

# بحث در ویدہ و صنایع

پروفیسر شمس العلماء اسلامیات  
پرنسپل جامعہ اسلامیہ



شرویشکا علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتی جامع علوم انسانی

دکتر ناصر کاتوزیان



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

---

**توجیه و نقد روّیه قضایی**



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

پرتال جامع علوم انسانی

ماده ۱۲۱۰ ق.م. : هیچ کس را نمی توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد، محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد. (اصلاحی)

تبصره ۱: سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است. (الحاقی ۶۱/۱۰/۸)  
تبصره ۲: اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.

## احراز رشد کودک پس از بلوغ

### ● مقدمه

قانون مدنی بی گمان میراث پرارزشی از فرهنگ حقوقی ماست که در زمان خود با جامعه نوپا به میدان عدالت نهاد و دیری نباید که دزدلها نفوذ کرد و سالیان دراز باقی ماند. گاه احساس می شد که آن جامعه نوبه کهنگی می گراید و پاره ای از نیازها را بر نمی آورد. ولی قانونگذاران حرمت این میراث را نگاه می داشتند و نیازهای حادث را با عنوانهای دیگر جبران می کردند. در واقع، بیم از آن داشتند که ترکیب منظم و منسجم این مجموعه برهم بخورد.

در اصلاح سال ۶۱، چنانکه پیش بینی می شد، نظم و هماهنگی قانون مدنی در هم ریخت. تنها چند ماده از این مجموعه حذف شد یا تغییر کرد، ولی همین تغییر اندک نظم مطلوب را از بین برد و وصله ای ناهمگون بر جامعه فاخر شد.

سرآمد همه سهل انگاریها حذف اماره رشد و بویژه تعارض آشکار ماده ۱۲۱۰ اصلاح شده با تبصره آن بود. تا آن روز بر قانونگذاران خرده

می‌گرفتند که چرا گاه مفاد قانونی با مجموعه‌های پیشین در تعارض است، لیکن این پدیده نو، که ماده‌ای با تبصره آن متعارض باشد، همه را شگفت زده کرد: مقامهای قضایی دست به توجیه و تفسیر زدند، مؤثر نرفتاد؛ دیوان عالی به میدان آمد تا مرهمی بر زخم نهد، بیماری دیگری ظاهر گشت! نقد ما داستان غم‌انگیز این ماده و عبرتی است برای آنان که کار قانونگذاری و تفسیر و قضاوت را ساده می‌گیرند.



چنانکه گفته شد تعارض آشکار بین مفاد ماده ۱۲۱۰ اصلاح شده قانون با تبصره ۲ همان ماده باعث شده است تا دادرسان در جمع این دو حکم دچار تردید و اشکال شوند. آخرین راه حل کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی این بود که مفاد ماده ۱۲۱۰ و تبصره ۲، بدون توجه به تعارض عقلی و مبنایی آنها، هر کدام در مورد خاص خویش اجرا شود و در واقع تبصره ۲ مخصوص ماده ۱۲۱۰ باشد بدین معنی که: کودک تازه بالغ نسبت به اموالی که در تصرف دارد رشید محسوب شود، ولی دیگران که مالی از او در تصرف دارند در صورتی آن را در اختیار نوجوان قرار دهند که رشد او را احراز کنند.

این راه حل، جمع صوری و ادبی دو متن بود اما تعارض ماهوی و عقلی آنها را از بین نمی‌برد و به همین جهت نیز با اقبالی روبرو نشد. تبعیض ناروا را ذهن حقوقدان نمی‌پذیرد، چرا که در جستجوی عدالت است و «برابری» را جوهر عدل می‌بیند. این سؤال منطقی پاسخ داده نمی‌شد که بین اموالی که نوجوان در اختیار دارد با بخشی از دارایی که در تصرف امین و قیم یا بدهکاران اوست چه تفاوتی وجود دارد؟ چرا بایستی جامعه بالغ را در بخش نخست رشید بشناسد و در بخش دوم محجور؟ آیا حجر وسیله حمایت از اشخاص است یا از اموال؟

هر اندازه در وابستگی حقوقی به قدرت پافشاری شود، این نکته را نمی‌توان انکار کرد که اجتماع حداقلی از منطق و عدالت را لازمه

مجله کانون وکلای/شماره ۱۴۸ و ۱۴۹

ایجاد حقوق می بینند و در ارزیابی قواعدی که بر آن حکومت می کند بی تفاوت نیست. به همین جهت، همینکه لغزشی از قانونگذار سر بزند، جامعه حقوقدان متأثر می شود و برای جبران آن به تکاپو می افتد. حقوقدانان ما نمی توانستند بپذیرند که بالغی توان اداره اموال موجود خود را داشته باشد ولی نتواند مالی را که نزد قیم یا امین و بدهکار دارد مطالبه کند؛ می خواستند این هر دو وضع مشابه تابع یک حکم باشد. و این خواست معقول را نه قانون تأمین می کرد و نه تفسیر آن.

وانگهی جمع ادبی و صوری ماده ۱۲۰۱ و تبصره ۲ این نتیجه خطرناک را نیز به بار می آورد. که کودکان ناپخته و بی تجربه در دل اجتماع به خود واگذار شوند و مورد حمایت قرار نگیرند؛ زیرا لازمه اجرای ماده ۱۲۱۰ این است که دختری کمتر از نه سال بتواند آزادانه در دارایی موجود خود تصرف کند؛ میراث چند میلیونی را بفروشد و با آن عروسکهای زیبا و زیورآلات دلربا بخرد، و پسری در آغاز بلوغ و در عین بی خبری هر چه را دارد به زنان هرزه هدیه کند یا به اغوای دوستان بلندپرواز به هدر دهد. حقوق تنها وسیله حفظ حکومت یا تدوین سنتها یا اجرای منطقی قواعد نیست؛ ابزار هدایت و رهبری نیز هست و در این باره باید به مصلحت اندیشی پردازد و به مصالح و مفاسد قواعد توجه کند. کودکان پیش از بلوغ به حضانت و تربیت نیاز دارند و در سنین نوجوانی به ولایت و هدایت، و در جامعه ای منظم نمی توان آنها را بی سرپرست رها کرد.

قوانینی از این گونه، گذشته از زیانهای اجتماعی، باعث ایجاد ابهام در سرنوشت حقوقی اشخاص نیز می شود؛ زیرا برای رفع تعارض و یافتن راه حل مناسب، همه به پا می خیزند؛ سلیقه ها و مشربهای گوناگون به میدان می آید و به وحدت حقوقی و «برابری» مردم در مقابل دستگاه عدالت صدمه می زند.

در زمینه چگونگی اجرا و جمع ماده ۱۲۱۰ و تبصره آن نیز

اختلاف فراوان بود و سرانجام یکی از چهره‌های این اختلاف به دیوان عالی کشور رسید و منتهی به صدور رأی به منظور ایجاد وحدت «رویه قضایی» شد. در این رأی، نگرانی از بی سرپرست ماندن نوجوانان بی تجربه باعث شده است تا اکثریت اعضای دیوان عالی تأیید کنند که کودک پس از بلوغ نیز تا زمانی که رشدش احراز نشده است، بایستی در سرپرستی قیم باشد و به طور مستقل نتواند در امور مالی خود دخالت کند. این نتیجه با آنچه کمیسیون مشورتی شورای عالی قضایی فتوا داده بود تفاوت آشکار دارد و خود گامی برای حمایت از نوجوانان در پهنه زندگی اجتماعی است. اینک خلاصه جریان کار:

اختلاف نظر بین دادگاه عمومی جهرم و دادگاه عمومی فسا درباره لزوم نصب قیم برای نوجوانانی است که به سن بلوغ رسیده‌اند ولی هنوز رشد آنان احراز نشده است. دادگاه عمومی فسا درخواست دادسرا را در این باره پذیرفته و برای دو دختری که بالغ شرعی محسوب می‌شوند تعیین قیم کرده است. برعکس، دادگاه عمومی جهرم درخواست همان دادسرا را درباره دو دختر دیگر که متولد ۱۳۴۵ و ۱۳۵۱ بوده‌اند، به دلیل کبیر بودن آنان، رد کرده است. این دوگانگی تصمیم، به وسیله دادسرای دیوان عالی کشور و به استناد ماده ۳ اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۴۳ قانون امور حسبی به آن دیوان اعلام و درخواست صدور تصمیم شده است. دیوان عالی، به موجب رأی شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۳ و به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی چنین اظهار نظر می‌کند:

### رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور

«ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی اصلاحی هشتم دی ماه ۱۳۶۱ که علی القاعده رسیدن صغار به سن بلوغ را دلیل رشد قرار داده و خلاف



آن را محتاج اثبات دانسته ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود می باشد مگر در مورد امور مالی که به حکم تبصره ۲ ماده مرقوم مستلزم اثبات رشد است. به عبارت اخیری، صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ و اثبات رشد می تواند نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهدی یا قهری قبل از بلوغ مالک شده مستقلاً تصرف و مداخله نماید و قبل از اثبات رشد از این نوع مداخله ممنوع است و بر این اساس نصب قسیم به منظور اداره امور مالی و استیفای 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 با این نظر مطابقت دارد صحیح تشخیص می شود. این رأی بر طبق ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷ برای دادگاه ها در موارد مشابه لازم الاتباع است.»

بدین گونه، قوه قضائیه در برابر لغزش قانونگذار واکنش نشان داد و تا جایی که وظیفه اصلی آن قوه، یعنی تفسیر قوانین، اجازه می داد، در تعدیل ابهام قانون و نزدیک ساختن آن به «عدالت» کوشید. از آنجا که رأی برای دادگاه ها ایجاد الزام می کند و طبیعی است که مقامهای اداری نیز بایستی از آن پیروی کنند، به اختلاف اساسی در این باره پایان بخشید و نگرانی ناشی از تقویت داریی نوجوانان را از بین برد.

نکته مهمی که در تدوین رأی به چشم می خورد این است که قطع نظر از اظهار عقیده مختصر و گزارش گونه دادستان کل، نه پیشینه تاریخی این مواد در فقه مطرح شده و نه سایر مواد قانون مدنی در استنباط نظر قانونگذار مورد استناد قرار گرفته است. هر چند که نتیجه رأی با نظر مشهور در فقه نیز مطابقت دارد، دیوان عالی در رأی خود به آن توجه نکرده است؛ گویی خود قانونگذار است و در مقام آن که قاعده جدید وضع کند. نگاهی گذرا به رأی هیأت عمومی این احساس را ایجاد می کند که دیوان عالی زیر سرپوش تفسیر قانون به وضع قاعده ای

دست زده است که مبنای آن «مصلحت» است نه پیروی از نظر قانونگذار یا ادامه تاریخ قه. آنان که تردید دارند «رویه قضایی» در زمره منابع حقوق است بایستی از چنین نمونه‌هایی عبرت بگیرند، و کسانی که مصالح و مفاسد قانون را در شیوه تعبیر آن مؤثر نمی‌دانند پند آموزند.

قانون نیز مانند همه پدیده‌های اجتماعی از جامعه رنگ تعلق می‌پذیرد و وسیله حفظ مصلحت و عدالت است. بی‌گمان اگر در حقوق ما دختر هیجده‌ساله بالغ محسوب می‌شد، دیوان کشور در جمع مواد چنین نظری نمی‌داد، زیرا معنی نداشت که برای دختری کبیر قیم معین شود؛ ولی در وضع کنونی که سن بلوغ دختران با واقعیت خارجی سازگار نیست و دختر هشت‌سال و چند ماهه به واقع کودک است، ضمیر عدالتخواه انسان راضی نمی‌شود که چنین کودکی بدون سرپرست باقی بماند و اکثریت دادرسان دیوان عالی از همین ندای درونی الهام گرفته‌اند. وانگهی قضاتی که می‌بینند زن در بزرگسالی نیز در دید قانون همه صلاحیتهای مردان را ندارد، از خود می‌پرسند چگونه است که او بایستی شش سال زودتر از مردان «رشید» به حساب آید؟ لرزش و خارخاری که بر دلها می‌گذرد بر زبانها جاری نمی‌شود و بر صفحه مکتوبی نقش نمی‌بندد، لیکن کارگزار و هدایت‌کننده است. شناسایی و احاطه بر حقوق زنده هر اجتماع با روان‌شناسی قضایی ارتباط کامل دارد و بی‌اعتنایی به عوامل روانی صدور احکام قضایی، چشم پوشیدن از بخشی از حقیقت است.

از آنچه گفته شد نباید چنین نتیجه گرفت که رأی دیوان عالی به آرمان مطلوب در این زمینه رسیده است؛ در نظامی که قاضی مأمور اجرای قانون است و رویه قضایی تنها در زیر سرپوش «تفسیر قانون» می‌تواند خودنمایی کند، عبارت قانون مرزی است که دو صلاحیت قانونگذاری و قضایی را از هم جدا می‌سازد. از این مرز به دشواری

می توان گذشت و چهارچوب قانونی را شکست. رویه قضایی گاه از تعارضها و ابهامها استفاده می کند و از حصار آهنین می گذرد، چنانکه در رأی مورد نظر ما نیز اطلاق ماده ۱۲۱۰ را مخصوص به امور غیرمالی کرده و امور مالی را تابع قاعده ای ساخته که از تبصره ۲ همان ماده استنباط کرده است؛ ولی این پیشروی نیز برای خود حدی دارد که تنها با تغییر یا اصلاح قانون می توان از آن تجاوز کرد. به اضافه، شیوه انشای رأی نیز خود معایی دارد که احتمال ایجاد اختلاف را در آینده ایجاد می کند و از هم اکنون باید به توضیح آن پرداخت. اشکالهای مربوط به اجرای نظر دیوان عالی را بدین شرح می توان خلاصه کرد:

۱. عبارت رأی دیوان عالی در اینکه ماده ۱۲۱۰ «ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود می باشد مگر در امور مالی»، این نتیجه را دارد که دختر نه ساله بتواند درباره انتخاب همسر و جدایی از او، رفتن به مدرسه و انصراف از آن، محل اقامت و تابعیت و مذهب خود به طور مستقل تصمیم بگیرد. اهمیت این امور کمتر از اداره دارایی نیست و در رشد استعدادها و سرنوشت او و خانواده اش اثر فراوان دارد. چنین اختیاری برای پسر پانزده ساله نیز گزاف است و او را در معرض خطرهای گوناگون جسمی و معنوی قرار می دهد. نظر دادگاه عمومی فسا این بوده است که امور مربوط به حضانت و تربیت دختران خردسال در قیومت مادرشان قرار گیرد، ولی رأی دیوان عالی مفاد آن نظر را در مهمترین چهره خود بی اثر ساخته است.

شاید در نخستین گام، دیوان عالی چاره ای در مقام تفسیر رسمی نداشته باشد، ولی باید افزود که عادات و رسوم پا گرفته اجتماعی با نظر دادگاه عمومی فسا موافق است و می توان پیش بینی کرد که رویه قضایی در عمل همان شیوه را انتخاب می کند؛ یعنی قیوم را برای سرپرستی مادی و معنوی دختر خردسال برمیگزیند و اختیار او را محدود

به اداره اموال نمی سازد.

هیچ خانواده ای دختر نه ساله را رها نمی کند تا زندگی اجتماعی را به دلخواه خود ادامه دهد و فشار افکار عمومی و اخلاق و محدودیتهای اقتصادی نیز امکان سرکشی را به نوجوان تازه به دوران رسیده نمی دهد. اخلاق اجتماعی بار مسئولیت پدر و مادر و فرزند را در برابر یکدیگر بیش از اینها می داند. مبارزه با این اخلاق و عادات دشوارتر از آن است که به نظر می آید و قانون ناتوان تر از آن که برکندن وابستگیهای اجتماعی و عاطفی را به عهده بگیرد.

قیمتی که بر طبق رأی دیوان عالی و مفاد ماده ۱۲۱۰ معین می شود، بایستی گردشهای شبانه مولی علیه را نظاره کند و در خانه بماند تا اثاث او را از دستبرد محفوظ دارد! آیا چنین وظیفه ای برای قیّم، و بدتر از آن برای پدر و مادر، حقیر و موهن به نظر نمی آید؟ همه می دانند که جامعه ما تسلیم چنین وضع ناپسندی نخواهد شد و زخمی را که بر بدن دارد به نیروی اخلاق جبران می کند؛ ولی آنچه نگران کننده به نظر می رسد این است که آزادی حقوقی جوانان نارس بر محدودیتهای اخلاقی آنان رفته رفته چیره گردد و خودسری کودکان در برابر هدایت های خانوادگی در عادات و رسوم نیز پذیرفته شود. همان گونه که اثر اجتماع بر قانون واقعیت است، اثر قانون هم بر اجتماع انکارناپذیر می نماید.

اثر جدایی زودرس نوجوانان از خانواده ها امروزی یکی از نگرانیهای عصر ماست. پس اکنون که دچار این بیماری همه گیر نیستیم، عاقلانه نیست که تخم آن را به دست قانون در دل خانواده ها بکاریم و بهانه نفاق را به دست دهیم. دیوان عالی می توانست به جای به کار بردن ترکیب عام «دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود»، آن را به گونه ای محدود به نکاح و طلاق و مسئولیتهای کیفری سازد. اکنون نیز قوه قضائیه می تواند در عمل تدابیری بیندیشد که نوجوانان تا زمانی که به حد «رشد» نرسیده اند در پناه حمایت و هدایت خانواده بسر برند.

۲. یکی از دشواریها امکان دخالت نوجوانان در اقامه دعوی و دفاع از آن پیش از احراز رشد است: فرض کنیم دختر یا پسر بالغ، پیش از اثبات رشد بخواهد در دادگاه طرح دعوی کند یا لازم شود که طرف دعوی قرار گیرد. آیا دخالت در دعوی برای شخص او ممکن است یا بایستی ولی یا قیم در این باره اقدام کند؟

پیش از اصلاح سال ۶۱ نیز این مسأله درباره دعوی زناشویی مطرح بود، زیرا دختر پیش از رسیدن به سن رشد می توانست شوهر کند و پسر نیز به اذن دادگاه زن بگیرد. زن و شوهر در برابر هم حقوق و تکالیفی دارند که گاه برای اعمال آن اقامه دعوی ضرورت پیدا می کند. پس این پرسش مطرح می شد که آیا پسر و دختری بالغ که صلاحیت زناشویی را یافته اند، خود می توانند به طور مستقل در دعوی ناشی از آن شرکت کنند یا ولی و قیم آنان بایستی اقامه دعوی و دفاع از آن را برعهده گیرند؟ دادگاه عالی انتظامی در حکم شماره ۳۹۱۵-۲۵/۴/۱۵ نظر داده است:

«... مقتضای اختیار ازدواج زن قبل از رسیدن به بلوغ قانونی که عبارت از هیجده سال تمام باشد، آن است که زمام امور مربوط به ازدواج نیز به اختیار او باشد، به این معنی که اگر بین او و شوهر نزاع و خصومتی که ناشی از امر ازدواج است رخ دهد، اعم از حقوقی و جزایی و اعم از اینکه زن مدعی باشد و یا مدعی علیه، به هر حال طبیعت اختیار در تسبیب سبب ملازم با داشتن اختیار در کلیه خواص و آثار ناشی از آن خواهد بود و این امر از مسلمات غیر قابل تردید می باشد که اذن درشیی مهاذن در لوازم آن خواهد بود. بنا بر این اصل ثابت و مسلم، می بایست چنانچه دعوی بین زن و شوهر که منشأ آن عقد نکاحی بوده که به اختیار خود او صورت گرفته، حق دعوی و دفاع از آن نیز به او داده شود و روی همین قاعده نمی بایست در دعوی تمکین زوج به زوجه، قبل از رسیدن به

رشد قانونی، به سایر دعاوی معطوف شده و زن طرف دعوی شناخته

نشود...»<sup>۱</sup>

ولی پاره‌ای از دادرسان نظر داشتند که «اقامه دعوی» و دفاع از آن نیازمند به اهلیت لازم برای سایر اعمال حقوقی است و بین اذن به نکاح و اهلیت شرکت در دعوی ملازمه وجود ندارد، چنانکه شعبه ۲۷ دادگاه شهرستان در بخشی از رأی خود در پرونده‌های ۲۶۱/۳۹ و ۳۱۳/۳۹ می‌نویسد:

«نظر به اینکه به موجب مستنبط از شق ۱ ماده ۱۹۸ و ماده ۲۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی، اقامه دعوی و دفاع از آن مستلزم داشتن اهلیت لازم برای سایر اعمال حقوقی است و محجورین، اعم از صغیر و سفیه و مجنون، به هیچ عنوان حق دخالت در دادرسی را ندارند و نماینده قانونی آنها باید طرف دعوی قرار گیرد و در محاکمات شرکت کند،

نظر به مفاد ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی که تمام کسانی را که دارای هیجده سال تمام نیستند در حکم غیررشید دانسته، و بنابراین اصولاً قبل از بلوغ به سن مذکور هیچ صغیری اهلیت دفاع از حقوق خود را ندارد و تحت ولایت یا قیمومت خواهد بود...»

نظر به اینکه قابلیت صحی زوجه برای تمکین با اهلیت دفاع از دعاوی تمکین قابل قیاس نیست، زیرا دفاع از دعوی و موجه ساختن علت عدم تمکین و رد ادعای خواهان و بالتیجه رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و بیان حقایق ماهوی قضیه از اموری نیست که بتواند برعهده صغیری که فقط برای اصل تمکین قابلیت صحی دارد قرار گیرد، و به اضافه منطقاً ارتباط و ملازمه‌ای بین عمل ماهوی تمکین و دفاع قانونی از دعاوی زوج وجود ندارد تا از این جهت نیز بتوان اذن قانون را در امکان انعقاد نکاح شامل اجازه دفاع از دعاوی تمکین دانست...، دعاوی تمکین به طرفیت شخص نامبرده قابل

۱. موازین قضایی از خرداد ۳۰۶ تا اسفند ۲۷، گردآوری موسی شهیدی، ش ۹۴، ص ۴۳.

استماع و جریان نیست و به استناد ماده ۲۰۰ قانون آیین دادرسی

مدنی، قرار رد دعوی صادر و اعلام می شود...»<sup>۲</sup>

این بحث هم اکنون نیز باقی است، زیرا با صدور حکم دیوان عالی، بی گمان پیش از اثبات رشد نمی توان دعای مالی را در دادگاه طرح یا از آن دفاع کرد. آنچه باقی می ماند دعای غیرمالی است که مهمترین آنها از رابطه زناشویی ناشی می شود. پس باید پرسید آیا جمله عام دیوان عالی درباره گستره ماده ۱۲۱۰ ق. م. در اینکه «ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود می باشد» شامل دعای مربوط به طلاق و نکاح و نسب و تمکین و مانند اینها نیز هست، یا آثار کم و بیش مالی این دعای، «غیررشد» را از اقامه یا دفاع از آنها ممنوع می دارد، یا سرانجام - چنانکه گفته شد - چون شرکت در دادرسی مستلزم داشتن اهلیت کامل و از جمله «رشد» است، بالغ غیررشد نیز صلاحیت اقامه دعوی را ندارد و دعوی دیگران بر او هم بایستی به طرفیت قیم یا ولی طرح شود؟

رای دیوان عالی خود ماده نزاع است و امیدواریم رویه قضایی به سویی متمایل شود که دختر نه ساله نتواند درباره مهمترین مسائل زندگی خانوادگی تصمیم بگیرد و به طور مستقیم یا به وسیله وکیل منتخب خود به دادگاه برود.

رتال جامع علوم انسانی

۳. رای دیوان عالی کشور بر این نکته تأکید کرده است که نه تنها بلوغ و رشد دو مفهوم جداگانه است، رسیدن به سن بلوغ نیز اماره ایجاد رشد نیست. بالغ در امور مالی همچنان در حجر می ماند تا رشد او نیز ثابت شود. این نتیجه - چنانکه گفته شد - از نظر حمایت از جوانان

۲. برای دیدن بخش دیگری از رای یاد شده و همچنین سایر نظرها، رک. ناصر کاتوزیان:

حقوق مدنی، خانواده، ج ۱، قرائت و تمرین (۳)، ص ۸۲ تا ۸۵، همچنین ش ۳۹.

نارس و جلوگیری از تفریط اموال آنان مفید به نظر می‌رسد، ولی در برابر، این عیب مهم را دارد که برای احراز رشد هیچ اماره‌ای باقی نمی‌گذارد. از این پس همه کودکان ناگزیرند که پس از رسیدن به سن بلوغ، برای احراز رشد به دادگاه بروند. تعذر و تعسری که از این راه به بار می‌آید نظم معاملات و روابط اقتصادی را برهم می‌زند و بیهوده اوقات دادگاه را تضييع می‌کند. این دشواری اجتماعی چنان آشکار است که شیخ طوسی نزدیک به هزار سال قبل و در جامعه ساده آن روز نسبت به رجوع به حاکم اظهار نگرانی می‌کند و در پاسخ کسانی که اعتقاد دارند پایان حجر کودک به حکم دادگاه نیاز دارد، می‌نویسد: «... این گفته مقتضی آن است که همه مردم مجبور به شمار آیند؛ چرا که حاکم درباره هیچ کدام پس از بلوغ حکم نکرده که از حجر رها شده است.»<sup>۳</sup> و ما هنوز پس از ده قرن برای اثبات این حقیقت نیاز به استدلال داریم.

رویه قضایی نمی‌تواند برای اثبات رشد، «اماره قانونی» ایجاد کند. قانونگذار بایستی با ملاحظه حکم غلبه در میان مردم متعارف و مشورت با پزشکان روانی، سنی را که به طور معمول اشخاص رشید می‌شوند به عنوان «اماره رشد» معین کند و اثبات خلاف آن را، خواه در مورد رشد زودرس یا حجر بعد از آن، موکول به تصمیم دادگاه سازد. این اماره که نوعی اختیار عمومی بر مبنای غلبه است، با دستور لزوم اختیار از رشد یتیمان منافات ندارد و اقدامی در همان جهت است؛ چنانکه اعتماد به سن بلوغ را که خود اماره‌ای بر بلوغ جسمی کودک است، هیچ کس منافی بالزوم احراز آن نمی‌داند.

تا آنجا که ما می‌دانیم هیجده سالگی سن مناسبی برای ایجاد رشد است که برخلاف بلوغ، در دختر و پسر تفاوتی نمی‌کند. احیای دوباره ماده ۱۲۰۹ ق.م. می‌تواند به بخش مهمی از این دشواریها پایان

۳. شیخ طوسی: مبسوط، ج ۲ / ص ۴۸۶.



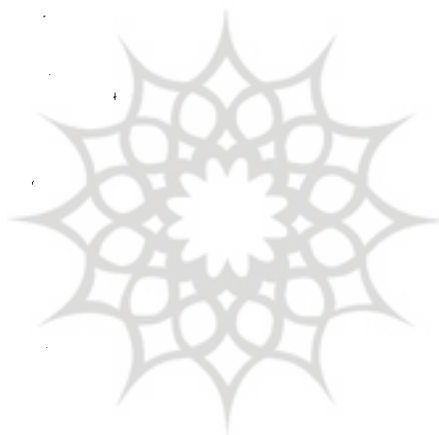
بخشد و امید است همین اندازه آزمایش برای جبران اقدام نسنجیده  
کمیسیون قضایی مجلس در حذف ماده ۱۲۰۹ کافی باشد.<sup>۴</sup>



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۴. در نخستین اعلان رسمی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی (ضمیمه روزنامه رسمی،  
ش ۴۷۱) ماده ۱۲۰۹ به جای خود باقی بود، ولی بعدها اعلام شد که ماده ۱۲۰۹ به  
اشتباه در زمره مواد حذف شده نیامده است.

پروفیسر ڈاکٹر سید محمد رفیق ہاشمی، ریسرچ ڈائریکٹر، انسٹیٹیوٹ آف سوشل سائنسز، جامعہ اسلامیہ، لاہور



پروفیسر سید سجاد علی شاہ، ریسرچ ڈائریکٹر، انسٹیٹیوٹ آف سوشل سائنسز، جامعہ اسلامیہ، لاہور

پرنٹل جامع علوم انسانی

پروفیسر ڈاکٹر سید محمد رفیق ہاشمی، ریسرچ ڈائریکٹر، انسٹیٹیوٹ آف سوشل سائنسز، جامعہ اسلامیہ، لاہور

پروفیسر ڈاکٹر سید محمد رفیق ہاشمی، ریسرچ ڈائریکٹر، انسٹیٹیوٹ آف سوشل سائنسز، جامعہ اسلامیہ، لاہور

پروفیسر ڈاکٹر سید محمد رفیق ہاشمی، ریسرچ ڈائریکٹر، انسٹیٹیوٹ آف سوشل سائنسز، جامعہ اسلامیہ، لاہور