

## Original Article

### The Place of Expediency in Imamiyyah Jurisprudence and Islamic Ethics

Mohammad Hadi Sharifi<sup>1</sup>, Ali Rafiei Moghadam<sup>2\*</sup>, Mohammad Hossein Jafari<sup>3</sup>

1. Ph.D. Student in Private Law, Yazd Branch, Islamic Azad University, Yazd, Iran.

2. Assistant Professor, Faculty of Law and Theology, Shahid Bahonar University of Kerman, Kerman, Iran.

(Corresponding Author) Email: ali.rafiie@uk.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Public Law, Yazd Branch, Islamic Azad University, Yazd, Iran.

Received: 27 Nov 2021    Accepted: 1 Feb 2022

#### Abstract

**Background and Aim:** By carefully studying the principles of Islamic ethics and jurisprudential and legal works, it is explained that there is less disagreement about the need of observing expediency from other non-coercive guardians. The opinion of Imamiyyah jurists is that the father and paternal grandfather are introduced as the coercive guardians of minor and someone who can not interfere in finances and has been introduced as insane (whose insanity is related to childhood). Although Islamic ethics adheres to the necessity of observing expediency in general but there are strong differences of opinion regarding the conditionality of possessions of the father and paternal grandfather to the necessity of observing expediency. It seems that according to the order of the Holy Quran, the philosophy of guardianship and Islamic morality, compliance with this condition should be considered mandatory for all guardians. Our aim in this article is to explain the position of expediency based on the teachings of jurisprudence and Islamic ethics.

**Materials and Methods:** The method of this article is descriptive-analytical and so it has been prepared using documentary method by taking notes.

**Ethical Considerations:** The issues related to ethics in research as well as fidelity in citing article citations have been observed.

**Findings:** The findings indicate that contrary to jurisprudence, the civil law explicitly obliges the guardian to observe expediency. The criterion for recognizing expediency and observing that is custom and about recognizing it is the authorized person in possession. However, proving the opposite is also possible and will lead to the removal of the guardians, the conversion of trust possession into usurper possession, the obligation to compensate and making voidable the transaction. In the case of dispute between a ward against the guardians for not observing interests, he is the one who has to provide evidence; otherwise, the words of the guardians of possession take precedence, because they are known as trusty.

**Conclusion:** Relying on Islamic ethics and based on Imamiyyah jurisprudence the father and paternal grandfather should respect the interests of the person under guardianship. Although the jurists have not explicitly set a duty regarding personal responsibility other than the father and grandfather, but Islamic ethics requires that everyone be expedient in this regard. There is also the implication of priority in such a way that: if in the situation of father and grandfather it is necessary to observe expediency, a person other than father and grandfather should observe expediency.

**Keywords:** Expediency; Imamiyyah Jurisprudence; Islamic Ethics

**Please cite this article as:** Sharifi MH, Rafiei Moghadam A, Jafari MH. The Place of Expediency in Imamiyyah Jurisprudence and Islamic Ethics. *Bioethics Journal*, Special Issue on Ethical & Legal Reflections 2021; 317-329.

## جایگاه غبطه در فقه امامیه و اخلاق اسلامی

محمدهادی شریفی<sup>۱</sup>، علی رفیعی مقدم<sup>۲\*</sup>، محمدحسین جعفری<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.

۲. استادیار، دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران. (نویسنده مسؤول) Email: ali.rafaee@uk.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق عمومی، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.

دریافت: ۱۴۰۰/۹/۶ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۱۲

### چکیده

**زمینه و هدف:** با مطالعه دقیق مبانی اخلاق اسلامی و آثار فقهی و حقوقی تبیین می‌گردد که در خصوص لزوم رعایت غبطه در غیر ولی قهری کمتر اختلافی وجود دارد؛ دیدگاه فقهای امامیه مبنی بر این است که پدر و جد پدری به عنوان اولیای قهری صغیر، سفیه و مجنون (که سفیه و جنون آن‌ها متصل به زمان صغر باشد) معرفی شده‌اند. هرچند اخلاق اسلامی به لزوم غبطه به طور عموم پایبند است، لیکن در مورد مشروط‌بودن تصرفات پدر و جد پدری به لزوم رعایت غبطه اختلاف نظرها شدید است. به نظر می‌رسد بر اساس دستور قرآن کریم، فلسفه جعل ولایت در تصرف و اخلاق اسلامی، باید رعایت این شرط را برای همه اولیای تصرف الزامی دانست. هدف ما در این مقاله تبیین جایگاه غبطه بر اساس آموزه‌های فقهی و با تأسی از اخلاق اسلامی می‌باشد.

**مواد و روش‌ها:** این مقاله به شیوه توصیفی - تحلیلی و با بهره‌گیری از روش اسنادی و استفاده از ابزار فیش‌برداری تهیه و تدوین گردیده است.

**ملاحظات اخلاقی:** موارد مربوط به اخلاق در پژوهش و نیز امانتداری در استناد به ارجاعات در مقاله رعایت گردیده است.

**یافته‌ها:** یافته‌ها حاکی از این است که برخلاف فقه، قانون مدنی به صراحت ولی قهری را موظف به رعایت غبطه نموده است. ملاک شناخت غبطه و رعایت آن عرف و مرجع تشخیص آن، شخص مأذون در تصرف است، گرچه اثبات خلاف آن هم ممکن است و منجر به عزل اولیای تصرف، تبدیل ید امانی به ید غاصبانه، الزام به جبران خسارت و غیر نافذشدن معامله خواهد شد. در دعوای میان مولی‌علیه و اولیای تصرف مبنی بر عدم رعایت غبطه، مولی‌علیه باید بینه اقامه کند، وگرنه سخن اولیای تصرف مقدم است، زیرا امین شناخته می‌شوند.

**نتیجه‌گیری:** بر اساس فقه امامیه و با تکیه بر اخلاق اسلامی، پدر و جد پدری باید رعایت غبطه مولی‌علیه را بنمایند. هرچند فقها به صراحت در خصوص مسؤولیت غیر ولی قهری تعیین تکلیف نکرده‌اند، لیکن اخلاق اسلامی ایجاب می‌نماید که همه در این خصوص رعایت غبطه داشته باشند و در این زمینه دلالت اولویت نیز وجود دارد به گونه‌ای که چنانچه در موقعیتی ولی قهری لازم باشد رعایت غبطه نماید غیر ولی غیر قهری به طریق اولی باید رعایت غبطه را بنماید.

**واژگان کلیدی:** غبطه؛ فقه امامیه؛ اخلاق اسلامی

## ۱. مقدمه

در دین اسلام با تابعیت از آموزه‌های اخلاق اسلامی اصل بر این است که انسان‌ها بر دیگری برتری و حاکمیت ندارند، زیرا انسان‌ها از نظر خلقت با یکدیگر برابر بوده و هیچ کس بر دیگری ولایتی ندارد؛ اما بعضی از اعضای خانواده، مانند کودکان به دلیل کمی سن و افراد غیر رشید و مجانبین به دلیل ناتوانی و وضعی که در قوای دماغی آن‌ها وجود دارد، از سوی شارع و قانونگذار، در راستای حمایت از آن‌ها، از تصرف در امور مالی خود منع و تحت سرپرستی و ولایت اولیای قهری خود قرار گرفته‌اند. از دیدگاه فقهای امامیه و قانونگذار ایران، اصطلاح ولایت قهری تنها شامل پدر و جد پدری است، که سمتشان بدون انتصاب یا تنفیذ از سوی مقام رسمی به وسیله شرع و قانون مقرر شده است. واضعان قانون مدنی ایران به تبعیت از دیدگاه فقهای امامیه، پدر و جد پدری را نمایندگان قانونی مولی‌علیه معرفی کرده و اختیارات گسترده‌ای را برای آن‌ها در نظر گرفته‌اند. همچنین اصل را بر رعایت غبطه مولی‌علیه نهاده‌اند، لذا تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده، اقدامات ولی قهری از نفوذ و اثر حقوقی برخوردار است. به هر حال تنها چیزی که اختیارات ولی قهری را محدود می‌کند، غبطه و مصلحت صغیر است، بنابراین باید در اعمال خود، مصلحت مولی‌علیه را رعایت کند و نمی‌تواند عملی برخلاف مصلحت او انجام دهد. به گفته صاحب‌نظران در مسائل حقوقی، اعمالی را که ولی قهری به نمایندگی محجور انجام می‌دهد و در آن مصلحت مولی‌علیه رعایت نمی‌شود، می‌توان به سه گروه اصلی تقسیم کرد: ۱- اعمالی که ولی به عمد به زیان مولی‌علیه و به سود خود انجام می‌دهد، در این گروه، دسته‌ای که با تبانی طرف معامله انجام می‌شود، بی‌گمان غیر نافذ است، زیرا فرض این است که ولی از حدود اختیار خویش تجاوز کرده است؛ ۲- اعمالی که ولی قهری به عنوان نمایندگی از طرف محجور و برای حفظ مصلحت او انجام می‌دهد، لیکن در تمیز این مصلحت دچار اشتباه می‌شود، به گونه‌ای که نتیجه کار برخلاف آنچه او خواسته است، به زیان مولی‌علیه منتهی می‌گردد. در این‌گونه موارد، پاره‌ای از استادان، معامله را فضولی پنداشته‌اند و بر همین

مبنا، به ولی و قیم یا محجور اجازه داده‌اند که بطلان آن را از دادگاه بخواهند؛ ۳- موردی است که رعایت غبطه شده و بنابراین تصرفات و معاملات صحیح می‌باشد.

حال سؤالی که پیش می‌آید، این است که جایگاه پدر و جد پدری در خصوص لزوم رعایت غبطه به چه شکل می‌باشد؟ و تکلیف شخص غیر از ولی قهری در این زمینه به چه شکل است؟ آیا شخصی غیر از ولی قهری لازم است که رعایت غبطه را مد نظر داشته باشد؟ به نظر می‌رسد که پدر و جد پدری در یک راستا باشند و بنا به طریق اولی شخص غیر از ولی قهری نسبت به کودک، لازم است که مصلحت طفل را مد نظر داشته باشد.

## ۲. ملاحظات اخلاقی

موارد مربوط به اخلاق در پژوهش و نیز امانتداری در استناد به ارجاعات در این مقاله رعایت گردیده است.

## ۳. مواد و روش‌ها

این مقاله به شیوه توصیفی - تحلیلی و با بهره‌گیری از روش اسنادی و استفاده از ابزار فیش‌برداری، تهیه و تدوین گردیده است.

## ۴. یافته‌ها

با توجه به بررسی‌های صورت‌گرفته، برخلاف فقه، قانون مدنی با تکیه بر آموزه‌های اخلاق اسلامی در خصوص موضوع غبطه مولی‌علیه به صراحت تعیین تکلیف کرده و ولی و سرپرست را موظف به رعایت غبطه نموده است. ملاک شناخت غبطه و رعایت آن عرف و مرجع تشخیص آن، شخص مأذون در تصرف است. هرچند اثبات خلاف آن (عدم رعایت غبطه) ممکن است و می‌تواند منجر به عزل اولیای تصرف، تبدیل ید امانی به ید غاصبانه، الزام به جبران خسارت و غیر نافذ شدن معامله گردد. در دعوی میان مولی‌علیه و اولیای تصرف مبنی بر عدم رعایت غبطه، سخن اولیای تصرف مقدم است، زیرا امین شناخته می‌شوند و لذا باید علیه آن‌ها مدرکی ارائه شود.

## ۵. بحث

## ۵-۱. مفاهیم و مبانی: غبطه یا رشک در اصطلاح اخلاق

اسلامی به معنای آرزوی داشتن نعمتی برای خود است، همانند آنچه دیگری دارد، بدون آنکه در فکر از دست رفتن آن نعمت از دیگری باشد (۱). غبطه در کلمات فقها در بحث تصرفات ولی (پدر، جد و حاکم شرع) در اموال مولی‌علیه (فرزند صغیر، یتیم و مجنون) به معنای مصلحت و منفعت به کار رفته است، مثلاً گفته می‌شود تصرف ولی در اموال مولی‌علیه منوط به غبطه (مصلحت) برای مولی‌علیه است (۲). همچنین در بحث امانت شرعی گفته می‌شود رعایت غبطه (مصلحت) مالک و عدم تصرف ضرری در مال او واجب است.

## ۵-۱-۱. اخلاق اسلامی: در تعریف متکلمان شیعه اخلاق

اسلامی به بخشی از آموزه‌های دین اسلام گفته می‌شود که از فضایل و رذایل اعمال انسان سخن می‌گوید (۳). اخلاق اسلامی سه بخش اصلی دارد: ۱- رابطه با خدا: کارهایی که آدمی باید در برابر خدا بکند، مانند نماز و روزه و دعا؛ ۲- رابطه با مردم: برخورد فرد و رفتارهایش با مردم و دیگر اعضای جامعه، مانند رفتار نقش‌های خانواده و دوستی، عموماً منظور از اخلاق اسلامی بیشتر این بخش است؛ ۳- رابطه با خود: چارچوب برخورد انسان با خودش، یعنی موارد ناصحیح را در درونش تغییر دهد، مانند حسد (رشک) و چگونگی غذا خوردن خوی اسلامی بهداشت اسلامی و احکام اسلام و دیگر چیزهای از این دست را نیز دربر می‌گیرد.

در کل ویژگی‌های اخلاقی در اسلام بسیار مهم است، به گونه‌ای پیامبر اسلام فرمود: «إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ؛ تنها برای به انجام رساندن خلق و خوی گرامی برانگیخته شده‌ام» (۴).

## ۵-۱-۲. مصلحت: در اصطلاح به معنای سبب رسیدن به

مقصود شارع و به دست آوردن آن است، اعم از عبادت که مربوط به حق خود شارع است یا عادت که برای نفع بندگان و انتظام معاش و احوال آنهاست (۵).

## حجت‌الاسلام غزالی در المستصفی می‌نویسد: مصلحت در

اصل عبارت است از جلب منفعت و دفع مضرت، لیکن این مفهوم، منظور ما نیست، زیرا جلب منفعت و دفع ضرر مقاصد

خلق است، لیکن مراد ما (اصولیین) از مصلحت محافظت بر مقصود شرع است.

شایع‌ترین کاربرد اصطلاحی اخلاق در میان اندیشمندان اسلامی عبارت است از «صفات نفسانی راسخ و پایداری که موجب می‌شوند افعالی متناسب با آن صفات به سهولت و بدون نیاز به تأمل و تروی از آدمی صادر شود» (۶). مطابق این دسته، تعاریف (دیگرانی مانند ملامحسن فیض کاشانی، خواجه نصیر طوسی، ملااحمد نراقی و ملامهدی نراقی نیز تعاریف مشابهی ارائه کرده‌اند) اخلاق تنها شامل صفات نفسانی پایداری است که در نفس رسوخ کرده باشد و شامل صفات ناپایداری که به صورت ملکه نفسانی درنیامده‌اند، نمی‌گردد، در این صورت شخص بردباری که به صورت موردی دچار غضب می‌شود یا بخیلی که با تأمل و تفکر فراوان بخششی می‌کند از این تعریف خارجند. بنابراین تعریف اخلاق، هیأتی است استوار و راسخ در جان آدمی که کارها به آسانی و بدون نیاز به تأمل و تفکر از آن صادر می‌شود. در عین حال این تعریف هم شامل فضایل اخلاقی می‌شود و هم شامل رذایل اخلاقی. از این رو اگر این هیأت به گونه‌ای باشد که افعال زیبا و پسندیده از آن صادر گردد، آن را اخلاق نیک و فضیلت می‌نامند و چنانچه آن هیأت به گونه‌ای باشد که موجب صادر شدن افعالی زشت و ناپسند گردد، اخلاق بد و رذیلت نامیده می‌شود.

## ۵-۱-۳. عدم مفسده: واژه «عدم مفسده» از کلماتی است

که همیشه در کنار «غبطه» مطرح بوده است. از زمان‌های گذشته در بحث‌های مختلف فقهی و حقوقی مانند تصرفات ولی قهری یا وکیل این سؤال مطرح می‌شده است که در تصرفات ایشان غبطه و مصلحت شرط است یا عدم مفسده کفایت می‌کند؟ به عنوان مثال یک کودک خردسال مالک میوه‌های باغی است و اکنون موقع برداشت و فروش محصولات باغ شده است، آیا ولی می‌تواند قیمت محصولات را به گونه‌ای تعیین کند که کودک فقط ضرر نکند یا می‌بایست قیمت‌گذاری را به نحوی انجام دهد که ایشان سودمند شود؟ به تعبیر برخی نویسندگان: غبطه به حالتی گفته می‌شود که از وضع موجود فراتر برویم، ولی عدم مفسده به حالتی اطلاق می‌شود که تنها زبانی به مولی‌علیه نرسد و رساندن نفع ضرورت ندارد (۷).

پس نتیجه می‌گیریم که غبطه یا مصلحت و عدم مفسده واژگان متفاوت با اثرات مختلف حقوقی هستند و در تمام ابواب فقهی و حقوقی که رعایت یا عدم رعایت غبطه مورد تبادل نظر قرار گرفته است، عدم مفسده هم مورد مذاقه قرار گرفته است و هر دو نظریه در میان فقها و حقوقدانان طرفدارانی دارد.

بنابراین ظاهر نوشته‌های بعضی از استادان حقوق که گویی این دو اصطلاح را مترادف به کار برده‌اند، درست نیست. آنان نوشته‌اند: «ولی قهری در اعمال خود مکلف به رعایت غبطه و مصلحت محجور است و اختیار ندارد عملی انجام دهد که برخلاف مصلحت یا متضمن ضرری برای محجور باشد» (۸).

همین لغزشگاه در برخی تعابیر احدی از حقوقدانان نیز مشاهده می‌شود. ایشان در جایی نوشته‌اند: «منظور از غبطه در نگهداری اموال مولی‌علیه این است که ولی عملی نکند که موجب فساد مال مولی‌علیه شود، اما رساندن نفع به مولی‌علیه در تصرفاتی که ولی می‌کند، ضرورت ندارد» (۹).

قطعاً مراد از این جمله همسان‌بودن معنای رعایت غبطه و مصلحت با متضمن‌نبودن ضرر نیست. به همین دلیل در باب تزویج طفل نابالغ از سوی ولی قهری گفته‌اند: «نفوذ نکاح صغیر مشروط بر این است که اقدام ولی به مصلحت کودک باشد. به باریامدن مفسدت کافی نیست» (۱۰).

۴-۱-۵. معنای اصطلاحی امانت: امانت هم شبیه معنای لغوی آن است و در مواردی استعمال می‌شود که مالک دارای خاطری جمع از این است که مالش دست کس دیگری محفوظ می‌ماند. احدی از حقوقدانان در تعریف امانت نوشته است: «امانت عبارت است از بودن مال شخص در نزد دیگری به نحوی که حفظ و نگهداری آن بر شخص دوم واجب باشد» (۸)، البته باید توجه داشت که در فقه و حقوق امانت به دو معنا به کار می‌رود: اول به معنای صفتی از اوصاف انسانی که در مقابل خیانت است. به فردی که دارای این صفت می‌باشد، امین گفته می‌شود؛ دوم به مالی که طبق عقود امانی مانند رهن، شرکت، وکالت، عاریه و... نزد فردی گذاشته می‌شود. این دو معنا هم در فقه و هم در حقوق به کار رفته است.

۵-۱-۵. معنای اصطلاحی ولایت: از نظر فقهی و حقوقی ولایت به معنای سرپرستی و جواز تصرف در اموال دیگران است. برای همین است که به کسانی که مانند خود مالک مجاز به تصرف در اموال او هستند، اولیای تصرف گفته می‌شود. شهید اول می‌نویسد: «ما یصح العقد من المالك یص من القائم مقام و هم سته: الأب و الجد و الوصى و الوکیل و الحاکم و أمیته» همان‌گونه که انعقاد عقد از سوی مالک صحیح است انعقاد آن از سوی قائم مقام مالک هم صحیح است. قائم مقام مالک شش گروه‌اند: پدر، جد پدری، وصی، وکیل، حاکم و امین حاکم «یعنی منصوب از طرف او» (۱۱). به پدر و جد پدری هم که حق تصرف در اموال فرزند صغیر خود را دارند، ولی قهری گفته می‌شود.

۵-۲. نسبت غبطه و مصلحت از منظر فقهای امامیه با وحدت ملاک از آموزه‌های اخلاق اسلامی: از نوشته‌های فقهی و با پیروی از آموزه‌های اخلاق اسلامی معلوم می‌شود که غبطه و مصلحت از نظر آنان دارای معنای مشترکی است، چراکه در آن‌ها اخلاقاً غبطه و مصلحت در کنار هم و به عنوان دو کلمه مترادف به کار رفته‌اند. در اینجا به ذکر چند نمونه از فقهای بزرگ اکتفا می‌شود: علامه حلی: «یشترط فی المتعاقدين جواز التصرف، و لولی الطفل الرهن و قبوله مع المصلحة، دون إسلاف ماله أو إقراضه، إلا مع الغبطة و الحاجة فیأخذ الرهن؛ در هر یک از طرفین عقد رهن شرط است که جواز تصرف در مال داشته باشند و ولی طفل صغیر می‌تواند مال او را به رهن گذاشته یا مالی را از طرف او به عنوان رهن قبول کند، البته به شرط آنکه مصلحتی وجود داشته باشد، اما نمی‌تواند مال طفل صغیر را پیش‌فروش کرده یا قرض دهد، مگر با وجود غبطه و نیاز به این کار که در این صورت باید رهن بگیرد» (۱۲).

شهید اول: «یصح رهن مال الطفل مع المصلحه و أخذ الرهین که ما إذا سلف ماله مع ظهور الغبطه؛ در صورت وجود مصلحت رهن‌دادن مال طفل از سوی ولی او صحیح است. همچنین صحیح است مالی را برای او به عنوان رهن قبول کند مانند وقتی که مال طفل را به دلیل وجود غبطه پیش‌فروش کرده باشد» (۱۱).

در دو متن بالا مصلحت و غبطه با فاصله‌ای اندک و به صورت مترادف به کار رفته است، اما در متن‌های زیر این دو واژه کاملاً به یکدیگر عطف شده و مترادف به کار رفته‌اند:

محقق کرکی: «لیس ببعید أن یقال: إن الوکیل یجب علیه رعایه الغبطه و المصلحه، بالنسبه إلى الموکل؛ بعید نیست گفته شود که واجب است وکیل رعایت مصلحت و غبطه موکل خویش را بنماید.» ایشان در جای دیگری عدم رعایت این شرط را موجب عدم نفوذ معامله او می‌داند؛ با این استدلال که «انه تصرف یخالف الغبطه و المصلحه، و الوکیل مأخوذ علیه أن یكون تصرفه مشتتلاً علی الغبطه؛ کار او مخالف با غبطه و مصلحت موکل است و حال آنکه شرط صحت تصرفات وکیل آن است که دربردارنده مصلحت موکل باشد» (۱۳).

سیدمحمدجواد عاملی: «الأقوی مراعاة المصلحه و الغبطه للطفل، و لا یکفی عدم الفساد؛ نظر قوی‌تر آن است که ولی قهری باید مصلحت و غبطه طفل را رعایت نماید و عدم مفسده کفایت نمی‌کند» (۱۴).

سیدمحمدکاظم یزدی: «یجوز للأب و الجد الاتجار بمال المولی علیه بنحو المضاربه ... و کذا یجوز ذلک للوصی فی مال الصغیر مع ملاحظه الغبطه و المصلحه و الأمن من هلاک المال؛ پدر و جد پدری می‌توانند با مال مولی‌علیه تجارت کنند، مثلاً به صورت مضاربه ... و نیز این کار برای وصی هم جایز است باز هم به شرط در نظرگرفتن مصلحت و غبطه و اطمینان از حفظ مال» (۱۵).

امام خمینی: «یجوز لولی الطفل و المجنون رهن مالهما مع المصلحه و الغبطه و الارتهان لهما کذلک؛ بر ولی طفل یا مجنون جایز است که مال آنان را به رهن گذارد یا برای آنان رهن را قبول کند، اما هر دو به شرط وجود مصلحت و غبطه» (۱۶).

### ۳-۵. نمونه‌های طرح اشتراط رعایت غبطه: به صورت

یک قاعده گاهی در متون فقهی و حقوقی درباره تمام اولیای تصرف تصریح شده است که رعایت غبطه ضروری و شرط صحت تصرف است. به عنوان نمونه، علامه حلی معتقد است: «الضابط فی تصرف المتولی الأموال الیتامی و المجانین اعتبار الغبطه، و کون التصرف علی وجه النظر و المصلحه ... سواء کان الولی أباً أو جدّاً له أو وصیة أو حاکم أو أمين حاکم؛ ضابطه کلی

در تصرفات کسی که اموال یتیم یا مجنون را در دست دارد، آن است که غبطه مولی‌علیه را رعایت نماید و تصرفاتش با دقت و مصلحت همراه باشد ... چه ولی در تصرف پدر باشد و چه جد پدری یا وصی یا حاکم شرع و یا امین (منصوب از طرف) حاکم شرع» (۱۷).

ایشان همچنین در کتاب قواعد می‌نویسد: نه‌تنها ولی قهری، که تصرف هر کس که ولایت دارد، تنها مجاز به تصرفاتی است که به مصلحت مولی‌علیه باشد. مرحوم عاملی هم در کتاب مفتاح‌الکرامه که شرح قواعد علامه است، در شرح همین جمله، نوشته است: «وهذا الحكم اجماعی علی الظاهر» (۱۴).

شیخ انصاری هم وجود چنین اجماعی را با توجه به نظرهای فقه و از جمله، نوشته‌های شیخ طوسی بعید نمی‌داند (۱۸).

تعبیر شیخ طوسی این است که تصرف اولیا باید مبتنی بر احتیاط و به گونه‌ای باشد که بهره‌ای از آن به مولی‌علیه برسد، چراکه اصولاً جعل ولایت و نصب ولی با همین هدف صورت گرفته است، پس اگر تصرفات او به سود مولی‌علیه نباشد، به دلیل نقض غرض باید آن را باطل شمرد (۱۹).

چنین تعبیری از سوی حقوقدانان هم دیده می‌شود، مثلاً دکتر کاتوزیان پس از بحث در مورد لزوم رعایت غبطه از سوی تیم نوشته است: «این تحلیل ویژه قیومیت نیست، چنانکه اشاره شد: در تمام چهره‌های گوناگون نمایندگی ضرورت دارد و در وکالت (نمایندگی قراردادی و اقسام ولایت اعم از ولایت قهری و وصیت و قیومیت رعایت می‌شود. همچنین مبانی آن در اداره اموال عمومی و اشخاص حقوقی (مانند شرکت‌ها) قابل استفاده است، مشروط بر اینکه قاعده مخالفی در قوانین دیده نشود.»

چنانکه مشاهده می‌شود، در موارد بالا رعایت غبطه به عنوان یک قاعده کلی در تمام مواردی که اذن در تصرف وجود دارد، مورد تصریح قرار گرفته است.

### ۴-۵. نمونه‌های طرح اشتراط رعایت غبطه به صورت

مصدافی: علاوه بر اینکه رعایت غبطه به صورت یک قاعده کلی در برخی متون ذکر شده است، گاهی هم با تکیه بر

- مضاربه: علامه حلی در کتاب قواعد فرموده‌اند: «العامل کالوکیل فی تنفیذ تصرفه بالغبطه، فلیس له التصرف بالغبن، و لا بالنسیئه بیعا ولا شراء، إلا مع عموم الإذن کافعل ما شئت، أو خصوصه، فإن فعل لا معه وقف علی الإجازة» (۲۱). عامل (در عقد مضاربه) از جهت لزوم رعایت غبطه همانند وکیل است، پس نمی‌تواند دست به کاری بزند که موجب ضرر صاحب مال می‌شود و یا حتی سودی نداشته باشد، مگر آنکه صاحب مال به او اذن عام داده و مثلاً گفته باشد: هرگونه که می‌خواهی، عمل کن.

در غیر این صورت، غبطه باید رعایت شود و بدون آن، تصرفات عامل غیر نافذ و نیازمند تنفیذ است... و به همین جهت عامل نمی‌تواند چیزی را به کمتر از قیمت بازار بفروشد و یا به قیمت بالاتر بخرد.»

فخرالمحققین در شرح این فتوای پدر نوشته است: چون هدف اصلی از مضاربه، تحصیل سود و فایده است، واجب است تصرفات عامل به گونه‌ای باشد که این هدف اصلی را تأمین کند (۲۲).

#### ۵-۵. مبانی عدم جواز تصرف در اموال دیگران: این

قسمت به ذکر دلایل و مبانی عدم جواز تصرف افراد در اموال دیگران اختصاص دارد. حداقل به سه دلیل کسی حق ندارد در مال دیگران تصرف کند. اولاً اصل بر عدم ولایت است؛ ثانیاً «قاعده لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفسه»؛ ثالثاً قاعده احترام مال مسلمانان بر این امر دلالت می‌کند، البته استثنایی بر عدم جواز وارد شده است که در گفتار بعد به آن هم اشاره خواهد شد.

بند اول: قاعده عدم ولایت چنانکه می‌دانیم: اصل اولیه در عالم حقوق این است که هیچ شخصی ولایت بر شخص دیگر ندارد و نمی‌تواند در اموال و حقوق دیگران مداخله نماید.

۵-۵-۱. شرط اختلافی؛ رعایت غبطه: در اینکه مأذون باید در حدود اذن تصرف کند و نیز نباید در تصرفات خود مرتکب تعدی و تفریط گردد، شکی نیست. همچنین تردیدی نیست که تصرفات مأذونین نباید شامل مفسده و ضرر برای مالک اصلی باشد، اما آیا علاوه بر این سه شرط اجماعی، مأذون باید

اخلاق اسلامی در هر یک از مصداق‌های تصرف در اموال دیگران، بر لزوم رعایت غبطه تصریح و تأکید شده است، چراکه دین مبین اسلام همواره بر لطف و احسان تأکید دارد، و به طریق اولی این تأکید در خصوص مولی‌علیه دوچندان می‌باشد که از این‌گونه موارد هم به ذکر چند نمونه اکتفا می‌شود.

- در مورد پدر و جد پدری و وصی ابن ادریس نوشته است: «لا یجوز للولی و الوصی أن یتصرف فی المال المذكور، إلا بما یکون فیهِ صلاح المال، و یعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرف فیهِ، و هذا هو الذي یقتضیه أصل المذهب؛ ولی قهری و وصی نمی‌توانند تصرفی در اموال طفل نمایند، مگر آنکه این تصرف به صلاح مال بوده و سود آن به طفل برسد، نه به تصرف‌کننده. این همان چیزی است که مقتضای اصول مذهب است» (۲۰). از نظر حقوقدانان هم «ولی قهری در اعمال خود مکلف به رعایت غبطه و مصلحت محجور است و اختیار ندارد عملی انجام دهد که برخلاف مصلحت یا متضمن ضرری برای محجور باشد» (۸).

محقق کرکی همین استدلال را تکرار کرده است. ایشان در جای دیگری صراحتاً نوشته است: «إن الوکیل یجب علیه رعایة الغبطه و المصلحة، بالنسبة إلى الموکل»، لذا حکم به لزوم عدالت وکیل می‌کند تا اجرای این وظیفه تضمین شده باشد (۱۳).

در همین راستا، ماده ۱۹۷ قانون مدنی نیز مقرر کرده است: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا برحسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست تجاوز نکند.» در حقیقت باید گفت: «در هر وکالت قید لزوم رعایت مصلحت موکل و فروش به بهای عادلانه به طور ضمنی وجود دارد و اختیار وکیل در این چارچوب معین می‌شود» و «اذن موکل مقید بر این است که وکیل به سود او گام بردارد و چون امینی دلسوز مصلحت او را در نظر داشته باشد.»

به بیان دیگر: «وکیل نایب و امین موکل است و بیش از هر چیز باید در اندیشه حفظ منافع و رعایت مصلحت او باشد»، پس «در صورتی که وکیل رعایت مصلحت موکل را ننماید... عمل او فضولی می‌باشد.»

در تصرفات خود غبطه و مصلحت را هم رعایت کند یا چنین چیزی ضروری نیست؟

پاسخ این پرسش، برخلاف سه شرط قبلی آسان نیست و اختلافاتی در آن دیده می‌شود. در پاسخ به این سؤال، به نظر می‌رسد باید میان اولیای تصرف و مأذونین تفاوت قائل شد. اگر مأذون غیر از ولی قهری باشد باز هم اختلافی در لزوم رعایت این شرط نیست و باید آن را به عنوان شرط چهارم اجماعی به گفتار قبلی اضافه کرد، اما اگر متصرف ولی قهری باشد، میان فقها اختلاف نظر شدیدی دیده می‌شود، هرچند در اینجا نیز بسیاری از فقها رعایت غبطه را واجب دانسته‌اند و قانون مدنی هم همین نظر را ترجیح داده است.

البته در مورد ولی قهری نیز باید مسأله تزویج صغیر را استثنا کرد، زیرا در مورد این مسأله نیز نوعی اتفاق نظر بر لزوم رعایت مصلحت طفل دیده می‌شود، پس اختلاف جدی را باید در سایر تصرفاتی جستجو کرد که از سوی ولی قهری صورت می‌گیرد. آنچه گفته شد در بندهای جداگانه تشریح می‌شود.

۵-۲. اتفاق نظر در لزوم رعایت غبطه در غیر ولی قهری با تکیه بر اخلاق اسلامی: با مروری بر متون فقهی و آموزه‌های دینی و اخلاقی تردیدی باقی نمی‌ماند که اولیای تصرف، غیر از ولی قهری ملزم به رعایت غبطه در تصرفات خویش هستند و تنها در مورد اب و جد است که اختلافی دیده می‌شود، مانند آنجا که علامه حلی به صراحت فرموده است: «الضابط فی تصرف المتولی الأموال الیتامی و المجانین اعتبار الغبطة، و کون التصرف علی وجه النظر و المصلحة ... سواء کان الولی أبا أو جدأ له أو وصیا أو حاکم أو أمین حاکم» (۲). ضابطه کلی در تصرفات کسی که اموال یتیم یا مجنون را در دست دارد، آن است که غبطه مولی‌علیه را رعایت نماید و تصرفاتش با دقت و مصلحت همراه باشد... چه ولی در تصرف پدر باشد و چه جد پدری یا وصی یا حاکم شرع و یا امین (منصوب از طرف) حاکم شرع. در کتاب مفتاح‌الکرامه این حکم اجماعی معرفی شده است (۱۴) و شیخ انصاری هم وجود چنین اجماعی را بعید نمی‌داند (۱۸).

حقوقدانان نیز همین راه را پیموده‌اند، مثلاً دکتر کاتوزیان پس از بحث در مورد لزوم رعایت غبطه از سوی تیم نوشته است: «این تحلیل ویژه قیمومت نیست، چنانکه اشاره شد: در تمام چهره‌های گوناگون نمایندگی ضرورت دارد و در وکالت (نمایندگی قراردادی و اقسام ولایت اعم از ولایت قهری و وصایت و قیمومت رعایت می‌شود. همچنین مبانی آن در اداره اموال عمومی و اشخاص حقوقی (مانند شرکت‌ها) قابل استفاده است، مشروط بر اینکه قاعده مخالفی در قوانین دیده نشود» (۲۳).

چنانکه مشاهده می‌شود، در موارد بالا رعایت غبطه به عنوان یک قاعده کلی در تمام مواردی که اذن در تصرف وجود دارد، مورد تصریح قرار گرفته است. علاوه بر این، در هر مورد نیز به صورت مصداقی اشتراط صحت تصرفات مأذونین در تصرف، غیر از اب و جد تکرار شده است «و هذا الحكم اجماعی علی الظاهر».

۵-۳. اختلاف نظر در لزوم رعایت غبطه در ولی قهری: در دین مبین اسلام، نهاد خانواده دارای اهمیتی والا است، لذا خداوند متعال برای کانون خانواده احکام ویژه‌ای در نظر گرفته است. یکی از احکام اجماعی مرتبط با خانواده، ولایت پدر و پدر بزرگ بر فرزند خردسال یا فرزند بزرگسالی است که جنون و سفاحت ایشان متصل به دوران خردسالی می‌باشد. پیش از این گفته شد: طبق آموزه‌های فقهی، اصل این است که انسان‌ها بر یکدیگر هیچ‌گونه سلطه و ولایتی ندارند، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود، اما طبق نصوص پر شمار و غیر قابل انکار، پدر و جد پدری بر کودک خردسال یا کودکی که جنون و سفاحت متصل به خردسالی داشته باشد، ولایت دارند.

ولایت پدر و جد پدری مخصوص امور مالی نمی‌باشد، بلکه شامل امور غیر مالی کودک هم می‌شود. به عنوان مثال پدر می‌تواند برای تعلیم کودک او را نزد معلمی بپسارد یا او را از اموری که به دین او ضرر می‌رساند، حفظ کند، حتی پدر می‌تواند با رعایت غبطه و شرایط کودک، برای او همسر اختیار کند.

البته طبق نظر فقهای عظام، پدر و جد پدری باید شرایطی داشته باشند تا بتوانند بر کودک خویش اعمال ولایت کنند.

چیزی ممکن است؟ آیا بهتر و ممکن‌تر نیست که ولایت پدر را در هر حال بپذیریم، اما اگر استثنائاً خیانت و سوءاستفاده‌ای رخ داد، وی را عزل نماییم؟ واقعیت آن است که معمولاً پدران هر اندازه نیز که فاسق باشند، کمتر از دیگران دست خیانت به سوی اموال فرزندان خود دراز می‌کنند و موارد نادر نباید ما را به سخت‌گیری‌های بی‌دلیل و عسرت‌آفرین گرفتار کند (۲۵).

در هر صورت: ولی قهری در امورات مالی و غیر مالی مولی‌علیه با حفظ شرایط و حدود آن می‌تواند اعمال ولایت نماید، بدین‌معنا که پدر و جد پدری بر کودک خردسال خود و فرزند بزرگسال مبتلا به سفه و جنون متصل به صغر ولایت دارد و اموال او را اداره می‌کند. همچنین پدر برای نکاح دختر خود حق ولایت دارد و تزویج طفل با شرایط خاص خود مشروط به اذن اوست.

بی‌شک ولی قهری هم مانند سایر اولیای تصرف مکلف به رعایت سه شرطی است که همه اولیای تصرف باید مراعات کنند، یعنی پدر و جد پدری هم باید در حدود اذنی عمل کنند که شرع و قانون به آنان داده است. همچنین نباید در تصرف خود مرتکب تعدی و تفریط شده یا عمداً به ضرر مولی‌علیه اقدام نمایند.

#### ۵-۶. سه نظریه در باب اشتراط رعایت غبطه از

**سوی ولی قهری:** در پاسخ به این سؤال که آیا ولی قهری نیز مانند سایر اولیای تصرف مکلف به رعایت غبطه و مصلحت در تصرفات خویش است یا از این تکلیف عام مستثناست، تاکنون سه نظریه ارائه شده است: اول آنکه جواز تصرفات ولی مشروط به هیچ شرطی نیست؛ دوم آنکه ولی قهری باید غبطه و مصلحت مولی‌علیه را در تصرفات خود رعایت نماید؛ و بالاخره اینکه گفته‌اند: رعایت عدم مفسده کافی است. در بندهای بعدی این سه نظر و دلایل آن مطرح می‌شود.

گروهی از فقها معتقدند: جواز تصرفات ولی قهری چنان گسترده است که شامل تصرفاتی هم می‌شود که واجد نفع و مصلحتی نیست، حتی از برخی روایات نیز استفاده کرده‌اند که تصرفات ولی قهری می‌تواند به ضرر مولی‌علیه نیز باشد. برخی دلایل این گروه از فقها عبارت است از: ۱- اطلاق احادیثی که مال فرزند را مال پدر می‌شمارد. برای مثال، سعید بن یسار

اولین شرط داشتن اهلیت می‌باشد، یعنی ولی قهری باید بالغ، رشید، عاقل و آزاد باشد (۱۵)؛ دومین شرط اسلام است. به بیان دقیق‌تر اگر مولی‌علیه مسلمان باشد، ولی قهری او هم باید مسلمان باشد. بنا بر آنچه گفته شد، اگر ولی قهری طفلی خود اهلیت نداشتند و تحت ولایت شخص دیگری باشد، واضح است که نمی‌تواند کودک خود را سرپرستی کند و اداره اموال او را به نحو احسن انجام دهد. همچنین اگر ولی قهری دارای اهلیت بود، ولی در زمان دیگری مبتلا به جنون و سفاهت شد، ولایت او قطع خواهد شد و دیگر نمی‌تواند اعمال ولایت بر کودک خویش نماید (۱۵)؛ شرط دیگری که فقها به آن پرداخته‌اند، بحث اشتراط عدالت در ولی قهری می‌باشد. آیا ثبوت و دوام ولایت پدر و جد پدری منوط به احراز عدالت ایشان است یا خیر؟

گروهی از فقها به این سؤال جواب مثبت داده‌اند و لازمه تسلط پدر بر اموال کودک خویش را منوط به احراز عدالت وی کرده‌اند. ایشان این‌گونه استدلال کرده‌اند که تا زمانی که پدر فاسق باشد، هیچ‌گونه ولایتی ندارد، چون کودک توانایی اداره اموال خود را ندارد و اگر پدر فاسق را بر او مسلط کنیم، باعث می‌شود که اموال کودک در معرض خطر قرار گیرد؛ ثانیاً از حکمت خداوند به دور است که پدر فاسد را ولایت بخشد و قول او را نیز مورد پذیرش قرار دهد، لذا اگر پدر عادل شد، ولایت او نیز برخواهد گشت (۲۲).

در مقابل بیشتر فقها، عدالت را برای پدر و جد پدری شرط نمی‌دانند. ایشان به استناد اصل و اطلاق ادله ولایت پدر بر فرزند، به عدم شرط عدالت قائل هستند و پدر فاسق را نیز دارای ولایت می‌دانند و می‌گویند هرگاه نشانه‌های تصرف نا به جای پدر فاسق نمایان شد، حاکم او را عزل می‌نماید، حتی قبل از اینکه تصرفات سوءنمایان بشود می‌توان از اعمال پدر تحقیق و تفحص کرد (۲۴).

به عنوان تأیید این نظر، باید گفت که اشتراط این عدالت در ولایت پدر، نه امکان‌پذیر است و نه با مصالح عمومی سازگار معتبردانستن این شرایط مستلزم وجوب احراز آن است، اما آیا می‌توان وضعیت همه پدران را مورد بررسی قرار داد و سپس حکم به ولایت آنان بر فرزندانشان کرد؟ آیا چنین

نقل کرده است که «قلت لأبي عبدالله أ يحج الرجل من مال ابنة وهو صغير قال نعم قلت ي حجة الإسلام و ينفق منه قال نعم بالمعروف ثم قال نعم يحج منه و ينفق منه إن مال الولد للوالد و ليس للولد أن يأخذ من مال والده إلا بإذنه؛ از امام صادق (ع) پرسیدم: آیا شخص می‌تواند از مال فرزند صغیر خود به حج برود؟ فرمود: بله. پرسیدم: آیا می‌تواند با مال فرزند صغیرش به حج واجب برود؟ فرمود: بله، اما به اندازه متعارف هزینه کند. سپس امام فرمود: با مال فرزندش می‌تواند به حج برود و از آن مال خرج کند، زیرا مال فرزند مال پدر است، ولی مال پدر مال فرزند نیست و نمی‌تواند بدون اذن پدر از آن بردارد» (۲۶).

بالاتر اینکه در برخی احادیث، حتی خود فرزند نیز اضافه شده و گفته‌اند: فرزند و اموال او، مال پدر محسوب می‌شوند. در این خصوص روایت مشهوری از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است که طبق آن، پیامبر فرموده‌اند: «ألت و مالك لأبيك» (۲۶).

گرچه احادیث بالا دارای سند معتبری نیستند، اما شهرت آنان در میان فقها جای شک ندارد. علاوه بر این، روایت صحیح‌های از محمد بن مسلم نقل شده است که «عن أبي عبدالله (ع) قال سألته عن الرجل يحتاج إلى ال ابنة قال يأكل منه ما شاء من غير شرف ... و ذكر أن رسول الله (ص) قال لرجل أنت و مالك لأبيك؛ از امام صادق (ع) در مورد کسی سؤال کردم که به استفاده از مال فرزندش نیازمند است. حضرت فرمود: می‌تواند بدون اینکه زیاده روی نماید از مال او بخورد ... و سپس امام این را یادآوری فرمود که پیامبر به کسی فرمود: تو و اموال تو مال پدرت هستی.»

علاوه بر دو نظریه قبلی، نظر سومی نیز وجود دارد که صحت تصرفات ولی را مشروط به رعایت غبطه و مصلحت مولی‌علیه می‌داند. آنان که رعایت عدم مفسده در تصرفات ولی را کافی ندانسته و حکم به لزوم وجود مصلحت کرده‌اند، برای اثبات نظر خود به دلایلی استناد کرده‌اند که در ادامه تبیین خواهد شد.

#### ۵-۷. دلایل لزوم رعایت غبطه از سوی ولی قهری:

مطالعه کتاب‌های فقهی نشان می‌دهد که طرفداران نظریه لزوم رعایت غبطه از سوی ولی قهری به چهار دلیل اصلی

تمسک کرده‌اند. نخستین دلیل آنان آیه شریفه‌ای است که دلالت بر اشتراط مصلحت در جواز تصرفات ولی قهری می‌کند. پس از آن به فلسفه جعل ولایت قهری استناد کرده‌اند. سومین دلیل آنان نیز اصل عملی است و بالاخره به اجماع نیز استناد کرده‌اند. این چهار دلیل در بندهای بعد مورد مطالعه قرار گرفته است.

۵-۷-۱. دستور قرآن کریم: به عقیده برخی فقها عمده‌ترین دلیل برای اعتبار مصلحت، آیه شریفه‌ای است که از نزدیک شدن به مال یتیم نهی می‌کند، مگر آنکه به بهترین وجه صورت پذیرد: «ولا تقربوا مال الیتیم إلا بالتي هي أحسن.» در تبیین نحوه استدلال به این آیه گفته‌اند: آیه شریفه همگان، و از جمله جد پدری را از تصرف در مال یتیم نهی می‌کند و تنها در یک صورت اذن در تصرف می‌دهد و آن صورتی است که این تصرف به نیکوترین وجه صورت پذیرد. تصرف در مال دیگران بدون وجود مصلحت، اصلاً «حسن» نیست، چه رسد به آنکه «أحسن» باشد. ممکن است گفته شود: موضوع این آیه شریفه مال یتیم است، یعنی کسی که پدر ندارد. این در حالی است که محل بحث ما تصرف پدر در مال فرزند است. پاسخ اینکه: این آیه قطعاً شامل جد پدری می‌شود. پس اگر طفلی پدر خود را از دست دهد، جد پدری که بر او ولایت دارد مجاز به تصرف در اموال این تیم نیست، مگر آنکه به احسن وجه باشد. از سوی دیگر میان احکام پدر و احکام جد در این زمینه فرقی نیست. پس با توجه به عدم قول به فصل تکلیف مندرج در این آیه شامل پدر هم می‌شود. برخی فقها پس از بیان این استدلال، اشکال زیر را بر آن قابل طرح دانسته‌اند. آنان گفته‌اند: این آیه عام است و شاید بتوان ولایت پدر و جد پدری را تخصیصی بر آن به شمار آورد و گفت: هیچ کس مجاز به تصرف غیر احسن در اموال یتیم نیست بجز پدر و جد پدری (۲۷).

۵-۷-۲. فلسفه جعل ولایت: صدور احکام فقهی و حقوقی بی‌دلیل نیست. هر حکم فقهی و حقوقی تابع مصالح و مفاسدی است که باید به دست آیند یا از آن اجتناب شود. برای همین است که به عنوان یک قاعده کلی گفته می‌شود: احکام تابع مصالح و مفاسد هستند. توضیح اینکه یکی از

غبطه است، چراکه اصل عملی در موارد شک در معین نمودن احکام شرعی بدون وجود اماره، تکلیف ملک را مشخص می‌نماید و هرگاه در صحت معامله‌ای فرضاً ملکی که به سود مولی‌علیه نیست، تردید کنیم، استصحاب عدم نقل و بقای ملک به وضع پیشین جاری می‌گردد، چون اصل عملی در اصول فقه به معنای قواعدی که در موارد بروز شک در تعیین حکم شرعی، وظیفه عملی مکلف را پس از آنکه به دلیل و اماره‌ای (اماره) دست نیافت، روشن می‌کند.

۴-۷-۵. اجماع: دلیل چهارمی که بر لزوم رعایت غبطه و مصلحت اقامه شده، وجود اجماع است. به طور کلی اجماع محتمل المدرک است و دلیل مستقلى نیست. این اجماع به دو صورت قابل بیان است: یکی اجماعی که به طور کلی برای لزوم رعایت غبطه در همه اولیای تصرف ادعا شده است؛ و دیگری در خصوص تصرفات ولی قهری که در این حیثه نیز ادعای اجماع بر لزوم رعایت غبطه مشاهده می‌شود. لزوم رعایت غبطه مسأله‌ای اجماعی می‌باشد که اکثریت فقها با تکیه بر اخلاق اسلامی و آموزه‌های دینی در بسیاری از کتب فقهی مانند قواعد علامه حلی بر این مسأله، تصریح داشته‌اند. شیخ اعظم انصاری با اینکه خود اعتقاد به کفایت عدم مفسده دارد، ادعای اجماع بسیاری از فقها بر لزوم رعایت غبطه را نقل می‌کند، البته چنانکه معلوم است: مقصود از این اجماع، اجماع مصطلح و تبعیدی نیست، زیرا در صورت تحقق اجماع مذکور باید آن را مبتنی بر همان ادله‌ای از کتاب و سنت دانست که مطرح شد. به عبارت دیگر اجماع ادعایی بر لزوم رعایت غبطه یک اجماع مدرکی است که اساساً حجت نیست.

#### ۵-۸. لزوم رعایت غبطه کودک از منظر فقه و حقوق

**موضوعه:** در قدیمی‌ترین متون فقهی و در میان فقهای متقدم و متأخر، همواره بحث مصلحت در حوزه تفقه و فقاها مطرح بوده و هست. تأثیر مصلحت در استنباط و امتثال احکام شرعی و نقش محوری آن به عنوان پشتوانه احکام شرعی، از جمله مسائلی هستند که بین فقهای اسلام مورد عنایت و محل بحث و نزاع بوده است (۲۹).

به رغم عمومیت و فراگیری دامنه ولایت بر صغار، از منظر حقوق موضوعه، ولی قهری نمی‌تواند مولی‌علیه را در مورد

مسلمات اسلامی، خصوصاً از نظر شیعیان، این است که احکام شرعی تابع و منبعت از یک سلسله مصالح و مفاصد واقعی است، یعنی هر امر شرعی به علت یک مصلحت لازم‌الاستیفاء است و هر نهی شرعی ناشی از یک مفسده واجب الاحتراز است. خداوند متعال برای اینکه بشر را به یک سلسله مصالح واقعی که سعادت او در آن است برساند یک سلسله امور را واجب یا مستحب کرده است و برای اینکه بشر از یک سلسله مفاصد دور بماند، او را از پاره‌ای کارها منع کرده است. اگر آن مصالح و مفاصد نمی‌بود نه امری بود و نه نهی و آن مصالح و مفاصد و به تعبیر دیگر آن حکمت‌ها به نحوی است که اگر عقل انسان به آن‌ها آگاه گردد، برابر با همان حکمی است که شرع پیش‌بینی نموده است.

این است که اصولیون و همچنین متکلمین می‌گویند که چون احکام شرعی تابع و دائر مدار حکمت‌ها و مصلحت‌ها و مفسده‌هاست، خواه آن مصالح و مفاصد مربوط به جسم باشد یا به جان، مربوط به فرد باشد یا به اجتماع، مربوط به حیات فانی باشد یا به حیات باقی، پس هر جا که آن حکمت‌ها وجود دارد، حکم شرعی مناسب هم وجود دارد و هر جا که آن حکمت‌ها وجود ندارد حکم شرعی هم وجود ندارد» (۲۸).

در واقع ولایت در حقوق خانواده عبارت است از تسلط و اختیاری که قانونگذار برای اداره امور مالی فرزند به پدر و جد پدری تفویض کرده است. به عبارت دیگر شارع مقدس به این دلیل که در آن زمان تنها راه رعایت مصلحت فرزند از طریق پدر و جد پدری بود و اداره امور مالی و ازدواج فرزند، مورد توجه قرار می‌گرفت، فقط از طریق این دو مصداق عدالت را قابل تحقق می‌داند و آن را امضا نموده است. در فقه امامیه و سایر مذاهب، مقام ولایت قهری به پدر و جد پدری داده شده است. حال که مشخص گردید که هیچ حکمی در فقه و حقوق غیر معقول نیست و برای رسیدن به هدفی جعل می‌شود، به طور قاطع می‌توان ادعا کرد که این احکام برخلاف علت جعل آن‌ها و فلسفه تشریح آن‌ها قابل اجرا نیست، در غیر این صورت تخطی از غرض، غیرعقلانه خواهد بود.

۳-۷-۵. اصل عملی بر فرض شک: در اعتبار این شرط، نتیجه اجرای اصل عملی نیز مقتضی پذیرش لزوم رعایت

لزوم رعایت غبطه مولی‌علیه را می‌توان یک مسأله اجماعی دانست. اکثریت فقها با تکیه بر اخلاق اسلامی و آموزه‌های دینی در بسیاری از کتب فقهی ادعای اجماع در این موضوع کرده‌اند. دکترین حقوقی نیز بر این عقیده استوار می‌باشند.

بنابراین از منظر فقها و دکترین حقوقی تصرفات و معاملات کودک در صورتی صحیح قلمداد می‌شود که غبطه و مصلحت طفل مد نظر باشد. فقهای امامیه با تکیه بر اخلاق اسلامی معتقدند که پدر و جد پدری باید نسبت به طفل غبطه مالی داشته باشند، اما در مورد غیر سرپرست سکوت کرده‌اند. در واقع اگرچه فقها صراحتاً تکلیفی در این خصوص تعیین نکرده‌اند، اما مبانی و اخلاق اسلامی ایجاب می‌کند که همگان در این زمینه رعایت غبطه نمایند و در این زمینه، دلالت اولویت نیز وجود دارد، به این صورت که: اگر در موقعیتی برای ولی قهری رعایت غبطه لازم باشد، ولی غیر قهری باید غبطه و مصلحت را به طریق اولی رعایت نماید. بنابراین زمانی که جعل ولایت صورت پذیرفت و مشخص گردید که هیچ حکمی در فقه و حقوق غیر معقول نیست و برای رسیدن به هدفی جعل می‌شود، به طور قاطع می‌توان ادعا کرد که این احکام برخلاف علت جعل آن‌ها و فلسفه تشریح آن‌ها قابل اجرا نیست؛ در غیر این صورت تخطی از غرض، غیر عاقلانه خواهد بود که به همین دلیل، بحث غرض در احکام شرعی برجسته می‌شود.

#### ۷. تشکر و قدردانی

ابراز نشده است.

#### ۸. سهم نویسندگان

در انجام این تحقیق، نویسندگان به نحو ذیل ایفای نقش نموده‌اند:

محمدهادی شریفی: نگارش مقاله.

علی رفیعی مقدم: ارائه راهنمایی و نظارت بر نگارش مقاله.

محمدحسین جعفری: ارائه مشاوره در تنظیم مقاله.

#### ۹. تضاد منافع

در این پژوهش هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

شوون مولی‌علیه به میل و سلیقه خویش هر تصمیم یا تصرفی را در خصوص اموال او عملی سازد، بلکه همان‌گونه که بسیاری از دکترین حقوقی ابراز داشته‌اند، ولی قهری موظف است در این قبیل تدابیر و تصرفات مصلحت و غبطه مولی‌علیه را رعایت نماید و نباید عملی را برخلاف غبطه و مصلحت مولی‌علیه انجام دهد (۳۱-۳۰).

در واقع 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 پایه معیارهای عرفی درک‌کردنی 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 (۳۲).

#### ۶. نتیجه‌گیری

با تأسی از آموزه‌های اخلاق اسلامی، آنچه اختیارات ولی قهری را محدود می‌کند، غبطه و مصلحت صغیر است. بنابراین شخصی که امین مولی‌علیه محسوب می‌گردد، باید در اعمال خود، مصلحت مولی‌علیه را رعایت نماید و نمی‌تواند عملی برخلاف مصلحت او انجام دهد. قانون مدنی صراحتاً در این زمینه تکلیفی را تعیین کرده و ولی را ملزم به رعایت غبطه کودک نموده است؛ ضمناً ملاک شناخت غبطه و رعایت آن، عرف است و مرجعی که باید آن را تشخیص دهد و تطبیق نماید، شخص مأذون در تصرف می‌باشد. در واقع کودکان به لحاظ ضعف و ناتوانی در جسم و روان، از تصرف در امور مالی خویش ممنوع (محجور) شده و برای مراقبت و حمایت همه‌جانبه تحت سرپرستی و ولایت قرار گرفته‌اند، به گونه‌ای که تمام شوون و امور مربوط به آن‌ها (نگهداری، تربیت، آموزش و اداره 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 غبطه کودک است، به گونه‌ای که هر اقدام و تصرفی از سوی سرپرست کودک را متأثر می‌سازد.

## References

1. Al-Fayoumi A. Misbah al-Munir. Beirut: The Scientific Library; 1997. p.42. [Arabic]
2. Allama Helli H. Tadhkirat al-Fuqaha. Qom: Aal al-Bayt Institute; 1993. p.80. [Arabic]
3. Mousavi Bojnurdi SM. Examining the role of ethics in jurisprudence and law. *Baztab Andisheh Magazine*. 2006; 5(83): 89-92. [Persian]
4. Payandeh AQ. Nahj al-Fasaha: a collection of sayings of the Prophet. Tehran: Donyaye Danesh; 2004. p.345. [Persian]
5. Hakim SMT. The General Origins of Comparative Jurisprudence. Qom: Publications of the World Forum of Approximation of Islamic Religions; 1995. p.381. [Arabic]
6. Majlesi MB. Bahar al-Anwar. Beirut: Wafa Institution; 2010. p.372. [Arabic]
7. Jafari Langrudi MJ. Civil Law; Book of Wills. Tehran: Ganj-e Danesh; 2018. p.335. [Persian]
8. Safaei SH. The Course of Introduction to Civil Law. Tehran: Mezan; 2020. p.107. [Persian]
9. Jafari Langroudi MJ. Terminologi of Law. Tehran: Ganj-e Danesh; 2015. p.487. [Persian]
10. Katouzian N. Civil Law in the Current Legal Order. Tehran: Mezan; 2020. p.648. [Persian]
11. Al-Jaba'i Al-Amili AA. Shariah Lessons in the Fiqh of the Imamiyyah. Qom: Islamic Entesharat Office; 2014. p.100. [Arabic]
12. Helli H. Irshad al-Azhan Ila Ahkam Aliman. Qom: Islamic Entesharat Office; 2008. p.392. [Arabic]
13. Karaki A. Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qa'waid. Qom: Ahl al-Bayt Foundation; 2009. p.128. [Arabic]
14. Amoli J. Miftah Al Karama Fi Sharh Qawaid Le Allama. Qom: Qom Islamic Publications; 2016. p.423. [Arabic]
15. Hakim SM. Mostamsek al-Urwa al-Wothqi. Beirut: Arab Heritage Revival House; 2003. p.446. [Arabic]
16. Khomeini SR. Tahrir al-Wasilah. Qom: Dar al-Ilm Foundation; 2012. p.3. [Persian]
17. Helli H. Tadhkirat al-Fuqaha. Qom: Founder of Aal al-Bayt; 2011. p.243. [Arabic]
18. Ansari, M. Al-Makasib. Qom: Publications of Sheikh Azam; 2015. p.539. [Arabic]
19. Sheikh Tusi AJ. Al-Mabsut fi Imamiyyah Fiqh. Tehran: Al-Murtazawi Office; 2007. p.200. [Arabic]
20. Helli M. Al-Saraer al-Hawi le Tahrir Al-Fatawa. Qom: Islamic Publications Book; 2014. p.441. [Arabic]
21. Helli H. Qavaed Al-Ahkam Fi. Maarefat Al-Halal va Al-Haram. Qom: Islamic Entesharat Office; 2008. p.337. [Arabic]
22. Helli M. Izah Alfavaed Fi Sharh Moshkelat Alghavaed. Qom: Ismailian Foundation; 2004. p.312. [Arabic]
23. Katuzian N. Family Law. Tehran: Majd; 2019. p.284. [Persian]
24. Najafi MH. Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharai' al-Islam. Beirut: Arab Heritage Revival House; 2003. p.24. [Arabic]
25. Ismaili M. Judgment of Velayat Qahri, Daneshgah of Imam Sadiq. Tehran: Imam Sadegh University Publisher; 2017. p.55. [Persian]
26. Hurr Amili MH. Wasa'il al-Shia. Qom: Al-Bayt Publisher; 2011. p.244. [Arabic]
27. Khoei SAQ. Misbah al-Faqahah. Qom: Feqahat School; 2002. p.264. [Arabic]
28. Motahari M. Collection of works. Tehran: Sadra Publications; 2011. p.23. [Persian]
29. Rahbar M. Comparing the position of expediency in Imamiyyah and Sunni jurisprudence. *Journal of Religion and Communication*. 2003; 4(17): 107-158. [Persian]
30. Safaei SH, Emami A. Family Law. Tehran: Mizan Publications; 2021. p.169. [Persian]
31. Saket MH. Personality and Competence in Iranian Civil Law. Tehran: Jangal Publications; 2007. p.251. [Persian]
32. Saberi H. Fiqh and customary expedients. Qom: Boostan Kitab; 2005. p.133. [Persian]