

## جایگاه و تأثیر مصلحت در سرپرستی کودک از دیدگاه فقه و حقوق

محمد مهدی مقدادی\*

### چکیده

از موارد مهمی که مصلحت در اجرای احکام نقش اساسی یافته و تشخیص و کارسازی آن به مکلفین وا نهاده شده است، ولایت و سرپرستی بر کودکان است. با آنکه سرپرستی بر کودکان به دلیل ناتوانی و حجر فراگیر آنها گستره‌ی وسیعی دارد، لیکن عنصر «مصلحت» دامنه‌ی آن را محدود می‌کند و نظام سرپرستی را موجه جلوه می‌دهد. با این وجود پرسش‌های متعددی در این باره مطرح است که چندان به آنها عنایت نشده است و بیم آن می‌رود که این کاستی و غفلت موجب تضییع حقوق کودکان یا اهمال و سوء استفاده‌ی سرپرستان گردد. نوشتار حاضر با منظور قرار دادن این موضوع و پرسش‌های طرح شده تلاش می‌کند طی پنج مبحث مفهوم، اهمیت و جایگاه مصلحت در سرپرستی و حضانت کودکان و تأثیر آن در تصدی ولایت قهری و اعمال سرپرستی را بررسی کند و نسبی و متغیر بودن این عنصر مهم را تبیین کند.

### کلید واژه

مصلحت، حقوق کودک، ولایت قهری، سرپرستی، نسبی بودن مصلحت، متغیر بودن مصلحت.

---

\*- استادیار دانشگاه مفید

تاریخ دریافت: ۹۰/۱۰/۱۰ تاریخ تأیید نهایی: ۹۰/۱۲/۱۰

### مقدمه

مصلحت‌عنوانی مؤثر و کارا در فقه اسلامی است و تاکنون بحث‌های دامنه‌داری در مورد مفهوم، جایگاه، قلمرو و آثار آن در گرفته است. حضور مصلحت به عنوان محور اصلی در تشریح و قانون‌گذاری از یک سو و نیز نقش آن در استنباط و اجتهاد، نشان از اهمیت بالای آن دارد تا آنجا که بسیاری مصلحت را مبنای کلیه احکام شرع برشمرده‌اند. همچنین تأثیر مصلحت در تعارض و اجرای احکام به ویژه در قلمرو احکام حکومتی و اجتماعی بسیار قابل توجه است. با این همه به رغم تلاش‌های ستودنی اندیشمندان دینی و فقه پژوهان در این باره، هم‌چنان پرسش‌های ژرف و متعددی بر زمین مانده است.

از موارد مهمی که مصلحت در اجرای احکام نقش اساسی یافته و تشخیص و کارسازی آن به مکلفین وا نهاده شده است، ولایت و سرپرستی بر کودکان است. با آنکه ولایت بر کودکان به دلیل ناتوانی و حجر فراگیر آنها، گستره‌ی وسیعی دارد، لیکن تنها عنصر مصلحت است که این دامنه را محدود می‌سازد و نظام ولایت و سرپرستی را موجه جلوه می‌دهد. با وجود پرسش‌های متعددی که در این باره مطرح است و چندان مورد عنایت قرار نگرفته است، بیم آن می‌رود که این کاستی و غفلت موجب تضییع حقوق کودکان یا اهمال و سوء استفاده‌ی سرپرستان شود.

جالب اینجاست که واگذاری مصلحت کودکان به سرپرستان، گسترده‌ترین قلمرو تفویض صلاح‌اندیشی در اجرای احکام به مکلفین است و این خود به حساسیت بیشتر این مورد دامن می‌زند. به هر روی مهم‌ترین پرسش‌ها بدین قرار است: مفهوم واقعی مصلحت چیست؟ مصلحت چه تأثیری در ولایت و اعمال آن دارد؟ آیا اقدامات ولی باید اصلح و دربردارنده‌ی بالاترین مصلحت باشد یا صرف عدم مفسده کفایت می‌کند؟ معیار شناخت مصلحت چیست؟ آیا این معیار امری فراگیر و ثابت است؟

با توجه به پرسش‌های مطرح شده در این نوشتار تلاش شده است به مهم‌ترین مباحثی که در خصوص رعایت مصلحت در حقوق کودک وجود دارد پرداخته و طی چند بند محوریت مصلحت در ولایت و سرپرستی کودک، تأثیر مصلحت در تصدی ولایت قهری، تأثیر مصلحت کودک در اعمال ولایت و سرپرستی و در نهایت به نسبی و متغیر بودن این مصلحت و معیار آن پرداخته شود.

### ۱) مفهوم و اهمیت مصلحت در فقه اسلامی

مصلحت در مقابل مفسده قرار دارد و در لغت به مفهوم خیر و صلاح آمده است (فیومی ۱۴۰۵: ۳۴۵؛ ابن منظور ۱۴۱۶: ج ۷، ص ۳۸۴). پاره‌ای نیز آن را به منفعت معنی کرده‌اند (بستانی ۱۹۸۷: ۵۱۵) در حالی که منفعت به فایده‌ی شخصی و زودگذری که در بردارنده‌ی خیر و مصلحت

نیست هم اطلاق می‌شود،<sup>۱</sup> از این رو، نسبت میان منفعت و مصلحت را باید عموم و خصوص من وجه دانست. به فرموده‌ی یکی از فقهای معاصر: «مصلحت از سنخ منفعت نیست، همچنان که مفسده از سنخ ضرر نیست... احکام شرعی تابع مصالح و مفاسدند نه منافع و مضار، به همین دلیل در بسیاری از واجبات شرعی از قبیل زکات، خمس، حج و جهاد ضرر مالی یا جانی هست، همچنان که در برخی از محرمات الهی منفعت مالی یا بدنی وجود دارد» (فیاض: ج ۲، صص ۴۰۹ و ۴۱۰).

باید دانست که توجه به این نکته در اعمال سرپرستی بر کودکان اهمیت فراوان دارد؛ برای نمونه محبت کردن و تهیه‌ی وسایل رفاهی مطلوب و تأمین نیازهای مادی برای فرزند از قبیل تهیه‌ی پوشاک و تغذیه‌ی متنوع بالاترین منافع طفل را در بردارد، در حالی که گفت‌وگوی صمیمانه‌ی پدر با کودک و آموزش کمک به فقرا و اصلاح رفتار اجتماعی به وی چیزی است که تحت عنوان منفعت قرار نمی‌گیرد، بلکه مشمول عنوان مصلحت کودک خواهد بود. بی‌تردید نفع کودک در این است که در بالاترین سطح آسایش و رفاه، با دسترسی به امکانات لازم زندگی مدرن رشد و بالندگی یابد، در حالی که

۱- برای نمونه، در آیه‌ی ۲۵ سوره‌ی مبارکه‌ی حدید: «وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ»؛ «و آهن را نازل کردیم که در آهن نیروی شدید و منفعتی برای مردم است». در این آیات مصلحت با منفعت همراه است، ولی در آیه‌ی ۱۲۹ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره: «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ»؛ «ای پیامبر از تو درباره‌ی شراب و قمار می‌پرسند، بگو در این دو گناهی بزرگ و منفعتی برای مردم است». در اینجا منفعت وجود دارد ولی مصلحت نیست.

مصلحت وی اقتضائات دیگری دارد که گاه او را در برابر منافع مزبور محدود می‌سازد. بدین سان مفهوم منفعت بیشتر معطوف به امور مادی و دنیوی است در حالی که مصلحت امری است که تأمین سعادت و ارزش‌های انسانی و معنوی را نیز شامل می‌شود. ازسوی دیگر منفعت با لذت‌گرایی هم‌سنخ و اغلب امری مقطعی و کوتاه مدت است، لیکن مصلحت با کمال‌گرایی مرتبط است و بیشتر جنبه‌ی اجتماعی داشته و پایدارتر می‌باشد.

به هر روی، دانشمندان اسلامی در بیان مفهوم اصطلاحی مصلحت، تعابیر و برداشت‌های گوناگونی را بیان کرده‌اند؛ برای نمونه برخی مصلحت را دفع ضرر یا جلب منفعت برای دین و دنیا دانسته‌اند (قمی ۱۳۷۸: ج ۲، ص ۹۲). به نظر بعضی نیز مصلحت عبارت است از آنچه با مقاصد انسان در امور دنیوی یا اخروی یا هر دو، موافق بوده و نتیجه‌ی آن به دست آوردن منفعت یا دفع ضرری باشد (محقق حلی ۱۳۶۲: ۲۲۱). همچنین عدّه‌ای معتقدند خیر و مصلحت هر حرکتی است که مطابق حکمت باشد، از این رو می‌تواند در قالب ضرر زدن یا سود رساندن تحقق یابد، مانند بیماری که گاه صلاح انسان است، چرا که موجب تقویت ایمان وی می‌شود (عسگری: ۱۷۲).

یکی از علمای بزرگ اهل سنت هم در این باره گفته است: «مراد ما از مصلحت، جلب منفعت و دفع ضرر نیست، زیرا مصلحت از مقاصد خلق است و صلاح خلق در تحصیل مقاصد خویش است، بلکه منظور ما محافظت بر مقصود شرع است و مقصود شرع در میان خلق حفظ دین،

نفس، عقل، نسل و مال افراد است و هر چیزی که متضمن این اصول پنج‌گانه باشد، مصلحت است و هر آنچه اینها را از بین ببرد، مفسده است و دفع آن مصلحت محسوب می‌گردد» (غزالی ۱۴۱۷: ۱۷۴). بسیاری دیگر از اندیشمندان اسلامی معنای اصطلاحی مصلحت را با حفظ و رعایت مقاصد شریعت و حفظ اصول پنج‌گانه (دین، نفس، عقل، نسل و مال) پیوند زده‌اند (بیوی ۱۴۱۲: ۲۷).

با این همه به نظر می‌رسد این گونه برداشت‌ها ناشی از احکام و ضوابط شرعی است و تغییری در مفهوم مصلحت ایجاد نمی‌کند. از این رو، برخی از محققان بر این باورند که مصلحت در دانش فقه و علوم پیرامون آن معنا و اصطلاح خاصی ندارد و تتبع در متون فقهی به طور قطع ثابت می‌کند که مصلحت به معنای لغوی و عرفی آن (خیر و صلاح) به کار رفته است (علیدوست ۱۳۸۸: ۹۴). بدین ترتیب، مصلحت انسان چیزی است که هم جنبه‌های مادی و هم نیازهای روحی و معنوی او را در بردارد و در این میان توجه به مقاصد و کمالات انسانی جایگاه ویژه‌ای دارد.

به هر روی مصلحت در فقه اسلامی، به ویژه در فقه شیعه، جایگاه محوری و ارزنده‌ای دارد و برای آن دو کارایی مهم می‌توان منظور کرد؛ نخست ارتباط مصلحت با استنباط احکام شرعی (کاربرد سندی مصلحت و تبعیت احکام از مصالح و مفاسد) و دوم نقش مصلحت در تطبیق و

۱- برای مطالعه بیشتر ر.ک: وکیل زاده، رحیم ۱۳۸۱. مصلحت و جایگاه آن در حقوق اسلام، تبریز، مؤسسه تحقیقاتی علوم اسلامی، صص ۷-۴.

اجرای احکام شرعی (مصلحت اجراییه) که بی‌گمان بحث از حفظ و رعایت مصلحت در امور صغار در قلمرو آن قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup>

## ۲) جایگاه مصلحت در سرپرستی کودکان و مبانی آن

کودکان به لحاظ ضعف و ناتوانی در جسم و روان، از تصرف در اموال خویش ممنوع (محبور) گردیده و برای مراقبت و حمایت همه‌جانبه تحت سرپرستی و ولایت قرار گرفته‌اند به گونه‌ای که تمام شئون و امور مربوط به آنها (نگهداری، تربیت، آموزش و اداره‌ی اموال و دارایی) به نظارت و

۱- برای توضیح بیشتر، باید دانست که مصلحت در فقه شیعه دو کاربرد اساسی دارد: الف) مصلحت به عنوان مبنا (مبنایی برای تغییر احکام شرع): بدین صورت که گاهی مصلحت، محور و معیار در تبدل احکام شرعی می‌گردد. این نوع از کاربرد مصلحت که مبنای حکم حکومتی است پیامدهای مهمی را نیز به دنبال دارد. شهید صدر رحمته‌الله در این باره معتقد است که فقیه تنها در محدوده‌ی احکام غیرالزامی می‌تواند با در نظر گرفتن مصلحت، حکم الزامی صادر کند. این محدوده از احکام که وی به «منطقه الفراغ» تعبیر می‌کند، قلمرو مصلحت‌اندیشی‌های فقیهان و صدور احکام حکومتی است. ایشان در این مورد نگاهشسته‌اند: «حاکم اسلامی باید در پرتو اهداف کلان شریعت که از احکام ثابت به دست آورده و بر اساس منافع و مصالح جامعه، احکام حکومتی را صادر نماید، لیکن این احکام از چهارچوب ویژه‌ای برخوردار است و آن جایی است که حکم شرعی الزامی (واجب یا حرام) در میان نباشد. در این محدوده (منطقه الفراغ یعنی منطقه باز) احکام متغیر بر طبق مصالح جامعه از ناحیه‌ی ولی امر مقرر می‌شوند» (صدر ۱۳۸۹: ۶۱۴).  
ب) مصلحت به عنوان شرط اجرای حکم ثابت: گاهی مصلحت در مقام اجرای یک حکم شرعی، معتبر است که به آن «مصلحت اجراییه» می‌گویند. مصلحت در این مفهوم ناظر به مرحله‌ی اجرای حکم است و در واقع شرط مجریان حکم است که باید رعایت مصلحت را در کیفیت اجرای حکم بنمایند. در فقه فردی و اجتماعی موارد بسیاری را می‌توان یافت که مصلحت به این معنا به کار رفته باشد، از جمله لزوم رعایت مصالح موقوف‌علیهم توسط متولی وقف، لزوم رعایت مصالح صغیر توسط سرپرستان او، صرف درآمد زمین‌هایی که طی جنگ با کافران به دست مسلمانان افتاده در مصالح مسلمانان (شیخ طوسی ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۳۳)، رعایت مصلحت در فروش کالای احتکار شده (مفید ۱۴۱۰: ۶۱۶).

حمایت ولی و سرپرستان واگذار شده است.

محور اصلی و عنصر اساسی برای دخالت و حمایت ولی قهری مصلحت و غبطه‌ی کودک است به گونه‌ای که هر اقدام و تصرفی از سوی سرپرست کودک را متأثر می‌سازد.<sup>۱</sup>

ادله‌ی تردید ناپذیری اهمیت و اعتبار مصلحت را در ولایت و سرپرستی بر کودکان اثبات می‌کند، که در زیر به آنها اشاره می‌شود:

### الف - دلیل عقل

علت قرار دادن ولی و سرپرست برای کودک، رعایت و جلب مصلحت وی و دفع ضرر و فساد از امور صغیر است، زیرا اصل بر این است که هیچ فردی بر دیگری حاکمیت، سلطه و ولایت ندارد و اقتداری که از نظر شرع و عقل بر امور صغیر تحت عنوان ولایت قهری منظور شده تنها برای حمایت،

---

۱- در این باره موضع پیمان نامهی حقوق کودک قابل ملاحظه است، در بند یک ماده‌ی ۳ این پیمان نامه آمده است: می‌باشد.

(۱) درانجام هر اقدامی که به نوعی به کودک مربوط می‌شود، چه در بخش عمومی، خصوصی، اداری، غیر اداری و یا هر بخش دیگری، رعایت مصلحت و تأمین سلامت کودک بر سایر مسائل تقدم دارد.

(۲) حکومت‌های عضو پیمان موظف‌اند با رعایت حقوق والدین و یا سرپرست، از کودکان حمایت نموده و اقدامات لازم حقوقی و قانونی را به عمل آورند.

(۳) حکومت‌های عضو پیمان، اطمینان می‌دهند که ارگان‌ها و نهادهای مسئول حمایت کودک، دارای استانداردهای تعیین شده مربوط به تعداد و تخصص نیروی شاغل و تکنیک موجود در مؤسسات هستند و به ویژه در زمینه‌ی ایمنی و بهداشت کنترل کافی وجود دارد.



کاراندیشی و حفظ صلاح اوست، در غیر صورت باید اصل را بر عدم سلطه و ولایت قرار داد.

یکی از فقها در این باره می‌گوید: «تصرف اولیای کودک باید در جهت رعایت مصالح او باشد، بنابراین اگر به گونه‌ای عمل کنند که هیچ منفعت و خیر برای کودک در پی نداشته باشد، اعمال آنها باطل خواهد بود، چون خلاف ولایتی که برای آن نصب شده‌اند (رعایت مصلحت) اقدام کرده‌اند» (طوسی ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۲۰۰).

#### ب - اجماع

برخی از فقها در مورد شرط بودن مصلحت در ولایت بر کودک ادعای اجماع کرده‌اند، برای نمونه مرحوم عاملی گفته است: «این مسئله از مسائلی است که در آن اختلافی میان مسلمانان نیست» (عاملی: ج ۴، ص ۲۱۷). مرحوم مراغی نیز نگاشته است: «تصرف ولی در امور کودک بر اساس ادله و اجماع فقها مشروط به مصلحت کودک است، زیرا قدر متیقن از ادله ولایت است» (مراغی ۱۴۱۸: ج ۲، ص ۵۵۹).

#### ج - آیات قرآن

براساس آیه مبارکه‌ی «ولا تقربوا مال الیتیم إلا بالّتی هی أحسن» «هرگز به مال یتیم نزدیک نشوید و در آن تصرفی نکنید مگر آنکه صورتی بهتر از آن نباشد» (انعام: ۱۵۲؛ اسراء: ۳۴). بسیاری از مفسران اذعان داشته‌اند که منظور از

«احسن» یعنی مداخله‌ای که با رعایت مصلحت همراه است و عقل سلیم آن را نیکو و پسندیده می‌شمارد (طبرسی ۱۴۰۸: ج ۳، ص ۲۶؛ قمی ۱۳۸۷: ج ۱، ص ۱۳۲؛ مکارم شیرازی ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۱۱۷).

در آیه‌ی دیگری نیز آمده است: «وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ»؛ «ای پیامبر، درباره‌ی یتیمان از تو می‌پرسند، بگو اصلاح کار آنها بهتر است و اگر با آنان معاشرت کنید، پس آنان برادر دینی شما هستند، خداوند مفسدان را از مصلحان باز می‌شناسد» (بقره: ۲۲۰). خداوند ضمن اجازه به سرپرستان برای زندگی مشترک با یتیمان، معیار کلی برای معاشرت و تصدی امور آنها را اصلاح و حفظ مصالح کودکان یتیم معرفی می‌کند (شیخ طوسی: ج ۲، ص ۲۱۵). آیات دیگری نیز بر لزوم رعایت مصلحت کودکان دلالت دارد از جمله آیه‌ی ۶ سوره‌ی مبارکه‌ی طلاق و آیه‌ی ۲۳۳ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره.

#### د- روایات فراوان

از امام موسی بن جعفر علیه السلام روایت است که فرموده‌اند: «اگر برای صغار سرپرستی باشد که در امور آنها دخالت و با رعایت مصلحت، انجام وظیفه کند، منعی ندارد و نزد خداوند مأجور است» (حر عاملی: ج ۱۹، ص ۲۴۱).

همچنین در حدیثی از امام صادق علیه السلام است که امام ضمن استناد به آیه‌ی شریفه‌ی «وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» (بقره: ۲۲۰) می‌فرمایند: «تصرف در اموال کودکان فقط در صورتی جایز است که خیر و منفعتی برای کودکان

جایگاه و تأثیر مصلحت در سرپرستی کودک از دیدگاه فقه و حقوق

داشته باشد» (همان: ج ۱۲، ص ۱۸۳) و نیز در گفتاری ارزنده از پیامبر اسلام صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ به امیرالمؤمنین علی رَضِيَ اللهُ عَنْهُ است: «ای علی، حق کودک بر والد خود این است که اسمی نیکو برای وی برگزیند و به خوبی او را تربیت کند و پیوسته کودک را در وضعیتی شایسته قرار دهد» (یضعه موضعاً حسناً) (همان: ج ۱۵، ص ۱۲۳).

### ۳) تأثیر مصلحت کودک در تصدی ولایت قهری

بنا بر تصریح بسیاری از فقیهان، سرپرستی و تدبیر امور صغیر در مرحله نخست با پدر و جد پدری است، سپس وصی آنها این مسئولیت را بر عهده خواهد داشت و در نبود آنان، حاکم شرع یا نماینده وی (قیم) عهده‌دار این مسئولیت است و در مرحله‌ی آخر مؤمنین عادل در این باره اقدام خواهند کرد (طوسی ۱۳۸۵: ج ۲، ص ۲۰۰؛ خمینی: ج ۲، ص ۱۲). البته ولایت و سرپرستی امری قهری و در مرحله‌ی نخست به عهده‌ی پدر و جد پدری است. این دیدگاه چنان معروف و مشهور است که کمتر فقیهی در آن تردید کرده<sup>۱</sup> و مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی نیز آن را مقرر کرده است. لیکن این پرسش قابل درنگ است که آیا ولایت جد پدری به طور همسان و در عرض ولایت پدری وجود دارد یا اینکه می‌توان آن را در طول ولایت پدر

۱- برای مطالعه بیشتر رک: شرایع الاسلام: ج ۲، ص ۱۴؛ قواعد الاحکام: ج ۲، ص ۱۳۵؛ جامع المقاصد: ج ۵، ص ۱۸۷؛ مسالک الافهام: ج ۳، ص ۱۶۴؛ مجمع الفائدة و البرهان: ج ۹، ص ۲۳۰؛ مصباح الفقاهه: ج ۵، ص ۱۱.

بر فرزندان منظور کرد، به ویژه اینکه با ملاحظه‌ی صلاح و غبطه‌ی صغیر ممکن است مسئله با اقتضائات دیگری همراه باشد، از جمله اینکه دخالت هم‌زمان جدّ پدری ممکن است اقدامات صلاح‌آمیز و خیرخواهانه‌ی پدر را که به فرزند نزدیک‌تر و دلسوزتر است، با مشکل مواجه سازد.

در این مسئله مشهور فقها قائل به اشتراک و همسانی آنها در ولایت‌اند، به گونه‌ای که هر یک حق ولایت مستقل دارند و هر کدام زودتر اقدام کند، اقدامش نافذ خواهد بود (نجفی: ۱۰۱؛ عاملی: ج ۵، ص ۲۵۵). لیکن عده‌ای از فقیهان ولایت جدّ را در طول ولایت پدر دانسته و معتقدند تا زمان حضور پدر، جدّ پدری حق هیچ‌گونه تصرف در شئون محجور را ندارد، مگر در خصوص ولایت بر نکاح که به سبب وجود دلیل معتبر ولایت جد هم‌عرض ولایت پدر بلکه بر ولایت وی اولویت دارد (الحسنی: ۹۷). از بزرگان فقها، مرحوم محقق ثانی و مرحوم شهید ثانی از این نظریه طرفداری کرده‌اند (کرکی ۱۴۱۵: ج ۱۱، ص ۲۶۶؛ عاملی: ۱۴۱۶: ج ۶، صص ۲۶۴ و ۲۶۵). آنها گفته‌اند: «ولایت بر طفل ابتدا برای پدر و آنگاه برای جدّ پدری نزدیک و سپس اجداد پدری دورتر است و چنین استدلال می‌کنند که با وجود اقرب (نزدیک‌تر) ولایتی برای ابعد (دورتر) نیست»<sup>۱</sup>.

لیکن مرحوم صاحب جواهر در جانب‌داری از دیدگاه مشهور نوشته

۱- اساس این دلیل، استناد به آیه‌ی ۷۵ سوره‌ی مبارکه‌ی انفال است: «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ». البته شاید بتوان با استناد به سیره‌ی عقلایی قاعده‌ی الأقرب یمنع الأبعد را پذیرفت.

است: «اینکه برخی به دلیل شدت اتصال و ارتباط پدر به طفل و اینکه ولایت جدّ به واسطه ولایت پدر تأمین می‌شود، معتقد به تقدیم ولایت پدر بر جدّ شده‌اند، صرف گمان است و هر گمانی برای مجتهد حجّت نیست. از سوی دیگر قطع و دلیل معتبر از اجماع و غیر آن برخلاف این نظریه داریم» (نجفی: ج ۲۶، ص ۱۰۱ و ج ۲۸، ص ۴۳۲).

با بررسی عبارات فقها و نصوص وارد شده در این باره معلوم می‌شود که اجماع ادعا شده<sup>۱</sup> و روایات دالّ بر وجود ولایت جد در عرض ولایت پدر، تنها اختصاص به نکاح و تزویج صغار دارد (حرعاملی: ج ۱۴، صص ۲۱۷ به بعد). این اجماع مورد ادّعی برخی از فقها مدرکی است (حلی: ج ۲، ص ۵۹۴) یا دست کم احتمال مدرکی بودن آن می‌رود.<sup>۲</sup> چه، همان گونه که اشاره شد، عمده‌ی دلیل روایات است که آن هم تنها ناظر به تزویج صغار است و شاید فقها به لحاظ اولویت و اهمّیت نکاح این حکم (ولایت جدّ در کنار ولایت پدر) را به اموال و سایر امور صغار تسرّی داده‌اند.

بدین ترتیب دیدگاه غیر مشهور از نظر دلیل و جاهت بیشتری دارد، علاوه

---

۱- منشأ این اجماع، ادّعی اجماع توسط مرحوم علامه حلی در کتاب تذکرة الفقهاء: ج ۲، ص ۵۹۴ می‌باشد.

۲- اجماع مدرکی از نظر دانشمندان علم اصول شیعه حجت نیست، زیرا این اجماع در مقابل اجماع تبعیدی است (اجماعی که به لحاظ کاشف بودن از قول معصوم علیه السلام حجت است). در اجماع مدرکی، مدرک یا مدارک آن از قبیل دلیل لفظی یا عقلی معلوم و در دسترس است، از این رو اتفاق فقها می‌تواند مستند به همان مدرک باشد (سبحانی، جعفر. الموجز فی اصول الفقه: ج ۲، ص ۵۶).

بر اینکه با مصلحت صغیر و واقعیات جامعه نیز سازگارتر است. به ویژه در زمان حاضر که با وجود پدر توانمند و صالح جد پدری هرگز اقدام به دخالت در امور صغار نمی‌کند و گویا با در نظر گرفتن قرابت و ارتباط بیشتر پدر، چنین حقی را در عرض پدر برای خویش قائل نیست. از سوی دیگر، چنان که گفته شد، پدر با فرزند خود انس و ملاحظت دارد و روحیات و مصالح او را بهتر می‌شناسد و خود را در برابر او مسئول و سرپرست می‌داند و بی‌گمان این امر در راستای مصالح و منافع عالی کودک قرار دارد. افزون بر این، همان طور که در مبحث دوم اشاره شد، هم بر پایه‌ی عقل و هم بر اساس آیات و روایات، ولایت تأسیسی حمایتی و در جهت تأمین مصلحت و غبطه‌ی محجورین است، به همین جهت باید بپذیریم که به لحاظ شکل و شرایط فعلی خانواده و ارتباط کمتر جد پدری با اعضای آن منظور داشتن سمت سرپرستی برای وی در عرض پدر، با مصلحت و حمایت از کودک سازگاری ندارد.<sup>۱</sup>

#### ۴) تأثیر مصلحت در اعمال ولایت و سرپرستی

با توجه به ضعف و ناتوانی صغار و محجورین و نیاز همه جانبه‌ی آنها

۱- با در نظر گرفتن همین جهات، قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۲۳ در زمان حیات و سلامت پدر سمتی را برای جد پدری در اداره‌ی امور نواده‌ی خویش منظور ننمود و تنها در صورت سقوط یا تعلیق ولایت پدر این سمت را با تصویب دادگاه در نظر می‌گرفت. البته این ماده ضمن اصلاحات سال ۱۳۶۱ در تأیید مواد ۱۱۸۱ و ۱۱۸۲ قانون مدنی نسخ گردید.

به سرپرستی، مراقبت و حمایت ولایت قهری با اختیارات زیاد و قلمرو گسترده‌ای منظور شده است، به گونه‌ای که کلیه‌ی امور مربوط به صغار و محجورین، از قبیل اداره‌ی امور و دارایی، نگاهداری و مراقبت، تربیت و آموزش را تحت نظارت و حمایت قرار می‌دهد. از این رو مفهوم ولایت قهری را شامل امور مالی و غیر مالی و شئون مربوط به نفس مولی‌علیه دانسته‌اند.

بسیاری بر این باورند که ولایت اختصاص به اداره‌ی اموال و حقوق مالی مولی‌علیه دارد (عاملی ۱۳۵۰: ۱۴۰) یا بخش عمده و اصلی ولایت ناظر بر آن است (حایری ۱۳۳۸: ۷۲؛ کاتوزیان ۱۳۷۲: ج ۲، ص ۲۰۴). ولی به نظر می‌رسد این قبیل نویسندگان در تفکیک موضوع و قلمرو حضانت از ولایت دچار سردرگمی گشته و چنین پنداشته‌اند که اگر ولایت شامل امور غیر مالی نیز بشود، در موارد بسیاری با مفهوم حضانت یکسان خواهد شد.

حقیقت این است که بر پایه‌ی مبانی و ادله‌ی ولایت قهری و با عنایت به وضعیت خاص صغار، ناچاریم که اصل را بر فراگیری و عمومیت دایره‌ی ولایت قرار دهیم، مگر مواردی که با دلیل معتبر استثنا شده باشد؛ از قبیل استقلال صغیر در انجام عبادات غیر مالی (حلی ۱۴۱۸: ج ۲، ص ۱۳۸). نتیجه اینکه پدر به عنوان ولی قهری حق اقدام در کلیه‌ی امور مالی و غیر مالی فرزندان صغیر خود را دارد و می‌تواند هر گونه تدبیر و تصرفی را که مناسب تشخیص می‌دهد، در اموال و دارایی مولی‌علیه انجام دهد، از سوی دیگر در

مورد شیوهی نگاهداری و حضانت و روش تربیتی و سایر امور غیر مالی فرزند، به عنوان سرپرست و ولی او، برنامه‌ریزی و تصمیم‌نهایی را به عهده گیرد و حتی در تأدیب یا تزویج وی اقدام مقتضی را به عمل آورد. چه، همان طور که پیشتر بیان کردیم، حضانت طفل نیز در قلمرو ولایت پدر قرار می‌گیرد.

با این همه، باید توجه داشت که این اقتدار قانونی پدر، چندان هم مطلق و تابع خواست و اراده‌ی او نیست و در واقع فلسفه و حکمت این تأسیس و اختیار حد و مرز آن را نیز مقرر می‌کند (مصلحت).

به رغم عمومیت و فراگیری دامنه‌ی ولایت بر صغار، ولی قهری نمی‌تواند به میل و سلیقه‌ی خویش هر تصمیم یا تصرفی را در مورد شئون مولی‌علیه و اموال او عملی سازد. بلکه همان گونه که بسیاری از صاحب‌نظران ابراز داشته‌اند، ولی قهری موظف است در این قبیل تدابیر و تصرف‌های خود، مصلحت مولی‌علیه را منظور کند و نباید عملی را برخلاف مصلحت و غبطه‌ی او انجام دهد (صفایی و امامی ۱۷۴: ج ۲، ص ۱۶۹؛ ساکت ۱۳۷۲: ۲۵۱).

بر این اساس، اگر رعایت مصلحت مولی‌علیه را شرط اقدام و تصرف ولی در امور صغار قرار دهیم، باید دامنه‌ی اختیارات ولایت قهری را بر غبطه و صلاح مولی‌علیه محدود سازیم. البته پیرامون این مطلب نظریه‌ی یگانه‌ای در فقه ما حاکم نیست و در مورد اینکه ولی قهری در تصرف‌هایش باید مصلحت مولی‌علیه را در نظر بگیرد یا اینکه صرف نبودن مفسده در اقدام‌ها



و تصرف‌های وی کفایت می‌کند، میان فقهای ما بحث و اختلاف نظر وجود دارد.

بسیاری از فقهای عظام، از جمله شیخ طوسی، ابن ادریس، علامه حلی و شهید اول و دوم - رحمتهما الله - رعایت صلاح و مصلحت را در تصرفات ولی درباره مولی علیه شرط کرده‌اند (طوسی: ج ۲، ص ۲۰۰؛ حلی: ۱۴۱۰: ج ۲، صص ۲۱۲ و ۲۱۳؛ علامه حلی: ج ۲، ص ۱۳۵؛ العاملی (شهید اول): ج ۳، ص ۳۱۸؛ العاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۴: ج ۴، ص ۳۳) و از مرحوم فاضل اصفهانی نقل شده است که متقدمان فقها بدون استثنا قائل به اعتبار مصلحت و تصرف ولی می‌باشند (انصاری ۱۴۱۶: ۱۵۲). حتی برخی بر معتبر بودن مصلحت و غبطه‌ی مولی علیه در مشروعیت اقدامات ولی ادعای اجماع کرده‌اند (حسینی مراغی ۱۴۱۸: ج ۲، ص ۵۵۹). از علمای معاصر نیز عدّه‌ای به طرفداری از این نظر پرداخته‌اند (مکارم شیرازی ۱۴۱۱: ج ۱، ص ۴۳۳).

در برابر، بزرگانی همچون مرحوم صاحب جواهر، مرحوم شیخ انصاری، مرحوم نایینی، مرحوم خوئی و مرحوم امام و نیز برخی دیگر از معاصران همچون روحانی بر این باورند که نفوذ تصرفات ولی قهری منوط به نبودن مفسده است و ضرورتی ندارد که غبطه و صلاح مولی علیه را نیز در برداشته باشد (نجفی: ج ۲۲، ص ۳۳۲ و ج ۲۸، ص ۲۹۷؛ انصاری ۱۴۱۶: ۱۵۲؛ آملی: ج ۲، ص ۳۳۱؛ توحیدی ۱۴۱۷: ج ۵، ص ۲۰؛ موسوی خمینی ۱۴۱۵: ج ۲، ص ۴۵۶؛ روحانی ۱۳۷۶: ج ۴، صص ۲۶۳ و ۲۶۴).

به گفته‌ی اینان از روایات تنها می‌توان نهی از فساد و اسراف در اموال و امور مالی مولی‌علیه را استفاده کرد. چنان‌که در روایت صحیح از امام باقر علیه السلام نقل شده است که فرمودند: «سزاوار نیست پدر از مال فرزندش بیش از مقدار نیاز خود بردارد، خداوند فساد را دوست ندارد» (حر عاملی: ج ۱۲، ص ۱۹۵، ح ۲) و در روایتی از امام صادق علیه السلام آمده است که فرمودند: «مرد می‌تواند از مال فرزند خود در زمان اضطرار، بدون اسراف بردارد» (همان: صص ۱۹۶ و ۱۹۷). احادیثی نیز به طور اطلاق ظهور در سلطنت پدر بر فرزند و مال او دارد، همچون روایتی از امام صادق علیه السلام که فرمودند: «مال فرزند برای والد است» (همان: صص ۱۹۵ و ۱۹۶) و همچنین روایاتی که در آن بیان شده است: «تو و مالت از آن پدرت هستید» (همان: ص ۱۹۵).

یکی از فقیهان معاصر در پیروی از این عقیده نوشته است: «ادله‌ای که دلالت بر جواز قرض کردن پدر از مال طفل دارد، نشان می‌دهد که صرف عدم مفسده در تصرف ولی کفایت می‌کند، زیرا روشن است که در قرض کردن پدر از مال طفل، مصلحتی عاید فرزند نمی‌شود» (آل بحرالعلوم ۱۳۶۲: ۲۷۱). ایشان در ادامه گفته‌اند: «اگر ادله نفی ضرر و بعضی از نصوص (روایات) وجود نداشت، حتی قول به شرط نبودن عدم مفسده نیز قوی بود» (همان).

در مقام جمع‌بندی و اظهارنظر می‌توان گفت: انجام دادن کارها و تصرف‌هایی که موجب ایراد ضرر بر فرزند و تباهی در اموال او می‌شود، به

طور قطع ناروا و بدون اعتبار و نفوذ شرعی است. روایاتی هم که به ظاهر دلالت بر سلطنت بی‌قید و شرط پدر بر فرزند و اموال دارد، با عنایت به مقررات مسلمی نظیر قاعده‌ی سلطه، احترام مال افراد و حرمت ایراد ضرر و خسارت بر دیگران و طبق آنچه پاره‌ای از علمای معاصر ابراز داشته‌اند، باید حکمی استحبابی و اخلاقی تلقی شوند، یا تنها بر حال حاجت و ضرورت پدر حمل گردند (مکارم شیرازی ۱۴۱۱: ج ۱، ص ۴۳۳).

به عبارت روشن‌تر، روایاتی که با تعبیر «أنت و مالک لأبیک» وارد شده‌اند و به ظاهر لازمه‌ی آن روا بودن هرگونه اقدام و تصرفی از ناحیه‌ی پدر در قبال فرزند و اموال اوست، در حقیقت در مقام بیان این نکته‌ی ظریف هستند که پسر باید حق پدر را ادا کند، خود و مالش را در خدمت پدر قرار دهد، یا بر این دلالت می‌کنند که پدر در صورت عجز و احتیاج می‌تواند نفقه‌ی خود را از اموال پسر بردارد، اما در مقام داوری میان دو دیدگاه مزبور، باید چنین نظر داد که ملاحظه‌ی حکمت جعل ولایت و ریاست برای پدر نشان می‌دهد که اساس و طبع این حکم و انتصاب، در حقیقت حفظ غبطه و رعایت صلاح و مصلحت افراد ناتوانی چون صغیر می‌باشد و بعید است که خداوند حکیم برای مصلحت سایرین، ولایت بر محجور را جعل کرده باشد. از این رو، ولی قهری هرگز نمی‌تواند فراتر از این محدوده‌ی خیراندیشی و صلاح موئی علیه اقدامی انجام دهد. این استدلال متین در واقع برگرفته از کلام مرحوم شهید اول است که در تأیید دیدگاه نخست فرمود: «ولی برای

مصلحت نصب شده است» (عاملی (شهید اول): ج ۱، ص ۳۵۲) [پس فراتر از آن اختیاری ندارد].

وانگهی مطابق آیه ی ۱۵۲ سوره ی مبارکه ی انعام «ولا تقریبا مال الیتیم إلا بالّتی هی أحسن» «به مال یتیم نزدیک نشوید، مگر به شیوه ای که أحسن (بهتر) است، تا زمانی که به کمال بلوغش برسد»، اقدام «أحسن» شیوه ای است که در آن خیر و صلاح طفل منظور شده باشد، وگرنه تصرفات لغو و بیهوده یا خالی از مصلحت به هیچ وجه أحسن دانسته نمی شود. ناگفته نماند که استدلال به این آیه با عنایت به ملاک اصلی حکم آن، یعنی حجب و صغر در ایتم و نیز با الغای خصوصیت از مورد آن و با مسلم دانستن شمول خطاب این نسبت به جدّ (به عنوان ولی قهری) در صورت نبود پدر به سهولت امکان پذیر است.

به علاوه، ریشه ی احکامی چون جواز یا لزوم اقدام برای سرپرستی افراد محجور و ناتوان و حفظ اموال و نفوس آنها، برگرفته از بنای عقلاست که به تأیید شرع مقدس نیز رسیده و روشن است که ملاک اصلی در این خصوص نزد خردمندان، حفظ مصالح افراد تحت سرپرستی است، نه مصلحت و منفعت سرپرستان. نهایت اینکه اگر به لحاظ ادله ی شرعی به لزوم حفظ غبطه و رعایت خیر و صلاح مولی علیه در تصرفات ولایی معتقد نباشیم، به ناچار از باب احتیاط در نفوس و اموال باید چنین شرطی را منظور کنیم (مامقانی: ۲۷۴).

از این رو مرحوم صاحب جواهر در پایان این بحث فرموده است: «احوط در ولایت ابوین و غیر آن دو، مراعات مصلحت است» (نجفی: ج ۲۲، صص ۳۳۲ و ۳۳۳).

به همین جهات باید پذیرفت که نظریه‌ی مبتنی بر لزوم رعایت مصلحت مولی علیه در تدابیر و تصرف‌های ولی و سرپرست او از نظر فقه اعتبار و جاهت بیشتری دارد و حق با دیدگاهی است که عنصر مصلحت را «شرط ارتکازی» در تمام تصرف‌های ولایی اعلام کرده است (قاری سید فاطمی ۱۳۷۴: ۱۴۱).

در حقوق ما نیز شرط رعایت مصلحت مولی علیه به خوبی از مفاد مواد ۱۱۸۲ تا ۱۱۸۷ قانون مدنی و نیز مواد ۷۹، ۸۰، ۸۱ و ۸۳ قانون امور حسبی استفاده می‌شود. همچنین می‌توان در این خصوص به ملاک ماده‌ی ۶۶۷ قانون مدنی راجع به وکالت نیز استناد کرد (صفایی و امامی ۱۳۷۴: ج ۲، ص ۱۷۰). به این ترتیب، به رغم گستردگی صلاحیت ولایی پدر بر فرزند محجورش، تنها حفظ غبطه و رعایت صلاح و مصلحت فرزند می‌تواند قلمرو سرپرستی و ولایت او را در این زمینه محدود و منضبط کند.

البته باید اذعان داشت که مصلحت و غبطه ضابطه‌ای منظم و معیاری دقیق ندارد، بلکه در حقیقت مفهومی نسبی و متغیر است که با توجه به اوضاع و احوال و شرایط خاص موضوع، مشخص می‌شود و مرجع صلاحیت‌دار در تشخیص آن نیز عرف و نظر خردمندان جامعه است. گوناگونی اوضاع

و احوال و تفاوت عرف و فرهنگ در جوامع سبب می‌شود تا مصلحت جنبه‌های متفاوتی به خود بگیرد، چه بسا عرف جامعه در شرایطی، عملی را به صرفه و صلاح مولی علیه به حساب آورد و جامعه‌ای دیگر در شرایط متفاوت نامناسب قلمداد کند.

با این همه، باید اصل را بر این نهاد که اقدام ولی قهری برای خیرخواهی و مصلحت مولی علیه است و تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده معتبر و نافذ است، لذا نیاز نیست که ولی به اثبات حسن نیت یا مفید بودن عمل خویش همت گمارد.

بدیهی است این اصل در مواردی که احتمال سود و زیان مولی علیه می‌رود، پا برجاست؛ لیکن در مورد اموری که به حسب عادت یا طبیعت آن، به ضرر و زیان اوست (مانند بخشیدن اموال، به گرو نهادن مال او برای وام دیگری، شوهر دادن بدون مهر، عفو قصاص یا دیه) به نظر می‌رسد که ولی باید خلاف ظاهر (وجود غبطه‌ی صغیر) را در دادگاه اثبات کند.

گفتنی است در موارد بسیاری اختیار پدر و کیفیت رعایت غبطه از جانب او در اداره‌ی اموال و دارایی مولی علیه با تردیدهای جدی مواجه است، از جمله اینکه ممکن است پدر در مواقعی برای اصلاح و اداره‌ی امور مالی فرزند خویش راه‌ها و تدابیر مختلفی را در نظر آورد که همگی به نوعی منفعت و مصلحت مولی علیه را تأمین می‌کند؛ لیکن آیا لازم است پدر با دقت و وسواس، تدبیر اصلح و سودمندترین را برگزیند و عملی سازد؟

برخی از فقیهان بر این باورند که رعایت مصلحت و منفعت بیشتر برای یتیم لازم است و باید لحاظ اصلح رعایت شود (اراکي: ج ۲، ص ۴۰؛ العاملی (شهید اول): ج ۱، ص ۳۵۲).

بعضی از فقها با عنایت و دقت به این پرسش، در پاسخ آن با قاطعیت این گونه نگاهشته‌اند: «اشکالی در جواز تصرفات دیگر و ترک اقدام اصلح نیست، زیرا دلیلی بر وجوب رعایت اصلح وجود ندارد و احدی نیز بدان قائل نشده است. اضافه بر اینکه موجب مراعات تدبیر اصلح و شایسته‌ترین سبب حرج شدیدی می‌شود که در شریعت نفی گشته است و از طرفی موجب مخالفت با سیره و رویه‌ی عملی عقلا می‌باشد» (اصفهانی: ۱۴).

تردید دیگر در مورد اعمالی است که ولی قهری به نمایندگی از سوی محجور و در جهت رعایت مصلحت وی انجام می‌دهد، اما در تشخیص مصلحت دچار اشتباه می‌شود، به گونه‌ای که نتیجه‌ی کار، خلاف خواست و انتظار او به زیان مولی‌علیه منتهی می‌شود، مانند جایی که پدر به جهت افزودن بر سرمایه‌ی فرزند خود اموال او را به تجارت سودآوری اختصاص می‌دهد و از قضا طی حوادثی ناکام مانده، ضرر می‌بیند. در این باره عدله‌ای از فقها گفته‌اند: «به طور کلی مواردی که اولیا برخلاف مصلحت مولی‌علیه تصرفاتی داشته باشند باطل است» (محقق کرکی ۱۴۱۵: ج ۵، ص ۱۸۷). برخی نیز به نافذ نبودن این گونه تصرفات حکم داده‌اند (نجفی خوانساری ۱۳۸۲: ج ۲، ص ۲۳۰).

بعضی از اساتید حقوق نیز بر این اساس که معیار در رعایت غبطه، مصلحت و غبطه‌ی واقعی است، نه آنچه را که ولی غبطه تصور کند، این گونه اعمال را فاقد اعتبار حقوقی دانسته‌اند (امامی ۱۳۷۶: ج ۵، ص ۲۱۳)؛ در حالی که انصاف بر این است که این قبیل معاملات که توسط ولی قهری در حدود متعارف و به انگیزه‌ی حفظ مصلحت مولی علیه انجام می‌شود و اهتمام لازم را در رعایت منافع و حقوق او به کار می‌بندد، معتبر است، به ویژه اگر قواعد کلی حاکم بر نمایندگی در معاملات را در نظر آوریم، چه، به گفته‌ی پاره‌ای از استادان «ولی قهری مانند هر امین یا نماینده‌ی دیگر وظیفه دارد که در حدود متعارف برای حفظ مصلحت مولی علیه بکوشد و بیش از این نمی‌توان از او انتظار داشت». به بیان دیگر تعهد ولی قهری در این باب از نوع تعهدات به وسیله است، نه تعهد به نتیجه (کاتوزیان ۱۳۷۲: ج ۲، ص ۲۲۵).

بدین سان، در مورد اعمال ولی، باید معیار اصلی را حفظ رفتار متعارف و اقدام در جهت رعایت غبطه و صلاح مولی علیه دانست، هر چند در عمل به نتیجه‌ی مطلوب و منظور نرسد. در نتیجه تنها در مواردی که پدر برای سودجویی یا اغراض شخصی دیگر و بدون در نظر گرفتن مصلحت فرزند اقدام می‌کند، به سبب خروج از حدود ولایت و وظیفه‌ی نمایندگی در اداره‌ی اموال مولی علیه، باید عمل او را فضولی انگاریم. ناگفته نماند که خروج ولی قهری از این سمت هم در حقیقت امری است خلاف اصل که نیاز به اثبات دارد.



## ۵) نسبی و متغیر بودن مصلحت در امور کودکان

پیش‌تر اشاره شد که مصلحت در امور کودکان از نوع مصلحت در مقام امثال و اجرای احکام شرعی (اعمال سرپرستی و ولایت) است. این نوع مصلحت و مصادیق آن که توسط عقل و بر پایه‌ی معیارهای عرفی درک کردنی است، به هیچ روی ثابت و تغییرناپذیر نیست و نمی‌توان موارد و مصادیق آن را در موارد خاصی منحصر کرد، بلکه نسبی و تغییرپذیر است و در هر زمان، مکان و شرایطی باید تدقیق و بازنگری شود (صابری ۱۳۸۴: ۱۳۳). به نظر محقق حلی «شرایع و احکام تابع مصالح هستند و از دیگر سوی، تفاوت و تغییر در این مصالح رواست، پس رواست آنچه تابع این مصالح است نیز تغییر و تفاوت یابد (محقق حلی ۱۳۶۲: ۱۶۲).

با وجود این مصلحت کودک همواره باید در جهت اهداف و ارزش‌های والا و انسانی برای کودک منظور شود. بی‌گمان صلاح‌اندیشی شایسته در هماهنگی با احکام شریعت و الزام‌های آن، در نظر گرفتن امور متعارف و به ویژه نظر خبرگان و کارشناسان شکل می‌گیرد. ولی و سرپرست کودک باید با اذعان به کرامت انسانی کودک، رشد و تکامل شخصیت وی و نیز آگاهی از نیازها و حقوق او با رفتاری متعارف در جهت تأمین خیر و صلاحش اقدام کند.

البته واقعیت این است که برای هر اقدام یا تصرفی از سوی ولی، معیارها و ضوابط ویژه‌ای وجود دارد، برای مثال برای تصرفات مادی، معیارهایی

چون پایداری سرمایه و نفع و زیان و برای نگهداری و حضانت طفل، معیارهایی چون سلامتی، رشد جسمانی و روانی مطلوب و شکل گرفتن شخصیت شایسته مهم است. در این میان باید وضعیت خاصّ مولی علیه (طفل)، شرایط زمانی و مکانی، اوضاع و احوال فرهنگی و اجتماعی نیز ملاحظه شود.

چه بسا ممکن است در شرایط و اوضاعی، تصرّفی به صلاح و غبطه‌ی کودک باشد، لیکن در زمان و شرایط دیگری، فاقد مصلحت بوده، بلکه صلاح در ترک آن باشد، نمونه‌ی بارز این نکته در تزویج کودکان است. به لحاظ ادله‌ی تردیدناپذیری که در قرآن و روایات آمده است، فقها بر ولایت پدر و جد پدری در تزویج صغار اتفاق نظر دارند (محقق حلی ۱۳۸۹: ج ۲، ص ۲۷۶؛ شیخ مفید ۱۴۱۰: ۵۱۱؛ سید مرتضی ۱۴۱۵: ۲۸۶). این حکم در ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی نیز درج شده است، اگرچه پاره‌ای بر آن خرده گرفته و گفته‌اند که انتخاب همسر از طبیعی‌ترین حقوق انسان است و از لوازم احترام به شخصیت اوست و با ولایت نمی‌توان خصوصی‌ترین چهره‌ی زندگی را بر او تحمیل کرد. از این رو اعمال ولایت و انتخاب همسر برای کودک به شخصیت طفل صدمه‌های جبران‌ناپذیری وارد می‌سازد (کاتوزیان ۱۳۷۱: ۶۸ و ۶۹). در حالی که بررسی منصفانه نشان می‌دهد، تزویج کودکان با رعایت شرایطش در گذشته در راستای مصلحت کودک

بوده است،<sup>۱</sup> زیرا اغلب پدر و بزرگان خانواده، عهده‌دار انتخاب همسر برای فرزندان بوده و همواره در تلاش بودند بالاترین صلاح و بهترین موقعیت را برای همسرگزینی کودکانشان فراهم کنند. به هر حال این اقدام در موارد زیادی در برادرانده‌ی مصلحت کودک بود و می‌توانست پیوندهای خانوادگی و عاطفی را گسترش دهد و از هرج و مرج و گسستگی جامعه در مسائل جنسی جلوگیری کند، چه اینکه نوجوان از همان سال‌های آغازین خود را وابسته به همسری احساس می‌کرد و این موجب می‌شد که بعدها در پی ارتباط‌های ناشایست و برنامه‌های ضد اخلاقی نرود و از عفت فاصله نگیرد، ضمن اینکه در پرتو این ازدواج، رفته رفته آگاهی و آمادگی لازم برای تشکیل خانواده حاصل می‌گردید. در حالی که در روزگار حاضر استقلال افراد در همسرگزینی تأمین شده و خواسته‌ها و انتظارات آنها در برگزیدن شریک زندگی نقش تعیین کننده یافته و همسو با بالا رفتن سن ازدواج و اختلافات متنوع فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و... و نیز حساسیت‌ها و سخت‌گیری‌های

۱- تشریح حکم ولایت بر تزویج صغار در موقعیت و شرایط خاص خود (صدر اسلام) نه تنها حقی را از فرزندان ضایع نکرد بلکه خدمتی مهم در راستای مصلحت آنان بود، زیرا در زمانی که خویشاوندان و بزرگان خانواده خود را صاحب اختیار دختران و پسران می‌دانستند و برای آنان حقی قائل نبودند و خود به میل خویش برای آنان همسر اختیار می‌کردند، اسلام این سنت غلط را برانداخت و حق ازدواج را برای پس از بلوغ تنها برای خود شخص و قبل از بلوغ فقط در اختیار پدر و جد پدری قرار داد. دقت در روایاتی که در این باره وارد شده نشان می‌دهد که در پاره‌ای از آنها ولایت خویشان غیر از پدر و جد پدری نفی شده که اشاره‌ای به این واقعیت است. رک: محمدحسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۲، ص ۸۰، ابواب مقدمات طلاق، حدیث ۲ و ج ۲۰، ص ۲۷۳، ابواب عقد النکاح، حدیث ۴ و ص ۲۸۰، حدیث ۱.

مرسوم در ازدواج، مصلحت در تزویج کودکان کم‌رنگ شده است به گونه‌ای که در شرایط و عرف حاضر تزویج صغار در اکثر موارد، خالی از مصلحت، بلکه دارای مفسده است، از این رو برای جلوگیری از سوء استفاده و تضییع حقوق حق و صلاح کودک احراز مصلحت در تزویج توسط نوع مردم و تأیید آن توسط قاضی ضروری قلمداد شده است (م ۱۰۴۱ ق.م).

با وجود این، اهمیت موضوع چنان است که ضرورت توجه پدران و سرپرستان را نسبت به آماده‌سازی و تربیت کودکان در این باره، تردیدناپذیر می‌سازد. آنها باید در این خصوص عنایت ویژه داشته و کودکان را با آموزش، یاد دادن مسائل و مهارت‌ها برای تشکیل زندگی و ایفاء وظایف همسری در آینده آماده سازند تا کانون خانواده‌های آینده به چراغ عشق و تعهد روشن شود و به آرامش توأم با رحمت و مودت دست یابند. از این امر می‌توان به تحول و جابه‌جایی مصلحت در تزویج به آموزش ازدواج و مهارت‌های همسرداری و مدیریت خانواده تعبیر کرد.

### جمع بندی و نتیجه گیری

۱- مصلحت به واقع همان خیر و صلاحی است که هماهنگ با حکمت و در راستای اهداف والای انسان است. از این رو مصلحت از سنخ منفعت نیست، بلکه نسبت میان منفعت و مصلحت را باید «عموم و خصوص من وجه» دانست.

۲- مصلحت در فقه اسلامی، به ویژه در فقه شیعه جایگاه محوری و

ارزنده‌ای دارد و پیرامون آن مباحث مهمی مطرح است، لیکن از نظر کلی دو جایگاه را می‌توان برای مصلحت در فقه منظور کرد؛ نخست ارتباط مصلحت با استنباط احکام شرعی (کاربرد سندی مصلحت) و دوم نقش مصلحت در تطبیق و اجرای احکام شرعی که بحث از حفظ و رعایت مصلحت در امور صغار در قلمرو آن قرار می‌گیرد.

۳- کودکان به لحاظ ضعف و ناتوانی در جسم و روان، از تصرف در امور مالی خویش ممنوع (محجور) شده و برای مراقبت و حمایت همه جانبه تحت سرپرستی و ولایت قرار گرفته‌اند، به گونه‌ای که تمام شئون و امور مربوط به آنها (نگهداری، تربیت، آموزش و اداره‌ی اموال و دارایی) به نظارت و حمایت ولی و سرپرستان واگذار شده است، اما محور و عنصر اساسی برای دخالت و حمایت ولی قهری، مصلحت و غبطه‌ی کودک است، به گونه‌ای که هر اقدام و تصرفی از سوی سرپرست کودک را متأثر می‌سازد. ادله‌ی تردیدناپذیری از عقل و نقل، اهمیت و اعتبار مصلحت را در ولایت و سرپرستی بر کودکان اثبات می‌کند.

۴- بسیاری از فقیهان تصریح کرده‌اند، سرپرستی و تدبیر امور صغیر در مرحله‌ی نخست با پدر و جدّ پدری است. این دیدگاه چنان معروف و مشهور است که کمتر فقیهی در آن تردید روا داشته است و در مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی نیز مقرر شده است. لیکن عده‌ای از فقیهان ولایت جدّ را در طول ولایت پدر دانسته و معتقدند تا زمان حضور پدر، جدّ پدری حق

هیچ گونه تصرف در شئون محجور را ندارد، مگر در خصوص ولایت بر نکاح که به سبب وجود دلیل معتبر، آن را استثنا کرده‌اند. این دیدگاه اگرچه در اقلیت است، لیکن از نظر دلیل و جاهت بیشتری دارد و با مصلحت صغیر و واقعیات جامعه نیز سازگارتر است. به ویژه در زمان حاضر که با وجود پدر توانمند و مصالح، جدّ پدری هرگز اقدام به دخالت در امور صغار نمی‌کند و گویا با در نظر گرفتن ارتباط بیشتر پدر، چنین حقّی را در عرض پدر برای خویش قائل نیست. از سوی دیگر این پدر است که با فرزند خود انس و ملامت دارد و روحیات و مصالح او را بهتر می‌شناسد و خود را در برابر او مسئول و سرپرست می‌داند و بی‌گمان این امر در راستای مصالح و منافع عالی کودک قرار دارد. بدین جهت مناسب است به این نکته در بازنگری مقررات عنایت شود.

۵- بر پایه‌ی مبانی و ادلّه‌ی ولایت قهری، باید اصل را بر فراگیری دایره‌ی ولایت قرار داد، مگر آنچه که با دلیل معتبر استثنا شده باشد؛ از قبیل استقلال صغیر در انجام دادن عبادات غیر مالی. نتیجه اینکه پدر به عنوان ولی قهری حق اقدام در کلیه‌ی امور مالی و غیر مالی فرزندان صغیر خود را دارد و می‌تواند هر گونه تدبیر و تصرفی را که مناسب تشخیص می‌دهد، در اموال و دارایی مولی‌علیه انجام دهد. از سوی دیگر در مورد شیوه‌ی نگاهداری و حضانت و روش تربیتی و سایر امور غیر مالی فرزند، به عنوان سرپرست و ولی او، برنامه‌ریزی و تصمیم نهایی را به عهده گیرد. لیکن این اقتدار

قانونی پدر، چندان هم مطلق و تابع خواست و اراده‌ی او نیست و در واقع آنچه فلسفه و حکمت این تأسیس و اختیار بوده، خود، حد و مرز آن را نیز مقرر می‌نماید (مصلحت). ولی قهری نمی‌تواند به میل و سلیقه‌ی خویش هر تصمیم یا تصرفی را در مورد شئون مولی‌علیه و اموال او عملی سازد یا فراتر از محدوده‌ی خیراندیشی اقدام کند. بلکه موظف است در این قبیل تدابیر و تصرف‌های خود، مصلحت مولی‌علیه را منظور نماید و نباید عملی را برخلاف مصلحت و غبطه‌ی او انجام دهد. افزون بر این، ریشه‌ی احکامی چون جواز یا لزوم اقدام برای سرپرستی افراد محجور و ناتوان و حفظ اموال و نفوس آنها، برگرفته از بنای عقلاست که به تأیید شرع مقدس نیز رسیده است و روشن است که ملاک اصلی در این خصوص نزد خردمندان، حفظ مصالح افراد تحت سرپرستی است، روی همین جهات باید پذیرفت که نظریه‌ی مبتنی بر لزوم رعایت مصلحت مولی‌علیه در تدابیر و تصرف‌های ولی و سرپرست او از نظر فقه اعتبار و وجاهت بیشتری دارد.

۶- در اعمالی که ولی قهری به نمایندگی از سوی محجور و برای رعایت مصلحت وی انجام می‌دهد، اما در تشخیص مصلحت اشتباه می‌کند، به گونه‌ای که نتیجه‌ی کار برخلاف خواست و انتظار او به زیان مولی‌علیه منتهی می‌شود، انصاف بر این است که این قبیل معاملات که توسط ولی قهری در حدود متعارف و با انگیزه‌ی حفظ مصلحت مولی‌علیه انجام می‌شود و اهتمام لازم را در رعایت منافع و حقوق او به کار می‌بندد، معتبر است، به ویژه اگر

قواعد کلی حاکم بر نمایندگی در معاملات را در نظر آوریم. ولی قهری مانند هر امین یا نماینده‌ی دیگر وظیفه دارد که در حدود متعارف برای حفظ مصلحت مولی علیه بکوشد و بیش از این نمی‌توان از او انتظار داشت. تعهد ولی قهری در این باب از نوع تعهدات به وسیله است، نه تعهد به نتیجه، بنابراین باید معیار اصلی را حفظ رفتار متعارف و اقدام در جهت رعایت صلاح مولی علیه دانست، هر چند در عمل به نتیجه‌ی مطلوب و منظور نرسد.

۷- مصلحت در امور کودکان از نوع مصلحت در مقام امتثال و اجرای احکام شرعی (اعمال سرپرستی و ولایت) است. این نوع مصلحت و مصادیق آن که توسط عقل و بر پایه‌ی معیارهای عرفی درک می‌شود، به هیچ روی ثابت و تغییرناپذیر نیست و نمی‌توان موارد و مصادیق آن را در موارد خاصی منحصر کرد، بلکه نسبی و تغییرپذیر است و در هر زمان، مکان و شرایطی باید بازنگری شود. با وجود این مصلحت کودک همواره باید در جهت اهداف و ارزش‌های والا و انسانی برای کودک منظور شود. بی‌گمان صلاح اندیشی شایسته در هماهنگی با احکام شریعت و الزام‌های آن و در نظر گرفتن امور متعارف و به ویژه نظر خبرگان و کارشناسان شکل می‌گیرد.

ولی و سرپرست کودک باید با اذعان به کرامت انسانی کودک، رشد و تکامل شخصیت وی و نیز آگاهی از نیازها و حقوق او، با رفتاری متعارف برای تأمین خیر و صلاح کودک اقدام کند.

به هر حال، واقعیت این است که برای هر اقدام یا تصرفی از سوی



ولی، معیارها و ضوابط ویژه‌ای وجود دارد، برای مثال برای تصرفات مادی، پایداری سرمایه و نفع و زیان اهمیت دارد و برای نگهداری و حضانت طفل، معیارهایی چون سلامتی، رشد جسمانی و روانی مطلوب و شکل گرفتن شخصیت شایسته، مهم است. در این میان باید وضعیت خاصّ مولی‌علیه (طفل)، شرایط زمانی و مکانی، اوضاع و احوال فرهنگی و اجتماعی نیز ملاحظه شود.

چه بسا ممکن است در شرایط و اوضاعی خاص تصرفی به صلاح و غبطه‌ی کودک باشد، لیکن در زمان و شرایط دیگری، مصلحت نبوده، بلکه صلاح در ترک آن باشد. بی‌گمان در زمان حاضر آگاه‌سازی اولیا و سرپرستان کودکان در این باره ضروری به نظر می‌رسد.

### منابع

- ◀ آل بحر العلوم، سید محمد ۱۳۶۲. بلغة الفقیه، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام.
- ◀ آملی، محمدتقی. مکاسب و البیع، قم، الاسلامی.
- ◀ ابن مکی العاملی، محمد. القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیة، قم، مکتبه المفید.
- ◀ ابن منظور ۱۴۱۶ق. لسان العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ انصاری، مرتضی ۱۴۱۶ق. کتاب مکاسب، قم، الاسلامی.
- ◀ بستانی، معلم بطرس ۱۹۸۷ م. محیط المحيط، بیروت، مکتبه لبنان.
- ◀ توحیدی تبریزی، محمدعلی ۱۴۱۷ق. مصباح الفقاهة فی المعاملات، قم، انصاریان.
- ◀ حائری شاهباغ، سیدعلی ۱۳۷۶. شرح قانون مدنی، تهران، گنج دانش.
- ◀ حر عاملی، محمدبن حسن. وسائل الشیعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ حسینی، هاشم معروف. الولاية والشفعة والاجارة فی الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید، بیروت، دارالقلم.
- ◀ حلّی، جعفر بن حسن ۱۳۸۹ق. شرائع الاسلام، نجف، الاداب.
- ◀ حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی). تذکرة الفقهاء، تهران، مکتبه مرتضویه.
- ◀ روحانی، سید محمدصادق ۱۳۷۶. منهاج الفقاهة، قم، مؤلف.
- ◀ ساکت، محمدحسین ۱۳۷۲. شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی ایران، مشهد، مؤلف.
- ◀ سبحانی، جعفر ۱۳۸۲. الموجز فی اصول الفقه، قم، الامام الصادق علیه السلام.
- ◀ سید فاطمی، سید محمدقاری. «تزیج کودکان»، نامه مفید، ش ۲، (۱۳۷۴).

- ◀ سید مرتضی (موسوی)، سید علی بن حسین ۱۴۱۵ ق. الانتصار، قم، الاسلامی.
- ◀ شیخ طوسی، محمد بن حسن. التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ شیخ مفید (العکبری)، محمد بن محمد ۱۴۱۰ ق. المقنعة، قم، الاسلامی.
- ◀ صابری، حسین ۱۳۸۴. فقه و مصالح عرفی، قم، بوستان کتاب.
- ◀ صفایی، سید حسین و اسدالله امامی ۱۳۷۴. حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران.
- ◀ طبرسی، فضل بن حسن ۱۴۰۸ ق. مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت، دارالمعرفة.
- ◀ طوسی، محمد بن حسن ۱۳۸۷ ق. المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، مکتبه مرتضویه.
- ◀ عاملی، باقر ۱۳۵۰. حقوق خانواده، تهران، مدرسه عالی دختران ایران.
- ◀ عاملی، زین الدین بن علی ۱۴۱۶ ق. مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام، قم، المعارف الاسلامیه.
- ◀ عسکری، ابوهلال، الفروق اللغویه، قم، مکتبه بصیرتی.
- ◀ غزالی، ابوحامد محمد ۱۴۱۷ ق. المستصفی فی علم الاصول، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- ◀ فیاض، محمد اسحاق. محاضرات فی اصول الفقه (تقریرات درس سید ابوالقاسم خوئی)، قم، امام موسی صدر.
- ◀ فیومی، احمد بن محمد ۱۴۰۵ ق. المصباح المنیر، قم، دارالهجره.
- ◀ قمی، علی بن ابراهیم ۱۳۸۷ ق. تفسیر القمی، قم، علامه.
- ◀ قمی، میرزا ابوالقاسم ۱۳۷۸ ق. قوانین الاصول، تهران، علمیه اسلامیه.
- ◀ کاتوزیان، ناصر ۱۳۷۱. حقوق مدنی - خانواده، تهران، انتشار.

- ◀ کرکی، علی بن الحسین ۱۴۱۵ق. جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، آل البيت علیه.
- ◀ محقق حلی، جعفر بن حسن ۱۳۶۲. معارج الاصول، قم، آل البيت علیه.
- ◀ المراغی، میر عبدالفتاح ۱۴۱۸ق. العناوین، قم، الاسلامی.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر ۱۴۱۳ق. انوار الفقاهة - کتاب البیع، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر و همکاران ۱۳۷۷. تفسیر نمونه، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ◀ نجفی خوانساری، موسی ۱۳۸۲. منیة الطالب فی حاشیة المكاسب (تقریرات محمدحسین نائینی)، قم.
- ◀ نجفی، محمدحسن. جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ همدانی، آغارضا ۱۴۱۶ق. مصباح الفقیه، قم، الاسلامی.