

داکتر سید حسین صفائی

بسمه تعالی

شرح و تفسیری بر ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاح موادی از قانون مدنی

مقدمه

۱- به موجب مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ پیشین قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ (۱) قانونگذار سن ۱۸ سال تمام شمسی را برای اهلیت تصرف و استیفاء، در مورد پسر و دختر، تعیین کرده بود. در واقع نویسندگان قانون مدنی سن ۱۸ سال تمام را به عنوان اماره قانونی رشد در نظر گرفته بودند. لیکن این اماره تغییر پذیر بود. بدین معنی که هم رشد شخص پس از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و قبل از هجده سالگی قابل اثبات بود و هم عدم رشد او بعد از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام. به دیگر سخن، قانون با توجه به عرف و اوضاع و احوال و مصلحت جامعه، شخصی را که به سن ۱۸ سال تمام رسیده بود رشید فرض می کرد و در معاملات و اعمال حقوقی

(۱) - ماده ۱۲۰۹ پیشین قانون مدنی: «هرکس که دارای هجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است. معذک در صورتی که بعد از ۱۵ سال تمام، رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج می شود.»

ماده ۱۲۱۰ پیشین قانون مدنی: «هیچکس را نمی توان بعد از رسیدن به ۱۸ سال تمام به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.»

به او آزادی و استقلال می‌داد، مگر اینکه جنون یا عدم رشد (سفه) او در دادگاه ثابت می‌شد، همچنین به فردی که به سن پانزده سال تمام رسیده بود اجازه می‌داد که با اثبات رشد در محکمه از حجر خارج گردد. نظر کلی حقوقدانان و فقهای که دست‌اندر کار مسائل قضائی و قانونگذاری بودند بر این بود که مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ مابینتی با فقه امامیه ندارد، چه مواد مزبور سن بلوغ شرعی را تغییر نداده و فقط در راه مصلحت جامعه و براساس ظاهر و غلبه اماره‌ای برای رشد که یکی از شرایط اهلیت و خروج از حجر در فقه اسلامی است تعیین کرده است.

۲- بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، به سال ۱۳۶۱، ضمن اصلاحاتی که بوسیله کمیسیون امور قضائی مجلس شورای اسلامی در قانون مدنی، به منظور انطباق کامل آن با فقه امامیه به عمل آمد - اصلاحاتی که به طور آزمایشی به مدت پنج سال لازم‌الاجرا شناخته شده بود - ماده ۱۲۰۹ قانون - مدنی حذف و ماده ۱۲۱۰ به شرح زیر اصلاح گردید:

«هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان 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.»

۳- قابل ذکر است که ماده ۱۲۰۹ در متن نخستین مواد اصلاحی منتشر در روزنامه رسمی جمهوری اسلامی و مجموعه قوانین سال ۱۳۶۱ (۲) حذف نشده بود ولی به موجب نامه شماره ۴۱۶ مورخ ۱۳۶۲/۵/۳۱ رئیس کمیسیون امور قضائی به عنوان شورای عالی قضائی

(۲) - مجموعه قوانین سال ۱۳۶۱، نشریه سازمان روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۶۳ به بعد.

اعلام گردید که «ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی در مصوبه کمیسیون امور قضائی حذف گردیده است و درج آن در مجموعه‌های چاپ شده اشتباه است.» (۳) بدیهی است که با اصلاح ماده ۱۲۱۰ به شرح فوق و لغو سن هجده سال به عنوان اماره رشد و سن اهلیت قانونی، ماده ۱۲۰۹ می‌بایست حذف گردد و آن ماده قابل جمع با ماده ۱۲۱۰ اصلاحی نبود.

۴- نظر به اهمیت موضوع، در این مقاله نخست ماده ۱۲۱۰ اصلاحی را که اشکالات علمی و عملی متعددی دارد مورد بحث قرار می‌دهیم و سپس از ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید اصلاح موادی از قانون مدنی، براساس متنی که به تصویب کمیسیون امور قضائی مجلس رسیده و طی گزارشی از کمیسیون به مجلس تقدیم شده است، سخن می‌گوئیم و بالاخره به نتیجه‌گیری از بحث می‌پردازیم.

بخش اول - ماده ۱۲۱۰ اصلاحی

۵- ماده ۱۲۱۰ اصلاحی، به شرحی که در فوق ذکر شد، مشتمل بر یک عبارت اصلی و دو تبصره است. در عبارت اصلی که قسمت اول ماده را تشکیل می‌دهد مقرر شده است که «هیچکس رانمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.» ظاهر عبارت مفید این معنی است که انسان با رسیدن به سن بلوغ شرعی از حجر خارج شده، در معاملات و اعمال حقوقی خود استقلال پیدا می‌کند، مگر اینکه جنون یا عدم رشد او در دادگاه ثابت گردد. تفاوت این عبارت با ماده ۱۲۱۰ پیشین قانون مدنی در این است که در ماده پیشین رسیدن به سن هجده سال تمام، جز در صورت اثبات جنون یا سفه، موجب خروج از حجر شناخته شده بود، لیکن در ماده اصلاحی رسیدن به سن بلوغ شرعی موجب رفع حجر است، مگر اینکه

(۳) - مجموعه قوانین سال ۱۳۶۲، نشریه همان سازمان، ص ۴۴۵.

جنون یا عدم رشد در دادگاه ثابت گردد.

۶- در تبصره يك ماده ۱۲۱۰ اصلاحی سن بلوغ براساس فقه امامیه تعیین شده است. این سن در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است. در قانون مدنی، قبل از اصلاحات سال ۱۳۶۱، به سن بلوغ شرعی اشاره نشده بود. البته قانونگذار در پاره‌ای مواد از جمله مواد ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مدنی کلمه بالغ را بکار برده ولی آن را تعریف نکرده بود. بنابراین تعیین سن بلوغ در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ براساس فقه امامیه از اضافات والحاقت جدید است. باید اضافه کرد که سن پانزده سال در پسر و سن ۹ سال در دختر در واقع اماره بلوغ طبیعی و فیزیولوژیکی است که در حقوق اسلامی منشاء اثر حقوقی تلقی شده است ولی نشانه منحصر به فرد بلوغ نیست. چنانکه فقهای امامیه گفته‌اند، بلوغ دارای نشانه‌های دیگری نیز می‌باشد که با اثبات هر یک از آنها شخص بالغ محسوب می‌گردد (۴).

۷- در تبصره دو ماده ۱۲۱۰ قاعده‌ای آمده است که آن نیز مبتنی بر قرآن و فقه است. به موجب این تبصره تسلیم اموال صغیر به او پس از بلوغ مشروط به اثبات واحراز رشد شده است، یعنی اگر مالی از صغیر در دست ولی یا شخص دیگری باشد، پس از رسیدن صغیر به سن بلوغ، در صورتی مال مزبور به تصرف او داده خواهد شد که رشدش ثابت شده باشد. مبنای اصلی این قاعده آیه ۶ از سوره نساء است (۵).

اشکالی که در بادی نظر در ماده ۱۲۱۰ اصلاحی به چشم می‌خورد

(۴) - این نشانه‌ها عبارت از روئیدن موهای خشن بر پشت آلت تناسلی و بیرون آمدن نطفه از مخرج معتاد. حیض و بارداری بنا بر فقه امامیه از نشانه‌های بلوغ به شمار نیامده، هر چند که کاشف از آن است که بلوغ قبلاً حاصل شده است (شرایع، چاپ عبدالرحیم، ص ۱۰۸؛ تحریر الوسیله، چاپ قم، جلد ۲، کتاب الحجر، مسأله ۳، ص ۱۳).

(۵) - «وابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم» (یتیمان را آزمایش کنید. پس اگر در آنان رشدی یافتید، اموالشان را به آنان بدهید).

تعارض قسمت اول ماده با تبصره ۲ آن است که تفسیرهایی در جهت حل آن ارائه شده است.

الف - تعارض قسمت اول ماده با تبصره ۲ آن.

۸- چنانکه گفتیم، از ظاهر قسمت اول ماده ۱۲۱۰ چنین برمی آید که صغیر به محض رسیدن به سن بلوغ از حجر خارج می شود و دیگر نمی توان او را محجور تلقی کرد، مگر اینکه عدم رشد یا جنون او در دادگاه ثابت شده باشد، حال آنکه تبصره ۲ ماده دادن اموال صغیر را به او، حتی پس از رسیدن به سن بلوغ، منع می کند، مگر آنکه رشد او ثابت شده باشد. بنابراین، تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ با اصل ماده ظاهراً متعارض است. به موجب اصل ماده، صغیر با رسیدن به سن بلوغ اصولاً از حجر خارج می گردد و در اعمال حقوقی خود استقلال پیدا می کند و واجد اهلیت شناخته می شود، در حالی که طبق تبصره ۲ رسیدن به سن بلوغ برای خروج از حجر کافی نیست و برای تحقق اهلیت و رفع حجر، علاوه بر بلوغ، رشد هم لازم است. در اصل ماده، خروج از حجر يك شرط دارد که عبارت از بلوغ است؛ لیکن در تبصره ۲ برای خروج از حجر و دادن اموال به تصرف صغیر و استقلال مالی وی دو شرط مقرر شده است: یکی بلوغ و دیگری رشد.

از آنجا که اصولاً قانونگذار قانون متعارض وضع نمی کند و نباید کار غیر معقولی را به قانونگذار نسبت داد، کوششهایی از سوی حقوقدانان و مراجع قضائی، برای حل تعارض ظاهری، از طریق تفسیر ماده ۱۲۱۰، بعمل آمده است که ذیلاً آنها را مورد بحث قرار می دهیم.

ب - نظریه های مختلف در حل تعارض

سه نظریه در حل تعارض بین صدر و ذیل ماده ۱۲۱۰ ارائه شده که

یکی از کمیسیون استفتائات شورایعالی قضائی و دومی از یکی از استادان حقوق و سومی از هیأت عمومی دیوانعالی کشور است.

۱- نظر کمیسیون استفتائات

۹- برای حل تعارض، کمیسیون استفتائات شورایعالی قضائی نظریه‌های متعددی در پاسخ به سئوالات مطروحه صادر کرده است که تفاوت اساسی باهم ندارند.

نخست در نظریه مورخ ۶۲/۷/۲۶ اعلام کرده است که: «ماده ۱۲۱۰ ناظر به حکم به حجر است در اموال وی و تبصره ۲ منضم به ماده ناظر است به اداره مال صغیر که در اختیار دیگری است که با احراز رشد پس از بلوغ به وی ادا می‌شود والا در اختیار وی باقی خواهد ماند.» (۶)

سپس کمیسیون مزبور در نظریه مورخ ۶۲/۱۲/۱۸ ضمن توضیح بیشتر درباره موضوع، اعلام داشته است که:

«... برابر ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، اصل بر رشد دختر و پسر پس از رسیدن به سن بلوغ است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. با وجود این با توجه به تبصره ۲ ماده مذکور، اموال دختر و پسری که به سن بلوغ رسیده‌اند نمی‌توان به تصرف آنها داد، مگر اینکه رشدشان ثابت شده باشد...» (۷).

بالاخره همان کمیسیون در نظریه مورخ ۱۳۶۳/۲/۸ که مشروحتر از نظریه‌های قبلی است با وضوح بیشتری اعلام داشته است که موضوع ماده ۱۲۱۰ اصلاحی غیر از موضوع تبصره ۲ ماده است: اصل ماده ۱۲۱۰ مربوط به اموالی است که در زمان بلوغ در تصرف صغیر است. نسبت به این اموال

(۶) - مجموعه پاسخ و سئوالات از کمیسیون استفتائات شورایعالی قضائی، جلد اول،

۱۳۶۲، ص ۱۲.

(۷) - همان مأخذ، ص ۱۹.

مجرد 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 (۷).

۱۰- این تفسیر با اینکه با ظاهر ماده وفق می‌دهد از جهات زیر قابل ایراد است :

اولاً از نظر منطقی درست نیست، چه اگر خروج از حجر متوقف به احراز رشد باشد، چه فرق می‌کند که اموال صغیر در زمان رسیدن به حد بلوغ در تصرف خود او باشد یا در تصرف شخص دیگر؟ اگر مصلحت

(۷) - برای مزید اطلاع متن پاسخ کمیسیون استفتائات عیناً به شرح زیر نقل می‌شود:
 «به موجب مفاد ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی و مفاد تبصره یک آن، هر کسی که به سن بلوغ رسیده است نسبت به اموال و املاکی که در ید او قرار دارد تسلط و حق تصرف را دارد و هیچ کس اعم از ولی قهری و قیم من قبله و حاکم شرع نمی‌تواند او را به دلیل عدم ثبوت رشد یا عقل از تقلب و تصرف در چنین اموال (اموالی که تحت ید بالغ است) محجور و ممنوع نماید، بلکه مجرد بلوغ کافی است در اینکه او مستقل در تمام تصرفات باشد ولو به صورت خرید و فروش و نقل و انتقال. و همچنین به مجرد بلوغ نسبت به اقدام به حقوق و آثار متعلقه به چنین اموال استقلال پیدا می‌کند. لیکن در این فرصت ثبوت و احراز عدم رشد مانع است و همچنین ولی و وصی و غیره نمی‌تواند بدون اذن شخص بالغ (صاحب مال) در املاک و اموالی که در حین بلوغ در تحت ید و تصرف او بوده دخالت کرده و تصرف یا نقل و انتقال نماید. و اما در مورد اموالی که قبل از تحقق بلوغ تا زمان بلوغ صغیر در تصرف و تحت ید کس دیگر بوده، خواه به صورت امانت یا از راه وصایت یا از راه دیگری (ولو نامشروع باشد) بنا به مقتضای تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ نمی‌توان چنین اموال را به محض رسیدن به سن بلوغ تحویل و در تصرف صاحب مال قرارداد؛ بلکه در تحویل این گونه اموال و املاک، علاوه بر بلوغ، احراز رشد نیز لازم است. به طور خلاصه صغیری که به حد بلوغ رسیده ولیکن رشد آن مشکوک یا معلوم‌العدم است نسبت به این قبیل اموال محجور است، یعنی حجر آن ادامه دارد و رفع حجر در این گونه موارد موقوف به احراز رشد شخص می‌باشد.» (مجموعه پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضائی، جلد دوم، ۱۳۶۳، ص ۳۹ و ۴۰).

صغیر در این است که به مجرد بلوغ در اداره اموال و تصرفات مالی خود استقلال پیدا نکند، بلکه اهلیت تصرف و استقلال مالی او مشروط به دو شرط بلوغ و رشد باشد، دیگر نباید در این زمینه بین اموالی که در ید خود او و اموالی که در ید دیگران است فرق گذاشت. صرف وجود مال در تصرف صغیر در زمان بلوغ که ممکن است با اذن ولی یا بدون اذن او باشد نباید سبب شود که مالک بدون اینکه رشد و توانائی او در اداره اموال به نحو عقلائی احراز شود، حق تصرف و انجام عمل حقوقی نسبت به آن را داشته باشد. بعلاوه وجود اموال در تصرف صغیر یک امر استثنائی است و این امر استثنائی نباید مبنای یک قاعده کلی و اصلی در تصرفات صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ باشد.

ثانیاً این راه حل برخلاف مصلحت صغیر است که مبنای حجر او را تشکیل می‌دهد، چه احتمال زیاد می‌رود دختر ۹ ساله یا پسر ۱۵ ساله‌ای که رشدش احراز نشده در صورت خروج از حجر نسبت به اموالی که در ید اوست تصرفات غیر عاقلانه انجام داده، به زیان خود اقدام نماید. ثالثاً نظر یاد شده با فقه امامیه که باید مبنای اصلی تفسیر قانون در جمهوری اسلامی باشد وفق نمی‌دهد؛ چرا که طبق فتوای فقهای امامیه که حتی ادعای اجماع بر آن شده است، به طور کلی، رفع حجر از صغیر متوقف بر وجود دو صفت بلوغ و رشد است و تفاوتی بین اموالی که در تصرف صغیر است و اموالی که در ید اشخاص دیگر می‌باشد قائل نشده‌اند.

صاحب جواهر در این خصوص چنین می‌گوید :

«اما صغیر تا زمانی که دو صفت بلوغ و رشد برای او حاصل نشده محجور است و در آن اختلافی نیافته‌ام بلکه اجماع به هر دو گونه‌اش (منقول و محصل) بر آن است بلکه کتاب و سنت هم بر آن دلالت دارند...» (۸)

(۸) - «اما الصغیر محجور علیه، ما لم يحصل له وصفان: البلوغ والرشد، بلاخلاف اجده

۱۱- بعضی از مؤلفان در توجیه تفسیر مذکور گفته‌اند: به نظر اکثر فقها رفع حجر به ثبوت دو شرط بلوغ و رشد محقق می‌شود ولی گروه دوم از فقها بلوغ را شرط اساسی برای امکان تصرفات مالی صغیر کرده‌اند و گروه سوم رشد را ملاک نهایت دوره حجر صغیر می‌دانند، سپس اظهار نظر کرده‌اند که: «ماده اصلاحی ۱۲۱۰ ق.م. ظاهراً جمع بین فتاوی دو گروه نخست از فقها... را مورد توجه قرار داده است، بدین ترتیب که قاعده کلی را فتوای گروه دوم قرار داده و در مورد خاص استرداد اموال صغیر فتوای گروه اول را انتخاب نموده است (۹).

مؤلف یاد شده در مورد نظر گروه دوم به تحریر الوسیله و جامع الشتات استناد کرده است (۱۰)، لیکن آنچه از تحریر الوسیله و جامع الشتات در تأیید قول دوم نقل شده وافی به مقصود نیست؛ بلکه بر عکس از این کتابها، حتی از عباراتی که مؤلف محترم نقل کرده، چنین استنباط می‌شود که رفع حجر منوط به تحقق دو صفت بلوغ و رشد است. به هر حال تا آنجا

→

فیه، بل الاجماع، بقسمیه علیه، بل الكتاب والسنة دالان علیه ایضاً (جواهر، چاپ جدید، ج ۲۶، تهران ۱۳۹۴ هجری قمری، ص ۴. عبارت تأکید شده از متن شرایع است). در صفحه ۴۸ همان کتاب نیز چنین آمده است: الوصف الثانی الذی یتوقف علیه رفع الحجر الرشد فی المال بلاخلاف اجده فیه بل الاجماع بقسمیه علیه، بل الكتاب والسنة دالان علیه ایضاً. در تحریر الوسیله نیز همین مطلب یا عبارت زیر بیان شده است: «لا یکفی البلوغ فی زوال الحجر عن الصبی بل لابد معه من الرشد وعدم السفه بالمعنی الذی سنینه» (ج ۲، چاپ قم، کتاب حجر، مسأله ۴، ص ۱۳).

(۹) - دکتر سید حسین عنایت، بررسی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۲، فصلنامه حق، دفتر یکم، ۱۳۶۴، ص ۷۵ و ۷۶.

(۱۰) - همان مأخذ پاورقی شماره ۵۰، ص ۹۶. عین عبارتی که در این پاورقی آمده چنین است «تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۲ مسأله ۱: «الصغیر وهو الذی لم یبلغ حد البلوغ محجور علیه شرعاً» معذک در مسأله ۴ به لزوم رشد اشاره شده است، ولی گفته شده است که بلوغ باید همراه رشد و عدم سفاهت باشد. اما مؤلف جامع الشتات (کتاب الحجر، ص ۱۹۹) در پاسخ به این سؤال که هرگاه بلوغ جنسی ثابت شود و رشدی ثابت نباشد تصرفاتش چگونه است؟ گفته است: «در صورتی که عدم رشدش ثابت باشد، تصرفاتش باطل است و ظاهر این است که در صورت تشکیک در حصول رشد هم در حکم غیر رشید است.»

که ما بررسی کردیم و عبارت صاحب جواهر هم آن را تأیید می‌کند، در فقه امامیه، کسی قائل به رفع حجر از صغیر به صرف رسیدن به سن بلوغ و بدون احراز رشد نمی‌باشد و استنباط چنین قولی از تحریر الوسیله و جامع‌الشتات درست نیست.

۲- نظریه دیگر در تفسیر ماده ۱۲۱۰

۱۲- نظریه دیگری که برای رفع تعارض بین صدر و ذیل ماده ۱۲۱۰ اظهار شده این است که «ماده ۱۲۱۰ ناظر به موردی است که اموال صغیر پس از اثبات رشد به او داده شده است» (۱۱) این نظر که کوششی علمی برای حل مسأله است تعارض بین صدر و تبصره ۲ ماده را از بین می‌برد و ماده مزبور را با فقه امامیه هماهنگ می‌کند، ولی با عبارت ماده و معنی عرفی آن چندان سازگار است که باید آن را اجتهاد در مقابل نص تلقی کرد. در واقع براساس این نظریه باید کلمات «و پس از اثبات رشد» بعد از کلمه بلوغ به ماده افزوده شود و چنین تغییری با منطوق ماده و مقصود قانونگذار سازگار نیست. به نظر می‌رسد بهترین راه حلی که در تفسیر ماده ۱۲۱۰ ارائه شده نظر هیأت عمومی دیوانعالی کشور است که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳- نظریه هیأت عمومی دیوانعالی کشور

۱۳- هیأت عمومی دیوانعالی کشور در یک رأی وحدت رویه به شماره ۳۰ مورخ ۶۴/۱۰/۳ تفسیری قابل قبول از ماده ۱۲۱۰ اصلاحی و تبصره ۲ آن به دست داده است و مسأله را در جهتی که با فقه امامیه منطبق بوده تا حدی حل کرده است.

بین دادگاههای عمومی فسا و جهرم در استنباط از ماده ۱۲۱۰

(۱۱) - دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران

قانون مدنی اختلاف نظر وجود داشته است، بدین توضیح که در مورد پاره‌ای اشخاص که به سن بلوغ رسیده بودند ولی رشدشان محرز نبوده است دادگاه عمومی فسا، طبق درخواست دادسرا، اقدام به نصب قیم نموده ولی دادگاه عمومی جهرم پیشنهاد دادسرا را به لحاظ کبیر بودن اشخاص رد کرده است و بدین جهت برای ایجاد وحدت رویه از هیأت عمومی دیوان عالی کشور درخواست اتخاذ تصمیم شده است. نظر دادستان کل کشور در این مورد چنین بوده است :

«در رابطه با نصب قیم نسبت به فرزندان متوفی که به سن بلوغ شرعی رسیده‌اند با توجه به تحریر الوسیله، باب حجر، تا زمانی که رشد ثابت نشد هاست محجورند و باید برای آنان نصب قیم شود.»

هیأت عمومی پس از بررسی موضوع بالا همین نظر را پذیرفته و چنین رأی داده است :

«ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اصلاحی هشتم دیماه ۱۳۶۱ که علی‌القاعده رسیدن صغار به سن بلوغ را دلیل رشد قرار داده و خلاف آنرا محتاج به اثبات دانسته ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود می‌باشد، مگر در مورد امور مالی که به حکم تبصره ۲ ماده مرقوم مستلزم اثبات رشد است. به عبارت دیگر صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ و اثبات رشد می‌تواند نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهده‌ی یا قهری قبل از بلوغ مالک شده مستقلاً تصرف و مداخله نماید و قبل از اثبات رشد از این نوع مداخله ممنوع است. براین اساس، نصب قیم به منظور اداره امور مالی و استیفاء حقوق ناشی از آن برای افراد فاقد ولی خاص پس از رسیدن به سن بلوغ و قبل از اثبات رشد هم ضروری است. بنابراین، رأی دادگاه عمومی حقوقی فسا، قائم مقام دادگاه مدنی خاص، در حدی که باین نظر

مطابقت دارد صحیح تشخیص می‌شود. این رأی برطبق ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷ برای دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.» (۱۲)

۱۴- از این رأی که در موارد مشابه لازم‌الاتباع است چنین برمی‌آید که :

اولاً طبق نظر هیأت عمومی، ماده ۱۲۱۰ که اصولاً رسیدن به سن بلوغ را نشانه رشد و موجب رفع حجر دانسته ناظر به کلیه امور صغیر بجز امور مالی است که به موجب تبصره ۲ از حکم ماده استثنا شده است. ثانیاً برابر تبصره ۲ ماده مزبور، رفع حجر از صغیر و استقلال او در امور مالی مشروط به دو شرط بلوغ و رشد است و قبل از احراز رشد مداخله و تصرف او در اموالش ممنوع می‌باشد، اعم از اینکه اموال مزبور در تصرف خود او باشد یا در تصرف اشخاص دیگر.

بنابراین تفسیر، صغیر به محض رسیدن به سن بلوغ در امور غیر مالی مانند حضانت - طلاق - اقرار به نسب - شهادت در یک امر غیر مالی، اقرار به جرمی که موجب قصاص است از حجر خارج شده، می‌تواند مستقلاً عمل نماید. اما در امور مالی، رسیدن به این سن کافی برای رفع حجر نیست و استقلال در تصرفات مالی و رفع حجر در این امور نیاز به اثبات واحراز رشد دارد.

۱۵- این نظر هر چند که تعارض بین صدر و ذیل ماده را رفع و ماده را با فقه امامیه تاحدی هماهنگ می‌سازد و با ظاهر ماده هم منافاتی ندارد، دارای این اشکال است که رفع حجر از صغیر به صرف رسیدن به سن بلوغ را به عنوان اصل می‌پذیرد و شرط رشد در امور مالی را استثنائی بر اصل مزبور تلقی می‌کند، در حالی که از متون فقهی ظاهراً چنین برمی‌آید که رفع حجر با دو شرط بلوغ و رشد اصل، و خروج از حجر و استقلال صغیر در امور غیر مالی به صرف رسیدن به حد بلوغ استثناء است.

بعلاوه نظر و تفسیر یاد شده مشکل فقدان اماره رشد را حل نمی کند. چنانکه در رأی هیأت عمومی آمده است، استقلال صغیر در امور مالی پس از رسیدن به سن بلوغ متوقف بر اثبات رشد است و علی القاعده اثبات رشد باید در دادگاه صورت گیرد و احراز رشد بر عهده محکمه است. و بالنتیجه در هر مورد باید برای اثبات رشد و رفع حجر از صغیری که به سن بلوغ رسیده است به دادگاه مراجعه شود و این امر هم دستگاه قضائی را دچار تراکم شدید می کند و هم موجب عسر و حرج برای مردم است. حال ببینیم چه راه حلی برای این مشکل می توان یافت؟

۱۶- در عمل دادگاهها و دفاتر اسناد رسمی و بانکها و دیگر مؤسسات دولتی یا خصوصی، بنابر عادت و سنت قدیم، سن ۱۸ سال را نشانه رشد به شمار آورده و گواهی یا حکم دادگاه را مبنی بر احراز رشد و رفع حجر مطالبه نمی کنند، مگر در مواردی که شخصی که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده است بخواهد معامله یا عمل حقوقی دیگری انجام دهد و از اینرو اشکال و خطر ناشی از لغو اماره رشد چندان محسوس نیست. با حذف ماده ۱۲۰۹ و اصلاح ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و لغو سن ۱۸ سال به عنوان اماره رشد توجیه حقوقی این رویه و پیدا کردن مبنای حقوقی برای آن دشوار است. معینا بعضی از حقوقدانان سعی دارند رویه مزبور را با اصول و موازین حقوقی توجیه کنند.

۱۷- بعضی از حقوقدانان بر آنند که سن هجده سال به عنوان اماره رشد، طبق قانون (ماده واحده) راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۳ (۱۳)

(۱۳) - «ماده واحده - از تاریخ اجرای این قانون در مورد کلیه معاملات و عقود و ایقاعات به استثناء نکاح و طلاق، محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی باید کسانی را که به سن ۱۸ سال تمام شمسی نرسیده اند، 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 شمسی تمام رسیده اند، در محاکم عدلیه و ادارات دولتی و دفاتر اسناد رسمی رشید محسوب می شوند، مگر آنکه عدم رشد آنها به طرفیت مدعی العموم در محاکم ثابت گردد. مناط سن اوراق هویت آنهاست، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.»

همچنان به قوت و اعتبار خود باقی است، چه این قانون هرگز نسخ نشده است. لیکن این نظر هرچند که به انگیزه پسندیده حل مشکل فقدان اماره رشد ابراز شده و از نظر اجتماعی قابل توجه است، از لحاظ حقوقی قابل ایراد به نظر می‌رسد؛ زیرا مفاد قانون راجع به رشد متعاملین در سال ۱۳۱۴، در مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ قانون مدنی منعکس گردید و در واقع مفاد هر دو قانون در خصوص اماره رشد یکی است و با لغو اماره رشد و سن هجده سال در قانون مدنی، ماده واحد راجع به رشد متعاملین نیز در این قسمت باید منسوخ تلقی گردد. به تعبیر دیگر «در واقع يك حکم در دو قانون تکرار شده است نسخ قانون نیز حکم را برمی‌دارد و قالب به تبع نسخ حکم از بین می‌رود. پس اکنون که بنابه فرض، حکم مربوط به اماره رشد برداشته شده است، هر قالب که چنین حکمی را در خود دارد نسخ ضمنی می‌شود.» (۱۴)

بنابراین، تنها راه حلی که باقی می‌ماند مداخله قانونگذار از طریق اصلاح قانون یا احیاء مقررات قبلی در مورد اماره رشد است. حال بینیم آیا لایحه جدید اصلاح قانون مدنی این مشکل را حل می‌کند یا نه؟

بخش دوم - لایحه جدید اصلاح قانون مدنی

۱۸- در لایحه جدید اصلاح قانون مدنی که به تصویب کمیسیون امور قضائی مجلس شورای اسلامی رسیده و طی گزارش شماره ۳۴۶ مورخ ۶/۱۰/۶۶ کمیسیون به مجلس تقدیم گردیده ماده ۱۲۰۹ کماکان حذف شده و ماده ۱۲۱۰ به شرح زیر اصلاح گردیده است :

«در رفع حجر بلوغ به تنهایی کفایت نمی‌کند، بلکه رشد او نیز باید ثابت شود. در صورتی که ولی طفل رشد او را پس از بلوغ احرار نماید، از طفل رفع حجر می‌شود و چنانچه پس از بلوغ ولی قهری نداشته باشد، تشخیص رشد با دادستان است.»

تبصره - هر گاه طفل بعد از بلوغ ادعای رشد نماید و ولی او مدعی عدم رشد باشد، تشخیص رشد با دادستان است.»

این ماده دارای سه بند و یک تبصره است که هر یک مفید قاعده‌ای در خور بحث است.

الف - بند اول ماده : رفع حجر با تحقق بلوغ و رشد

۱۹- در بند اول ماده پیشنهادی چنین آمده است: «در رفع حجر از صغیر بلوغ به تنهایی کفایت نمی‌کند، بلکه رشد او نیز باید ثابت گردد.» بنابراین، برای خروج صغیر از حجر دو شرط وجود دارد که عبارت از بلوغ و رشد است. این قاعده، چنانکه در پیش‌گفتیم، مبتنی بر فقه اسلامی است. در لایحه اصلاحی شرط رشد برای رفع حجر به صورت یک اصل کلی ذکر شده است نه به عنوان یک قاعده استثنائی، بدان گونه که در ماده ۱۲۱۰ فعلی بر اساس تفسیر هیأت عمومی دیوان عالی کشور دیده می‌شود. از اینرو ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید از لحاظ انطباق با فقه امامیه بهتر از متن فعلی است: در حالیکه ماده ۱۲۱۰ فعلی بنابر تفسیر کمیسیون استفتائات شورای عالی اصلا با فقه سازگار نیست و بنابر تفسیر هیأت عمومی دیوان عالی کشور از آنجا که قاعده اصلی را به عنوان استثناء در تبصره ۲ آورده با فقه هماهنگی کامل ندارد، بند اول ماده پیشنهادی جدید با فقه کاملاً منطبق است.

ممکن است ایراد شود به اینکه در ماده پیشنهادی اشاره‌ای به امور غیر مالی و کفایت بلوغ برای رفع حجر در آنها نشده است. در پاسخ می‌توان گفت اشاره به این استثناء در ماده ۱۲۱۰ که در مقام بیان قاعده کلی است ضرورت ندارد و شاید بهتر باشد این استثناء و تخصیص، در صورت لزوم در فصول مربوط به امور غیر مالی آورده شود.

ب - بند دوم ماده : اختیار ولی در تشخیص و احراز رشد

۲۰- بند دوم ماده ۱۲۱۰ لایحه مقرر می‌دارد: «در صورتی که ولی طفل رشد او را پس از بلوغ احراز نماید، از طفل رفع حجر می‌شود.» طبق این بند احراز رشد اصولاً برعهده ولی گذارده شده است و این هم مبتنی بر فقه سلامی است.

در فقه امامیه، در اینکه احراز رشد برعهده ولی است یا نیاز به حکم دادگاه دارد دو قول است. ظاهراً قول مشهور براین است که احراز رشد و رفع حجر از صغیر نیاز به حکم دادگاه ندارد (۱۵) و حتی شیخ طوسی قول به لزوم حکم حاکم را در این مورد، خلاف اجماع دانسته و استدلال کرده است که قبول این نظر ایجاب می‌کند که همه مردم محجور باشند زیرا در مورد هیچکس حاکم حکم به رفع حجر، پس از بلوغ نمی‌کند (۱۶).

۲۱- احراز رشد، بنابر آنچه فقهای امامیه گفته‌اند، از طریق اختبار (آزمایش) انجام می‌گیرد که بر حسب موارد و شرایط اجتماعی و خانوادگی اشخاص تفاوت می‌کند. مثلاً اگر صغیر از یک خانواده بازرگان باشد انجام پاره‌ای مذاکرات و معاملات بازرگانی را برای آزمایش به او واگذار می‌کنند. اگر از خانواده غیر تاجر باشد، به طریق دیگر او را مورد آزمایش قرار می‌دهند، چنانکه مبلغی برای مخارج صغیر در اختیارش می‌گذارند تا ببینند آیا آن را عاقلانه هزینه می‌کند یا در راههای غیر عقلانی، مانند خرید خوراک و پوشاک لوکس و گرانبها و غیر متناسب با وضع اجتماعی او، به مصرف می‌رساند. در مورد دختران آزمایش به طریق مناسب آنان

(۱۵) - علامه حلی، تذکره الفقهاء، چاپ سنگی، ج ۲، تهران ۱۳۴۹ هجری قمری، ص ۸۸؛ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۹۷؛ ماهقانی، مناهج‌المتقین، چاپ سنگی نجف، ۱۳۴۴ ه. ق. ص ۱۷۳.

(۱۶) - «واما حجرالصبی فانه یزول ببلوغه رشیداً و لایحتاج الی حکم حاکم و فی الناس من قال: لابد فیه من حکم الحاکم و هو خلاف الاجماع. لانه کان یقتضی ان یکون الناس کلهم محجوراً علیهم لان احداً لایحکم الحاکم بفک الحجر عنه انا بلغ...» (المبسوط، ج ۲، چاپ تهران، با تصحیح و تعلیق سید محمدتقی کشفی، ص ۲۸۶).

انجام می‌گیرد، چنانکه کارهایی از قبیل خیاطی، بافندگی، خانه‌داری یا خرید اشیاء لازم برای این‌گونه کارها به‌آنان محول می‌نمایند تا رشد یا عدم رشد آنان آشکار گردد (۱۷).

برای آزمایش نباید به‌یک عمل اکتفا کرد بلکه باید آزمایش را به اندازه‌ای تکرار کرد که از آن علم به‌رشد و توانائی اداره اموال حاصل گردد (۱۸). بنابراین همانطور که صاحب جواهر گفته است، آزمایش طریقه حصول علم به‌رشد است ولی طریقه منحصر به‌فرد نیست و ممکن است علم به‌رشد از طرق عرفی دیگر (مانند شهادت) حاصل گردد (۱۹). در مورد زمان آزمایش، فقهای امامیه برآنند که باید آزمایش قبل از بلوغ انجام گیرد و اختلافی در این خصوص بین فقهای امامیه دیده نشده است (۲۰). در تأیید این نظر به‌آیه ۶ از سوره نساء (۲۱) استناد شده است، چه در این آیه امر به‌آزمایش «یتامی» (جمع یتیم) شده است و یتیم به‌کسی گفته می‌شود که به‌سن بلوغ نرسیده است. و نیز استدلال شده است به‌اینکه تأخیر آزمایش و انجام دادن آن پس از بلوغ باعث می‌شود که در پاره‌ای موارد شخص بالغ و رشید به‌طور ناروا در حجر باقی بماند، زیرا آزمایش قهراً مدتی به‌طول می‌انجامد و در این مدت شخص بالغ محجور

۱۷- جواهر، چاپ جدید، ج ۲۶، ص ۵۱؛ تحریر الوسیله، ج ۲، مسأله ۱۰، ص ۱۷؛ مناہج المتقین، ص ۱۷۳.

(۱۸)- شرح لمعه، چاپ عبدالرحیم، ج ۱ ص ۳۱۹، در تحریر الوسیله برای بیان این معنی عبارت زیر بکار رفته است: «و اذا اشتبه حاله اختربان یفوض الیه مدة معتداً بها بعض الامور مما یناسب شأنه ...» (ج ۲، ص ۱۷).

(۱۹)- جواهر، ج ۲۶، ص ۵۱.

(۲۰)- یختبر الصبی لمعرفة رشده قبل بلوغه كما صرح به جماعة، بل لا اجد فيه خلافاً، بل فی المسالك هذا مالا خلاف فيه عندنا، انما خالف فيه بعض العامة» (جواهر، همان جلد، ص ۱۰۸).

(۲۱)- رجوع شود به‌پاورقی شماره ۵.

به‌شمار آمده، از تصرف در اموالش منع می‌گردد (۲۲).
 ۲۲- از آنچه گفتیم آشکار می‌گردد که بند ۲ ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید که احراز رشد را به‌ولی محول کرده مبتنی بر فقه اسلامی است. لیکن احراز رشد «پس از بلوغ» که در ماده آمده است با قول فقهای امامیه وفق نمی‌دهد، هرچند که از لحاظ پائین بودن سن بلوغ، بویژه در دختران، شاید قابل توجیه باشد.

ج - بند سوم : تشخیص رشد به وسیله دادستان در صورت نبود ولی قهری

۲۳- بند سوم ماده پیشنهادی مقرر می‌دارد: «چنانچه پس از بلوغ ولی قهری نداشته باشد، تشخیص رشد با دادستان است.» از این عبارت چنین برمی‌آید که مقصود از ولی در بند دوم ماده ولی قهری یعنی پدر و جد پدری است و بدین جهت در بند سوم مقرر گردیده است که اگر صغیر پس از بلوغ ولی قهری نداشته باشد (اعم از اینکه اداره امور او بر عهده وصی منصوب از سوی ولی قهری یا بر عهده قیم باشد یا صغیر تحت ولایت هیچکس نباشد) تشخیص و احراز رشد بر عهده دادستان است.

به نظر می‌رسد که این قاعده با فقه اسلامی منطبق نیست چه در فقه فرقی بین ولی قهری و سایر اولیاء محجور در این باب قائل نشده‌اند و آنانکه اختیار آزمایش و تشخیص رشد را به‌ولی می‌دهند آنرا به پدر و جد پدری اختصاص نداده‌اند. و کلمه ولی در اصطلاح فقها مطلق است و سایر اولیاء را نیز در بر می‌گیرد. بعلاوه ولی - اعم از ولی قهری و وصی منصوب از طرف او و قیم - امین است و می‌توان در اختیار و احراز رشد به او اعتماد کرد و تفکیک بین آنان معقول و منطقی به نظر نمی‌رسد. مضافاً

(۲۲) - برای توضیح بیشتر در این زمینه و به‌طور کلی درباره مسائل مربوط به رشد

رجوع شود به :

H. SAFAI, La protection des incapables, Paris 1965, p. 31 et s.

براینکه رجوع به دادستان برای احراز رشد موجب تراکم کار دادستان شده، بر مشکلات دادرها می‌افزاید. بدیهی است در صورتی که صغیر فاقد هر گونه ولی خاص یا قیم باشد، باید احراز رشد به یک مقام عمومی محول گردد.

۲۴- اشکال دیگری که بر عبارت یاد شده وارد است دادن اختیار احراز رشد به «دادستان» است. به نظر می‌رسد که دادن این اختیار به دادگاه مناسب‌تر و با فقه اسلامی سازگارتر است. در فقه، گروهی اختیار تشخیص رشد را به حاکم داده‌اند ولی شك نیست که مقصود از حاکم قاضی محکمه است نه دادستان که یک نهاد حقوقی جدید است. شاید دادن این اختیار به دادستان در لایحه برای تسریع در کار بوده است ولی تسریع در کار دادگاه نیز امکان‌پذیر است، چنانکه هم‌اکنون «گواهی رشد» با سرعت و در مدتی کوتاه از طرف دادگاه مدنی خاص صادر می‌شود، سرعتی که متأسفانه چه‌بسا همراه با دقت و بررسی کافی نیست.

د- تبصره ماده: حل اختلاف بین ولی و مولی علیه

۲۵- در تبصره ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید چنین آمده است: «هرگاه طفل بعد از بلوغ ادعای رشد نماید و ولی او مدعی عدم رشد باشد، تشخیص رشد با دادستان است.» در این بند نیز واگذار کردن تشخیص رشد به دادستان قابل ایراد است و بجاست این کار به دادگاه محول گردد، چه بنابر مبانی فقهی، حاکم ولی ممتنع و مرجع حل اختلاف است. پس در صورت وجود اختلاف بین ولی و مولی علیه در مسأله رشد نیز باید به حاکم (دادگاه) مراجعه شود نه دادستان. مرجع صالح برای احراز و اعلام رشد و رفع حجر از شخص بالغ، در صورت استتکاف ولی، باید دادگاه باشد نه دادستان.

نتیجه

۲۶- از آنچه درباره ماده ۱۲۱۰ فعلی قانون و ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید گفته شد نتایج زیر را می‌توان بدست آورد :

۱- ماده ۱۲۱۰ فعلی دارای معایب و اشکالات متعدد است. بویژه صدر ماده با تبصره ۲ آن ظاهراً متعارض است و برای رفع تعارض کوشش‌هایی انجام شده که بهترین آنها تفسیر هیأت عمومی دیوانعالی کشور از ماده ۱۲۱۰ می‌باشد. طبق رأی وحدت رویه مورخ ۳/۱۰/۶۴ صغیر با رسیدن به سن بلوغ از حجر خارج و در امور خود استقلال می‌یابد، جز در امور مالی که نیاز به احراز رشد دارد. بنابراین آنچه از این رأی برمی‌آید، صدر ماده که حکم به رفع حجر به محض رسیدن به سن بلوغ کرده یک قاعده کلی را بیان می‌کند که مخصص آن تبصره ۲ ماده است: این تبصره ناظر به امور مالی صغیر است که استقلال در آنها و رفع حجر نسبت به آنها نیاز به احراز رشد دارد و رسیدن به سن بلوغ برای مداخله مستقل در این امور کافی نیست. این تفسیر معایب ماده را تا حدی رفع می‌کند، بویژه آن را با فقه امامیه هماهنگ می‌سازد، جز آنکه به نظر می‌رسد که در فقه شرط رشد برای رفع حجر از صغیر به صورت یک اصل (قاعده عام) مطرح شده است نه بصورت یک استثناء، اشکال دیگری که باقی می‌ماند اشکال عملی ناشی از مراجعه به دادگاه برای احراز رشد است که راه حلی برای آن ارائه نشده است.

۲- ماده ۱۲۱۰ لایحه جدید به نحو بهتری تنظیم شده و اشکالات آن کمتر است: در متن پیشنهادی رفع حجر از صغیر با دو شرط بلوغ و رشد صریحاً اعلام گردیده و به منظور رفع مشکل مراجعه به دادگاه و تراکم کار دستگاه قضائی، احراز رشد، براساس فقه اسلامی، به ولی محول گردیده است، هرچند که ماده از لحاظ دادن اختیار تشخیص رشد به

دادستان، در صورت فقدان ولی قهری یا اختلاف بین او و مولی علیه، قابل ایراد است.

۳- ایراد مهمی که بر هر دو ماده وارد است عدم توجه به اماره رشد و لزوم جعل آن است. مراجعه به دادگاه و حتی دادستان، در هر مورد، برای احراز رشد و رفع حجر از صغیر، مشکلات زیادی برای مردم و دستگاه قضائی به بار می آورد و حتی می توان آنرا موجب عسر و حرج دانست. محول کردن تشخیص و احراز رشد به ولی هم، هر چند که اشکال عملی کمتری دارد، راه حل مطلوبی به نظر نمی رسد چه بسیاری از اولیاء جاهل و برخی از آنان فاقد امانتند و این خطر وجود دارد که اشخاص بالغ به ناحق در حجر باقی بمانند یا اشخاصی که در حقیقت فاقد رشد هستند رشید شناخته شوند و این برخلاف مصلحت محجورین و جامعه است. به علاوه احراز رشد از سوی ولی قهری به گونه ای مطمئن که جای هیچگونه شك و شبهه ای در آن نباشد باید یا به موجب سند رسمی یا با تأیید دادگاه صورت گیرد و این هم موجب کندی کارها و بروز مشکلاتی برای مردم است. اگر اماره ای کلی برای رشد وجود نداشته باشد اقتصاد مملکت نیز از آن زیان می بیند و به امنیت روابط اقتصادی لطمه وارد می شود، چه مردم جرأت نخواهند کرد با اشخاصی که رشد آنان به طور رسمی احراز و اعلام نشده معامله کنند و در صورتی که معاملاتی با این قبیل اشخاص انجام دهند در معرض ابطال، قرار خواهد داشت. اگر سن خاصی اماره رشد نباشد بانکها و سازمانها و مؤسسات دولتی و خصوصی نباید با اشخاصی که رشدشان به طور رسمی احراز و اعلام نشده قرارداد ببندند یا اعمال حقوقی آنان را بپذیرند و دفاتر اسناد رسمی هم نباید معاملات آنان را ثبت کنند. اگر در حال حاضر خطر و ضرر فقدان اماره رشد محسوس نیست برای آن است که دفاتر اسناد رسمی و بانکها و ادارات

و مؤسسات بنا بر عادت پیشین سن هجده سال را نشانه رشد تلقی می کنند و از کسانی که به سن هجده سال شمسی رسیده اند دلیلی بر رشد مطالبه نمی کنند. مشکل هنگامی محسوس و آشکار می گردد که سازمانهای یاد شده بخواهند رفتار خود را دقیقاً با قانون منطبق سازند.

تنها راه حل مشکل، پذیرش سن معین به عنوان اماره رشد به وسیله قانونگذار است، همچنانکه سالها در ایران و لاقلاً از سال ۱۳۱۳ این اماره وجود داشته و هیچگاه مورد بحث و انتقاد نبوده و با اشکالی مواجه نشده است.

۲۷- به نظر نمی رسد چنین راه حلی با فقه اسلامی مابینت داشته باشد، چه رشد همانطور که فقهای عظام گفته اند، یک مفهوم عرفی است و معنی شرعی خاصی ندارد (۲۳). پس قانونگذار می تواند با توجه به عرف و بر اساس ظن و غلبه، سن معینی مثلاً هجده سال را به عنوان اماره رشد قبول کند. بر فرض که قبول این نظر بر اساس احکام اولیه اسلامی ممکن نباشد، به عنوان ثانوی یا بر اساس مصلحت نظام امکان پذیر است و به هر حال قانونگذار می تواند آنرا مانند صدها بلکه هزارها قاعده ای که در قوانین جمهوری اسلامی منعکس شده و در کتب و منابع سنتی فقه سابقه ندارد بپذیرد. اگر اماره رشد برخلاف حقوق اسلامی باشد عمل کنونی دادگاهها و ادارات و مؤسسات دولتی مبتنی بر ترتیب اثر دادن به سن هجده سال هم باید برخلاف شرع باشد، در حالی که کسی آن را ادعا نکرده و این رویه عملاً تأیید شده است. پس آیا بهتر نیست که با پذیرش سن هجده سال به عنوان اماره رشد، در متن قانون مدنی، این خلاء قانونی رفع و مشکل به گونه ای صحیح و غیر قابل تردید حل شود؟ بدیهی است که اماره مزبور،

(۲۳) - «الوصف الثانی الذی یتوقف علیه رفع الحجر الرشد... والمرجع فیہ العرف کما فی غیره من الالفاظ التي لاحقیقة شرعیة لها ولا لغویة مخالفة للعرف» (جواهر ج ۲۶، ص ۴۸).

چنانکه در قانون پیشین مقرر بوده، باید تغییر پذیر باشد، بدین معنی که بتوان با اثبات رشد قبل از سن مقرر یا اثبات عدم رشد بعد از رسیدن به آن سن، آنرا دگرگون کرد.

در خاتمه یادآور می‌شود که در حقوق کشورهای دیگر، حتی کشور-های اسلامی عموماً سن خاصی برای اهلیت تصرف که در واقع همان اماره رشد می‌باشد پذیرفته شده است. این سن در بسیاری از کشورها از جمله فرانسه، شوروی، انگلیس، اسکاتلند، مصر، سوریه و عراق ۱۸ سال است.