

## از بلوغ جسمانی تا رشد عقلانی: بازخوانی اماره‌ی رشد در حقوق موضوعه‌ی ایران و فقه اسلامی با مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق فرانسه

محمود کاظمی\* - عباس برزویی\*\*

(تاریخ دریافت: ۹۴/۱/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۹۴/۹/۱۰)

### چکیده

در قانون مدنی ایران به تبع فقه، برای تحقق اهلیت معامله، علاوه بر بلوغ، رشد هم لازم است. در فقه سن بلوغ مشخص است اما برای رشد سنی معین نشده است. قبل از انقلاب، ماده ۱۲۱۰ ق.م.ا. ۱۸ سال را اماره‌ی رشد قرار داده بود، اما بعد از انقلاب به بهانه‌ی انطباق قانون با شرع، ماده یادشده به‌طور مبهمی اصلاح شد. در حالی که متن ماده سن بلوغ را اماره‌ی رشد اعلام کرد، مطابق تبصره‌ی ۲، در صورتی می‌توان اموال صغری را که بالغ شده به او داد که رشد او ثابت شود. در این مقاله «رشد» از دیدگاه فقهی بررسی شده و ثابت شده است که: اولاً، رشد صرفاً برای تصرف در امور مالی لازم است؛ ثانیاً، اصلاح انجام شده در ماده‌ی ۱۲۱۰ ق.م. منطبق با نظر مشهور فقها در فقه امامیه نیست؛ مشهور، بلوغ را اماره‌ی رشد نمی‌دانند و بین اموالی که در تصرف صغیر است با اموالی که ولی می‌خواهد به تصرف او بدهد تفاوت قائل نمی‌شوند؛ ثالثاً، رشد یک مفهوم عرفی است و اثبات آن نیز جنبه‌ی عرفی دارد؛ برای اثبات آن، به حکم دادگاه نیاز نیست، بلکه ولی باید به نحو متعارف نسبت به آن علم یا ظن قابل قبول پیدا کند. بر این اساس اگر قانون‌گذار بر مبنای غلبه سن معینی را نشانه‌ی رشد قرار دهد، خلاف شرع عمل نکرده است.

واژگان کلیدی: رشد، اماره‌ی رشد، تصرف مالی، بلوغ، آیه‌ی ابتلاء، امانت‌سپا سیون

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران

makazemy@ut.ac.ir  
abbas5748@yahoo.com

\*\* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه حکیم سبزواری

## مقدمه

قانون مدنی، به تبعیت از فقه اسلامی، در ماده‌ی ۱۹۰، یکی از شرایط اساسی صحت معامله را اهلیت متعاملین بیان می‌کند. در ماده ۲۱۰ ق.م. نیز آمده است که: «متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند». علاوه بر مواد یادشده، در ضمن احکام عقود معین نیز به شرط «اهلیت متعاملین» اشاره شده است (مواد ۳۴۵، ۵۵۱، ۵۸۸، ۶۱۰، ۶۶۲، ۶۷۸، ۶۸۲، ۶۸۶، ۷۵۳، ۷۹۶، ۸۳۱ و ۹۵۴ ق.م.). اهلیت به معنای صلاحیت شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف است، اما چون اهلیت اجرای حق از نظر استعمال غلبه دارد، به هنگامی که این واژه به‌طور مطلق استعمال می‌شود، منظور، اهلیت اجرای حق است (صفایی، ۱۳۹۱: ۲۰۰). بر این اساس منظور از «اهلیت» در این مواد نیز اهلیت اجرای حق (تصرف) است (صفایی، ۱۳۹۱: ۲۰۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۷۴)؛ یعنی برخوردار شدن از قدرت تمییز و درک و شعور، به‌گونه‌ای که شخص بتواند مصالح و مفاسد خود را تشخیص داده و به‌طور مستقل تصمیم‌گیری کند. برای اینکه این توانایی و صلاحیت در انسان ایجاد شود، باید از نظر جسمی، عقلی و فکری به درجه‌ای از رشد برسد که بتواند این امر را تشخیص دهد. ماده‌ی ۲۱۱ ق.م. در مقام بیان ویژگی شخصی که اهلیت دارد، مقرر داشته: «برای اینکه متعاملین، اهل محسوب شوند، باید بالغ، عاقل و رشید باشند».

اما در جلد اول قانون مدنی معیار و سن معینی برای احراز اهلیت پیش‌بینی نشده بود. قبل از تصویب جلد دوم قانون مدنی (مواد ۹۵۶ به بعد) ظاهراً برای رفع این نقیصه، در سال ۱۳۱۳ هـ ش، ماده واحده‌ای راجع به رشد متعاملین تصویب شد و به موجب آن سن ۱۸ سال شمسی (برای پسر و دختر) به عنوان «اماره‌ی رشد» پیش‌بینی شد؛ اماره‌ای نسبی که امکان اثبات خلاف آن در دادگاه وجود داشت. البته این اماره در مورد عقود و ایقاعات، به غیر از نکاح و طلاق بود و برای آن دو، معیاری برای رشد معین نشده بود.<sup>۱</sup>

در انتهای سال ۱۳۱۳ جلد دوم قانون مدنی از کتاب اول (اشخاص) تا کتاب هفتم (نکاح) تصویب شد. سپس در سال ۱۳۱۴ کتاب هفتم به بعد قانون مدنی، از جمله کتاب دهم که راجع به

۱. ماده واحده قانون راجع به رشد متعاملین، مصوب ۱۳ شهریور ۱۳۱۳: از تاریخ اجرای این قانون در مورد کلیه معاملات و عقود و ایقاعات، به استثنای نکاح و طلاق، محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی، باید کسانی را که به سن ۱۸ سال شمسی نرسیده‌اند، اعم از ذکور و اناث، غیر رشید بشناسند، مگر آنکه رشد آن‌ها قبل از اقدام به انجام معامله یا عقد و یا ایقاع به طرفیت مدعی العموم در محاکم ثابت شده باشد. اشخاصی که به سن ۱۸ سال تمام رسیده‌اند در محاکم عدلیه، ادارات دولت و دفاتر اسناد رسمی، رشید محسوب می‌شوند، مگر آنکه عدم رشد آن‌ها در محاکم ثابت گردد. مناط تشخیص سن افراد، اوراق هویت آن‌ها است، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود».

حجر و قیمومیت و در بر دارنده‌ی مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ قانون مدنی است، به تصویب رسید، و به‌طور جامع‌تر اماره رشد بیان شد. ماده‌ی ۱۲۰۹، مقرر می‌داشت کسی که به سن ۱۸ سال نرسیده است غیر رشید فرض می‌شود، اما امکان اثبات رشد کسی که هنوز به سن ۱۸ سال نرسیده اما ۱۵ سال دارد، در دادگاه وجود دارد.<sup>۱</sup> ماده‌ی ۱۲۱۰ ق.م. نیز مقرر می‌داشت که هر کس به سن ۱۸ سال برسد، رشید فرض می‌شود، مگر آنکه در دادگاه خلاف آن ثابت شود.<sup>۲</sup> به این ترتیب در قانون مدنی سن ۱۸ سال به‌عنوان اماره‌ی رشد (اهلیت شخص) معین شد. به‌دنبال تصویب ماده‌ی ۱۲۱۰ ق.م. در قوانین دیگری که در موارد خاص تصویب شد، سن ۱۸ سال به‌عنوان سنی که شخص اهلیت دارد، پیش‌بینی شد (از جمله در قانون گذرنامه، مقررات بانک‌ها و...). البته در مورد نکاح قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۰۴۱ ق.م. سن ۱۵ سال برای دختر و ۱۸ سال برای پسر را سن رشد (قابلیت صحی برای ازدواج) معین کرد و نکاح اشخاص پایین‌تر از این سن را ممنوع کرد. اما در موارد خاص دادگاه می‌توانست به دختری که ۱۳ سال و پسری که ۱۵ سال دارد، اجازه ازدواج بدهد.<sup>۳</sup>

این وضعیت تا سال ۱۳۶۱ ادامه یافت. در سال ۱۳۶۱ کمیسیون قضائی مجلس، ظاهراً با انگیزه‌ی انطباق قانون مدنی با شرع، ماده‌ی ۱۲۰۹ را نسخ و مواد ۱۲۱۰ و ۱۰۴۱ ق.م. را اصلاح کرد. مطابق متن ماده‌ی ۱۲۱۰ اصلاحی، سن بلوغ به‌عنوان اماره‌ی رشد مقرر شده و سن بلوغ در پسر ۱۵ سال و در دختر ۹ سال قمری معین شد (ماده ۱۲۱۰ و تبصره یک اصلاحی). اما مطابق تبصره‌ی دو ماده‌ی اصلاحی، اموال صغیری را که به سن بلوغ رسیده است، در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شود.<sup>۴</sup> به این ترتیب بین ماده و تبصره‌ی دوم آن، تعارض به‌وجود آمد و مطابق تفسیر هیئت عمومی دیوان عالی کشور باید گفت «اماره‌ی رشد» از قانون مدنی حذف شد. امری که پذیرش آن دشوار می‌نمود.

۱. ماده ۱۲۰۹ پیشین قانون مدنی: «هر کس که دارای ۱۸ سال تمام نباشد، در حکم غیررشید است، مع ذلک در صورتی که بعد از ۱۵ سال تمام، رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج می‌شود».
  ۲. ماده ۱۲۱۰ پیشین قانون مدنی: «هیچ کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام، به‌عنوان جنون، یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».
  ۳. ماده ۱۰۴۱ پیشین قانون مدنی: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام، ممنوع است. معذالک در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه، ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود؛ ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به انائی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».
  ۴. ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی ۱۳۶۱: «هیچ کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به‌عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.
- تبصره ۱- سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.
- تبصره ۲- اموال صغیری را که بالغ شده است، در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد».

از این رو، تلاش‌های زیادی انجام شد و کتب و مقالات متعددی در نقد این ماده به نگارش درآمد و هر یک تلاش کردند به نوعی نقص و ابهام قانون مدنی را بر طرف کرده و از آن تفسیری ارائه دهند که با واقعیت‌های موجود منطبق باشد. اما آنچه ظاهراً این اصلاح را توجیه می‌کرد، یا دست کم ادعای آن از سوی موافقان وجود داشت، و جلوی هر انتقادی را می‌گرفت، این بود که این ماده منطبق با فقه اسلامی و شرع است و نمی‌توان آن را تغییر داد!

هدف از نگارش این مقاله، بیان نکات ابهام و تعارضات ماده‌ی ۱۲۱۰ ق.م. اصلاحی و ارائه‌ی راه‌حل تفسیری برای رفع آن نیست، چرا که در این باره مقالات و آثار زیادی نوشته شده است که هر کدام در جای خود درخور توجه و ستایش بوده و خوانندگان محترم را به آن‌ها ارجاع می‌دهیم<sup>۱</sup>. بهترین آن‌ها، تفسیری است که هیئت عمومی دیوان عالی کشور ارائه داده و متن ماده‌ی ۱۲۱۰ را شامل امور مالی و غیرمالی دانسته و تبصره‌ی ۲ آن را ناظر بر امور مالی صغیر دانسته است. بدین معنا که در امور غیرمالی، سن بلوغ، اماره‌ی رشد است، اما در امور مالی رشد فرد باید ثابت شود (ر.ک. به رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۳). اما این تفسیر اگرچه تعارض ظاهری بین ماده‌ی ۱۲۱۰ ق.م. و تبصره‌ی ۲ آن را حل می‌کند اما مشکل اصلی را که فقدان «اماره‌ی رشد» در امور مالی است، بر طرف نمی‌کند. سایر راه‌حل‌ها و تفسیرها نیز تلاش در جهت رفع ابهام و تعارض ظاهری ماده‌ی اصلاحی و تبصره‌ی آنست.

هدف از نگارش این مقاله آنست که «رشد» از دیدگاه فقه اسلامی بررسی و از نتیجه‌ی آن در تفسیر یا اصلاح ماده‌ی ۱۲۱۰ اصلاحی، بهره ببریم. سؤال اساسی آنست که آیا در فقه اسلامی، مفهوم «رشد» جدای از «بلوغ» است؟ به عبارت دیگر آیا برای اینکه فرد اهل محسوب شود، علاوه بر «بلوغ»، باید «رشد» هم باشد، یا این دو ملازم هم هستند و اثبات یکی از آن دو کافی است؟ مفهوم «رشد» چیست و چه کسی رشید محسوب می‌شود؟ آیا «رشد» صرفاً در امور مالی است یا در امور غیر مالی هم لازم است؟ و اگر برای رفع حجر، بلوغ و رشد هر دو را شرط بدانیم، آیا می‌توان «بلوغ» را اماره‌ی رشد دانست، یا «رشد» باید جداگانه ثابت شود؟ و در فرض دوم آیا در فقه همانند بلوغ، برای «رشد» نشانه یا اماره‌ای وجود دارد؟ و بالاخره اگر سن معینی (غیر از بلوغ) به عنوان اماره‌ی رشد در قانون مدنی پیش‌بینی شود (به‌طور مثال ۱۸ سال) این امر برخلاف شرع است؟

۱. رش: سید حسن عنایت، "بررسی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی، مصوب ۱۳۶۱"، فصلنامه حق، دفتر یکم، سال ۱۳۶۴، ص ۱۴؛ مرحوم استاد دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۶۶، تهران، ج ۲، ص ۳۱؛ استاد دکتر سید حسین صفایی، "شرح و نقدی بر ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی، مصوب ۱۳۶۱"، نشریه‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۵، سال ۱۳۶۹، ص ۱۲۶-۱۰۳؛ سید حسین صفایی و سید مرتضی قاسم زاده، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، انتشارات سمت، ۱۳۹۱، تهران، ص ۲۴۰ به بعد.

به نظر می‌رسد اصلاح ماده‌ی ۱۲۱۰ ق.م.ا، با برداشت سطحی از فقه انجام شده است و اگر تعمق و اندیشه‌ی بیشتری در متون و ادله‌ی فقهی که مبنای لزوم رشد برای متعاملین است، بشود، روشن خواهد بود که پیش‌بینی سن معینی برای رشد به‌عنوان «اماره‌ی رشد»، برخلاف شرع و ادله‌ی فقهی نیست. به هر حال در این مقاله تلاش شده موضوع از دیدگاه فقهی بررسی، و بر مبنای آن، حکم موضوع در حقوق موضوعه نیز روشن شود. مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق فرانسه نیز در پایان مقاله انجام خواهد شد.

### بخش یکم - وضعیت «رشد» در فقه اسلامی

در این بخش مفهوم رشد، شرایط تحقق و نحوه‌ی اثبات آن و اینکه آیا از دیدگاه فقهی می‌توان برای آن اماره (سن معینی را) مقرر کرد، بررسی می‌شود.

### مبحث یکم - مفهوم رشد و تمیز آن از بلوغ

#### بند یکم - مفهوم رشد

#### الف - مفهوم لغوی و اصطلاحی رشد

رشد، در لغت به معنای هدایت است (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۴۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ هـ.ق، ج ۹، ص ۱۹۴) که در فارسی «به راه شدن»، «هدایت شدن» و «تمیز نیک و بد» ترجمه شده است (لغتنامه‌ی دهخدا، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۴۷۴). اما در اصطلاح فقهی و حقوقی رشد عبارت از آن است که شخص به درجه‌ای از بلوغ جسمی و رشد فکری برسد که بتواند مصالح و مفاسد خود را تشخیص دهد. یا به تعبیر فقهی، رشد «یک ملکه‌ی نفسانی است که به موجب آن شخص قادر به اصلاح و محافظت از مال خویش است و از تزییع و صرف غیرعقلانی آن جلوگیری می‌کند»<sup>۱</sup> (شهیدثانی (الف)، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۴۸). شبیه این عبارت در کتب متعدد فقهی دیده می‌شود (ر.ک. به محقق حلی (الف)، ۱۴۰۸ هـ.ق، ج ۲، ص ۸۵؛ علامه‌ی حلی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۱۴، ص ۲۰۱؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۵، ص ۱۸۳؛ شهید ثانی (ب)، ۱۳۸۴ هـ.ق، ج ۱، ص ۴۱۶؛ شهید ثانی (ج)، ۱۴۲۲ هـ.ق، ص ۴۱۳؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۵۱۶ و ۵۱۵؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ هـ.ق، ج ۹، ص ۱۹۴؛ نجفی، ۱۴۰۴

۱. «الرشد کیفیه‌ی نفسانیه‌ی یمنع من صرف المال فی غیر الوجوه اللانقه‌ی بافعال العقلاء و یقابله السفه و التبذیر، و هو صرف المال فی الوجوه الغیر اللانقه‌ی بافعال العقلاء».

هـ.ق، ج ۲۶، ص ۴۹؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۴۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵ هـ.ق، ج ۳، ص ۳۶۷). البته شیخ طوسی و برخی از متقدمان برای تحقق رشد «عدالت» را نیز شرط دانسته‌اند (ر.ک. به شیخ طوسی، ۱۴۰۷ هـ.ق، ج ۳، ص ۲۸۳؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ هـ.ق، ص ۲۵۲؛ قمی سبزواری، ۱۴۲۱ هـ.ق، ص ۳۰۸)، اما این موضوع از سوی متأخران نفی شده است و اکنون هیچ فقیه امامیه‌ای «عدالت» را شرط تحقق رشد نمی‌داند (ر.ک. به محقق حلی (الف)، ۱۴۰۸ هـ.ق، ج ۲، ص ۸۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۱۴، ص ۲۰۲؛ شهید ثانی (الف)، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۴۹؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۵، ص ۱۸۳؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۴۶؛ شهید ثانی (ب)، ۱۳۸۴ هـ.ق، ج ۱، ص ۴۱۶).

### ب- اختصاص رشد به امور مالی

از تتبع در متون فقهی استنباط می‌شود که کلمه «رشد» برای صلاحیت، توانایی و اهلیت شخص جهت تصرف در امور مالی استعمال می‌شود. به عبارت دیگر «رشد» صرفاً برای تصرف در امور مالی شرط است. این حکم نه تنها از تعریفی که فقها از «رشد» ارائه کرده‌اند، استفاده می‌شود، بلکه برخی به صراحت آن را ضد «سفه» دانسته‌اند<sup>۱</sup> (کاشف الغطاء، ۱۴۲۵ هـ.ق، ج ۳، ص ۲۴۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ هـ.ق، ص ۵۴۲؛ حلی، ۱۴۰۷ هـ.ق، ج ۲، ص ۵۱۶ و ۵۱۵؛ سید شفتی، ۱۴۲۹ هـ.ق، سؤال، ص ۱۵۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ هـ.ق، ج ۳، ص ۳۶۷)، و می‌دانیم که منظور از «سفه» عدم توانایی در اصلاح مال است؛ «سفيه» به کسی گفته می‌شود که توانایی تشخیص مصلحت مالی خود را نداشته و به اصطلاح «عقل معاش» ندارد (حلی، ۱۴۲۵ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۰۳).<sup>۲</sup> به هر روی، چنان که حجر سفیه تنها در امور مالی است، «رشید» هم کسی است که «عقل معاش» دارد (لنکرانی، ۱۴۲۵ هـ.ق، ص ۳۱۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۵۴). بر این اساس «رشد» شرط اهلیت تصرف در امور مالی است و در امور غیر مالی نظیر طلاق، ظهار، اقرار به جنایت (که موجب قصاص است)، اقرار به نسب و سرقت و ... رشد معتبر نیست و سفیه می‌تواند رأساً نسبت به آن امور اقدام کند (امام خمینی (الف) بی‌تا، ج ۲، ص ۲).

۱. «و اعلم انه بتعريف الرشد المتقدم، يعرف السفیه المتصف بضده و هو الذی یصرف امواله فی غیر الاغراض الصحیحه و یفسدها و لا یصلحها» (سیدعلی طباطبائی، ریاض، ج ۹، ص ۲۵۱).

۲. «...انه لابد مع البلوغ من ایناس الرشد، و هو عندنا عقله للمعاش». (حلی، کنز العرفان، ج ۲، ص ۱۰۳).

۳. ان سفیه هو الذی لیس له حاله باعتهی و ملکهی راسخه علی حفظ المال و لا یتکون معاملته بنحو یجرها العقل من المکایسه و التحفظ عن المغایبه و عدم الانخداع من المعامله و مصادیقہ واضحه عند العرف ظاهره یلدیه و بعد ذلک لا یحتاج الی تعریف کامل. نعم الظاهر اختصاص ذلک بالامور المالیه.

۱۵ و ۱۶؛ لنگرانی، ۱۴۲۵ هـ.ق، ص ۳۱۳). علاوه بر این در تأیید این استنباط، تعبیر یکی از فقها بسیار گویا است؛ در آنجا که می‌نویسد: «پس مقتضای اصل و عموماً ادله‌ی جواز تصرف و اختصاص داشتن ادله‌ی حجر این فرد (سفیه)، از حیث کتاب، سنت و اجماع، به مال، آنست که تصرفات غیرمالی، همانند طلاق، ظهار و اقرار به جنایتی که موجب قصاص است و ... صحیح باشد<sup>۱</sup>. حتی صاحب جواهر واژه‌ی «رشد» را با مال، استعمال کرده و تعبیر «رشد در مال»<sup>۲</sup> را به کار می‌برد (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۱۹۴). همچنین در تفسیر آیه‌ی ۶ سوره‌ی نساء (ابتلاء) که دلیل اصلی شرط بودن «رشد» برای اهلیت بیان شده است، روایتی از معصوم وجود دارد که در مقام تفسیر عبارت «فان آنستم منهم رشداً» آمده است، و آن را به «حفظ مال» معنا کرده‌اند<sup>۳</sup>. یادآور می‌شود که از دیدگاه فقهی «نکاح» نیز به دلیل آثار مالی که به دنبال دارد، در زمره‌ی اعمال حقوقی مالی محسوب می‌شود و سفیه در انعقاد نکاح نیز محجور است (لنگرانی، ۱۴۲۵ هـ.ق، ص ۳۱۳؛ سبزواری، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۲۱، ص ۱۴۴ و ۱۴۳؛ امام خمینی (الف)، بی تا، ج ۲، ص ۱۶؛ روحانی، ۱۴۱۲ هـ.ق، ج ۵، ص ۹۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ هـ.ق، ص ۳۱۰).

با توجه به آنچه که گفته شد، به نظر می‌رسد تفسیر رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۳۰ از ماده‌ی ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی، دائر بر اینکه ماده‌ی ۱۲۱۰ که بلوغ را اماره‌ی رشد قرار داده شامل امور مالی و غیرمالی می‌شود و تبصره‌ی ۲ آن ناظر بر امور مالی است. تفسیر دقیق و منطبق با فقه اسلامی نیست و باید بر این اعتقاد بود که با اصلاح انجام شده، اماره‌ی رشد از بین رفته است و در وضعیت فعلی در قانون مدنی برای رشد متعاملین اماره‌ای وجود ندارد. مگر آنکه همانند نظریه‌ی کمیسیون استفتانات شورای عالی قضائی، معتقد شویم که ماده‌ی ۱۲۱۰، ناظر بر تصرفات مالی محجور به‌طور کلی است (عقود و ایقاعات) که بلوغ را اماره‌ی رشد قرار داده و تبصره‌ی آن، مختص موردی است که اموال صغیر در دست ولی بوده و او می‌خواهد آن‌ها را به تصرف صغیری که بالغ شده است، بدهد، که در این فرض باید رشد او احراز شود. این تفسیر اگرچه غیرمنطقی می‌نماید، اما در متون فقهی می‌توان برای آن، مبنایی پیدا کرده و آن را تا حدی توجیه کرد. چنان‌که این تفکیک در تفسیر آیه‌ی ابتلاء که مستند اصلی حجر سفیه

۱. مقتضی الاصل و عموماً ادله‌ی جواز التصرفات، مع اختصاص ادله‌ی حجر هذا الفرد، کتاباً و سنه‌ی و اجماعاً بالمال، انه یصح تصرفاته الغیر المالیه‌ی من نحو طلاقه و ظهاره و اقراره بمالاً یوجب مالاً کالاقرار الموجه‌ی للقصاص... (سید علی طباطبائی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۵۳).

۲. الوصف الثانی الذی یتوقف علیه رفع الحجر، الرشد فی المال.

۳. «و قد روی عن الصادق (ع)، انه سئل عن قول الله عز و جل «فان آنستم منهم رشداً، فادفعوا الیهم اموالهم»، قال: ایناس الرشد، حفظ المال» (شیخ صدوق، من لایحضرها لفقیه، ج ۴، ص ۲۲۲).

می‌باشد، از سوی برخی فقیهان مطرح شده است (سید مصطفی خمینی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۱، ص ۲۷۶)؛ البته این تفسیر مورد توجه سایر فقیهان قرار نگرفته است.

### بند دوم- تمیز «رشد» از «بلوغ»

چنان که گفته شد، «رشد» به معنای رشد جسمی و فکری شخص است که در اثر آن شخص صلاحیت تشخیص مصالح و مفاسد مالی خود را پیدا می‌کند. به‌طور معمول کودک سالم همراه با بلوغ جسمانی، رشد عقلی نیز پیدا می‌کند اما پرورش عقل، قاعده‌ی عمومی نیست و گاه ممکن است مدت‌ها به تأخیر بیافتد، یا هیچ‌گاه تحقق نیابد (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۲۷). بر این اساس در فقه درباره‌ی رابطه‌ی بین «بلوغ» و «رشد» و موضوعیت آن‌ها برای تحقق اهلیت تصرف (معامله) و اینکه آیا هر دو به‌طور مستقل شرط تحقق اهلیت‌اند، یا یکی از آن دو کافی است و یا یکی اماره‌ی دیگری است چند احتمال وجود دارد (امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۹). این احتمالات مبتنی بر تفسیرهای مختلفی است که از آیه‌ی ابتلاء (آیه‌ی ۶ سوره‌ی نساء) ارائه شده است.

### الف- تفسیرهای مختلف از آیه‌ی ابتلاء (آیه‌ی ۶ سوره‌ی نساء)

بنیادی‌ترین دلیلی که در اعتبار «بلوغ» و «رشد» برای تحقق اهلیت شخص به آن استناد می‌شود، آیه‌ی ۶ سوره‌ی نساء است که در بین فقها به «آیه‌ی ابتلاء» شهرت دارد. در تفسیر این آیه نظرات مختلفی از سوی فقیهان و مفسران مطرح شده و می‌توان آن را معرکه‌ی آراء دانست؛ آرای که گاه صد در صد با یکدیگر معارضند. چون فهم نظرات مختلف و توجیه آن، مبتنی بر عبارات و مفردات آیه است، در اینجا عین آیه و ترجمه‌ی آن را نقل می‌کنیم: «و ابتلوا الیتامی، حتی اذا بلغوا النکاح، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم و لا تأکلواها اسرافاً و بداراً ان یکبروا...» تا آخر آیه. ترجمه آن: «یتیمان را آزمایش کنید تا هنگامی که بالغ شده و تمایل به نکاح پیدا کنند؛ آن‌گاه اگر آن‌ها را دانا به درک مصالح زندگی خود یافتید اموالشان را به آن‌ها باز دهید و به اسراف و عجله اموال آن‌ها را حیف و میل نکنید، بدین اندیشه که مبدا کبیر شوند و اموالشان را از شما بگیرند (موسوی همدانی، ۱۳۷۴ هـ.ش، ج ۴، ص ۲۳۹). در تفسیر این آیه و برداشت فقهی از آن، نظرات ذیل مطرح شده است:



### ۱- تنها «رشد» شرط اهلیت صغیر و خروج او از حجر است

مطابق این نظر، در این آیه به اولیای صغار امر شده که قبل از بلوغ (در زمانی که احتمال رشد آنان می‌رود) تا زمان بلوغ، آنان را بیازمایند، و در صورت احراز «رشد» اموالشان را به آنان بدهند. البته این تکلیف شامل زمان بلوغ هم می‌شود؛ به این معنا که اگر قبل از بلوغ، امتحان و اختبار انجام نشد، یا رشد صغیر احراز نشد، بعد از بلوغ باید انجام شود تا رشد او احراز شود و به اصطلاح، غایت (بلوغ) داخل در مغیی (صغر) است و مشمول حکم اختبار می‌شود.

مفهوم این تفسیر، آن است که شرط اصلی برای خروج صغیر از حجر «رشد» اوست و «بلوغ» هیچ تأثیری ندارد. علت تشریح «اختبار»، بعد از بلوغ، دفع این توهم است که «اختبار» مختص به قبل از بلوغ دانسته شود و بالغ نیاز به «اختبار» نداشته باشد و به صرف بلوغ از حجر خارج شده، و اموالش به تصرف او داده شود، هر چند رشید نباشد! بنا بر این تفسیر، صغیر نیز امکان دارد رشید باشد و از حجر خارج شود، چنان که بالغ نیز امکان دارد سفیه بوده، از حجر خارج نشود. ملاک رفع حجر و اهلیت شخص «رشد» است (امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۹ و ۱۰؛ مازندرانی، ۱۴۲۹ هـ.ق، ص ۱۴۴).

### ۲- یکی از «رشد» یا «بلوغ» شرط اهلیت صغیر و خروج او از حجر است

برطبق این نظر برای اینکه صغیر از حجر خارج شده، دارای اهلیت شود، یا باید رشد او ثابت شود یا بالغ گردد. بر این اساس قبل از بلوغ، برای احراز رشد صغیر باید او را آزمایش کرد؛ اگر رشد او قبل از بلوغ احراز شد، از حجر خارج می‌شود، اما اگر رشد او احراز نشد، به محض اینکه بالغ شد، از حجر خارج شده، دارای اهلیت می‌شود. در این تفسیر، «حتی» در آیه برای غایت است و مابعد آن (غایت) در حکم ماقبل آن (مغیی) نیست. امر به «اختبار و آزمون» تا زمان قبل از بلوغ است که احتمال رشد صغیر می‌رود اما با بلوغ او، دیگر نیاز به آزمون و اختبار او، به منظور احراز «رشد» نیست. بنابراین معامله‌ی صغیر رشید صحیح است، چنان که معامله‌ی بالغ غیر رشید نیز صحیح می‌باشد (امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۰ و ۱۱؛ مازندرانی ۱۴۲۹ هـ.ق، ص ۱۴۴).

البته لزوم احراز رشد، قبل از بلوغ و کفایت بلوغ، به نحو دیگری نیز تحلیل شده است. به اعتقاد برخی از فقیهان «بلوغ» اماره‌ی رشد است نه اینکه طریق مستقلى برای رفع حجر باشد، و

به اصطلاح موضوعیت داشته باشد (ایروانی، ۱۴۰۶ هـ.ق، ج ۱، ص ۱۰۷؛<sup>۱</sup> امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۰۷؛ مازندرانی ۱۴۲۹ هـ.ق، ص ۱۴۵). مطابق این نظر «رشد» شرط اهلیت است و قبل از بلوغ باید از طریق اختبار احراز شود، اما با رسیدن به سن بلوغ، شخص رشید فرض می‌شود، و نیاز به احراز رشد ندارد، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. بر این اساس، معامله‌ی صغیر رشید نافذ است، اما معامله بالغ غیر رشید نافذ نیست.

### ۳- بلوغ و رشد هر دو شرط اهلیت صغیر و رفع حجر اوست

مطابق این نظر برای اینکه صغیر از حجر خارج شده، دارای اهلیت شود، باید علاوه بر بلوغ، رشید هم باشد. بر این اساس «رشد»، غیر از «بلوغ» و «بلوغ» یکی از شرایط اهلیت صغیر است و شرط دیگر آن، «رشد» است. طبق این نظر کلمه‌ی «حتی» در آیه، برای غایت است، و تکلیف امتحان و اختبار، قبل از بلوغ، شروع و تا زمان بلوغ ادامه دارد. به این معنا که اگر قبل از بلوغ، رشد صغیر احراز شد، تا بلوغ صبر می‌کنیم و بعد از بلوغ از حجر خارج می‌شود. اما اگر به هر دلیل رشد او قبل از بلوغ احراز نشد، بعد از بلوغ تا زمانی که رشد او احراز نشده، از حجر خارج نشده، دارای اهلیت نمی‌شود و نمی‌توان اموالش را به تصرف او داد (امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۱؛ مازندرانی ۱۴۲۹ هـ.ق، ص ۱۴۵). شاید گفته شود اگر برای اهلیت، «بلوغ» هم شرط است، و بدون آن، شخص دارای اهلیت نمی‌شود، فلسفه‌ی وجوب اختبار قبل از بلوغ چیست؟ در پاسخ گفته شده برای آنکه اهلیت صغیر و به تصرف دادن اموال او بعد از بلوغ به تأخیر نیافتد؛ به این معنا که ولی صغیر قبل از بلوغ از زمانی که احتمال رشد صغیر را می‌دهد، او را امتحان کند، و در صورت احراز رشد، به محض رسیدن به سن بلوغ، اموالش را به تصرف او بدهد (امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۲؛ مازندرانی ۱۴۲۹ هـ.ق، ص ۱۴۵). در حالی که اگر قبل از بلوغ، رشد صغیر از طریق آزمون احراز نشود، احتمال دارد بعد از بلوغ و رشد، همچنان محجور تلقی شود، امری که بر خلاف شرع و ظلم در حق شخص بالغ رشید است.

البته نظریه‌ی چهارمی هم وجود دارد که چون به لحاظ نتیجه همانند نظریه‌ی سوم است؛ یعنی «بلوغ» و «رشد» هر دو شرط رفع حجر صغیر و اهلیت اوست، و تنها در تجزیه و تحلیل

۱. «لا یبعد استفاده‌ی انّ المدار فی صحه‌ی معاملات الصبی علی الرشد، من الآیه‌ی، «و ابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم...»، علی ان تكون الجملة‌ی الاخریه‌ی استدراکاً عن صدر الآیه‌ی و انه مع استیناس الرشد لا یتوقف فی دفع المال و لا ینتظر البلوغ و ان اعتبار البلوغ طریق، اعتبار اماره‌ی الی الرشد بلا موضوعیه‌ی له، بل یستفاد هذا المعنی من عدّه‌ی من الاخبار ایضاً».

عبارات آیه متفاوت است (به این معنا که در نظریه‌ی سوم «حتی» برای غایت و در نظریه‌ی چهارم برای ابتداء و به معنای تعلیل است) از بیان مستقل آن خودداری شد (ر.ک. به امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۲؛ مازندرانی، ۱۴۲۹ هـ.ق، ص ۱۴۵).

ب- نظریه‌ی مشهور فقها- بلوغ و رشد، هر دو شرط رفع حجر صغیر و تحقق اهلیت اوست

نظریه‌ای که در فقه امامیه شهرت دارد، بلکه می‌توان گفت اجماع فقهای امامیه بر آن قرار گرفته است، آنست که برای رفع حجر صغیر (اهلیت او) و صحت معاملات او، علاوه بر «بلوغ»، «رشد» هم لازم است. به عبارت دیگر «بلوغ» و «رشد» هر دو شرط رفع حجر صغیر و جواز به تصرف دادن اموال او و انجام معاملات به‌طور مستقل است (شیخ طوسی (الف)، ۱۴۰۷ هـ.ق، ج ۳، ص ۲۸۵؛ شیخ طوسی (ب)، ۱۳۸۷ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۸۴؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ هـ.ق، ص ۲۵۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۲، ص ۵۶۲؛<sup>۱</sup> محقق حلی (الف)، ۱۴۰۸ هـ.ق، ج ۲، ص ۸۴ و ۸۵؛ قمی سیزواری، ۱۴۲۱ هـ.ق، ص ۳۰۷؛ علامه‌ی حلی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۱۴، ص ۲۰۰؛ محقق حلی (ب)، ۱۴۱۸ هـ.ق، ص .....؛ حلی، ۱۴۰۷ هـ.ق، ج ۲، ص ۵۱۵؛ آبی، ۱۴۱۷ هـ.ق، ج ۱، ص ۵۵۳؛ شهید ثانی (الف)، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۴۹ و ۱۵۰؛<sup>۲</sup> شهید ثانی (ب)، ۱۳۸۴ هـ.ق، ج ۱، ص ۴۱۶؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۵، ص ۱۸۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۴۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ هـ.ق، ج ۹، ص ۱۹۳؛<sup>۳</sup> نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۴۸؛<sup>۴</sup> خوانساری، ۱۴۰۵ هـ.ق، ج ۳، ص ۳۶۷؛ مظفر، بی تا، ج ۱، ص ۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ هـ.ق، ص ۴۸۴؛ خوئی (الف)، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۵؛ سیزواری، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۲۱، ص ۱۲۵؛ جزایری، ۱۴۱۶ هـ.ق، ج ۴، ص ۹۲؛ صدر، ۱۴۲۷ هـ.ق، ج ۴، ص ۲۶۲؛ امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۲؛ سیستانی، ۱۴۳۲ هـ.ق، ج ۲، ص ۳۳۶؛ مازندرانی، ۱۴۲۹ هـ.ق، ص ۱۴۳).

اگر در مفردات و ترکیب آیه‌ی «ابتلاء» تأمل شود، لزوم دو شرط «بلوغ» و «رشد» برای رفع حجر به روشنی قابل استنباط است. ظاهر آیه آنست که برای اینکه اموال یتیم به تصرف او داده

۱. «فلا خلاف بین اصحابنا، المخالف فی المسأله و المؤلف، انّ الاب بعد البلوغ و الرشد تخرج الولایه منه عن المال و یجب تسلیمه الیها».

۲. هذا عندنا موضع وفاق.

۳. لاشک ان الرشد معتبر فی رفع الحجر و دفع المال الی البالغ الذی هو صاحبه و مالکه، بالاجماع و النص.

۴. الوصف الثانی الذی یتوقف علیه رفع الحجر، الرشد فی المال، بلاخلاف اجده فیهِ، بل الاجماع، بقسمیه علیه، بل الكتاب و السنه‌ی داله‌ی علیه ایضاً.

شود، باید رشد و بلوغ او ثابت شود. در واقع معنای آیه آنست که «صغار را قبل رسیدن به سن بلوغ آزمایش کنید، زمانی که بالغ شدند، اگر رشد آنان را (به وسیله آزمایش سابق) احراز کردید، اموالشان را به تصرف آنان بدهید» (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۱۰۹). کلمه‌ی «حتی» در آیه برای غایت است، یعنی «اختبار و آزمایش» از زمان صغر شروع و تا زمان بلوغ ادامه می‌یابد و در زمان بلوغ هم استمرار دارد، تا اگر رشد وی احراز شد، اموالش به تصرف او داده شود؛ «غایت» مفهوم ندارد، یعنی آیه در صدد بیان حدود زمانی «اختبار و آزمایش» به گونه‌ای که انتهای آن معین باشد، نبوده است، تا «اختبار» تا زمان بلوغ ادامه یابد و بعد از آن وجود نداشته باشد، بلکه آیه در صدد بیان این نکته بوده که باید «اختبار» قبل از بلوغ انجام شود تا با احراز رشد، و به محض بلوغ، اموال صغیر به تصرف او داده شود و بعد از بلوغ و رشد، به ناروا و به بهانه‌ی عدم احراز رشد او، از تصرف در اموالش محروم نشود (امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۵). این امر که زمان «اختبار و آزمایش» قبل از بلوغ است (در زمانی که احتمال رشد صغیر می‌رود)، مورد تأیید تمام فقهاست، با همان توجیهی که بیان شد (طباطبائی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۵۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۱۱۰؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۵۷؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۵، ص ۱۸۴؛ شهید ثانی (الف)، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۶۶؛ طوسی (الف)، ۱۴۰۷ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۸۴، حلی (مقداد)، ۱۴۲۵ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۰۲).

قانون مدنی نیز از نظریه‌ی مشهور در فقه پیروی کرده و «بلوغ» و «رشد» را شرط خروج صغیر از حجر و اهلیت او دانسته است (ماده‌ی ۲۱۱ ق.م).

بند سوم - عدم تفاوت بین دادن مال به تصرف صغیر و تصرفات و اعمال حقوقی او برخی از فقها آیه‌ی «ابتلاء» را ناظر بر موردی دانسته‌اند که اموال صغیر در تصرف ولی اوست و او برای اینکه بخواهد آن را به تصرف صغیر بدهد، باید «رشد» او را احراز کند و با رسیدن به سن بلوغ، اموالش را به تصرف او بدهد و معتقدند که حکم «احراز رشد از طریق امتحان»، شامل تصرفات و معاملات صغیر نمی‌شود (خوئی (ب)، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۳۰، ص ۲۳؛ قمی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۳۱؛ سید مصطفی خمینی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۱، ص ۲۷۶).<sup>۱</sup> ظاهر آیه هم این استنباط را تأیید می‌کند اما این نظر مورد توجه اکثر فقها قرار نگرفته است. حق آنست که صرفاً به ظاهر آیه توجه نشود، بلکه باید دنبال معنای واقعی آن بود و تفسیر منطقی از آن ارائه کرد و هم داستان با

۱. «و التحقیق آن‌ها اجنبیه عن المسأله‌ی، لان البحث هنا حول عقد الصبی، سواء كان يتیما، اولم یکن، و الآیه‌ی ناظره‌ی الی حفظ اموال الیتامی عن الضیاع، و حفظ الیتامی عن الوقوع فی المهالک، ..... و لیست ناظره‌ی الی تصرفاته و عقوده و ایقاعاته» (سید مصطفی خمینی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۷۶).

مشهور فقها بر آن بود که آیه ناظر بر هر نوع تصرفات حقوقی (عقود و ایقاعات) صغیر است و حکم کلی رفع حجر صغیر در امور مالی را بیان می‌کند و از این جهت «دادن مال به تصرف صغیر» ویژگی ندارد. مشهور فقها در باب حجر و در مبحث اسباب رفع حجر صغیر (برای اثبات لزوم بلوغ و رشد برای رفع حجر او) به این آیه استناد کرده‌اند (طوسی (الف)، ۱۴۰۷ هـ.ق، ج ۳، ص ۲۸۵؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۲، ص ۵۶۲؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۵، ص ۱۸۶؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۴۵ به بعد؛ شهید ثانی (ب)، ۱۳۸۴ هـ.ق، ج ۱، ص ۳۹۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۴۸ به بعد، نائینی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۱، ص ۳۹۶ به بعد؛ خوبی (الف)، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۴ و ۲۴۵؛ مظفر، بی تا، ج ۱، ص ۹۴ به بعد؛ خوانساری، ۱۴۰۵ هـ.ق، ج ۶، ص ۲۶۶ به بعد؛ شهید صدر، ۱۴۲۷ هـ.ق، ج ۴، ص ۲۶۲؛ امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۰؛ لنکرانی، ۱۴۲۵ هـ.ق، ص ۲۹۵).

امام خمینی در کتاب بیع، به صراحت اختصاص مدلول آیه به موردی که مال صغیر به تصرف او داده می‌شود را نفی می‌کند و جواز دادن مال به تصرف صغیر را معلول رفع حجر و اهلیت او می‌داند.<sup>۱</sup> هم‌چنین یکی از فقهای معاصر ضمن بیان این که برای رفع حجر صغیر «بلوغ» و «رشد» شرط است و بیان دلایل مختلف، به‌عنوان دلیل کتابی، به آیه‌ی ابتلاء استناد می‌کند، و آن را دلیل اصلی بر می‌شمرد (سبزواری، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۲۱: ۱۳۸).

البته شأن نزول آیه در مورد «دادن مال به تصرف صغیر» بوده است. توضیح آن که در صدر اسلام شخصی به نام رفاعه فوت کرده، و فرزندی به نام ثابت از خود برجای می‌گذارد. متوفی در نزد برادر خود اموالی دارد، و بعد از فوت او، برادرش نزد رسول خدا (ص) آمده و در مورد برادر زاده‌ی یتیم‌اش و این که کی باید اموالش را به تصرف او بدهد، پرسش می‌کند و این آیه در پاسخ به آن نازل می‌شود (مصنف، اسباب نزول القرآن، ص ۱۴۷). اما نه مفسران و نه فقها هیچ‌گاه این آیه را مختص به مورد ندانسته‌اند و از آن، قاعده‌ی کلی برای رفع حجر صغیر را استنباط کرده‌اند. بنابراین آن‌چه مسلم است، از دیدگاه فقهی، برای رفع حجر صغیر «رشد و بلوغ» لازم است و از این جهت بین اموالی که در دست ولی اوست و می‌خواهد به تصرف او

۱. «یفهم من الآیهی الکریمه‌ی رفع حجره، و استقلاله و صیورته بالرشد و البلوغ کسائر الناس، فلا یحل ماله بلا اذنه و طیب نفسه» (امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص ۲۰) هم‌چنین برای تعبیر مشابه رش: مازندرانی، ۱۴۲۹ هـ.ق، ص ۱۵۰.  
 ۲. ایشان در توجیه حجر سفیه در امور مالی به طور کلی ادله مختلف می‌آورد و به عنوان دلیل کتابی، به آیه ابتلاء استناد می‌کند و می‌نویسد: «یمكن ان يستدل علی ثبوت الحجر للسفیه بالادله‌ی الاربعه‌ی، فمن الكتاب قوله تعالی، و ابتلوا الیتامی، حتی اذا بلغوا النکاح، فان آنستم منهم رشداً، و قوله تعالی، لا تأتوا السفهاء اموالکم... فان ظهورهما فی حجر السفیه عن التصرف مما لا ینکر عنه العرف».

بدهد و سایر تصرفات حقوقی او در اموالش، تفاوتی وجود ندارد.

بر این اساس روشن می‌شود که تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی که مقرر داشته است «اموال صغیر را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد»، بر مبنای برداشت سطحی از فقه تنظیم شده است و باید آن را خلاف نظر مشهور فقها دانست. هم‌چنین نظر کمیسیون استفتائات شورای عالی قضائی که به ظاهر ماده صحه گذاشته است، با این بیان که «ماده‌ی ۱۲۱۰ ناظر بر حکم حجر است در اموال وی و تبصره‌ی ۲ ماده، ناظر است بر اداره‌ی اموال صغیر که در اختیار دیگر است که با احراز رشد پس از بلوغ به وی داده می‌شود و الا در اختیار ولی باقی خواهد ماند» (نظریه‌ی مورخ ۶۲/۷/۲۶) و یا به بیان دیگر: «اصل ماده‌ی ۱۲۱۰ مربوط به اموالی است که در زمان بلوغ در تصرف صغیر است، نسبت به این اموال محجور، بلوغ کافی برای رفع حجر و استقلال صغیر در تصرف است. اما در مورد اموالی که قبل از بلوغ صغیر در تصرف دیگری بوده، به محض رسیدن مالک به سن بلوغ نمی‌توان آن‌ها را تحویل صاحب آن داد و رفع حجر نسبت به این اموال منوط به احراز رشد است» (نظریه‌ی مورخ ۶۳/۲/۸)، برخلاف فقه و نظر مشهور فقها و غیرمنطقی و غیرعقلایی است؛ زیرا اگر بپذیریم که صغیر قبل از بلوغ و احراز رشد، محجور است و در امور مالی خود حق تصرف ندارد، تفاوتی بین اموالی که در تصرف اوست با اموالی که در تصرف ولی او می‌باشد، وجود ندارد.

## مبحث دوم- ضرورت اثبات رشد و چگونگی آن

### بندیکم- کفایت علم به «رشد» و عدم نیاز به حکم دادگاه

در فقه، علامت و نشانه‌ی خاصی برای تحقق «رشد» بیان نشده است، بنابراین «رشد» باید احراز شود؛ اما در مورد چگونگی احراز آن، گفته شده که باید از طریق آزمون و اختباری که ولی صغیر انجام می‌دهد، «رشد» صغیر را احراز کند، یا نسبت به «رشد» او علم پیدا کند (محقق حلی، ۱۴۰۸ هـ.ق، ج ۲، ص ۸۵؛ شهیدثانی (الف)، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۵۰؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۵، ص ۱۸۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۴۹؛ شهید ثانی (ج)، ۱۴۲۲ هـ.ق، ص ۴۱۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۸۷؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ هـ.ق، ص ۴۸۷؛ روحانی، ۱۴۱۲ هـ.ق، ج ۵ ص ۹۸). به این طریق که ولی صغیر معاملات یا انجام اعمال خاص را از صغیر بخواهد؛ به طور مثال خرید کالا و یا انجام کارهای معینی را به او واگذار کند، و در صورتی که

علم پیدا کرد او همانند یک فرد رشید، عمل می‌کند و اعمال غیرعقلایی انجام نداده، از تزیع اموال خود جلوگیری می‌کند، رشد او ثابت می‌شود (شهید ثانی (الف)، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۵۰؛ شهید ثانی (ج)، ۱۴۲۲ هـ.ق، ص ۴۱۳؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ هـ.ق، ص ۴۸۷؛ طباطبایی ۱۴۱۸ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۴۹؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۵، ص ۱۸۴؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۸۷). آزمون و امتحان باید به گونه‌ای باشد که بتوان «ملکه‌ی رشد» را در فرد احراز کرد و الا صرف این که شخص معامله‌ای را به طور تصادفی به صورت عقلایی و به مصلحت خود انجام دهد و یا در مورد خاصی که کاری به او واگذار شده، همانند رشید عمل کند، کافی نیست، بلکه باید ثابت شود که وی «ملکه‌ی رشد» را داراست و در هر مورد همانند فرد رشید عمل خواهد کرد (شهید ثانی (الف)، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۴، ص ۱۵۰؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۵، ص ۱۸۴). اما آنچه مسلم است، احراز «رشد» نیاز به حکم دادگاه ندارد و هیچ یک از فقها به این امر اشاره نکرده‌اند، بلکه برعکس برخی به صراحت گفته‌اند برای احراز «رشد» و «رفع حجر» نیاز به حکم دادگاه نیست و آنچه لازم است، آن است که ولی صغیر نسبت به «رشد» صغیر علم پیدا کند (روحانی، ۱۴۱۲ هـ.ق، ج ۵، ص ۹۵).

بر این اساس شارع برای اثبات رشد صغیر، صرف علم (یا ظن قوی) وجود آن را از هر طریق که به دست آید، کافی دانسته و در صورت بروز اختلاف نیز بین و شهادت شهود را برای اثبات آن کافی می‌داند (روحانی، ۱۴۲۲ هـ.ق، ج ۵، ص ۹۷؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۸۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۹، ص ۲۵۰)؛ و هیچ یک از فقها رسیدگی و صدور حکم دادگاه را لازم ندانسته‌اند. معیار و ملاک احراز «رشد» عرف است، زیرا مفهوم «رشد» حقیقت شرعیه نیست و نمی‌توان حدود و ثغور آن را در شرع تعیین کرده و برای احراز آن، معیار خاصی را معین کرد. صاحب جواهر، تلاش آن دسته از فقیهان را که در صدد تبیین معنای «رشد» و ارائه‌ی معیاری برای آزمون و اختبار صغیر جهت احراز رشد او برآمده‌اند را بیهوده دانسته و اظهار می‌دارد که اصولاً آزمون و اختبار صغیر برای احراز رشد موضوعیت ندارد، و احراز رشد لزوماً منوط به اختبار نیست، بلکه اختبار جنبه‌ی طریقت دارد؛ چه بسا «رشد» صغیر بدون آزمون و اختبار احراز شود (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ص ۵۰-۴۸).<sup>۱</sup>

۱. و ستعرف عدم وجوب الاختبار بالاعمال اللانقهی بحاله، و انما هو طریق من طرق معرفه‌ی الرشد، كالغزل والاستغزال، و السنج والاستنتاج فی الاثنی، ... ضروره‌ی عدم توقف تحقق الرشد عرفاً علی ذلك، بل قد يتحقق عرفاً بدون، كما هو واضح بادنئ تأمل. و بالجمله اطاله‌ی الکلام فی تحقق مصداق الرشد فی المال مع وفاء العرف به تزیع للعمر فیما لا ینبغی (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۱۵۰).

### بند دوم- جواز تأسیس اماره‌ی رشد و عدم مخالفت آن با شرع

چون «رشد» یک امر ثبوتی است، بحث اثبات آن نیز مطرح است. برای تسهیل در اثبات و جلوگیری از نزاع و دعوی، تأسیس اماره یا اصل عملی در فقه و حقوق موضوعه امری متداول است. در مورد بحث نیز با توجه به اهمیت موضوع «رشد» و آثار آن در اعمال حقوقی و حفظ امنیت معاملات، در تمام نظام‌های حقوقی، سن مشخصی به‌عنوان «سن رشد» معین شده است، به‌گونه‌ای که رسیدن به آن سن، اماره‌ی رشد تلقی شده، شخص، رشید فرض می‌شود، مگر آن که خلاف آن ثابت شود. ضرورت و فواید چنین تأسیسی بر کسی پوشیده نیست، زیرا این امر موجب امنیت معاملات شده، مانع بسیاری از دعاوی و نزاع‌ها می‌شود. اماره‌ی رشد یک اماره‌ی نسبی است و ایجاد آن دو اثر دارد: از یک سو فردی که به آن سن معین رسیده، رشید فرض می‌شود مگر آن که خلاف آن ثابت شود، از سوی دیگر قبل از رسیدن به آن سن، شخص، غیر رشید (محجور) فرض می‌شود، مگر آن که خلاف آن ثابت شود.

در فقه اسلامی، تا آن جا که نگارنده تحقیق کرده است، تأسیس اماره‌ی رشد و تعیین سن معین به‌عنوان سن رشد، به وضوح مطرح نبوده است، اما فقها با این موضوع بیگانه نبوده‌اند. یکی از فقهای معاصر با تفسیری که از آیه‌ی ابتلاء ارثه کرده سن بلوغ را نشانه و اماره‌ی رشد دانسته و رسیدن به سن بلوغ را برای رفع حجر صغیر کافی می‌داند مگر آن که عدم رشد او ثابت شود (ایروانی، ۱۴۰۶ هـ.ق. ج ۱، ص ۱۰۷). دیگران نیز آن را به‌عنوان یک نظر مطرح کرده‌اند، هرچند در نهایت آن را تأیید نکرده‌اند (امام خمینی (ب)، ۱۴۲۱ هـ.ق. ج ۱، ص ۱۱). از برخی متون فقهی نیز می‌توان استنباط کرد که گذشت مدت زمانی از سن بلوغ قرینه و اماره‌ی رشد تلقی می‌شود مگر آن که خلاف آن ثابت شود (خوانساری، ۱۴۰۵ هـ.ق. ج ۳ ص ۳۶۸؛ روحانی، ۱۴۱۲ هـ.ق. ج ۵، ص ۹۷). حال این سوال اساسی مطرح است که اگر سن مشخصی (سن بلوغ یا بالاتر) به‌عنوان سن رشد از سوی قانون‌گذار معین و اماره‌ی رشد تلقی شود (اماره‌ی نسبی)، به‌گونه‌ای که با رسیدن به آن سن، شخص رشید محسوب، و قبل از رسیدن به آن سن، محجور به حساب آید، مگر آن که خلاف آن ثابت شود، آیا برخلاف شرع است؟ به‌نظر می‌رسد تأسیس اماره و تعیین سن معینی برای رشد، برخلاف شرع و فقه نیست؛ در تأیید آن باید گفت:

اولاً، تأسیس اماره‌ی رشد، موجب تغییر سن رشد (کاهش یا افزایش آن) نمی‌شود؛ به‌ویژه این که در فقه، سن معینی برای رشد وجود ندارد. تأسیس اماره‌ی رشد، فقط جنبه‌ی اثباتی

دارد و واقعیت را تغییر نمی‌دهد. تنها اثرش، آن است که اگر کسی مدعی تحقق رشد قبل از سن معین باشد، باید آن را ثابت کند و بعد از آن نیز، مدعی عدم رشد باید دلیل اقامه کند. ثانیاً، از دیدگاه فقهی «رشد» یک مفهوم عرفی است و به اصطلاح «حقیقت شرعیه» نیست که حدود و ثغور آن در شرع معین شده باشد، بلکه این، عرف است که چارچوب آن را معین می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۴۹؛ سبزواری، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۲۱، ص ۱۴۹). حتی یکی از فقها بعد از بیان این موضوع، تلاش برخی از فقیهان برای تبیین مفهوم «رشد» را تضحیح عمر دانسته، آن را از قلمرو موضوع فقه خارج می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۴۹). از سوی دیگر چگونگی و نحوه‌ی اثبات «رشد» هم عرفی است و به تعبیر فقها، طریقت دارد؛ حتی امتحان و اختبار صغیر موضوعیت ندارد، بلکه طریقی برای احراز رشد است و اگر از هر طریق دیگری رشد او احراز شود، کفایت می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ق، ج ۲۶، ص ۴۹؛ سبزواری، ۱۴۱۴ هـ.ق، ج ۲۱، ص ۱۴۹).<sup>۱</sup> هدف آن است که ولی یا حاکم به طریقی به وجود ملکه‌ی رشد در شخص صغیر علم (ظن قوی) پیدا کند. بر این اساس ملاک و معیار آن می‌تواند از یک زمان به زمان دیگر و از یک جامعه به جامعه‌ی دیگر تغییر کند. حال اگر در جامعه‌ای قانون‌گذار بر مبنای عرف موجود در آن جامعه و وضعیت اجتماعی، فرهنگی و جغرافیایی آن و از طریق استقراء یا طرق دیگر به این نتیجه برسد که اشخاص با رسیدن به سن معین، به طور معمول رشید می‌شوند، و رسیدن به آن سن، ظن قوی نسبت به تحقق رشد ایجاد می‌کند، می‌تواند آن را اماره‌ی رشد قرار دهد و این امر خلاف شرع نیست.

ثالثاً، بنای عقلا بر آن است که شخصی را که مدتی از بلوغ او گذشته است، رشید می‌دانند و نیازی به اختبار و امتحان و اثبات رشد او نمی‌بینند مگر آن‌که خلاف آن ثابت شود، یا قرینه‌ای بر خلاف آن وجود داشته باشد (خوانساری، ۱۴۰۵ هـ.ق، ج ۳، ص ۳۶۸ روحانی، ۱۴۱۲ هـ.ق، ج ۵، ص ۹۷). حال اگر قانون‌گذار سن معینی را اماره‌ی رشد قرار دهد، در واقع تأیید این حکم عقلی و عرفی است که از سوی شرع منع نشده است. البته این اماره باید نسبی باشد تا امکان اثبات خلاف آن وجود داشته باشد؛ یعنی بتوان قبل از سن معین (سن رشد) رشد او و بعد از آن، عدم رشد او را ثابت کرد.

۱. لاریب ان الاختبار له طریقه‌ی، لا ان تكون له موضوعیه خاصه و کیفیه الاختبار و کمیته موكوله الی المتعارف و لیس امرأ تعبدیاً، شرعاً؛ و یختلف باختلاف الاشخاص و العادات و الامکنه؛ و المناط کله حکم الثقات المطلعین علی السفه و الرشد؛ فمع حکمهم بنبوت الموضوع یترب الحکم لا محاله (سبزواری، مهذب، ج ۲۱، ص ۱۴۹).

رابعاً، امکان دارد بین بلوغ شرعی از حیث تعلق احکام تکلیفی به شخص، از یک سو، و رشد در معاملات که جنبه‌ی عرفی دارد از سوی دیگر، تمیز قائل شد و بر آن بود که سن بلوغ و رشد برای انجام عبادات (و تعلق تکالیف شرعی عبادی) همان است که در شرع و فقه مقرر شده است، اما در مورد معاملات، بنا بر مصالح و وضعیت موجود، حاکم شرع (قانون‌گذار عرفی) می‌تواند سن معینی را برای رشد در معاملات قرار دهد (سبزواری، ۱۴۱۴ ه ق، ج ۲۱، ص ۱۲۰).

### بخش دوم- وضعیت «رشد» در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، برخلاف نظام حقوقی ایران و اسلام مفهوم «بلوغ» شناخته شده نیست و به جای آن مفهوم «کبر» مطرح شده است. کسی که به سن کبر برسد، دارای اهلیت فرض شده، مگر آن که خلاف آن ثابت شود و کسی که به سن کبر نرسیده، محجور فرض می‌شود، مگر آن که به سن معینی (پایین‌تر از سن کبر) رسیده، رشد او نیز ثابت شده و به اصطلاح از حجر خارج شده باشد. بر این اساس در حقوق فرانسه اشخاص دارای اهلیت دو دسته‌اند: ۱- افرادی که به سن کبر رسیده‌اند؛<sup>۲</sup> ۲- صغاری که رشد آنان ثابت شده (از حجر خارج شده‌اند).<sup>۳</sup> متقابلاً افراد فاقد اهلیت نیز دو دسته‌اند: ۱- صغار از حجر خارج نشده؛ ۲- کبار حمایت شده (سفییه و مجنون).

### مبحث یکم- اشخاصی که به سن کبر رسیده‌اند

#### بند یکم- سن کبر

در حقوق قدیم فرانسه سن کبر ۲۵ سال بود؛ در سال ۱۹۶۴ این سن به ۲۱ سال کاهش یافت و سپس در سال ۱۹۷۴ به ۱۸ سال تعدیل شد و در حال حاضر سن کبر، همان ۱۸ سال است. ماده‌ی ۴۸۸ ق.م. فرانسه مقرر داشته است: «کبر در ۱۸ سالگی حاصل شده، و شخص با رسیدن به این سن اهلیت انجام کلیه‌ی اعمال حقوقی را دارد». مطابق این ماده تفاوتی بین دختر و پسر وجود ندارد.<sup>۴</sup> طفلی که به سن کبر می‌رسد، اهلیت مطلق دارد و از والدین مستقل می‌شود و

1. Majorité

2. Le majeur

3. Le mineur e'mancipe

۴. سن ۱۸ سال به عنوان سن کبر و خروج از حجر، (اهلیت) در تمام کشورهای اروپایی معین شده است

(www.cccbelgique.be)

در کشورهای عربی تحت تأثیر حقوق فرانسه (نظیر مصر، عراق، لیبی) نیز سن ۱۸ سال به عنوان سن کبر و اماره رشد مقرر شده است.

می‌تواند برای سخت‌ترین و مهم‌ترین امور زندگی خود تصمیم‌گیری کند. او در این سن تنها تکلیف اخلاقی دارد که به والدینش احترام بگذارد و با آنان با حسن نیت رفتار کند (Carbonnier, 1996, p.187, n° 115). مقابل کبر، صغراست و به شخصی که به سن ۱۸ سال نرسیده باشد، صغیر گفته می‌شود (م.۳۸۸ ق.م.فرانسه).

### بند دوم- سن ۱۸ سال اماره‌ی رشد و اهلیت

مستبطن از ماده ۱۱۲۳ و ۴۸۸ ق.م. فرانسه، سن کبر (۱۸ سال) اماره‌ی رشد و اهلیت است؛ به این معنا که شخصی که به این سن برسد اهل فرض می‌شود. متقابلاً صغیر (کسی که به سن ۱۸ سال نرسیده باشد) محجور فرض می‌شود و اهلیت ندارد مگر آنکه به سن معینی رسیده و رشد او ثابت شده و اصطلاحاً از حجر خارج شده باشد (Starck, 1993, P154, n°36). اما این اماره، یک اماره‌ی نسبی است و خلاف آن قابل اثبات است و در صورتی که ثابت شود شخصی به رغم اینکه به سن ۱۸ سال رسیده به لحاظ فکری یا عقلی به رشد کافی نرسیده است، یعنی مجنون یا سفیه است، غیر اهل و محجور است (Starck, 1993, P.160, n°, 385). به این افراد اصطلاحاً «کبیر حمایت شده»<sup>۱</sup> می‌گویند. با توجه به مواد قانون مدنی فرانسه می‌توان گفت معیار اصلی برای اهلیت «رشد» است، و رسیدن به سن کبر اماره‌ی رشد است، اماره‌ای نسبی که خلاف آن قابل اثبات است؛ بر این اساس امکان اثبات رشد قبل از سن کبر، وجود دارد. اثبات رشد صغیر قبل از سن کبر از طریق نهادی انجام می‌شود که اصطلاحاً «امانسیپسیون»<sup>۲</sup> نامیده می‌شود.

### مبحث دوم- صغاری که رشد آنان ثابت شده یا از حجر خارج شده‌اند

(امانسیپ - E'mancipe)

#### بند یکم- مفهوم امانسیپسیون (خروج از حجر)

از نظر لغوی، امانسیپسیون به معنای آزاد و رها شدن شخص از تحت کنترل یا نظارت دیگر (از جمله والدین) است (www.thefree dictionary.com). معنای اصطلاحی آن از معنای لغوی دور نیست. در اصطلاح امانسیپسیون یک نهاد حقوقی است که به موجب آن صغیر (محجور) از تحت ولایت والدین (ولی قهری) یا قیم خود خارج می‌شود و اولیای وی (والدین یا قیم) نیز از

1. Le majeur prote'ge'

2. E'mancipation

مسئولیتی که نسبت به صغیر دارند، رها می‌شوند (Carbonnier, 1996, p.187, n° 115, p. http://en.wikipedia.org). نهاد امانسپاسیون، طریقی برای اثبات اهلیت اشخاصی است که به سن کبر (۱۸ سال) نرسیده‌اند و مبتنی بر این واقعیت است که چون سن کبر اماره‌ی رشد و اهلیت است و این اماره نسبی است، چنان‌که امکان اثبات حجر شخص بعد از سن کبر وجود دارد، امکان اثبات رشد او قبل از سن کبر نیز وجود دارد و شاید شخصی قبل از رسیدن به سن کبر، رشید شود. این نهاد در بیشتر کشورهای غربی که مفهوم «بلوغ» شناخته شده نیست و ملاک اهلیت، رشد عقلی و جسمی است، وجود دارد.

### بند دوم- انواع امانسپاسیون

امانسپاسیون به دو طریق ممکن است اتفاق بیفتد؛ قانونی یا قضائی:

#### الف- امانسپاسیون قانونی<sup>۱</sup>

گاهی امانسپاسیون به حکم قانون واقع می‌شود. مطابق ماده‌ی ۴۷۶ قانون مدنی فرانسه، هرگاه صغیر ازدواج کند، از تحت ولایت والدین خود خارج می‌شود. البته این نوع خروج از حجر صرفاً در مورد دختران که امکان ازدواج قبل سن کبر را دارند، ممکن است و در مورد پسران مجاز نیست، مگر در موارد استثنایی که معافیت از سن کبر برای ازدواج آنان مقرر می‌شود. به‌علاوه ازدواج صغار باید با رضایت والدین واقع شود (Carbonnier, 1996, p.187, n° 116).

#### ب- امانسپاسیون قضائی<sup>۲</sup>

این نوع خروج از حجر با تصمیم دادگاه واقع می‌شود و به این دلیل «امانسپاسیون قضائی» نامیده می‌شود. با تصویب قانون ۱۵ ژوئیه ۱۹۷۴، فرانسه، تشریفات خاصی برای این نوع خروج از حجر پیش‌بینی شده است (مواد ۴۷۷-۴۷۱ ق.م. فرانسه). شرط خروج از حجر در این مورد آن است که اولاً، صغیر به سن ۱۶ سال تمام رسیده باشد؛ ثانیاً، والدین یا حداقل یکی از آنها یا شورای خانواده، ازدادگاه خروج از حجر صغیر را درخواست کند (ماده ۴۱۰ به بعد ق.م. فرانسه (Carbonnier, 1996, p.187, n° 115; Marty et Reynoud, 1972, p.615)). متعاقب آن دادگاه رسیدگی و حکم به خروج از حجر صغیر را صادر، یا آنرا رد می‌کند. حکم دادگاه قابل بررسی در دیوان عالی کشور است.

1. E'mancipation légale.  
2. E'mancipation juridique.



### بند سوم- حدود اهلیت صغیر از حجر خارج شده (امانسیپ)

صغیری که از حجر خارج می‌شود، دارای اهلیت می‌شود. تا قبل از سال ۱۹۶۴، مطابق قانون مدنی فرانسه، صغیر از حجر خارج شده دارای اهلیت کامل نمی‌شد بلکه در برزخ بین حجر و اهلیت قرار داشت. اما با تصویب قانون یادشده در ۱۴ دسامبر ۱۹۶۴، قانون‌گذار برای چنین صغیری اهلیت نسبتاً کامل قائل شد (Carbonnier, 1996, n° 173, p.290). اهلیت صغیر از حجر خارج شده در دو زمینه قابل بررسی است:

#### الف- امور شخصی (غیر مالی)

به عنوان قاعده، صغیر امانسیپ از تحت ولایت والدین خود خارج شده (م. ۴۸۲ ق.م.فرانسه) و می‌تواند نسبت به تمام امور شخصی (غیر مالی) خود به‌طور مستقل تصمیم‌گیری کند؛ او می‌تواند اقامتگاه مستقل از والدین خود انتخاب کند. متقابلاً والدین نیز هیچ مسئولیتی نسبت به زیان‌هایی که او ممکن است به غیر وارد کند، ندارند (Carbonnier, 1996, n° 173, p.290). بر این اصل دو استثنا وارد است: ۱- صغیر از حجر خارج شده در صورتی که ذکور باشد حق ازدواج ندارد؛ ۲- در مورد فرزند خواندگی، اناث نیز بدون رضایت والدین چنین حقی ندارند؛ تنها با رضایت والدین می‌توانند به فرزندخواندگی دیگران در آیند. علت این استثنا اهمیت این دو موضوع است (Carbonnier, 1996, n° 173, p.291).

#### ب- امور مالی

اهلیت صغیر از حجر خارج شده، نسبت به امور مالی کامل و تقریباً همانند فرد کبیر است (ماده ۴۸۱ ق.م.). او بدون هیچ‌گونه محدودیت می‌تواند، تعهد کند یا اموال خود را، حتی بلاعوض به غیر انتقال دهد؛ او حق انتخاب هر نوع شغل و حرفه به جز امور تجاری را دارد (Carbonnier, 1996, n° 173, p.291). به عنوان استثنا بر این اصل، صغیر از حجر خارج شده، حق اشتغال به امور تجاری، حتی با رضایت والدین، ندارد. زیرا مطابق قانون ۱۹۷۴، برای اشتغال به تجارت حداقل ۱۸ سال سن لازم است که صغیر از حجر خارج شده دارای آن نیست (Carbonnier, 1996, n° 173, p.291).

#### نتیجه‌گیری

به عنوان نتیجه از مباحث مطرح شده باید گفت:

- ۱- رشد، صرفاً برای تصرف در امور مالی شرط اهلیت است، و در امور غیرمالی (تصرفات غیرمالی)، رشد شرط نیست.
- ۲- بین رشد و بلوغ از دیدگاه فقهی تفاوت وجود دارد و برای اهلیت شخص هر دوی آن شرط است و چنان که صرف بلوغ بدون رشد برای اهلیت (در امور مالی) کافی نیست، امکان احراز اهلیت قبل از بلوغ (با احراز رشد) نیز وجود ندارد.
- ۳- اگرچه از دیدگاه فقهی «رشد» باید احراز شود اما این امر نیاز به رسیدگی دادگاه ندارد بلکه به هر طریقی که به وجود «رشد» یقین (یا ظن قوی که قابل اعتماد باشد) حاصل شود، کافی است. چون «رشد» یک مفهوم عرفی است، شیوهی احراز آن نیز عرفی است و از هر طریقی که عرفاً بتوان وجود آن را احراز کرد، کفایت می‌کند.
- ۴- اگر بر مبنای غلبه، سن معینی به عنوان اماره‌ی رشد، معین شود، این امر خلاف شرع نیست؛ زیرا این امر جنبه‌ی اثباتی دارد و ماهیت رشد را تغییری نمی‌دهد. به‌ویژه اگر این اماره نسبی و اثبات خلاف آن ممکن باشد.
- ۵- در فقه درباره‌ی لزوم اثبات رشد صغیر، بین موردی که مالی از او در دست ولی اوست و می‌خواهد به او مسترد کند، با موارد دیگر و سایر تصرفات و اعمال حقوقی او تفاوتی وجود ندارد، بلکه احراز رشد قاعده‌ی کلی برای احراز اهلیت است. بر این اساس تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۲۱۰ ق.م. (اصلاحی ۱۳۶۱) که با انگیزه‌ی انطباق با فقه وضع شده، منطبق با فقه نبوده و مخالف آن است و از این جهت قابل نقد می‌باشد.
- ۶- در فقه، سن بلوغ، اماره‌ی رشد دانسته نشده است، بلکه مشهور بر این عقیده‌اند که «رشد» باید احراز شود، خواه قبل ادن به سن بلوغ، یا بعد از آن. تنها یکی از فقها (ایروانی، صاحب حاشیه‌ی مکاسب، ج ۱، ص ۱۰۶)، بلوغ را اماره‌ی رشد دانسته است. بر این اساس متن ماده ۱۲۱۰ ق.م. (اصلاحی ۱۳۶۱) منطبق با نظریه‌ی مشهور فقهای امامیه نیست.
- با عنایت به جمیع جهات، اصلاح ماده ۱۲۱۰ ق.م. اصلاحی و تبصره‌ی ۲ آن، ضرورت دارد، و با توجه به عرف موجود که در غالب موارد (صدور گواهینامه، گذرنامه، سربازی و ...) افراد دارای ۱۸ سال سن را، رشید می‌داند و این سن در بیشتر کشورهای دنیا نیز به‌عنوان سن رشد، معین شده است، تعیین آن به‌عنوان اماره‌ی رشد، توصیه می‌شود، و این امر برخلاف شرع و فقه امامیه نیست.

## منابع

## الف- منبع فارسی

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر،  
- صفائی، سید حسین، ۱۳۶۹، "شرح و نقدی بر ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی، مصوب ۱۳۶۱"، نشریه‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۵، سال ۱۳۶۹.  
- صفائی، سید حسین، قاسم زاده، مرتضی، ۱۳۹۱، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، انتشارات سمت، تهران.  
- عنایت، سید حسین، ۱۳۶۴، "بررسی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی، مصوب ۱۳۶۱"، فصلنامه حق، دفتر یکم، سال ۱۳۶۴.  
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۶، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، تهران، ج ۲.

## ب- منابع فقهی

- آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی، ۱۴۱۷ ه ق، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چاپ سوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، محقق: علی پناه اشتهااردی و حسین یزدی  
- اصفهانی، سید ابو الحسن، ۱۴۲۲ ه ق، وس، وسیله‌ی النجاهی، چاپ اول، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.  
- اراکی، محمد علی، کتاب البیع، ۱۴۱۵ ه ق، چاپ اول، مؤسسه‌ی در راه حق، قم.  
- اراکی، محمد علی، ۹۱۴۱ ه ق، کتاب النکاح، چاپ اول، انتشارات نور نگار، قم  
- اردبیلی، احمد بن محمد (مقدس اردبیلی)، ۱۴۰۳ ه ق، مجمع الفوائدی و البرهان فی شرح /ارشاد الأذهان، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، محقق: مجتبی عراقی، علی پناه اشتهااردی و حسین یزدی اصفهانی.  
- ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی، ۱۴۰۶ ه ق، حاشیه‌ی المکاسب، چاپ اول، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران.  
- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، ۱۴۰۵ ه ق، الحدائق الناصره فی أحكام العترة الطاهرة، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، محقق: محمد تقی ایروانی - سید عبد الرزاق مقرر.

- جزائری، سید محمد جعفر مروج، ۱۴۱۶ هـ ق، هدی الطالب فی شرح المکاسب، چاپ اول، مؤسسه‌ی دار الکتب، قم.
- حکیم، سید محسن طباطبایی، بدون تاریخ چاپ، نهج الفقاهه‌ی، چاپ اول، انتشارات ۲۲ بهمن، قم.
- حلبی، حمزه‌ی بن علی حسینی، ابن زهره، ۱۴۱۷ هـ ق، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، چاپ اول، مؤسسه‌ی امام صادق علیه السلام.
- حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، ۱۴۱۰ هـ ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
- حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، ۱۴۰۷ هـ ق، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، قم، محقق: مجتبی عراقی.
- حلّی، مقداد بن عبد الله سیوری، ۱۴۲۵ هـ ق، کنز العرفان فی فقه القرآن، چاپ اول، انتشارات مرتضوی، قم.
- حلّی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵ هـ ق، الجامع للشرائع، چاپ اول، قم- ایران، محقق / مصحح: جمعی از محققین تحت اشراف شیخ جعفر سبحانی.
- حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (الف)، ۱۴۰۸ هـ ق،، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، مؤسسه اسماعیلیان، قم- ایران، محقق / مصحح: عبد الحسین محمد علی بقال.
- حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (ب)، ۱۴۱۸ هـ ق، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، چاپ ششم، مؤسسه‌ی المطبوعات الدینیّه، قم- ایران.
- حلّی، علامه‌ی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (الف)، ۱۴۱۴ هـ ق، تذکره‌ی النقیها (ط- الحدیثیه)، چاپ اول، مؤسسه‌ی آل البیت علیهم السلام، قم.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف، ۱۴۰۵ هـ ق، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، مؤسسه‌ی اسماعیلیان، قم، محقق: علی اکبر غفاری.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی (الف)، بدون تاریخ چاپ و محل انتشار، مصباح الفقاهه‌ی، مقرر: محمد علی توحیدی.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی (ب)، ۱۴۱۸ هـ ق، موسوعه‌ی الإمام الخوئی، چاپ اول، مؤسسه‌ی إحياء آثار الإمام الخوئی ره، قم، محقق: پژوهشگران مؤسسه‌ی إحياء آثار آیة‌ی الله

- العظمی خوبی.
- خمینی، سید روح الله (امام خمینی)، (الف)، بی تا، *تحریر الوسیله*، چاپ اول، مؤسسه‌ی مطبوعات دارالعلم، قم.
- خمینی، سید روح الله (امام خمینی)، (ب)، ۱۴۲۱، ه ق، *کتاب البیع*، چاپ اول، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ق.س)، تهران.
- خمینی، سید مصطفی موسوی، ۱۴۱۸ ه ق، *کتاب البیع*، چاپ اول، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران، محقق: گروه پژوهش مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ق.س).
- دیلمی، سلار، حمزه‌ی بن عبد العزیز، ۱۴۰۴ ه ق، *المراسم العلویة و الأحکام النبویة فی الفقه الإمامی*، چاپ اول، منشورات الحرمین، قم - ایران، محقق / مصحح: محمود بستانی - روحانی، سید صادق حسینی، ۱۴۱۲ ه ق، *فقه الصادق*، چاپ اول، دار الکتب، مدرسه امام صادق علیه السلام، قم.
- سبزواری، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن، ۱۴۲۳ ه ق، *کنهایه الأحکام*، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم، قم.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۴ ه ق، *مهذب الاحکام*، چاپ چهارم، مؤسسه‌ی المنار، دفتر حضرت آیت الله، بیروت.
- شفتی، سید محمد باقر (سید شفتی)، ۱۴۲۹ ه ق، *سؤال و جواب فقهی*، چاپ اول، انتشارات مرکز تحقیقات رایانه‌ای حوزه‌ی علمیه اصفهان، محقق: سید مهدی شفتی.
- صدر، سید محمد باقر، ۱۴۲۷ ه ق، *ماوراء الفقه*، چاپ سوم، المحبین للطباعة والنشر، قم.
- طباطبایی، سید علی، ۱۴۱۸ ه ق، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل* (ط - الحدیثه)، چاپ اول، مؤسسه‌ی آل‌البت علیهم السلام، قم، محقق: محمد بهره‌مند، محسن قدیری، کریم انصاری و علی مروارید.
- طباطبایی، سید محمد مجاهد، بدون تاریخ چاپ، *کتاب المناهل*، چاپ اول، مؤسسه‌ی آل‌البت علیهم السلام، قم.
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (الف)، ۱۴۰۷ ه ق، *الخلاف*، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، محقق: علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف و مجتبی عراقی.
- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن (ب)، ۱۳۸۷ ه ق، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، چاپ سوم،

المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، تهران - ایران، محقق / مصحح: سید محمد تقی کشفی.

- عاملی، زین الدین بن علی، شهید ثانی، (الف)، ۱۴۱۳ هـ ق، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، چاپ اول، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم، محقق: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی.

- عاملی، زین الدین بن علی، شهید ثانی، (ب)، ۱۳۸۴ هـ ق، الروضة البهية في شرح اللمعة المشتمية، چاپ سنگی، بدون نام و محل انتشار.

- عاملی، زین الدین بن علی، شهید ثانی، (ج)، ۱۴۲۲ هـ ق، حاشیهی شرائع الإسلام، چاپ اول، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

- عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، بدون تاریخ چاپ، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه (ط - القديمه)، چاپ اول، دار إحياء التراث العربی، بیروت، محقق: (جلد ۹) محمد باقر حسینی شهیدی.

- فاضل هندی، محمد بن حسن، ۱۴۱۶ هـ ق، كشف اللثام والایهام عن قواعد الأحكام، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیه قم، قم، محقق: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی.

- فیض کاشانی، محمد محسن، بدون تاریخ، مفاتیح الشرائع، چاپ اول، انتشارات کتابخانهی آیهی الله مرعشی نجفی، قم.

- قمی سبزواری، علی مؤمن، ۱۴۲۱ هـ ق، جامع الخلاف والوفاق بین الإمامیه و بین أئمة الحجاز والعراق، چاپ اول، زمینه سازان ظهور امام عصر علیه السلام، قم، محقق: حسین حسینی بیرجندی.

- قمی، سید تقی طباطبایی، ۱۴۱۳ هـ ق، عمدهی المطالب فی التعلیق علی المکاسب، چاپ اول، کتابفروشی محلاتی، قم.

- کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ هـ ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، مؤسسهی آل البیت علیهم السلام، قم، محقق: گروه پژوهش مؤسسهی آل البیت علیهم السلام.

- لنکرانی، محمد فاضل موحدی، ۱۴۲۱ هـ ق، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، النکاح، چاپ اول، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم، محقق: حسین واثقی، عباد الله سرشار، سید عبد الحمید رضوی، رضا علی مهدوی..

- مازندرانی، علی اکبر سیفی، ۱۴۲۹ ه ق، *دلیل تحریر الوسیله‌ی، أحكام الأسره‌ی*، چاپ اول، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران.
- مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۳ ه ق، *فقه المعاملات*، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه علمیه قم.
- مظفر، محمد رضا، بدون تاریخ نشر، *حاشیه‌ی المظفر علی المکاسب*، چاپ اول، نشر حبیب، قم، محقق: شیخ جعفر کوثرانی ..
- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۵ ه ق، *أنوار الفقاهه‌ی، کتاب النکاح*، چاپ اول، انتشارات مدرسه‌ی الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، قم.
- موسوی همدانی، سید محمدباقر، ۱۳۷۴ ه ش، *ترجمه‌ی تفسیر المیزان*، انتشارات جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم، قم.
- نائینی، میرزا محمد حسین، (میرزای نائینی)، ۱۴۱۳ ه ق، *المکاسب و البیوع*، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، مقرر: میرزا محمد تقی آملی.
- نجفی، محمد حسن (صاحب الجواهر)، ۱۴۰۴ ه ق، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، چاپ هفتم، دار إحياء التراث العربی، بیروت، محقق: عباس قوچانی و علی آخوندی.

### ج- منابع لاتین

- Carbonnier, Jean, 1996, *Droit civil, T4: Les obligations*, PUF, Paris.
- Starck, Boris, Henri Roland et Laurent Boyer, 1993, *Droit civil : les obligations* Edition, 4, Litec, Paris.
- MARTY, Gabriel et RAYNAUD, Piere, 1972, *Droit civil, T.II, V.I, Les obligations*, Sirey, Paris.
- [www.cecbelgique.be](http://www.cecbelgique.be)
- [www.thefreedictionary.com](http://www.thefreedictionary.com)
- [www.en.wikipedia.org](http://www.en.wikipedia.org)