

## واکاوی و تحلیل مبانی ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی در فقه مذاهب خمسسه و حقوق اسلامی

رضا رهبر

دانشجوی کارشناسی ارشد پیوسته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)

[rahbarreza@gmail.com](mailto:rahbarreza@gmail.com)

### چکیده

ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی تملکات بلا عوض صغیر ممیز را صحیح و نافذ می داند حال آنکه از منظر مبانی فقهی حقوقی صحت تصرفات صغیر ممیز مورد تردید واقع شده است با استناد به أدله نقلی مانند حدیث رفع و أدله عقلی و اثبات اینکه صغیر أهلیت تصرف ندارد و لذا قصد تملک در مورد وی منتفی است و تملکات وی صحیح و نافذ نیست. متقابلاً عده ایی با استناد به أصاله الصحه و اثبات أهلیت تصرف برای صغیر معتقدند که تملکات وی صحیح است.

در این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه ایی انجام شده است به بررسی أدله ۲ نظر پرداخته و به این نتیجه رسیده ایم که تصرفات صغیر ممیز صحیح و نافذ نیست و صغیر أهلیت تصرف نداشته اند لذا لازم است محتوای ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی مورد تجدید نظر قرار گیرد.

واژگان کلیدی: صغیر، أهلیت تصرف، تملک بلا عوض، صغیر ممیز، قصد تملک.

## مقدمه

محجورین از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران کسانی هستند که از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند صغیر از جمله محجورین است که قبل از رسیدن به بلوغ و رشد اهلیت تصرف در اموالش را ندارد و معاملات و تملیک و تملک او باطل و بدون اثر است در زمینه نقوذ تصرفات صغیر ۲ نظر قابل طرح است یک نظر بیان می دارد که مطلق تصرفات صغیر حتی ممیز غیر نافذ است و اهلیت تصرف صغیر منوط به بلوغ و رشد است این نظر مطابق نظر مشهور فقهای اسلامی است.

نظر دیگر حاکی از آن است که تصرفات صغیر ممیز در برخی موارد (مثل هبه و صلح بلا عوض و حیات مباحات) نافذ و موثر است که این نظر در ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی بیان شده است در این مقاله به تحلیل و بررسی مبانی و أدله ۲ نظر پرداخته و با استناد به أدله فقهی - حقوقی به بحث در این مورد پرداخته و با ارائه أدله فقهی مذاهب اسلامی ماده ۱۲۱۲ را مورد نقد و بررسی قرار می دهیم.

## معنای صغیر

صغیر در لغت به معنای خُرد و کوچک است (جوهری ۱۴۰۷ ج ۲ ص ۷۱۳، ابن منظور ۱۴۰۵ ج ۱۱ ص ۴۰۱، زبیدی ۱۴۱۴ ذیل صغر) و در اصطلاح به کسی گفته می شود که از نظر سن به نمو جسمانی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده باشد و همچنین به کسی گفته می شود که به سن بلوغ نرسیده باشد نیز می گویند (صفایی ۱۳۱۲، ص ۹۷) صغیر در یک تقسیم بندی به ممیز و غیر ممیز تقسیم می شود، صغیر ممیز به کسی گفته می شود که نابالغ است اما قوه درک و تشخیص دارد و می تواند خوب را از بد و زشت را از زیبا و سود را از زیان تشخیص دهد صغیر غیر ممیز به شخص نابالغی گفته می شود که توانایی درک و تشخیص خوب را از بد و زشت را از زیبا و نفع را از ضرر ندارد (صفایی، ۱۳۱۲، ص ۹۸ و ۹۹)

## معنای اهلیت

أهلیت در لغت به معنای صلاحیت (جوهری ۱۴۰۷، ابن منظور ۱۴۰۵، زبیدی ۱۴۱۴ ذیل أهل) و در اصطلاح به معنای شایستگی قانونی برای داشتن و اجرای حق و تحمل التزامات است و عدم أهلیت که در مقابل آن است در مورد کسی به کار می‌رود که توانایی دارا شدن یا اجرای حق را نداشته باشد (صفایی، ۱۳۱۲، ۱۰۰).

با توجه به تعریف ارائه شده أهلیت بر ۲ نوع است:

۱- أهلیت تمتع (أهلیت دارا شدن مثل توانایی صغیر بر دارا شدن و خریدن خانه)

۲- أهلیت استیفاء (أهلیت اجرای حق مثل توانایی انسان رشید در تصرف در اموال مالی و غیرمالی خودش) هر انسانی به طور معمول به هنگام تولد صلاحیت دستیابی به أهلیت تمتع را دارد (ماده ۹۵۸ ق.م) اما أهلیت استیفاء چون با تکامل قوای دماغی و شعور افراد ارتباط دارد و به تدریج با ظهور و رشد مراتب عقل و ادراک فرد حاصل می‌شود

حال می‌خواهیم به سوال اساسی پاسخ دهیم که آیا تملکات بلا عوض صغیر ممیز صحیح است یا خیر؟ قبل از پاسخ گویی به این سوال لازم است ذکر شود که تملیک و تملک ۲ صورت دارد:

**تملیک و تملک با عوض:** یعنی طرفین عقد ضمن دادن چیزی به طرف دیگر در قبال آن نیز چیزی دریافت می‌کند مثل بیع که در آن مشتری ثمن را می‌دهد و در قبال آن مبیع را تحویل می‌گیرد.

**تملیک یا تملک بلاعوض:** که در آن أحد طرفین به طرف دیگر چیزی را می‌دهد و در قبال آن چیزی دریافت نمی‌کند مثل هبه بلا عوض.

**تملکات بلا عوض صغیر ممیز از دیدگاه فقه اسلامی**

به نظر اکثر فقهای عامه برای صغیر ممیز أهلیت استیفاء ناقصی وجود دارد و معتقدند که صغیر ممیز توانایی اراده و قصد إنشاء را دارد و اعمال حقوقی او که مسئولیت مدنی یا تعهد و تکلیفی مالی برای وی به جا نمی‌گذارد صحیح است. به طور کلی به نظر حنفیان تصرفات صغیر ممیز ۳ گونه است:

ألف: تصرفات صرفاً مضر = که در اینصورت تصرفات وی باطل است.

ب: تصرفات صرفاً نافع = در اینصورت تصرفات وی صحیح است حتی بدون اذن ولی.

ج: تصرفات مشترک میان نفع و ضرر = این گونه تصرفات غیر نافذ است مگر با اذن ولی. (حطاب رعینی ۱۴۱۶ ج ۶ ۶۳۶-۶۳۸، بخاری بی تا ج ۴ ۲۵۵-۲۵۷، سرخسی ۱۴۰۶ ج ۲۴ ۱۶۳) و به نظر حنبلیان و ماکیان تصرفات صغیر ممیز غیر نافذ است و با اذن ولی صحیح است و به نظر شافعی تصرفات صغیر - اعم از ممیز و غیر ممیز - باطل است (زحیلی، ۴۵۹، ۶) بنابراین نظر مشهور فقهای امامیه ۲ شرط لازم برای خروج از حجر صغیر، بلوغ و رشد است بنابراین معاملات معاوضی و تملکات بلا عوض صغیر (ممیز و غیرممیز) غیر نافذ است مگر با اذن ولی. باید در نظر داشت که مقصود از اذن ولی این نیست که ولی به صغیر اجازه دهد چون صغیر مسلوب العبارة است و اذن دادن به او فایده ای ندارد بلکه معنای آن این است که صغیر به عنوان آلت و وسیله ولی در اموال تصرف می کند. (تذکره الفقهاء ج ۱۴ ص ۲۶۲ مسأله ۴۵۹، مختلف الشیعه ج ۶ ص ۲۸۲، قواعد الأحکام ج ۵ ص ۲۳۳، تبصره المتعلمین ص ۳۴۵، مبسوط ج ۳ ص ۳۰۵، لمعه کتاب الحجر ص ۳۶۳، سرائر ج ۳ ص ۱۷۲، ایضاح الفوائد ص ۵۵، جواهر الکلام ج ۲۶ کتاب حجر ص ۲۶۲، العروه الوثقی، ج ۶، ص ۲۴۱) در مقابل نظر مشهور شماری از فقهای امامیه و مشهور حقوقدانان حکم به صحت تملکات بلا عوض صغیر ممیز - اعم از هبه و صلح - کرده اند (جامع المقاصد ج ۵ ص ۱۸۰ اما محقق کرکی در ص ۴۱۰ همان کتاب صلح صغیر ممیز راصحیح نمی داند، صفایی اشخاص و محجورین ص ۱۰۰ و ۱۰۱) 

### أدله صحت تملکات بلا عوض صغیر ممیز

قائلین به صحت تملکات بلا عوض صغیر ممیز به ادله زیر استناد می کنند:

۱- أصاله الصحه که تملکات صغیر ممیز را صحیح می داند، یعنی أصل اولیه در معاملات صغیر ممیز صحت آن است و اگر شک کنیم که بلوغ و رشد در صحت آن منوط و شرط است، أصل را بر عدم شرطیت گذاشته و حکم

به صحت آن می‌کنیم. (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ۱۱۰) این دلیل قابل خدشه است زیرا زمانی ما از أصاله الصحه استفاده می‌کنیم که موضوع موجود و قیودش ثابت و احراز شده باشد و هیچ گونه شکی در موضوع و قیودش وجود نداشته باشد، در حالی که در صحت معاملات صغیر ممیز در شرایط و قیودش (شرطیت بلوغ و رشد) میان فقهاء اختلاف است پس نمی‌توان أصاله الصحه را جاری کرد. برای روشن تر شدن مطلب یک مثال می‌زنیم: فرض کنید فرد مسلمانی که مقید به آداب شرعی است و با طهارت نماز می‌خواند حال ما شک می‌کنیم که فرد مسلمان نمازش را با طهارت خوانده یا نه، به عبارت دیگر آیا نمازش صحیح است یا خیر؟ در اینجا ما می‌آییم و أصاله الصحه را جاری می‌کنیم زیرا موضوع و قیودش (مسلمان بودن و مقید بودن به آداب شرعی) در مورد فرد مورد نظر صدق می‌کند و هیچگونه شکی در آنها نداریم. اما اگر مثلاً ما شک بکنیم که شخص ألف مسلمان است یا کافر و این فرد بایاد حیوانی را ذبح کند، در اینجا ما چون هیچگونه سابقه ذهنی در مورد این فرد نداریم و به اصطلاح شک در وجود موضوع و قیودش داریم دیگر نمی‌توانیم أصاله الصحه را جاری کنیم.

۲- صغیر ممیز می‌تواند اراده کند زیرا قبول عقد به وسیلهی قصد انشاء به عمل می‌آید و این امر موجب تصرف در اموال و حقوق مالی او نمی‌شود و زمانی که صغیر قصد تصرف در مال را داشت شد باید ماذون باشد. (امامی، بی تا، ۲۵۱، ۵): این دلیل نیز قابل خدشه است اولاً: که ما مبنای شما را در مورد اینکه صغیر ممیز توانایی اراده دارد را قبول نداریم زیرا همانطور که گفته شد مشهور فقهای امامیه و شافعیان، صغیر را مسلوب العبارة می‌دانند و حتی ادعای اجماع در مورد آن شده است. (موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۳۳۴ به بعد، میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، سوال ۱۶۱، ص ۲۵۲)

ثانیاً: درباره اینکه قبول عقد موجب تصرف در اموال و حقوق مالی او نمی‌شود نیز خدشه وارد است زیرا براساس فتاوی فقهای امامیه در عقود جایز قبول می‌تواند همراه با تصرف انشاء و اعلام بشود.

۳- بنابر ماده ۸۶ قانون امور حسبی "صغیر ممیز می‌تواند اموال و منافع را که از راه کسب و کار بدست آورده را با اجازه ولی اداره نماید" پس به طریق اولی می‌تواند اموالی را که از راه هبه و صلح بلا عوض بدست می‌آورد

را قبول و اداره کند. این دلیل نیز قابل مناقشه بوده و در واقع دلیلی برای اثبات مدعی نیست زیرا همان طور که گفته صغیر مسلوب العبارة بوده و لذا اجازه ولی اثری در نفوذ اداره اموال توسط صغیر ندارد.

۴- مبنای حجر صغیر، حمایتی (یعنی مقصود قانونگذار از حجر، حمایت از صغیر در برابر خطرات احتمالی در معاملات است) است پس تملکات بلا عوض صغیر ممیز صحیح است. اولاً؛ در اینکه مبنای حجر صغیر حمایتی است شکی نیست اما اگر این مبنا را بپذیریم پس نباید میان صغیر ممیز و غیرممیز تفاوتی نهاد. ثانیاً؛ لازمه حمایت از صغیر این است که تا زمانی که به بلوغ و رشد نرسیده باشد پدر و جد پدری عهده دار معاملات صغیر شوند.

۵- تملکات بلاعوض صغیر ممیز هیچگونه مسئولیت مدنی و تعهد الزام آوری برای او به وجود نمی‌آورد.

این ادعای لزوماً صحیحی نیست چون در هبه بلاعوض ممکن است واهب از هبه خود رجوع کند و مال قبل از پس داده شدن به واسطه اهمال و تقصیر صغیر تلف شود. (مواد ۸۰۳ و ۱۲۱۶ ق.م.)

### أدله بطلان تملکات بلاعوض صغیر ممیز

۱- أصالة الفساد: مشهور فقهای امامیه معتقدند که اصل اولی در عقود و ایقاعات فساد است، فلذا شامل عقد صغیر ممیز نیز می‌شود. (موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۳۳۴ به بعد میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، سوال ۱۶۱، ص ۲۵۲)

۲- صغیر فاقد اهلیت تصرف است زیرا همان طور که گفته شد صغیر به محض به دنیا آمدن حق تمتع دارد اما به فتوای مشهور تا زمانی که به بلوغ نرسید باشد اهلیت استیفاء ندارد. (مواد ۲۱۰ تا ۲۱۳ ق.م.)

۳- اجماع (موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۳۳۴ به بعد، میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، سوال ۱۶۱، ص ۲۵۲)

۴- صغیر چون مسلوب العبارة است فلذا شارع مقدس بر اراده و سخن صغیر اُثری بار نکرده است و اذن ولی تأثیری در نفوذ آن ندارد.

۵ حدیث رفع: حدیث رفع از احادیث مشهوری است که شیعه و سنی آن را از رسول خدا (ص) نقل کرده‌اند که فرمود:

رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ وَ عَنِ الْوَلَدِ حَتَّى يَحْتَلِمَ. (دعائم الاسلام، ج ۱، ص ۱۹۴، عوالی اللئالی، ج ۱، ص ۲۰۹، مسند أحمد، ج ۱، ص ۱۴۰) به نظر مرحوم ابن ادریس حلی بر اساس این روایت قلم تکلیف از صغیر تا زمانی که به سن احتلام برسد برداشته شده است بنابراین اعمال صغیر از جمله وصیت و قبول هبه بی اثر است. بسیاری از فقهاء نیز همین نظر را پذیرفته‌اند (ابن ادریس حلی ۱۴۱۰ ج ۳ ص ۲۰۷، ابن فهد حلی ۱۴۱۱ ج ۳ ص ۹۷، علامه حلی ۱۴۱۸ ج ۲ ص ۴۴۷، مقدس اردبیلی ۱۴۱۲ ج ۹ ص ۱۸۵)

## حیازت مباحات

در بحث قبلی حکم هبه و صلح بلاعوض بیان شد، در این بخش می‌خواهیم بررسی کنیم که آیا قبول حیازت مباحات توسط صغیر ممیز صحیح است یا خیر؟ علت تمایز میان حیازت مباحات با هبه با صلح بلاعوض در این است که در حیازت مباحات همانطور که در آینده خواهد آمد مشهور فقهاء قصد تملک را شرط می‌دانند و این یکی از خصیصه‌های حیازت مباحات بوده که در هبه و صلح وجود ندارد. برای روشن مطلب باید ابتدا به چند مطلب را بطور مقدماتی اشاره کنیم:

### ۱- معنای لغوی و اصطلاحی حیازت مباحات

حیازت از نظر لغوی مصدر باب "حاز یحوز" هست و به معنی بدست آوردن و کسب کردن است. بسیاری از أهل لغت در تعریف آن آورده‌اند: "كَلٌّ مِنْ ضَمِّ شَيْئاً إِلَى نَفْسِهِ مِنْ مَالٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَقَدْ حَازَهُ حَوْزاً وَ حِيَازَهُ ...". یعنی هر شخصی چیزی از مال یا غیر آن را برای خود گردآوری کند در واقع آن را کسب کرده است. (جوهری

۱۴۱۰، ۳، ۸۷۵، طریحی، ۱۷، ۱۴۱۶) اما در اصطلاح حیازت به معنی وضع ید و تصرف نسبت به شیء مباح را می‌گویند. (فیض، ۱۳۸۴، ۳۲۳) همانطور که ماده ۱۴۶ قانون مدنی در تعریف آن می‌گوید: مقصود از حیازت، تصرف و وضع ید است یا مهیا کردن وسایل تصرف و استیلاء. یا در ماده ۲۷ قانون مباحات آن را بدینگونه تعریف کرده است: اموالی که ملک اشخاص نمی‌باشد و افراد مردم می‌توانند آنها را مطابق قوانین مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوطه به هر یک از اقسام مختلفه آنها را تملک کرده و یا از آنان استفاده کند مباحات نامیده می‌شود.

## ۲- قاعده من حاز ملک و مفاد آن:

مشهور فقهای امامیه حیازت مباحات را از اسباب مالکیت به حساب می‌آورند، این گروه از فقهاء معتقدند که هر کس چیزی از اشیاء مباح را حیازت کند مالک آن محسوب می‌شود، بگونه‌ای که این موضوع را به عنوان یک قاعده مستقل فقهی با عنوان من حاز ملک قرار دادند. به عنوان مثال شهید ثانی در کتاب مسالک الأفهام در این رابطه می‌گوید:

"الأشبه فی الحیازه إختصاص کل واحد بما حازه من الحیازه" (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴، ۳۰۴)

یعنی آنچه درباره حیازت با قواعد و اصول فقه سازگارتر است، آن است که هر کس مالک چیزی شود که از عمل حیازت بدست آورده است. سایر فقهاء نیز با همین مضمون به این مطلب اشاره کرده‌اند. بنابراین بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه مفاد قاعده حیازت در واقع سببیت برای مالکیت است، اما باید بدانیم آن دسته از اشیاء متعلق حیازت قرار می‌گیرند که ۲ شرط زیر را داشته باشند:

۱- قابلیت حیازت وجود داشته باشد.

۲- مال قبلاً مالک نداشته باشد.

آیا در حیازت مباحات قصد تملک شرط است؟



مشهور فقهای امامیه حیازت مباحات را جزء اسباب مالکیت دانسته و قصد تملک را شرط نمی‌دانند، اما در مقابل آن مشهور فقهای عامه قصد تملک را در صحت تملک شرط می‌دانند. (زحیلی، ۶، ۴۶۹) مشهور فقهای امامیه برای اثبات مدعای خود دلایلی را آورده‌اند که به خاطر اختصار به مهمترین آنان اشاره می‌کنیم:

حیازت از جمله اسباب تولیدی است که صرفاً سبب ملکیت برای حائز می‌شود و داخل در عقود و ایقاعات نیست که نیازمند قصد باشد بنابراین حیازت اطفال از جمله امور جایز است. (سبزواری ۱۴۱۳، ۲۱، ۱۲۰)

این دلیل قابل خدشه است زیرا بنابر نظر مشهور فقهاء حیازت از ایقاعات است، پس نیازمند قصد است و صغیر ممیز مسلوب العبارة است.

ظاهر أدله حیازت دال بر آن است که ملکیت صرفاً به واسطه ی عمل حیازت و احیاء صورت می‌گیرد نه به واسطه قصد تملک، لذا حیازت اطفال موجب ملکیت آنان می‌شود. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۴) این دلیل نیز درست به نظر نمی‌رسد، زیرا یک دسته روایات وجود دارد (وسائل الشیعه ج ۱۶ ص ۲۴۶ حدیث ۱، ج ۱۷ ص ۳۵۹ به بعد، به نقل از قواعد فقه محقق داماد) که اطلاق این دسته از روایات را تقیید می‌زند.

سیره عقلاء بر این بوده است که آثار ملکیت را بر اموری که توسط صغار حیازت می‌شد مترتب می‌کردند بدون اینکه بلوغ را در این مورد معتبر بدانند. (مازندرانی، ۱۴۲۸، ۲۳۴) این دلیل قابل خدشه است، زیرا بر فرض پذیرش این سیره در مقابل آن سیره عقلایی وجود دارد که می‌گوید اگر کسی بدون هیچ قصد تملک مالی را بدست آورد مالک آن نخواهد بود. (محقق داماد، ۱، ۲۵۱) و چون در احکام عقل تعارض ورود ندارد فلذا می‌فهمیم سیره عقلای مذکور حجت نیست.

مفاد روایات وارده در مورد بی‌اعتبار بودن امور اطفال ناظر به معاملات است و شامل اموری مانند حیازت مباحات و احیاء موات نمی‌شود. (شاهرودی، ۱۴۱۵، ۲، ۲۲۹) از آنجایی که معاملات اعم از عقود و ایقاعات است و حیازت مباحات جزء ایقاعات است پس حیازت اطفال صحیح نیست این دلیل نیز خدشه دارد.

آیه " هو الذی خلق لکم ما فی الأرض جمیعاً" (آیه ۲۹ سوره بقره) دلالت بر این دارد که همه چیز برای انسان مباح است مگر دلیل مخصوص که آن را رد کند، به عبارت دیگر از این آیه استفاده می‌شود مباحات اصلی برای اینکه در تملک انسان قرار بگیرد خلقت شده‌اند و شیوه تملک بر آن استیلاء بر آن است بنابراین هر کسی بر آن تسلط یابد مالک خواهد بود.

باید توجه داشت که اطلاق این آیه به وسیله ی روایات دیگر (وسائل الشیعه، ج ۱۶ ص ۲۴۶ حدیث ۱، ج ۱۷ ص ۳۵۹ بعد، به نقل از قواعد فقه محقق داماد) تقیید خورده است. در مقابل عده‌ای از فقها و حقوقدانان قائل به این شده‌اند که در حیازت مباحات قصد تملک را شرط می‌دانند، أدله این گروه عبارتند از:

۱- حیازت مباحات از ایقاعات است و در ایقاعات نیازمند قصد و اراده حیازت کننده است و بدون قصد حیازت محقق نمی‌شود. (ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع) علت اینکه حیازت متوقف بر قصد است این است که مادام که قصد نباشد اصولاً صدق مفهوم تصرف و استیلاء محل تأمل است و در ثانی سیره عقلاء دلالت دارد بر اینکه کسیکه هیچگونه قصدی در عمل نداشته باشد مالک نمی‌داند. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱، ۲۵۱)

۲- همانطور که قبلاً اشاره شد روایاتی وجود دارد که دلالت دارد هرگاه صیادی ماهی صید شده‌ای را خریداری کند و در شکم آن گوهری بیابد می‌تواند آن را برای خود بر دارد و مالک آن می‌شود. (وسائل الشیعه ج ۱۶ ص ۲۴۶ حدیث ۱، ج ۱۷ ص ۳۵۹ بعد، به نقل از کتاب قواعد فقه محقق داماد)

۳- شیخ طوسی در کتاب مبسوط خود می‌نویسد: "إنّ المحیی إنّما یملک بالإحیاء الا إذا قصد تملک به" (شیخ طوسی، ج ۳، ص ۳۰۳)

۴- بنابر مواد ۱۴۳ (هر کس از اراضی موات و مباحه قسمتی را به قصد تملک احیاء کند مالک آن قسمت خواهد بود) و ۱۶۰ قانون مدنی (هر کس در زمین خود یا اراضی مباحه به قصد تملک قنات با چاهی بکند تا به آب برسد

یا چشمه جاری کند مالک آن می‌شود و در اراضی مباحه مادامی که به آب نرسیده تحجیر است) قصد تملک در حیازت مباحات لازم است.

## نتیجه گیری

در ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی تملکات بلا عوض صغیر ممیز مانند هبه و صلح بلا عوض و حیازت مباحات صحیح و نافذ قلمداد شده است. با استناد به أدله فقهی حقوقی به این نتیجه رسیدیم که با توجه به اینکه صغیر أهلیت تصرف نداشته و از نظر شارع مسلوب العبارة تلقی شده و با پشتوانه أصالة الفساد و حدیث رفع و اجماع، هبه و صلح بلا عوض صغیر ممیز صحیح نیست. در زمینه‌ی حیازت مباحات توسط صغیر ممیز نیز معتقدیم آنچه در ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی آمده صحیح و منطبق با مبانی فقهی حقوقی نمی‌باشد، زیرا أدله قائلین به صحت مخدوش بوده و با استناد به ظاهر أدله حیازت، قصد تملک در حیازت را شرط است و صغیر ممیز به دلیل مسلوب العبارة بودن چنین قصدی نمی‌تواند داشته باشد. لذا به نظر مصنف بهتر است -با توجه به پیشینه‌ی قانون مدنی و اینکه نویسندگان قانون مدنی همواره با توجه به نظر مشهور فقها متن قانون را نوشته‌اند - ذیل ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی را حذف و مطلق اعمال حقوقی صغیر اعم از ممیز و غیر ممیز باطل تلقی شود.

منابع

قرآن کریم

- ۲- أحمد بن حنبل، أبو عبدالله، ۱۴۱۶ق، مسند أحمد، به تحقیق أحمد محمد شاکر، قاهره، انتشارات دار الحديث.
- ۳- ابن ادریس حلی، محمد بن ادریس، ۱۴۱۰، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، موسسه نشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین.
- ۴- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، ۱۴۰۵، لسان العرب، قم، نشر ادب حوزه.
- ۵- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، ۱۴۱۱، المهذب البارع فی الشرح المختصر النافع، تحقیق مجتبی عراقی، قم، موسسه نشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین.
- ۶- اصفهانی، سید ابوالحسن، ۱۳۶۵ق، وسیله النجاه، تهران، چاپ خانه مهر
- ۷- ابی جمهور، ابن، ۱۴۰۳ق، عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیہ، قم، انتشارات سید الشهداء.
- ۸- امامی، حسن، بی تا، قانون مدنی، تهران، انتشارات مکتبه الاسلامیه.
- ۹- بخاری، عبد العزیز بن أحمد، بی تا، کشف الأسرار عن اصول فخر الاسلام، قاهره، دارالکتب الاسلامی.
- ۱۰- تفتازانی، مسعود بن عمر، بی تا، التلویح الی کشف حقائق التنقیح، بیروت، دارالأرقم.
- ۱۱- جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۴۰۷، الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه تحقیق احمد عبد الغفور عطار، بیروت، دار العلم للملایین.
- ۱۲- خطاب ربیعنی، محمد بن عبد الرحمن، ۱۴۱۶، مواهب الجلیل لشرح المختصر خلیل، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- ۱۳- زبیدی، محمد مرتضی، ۱۴۱۴، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق علی شبیری، بیروت، دار الفکر.
- ۱۴- زحیلی، وهبه، ۱۴۱۶، الفقه الاسلامی و أدلته، تهران، انتشارات دارالفکر.
- ۱۵- سرخسی، شمس الدین، ۱۴۰۶، المبسوط، بیروت، دار المعرفه.
- ۱۶- سبزواری، سید عبد الأعلى، ۱۴۱۳، مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، موسسه المنار، چاپ چهارم.
- ۱۷- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، ۱۴۱۳، مسالک الأفهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، موسسه معارف الاسلامیه، چاپ اول.
- ۱۸- شهید اول، محمد بن مکی عاملی، ۷۳۴، اللمعه دمشقیه، تهران، انتشارات نشر دانش، چاپ اول.
- ۱۹- شیخ طوسی، أبو جعفر محمد بن حسن، ۴۶۰، المبسوط فی فقه الامامیه، به تحقیق محمد باقر بهبودی و محمد تقی کشفی، انتشارات المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
- ۲۰- شاهرودی، سید علی حسینی، ۱۴۱۰، محاضرات فی الفقه الجعفری، تقریرات درس سید ابوالقاسم خوبی، قم، دارالکتب الاسلامی، چاپ اول.
- ۲۱- صفایی، حسین، اشخاص و محجورین، انتشارات سمت، چاپ ۱۳۸۶.
- ۲۲- طریحی، فخرالدین، ۱۴۱۶، مجمع البحرین، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، چاپ سوم.
- ۲۳- علامه حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۸، تذکره الفقهاء، قم، تحقیق موسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث.
- ۲۴- \_\_\_\_\_، قواعد الأحکام، قم، موسسه نشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین.
- ۲۵- \_\_\_\_\_، مختلف الشیعه فی الأحکام الشریعه، قم، موسسه نشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین.
- ۲۶- \_\_\_\_\_، تبصره المتعلمین، تهران، کتاب فروشی اسلامی، چاپ اسلامی سال ۱۳۶۳
- ۲۷- فیض، علیرضا، ۱۳۸۴، مبانی فقه و اصول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هفدهم
- ۲۸- فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، ۱۳۸۹، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، با تصحیح حسین موسوی کوه کمری و علی پناه اشتهرای، قم، موسسه اسماعیلیان

- ٢٩- قمی، میرزا أبو القاسم، جامع الشتات فی أجوبه السوالات، قم، موسسه نشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسين.
- ٣٠- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ١٤١٢ ق، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، تصحیح مجتبی عراقی و علی پناه اشتهاری و حسین یزدی اصفهانی، قم، منشورات جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه
- ٣١- محقق ثانی، نور الدین علی بن حسین، ٩٤٠ ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، انتشارات موسسه آل البيت(ع)، چاپ دوم
- ٣٢- محقق داماد، سید مصطفی، ١٤٠٦، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم
- ٣٣- مازندرانی، علی اکبر سیفی، ١٤٢٨ ق، دلیل التحریر الوسيله (أحكام الأسرة)، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ر)، چاپ أول
- ٣٤- موسوی خویی، سید أبو القاسم، مصباح الفقاهه، قم، تحقیق موسسه آل البيت(ع) لإحياء التراث
- ٣٥- مغربی، قاضی نعمان، دعائم الاسلام، ١٣٨٣ ق، انتشارات دار المعارف
- ٣٦- منصور، جهانگیر، قانون مدنی، بی تا، تهران، انتشارات آگاه، چاپ ٢٢
- ٣٧- نجفی، محمد حسن، بی تا، جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، انتشارات دار الإحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- ٣٨- یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، ١٤٠٩ ق، العروه الوثقی فیما تعم به البلوی، بیروت، موسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی