

## ولی قهری و قلمرو اختیارات او در معاملات<sup>(۱)</sup>

از: محمد صادق آیت‌اللهی



ژوئیه‌شگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

---

۱. هدف از قید معاملات خروج، حضانت و ایقاعات از محدوده بحث است.



ثروءشكاه علوم انسانی ومطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه:

ولایت در لغت هرگاه با فتحه تلفظ شود به معنی نصرت و ربوبیت و اگر با کسر تلفظ شود به معنی امارت و سلطنت است (۱) و در اصطلاح سلطه‌ای است که شخص بر جان یا مال یا جان و مال دیگری پیدا می‌کند. (۲) تفاوت آن با حق که از آن به سلطنت شخص بر دیگری یا مال دیگری تعبیر می‌شود (۳) در این است که حق، چیزی است که سلطه را ثابت می‌کند و موجب آن است، ولی ولایت نفس سلطه و سلطنت است. نیز تفاوت آنها در این است که حق به صاحب آن اختیار می‌دهد که برای مصلحت خود یا مال خود آن را استیفاء کند و به موقع اجراء بگذارد، ولی ولایت به جهت نقصی است که در مولی علیه است و برای ولی این اختیار را به وجود می‌آورد که به امور و مصالح مولی علیه اقدام نماید (۴).

ولایت در این معنی عام است و شامل ولایت خداوند، پیامبر، ائمه معصومین، پدر، جد پدری و... می‌شود. آنچه که در این مقال مورد بحث ماست نوعی از ولایت خاص یعنی ولایت پدر و جد پدری است که از آن به ولایت قهری تعبیر شده است (۵). شکی نیست که دایره اختیارات کسی که به نمایندگی از دیگری اعمال و وقایع حقوقی را انجام می‌دهد، مطلق و نامحدود نیست و بستگی به حدود اذن و قلمرو صلاحیت دارد. در این مقال کوشش خواهیم کرد تا حدود صلاحیت ولی قهری را در امور مالی مولی علیه بررسی نماییم. اهمیت این بحث از این روست که در موقع تنظیم اسنادی که ولی به ولایت بر مولی علیه اقدام به تنظیم و امضاء آنها می‌کند، بیان، حدود صلاحیت ولی راهگشای کارکنان دفترخانه است. چه همچنانکه قیم منصوب نمی‌تواند از جانب صغیر معاملات غیر منقول را مستقلاً و بدون اذن دادستان انجام دهد (۶) هرگاه ولی قهری

خارج از صلاحیت خود قصد تنظیم سندی را داشته باشد، نمی تواند اقدامی نماید.  
در این بررسی ابتدا به معرفی ولی قهری پرداخته سپس قلمرو اختیارات وی و نظریات مختلف در این مورد را بررسی خواهیم کرد.

### بخش اول: معرفی ولی قهری

#### گفتار اول: تعریف

فقها و حقوقدانان در این امر متفق اند که پدر و جد پدری ولی قهری طفل می باشند و بر این امر ادعای اجماع شده است (۷) و ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی ایران هم به این امر دلالت دارد. آنچه که مشخص است و در آن بحثی نیست، این است که پدر ولی کودک صغیر خودش است. ولی در مورد جد پدری، مطالبی است که به بیان آنها خواهیم پرداخت.

#### گفتار دوم: جد پدری

میدانیم که جد پدری، پدر پدر است، ولی آیا ولایت برای اجداد پدری و هر چه بالا روند نیز ثابت است؟ مثلاً آیا پدر جد پدری نیز ولایت بر ضبط فرو دست خود دارد یا خیر؟ غالب فقهاء معتقدند اجداد پدری - هر چه بالا رود - نیز ولایت دارند (۸). زیرا اطلاعات ادله شامل اجداد عالی نیز می گردد و علت حکم در اجداد عالی نیز موجود است.

#### گفتار سوم: تأثیر حیات پدر در ولایت جد پدری

آیا ولایت جد پدری در زمان حیات پدر است یا مقید به حیات پدر نبوده و در زمان ممات پدر هم جد پدری ولایت دارد؟ بسیاری از فقهاء بر این قول می باشند که ولایت جد پدری مقید به حیات پدر نمی باشد و همینطور مشروط به ممات پدر هم نیست و

بعضی روایات که در باب نکاح در مورد اشتراط ولایت جد پدری به حیات پدر موجود است، مورد عمل نیست و از جهت سند و از حیث دلالت نیز مخدوش است (۹).

### گفتار چهارم: تعارض ولایت پدر و جد پدری

آیا ولایت پدر و جد پدری اشتراکی است یا ترتیبی؟ این بحث به خصوص از حیث عملی حائز اهمیت است. زیرا هر گاه ولایت آنها را اشتراکی بدانیم، آنگاه که هر دو در امری اقدام نمایند، عمل آن که ابتداء اقدام نموده است نافذ و دومی باطل خواهد بود. هر گاه هر دو مقارن هم عملی متضاد را انجام دهند، مقتضی اشتراک بطلان عمل هر دو است. زیرا ترجیح هر یک، ترجیح بلا مرجح است. ولی هر گاه ولایت آنها را ترتیبی بدانیم عمل آن که اولویت در ولایت دارد در هر حال نافذ و معتبر خواهد بود.

در مورد این مسأله نظر فقهاء مختلف است: عده‌ای ولایت پدر و جد پدری را به دلیل اطلاعات ادله، مشترک می‌دانند و دسته‌ای ولایت پدر را مقدم بر جد پدری می‌دانند زیرا وابستگی او با مولی علیه زیادتر است. به علاوه جد پدری به واسطه ارتباط پدر، ولایت یافته است. در مقابل، دسته سوم ولایت جد پدری را مقدم بر ولایت پدر می‌دانند، زیرا جد پدری خود زمانی بر پدر ولایت داشته است (۱۰).

### گفتار پنجم: تعارض ولایت اجداد عالی با جد پدری

ولایت اجداد اشتراکی است یا ترتیبی؟ یعنی آیا با وجود جد پدری، جد عالی هم ولایت دارد. و همینطور هر چه بالا رود؟ - و یا ولایت جد عالی زمانی است که جد دانی در قید حیات نباشد؟ غالب فقهاء ولایت اجداد را اشتراکی می‌دانند؛ یعنی همه اجداد بطور مشترک دارای ولایت می‌باشند. بهترین استدلالی که برای این امر آمده است این است که "اگر ما قائل به ترتیب در ولایت بشویم، ناچار باید بگوئیم که در زمان حیات جددانی، برای ولایت اجداد عالی، دلیلی وجود ندارد." در این صورت برای حدوث ولایت اجداد عالی هنگام ممات جددانی، محتاج دلیل خواهیم بود. حال آن که دلیلی جز

عمومات ادله ولایت وجود ندارد، در صورتی که ما این دلیل را در ابتدای استدلال حذف کرده‌ایم. به عبارت ساده‌تر یا برای جد عالی اصلاً ولایتی وجود ندارد و یا اگر وجود دارد این ولایت با جددانی اشتراکی است (۱۰).

### گفتار ششم: ولی قهری در قانون مدنی

راجع به آنچه تاکنون گذشت، قانون مدنی در ماده ۱۱۸۱ مقرر می‌دارد «هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند». مستنبط از این ماده اولاً ثبوت ولایت برای پدر و جد پدری است. ثانیاً مقتضی اطلاق ماده، دلالت آن بر اشتراک پدر و جد پدری در امر ولایت است. آنچه راجع به بقیه مطالبی که تاکنون ذکر شد در نظریات حقوقدانان موجود است، متخذ از فقه است و به نظریات فقهی استناد گردیده است (۱۲).

### گفتار هفتم: بررسی نسب قانونی و طبیعی و تأثیر آن در ولایت.

آنچه که مسلم است، ولایت قهری در نسب قانونی موجود و ثابت است ولی سئوالی که مطرح می‌باشد این است که آیا رابطه ولایت در ولادت از زنا یا ولادت به شبهه نیز موجود می‌باشد؟ در مورد ولادت به شبهه شکی نیست که رابطه ولایت ثابت است. زیرا شارع مقدس اسلام و بالتبع قانونگذار اسلامی مولود به شبهه را در حکم فرزند قانونی دانسته است (ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی)؛ ولی در مورد ولد الزنا یا به اصطلاح فرزند طبیعی اختلاف نظری وجود دارد که ذیلاً به بررسی آن از نظر فقه و حقوق ایران می‌پردازیم.

### الف: بررسی فقهی

غالب فقهاء نسب شرعی را موجب ولایت دانسته‌اند (۱۳) و بعضی از ایشان با اندکی تردید حکم ولایت را در فرزند طبیعی نیز ثابت دانسته‌اند. به این دلیل که فرزند طبیعی

عرفاً و لُغَةً و عقلاً فرزند پدر و مادر است. شارع مقدس اسلام فرزند بودن او را نفی نکرده و تنها او را از ارث محروم ساخته است. نیز در احکام حرمت ازدواج، بین فرزند طبیعی و قانونی تفاوتی نیست. به همین دلیل ولایت قهری نیز در مورد فرزند طبیعی ثابت است (۱۴). به عبارت دیگر فرزند طبیعی در کلیه حقوق و تکالیف با فرزند قانونی مشترک است و تنها توارث از این حکم کلی استثناء شده است.

### ب: بررسی حقوقی

قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۶۷ مقرر می‌دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود». از ظاهر عبارت چنین مُستفاد می‌گردد که رابطه ولایت نیز با توجه به عدم الحاق برقرار نمی‌گردد. حقوق‌دانان نیز بر این عقیده‌اند (۱۵)، ولی اخیراً دیوان عالی کشور در رأی شماره  $\frac{۶۱۷}{۷۶/۴/۳}$  دیدگاه جدیدی را ارائه کرده است. آن رای چنین است:

«به موجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است. تبصره ماده ۱۶ و ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید؛ با استفاده از عموماً و اطلاق مواد یاد شده و مسأله ۳ و ۲۷ از موازین قضائی از دیدگاه حضرت امام خمینی (رضوان الله تعالی علیه) زانی پدر هر طفلی تلقی و نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً توارث بین آنها منتفی است. لذا رای شعبه سی‌ام دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد، به نظر اکثریت اعضاء هیئت عمومی دیوان عالی کشور موافق و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد این رای باستناد ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضائی مصوب تیرماه سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم الاتباع است (روزنامه رسمی شماره ۱۵۲۹۳ مورخ ۱۰/۶/۷۶).

هر چند این رای در مورد صدور شناسنامه برای فرزند طبیعی است و به موجب آن پدر طبیعی ملزم به اخذ شناسنامه برای فرزند طبیعی گردیده است ولی عبارت «... زانی

پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه برعهده ولی می‌باشد و حسب ماده ۸۴۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است...» یک اصلی کلی ایجاد کرده است؛ و آن اصل اشتراک احکام بین فرزند طبیعی و قانونی است مگر مواردی که قانون استثناء کرده باشد. بنابراین با توجه به رأی فوق می‌توان به صراحت اظهار نظر کرد که رابطه ولایت در نسب طبیعی نیر برقرار است. تکمله: هر گاه رابطه پدر و جد پدری یکی قانونی و دیگری به شبهه یا زنا باشد، حکم مسأله چیست؟ آنچه مسلم است هنگامی که رابطه یکی قانونی و دیگری به شبهه باشد، شکی نیست که ولایت برای هر دو برقرار است و هر دو در این امر مساوی می‌باشند و ولایت آنکه رابطه نسبش به موجب قانون برقرار گردیده بر آنکه مشتبه است، رجحان و برتری ندارد (۱۶)؛ ولی در مورد رابطه قانونی و رابطه ناشی از زنا باید قائل به تفکیک شد. کسانی که رابطه قانونی را موجب ولایت می‌دانند و برای زنا رابطه ولایت قائل نیستند. و ناچار باید برای پدر یا جد پدری که ولایت او ناشی از زناست، قائل به ولایت نباشیم. ولی کسانی که برای فرزند طبیعی نیز ولایت را ثابت می‌دانند در این امر نیز تفاوتی قائل نمی‌شوند (۱۷).

### گفتار هشتم: نسب ناشی از تلقیح مصنوعی

تردیدی نیست که هر گاه فرزندی از تلقیح مصنوعی بین نطفه پدر و تخمک مادری که رابطه زوجیت قانونی بین آنها برقرار است، به وجود آید؛ این فرزند قانونی بوده، آثار ولایت نیز در مورد روابط وی و اولیانش او موجود است. ولی هر گاه فرزندی از تلقیح مصنوعی بین زن و مرد اجنبی به وجود آید تکلیف چیست؟ در این مورد فقها و حقوق‌دانان نظریات مختلفی ابراز نموده‌اند. عده‌ای چنین فرزندی را در حکم فرزند طبیعی می‌دانند (۱۸)، دسته‌ای دیگر ولد الزنا را صرفاً مولود ناشی از رابطه زنا و استثناء بر قاعده نسب دانسته و به نظر ایشان هر فرزند طبیعی، قانونی است؛ مگر آن که قانون تصریح برخلاف آن کند (۱۹) و در این مورد هم منع قانونی وجود ندارد.



نظریه سوم از طرف بعضی از فقهای عظام ابزار شده که در این مورد قائل به جریان اصل احتیاط می‌باشند (۲۰). با توجه به مطالب فوق قائلین به نظریه اول احکام فرزند ناشی از زنا را بر فرزند ناشی از تلقیح مصنوعی مترتب می‌دانند که قبلاً بررسی شد. هر گاه نظریه دوم یا سوم را بپذیریم، قطعاً باید گفت که رابطه ولایت برقرار و احکام آن جاری می‌گردد، زیرا در نظریه دوم حکم، به قانونی بودن فرزند است. و در نظریه سوم نیز مقتضی عمل به احتیاط، انجام تکلیف ولایت است.

### بخش دوم: قلمرو اختیارات ولی قهری

#### فصل اول: بررسی نظریات سه گانه

ولایت قهری کامل‌ترین سلطه و اقتداری است که شخص بر مال غیر دارد. ولی آیا محدوده این سلطه و اقتدار چیست؟ اختیارات ولی قهری وابسته به رعایت مصلحت مولی علیه است؟ یا لحاظ مفسده کافی است؟ هر چند در آن مصلحتی نباشد؟ و یا هیچ قید و بندی نداشته و علی‌الاطلاق است؟

در این موارد، سه نظر در فقه ابراز شده است که ذیلاً به بررسی آنها می‌پردازیم.

#### گفتار اول: نظریه اطلاق

ولی قهری در تصرفات خود مطلق العنان است. قائلین به این قول دلائل زیر را اقامه نموده‌اند.

الف: حدیث نبوی (۲۰) مشهور: "انت و مالک لایبک" (۲۱) تو و مالک برای پدرت هستی.

ب: آیه شریفه «یهب لمن یشاء أناثاً و یهب لمن یشاء الذکور» از این آیه بدین گونه استدلال کرده‌اند که دلیل حلیت مال فرزند بر پدرانش این است که به موجب آیه فوق، فرزند به پدر بخشیده شده است و خود و مالش متعلق به پدر است. شیخ الفقهاء انصاری

به این نظریه تمایل دارد (۲۲).

### گفتار دوم: نظریه کفایت عدم مفسده

بنابراین نظر، حدود ولایت ولی قهری، رعایت عدم مفسده است. یعنی کافی است عملی را که ولی برای مولی علیه انجام می دهد، عاری از هر گونه مفسده ای باشد و نیازی نیست که در آن مصلحت یا نفعی برای مولی علیه وجود داشته باشد. بنابراین ولی قهری نمی تواند بدون دلیل و رعایت صلاحدید صغیر مثلاً مال غیر منقول صغیر را فروخته ثمن آنرا در بانک بگذارد و بدون این که این عملی نفعی برای صغیر داشته یا حتی صرفه و صلاح وی در این باشد. دلیل قائلین به این قول این است که:

الف: در فقه ثابت است که پدر می تواند از مال فرزندش استقراض کند؛ یا از مال او کنیزی برای خود بخرد و اعمال دیگری که در آن رعایت مصلحت مولی علیه متصور نیست.

ب: عمده روایات و احادیثی که دلیل ثبوت ولایت است، در باب نکاح داده شده است و فقهای عظام با قیاس اولویت، حکم ولایت را در سایر ابواب فقه تجویز می نمایند. با توجه به این مقدمه، قائلین به این نظر می گویند که "اخبار و احادیثی که دلالت بر تزویج فرزندان به وسیله ولی دارد، هیچگونه دلالتی بر رعایت مصلحت مولی علیه ندارد و به اصطلاح اطلاق روایات دلالت بر عدم رعایت مصلحت دارد." با توجه به این که اهمیت نکاح از بقیه تصرفات و امور مالی بیشتر است (۲۳).

### گفتار سوم: نظریه رعایت غبطه

بر طبق این نظریه ولی قهری ناچار از رعایت مصلحت مولی علیه در اعمال حقوقی است زیرا:

الف: ولی قهری باید در تصرفات خود رعایت احتیاط و حصول بهره برای صغیر را بنماید، زیرا برای رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه نصب شده است. پس هرگاه

تصرفی کند که مصلحتی برای صغیر متصور نیست، تصرف او باطل است برای این که برخلاف هدفی است که برای آن نصب شده است. این دلیلی است که شیخ در "مبسوط" آورده است (۲۴).

ب: آیه شریفه «ولا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن» (به مال یتیم نزدیک نشوید سگر به وجه نیکوتر) استدلال به این آیه بدین تقریب است که تصرف در مال یتیم بدون رعایت مصلحت، وجه احسن نمی‌باشد و این که در آیه یتیم آمده است اولاً مخاطب آن قیم نیست؛ بلکه عموم مکلفین هستند. ثانیاً قید یتیم دلیل شرطیت نیست، بلکه وارد مورد اغلب است.

صاحبان این نظر دلایل قول اول را بدین گونه پاسخ می‌گویند:

۱- در روایت "انت و مالک لایک" لام مالکیت نیست به حیثی که فرزند مال حقیقی پدر باشد و پدر بتواند او را بفروشد یا متعلق حق عزم‌ا قرار گیرد. چه این امر بدیهی البطلان است. بلکه دلالت بر ثبوت ولایت پدر بر فرزند دارد.

۲- مراد از آیه شریفه «یهب لمن یشاء اناثاً و یهب لمن یشاء الذکور» بیان امر اخلاقی است که فرزند به حسب تکوین از جانب خداوند به پدرش بخشیده شده است و مقتضی این بخشش این است که به امر و نهی پدر گردن نهد. تأیید این امر دلیلی است که "محمد بن سنان" در تفسیر این آیه بیان داشته است که: "فرزند از جانب خداوند به پدر هبه شده است و بنابراین انصاف نیست که مخالفت پدرش را بکند بلکه مقتضی اخلاق این است که به دستور پدر حرکت کند به نحوی که برای پدر هبه و تحفه‌ای از جانب خداوند باشد" (۲۵). بنابراین آیه دلالتی بر حدود تصرفات ولی ندارد. این نظر غالب فقهاست تا آنجا که ادعای اجماع بر آن شده است (۲۶).

صاحبان این نظر به دلائل قائلین قول دوم چنین پاسخ می‌دهند:

آنچه در مورد رعایت مصلحت مولی علیه گفته شد، ناظر به اعمالی است که مربوط به اداره اموال مولی علیه است. اما ولی به موجب ادله خاص می‌تواند از مال صغیر جهت نفقه خود برداشت نماید یا استقراض کند و یا جاریه و کنیزی برای خود بخرد و این از

موارد استثناست. بنابراین استدلال به روایت خاص برای اثبات حکم کلی صحیح نمی باشد.

تکمله: در این جا لازم است که از یک شبهه جلوگیری کنیم و آن این است که ملاک رعایت غبطه عبارت از لحاظ داشتن مصلحت معمولی صغیر است؛ نه رعایت اصلح موارد. مثلاً هرگاه صغیر نیازمند است که مالش را فروخته و به وسیله آن غذا بخرد، حال فروش مال و خریدن غذا یک فرض است و فروش مال و خریدن مواد اولیه غذا و طبخ آن فرض دیگر و صورت دوم اصلح و مقرون به صرفه تر است. در این صورت اگر ولی مثال اول را عملی کرد، قطعاً عمل او صحیح است و رعایت مصلحت را نموده زیرا اگر قائل به رعایت اصلح شویم در بعضی موارد غیر قابل دسترس و نیز لایتناهی می باشد (۲۷)

### فصل دوم: بررسی حقوقی مساله

#### گفتار اول: حدود صلاحیت

ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی مقرر می دارد: «در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه، ولی نماینده قانونی او می باشد» با توجه به ماده فوق، روشن است که قانون مدنی مورد بحث را به اجمال برگزار نموده است. غالب حقوقدانان ایران، به پیروی از نظر مشهور فقه امامیه؛ رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه را لازم دانسته، محدوده اختیارات ولی قهری را رعایت مصلحت مولی علیه می دانند (۲۸).

علاوه بر رعایت مصلحت مولی علیه، اموری را قانونگذار به صراحت از صلاحیت ولی قهری خارج نموده است. از جمله ولی قهری نمی تواند امروز زمانی را که نسبت به محجور حاصل شده ساقط کند» (ماده ۷۶۷ قانون آئین داورى مدنى) و نیز به موجب قانون امور حسبی ماده ۳۱۲: «در صورتی که تمام ورثه و اشخاصی که در ترکه شرکت

دارند. حاضر و رشید باشند، به هر نحوی که بخواهند، می‌توانند ترکه را ما بین خود تقسیم نمایند. لیکن اگر ما بین آنها محجور یا غایب باشد، تقسیم ترکه به توسط نمایندگان آنها در دادگاه بعمل می‌آید» بنابراین ولی قهری مستقلاً نمی‌تواند در تقسیم ترکه دخالت نماید.

### گفتار دوم: بررسی صلاحیت ولی قهری در انواع معاملات

آنچه هدف بحث ماست، تعیین حدود اختیارات ولی قهری در معاملات است. منظور ما این است که آیا عملی را که ولی قهری، قصد انجام و ثبت سند آنرا دارد، در حدود صلاحیت اوست یا خارج از اختیاراتش؟ تعیین این مطلب بسیار حائز اهمیت است، زیرا تکلیف سردفتر را در ثبت اسنادی که ولی جهت آنها مراجعه می‌کند، روشن می‌سازد چه هرگاه عملی خارج از صلاحیت ولی قهری باشد، ثبت سند آن برخلاف قانون است. یا توجه به مطالب فوق ذیلاً به بررسی صلاحیت ولی قهری در اعمال حقوقی می‌پردازیم:

۱ - معاملات معوض: در معاملات معوض از قبیل بیع، صلح، اجاره و... چون رعایت مصلحت، محتمل است و با عنایت به این که به موجب اصل صحت، فرض بر این است که، رعایت غبطه مولی علیه گردیده، بنابراین با قبول هر یک از نظرات سه گانه - سابق الذکر - ثبت سند معاملات معوض، توسط ولی قهری بلاشکال است.

۲ - وصیت: اکثر قاطع نویسندگان حقوق مدنی، ایجاب وصیت از طرف ولی را جائز نمی‌دانند (۲۹).

۳ - رهن: در رهن آنچه به نظر می‌رسد این است که، برحسب اینکه مورد رهن، وثیقه دین چه کسی قرار گیرد، باید قائل به تفکیک شد.

الف) هرگاه رهن، وثیقه دین شخص صغیر باشد، در این صورت قطعاً عمل ترهین و تنظیم سند رهنی در حدود اختیارات ولی قهری است و فرقی نمی‌کند که قائل به کدام یک از نظریات سه گانه سابق الذکر باشیم. زیرا این امر جزئی از اداره امور صغیر است و

در بسیاری موارد، مدیون از دادن وثیقه ناگزیر است.

ب) هر گاه مورد رهن، وثیقه دین ولی باشد، در این صورت نیز قطعاً ولی قهری می‌تواند اقدام نماید، زیرا سابقاً گفتیم که ولی قهری می‌تواند از مال صغیر به عنوان قرض برای مصارف شخصی خود، برداشت نماید و این مسأله به دلیل روایات وارده ثابت شده است. همچنین گفته شد که قائلین به اشتراط رعایت مصلحت، آنرا در اعمالی که ولی برای اداره اموال صغیر انجام می‌دهد، قائلند نه اموری که از مال صغیر برای خود ولی صورت می‌گیرد. جایی که ولی می‌تواند مال صغیر را به قرض بگیرد، پس به طریق اولی می‌تواند مال صغیر را وثیقه دین خود قرار دهد. نتیجه آنکه در این مورد نیز تنظیم سند رهنی قطعاً بلااشکال است.

ج) هر گاه مورد رهن، وثیقه + دین شخص ثالث قرار گیرد، در این مورد باید گفت که بنابه اینکه قائل به هر یک از نظریات سه گانه سابق الذکر، حکم مسأله فرق می‌کند. اگر قائل به قول اطلاق (نظریه اول) باشیم، در این صورت عمل ولی و تنظیم سند رهنی بلااشکال است. هر گاه قائل به نظریه دوم باشیم، تنظیم سند محل اشکال است. زیرا نمی‌توان گفت که رهن مال صغیر برای دین شخص ثالث خالی از مفسده است. اما اگر قائل به رعایت مصلحت مولی علیه در اعمال ولی باشیم، قطعاً عمل ولی خارج از حدود اختیارات اوست؛ زیرا ترهین مال صغیر جهت دین شخص ثالث ظهور در عدم رعایت غبطه مولی علیه دارد. در این مورد نمی‌توان گفت که بنا بر اصل صحت فرض بر این است که ولی رعایت مصلحت را نموده است. زیرا در علم اصول فقه در جای خود ثابت شده است که در تعارض بین اصل و ظاهر، ظاهر مقدم است. بنابراین عمل ولی خارج از حدود اختیارات وی و تنظیم چنین سندی برخلاف قانون است. همچنانکه وکیلی که اختیار انجام امور اداری را داراست، نمی‌تواند برای موکل معامله انجام دهد، ولی قهری هم با توجه به این نظریه نمی‌تواند از جانب صغیر سند رهنی را امضاء نماید.

۴ - هبه غیر مغوض و صلح محاباتی: این عقود نیز مانند موردی است که مال صغیر وثیقه دین شخص ثالث قرار می‌گیرد، و بنابه قول هر یک از نظریات سه گانه فوق

می‌توان استخراج حکم نمود.

۵- وقف: در عقد وقف، در صورتی که قائل به نظریه ضرورت رعایت غبطه باشیم؛ قطعاً خارج از اختیارات ولی است (۳۰) و همین قول را می‌توان به قائلین کفایت عدم مفسده، نسبت داد. زیرا وقف ملک، خروج بلاعوض مالی از ملکیت مالک است. ولی هرگاه قائل به اطلاق در تصرفات ولی باشیم، بعید نیست بتوان خصوصاً وقف خاص را توسط ولی جایز دانست.

نتیجه:

از آنچه که گذشت روشن گردید که مباحث نظری و اختلاف آراء علماء تا چه حد در تنظیم اسناد رسمی تأثیر داده و قبول یا عدم قبول نظریه‌ای تا چه میزان اختلاف عملکرد را به دنبال خواهد داشت. و معلوم گردید که سردفتر، اسناد رسمی از مطالعه مباحث تکمیلی حقوقی و مطالعه کتب فقهی نه تنها بی‌نیاز نیست بلکه از آن‌ها ناگزیر است. آنچه که حائز اهمیت و لازم به ذکر است اینکه اختلاف عملکرد و رویه دفاتر صرفاً نمی‌تواند دلیل تخلف یا عدم آگاهی سردفتری از مقررات قانون باشد بلکه ممکن است ناشی از اختلاف نظر بین فقها و حقوقدانان باشد که در اینگونه موارد عملکرد سردفتر مطابق هر یک از نظریات باشد قطعاً صحیح است.

مأخذ:

- (۱) طریحی، شیخ فخرالدین - مجمع البحرین - صفحه ۴۵۵ - جلد یک - انتشارات مرتضوی چاپ ۱۳۶۲
- (۲) کاتوزیان، دکتر ناصر - حقوق مدنی، خانواده - صفحه ۴۰۲ - انتشارات یلدا - ۱۳۷۵ و آل بحر العلوم سیدمحمد - بلغة الفقیة - جلد سوم صفحه ۲۱۱ - چاپ مکتبة الصادق - ۱۴۰۳ قمری
- (۳) آل بحر العلوم، سیدمحمد - همان مأخذ - جلد اول - صفحه ۱۳
- (۴) آل بحر العلوم - سیدمحمد - همان مأخذ - جلد سوم - صفحه ۲۱۱
- (۵) قانون مدنی، ماده ۱۱۸۰
- (۶) قانون امور حسبی، ماده ۸۳
- (۷) نجفی، شیخ محمدحسن - جواهرالکلام - جلد ۲۶ - صفحه ۱۰۱ - انتشارات دارالکتب الاسلامیه - ۱۳۹۴ قمری

- (۸) جیمی عاملی، زین الدین - الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه - جلد دوم - صفحه ۳۶۱ - چاپ دفتر تبلیغات اسلامی - تابستان ۶۵
- (۹) خوئی، سید ابوالقاسم - مصباح الفقاهه، جلد ۵ - صفحه ۳۰ - چاپ درالهادی - ۱۴۰۲ قمری
- (۱۰) نجفی، شیخ محمد حسن - همان مأخذ - جلد ۳ - صفحه ۱۰۲
- (۱۱) آل بحر العلوم، سید محمد - همان مأخذ - جلد سوم - صفحه ۲۶۹
- (۱۲) امامی، دکتر سید حسن - حقوق مدنی - جلد ۵ - صفحه ۲۰۳ - کتابفروشی اسلامیہ - چاپ ۱۲
- (۱۳) آل بحر العلوم، سید محمد - همان مأخذ - جلد سوم - صفحه ۲۶۵
- (۱۴) شیرازی، سید محمد - همان مأخذ - جلد ۵۰ - صفحه ۲۹۵
- (۱۵) امامی، سید حسن - همان مأخذ - صفحه ۱۸۲
- (۱۶) شیرازی، سید محمد - همان مأخذ - جلد ۵۰ - صفحه ۲۹۹
- (۱۷) شیرازی، سید محمد - همان مأخذ - همان صفحه
- (۱۸) کاتوزیان، ناصر - همان مأخذ - صفحه ۳۳۷ - مکارم شیرازی، ناصر - رساله توضیح المسائل: ص ۵۰۲ - مطبوعاتی هدف - تاریخ ندارد
- (۱۹) امامی، سید حسن - همان مأخذ - صفحه ۱۸۶
- (۲۰) امام خمینی، سید روح الله - رساله توضیح المسائل - صفحه ۴۱۳ - وزارت ارشاد - ۱۳۶۹
- (۲۱) انصاری، شیخ مرتضی - مکاسب - جلد دوم - صفحه ۲۸ - انتشارات دهاقانی - ۱۳۷۴
- (۲۲) انصاری، شیخ مرتضی - همان مأخذ - همان صفحه
- (۲۳) آل بحر العلوم، سید محمد - همان مأخذ - جلد سوم - صفحه ۲۷۱
- (۲۴) به نقل از: آل بحر العلوم، سید محمد - همان مأخذ - صفحه ۲۷۳
- (۲۵) خوئی، سید ابوالقاسم - همان مأخذ - صفحه ۱۷
- (۲۶) خوئی، سید ابوالقاسم - همان مأخذ - صفحه ۲۴
- (۲۷) قمی، ابوالقاسم - جامع الشتات - جلد دوم - صفحه ۵۶ - انتشارات موسسه کیهان - ۱۳۷۱
- (۲۸) امامی، سید حسن - همان مأخذ - صفحه ۲۱۳ و کاتوزیان، دکتر ناصر - همان مأخذ صفحه ۲۰۷
- (۲۹) کاتوزیان، دکتر ناصر - همان مأخذ - صفحه ۴۱۰
- (۳۰) حائری شایبغ - سید علی - شرح قانون مدنی - جلد اول - ص ۳۰ - گنج دانش - ۱۳۷۶