطه مجمل و مبین است. بدین توضیح که؛ مادتين ۲۱۲ و ۲۱۳ ق.م. اهلیت متعالمین را در انجام معاملات بنحو اجمال بیان نموده است و در جلد دوم قانون مدنی از مواد ۱۲۰۷ به بعد به تبیین و تفصیل کامل آن پرداخته است. ضمناً م راد قانونگذار از کلمه محجورین مندرج در ماده ۲۱۳ ق.م. اشخاصی از قبیل مفلس، راهن و مریض بوده که حجر آنان ذاتی نیست، بلکه به لحاظ مصلحت و رعایت غبطه دیگران از تصرف در مال خویش ممنوعند. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۱۳)<sup>۱</sup>

۴- بعضی دیگر از اساتید دانش حقوق، ضمن اینکه بر این عقیده اند که واژگان «بطلان» و «عدم نفوذ» در مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی در معنی عام (نادرست و غیر مؤثر) بکار رفته است، با تردید و بطور غیر جازم اظهار نظر نموده اند که؛ ماده ۲۱۲ ق.م. حکم معامله طرف مقابل محجور را نسبت به وی تبیین می‌نماید، ولی ماده ۲۱۳ قانون مرقوم، ناظر بر شخص محجور است. بدین ترتیب؛ چون معامله یک رابطه حقوقی است که نمی‌تواند از یک طرف درست و از طرف دیگر نادرست باشد، معامله با محجور از هر دو طرف «باطل» یا «غیر نافذ» است. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۹۸)

## ۲۲) اعمال حقوقی مستقل «صغیر ممیز»

بطوریکه درسطور همان مذکور افتاد، اعمال حقوقی مستقل «صغیر ممیز» نافذ نیست و نفوذ آن متوقف بر اجازه ولی یا سرپرست اوست، ضمناً اجازه مؤخر ولی یا سرپرست «صغیر ممیز» به عمل حقوقی و معاملاتی از زمان انعقاد اثر حقوقی می‌بخشد. مع الوصف؛ بعضی از اعمال حقوقی «صغیر ممیز» اگرچه بنحو استقلال انجام پذیرد، واجد آثار حقوقی بوده و قانوناً صحیح تلقی می‌گردد.

۱. ایشان در کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی ذیل ماده ۲۱۳، کلمه محجور را ناظر بر مفلس میدانند.

(کتاب یاد شده، ص ۲۰۹)

## ۱- تملک رایگان

به موجب بخش اخیر ماده ۱۲۱۲ ق.م که مقرر میدارد: «... صغیر ممیز می‌تواند تملک بلاعوض کند، مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حبارت مباحات»، تملک رایگان «صغیر ممیز» از قبیل هبه و صلح بلاعوض یا حبارت مباحات مجاز و روا شناخته شده است. بی گمان مصادیق مطروحه در ماده مرقوم از باب نقیض است و دخالت «صغیر ممیز» در هرگونه معامله و عمل حقوقی که نتیجه آن تملک حق یا مالی بطور رایگان است، مشمول همین قاعده خواهد بود. بنابراین، کودک ممیز می‌تواند حق انتفاع ایجاد شده به سود خود را بپذیرد، یا به عنوان موقوف علیه، عقد وقف را قبول کند و بالاخره در قرارداد مربوط به حق ارفاق در ملک خویش به عنوان قابل دخالت نماید. (کاتوزیان، الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۱ و ج ۱، ص ۱۱۲ و ۱۱۱) بطوریکه گذشت عده‌ای از فقهاء عظام نیز باستناد اخ بار و روایاتی، بعضی از اعمال حقوقی مستقل کودک ده ساله (صغیر ممیز) از قبیل وصیت، قبول هبه و هدیه، صدقه و طلاق را مجاز انگاشته‌اند. (علامه حلی و فخرالمحققین؛ ۱۳۸۹ق، ج ۲، ص ۵۱ - علامه حلی؛ الف به نقل از بحرانی؛ ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص ۳۶۷ و ۳۶۸ - نجفی؛ ۱۳۹۸/۱۳۷۷ق، ج ۲۶، ص ۳۸ - خویی، الف، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۵۸۹ به بعد - علامه حلی؛ ب، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۵۷ - شیخ طوسی؛ ج، ۱۴۰۰ق، ص ۶۱)

در میان فقهای اهل سنت حنفیه و مالکیه نیز تصرفاتی را که شخصاً به حال «صغیر ممیز» نافع و سودبخش باشد از قبیل قبول هبه، وصیت و غیره، حتی بدون اذن ولی یا سرپرست وی روا دانسته‌اند (کاسانی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۱۳۵ - دسوقی؛ ۱۹۹۶م، ج ۳، ۲۹۴ - ابن قدامه؛ ۱۹۹۷م، ج ۴، ص ۵۳۳ - زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۴۱۸ و ۴۱۹ و ج ۴، ص ۳۵۹ - جزیری؛ ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۶۶ و ۳۶۳ و ۳۶۴ - ۳۶۵ - گرجی، ج اول، ص ۱۵ - سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷م، ج ۴، ص ۱۸۰)<sup>۱</sup>

## ۲- قبول ودیعه و عاریه

برخی از حقوقدانان با توجه به مدلول بخش اول از ماده ۱۲۱۲ ق.م، آن دسته از عقود و ایقاعات مستقل «صغیر ممیز» را که موجب تصرف در دارایی و اموال وی شود، باطل می‌پندارند، ولی در صورتیکه عقود و ایقاعات مزبور متضمن تصرف در دارایی، اموال و حقوق اشخاص ثالث باشد، حتی بدون احتیاج به اذن و اجازه لاحق سرپرست وی صحیح می‌دانند. فلذا؛ بر پایه همین

۱. بااینکه شافعیه اعمال حقوقی صغیر ممیز را حتی با اذن ولی و سرپرست وی مجاز نمیدانند، مع الوصف تصرفاتی از قبیل اذن دخول، قبول هدیه، احترام، عبادات و قبول اسلام را صحیح انگاشته‌اند.

استدلال قبول ودیعه و عاریه که نوعی تصرف در مال و دارایی دیگران است را از ناحیه «صغیر ممیز»، آنهم بنحو استقلال، مطابق با قاعده تلقی می‌نمایند. (امامی؛ ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۲۵۲) در مقابل نظریه فوق، عده‌ای دیگر از اساتید علم حقوق، بر اساس نظری که مقرون به صواب است، بر این عقیده اند که قبول ودیعه و عاریه از اعمال حقوقی صد درصد نافع و سود بخش محسوب نمی‌شود، زیرا؛ ممکن است ناتوانی «صغیر ممیز» در حفظ و حراست از مال مورد ودیعه یا مستعار موجبات مسئولیت و ضمان علیه وی را به همراه آورده و البته ضرری را متوجه او سازد. به عبارت آخری عمل حقوقی عاریه و ودیعه عملی است مردد بین ضرر و نفع و بدین اعتبار صحت آن ضرورت اذن قبلی (یا اجازة لاحق سرپرست «صغیر ممیز» را ایجاب می‌نماید. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۲ و ج، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۸۱ - صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۷، صص ۲۰۱ و ۲۰۰)<sup>۱</sup>

### ۳- قبول وکالت

آن دسته از حقوقدانان که تصرفات «صغیر ممیز» را در اموال و حقوق دیگران و با اذن آنان جایز و روا شمرده‌اند، پذیرش وکالت اشخاص ثالث در کلیه امور آنان را که نوعی تصرف در اموال و حقوق دیگران تلقی می‌شود، صحیح نپداشته‌اند. (امامی؛ ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۲۵۲ و ج ۲، صص ۲۱۶ و ۲۱۷ - سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷م، ج ۲، ص ۱۸۴) برخی از فقهای امامیه نیز بر این عقیده‌اند که تصرف «صغیر ممیز» در اموال دیگران بر طبق عموماً و اطلاعات ادله نافذ است. فلذا؛ بر همین مبنا وکالت «صغیر ممیز» را در انشاء عقد یا ایقاع نسبت به مال غیر، حتی به طور مستقل و بدون اذن ولی صحیح میدانند. (خویی؛ الف، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۵۰۲ و ب، ۱۳۹۷ق، ج ۲، ص ۱۸) بعضی دیگر از فقها عقیده دارند که انشاء عقد توسط «صغیر ممیز» و به وکالت از جانب ولی کاشف از این معنی است که فی الواقع عقد از طرف ولی منعقد شده است، زیرا؛ عمل وکیل نازل منزل موکل بوده و عقد را به وی منتسب می‌سازد. بنابراین؛ روایات و اخبار وارده بر منع تصرف صغیر، مورد را شامل نمی‌شود. (حجت، ۱۴۰۹ق، ص ۲۲۱) پاره‌ای دیگر از دانشمندان فقه اسلامی، با این توجیه که اجراء صیغه عقد به وکالت «صغیر ممیز» به منزله این است که وکیل، زبان و وسیله انتقال کلام ولی و بیان کننده اراده اوست، وکالت «صغیر ممیز» از ناحیه وی را پذیرفته‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۴۶)

۱. در فقه حنفیه صغیر ممیز میتواند به عنوان معیر طرف عقد قرار گیرد، با این وصف به طریق اول مستعیر بودن آن جایز و صحیح است. (کاسانی؛ همان، ج ۶، ص ۲۱۴ - شربینی؛ ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۶۴ - زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۵۶)



فقیهان حنفیه در میان فقهاء اهل سنت، شرایطِ اهلیت در وکیل را محدود به عقل و قوه تمیز دانسته و بدین لحاظ وکالت «صغیر ممیز» را خواه مأذون از قبیل ولی یا سرپرست باشد یا خیر، مشروع و جایز می‌دانند. (کاسانی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۲۰- سرخسی؛ ۱۴۰۶ق، ج ۱۹، ص ۱۵۸- ابن عابدین؛ ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۵۱۱- شربینی؛ ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۱۸- زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۷۷)

شافعیه درستی وکالت «صغیر ممیز» را محدود به مواردی می‌دانند که «صغیر ممیز» صلاحیت و جواز انجام آن اعمال را فی نفسه دارا باشد. توضیح اینکه، شافعیه فقط برخی از تصرفات «صغیر ممیز»، از قبیل اذن دخول، قبول هدیه، صلح، پذیرش اسلام و غیره را جایز می‌شمارد. (زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۷۷)

درمقابل آن دسته از حقوقدانان که وکالت «صغیر ممیز» را مطابق با قاعده می‌دانند، با نظریه مخالف بعضی دیگر که مقرون به صواب و درستی است، روبرو هستیم. مخالفین عقیده دارند که قبول وکالت بدون اذن ولی با ظاهر ماده ۶۶۲ ق.م. که اهلیت را در وکیل شرط صحت وکالت می‌داند منافات و مغایرت دارد. به علاوه وکالت عمل حقوقی صرفاً نافع و سودمند نیست و ممکن است مسئولیت و ضمانت برای وکیل مقصر به همراه داشته باشد. (کاتوزیان؛ ج ۱، ص ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۴۲ و الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۳ و د، ۱۳۷۷، ص ۴۴۰- صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۹۹) این دسته از حقوقدانان که قبول وکالت «صغیر ممیز» را بدون اذن ولی در امور دیگران صحیح نمی‌دانند، وکالت نامبرده را از سوی ولی یا قیم، با این استدلال که تفویض چنین اختیاری به منزله اذن در اعمال صغیر است، پذیرفته‌اند. ضمناً این اساتید وکالت «صغیر ممیز» را در امور صرفاً نافع یا امور غیرمالی که «صغیر ممیز» اهلیت انعقاد آن را دارد، نافذ شمرده‌اند. (کاتوزیان؛ ج ۱، ص ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۴۲ و الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۳ و د، ۱۳۷۷، ص ۴۴۰- صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۲۰۰- صفایی؛ ب، ج ۱، ص ۸۳)

برخی از حقوقدانان با استفاده از مفهوم ماده ۶۸۲ قانون مدنی، عقیده دارند که محجور ممیز در اموری که قدرت تمیز و تشخیص کافی برای انجام امری را دارد می‌تواند قبول وکالت کند. (قائم مقامی؛ ۱۳۵۶، ج ۲، ص ۱۱۲)

برخی از فقهای امامیه نیز قبول وکالت از طرف «صغیر ممیز» را بدون اذن ولی رطلی‌دانند. این دسته از فقها در مقام استدلال می‌گویند وکالت عقد است و از جمله شرایط صحت آن، این است که طرفین عقد واجد اهلیت باشند به علاوه قبول وکالت در امری ممکن است که وکیل فی نفسه، صلاحیت و توانایی انجام مورد وکالت را به نام و برای شخص خویش دارا باشد (شافعی؛ الف، ج ۱، ص ۳۹۹- خوانساری؛ ۱۳۵۵، ج ۳، ص ۳۵۵، ص ۷۴- محقق؛ الف، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۰)

حنبلیه و مالکیه، وکالت صغیر را بدلیل غیرمکلف بودن وی و اینکه خود قادر نیست در مورد وکالت به نام و برای خویش تصرف نماید، غیر صحیح دانسته‌اند. شافعیه نیز با قید این

استثناء که وکالت «صغیر ممیز» در آنچه مجاز به تصرف در آن بوده، نافذ است، با حنبلیه و مالکیه هم عقیده اند. (زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۷۷)

#### ۴- قرارداد کار

برخلاف نظر برخی از علمای علم حقوق که منافع انسان آزاد را در شمار اموال به حساب نمی‌آورند و بدین اعتبار انعقاد قرارداد کار توسط کودک ممیز را مجاز می‌شمارند، (امامی، ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۲۵۲) بایع‌اذعان نمود که مال، منحصر به امور مادی نیست، بلکه هر آنچه عرفاً قابل تبدیل به پول بوده و واجد ارزش معاملاتی باشد، مال تلقی می‌گردد، (کاتوزیان، هـ، ۱۳۶۲، ص ۱۴۸) به علاوه قرارداد کار عقدی صرفاً نافع و سودمند نیست تا بتوان آن را مشمول قسمت اخیر ماده ۱۲۱۲ق.م به شمار آورد. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۲۰۱) بنابراین؛ حسب القاعده، پذیرش نظریه فوق با مشکل مواجه بوده و با ضابطه و ملاکی که در خصوص معاملات و اعمال حقوقی «صغیر ممیز» بیان گردید، انطباق ندارد.

قانون امور حسبی با تصویب مادتهای ۸۵ و ۸۶ که مؤخر بر قانون مدنی وضع شده است به این بحث خاتمه داده است بدین توضیح که، اولاً به موجب این مواد اشتغال کار صغیر منوط به اذن یا اجازه ولی و سرپرست او گردیده و قراردادهای مستقل صغیر در این خصوص مجاز شناخته شده است. ثانیاً به صغیر نیز اختیار داده شده است که با اجازه سرپرست خویش، اداره اموال و منافع را که به سعی خود حاصل نموده برعهده گیرد.

#### ۲۳) دیدگاه حقوقی برخی از کشورها در خصوص اعمال حقوقی «صغیر ممیز»

در حقوق فرانسه، «صغیر ممیز» واجد اهلیت طبیعی نسبی است، لذا بدین لحاظ قادر است برخی از اعمال حقوقی را بنحو استقلال انجام دهد (صفایی؛ الف، صص ۱۹۹ و ۲۰۰- عاطف النقیب؛ ۱۹۸۸م، ص ۱۶۱ و ۱۶۲):

- ۱- «صغیر ممیز» می‌تواند به انجام آن دسته از اعمال حقوقی غیرمالی که وابسته به شخص و اراده شخصی اوست مبادرت نماید. مانند شناسایی طفل نامشروع، اثبات نسب، پذیرش عضویت سندیکای حرفه‌ای و وصیت از سن ۱۶ به بعد. (صفایی؛ الف، ص ۱۹۸)
- ۲- «صغیر ممیز» می‌تواند اقدامات تأمینی انجام دهد، مانند ثبت رهن غیر منقول و قطع مرور زمان.

۳- به موجب بند ۳ ماده ۳۸۱ و ماده ۴۵۰ قانون مدنی اصلاحی ۱۹۶۴ فرانسه، «صغیر ممیز» می‌تواند به تنهایی اعمال مربوط به زندگی جاری خویش را انجام دهد.

انجام دیگر معاملات و اعمال حقوقی «صغیر ممیز» در حقوق فرانسه تابع رژیم نمایندگی است و تحت نظر ولی و سرپرست به انجام می‌رسد. حکم این قبیل معاملات و اعمال حقوقی، اگر بدو ن‌اذن یا اجازه سرپرست صغیر انجام شود بطلان نسبی است. هرگاه سرپرست یا خود صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ، معاملات مزبور را به مصلحت ندانند، می‌توانند بطلان آن را از دادگاه درخواست نمایند، ولی طرف قرارداد به استناد حجر صغیر از چنین امتیازی بی‌بهره است. (مازو، حقوق مدنی، ج ۲، ش ۲۳۰ به نقل از شهیدی؛ ۱۳۷۷، ص ۲۷۵)

در حقوق انگلیس، حسب القاعده، معاملات و اعمال حقوقی «صغیر ممیز» غیرمعتبر اعلام شده است. مع الوصف بعضی از اعمال وی از قبیل قراردادهایی که برای تهیه ضروریات زندگی یابه منظور استفاده از خدمات، منعقد می‌شود معتبر شناخته شده است. (گست و انسن؛ حقوق قراردادهای، به نقل از شهیدی؛ ۱۳۷۷، ص ۲۷۵) در حقوق این کشور، قراردادهایی که نسبت به «صغیر ممیز» بی اعتبار است به دو نوع ذیل تقسیم می‌شود:

۱- قراردادهای قابل فسخ مثبت: قراردادهایی که به موجب آن برای صغیر سود مستمری عاید می‌شود، مانند قرارداد مربوط به خرید سهام شرکت، این قبیل قراردادها برای صغیر الزام آور است، مگر اینکه آن رادر دوران صغیر یا در مهلت معقول و متعارفی پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد فسخ نماید.

۲- قراردادهای قابل فسخ منفی: قراردادهایی که سود مستمری برای صغیر در پی ندارد، مانند تعهد پرداخت عوض در قبال خرید کالای غیر ضروری، این قبیل قراردادها در قبال صغیر، فاقد اعتبار است، مگر اینکه صغیر آنها پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد در مهلت معقول و متعارف، تنفیذ نماید.

در حقوق آلمان مطابق ماده ۱۰۴ قانون مدنی، اعمال حقوقی و معاملات صغیری که سن وی به هفت سال تمام نرسیده است، محکوم به بطلان است. لیکن برابر ماده ۱۰۸ قانون مرقوم، معاملات و اعمال حقوقی صغیری که بیش از ۷ سال دارد، باطل نیست، بلکه با تنفیذ سرپرست او معتبر و نافذ شناخته شده است. (شهیدی؛ ۱۳۷۷، ص ۲۷۶)

در حقوق مصر که در زمینه معاملات «صغیر ممیز» بر پایه فقه حنفی وضع مقررات شده است، مطابق ماده ۶ قانون حسبه صغیری که به سن تمیز رسیده (۷ سال) ولی هنوز رشید شناخته نشده است، ناقص الاهلیه به شمار می‌رود، و برابر ماده ۱۱۱ قانون مدنی تصرفات و اعمال حقوقی نافع و سودبخش وی حتی بنحو استقلال مجاز و رواستو در مقابل اعمال حقوقی و تصرفاتی که صرفاً برای او ضرر در پی دارد باطل محسوب است و بالاخره آن دسته از معاملات و اعمالی که مردد بین ضرر و نفع است، بنا به مصلحت و غبطه «صغیر ممیز» قابل ابطال است. البته اگر صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ معامله مزبور را تنفیذ نماید یا معاملت موصوف توسط سرپرست یا ولی

او تنفیذ شود، حق درخواست ابطال ساقط می‌گردد. (سنه‌وری؛ ب، ۱۹۷۰م، ج ۱، ص ۲۷۵ و ۲۷۶ و ج، بی تا، ص ۸۶)

در ماده ۹۶۷ المجله که مبتنی بر فقه حنفی تحریر گردیده، معاملات و اعمال حقوقی «صغیر ممیز» که متضمن نفع و سود برای اوست حتی بدون اذن یا اجازه سرپرست نافذ شناخته شده است. و اما معاملات و اعمال حقوقی مضرّه باطل پنداشته شده و اجازه بعدی وی نیز در تنفیذ آن مؤثر نیست و بالاخره نفوذ معاملاتی که مردد بین نفع و ضرر است، موقوف به اذن یا اجازه لا حق سرپرست صغیر، شده است. (عاطف النقیب؛ ۱۹۸۸م، ص ۱۶۱ و ۱۶۰- پایگاه اینترنتی مجله الاحکام العدلیه)<sup>۱</sup>

در حقوق لبنان نیز اعمال حقوقی «صغیر ممیز» در صورتیکه سودبخش و نافع باشد صحیح انگاشته شده است. و اما دیگر معاملات «صغیر ممیز»، در صورتیکه از معاملات عادی که مستلزم تشریفات و صیغه خاص نباشد، در صورت تحقق غبن علیه صغیر قابل بطلان دانسته شده و معاملاتی که منوط به تشریفات و شرایط خاص است، غیر معتبر و باطل اعلام شده است. (عاطف النقیب؛ ۱۹۸۸م، ص ۱۶۱)

### گفتار دوم: انجام اعمال حقوقی به نمایندگی از «صغیر ممیز»

#### ۲۴ طرح بحث

در این سطور به بررسی معاملات و آن دسته از اعمال حقوقی که به نیابت و نمایندگی از سوی «صغیر ممیز»، منعقد می‌گردد، می‌پردازیم، لیکن قبل از ورود به این بحث و به منظور تبیین روشنتر موضوع، مقدماتی را مورد گفتگو قرار می‌دهیم. بدین ترتیب؛ بدو از نیابت و نمایندگی تعریفی ارائه داده و اقسام نمایندگی را بیان می‌کنیم، سپس مصادیقی از نمایندگی را که با بحث مرتبط است، اختصاراً شرح می‌دهیم و در خاتمه از معاملات و اعمال منعقد ه توسط نایب یا نماینده و آثار و نتایج آن سخن به میان می‌آوریم.

#### ۲۵ تعریف نیابت یا نمایندگی

با اینکه در قانون مدنی تعریف خاصی از نمایندگی بطور عام به عمل نیامده است، برخی از حقوقدانان عقیده دارند که مقررات مندرج در باب وکالت قانون مدنی حاوی احکامی است که بر همه اقسام نمایندگی حکومت دارد، (کاتوزیان؛ ج، ۱۳۶۴، ج ۳، ش ۹۹ به بعد و الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۴ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۲۱- جعفری لنگرودی؛ ج، ۱۳۷۹، ص ۳۵۴) لذا بر اساس مواد ۶۷۴ و ۶۵۶ قانون مدنی که در باب وکالت از تصویب گذشته است، نمایندگی را چنین

<sup>۱</sup> <http://ebooks.roro44.com/Download-4734-مجله-الأحكام-العدلیة-4734>

تعریف کرده‌اند: «رابطه‌ای است که بموجب آن نماینده می‌تواند به نام و حساب اصیل در انعقاد قراردادی شرکت کند که آثار آن بطور مستقیم دامنگیر اصیل می‌شود. « (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۷۴ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۲۱)

در تعریفی دیگر گفته شده است: «هرکس که به حساب دیگری و برای تأمین غرض و هدف و مصالح او تصرفاتی نماید و اقداماتی کند (خواه از قبل او منصوب باشد مانند وصی و وکیل، خواه نباشد مانند امین محجور و امین غائب و قیم و ولی قهری و غیره) نماینده محسوب است خواه وکیل باشد یا نه.» (جعفری لنگرودی؛ د، ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۴۶۸)

برخی دیگر از اساتید حقوق، براین عقیده‌اند که گرچه از بخش اول ماده ۲۴۷ قانون مدتی که مقرر میدارد: «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذنیست...»، چنین استفاده می‌شود که قانون مدنی نمایندگی را به سه مورد مذکور محدود نموده است، لیکن از مفهوم ماده ۱۹۶ قانون مرقوم که اشعار می‌دارد: «کسی که معامله‌ای می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید...»، قبول نظریه کلی نمایندگی قابل استنباط است. (قائم مقامی، ۱۳۵۶، ج ۲، ص ۸۱)

## ۲۶) اقسام نمایندگی

نمایندگی را به اعتبار سبب و مبنا به سه دسته تقسیم کرده‌اند. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ش ۳۱۷ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ش ۱۲۳ - سنه‌وری؛ الف، ۱۹۹۷، ج ۲، ص ۱۸۴ و ۱۸۵ - قائم مقامی؛ ۱۳۵۶، ج ۲، صص ۸۷-۸۵)

۱- قراردادی: مقصود از نمایندگی قراردادی، تفویض وکالت به دیگری است که در ماده ۶۵۶ ق.م. چنین تعریف شده است: «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید.»

با توجه به ماهیتی که قانونگذار بر مبنای مفاد قسمت دوم از مواد ۸۲۶ و ۱۱۹۴ قانون مدنی برای وصی قائل است، برخی از حقوقدانان وصایت را چهره‌ای مخلوط از نمایندگی قراردادی و قانونی شمرده‌اند. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۶ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۲۲ و واو، ۱۳۵۱، ص ۱۳۸ - قائم مقامی، ۱۳۵۶، ج ۲، صص ۸۵ و ۸۶ - جعفری لنگرودی؛ ه، ۱۳۷۰، ص ۱۷۱)

توضیح اینکه؛ بر مبنای قسمت دوم ماده ۸۲۶ که مقرر میدارد: «وصیت عه دی عبارت است از اینکه شخص یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگر ی مأمور می‌نماید.»، وصایت نوعی نمایندگی قراردادی است و بر مبنای ماده ۱۱۹۴ که مقرر میدارد: «پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص طفل نامیده می‌شود»، وصایت نمایندگی قانونی تلقی می‌شود.

به تعبیر دیگر گفته شده است: «وصی نماینده عهدی موصی و نماینده قانونی محجورین تحت ولایت موصی است.» (کاتوزیان؛ واو، ۱۳۵۱، ش ۳۱۶ و ۳۱۷)

۲- قانونی: گاهی بعضی از اشخاص به حکم قانون نماینده بعض دیگر می‌شوند، این نمایندگی در اصطلاح فقهاء «ولایت» نامیده می‌شود، مانند ولایت پدر بر مولی علیه خویش.

۳- قضایی: مبنای اصلی این نمایندگی حکم قانون است و اراده اصیل در آن نقشی ندارد، مع الوصف چون شخص نماینده به موجب حکم دادگاه انتخاب می‌گردد، آن را نمایندگی قضایی می‌نامند.

## ۲۷) مصادیق نمایندگی

اعمال حقوق صغار و مجانین، در قالب نمایندگی قانونی یا قضایی و بوسیله شخصی که مطابق با قانون و یا حکم دادگاه، عهده دار یکی از مناصب ذیل است، انجام می‌پذیرد.

۱- ولایت قهری: با توجه به مفاد مادتین ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی، ولایت قهری منصبی است که به موجب حکم مستقیم قانون به پدر و جدپدری واگذار گردیده تا امور طفل صغیر و یا غیررشید و مجنون‌ی که عدم رشد و جنون او متصل به صغر باشد را اداره نموده و از جانب آنان به انجام اعمال حقوقی و انعقاد معاملات مبادرت نماید.<sup>۱</sup>

۲- وصایت: به طوریکه مذکور افتاد، وصایت دو چهره دارد، بدین توضیح که وصایت در قالب وصیت عهدی عنوان نمایندگی قراردادی دارد و در قالب اداره امور محجورین مفید نمایندگی قانونی است.

۳- امانت: امانت از مصادیق نمایندگی قضایی است که به موجب حکم محکمه ذمه صلاح به شخصی تفویض اختیار می‌شود تا تحت شرایطی عهده‌دار امور مالی محجور باشد. حکم دادگاه در خصوص مورد، بعضاً تحت عنوان نصب امین و یا به صورت ضم امین صادر می‌گردد.

۴- قیمومت: قیمومت از مصادیق نمایندگی قضایی است و بنا به تعریف؛ «وظیفه و سمتی است که از طرف قاضی به شخصی که قیم نامیده می‌شود، برای سرپرستی و اداره امور محجور، در صورت فقد ولی خاص، واگذار می‌گردد (مستفاد از مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۵ و ۱۲۱۸ به بعد قانون مدنی).» (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، صص ۲۲۲ و ۲۲۳)

۱. در فقه امامیه ولایت قهری، فقط برای پدر و جد پدری پیش بینی شده و هر یک از آنان بنحو استقلال، میتواند امور محجور را اراده نمایند و هر یک را بر دیگری رجحان و تقدم نیست. (عاملی؛ ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۲۶۰- محقق؛ الف، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۲۴۲- علامه و فخرالمحققین؛ ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۵۲) - در بین فقیهان شافعیه بعضی ولایت مادر را پس از پدر و جد پدری بر وصی مقدم دانسته اند. (محمد جواد مغنیه؛ ب، ۱۳۷۹، ص ۳۵۵)

نصب قیم، در جهت حمایت از امور محجورین و با توجه به مواد ۱۱۸۵، ۱۱۹۲، ۱۱۹۱، ۱۱۹۳، ۱۲۲۸، ۱۲۱۹ و ۱۲۵۰ قانون مدنی، از طریق مرجع قضایی انجام می‌گیرد.

### ۲۸) انجام اعمال حقوقی بِنمایندگی ولی قهری «صغیر ممیز»

چنانکه مذکور افتاد، حسب مفاد ماده ۱۱۸۳ ق.م و ماده ۷۳ ق.ا.ح، اولیاء قهری محجورین (پدر، جدپدری) در انجام امور مربوط به اموال و حقوق مالی آنان، واجشمایندگی عام بوده و می‌توانند اقداماتی را که مطابق با مصلحت و غبطه مولی علیه است به نیابت یا به تعبیر دیگر به نام و حساب او به انجام رسانند. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۶ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۲۲ و واو، ۱۳۵۱، ص ۱۳۸)

برخی از حقوقدانان گفته‌اند که قاعده نمایندگی عام ولی قهری این مزیت را دارد که در موارد تردید در اینکه آیا ولی در خصوص مورد معین، واجد اختیار است یا خیر، وجود اختیار وی استصحاب گردیده و ترجیح داده می‌شود. (امامی؛ ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۲۱۲)

بنابراین پدر یا جد پدری، با توجه به اختیارات قانونی خویش، می‌تواند اموال منقول و غیرمنقول «صغیر ممیز» را بفروشد (مادتین ۸۱ و ۸۳ ق.ا.ح)، اموال وی را ودیعه گذارد، پول او را به بانک بسپارد (ماده ۸۴)، اموال وی را به رهن گذارد و برای او قرض بگیرد و اعمالی مشابه موارد گفته شده انجام دهد. بی‌گمان در کلیه این امور نیاز به نظارت دادگاه و دادستان نیست. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۱۶ و د، ۱۳۷۷، ص ۷۲۶) اختیار ولی در امور غیرمالی، مانند نکاح و طلاق و اقرار به نسب خلاف اصل بوده و محتاج به اجازه صریح قانونی است. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۱۶ و د، ۱۳۷۷، ص ۷۲۶)

با اینکه قانون برای ولی قهری در خصوص تصرفات وی در امور مالی «صغیر ممیز» محدودیتی قائل نیست، مع الوصف، مستنداً به ماده ۳۱۳ ق.ا.ح، ولی قهری حق ندارد در نقسی یم ترکه‌ای که مولی علیه در آن مشارکت دارد، بطور مستقل و خارج از دادگاه با سایر وراث توافق نماید. نقسی یم ترکه در این مورد با نظارت دادگاه و پس از تحصیل نظر بی‌کارشناس به عمل می‌آید. به علاوه برخی از علماء حقوق، انجام بعضی از اعمال حقوقی مانند انشاء وصیت را بوسیله ولی قهری ممنوع نموده و حجر مولی علیه «صغیر ممیز» را در اینگونه موارد مربوط به «عدم اهلیت تمتع» دانسته‌اند. (عمید؛ ۱۳۴۲، ش ۲۷۰- جعفری لنگرودی؛ و، ص ۲۶۴- کاتوزیان؛ واو، ۱۳۵۱، ص ۸۵- قائم مقامی؛ ۱۳۵۶، ج ۲، ص ۸۸) همچنین است، در مورد اموری همانند لعان، سوگند که مباشرت شخص در آن شرط است. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۱۹)<sup>۱</sup>

۱. در وصیت غبطه و مصلحت متوجه محجور نیست. بنابراین؛ ولی قهری نمی‌تواند به نیابت از مولی علیه وصیت نماید. (محقق داماد؛ وصیت، ۱۳۷۳، ص ۷۴)

در خصوص موارد فوق مابین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. (طباطبایی؛ الف، ص ۵۸۷ و ب، ۱۳۴۰ق، صص ۳۴۷، ۳۵۸ - سبزواری؛ ۱۲۶۹ش، ص ۱۴۴ - بحرانی؛ ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۵۲۹ - عاملی؛ ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۳۹۱)

برخی از حقوقدانان با استفاده از ملاک مواد مربوط به اختیارات و وظایف قیم در قانون مدنی و امور حسبی، اختیارات ولی قهری را در حد قیم تنزل داده و بر این عقیده‌اند که همان اختیارات و وظایفی که قانون برای قیم مقرر نموده، نسبت به ولی قهری جاری است، با این تفاوت که ولی قهری در اقدامات خویش تحت نظارت دادستان یا دادگاه قرار ندارد. (امامی؛ ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۲۱۲)

مطلب مهمی که در این سطور بحث آن ضروری است این که با توجه به نمایندگی قانونی و عام ولی قهری در انجام امور مالی مولی علیه، آیا تکلیفی که برای دیگر نواب و نمایندگان در رعایت مصلحت و غبطه منوب‌عنه مقرر گردیده، نسبت به ولی قهری نیز جاری است یا خیر؟

در مقام پاسخ؛ اگر مادتين ۶۶۷ و ۱۰۷۴ قانون مدنی را، حسب تفسیر برخی حقوقدانان، از قواعد عمومی محسوب‌نماییم و منحصر به باب وکالت و نکاح ندانیم، تکلیف ولی قهری در رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه بخوبی قابل استدلال و استنباط است. به علاوه روح مواد ۱۱۸۴، ۱۱۸۶ و ۱۲۴۱ قانون مدنی که بر لزوم رعایت امانت، لیاقت و توانایی ولی قهری دلالت دارد، تکلیف ولی قهری را در خصوص مورد مدلل و ثابت می‌دارد. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۱۹ و د، ص ۶۶۵ و الف، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۷۷ و ۷۵ - صفایی و امامی؛ ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۷)

برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند؛ همین قدر که تصرف ولی قهری در اموال مولی علیه ایجاد ضرر و مفسده نکند، نافذ و ممضی است و رعایت غبطه و مصلحت ضرورتی ندارد. (جعفری لنگرودی؛ و، صص ۳۳۵ و ۳۳۶)

درفقه امامیه، پیرامون قلمرو فعالیت ولی قهری در انجام اعمال حقوقی، به نیابت از مولی علیه، نظرات گوناگونی ابراز شده است. برخی با استناد به روایتی<sup>۱</sup> بر این عقیده‌اند که مطلق تصرفات ولی قهری در امور مالی مولی علیه، اعم از اینکه متضمن مصلحت وی باشد یا نباشد، صحیح و عاری از اشکال است. (انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۷ - خویی؛ الف، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۱۰ و خوانساری؛ ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۹۷ این قول را به بعضی از فقهاء نسبت داده‌اند)

برخی ضمن ادعای اجماع بر قول خویش‌هاملی؛ ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۲۱۷ - شیرازی؛ ب، ۱۴۰۳ق، ص ۱۴۹ (ضاطه صحت و درستی اعمال حقوقی ولی قهری را در موربحث غبطه و مصلحت مولی علیه می‌دانند) علامه حلی؛ د، به نقل از مروارید، ۱۴۱۰ق، ج ۱۵، ص ۲۱۴ - ابن ادریس؛ ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۲۱۲ - عاملی؛ ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۲۱۷ - طباطبایی؛ الف، ص ۶۲۳ - میرزای قمی؛ ۱۳۷۵، ج ۴، ص

۱. قال الصادق (ع): «... ان مال الولد للوالد».



۲۵۱- کیدری؛ به نقل از مروارید، ۱۴۱ق، ج ۱۵، ص ۱۹۷- طوسی؛ الف، ۳۸۸ق، ج ۲، ص ۱۶۲ و ۱۶۳ - علامه حلی؛ ب، ۱۴۱ق، ج ۱، ص ۳۶۰ و ج، ۱۳۸۰، ج ۵، ص ۳۶ و ۳۷- مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴، ج ۸، ص ۱۵۷- مغنیه؛ الف، ۴۰۴ق، ج ۵، ص ۱۰۶) عده‌ای دیگر از فقهاء رعایت مصلحت و غبطه مولی علیه را لازم ندانسته و صرف عدم مفسده را کافی می‌دانند (انصاری، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۸- خوبی؛ الف، ۱۴۲ق، ج ۳، ص ۲۱۰ و ب، ۱۳۹۷ق، ج ۲، ص ۳۴)

بنابه نظر برخی دیگر، در صورتیکه از آیه شریفه «ولاتقربوا مال الیتیم الا باللتی هی احسن» (سوره انعام، آیه ۱۵۲ و سوره اسراء آیه ۳۴)، رعایت مصلحت و غبطه مستفاد گردد، با توجه به معنی و مفهوم یتیم که ناظر بر اطفال بی پدر است، رعایت این تکلیف صرفاً در تصرفات جد، نسبت به اموال مولی علیه ضروری بوده و در خصوص پدر همان عدم مفسده کفایت می‌کند. (انصاری، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۸ و ۷۹- شیرازی؛ الف، ۱۳۶۸، ج ۸، ص ۱۶۱)

نقطه مقابل نظری اخیر نیز از سوی برخی فقهاء ابراز شده است، بدین ترتیب که گفته‌اند، با توجه به اولویت جد بر پدر که از بعضی روایات حاصل است، آیه شریفه یادشده، در خصوص جد تخصیص می‌خورد یعنی در مورد تصرفات جد نسبت به اموال مولی علیه صرف رعایت عدم مفسده کافی است، ولی پدر بایستی رعایت غبطه و مصلحت را نیز بنماید. (انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۹- شیرازی؛ الف، ۱۳۶۸، ج ۸، ص ۱۵۹- خوبی؛ الف، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۱۰)

بر پایه نظریه دیگر مطلق تصرفات جد در امور مالی مولی علیه جایز است، ولی پدر تکلیف به رعایت عدم مفسده دارد. (انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۸۰- خوبی؛ الف، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۱۰)

و بالاخره قول آخر بر پائج روایاتی از قبیل جواز اقتراض ولی قهری از مال مولی علیه استوار است. بر اساس این قول، در خصوص آن دسته از تصرفات ولی قهری که ناظر بر معاملات شخصی وی با مولی علیه است، صرف عدم مفسده کافی است، لیکن اعمال حقوقی و تصرفات ولی قهری در امور مالی مولی علیه در قبال اشخاص ثالث، مستلزم رعایت مصلحت و غبطه مولی علیه است. (خوبی؛ الف، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۱۶ و ۲۱۷- خوانساری؛ ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۹۷)

واما جمهور فقهاء عامه رعایت مصلحت و عدم ضرر را در تصرفات ولی قهری نسبت به اموال و امور مالی مولی علیه واجب و ضروری دانسته و قول خود را بر آیات شریفه ۱۵۲ از سوره انعام و ۳۴ از سوره اسراء استوار نموده‌اند. (کاسانی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۱۵۳ به بعد- ابن همام؛ ۱۴۰۶ق، ج ۸، ص ۱۸۶- ابن قدامه؛ ۱۹۹۷م، ج ۴، ص ۵۰۹- الدردیر؛ بی تا، ج ۳، ص ۳۹۰ و ۳۹۵- شربینی؛ ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۱۷۴ الی ۱۷۶- ابی اسحاق، بی تا، ج ۱، ص ۳۲۸ و ۳۳۰- بهتویی؛ به نقل از زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۴۳۲- سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷م، ج ۴، ص ۱۷۹ و ۱۸۰ و ج ۵، ص ۲۵۹- زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۴۲۷ الی ۴۳۳- جزیری؛ ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۳۲۸ و ۳۲۹)

به نظر می‌رسد قول مشهور فقهاء امامیه و جمهور فقهاء اهل سنت که ولی قهری را در انجام اقدامات و اعمال حقوقی، به نیابت از مولی علیه، مکلف به رعایت غبطه و مصلحت دانسته‌اند،

براقوال دیگر رجحان دارد. زیرا؛ همانگونه که مذکور افتاد، حکمت جعل ولایت، حمایت از محجور والنهاییه حفظ و نگهداری از اموال مولی علیه و اداره و تصدی امور مالی اوست.<sup>۱</sup> (شیرازی؛ الف، ۱۳۶۸، ص ۱۴۹) بی‌گمان اقداماتی که متضمن نفع یا مصلحت مولی علیه نیست، منافعی حمایت از محجور بوده و ضمن اینکه نوعی تعدی و تجاوز به اموال وی تلقی می‌شود، مغایرت بین با حفظ و نگهداری اموال مشاراًلیه دارد.

## ۲۹) وضعیت آن دسته از اعمال حقوقی ولی قهری که مغایر با مصلحت و غبطه مولی علیه (صغیر ممیز) است

حقوقدانان در خصوص حکم معاملات منافعی با مصلحت و غبطه مولی علیه نظر واحدی ندارند. بعضی بر این عقیده‌اند که آن دسته از اقدامات ولی قهری که به ضرر محجور است باطل و کان لم یکن بوده و شخص ولی و یا قیم و یا خود مولی علیه پس از رسیدن به سن رشد می‌تواند به عنوان عدم رعایت غبطه و مصلحت اعلام بطلان معامله یا عمل حقوقی ضرری را از دادگاه تقاضا کند. (امامی؛ ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۲۳۱- جعفری لنگرودی؛ د، ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۴۲۸ و ج، ۱۳۷۹، ماده ۶۲۶، ص ۷۵۶)

برخی دیگر از اساتید علم حقوق، مطلق اعمال حقوقی و معاملاتی را که در آن غبطه و مصلحت مولی علیه لحاظ نشده است، در حکم معاملات فضولی و غیر نافذ دانسته و نفوذ آن را موکول به تنفیذ محجور پس از احراز رشد نموده‌اند. (صفایی و امامی؛ ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۸۵)

برخی دیگر از حقوقدانان در خصوص مورد قائل به تفصیلند، بدین ترتیب؛ اعمالی را که ولی عمداً به ضرر مولی علیه و سود خود انجام می‌دهد، خواه طرف مقابل مطلع و آگاه از تجاوز و تعدی ولی قهری باشد یا خیر، حسب قاعده مستفاد از مواد ۶۶۷ و ۱۰۷۴ قانون مدنی در حکم اعمال فضولی دانسته و غیر نافذ می‌دانند، لیکن آن دسته از اعمالی را که ولی قهری به تصور مصلحت و غبطه مولی علیه انجام می‌دهد، ولی فی الواقع برای وی ضرر به همراه دارد، محمول بر صحت دانسته و در توجیه نظریه خویش می‌گویند. اولاً: قانونگذار تضمین غبطه مولی علیه را بر ولی وی تحمیل نکرده است. ثانیاً: تعهد ولی قهری همانند تعهد دیگر نمایندگان تعهد به وسیله است نه تعهد به نتیجه. ثالثاً: غیر نافذ شناختن معامله ولی قهری در خصوص مورد، برای طرف او زیان غیر متعارف در بر خواهد داشت که غیر قابل جبران است. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۱۳ الی ۲۲۶ و د، ۱۳۷۷، ص ۷۲۵)

۱. بعضی از فقهاء به حفظ و نگهداری اکتفا ننموده و جلب منفعت را نیز واجب دانسته‌اند. رجوع شود به علامه حلی؛ قواعد الاحکام، به نقل از سلسله الیابیع الفقهیه؛ ج ۱۵، ص ۲۱۴- فخرالمحققین؛ ۱۳۸۹ق، ج ۲، ص ۵۲- شیرازی؛ الف، ۱۳۶۸، ج ۶، ص ۲۳۰.

بین فقهاء شیعه نیز در خصوص مورد اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقهاء در مورهمعاملاتی که ولی قهری برخلاف مصلحت مولی علیه انجام می دهد یا بنا بر قوی لی در انعقاد آن عدم مفسده را لحاظ نمی نماید قائل به عدم نفوذ هستند؛ انصاری؛ ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۷ به بعد - نائینی؛ ب، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۶۱ - شیرازی؛ الف، ۱۳۶۸، ج ۸، ص ۱۵۱ - مغنیه؛ الف، ۱۴۰۴، ج ۵، ص ۱۰۶

در مقابل حسب نظر برخی دیگر از فقهاء که مطابق بررسی های به عمل آمده در میان کتب فقهی در دسترس، نظری غالب در فقه را تشکیل می دهد، معاملاتی که ولی قهری مغایر با مصلحت و غبطه مولی علیه انجام می دهد یا بنا به قوی در تشکیل و تنظیم آنها عدم مفسد مولی علیه را لحاظ نمی نماید محکوم به فساد و بطلان است. (خویی؛ الف، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۲۱۸ و ۲۱۹ و ب، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۲۴ - علامه حلی؛ د، به نقل از مروارید، ۱۴۱۰، ج ۱۵، ص ۲۱۴ - عاملی؛ ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۲۶۰ - ابن ادریس؛ ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۲۱۳)<sup>۱</sup>

فقهاء عظام اعتبار عدم مفسده بر رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه را در معاملاتی که به نیابت از وی انجام می شود، شرطی می دانند که می بایست توسط ولی قهری احراز گردد، نه اینکه فی الواقع و نفس الامر محقق باشد. (خویی؛ الف، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۲۱۹) به علاوه ملاک رعایت مصلحت یا عدم مفسده را عرف عقلا دانسته و برای ضابطه شخصی یعنی تشخیص خود ولی قهری اعتباری قائل نیستند. به دیگر سخن اینکه، اگر ولی قهری تصور نماید که اقدام وی در مورد خاص، موافق مصلحت مولی علیه است یا برای وی مفسده ای به همراه ندارد، لیکن عرف عقلاء اقدام وی را برخلاف آنچه او خیال کرده محسوب کنند، در این صورت اقدام معامله ای که انجام داده است، محمول بر صحت نخواهد بود. (خویی؛ ب، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۲۴)

در فقه اهل سنت ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت و غبطه مولی علیه در معاملات و اعمال حقوقی انجام شده توسط ولی قهری، با توجه به مذاهب مختلف، از یکدیگر متمایز است.

بدین ترتیب که؛ حنفیه و کاسانی؛ ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۱۵۵ و ج ۶، ص ۲۹ - زحیلی؛ ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۳۸۷ - جزیری؛ ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۳۵۸ - سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷، ج ۵، ص ۲۱۹ و ۲۲۰ و مالکیه (ابن رشد؛ به نقل از زحیلی؛ ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۲۵، ۱۶۸، ۱۷۱ - زحیلی؛ ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۳۸۸ - جزیری؛ ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۳۶۰ - سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷، ج ۵، ص ۲۲۰) بر چنین معاملاتی حکم معامق فضولی مترتب نموده و همانگونه که قائل به عدم نفوذ معاملات فضولی هستند، بالضروره نظریه آنان در خصوص معاملات و اعمال حقوقی مباحوث عنه بر عدم نفاذ استوار است.

۱. از ظاهر کلام شیخ طوسی که به مجبور، پس از احراز رشد، حق طرح دعوی علیه جد یا اب داده، تا بتواند عدم رعایت غبطه و مصلحت را در مورد معامله ای به اثبات برساند، بطلان معاملات مغایر مصلحت مولی علیه استنباط میشود (مرحوم شیخ طوسی؛ مبسوط، ج ۱، ص ۱۶۳)

و امامنا بر قول مذهب حنبلی (ابن قدامه؛ ۱۹۹۷م، ج ۵، ص ۶- بهتویی؛ ۱۹۹۷م، ج ۲، ص ۱۳۹ و ۱۶۴- کرمی؛ ج ۲، ص ۱۴ به نقل از زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۳۹۳- زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۳۹۶- جزیری؛ ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۶۲- سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷م، ج ۵، ص ۲۲۰) و شافعی (شربینی؛ ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۱۵ و ۲۲۹- جزیری؛ ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۳۶۲- زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۳۹۲- سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷م، ج ۵، ص ۲۱۹ و ۲۲۰) که بطلان بیع و معامله فضولی نظر دارند، بطلان اقدامات مغایر با مصلحت مولی علیه که از جانب ولی قهری انجام می‌شود، علی‌الظاهر قابل استحصال است.

### ۳۰ انجام اعمال حقوقی محجور ب نمایندگی وصی

وصی در قالب حمایت از محجورین نماینده‌ای است قانونی که به تجویز ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی از سوی پدر یا جد پدری بعد از وفات دیگری منصوب می‌شود که عهده‌دار امور مالی و حضانت و نگهداری اولاد تحت ولایت آنان باشد.

با توجه به صریح ماده ۱۱۸۹ قانون مدنی، ولی قهری در صورتی می‌تواند بر اولاد خویش وصی تعیین نماید که ولایت منحصر به او بوده و ولی دیگر فوت شده باشد. در اینکه با محجوریت ولی دیگر، این حق برای ولی قهری منحصر به فرد باقی است یا خیر، با توجه به صریح ماده ۱۱۸۹، پاسخ منفی است. به علاوه ممکن است ولی دیگری که محجور گردیده از حجر خارج شود و بنا به قولی که ولایت را قابل اعاده می‌داند، ولایت بالقوه وی فعلیت یابد. (صفایی و امامی؛ ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۷۳)

ولی قهری منحصر می‌تواند، هرکسی را که شایسته وصایت می‌داند، به عنوان وصی اولاد خویش منصوب نماید، لیکن به موجب نص ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی ولی مسلم نمی‌تواند برای مولی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند.

اختیارات وصی در امور مالی محجور همان است که موصی حسب مندرجات وصیتنامه مقرر می‌دارد، البته ولی قهری می‌تواند کلیه اختیارات خود را به موجب وصایت به وصی واگذار نماید. در صورتیکه وصایت مطلق باشد ظاهراً به این معنی است که کلیه اختیارات موصی (ولی قهری) به وصی تفویض گردیده و نامبرده از همان اختیاراتی که ولی قهری در زمان حیات داشته است برخوردار است. (کاتوزیان؛ واو، ۱۳۶۹، ص ۵۱۶)

بنابه مراتب؛ وصی در چارچوب وصیتنامه و اختیارات مفوضه می‌تواند به نیابت و نمایندگی محجور تحت سرپرستی خویش، مبادرت به انعقاد معاملات و اعمال حقوقی نماید. بدیهی است همانگونه که موصی (ولی قهری) در انجام اعمال حقوقی به نیابت از مولی علیه به رعایت مصلحت و غبطه وی تکلیف داشته است، وصی نیز موظف و مکلف محسوب است.

در صورتیکه ولی قهری کلیه اختیارات خویش را به وصی تفویض نموده باشد، ای وصایت بنحو اطلاق واگذار شده باشد وصی اختیار انجام کلیه معاملات و اعمال حقوقی را نسبت به اموال محجور خواهد داشت. شایان ذکر اینکه همانگونه که دادستان یا دادگاه امور ولی قهری مداخله ندارد، حسب صریح ماده ۷۳ قانون امور حسبی، در کار وصی بر محجور نیز نظارت نخواهد داشت.

### ۳۱) وضعیت اعمال حقوقی وصی نسبت به اموال مولی علیه

اگر وصی برخلاف مفاد وصیتنامه در اموال مولی علیه تصرف نماید، اقدام وی فضولری محسوب است و از سوی محجور پس از احراز رشد قابل رد و ابطال خواهد بود، همچنین است اگر وصی در انجام اعمال حقوقی و معاملاتی که ذیصلاح و مجاز است، رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه را ننماید.

خلاصه کلام اینکه آنچه در خصوص ولی قهری در باب اعمال حقوقی و معاملات باموال مولی علیه مذکور نمودیم در مورد وصی منصوب نیز مجری است.

### ۳۲) انجام اعمال حقوقی بوسیله قیم محجور

به موجب ماده ۱۲۳۵ ق.م. که مقرر میدارد: «مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیم است»، قیم همانند اولیاء خاص محجور از نمایندگی عام بهره‌مند است، ضمن اینکه مطابق ماده ۱۲۴۷ قانون مرقوم که اشعار می‌دارد: «اداره اموال صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید به عهده ولی یا قیم آنان است...»، در خصوص نمایندگی وی در اداره اموال محجور تصریح و تأکید به عمل آمده است.

قیم، به اعتبار این که از سوی محکمه منصوب می‌شود، نماینده قضایی شمرده می‌شود، لیکن به لحاظ اینکه منشاء انتصاب وی قانون است، نماینده قانونی غیرمستقیم نیز به حساب می‌آید. تعبیر قانونگذار در ماده ۱۲۴۷ از قیم به عنوان نماینده قانونی، ظاهراً مبتنی بر همین تعریف است.

اصولاً قیم به نمایندگی از محجور اختیار انعقاد معاملات و انجام اعمال حقوقی را دارد. زیرا اقتضاء زندگی اجتماعی و حقوقی محجور ایجاب می‌نماید که با دیگران قراردادهایی منعقد نماید. بدیهی است تنظیم و تشکیل چنین عقود و معاملاتی با نبود ولی خاص در اختیار قیم است. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۲۵۱)

قانونگذار در پاره‌ای از موارد قیم را به انجام دادن برخی معاملات من جمله معامله موضوع ماده ۸۰ ق.ا.ج. تکلیف کرده است. به موجب این ماده «قیم باید اموال ضایع شدنی محجور را بفروشد

و از پول آن با رعایت مصلحت محجور مالی خریداری و یا به ترتیب دیگری که مصلحت باشد رفتار نماید».

درقبال تکلیف فوق، مقنن انجام برخی از معاملات را توسط قیم ممنوع نموده و بالاخره برای مشارالیه در انجام پاره‌ای از اعمال حقوقی و معاملات محدودیت قائل شده است. ذیلاً بطور خلاصه این موارد را از نظر می‌گذرانیم.

### ۳۳) الف- معاملات ممنوع

۱- هبه اموال محجور: قیم نمی‌تواند در اموال محجور تصرفاتی نماید که متضمن ضرر شخص اوست. یعنی نمی‌تواند اموال مولی علیه را ببخشد یا وصیت یا وقف کند. برخی از حقوقدانان با استفاده از ملاک ماده ۱۲۴۱ ق.م. بر ممنوعیت قیم در واگذاری رایگان اموال غیر منقول اظهار نظر نموده‌اند. در توجیه این استدلال گفته شده است، اگر انتقال ملک محجور درق بال عوض، مستلزم موافقت دادستان است، به قیاس اولویت، انتقال رایگان اموال وی نیز خارج از صلاحیت و اختیار قیم است، با این تفاوت که دادستان خود نماینده قانونی است و حق ندارد برخلاف مصلحت و غبطه محجور، انتقال رایگان را تصویب نماید. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، صص ۲۶۸ و ۲۶۷- صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۲۵۳)

مع الوصف؛ بعضی از اساتید، صدوق و هدیه‌های عرفی را از ممنوعیت فوق مستثنی نموده و این گونه هدایا را در رشد شخصیت محجور و حفظ حیثیت وی موثر و مفید به حال و وضعیت وی می‌دانند. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، صص ۲۶۸ و ۲۶۷- صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۲۵۳)

۲- معامله باخود: به موجب ماده ۱۲۴۰ ق.م. «قیم نمی‌تواند به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند. اعم از اینکه مال مولی علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد».

منع قیم در انجام معامله باخود شامل کلیه عقود و معاملات اعم از عقود تملیکی و عهده‌ای است و شاید بتوان از بخش دوم ماده مرقوم که ناظر به عقود تملیکی است و از باب تمثیل ذکر گردیده، ممنوعیت قیم در انجام معامله باخود را منحصر به معاملات تملیکی دانست. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، صص ۲۶۸ و ۲۶۷- صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۲۵۳)

بطوریکه از صریح ماده استفاده می‌شود قیم نمی‌تواند به عنوان قیمومت و تحت این سمت با مولی علیه خویش معامله نماید لیکن معامله قیم تحت عنوان نماینده دیگری یا قیم شخص ثالث با مولی علیه ممنوعیت قانونی ندارد (کاتوزیان؛ د، ۱۳۷۷، ص ۷۵۲)

هبه مال از طرف قییم به مولی علیه گرچه موجب انتقال مال قییم به مولی علیه است، لیکن چون متضمن منفعت صرف محجور بوده و برای مشارالیه زیانی به همراه ندارد مجاز شمرده می‌شود و در شمار معاملات ممنوع موضوع ماده ۱۲۴۰ قرار نمی‌گیرد.

۳- تراضی در تقسیم: براساس ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی قییم نمی‌تواند در تقسیم‌ترکه‌ای که از طریق ارث به مولی علیه رسیده، با سایر وراث تراضی نماید. بلکه این تقسیم بایستی در دادگاه و با نظارت مقام قضایی انجام گیرد.

براساس رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، قاعده فوق در خصوص افزایش سهم محجور از سایر شریکان مال مشاع نیز لازم‌الرعایه است. (آراء وحدت رویه قضایی از سال ۵۸/۸/۲۸ تا ۶۳/۸/۱۲ اداره کل آموزش دادگستری)

۴- ضمان از دین دیگری: برخی از اساتید، ضمانت قییم را به نیابت از مولی علیه از دین شخص ثالث صحیح ندانسته و در توجیه نظریه خویش گفته‌اند، ضمان باعث می‌شود که دین مضمون عنه بر ذمه مولی علیه قرار گیرد و او را مدیون سازد و بالتبع برای محجور نتیجه‌ای صرفاً زیانبار به همراه آورد. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۷۰)

قوانین موضوعه در خصوص مورد ساکت است، لیکن اگر مینای ممنوعیت قییم را در برخی از معاملات و اعمال حقوقی جلوگیری از ضرر به مولی علیه بدانیم از مطالبی که در خصوص ممنوعیت قییم در هبه و بخشش بیان شد، ممنوعیت ضمان را نیز می‌توان استنتاج نمود.

#### ۳۴ ب - محدودیت‌های قییم در انجام معاملات و اعمال حقوقی

اختیارات قییم به وسعت اختیارات ولی قهری و وصی نیست و قانونگذار انجام پاره‌ای از معاملات و اعمال حقوقی مهم قییم را موقوف به اجازه و تصویب دادستان کرده است.

۱- فروش اموال غیر منقول: به موجب ماده ۱۲۴۱ قانون مدنی که مقرر داشته است: «قییم نمی‌تواند اموال غیر منقول مولی علیه را بفروشد یا رهن گذارد... مگر با لحاظ غبطه مولی علیه و تصویب مدعی العموم...» و ایضاً ماده ۸۳ قانون امور حسبی که اشعار می‌دارد: «اموال غیر منقول محجور فروخته نخواهد شد مگر با رعایت غبطه او و تصویب دادستان»، قییم نمی‌تواند اموال غیر منقول مولی علیه را بدون اجازه و تصویب دادستان بفروشد.

گفتنی است؛ حکم مواد یاد شده شامل صلح در مقام بیع نیز می‌شود. «زیرا علت منع از بیع است نه صورت آن و توجه قانونگذار به آثار عمومی بیع (تملیک در برابر عوض) است نه آثار ویژه و فرعی آن، مانند خیار مجلس یا ایجاد حق شفعه». (کاتوزیان؛ د، ۱۳۷۷، ص ۷۵۳)

۲- رهن اموال غیر منقول: نظر باینکه ممکن است بر اثر عدم پرداخت دینی که در خصوص آن رهن داده شده است، مال مرهونه به فروش رود و بالتبع از دارایی مولی علیه خارج گردد،

قانونگذار به موجب ماده ۱۲۴۱ قانون مدنی، رهن مال غیرمنقول مولی علیه را، فقط با تصویب دادستان مجاز شناخته است.

۳- انجام معامله‌ای که در نتیجه آن قییم مدیون مولی علیه شود: در ماده ۱۲۴۱ ق.م. می‌خوانیم: «قییم نمی‌تواند...معامله‌ای کند که در نتیجه آن خود، مدیون مولی علیه شود، مگر با لحاظ غبطه مولی علیه و تصویب مدعی العموم، در صورت اخیر، شرط حتمی تصویب مدعی العموم ملائت قییم می‌باشد...»

اعتبار صحت معامله‌ای که متضمن مدیون شدن قییم در قبال مولی علیه است، مانند ضمانت قییم از شخصی که بدهکار مولی علیه است، علاوه بر رعایت غبطه و مصلحت محجور، منوط به تحقق دو شرط ملائت قییم و تصویب مدعی العموم است.

۴- قرض گرفتن برای مولی علیه: به موجب بخش پایانی ماده ۱۲۴۱، «... و نیز نمی‌تواند برای مولی علیه بدون ضرورت و احتیاج قرض کند، مگر با تصویب مدعی العموم»، گرفتن وام برای مولی علیه، منوط به تصویب دادستان است.

با توجه به ابهامی که در خصوص موضوع قرض در ماده مرقوم وجود دارد، تفسیرهای متفاوتی از آن به عمل آمده است. برخی از اساتید حقوق گفته‌اند، از آنجا که قرض یک معامله خطرناک و احتمالاً زیانبار است، بدون ضرورت و احتیاج، انجام آن مجاز نیست. پس باید نظر قانونگذار را اینگونه تفسیر نمود که قرض گرفتن برای مولی علیه فقط در صورت ضرورت و احتیاج و آنهم با تصویب مدعی العموم جایز است و قرض گرفتن در موارد غیر ضروری روا نبوده و چون برخلاف مصلحت محجور است، دادستان نیز نمی‌تواند آنرا تصویب نماید. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، صص ۲۵۴، ۳۰۳)

برخی دیگر از اساتید، با توجه به ظاهر ماده مرقوم، بر این عقیده‌اند که وام ضروری و مورد نیاز مولی علیه محتاج تصویب دادستان نیست، اما وام غیر ضروری که به منظور سودجویی و سرمایه‌گذاری درخواست می‌شود، مستلزم رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه بوده و منوط به تصویب دادستان است. بدیهی است اگر غبطه و مصلحت مولی علیه که شرط نفوذ هر اقدامی است در آن لحاظ نشده باشد، تصویب دادستان نیز کارساز نخواهد بود. (کاتوزیان؛ ز، ۱۳۷۵، ج ۲، ش ۴۶۱)

۵- صلح دعوای مولی علیه: ماده ۱۲۴۲ ق.م. در این باره مقرر می‌دارد: «قییم نمی‌تواند دعوی مربوط به مولی علیه را به صلح خاتمه دهد، مگر با تصویب مدعی العموم».

نظر باینکه، صلح دعوی مستلزم گذشت متقابل دوطرف دعوی است و علی‌الاصول معامله‌ای خطرناک محسوب می‌شود و احتمال دارد قییم نتواند مصلحت مولی علیه را بدرستی تشخیص دهد، قانونگذار به عنوان احتیاط هرگونه اقدامی در این خصوص را موکول به تصویب دادستان نموده است.



برخی از اساتید با استفاده از ملاک ماده مرقوم و اینکه ارجاع دعوی به داوری تصمیمی خطرناکتر از صلح است، بر این اعتقادند که با توجه به سکوت قانون، رویه قضائی می تواند آن را نوعی صلح به شمار آورد و قییم را در این مورد نیز محدود سازد. (کاتوزیان؛ ۱۳۷۵، ج ۲، ش ۴۶۱)

### ۳۵) انجام اعمال حقوقی محجور به وسیله امین

درفرضی که امین به ولی قهری ضمیمه می شود تا ولی را در امور مربوطه مساعدت و معاونت نماید، اعمال حقوقی و معاملات محجور مشترکاً بوسیله آن دو انجام می پذیرد و تصرفات انفرادی و استقلالی هریک از امین یا ولی قهری جایز و روا نیست. در این فرض قلمرو اختیارات امین و ولی قهری همان است که در خصوص ولی قهری بیان شد.

درفرضی که امین حسب مورد جایگزین ولی قهری یا وصی می شود<sup>۱</sup> علیرغم اینکه می تواند به نمایندگی از سوی محجور، مبادرت به انجام اعمال و معاملات حقوقی نماید، لیکن محدودیتها و ممنوعیت هایی که در خصوص قییم مذکور افتاد در مورد وی نیز لازم الرعایه است. زیرا؛ ماده ۱۱۹ قانون امور حسبی که مقرر میدارد: «مقررات راجع به وظایف و اختیارات و مسئولیت قییم شامل امین غایب و جنین هم می شود»، امین را از حیث وظایف، اختیارات و مسئولیت با قییم یکسان و همانند دانسته است (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۲۵۵) از ملاک ماده مرقوم استفاده می شود که محدودیت های قانونی ناظر بر قییم، امین غایب و جنین، امین موقت را نیز شامل می گردد.

### ۳۶) آثار حاصل از اعمال حقوقی و معاملاتی که بنماینده از سوی محجور انجام

#### می شود

در کلیه مصادیق نمایندگی، با اینکه نماینده در انعقاد قرارداد نقش مهمی را ایفاء نموده و قرارداد با امضاء وی تشکیل می شود، معذک نسبت به آثار عقد بیگانه است. بنابراین نمی توان اجرای تعهداتی را که نماینده از طرف اصیل پذیرفته است از وی خواست، به علاوه او نیز نمی تواند به عنوان متعهدله علی طلبکار اجرای تعهدات یا پرداخت دیون ناشی از عقد را که طرف قرارداد پذیرفته است از وی مطالبه کند، مگر اینکه از سوی اصیل در این خصوص اختیار ویژه ای به وی تفویض شده باشد. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۷۸)

متعاقب انعقاد قرارداد و خروج نماینده از پیمان، رابطه فی مابین اصیل و طرف قرارداد همانند موردی خواهد شد که عقد بدون واسطه و بطور مستقیم واقع گردیده است. بدین ترتیب؛ حقوق و تعهدات ناشی از عقد بطور مسقیم متوجه اصیل گردیده و او می تواند اجرای تعهدات طرف

۱. حسب قولی که ناتوانی وصی را موجب نصب امین تلقی کرده است. (جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۵، ص ۴۸۴).

قرارداد را مطالبه کند و عنداللزوم، بمنظور اجبار وی به انجام تعهد به مراجع قضایی رجوع نماید. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۷۹- سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷، ج ۲، ص ۱۷۸ و ۱۷۷) احکام فوق درباره کلیه قراردادها و معاملات صحیح و قانونی که توسط نمایندگان قانونی (ولی قهری و وصی) و قضایی (قیم و امین) محجورین و به نیابت از سوی آنان تشکیل می‌گردد، جاری است. به عبارت دیگر، پس از انعقاد قرارداد، نماینده محجور از پیمان خارج می‌شود و رابطه محجور با طرف قرارداد همانند موردی می‌شود که عقد بطور مستقیم و بلاواسطه منعقد گردیده است. در این صورت کلیه حقوق و تعهدات ناشی از پیمان عاید محجور گردیده و توجهی به نماینده نخواهد شد (قائم مقامی، ۱۳۵۶، ج ۲، ص ۸۰ - صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۴، ص ۲۵۱) بدیهی است چون محجور اهلیت طرح دعوی را فاقد است، در موارد مذکور، مطالبه حقوق و اجبار طرف قرارداد به اجرای تعهدات، از سوی نماینده محجور انجام خواهد شد، البته نه برای خود نماینده بلکه برای مولی علیه، و این اقدام، باعتبار اختیارات ویژه‌ای که نماینده محجور از آن برخوردار است، معمول می‌گردد، نه بدین اعتبار که واسطه انعقاد عقد بوده است. در فقه امامیه پیرامون آثار حاصل از عقود قراردادهایی که به نمایندگی منعقد می‌شود صریحاً گفتگو به عمل نیامده است لیکن از مباحث فرعی مطروحه در باب وکالت، نظریه فقهاء قابل استحصال است. برای مثال؛ در بین فقهاء امامیه اختلاف است که آیا وکالت در بیع و ثمن را مقتضای بیع و ثمن هست یا خیر؟ آن دسته از فقهاء که تسلیم بیع و ثمن را مقتضای وکالت در بیع و ثمن دانسته‌اند، در توجیه نظریه خویش به قاعده «اذن در شیء اذن در لوازم آن است»، استدلال کرده و بدین اعتبار که تسلیم بیع و ثمن از لوازم بیع و ثمن است بر وکیل چنین تکلیفی را مترتب دانسته‌اند. به عبارت دیگر؛ این قبیل فقهاء تسلیم بیع و ثمن را جزو وکالت وکیل محسوب نموده و در نفس وکالت برای وکیل چنین اختیاری را قائلند، نه اینکه آثار بیع را متوجه وکیل بدانند و به اعتبار توجه آثار بیع به نامبرده تسلیم بیع و ثمن را در شمار اختیارات وی قلمداد نمایند (بحرانی؛ ۱۴۰۵، ج ۲۳، ص ۳۰ الی ۳۱ - مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴، ج ۹، ص ۵۶۸ الی ۵۶۶ - نجفی؛ ۱۳۹۸/۱۳۷۷، ج ۲۷، ص ۳۷۳ الی ۳۱۷) آنچه فوقاً بیان شد، در مباحث فقهاء عظام پیرامون اختیار وکیل در اعمال خیار عیب نیز آمده است. (بحرانی؛ ۱۴۰۵، ج ۲۳، ص ۳۳ - مقدس اردبیلی؛ ۱۳۸۴، ج ۹، ص ۵۶۹ - نجفی؛ ۱۳۹۸/۱۳۷۷، ج ۲۷، ص ۳۷۵)

بنابراین از مفاهیم مباحث فوق به خوبی می‌توان بر عقیده فقهاء شیعه در این خصوص که آثار معاملات و اعمال حقوقی منعقد توسط نماینده و وکیل، متوجه موکل و وصیل است، وقوف یافت. به علاوه از تعریفی که بعضی از فقهاء از عقد وکالت نموده‌اند، انعکاس آثار عقود منعقد توسط نماینده و وکیل، به وصیل و موکل، فهمیده می‌شود. (مغنیه؛ الف، ۱۴۰۴، ج ۶، ص ۲۴۱)

و اما فقهاء اهل سنت در خصوص آثار عقودی که به نمایندگی تشکیل می‌گردد، صریحاً سخن گفته‌اند و براین معنی اتفاق نظر دارند که با وقوع ایجاب و قبول وظیفه وکیل و وکالت پایان یافته و آثار ناشی از عقد منعقد توسط وکیل متوجه موکل می‌گردد. (زحیلی؛ ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۱۱۴- سنهوری؛ الف، ۱۹۹۷م، ج ۲، ص ۲۱۰ و ۲۱۱) البته در جایی که وکیل عقد را به اسم خویش منعقد می‌کند در اینکه آیا آثار عقد به موکل متوجه می‌شود یا خیر، همانگونه که در فقه امامیه و حقوق ایران اختلاف است<sup>۱</sup>، در بین مذاهب اهل سنت نیز اختلاف نظر وجود دارد. (ابن همام؛ ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۲۳۷- ابن عابدین؛ ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۴۱۹- ابی اسحاق؛ بی تا، ج ۱، ص ۳۵۳- شربینی؛ ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۳۰- امام مالک؛ بی تا، ج ۱، ص ۸۳ و ۱۸۶)

### (۳۷) نتیجه

#### (۱) در خصوص تعارض مادتين ۲۱۲ و ۲۱۳ قانون مدنی

علیرغم اینکه هر یک از نظرات ارائه شده در این باره، حسب مورد، دارای نقاط قوت بوده و به نوعی راهگشا است، معذک، به لحاظ اشکالاتی که بعضاً بر این نظرات وارد است، ابهامات موجود کماکان لاینحل باقی مانده و شلایسته است مقنن در خصوص مورد، با اصلاح مادتين مبحث غنه، مشکل را بطور اساسی مرتفع نماید. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۲۵۱) توضیح اینکه؛ در تحلیل اول و دوم از کلمه محجورین، مندرج در ماده ۲۱۳ ق.م.ب به «صغیر ممیز» و «سفیه» تعبیر شده است که این معنی با اطلاق کلمه که م.م.ب بر صغیر اعم از ممیز و غیرممیز، سفیه و «مجنون» است هماهنگی و سازگاری ندارد. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۲۵۱) به علاوه برای اینکه نظریه سوم و چهارم خالی از اشکال تلقی شود، بایستی کلمه باطل در ماده ۲۱۲ ق.م.ب و کلمه غیرنافذ در ماده ۲۱۳ قانون مرقوم را در معنای عام آن ملحوظ داریم که این نیز باظواهر مادتين مرقوم سازگار نیست. (صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۹۸)

#### (۲) عدم نفوذ اعمال حقوقی و معاملات «صغیر ممیز»

گرچه از ظواهر ماده ۲۱۲ و قسمت اول از ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی بطلان معاملات و اعمال حقوقی «صغیر ممیز» مستفاد می‌گردد، لیکن بنا به دلایل ذیل نظر به عدم نفوذ تصرفات «صغیر ممیز» بر نظریه بطلان ترجیح دارد:

۱- نظر باینکه حسب ماده ۱۲۱۴ ق.م.ب و دکتترین حقوق، اعمال و تصرفات «سفیه» غیرنافذ شناخته شده و نظر باینکه «سفیه» و «صغیر ممیز» از حیث وجود قوه تمیز و توانایی قصد

۱. جهت مطالعه تفصیلی پیرامون این موضوع، مراجعه شود به مقاله دکتر صفایی تحت عنوان «معامله وکیل به نام خود» مندرج در مجموعه اهدایی به دکتر کاتوزیان.

- انشاء، مشابهند، باطل انگاشتن تصرفات «صغیر ممیز» غیر عادلانه و مغایر منطق حقوق است. (امامی؛ ۱۳۵۶، ج ۵، ص ۲۵۱-کاتوزیان، الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۵ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۱۳- صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۹۵- شهیدی؛ ۱۳۷۷، ص ۲۷۴)<sup>۱</sup>
- ۲- حجر کودک در حقوق امروز جنبه حمایتی دارد و ناشی از نق ص یا فقدان اراده نیست. علیهذا غیر نافذ شناختن اعمال حقوقی «صغیر ممیز» که با مبنای حمایت از وی سازگاری دارد بر نظریه بطلان مرجح است. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۵ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۱۳- صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۹۵)
- توضیح؛ تنفیذ معامله‌ای که به سود «صغیر ممیز» انجام شده است متضمن منفعت و النهایه حمایت از اوست، به علاوه پذیرش نظریه عدم نفوذ سرنوشت معاملات کودک ممیز را به ولی یا سرپرست واگذار می‌کند تا در جهت مصلحت و غبطه او اتخاذ تصمیم نماید. در غیر اینصورت تعیین تکلیف پیرامون معاملات در اختیار طرف معامله قرار خواهد گرفت که این امر قطعاً مصلحت «صغیر ممیز» را در بر ندارد. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۵ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۱۳)
- ۳- مواد ۸۵ و ۸۶ قانون امور حسبی که مؤخر بر قانون مدنی به تصویب رسیده، ابهام موجود در مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق.م.را زدوده و با تفویض اختیار به «صغیر ممیز»، دائر براداره اموال و منافع حاصله از کار و پیشه خویش با اذن سرپرست ملازمتاً انجام هرگونه عمل حقوقی را از طرف وی مجاز دانسته است. (کاتوزیان؛ الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۵ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۱۳- صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۷- جعفری لنگرودی، ب، ج ۱، ۱۳۵۷، ص ۳۶۰)
- ۴- عرف عقلاء و نهی خردمندان بر واگذاری بخشی از امور زندگی به نوجوانان صحیح‌گذار دارد. به علاوه مصلحت جامعه و «صغیر ممیز» ایجاب می‌کند که انجام بعضی از اعمال حقوقی نظر سرپرست، به «صغیر ممیز» واگذار شوند تا تدریجاً آمادگی ورود به زندگی مستقل در جامعه پیدا کند. (کاتوزیان، الف، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۵ و ج، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۱۳- صفایی و قاسم زاده؛ ۱۳۷۷، ص ۱۹۵)
- ۵- هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۳۸/۲ مورخ ۳۹/۸/۱۷، با استناد به ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی نظریه عدم نفوذ را پذیرفته است. (مجموعه رویه قضایی از سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲، ج ۲، ص ۳۲۲)
- ۶- نظر عده ای از فقهاء عظام، بر عدم نفوذ معاملات «صغیر ممیز»، دلالت دارد.

### ۳) اعمال حقوقی بالاستقلال «صغیر ممیز»

بطوریکه معروض افتاد، بعضی از اعمال حقوقی «صغیر ممیز» اگرچه بنحو استقلال انجام پذیرد، واجد آثار حقوقی بوده و قانوناً صحیح تلقی می‌گردد. صرف نظر از اختلاف نظری که در خصوص

۱. بعضی از فقهاء عظام قیاس را در مانحن فیه روا نمیدانند (بحرانی؛ حدائق الناضر، ج ۱۸ ص ۳۷۲)

مصادیق این دسته از اعمال حقوقی وجود دارد، به نظر می‌رسد دائر مدار صحت و درستی اعمال حقوقی «صغیر ممیز»، جلب منفعت محض برای اوست. بدین ترتیب؛ هر عمل حقوقی که متضمن نفع محض برای «صغیر ممیز» است، انجام آن از ناحیه وی صحیح تلقی گردیده و درباره اعمال حقوقی دیگر و حتی آن دسته از اعمال حقوقی که تردید و شک در جلب منفعت محض برای وی قابل پیش بینی است، ترتب صحت مواجه با اشکال است.

#### ۴) اعمال حقوقی به نمایندگی از «صغیر ممیز»

درباره اعمال حقوقی به نیابت از «صغیر ممیز»، رعایت اصل کلی غبطه و مصلحت منوبّ عنه که در مانحن فیه متوجه «صغیر ممیز» است، اجتناب ناپذیر بوده و بر تمامی اعمال حقوقی و معاملاتی که از ناحیه نمایندگان «صغیر ممیز» به انجام می‌رسد، ناظر و حاکم است، با این تفاوت که حسب مورد، محدودیت‌هایی برای برخی از نمایندگان در انجام معدودی از اعمال حقوقی و معاملات وجود دارد.

#### منابع و مأخذ

##### الف) کتب فارسی

- ۱- امامی؛ سید حسن، ۱۳۵۶، حقوق مدنی، ج ۱ و ۵، چ ۶، تهران، کتاب فروشی اسلامیه.
- ۲- امیری قائم مقامی؛ عبدالمجید، ۱۳۵۶، حقوق تعهدات، ج ۲، چ ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳- جعفری لنگرودی؛ محمد جعفر:
- الف- ۱۳۶۳، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ب- ۱۳۵۷، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، چ ۱، تهران، چاپخانه مشعل آزادی.
- ج- ۱۳۷۹، مجموعه محشی قانون مدنی، چ ۱، تهران، انتشارات گنج دانش.
- د- ۱۳۵۶، دانشنامه حقوقی، چ ۳، ج ۱ و ۵، تهران، انتشارات امیر کبیر.
- ه- ۱۳۷۰، وصیت- وارث، چ ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- و- ۱۳۵۰، حقوق مدنی، وصیت، چ ۱، تهران، انتشارات ابن سینا.
- ۴- حائری شاه باغ؛ سید علی، ۱۳۷۵، شرح قانون مدنی، ج ۱، چ ۱ با ویرایش جدید، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۵- شایگان؛ سید علی، ۱۳۷۵، حقوق مدنی، چ ۱ به کوشش بندرچی، قزوین، انتشارات طه.
- ۶- شهیدی؛ مهدی، ۱۳۷۷، تشکیل قراردادها و تعهدات، چ ۱، تهران، نشر حقوقدان.
- ۷- صفایی؛ سید حسین:
- الف- ۱۳۷۵، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چ ۱، تهران، نشر میزان.
- ب- ۱۳۸۲، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اشخاص و اموال، ج ۱، چ ۲، تهران، نشر میزان.

- ۸- صفایی؛ سید حسین و امامی؛ اسدالله، ۱۳۷۶، حقوق خانواده، ج ۲، چ ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۹- صفائی؛ سیدحسین و قاسم زاده؛ مرتضی، ۱۳۷۷، حقوق مدنی اشخاص و مجبورین، چ ۳، تهران، انتشارات سمت.
- ۱۰- عدل؛ مصطفی، ۱۳۷۳، حقوق مدنی، چ ۱ به کوشش بندرچی، قزوین، انتشارات بحرالعلوم.
- ۱۱- عمید؛ موسی، ۱۳۴۲، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران، چاپخانه علمی.
- ۱۲- کاتوزیان؛ ناصر:
- الف- ۱۳۶۴، ۱۳۶۶، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲ و ۳، چ ۱، تهران، انتشارات بهنشر.
- ب- ۱۳۷۰، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد- ایقاع، چ ۱، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ج- ۱۳۶۳، حقوق مدنی، معاملات معوض- عقود تملیکی، ج ۱، چ ۳، تهران، انتشارات بهنشر و ۱۳۶۴، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۳، چ ۱، عقود اذنی و وثیقه های دین، انتشارات بهنشر.
- د- ۱۳۷۷، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چ ۱، تهران، نشر دادگستر.
- ه- ۱۳۶۲، حقوق مدنی، ضمان قهری- مسئولیت مدنی، چ ۱، تهران، کتابفروشی دهخدا.
- و- ۱۳۵۱، وصیت در حقوق مدنی ایران، چ ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران و ۱۳۶۹، تهران، کانون وکلای دادگستری با همکاری نشر یلدا.
- ز- ۱۳۷۵، حقوق خانواده، ج ۲، چ ۴، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ۱۳- گرجی؛ ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ۱۳۶۵، ج ۱، چ ۱، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی،

### ب) کتب عربی

- ۱۴- ابن عابدین؛ ۱۴۱۲ق-۱۹۹۲م، حاشیه رد المحتار علی الدرالمختار، ج ۴ و ۵، بیروت، دارالفکر.
- ۱۵- ابن قدامه؛ بی تا، المغنی علی مختصر الامام خرقی، به همراه الشرح الكبير علی متن المقنع، ج ۴ و ۵، بیروت، دارالکتب العربیه للنشر و التوزیع.
- ۱۶- ابن همام؛ کمال الدین عبدالوهاب، ۱۴۰۶ق-۱۹۸۶م، الفتح القدیر، ج ۸، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۱۷- امام مالک؛ بی تا، المدونه الكبرى، ج ۱۰، بیروت، دار الفکر.
- ۱۸- اردبیلی؛ شیخ احمد، معروف به مقدس، ۱۳۸۴، مجمع الفائده و البرهان فی شرح الارشاد الازهان، ج ۸ و ۹، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۹- انصاری؛ مرتضی بن محمد امین شوشتری، معروف به شیخ انصاری، ۱۳۷۹، مکاسب، ج ۱ و ۲، چ ۱، قم، نشر محبین.
- ۲۰- بحرانی؛ شیخ یوسف، ۱۴۰۵ق-۱۹۸۵م، حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، ج ۴، ۱۸ و ۲۳، چ ۲، بیروت، دارالاضواء.

- ۲۱- به‌تویی؛ منصور بن یونس، ۱۹۹۷م، کشف القناع عن متن الاقناع، ج ۲، چ ۱، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ۲۲- جزیری؛ عبد الرحمن، ۱۴۰۶ق- ۱۹۸۶م، الفقه علی مذاهب الاربعه، ج ۲، چ ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۲۳- حجت کوه کمره ای، سید محمد، ۱۴۰۹ق، کتاب البیع، تقریرات، توسط تجلیل تبریزی، چ ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۴- حلی؛ ابی جعفر بن منصور بن ادريس، معروف به ابن ادريس، ۱۴۱۱ ق، سرائر، ج ۲ و ۳، چ ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۵- حلی؛ حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، معروف به علامه حلی:  
الف- تبصره المتعلمین، به نقل از مکاسب، حدائق الناضره و تبصره الفقهاء علی تبصره المتعلمین.  
ب- ۱۴۱۰ق، ارشادالاذهان، ج ۱، چ ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.  
ج- ۱۴۰۶ق- ۱۹۸۶م، نهایه الاحکام فی معرفه الاحکام، تحقیق سید مهدی رجائی، ج ۲، چ ۱، بیروت، دارالاضواء.  
د- قواعد الاحکام، به نقل از سلسله الینابیع الفقهیه.
- ۲۶- حلی؛ ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، معروف به محقق:  
الف- ۱۴۰۹ق- ۱۹۸۸م، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تعلیق عبد الزهراء حسینی، ج ۳ و ۴، چ ۱، بیروت، دارالزهراء.  
ب- بی تا، مختصرالنافع، دو مجلد در یک جلد، دارالکتب العربی، افسست، قم، کتاب فروشی مصطفوی.
- ۲۷- خراسانی؛ محمد کاظم، معروف به آخوند، ۱۴۰۶ق، حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری، تصحیح و تعلیق سید مهدی شمس الدین، چ ۱، تهران، وزارت ارشاد جمهوری اسلامی.
- ۲۸- خمینی؛ روح الله، بی تا، تحریرالوسیله، ج ۱ و ۲، چ ۲، قم، انتشارات دارالعلم.
- ۲۹- خوانساری؛ سید احمد، ۱۳۵۵، جامع المدارک فی شرح مختصرالنافع، تعلیق غفاری، ج ۳، چ ۲، قم، موسسه اسماعیلیان.
- ۳۰- خوبی، سید ابوالقاسم:  
الف- ۱۴۲۰ق- ۱۳۷۸، مصباح الفقاهه، تقریرات، توسط محمد علی توحیدی، ج ۲ و ۳، چ ۱، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- ب- ۱۳۹۷ق، منهاج الصالحین، ج ۲، چ ۲۱، نجف، مطبعة نعمان.
- ۳۱- دسوقی؛ شمس الدین محمد بن احمد بی تا، حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير، بیروت، دارالفکر.
- ۳۲- زحیلی؛ وهبه، ۱۴۰۹ق- ۱۹۸۹م، الفقه الاسلامی وادلتها، ج ۲، ۴ و ۵، چ ۳، بیروت، دارالفکر.
- ۳۳- سبزواری؛ محمد باقر بن محمد، ۱۲۶۹ ش، کفایه الاحکام، چاپ سنگی، تهران، افسست، قم.
- ۳۴- سرخسی؛ شمس الدین، ۱۴۰۶ق. ۱۹۸۶م، المبسوط، ج ۱۹، بیروت، دارالمعرفه.
- ۳۵- سنهوری؛ عبدالرزاق:  
الف- ۱۹۷۷م، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، ج ۴، ۲ و ۵، بیروت، دارالفکر.

- ب- ۱۹۷۰م، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج بیروت، دار احیاء التراث  
ج- بی تا، الموجز فی النظریه العامه للالتزامات، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۳۶- شهید اول؛ محمد بن مکی، ۱۴۱۴ق، دروس الشرعیه، ج ۳، چ ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامیه.
- ۳۷- شیخ طوسی؛ ابو جعفر، معروف به شیخ الطائفه:
- الف- ۱۳۸۸ق، مبسوط، تصحیح محمد باقر بهبودی، ج ۲، چ ۲، تهران، مکتبه المرتضویه.
- ب- ۱۴۰۷ق، خلاف، ج ۳، چ ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ج- ۱۴۰۰ق، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چ ۲، بیروت، دارالکتب العربی.
- ۳۸- شیرازی؛ سید محمد:
- الف- ۱۳۶۸، ایصال الطالب الی مکاسب، ج ۶، چ ۱، تهران، مؤسسه اعلمی.
- ب- ۱۴۰۳ق، الفقه، کتاب الحجر و المفلس، چ ۱، قم، مطبعه سید الشهداء.
- ۳۹- صادقی؛ محمد، ۱۴۱۲ق، تبصره الفقهاء علی تبصره المتعلمین، دو جلد در یک مجلد، ج ۲، چ ۱، قم، انتشارات فرهنگ اسلامی.
- ۴۰- طباطبائی؛ سید محمد کاظم:
- الف- بی تا، عروالوثقی، با حاشیه برخی از مراجع، افسست، تهران، اسلامی.
- ب- ۱۳۴۰ق، سؤال و جواب، چاپ سنگی، نجف.
- ۴۱- عاملی؛ سید جواد، بی تا، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۴، ۵ و ۹، بیروت، دار احیاء التراث العربیه.
- ۴۲- عاملی؛ شیخ حرّ، ۱۴۱۲ق، وسائل الشیعہ، ج ۲، ۳ و ۲۷، چ ۶، بیروت، دار احیاء التراث العربیه.
- ۴۳- فخر المحققین؛ ابی طالب محمد بن حسن، ۱۳۸۹ق، ایضاح الفراید فی شرح القواعد، ج ۱ و ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- ۴۴- فیروزآبادی شیرازی؛ ابی اسحاق ابراهیم بن علی، بی تا، المذهب فی فقه الامام الشافعی، ج ۱، بیروت، دارالفکر.
- ۴۵- کاشانی؛ امام علاء الدین ابن مسعود، ۱۴۰۹ق، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ج ۵ و ۶، چ ۱، پاکستان، انتشارات المکتب الحبیبه
- ۴۶- کیذری؛ قطب الدین، اصباح الشیعہ به نقل از سلسله الینابیع الشیعہ.
- ۴۷- مروارید؛ شیخ علی اصغر، ۱۴۱۰ق-۱۹۹۰م، سلسله الینابیع الشیعہ، ج ۱۵ و ۱۹، چ ۱، بیروت، دارالتراث و دارالاسلامیه.
- ۴۸- مغنیه؛ محمد جواد:
- الف- ۱۴۰۴ق-۱۹۸۴م، فقه الامام الصادق، ج ۵ و ۶، چ ۵، بیروت، دارالجواد.
- ب- ۱۳۷۹، الاحوال الشخصیه علی المذاهب الخمسه، ترجمه توسط مصطفی جباری و حمید مسجدسرای، چ ۱، تهران، انتشارات ققنوس.
- ۴۹- میرزای قمی؛ ابو القاسم محمد بن حسن گیلانی، ۱۳۷۵، جامع الشتات، ج ۴، چ ۱، تهران، انتشارات کیهان.



٥٠- نائيني؛ محمد حسين:

الف- ١٣٨٥، منيه الطالب، تقريرات، توسط خوانساري، ج ١، ج ١، قم، دفترانتشارات اسلامي.

ب- ١٤١٣ق، المكاسب و البيع، تقريرات، توسط محمد تقى آملی، ج ١، قم، مؤسسه النشر الاسلاميه.

٥١- نجفی، شيخ محمد حسن، معروف به صاحب جواهر، ١٣٧٧/١٣٩٨ق، جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام، تصحيح و تعليق شيخ على آخوندى، ج ٢٢، ٢٦، ٢٧، ٧، بيروت، داراحياء التراث العربى.

٥٢- نقيب؛ عاطف ١٩٨٨م نظريه العقد، ج ١، بيروت، منشورات عوايدات.

