

Abstract

Abstinence, whether supportive or suspicious, is the inability to seize one's rights. The Holy Shari'a, in order to protect the absentees, has established the principle of coercive guardianship over the property. It limits the authority, it is the personal interest of the one who is deprived and needs the province. Therefore, coercion does not have the right to do something that is against the interest or involves harm to the detainee.

Using a descriptive and analytical method, this article deals with the pathology of the jurisdiction of the guardian from the perspective of Islamic jurisprudence and Iranian law.

If it turns out that the non-use of the right of pre-emption is the result of the fault of the guardian, guardian and custodian and their negligence in managing the financial assets or colluding with the buyer in wasting the dispossessed right and also in case the guardian fails to exercise special interest or necessity To prove himself, of course, his debauchery does not have the power to abolish the right of pre-emption.

آسیب‌شناسی حوزه اختیارات ولی قهری از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۲/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۵/۱۳

اعظم موخواه^۱

بختیار عباسلو^۲

سید محسن طباطبایی^۳

چکیده

محجوریت، خواه حمایتی باشد و خواه سوءظنی، نداشتن اهلیت برای تصرف در حقوق خویشتن است. شارع مقدس به دلیل حمایت از محجورین، اصل بر اعمال ولایت قهری بر مولی علیه قرار داده است. اختیارات اعطایی گسترده به ولی قهری با دو قاعده رعایت صلاح و نبودن مفسده محدود شده است. اختیارات ولی قهری در قانون گسترده است و تنها چیزی که این اختیارات را محدود می‌کند، مصلحت شخصی است که محجور شده و نیازمند ولایت است. بنابراین ولی قهری حق ندارد عملی انجام دهد که برخلاف مصلحت یا متضمن ضرری برای محجور باشد.

این مقاله با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی به آسیب‌شناسی حوزه اختیارات ولی قهری از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران پرداخته است.

اگر معلوم شود که استفاده نکردن از حق شفعه نتیجه تقصیر ولی، وصی و قیم و اهمال آنها در اداره دارایی مولی علیه بوده یا با خریدار در تضییع حق محجور تبانی کرده است و همچنین در موردی که ولی نتواند مصلحت یا ضرورت ویژه‌ای را برای اقدام خود اثبات کند، بیگمان تفریط او نیروی اسقاط حق شفعه را ندارد. و اگر ثابت شود که تقصیری رخ نداده و اقدام ولی برای جلوگیری از مفسده بوده است (مانند اینکه بهای فروش سهم شریک گراف باشد، می‌توان کار او را نافذ شناخت).

کلمات کلیدی: آسیب‌شناسی، اختیارات، ولی قهری، محجورین،

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد بین‌الملل کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، کیش، ایران

^۲ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

^۳ استادیار و عضو هیات علمی گروه معارف، دانشکده فقه و حقوق، واحد بین‌المللی کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، کیش، ایران

ضعیف و آسیب پذیر بودن محجورین نسبت به سایر افراد جامعه است. بر این اساس محجورین نیازمند حمایت های قانونی ویژه می باشند. در این راستا قانونگذار کشور ما نیز با تدوین قوانین حمایتی هر چند به صورت پراکنده به حمایت از این قشر پرداخته و مباحثی از حقوق مدنی و حقوق کیفری و هم چنین آیین دادرسی کیفری را به آن ها اختصاص داده است که نیاز به تکمیل این قوانین در راستای حمایت از حقوق این قشر احساس می شود. در میان محجورین که به مجانین، اطفال و اشخاص غیر رشید (سفیه) قابل تقسیم اند، قانونگذار به اطفال نگاه دیگری داشته و بیشترین حمایت خود را معطوف به این قشر می نماید که هم از جهتی مثبت و هم از جهت بی توجهی یا بتوان گفت کم توجهی به دیگر محجورین منفی و قابل انتقاد می باشد.

محجوریت، خواه حمایتی باشد وخوا سوءظنی، نداشتن اهلیت برای تصرف در حقوق خویشتن است. یکی از حقوقدانان در مقام ارائه تعریف از حجر، آن را شامل محرومیت از حق تمتع نیز دانسته است اولی غالب حقوقدانان حجر را به معنای محرومیت از استیفای حق دانسته اند. آوقتی می گوئیم حق گرفتگی است نه دادنی، منظورمان حق تمتع است اعم از اینکه منظورمان دست یافتن به حقوق مدنی باشد که توسط قانونگذار به رسمیت شناخته نمی شود ویا حقوق سیاسی، ولی برای محرومیت از این حقوق عنوانی وضع نشده است.

ولایت در حقوق اشخاص با محجوریت ملازمه دارد ولی رابطه حجر و ولایت به معنای اعم، عموم و خصوص مطلق می باشد و ملازمه ای بین این دو نهاد نمی باشد؛ هر محجوری تحت ولایت می باشد، اما هر من علیه الولایتی محجور نمی باشد، مثل غائب در اداره فضولی مال غیر یا مدیون معسر، که من علیه الولایه بوده اما محجور نمی باشند و خودشان نیز می توانند در دارایی اشان تصرف نمایند.

اهمیت موضوع در حقوق کنونی در این است که هر موردی که فردی در معرض تصمیم گیری برای دیگری می باشد، می توان از اصل عدم ولایت استمداد جست و تصمیم او را معتبر ندانست. فقها به طور مجمل از این اصل استفاده می نمودند و در مقام تشریح منقح اصل و تعیین مجاری آن بر نیامده اند. امید است نتایج و خروجی این پژوهش در حد توان در رفع این خلا علمی و حقوقی موثر باشد.

۲- اولیاء قهری و حدود اختیارات آن ها

همه مذاهب فقهی ولایت بر جان و مال طفل را پذیرفته اند لیکن در بیان اولیاء قهری و ترتیب اولیاء دچار اختلافند. با این وجود، همه مذاهب پدر را به عنوان اولین ولی قهری می پذیرند. در فقه امامیه، تنها از پدر و جد پدری به عنوان اولیاء قهری نام برده شده و بر عدم ولایت مادر ادعای اجماع شده است و پس از فوت پدر و جد ولایت متعلق به وصی منصوب از طرف آن دو و در صورت فقدان وصی، ولایت از آن حاکم دانسته شده است. اما ولایت در نکاح، تنها از آن پدر و جد پدری و در صورت فقدان، هیچ کس بر تزویج وی ولایت ندارد. در

۱- جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، واژه ۱۶۷۴، ص ۲۱۰

۲- صفایی، همان، ش ۱۸۷ و باریکلو، دکتر علیرضا، اشخاص و حمایت های حقوقی آنان، انتشارات مجده، ۱۳۸۷، ش ۷۷، ص ۱۵۵ و کاتوزیان، قواعد عمومی ج ۱، ش ۱۱۶، تفاوت عدم اهلیت تمتع و اسیتفا، ص ۱۹۱

سیستم حقوقی کامن لا ولایت قهری طفل بر عهده پدر نهاده شده و در صورت فوت، مادر عهده دار این سمت است.

درباره شرایط ولی قهری فقیهان امامیه به شرایط اهلیت، اسلام اشاره نموده اند، منتهی در شرط عدالت ولی قهری اختلاف نظر وجود دارد. با این حال اکثر فقیهان، قائل به عدم اشتراط عدالت در تصرفات اولیاء قهری اند.^۳

حسینی مراغی معتقد است که «فقط پدر و جد پدری نسبت به جان و مال مولی علیه، ولایت دارند ... مادر هیچ ولایتی بر جان و مال فرزند ندارد هر چقدر که بالاتر برود و این ولایت در هیچ زمینه ای برقرار نمی باشد».^۴

امام خمینی (ره) نیز در تحریر الوسیله چنین می گوید: «هریک از پدر و جد پدری و در صورت نبود وصی منصوب از جانب ایشان، ولایت به حکومت می رسد. بدین صورت، منصب ولایت قهری هرگز بی والی نخواهد بود».

اما اگرچه فقیهان اهل تسنن به شرط «ذکوریت» در ولی قهری معتقد و بر «مرد بودن» ولی قهری تأکید می کنند. ولی در فقه شیعه هیچ سخنی از این «شرط» در ولی قهری به میان نیامده؛ با این وجود از لایه لای متون و روش بحث و فتاوی فقیهان، به سهولت می توان دریافت که فقیهان امامیه از این شرط در ولایت قهری چشم پوشی نکرده اند کما اینکه «مرد بودن» را از جمله شروط قاضی و حاکم می دانند.^۵

بر اساس مطالب پیشین همانطور که اشاره شد در بین فقهای امامیه همچون سایر مذاهب بر عدم ولایت مادر بر جان و مال فرزند تأکید شده و پدر و جد پدری را جز اولیای قهری محسوب نموده اند .

از آنجایی که ولایت پدر توسط آیات عروایات لاسیره متشرعه و بناء عقلاء به اثبات رسیده و قانون مدنی در مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ خود و نیز ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده از ولایت پدر سخن به میان آورده بنابراین از بررسی تفصیلی ادله ولایت پدر صرف نظر می کنیم.

در فقه امامیه مورد اجماع فقیهان است و در مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی نیز از ولایت جد پدری سخن گفته شده، اما بدون تردید ولایت جد پدری در عصر حاضر با توجه به دلایل زیر دارای اشکال است:^۶

۳ - طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی الفقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.ص ۲۶۰
 ۴ - حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، العناوین الفقهیه، جلد دوم، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق، ص ۵۵۷

۵ - نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۹ش.ص ۱۲

۶ - (بقره ۲)، (۲۸۲؛ بقره ۲)، (۲۳۷)،

۷ - حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت ع ۱۴۱۴ق. ص ۱۹۴

۸ - خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه (فی المعاملات)، بی جا، بی تا، بی تا. ص ۱۳

الف) ولایت جد پدری نه در آیات به طور صریح ذکر شده و نه در روایات، تنها روایات باب نکاح است که برای جد پدری در نکاح طفل و دختر باکره بالغه ولایت قائل است و در سایر ابواب همچون تجارت، قرض و ... سخنی از ولایت جد پدری به چشم نمی خورد.

فقیهان امامیه همانگونه که در خصوص ولایت پدر به قیاس اولویت متمسک شده اند و بیان نموده اند که: «با توجه به اینکه سلطنت بر تزویج طفل مساله ای مهم تلقی شده و بر عهده پدر می باشد، حق تصرف و نظرت بر اموال او نیز بر عهده پدر خواهد بود.^{۱۰}»

در خصوص ولایت قهری جد پدر نیز باید چنین اذعان داشت که ولایت وی در نکاح با دلایلی مشخص اثبات گردیده و این موضوع به امور مالی طفل نیز تسری یافته است که این مقایسه قابل واکاوی بوده است زیرا مصالح با هم تفاوت هایی داشته و در ضابطه ای خاص نمی گنجند و این امکان وجود دارد که شارع مقدس در نکاح مصالحی را در نظر بگیرد که در امور مالی این مصالح موجود نباشد.

ب) در باب ولایت قهری جد پدری در نکاح طفل، طریقت برداشت می شود نه موضوعیت؛ به عبارت دیگر، چون در عربستان جاهلی نظام خانواده از نوع گسترده بوده و بزرگ خانواده حق تصمیم گیری در امور دیگران را داشته است لذا شارع مقدس از آنجایی که رعایت مصلحت طفل را در آن زمان از طریق جد پدری امکان پذیر می دانسته، لذا ولایت را برای پدر و جد پدری جعل نموده است و حتی در برخی موارد از تقدم ولایت جد پدری بر پدر سخن گفت است. لیکن در عصر حاضر که نظام خانواده از نوع هسته ای است و جد پدری در خانواده های امروزی به سختی در امور فرزند و نوه خود تأثیر گذار است لذا طریقت مذکور دارای اشکال است.

ج) شرایط اجتماعی عصر حاضر ولایت جد پدری را بر نکاح طفل اقتضا نمی کند بویژه که دختران نیز تن به چنین ازدواج هایی نمی دهند و عقد جد پدری، می تواند ضررهای معنوی (غیر مادی) بی شماری را برای دختران داشته باشد.

د) ولایت جد پدری - موجود در روایات - در نکاح، امضاء شارع در عصر خود بوده است. در حقیقت اسلام سیره عقلاء عصر تشریح را که مصداق عدالت به شمار می رفته امضاء نموده و لذا ولایت جد پدری در عصر حاضر خالی از اشکال نیست و تسری آن از عصر تشریح به زمان حال با وجود تفاوت های زمانی و مکانی - چندان معقول نیست.

^۹ - صفایی، سید حسن؛ قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۹۸) «حقوق مدنی اشخاص و محجورین»، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتاب علوم انسانی، چ اول، ص ۲۱۸

^{۱۰} - نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۹ش. ص ۱۰۱

ه) اجماع مذکور در باب ولایت قهری دارای اشکال عمده است. ظاهراً مستند اجماع کنندگان، آن دسته از روایاتی است که در باب نکاح وارد شده و این موجب مدرکی شدن اجماع مذکور شده و آن را از ذیل اجماع اصولی خارج می‌کند.

و) توجیهاتی مبنی بر اینکه جد پدری نسبت به پدر ولایت داشته اما پدر هیچ‌گاه بر جد ولایت نداشته در نتیجه عقد جد پدری بر پدر مقدم است. و نیز اینکه «شفقت جد پدری و پدر از سایرین نسبت به فرزند بیشتر است دارای اشکال است لکن آنکه توجیه نخست، طفل را تا حد یک شیء قابل تملک پایین می‌آورد و موجب سلب اختیار و حق انتخاب همسر مناسب از او می‌شود و به ویژه در صورت انعقاد چنین ازدواج‌هایی، ضررهای معنوی و روحی زیادی نصیب طفل می‌شود. اما توجیه دوم، توجیهی عام است، چرا که اگر سخن از شفقت و دلسوزی است. در علوم مختلف مثلاً روانشناسی و ... به اثبات رسید که به طور معمول مادر از دلسوزی و شفقت بیشتری نسبت به طفل برخوردار است.

ز) ولایت جد پدری ناشی از رواج فرهنگ مردسالارانه بوده که در طی قرون متمادی بر جوامع حاکم بوده است. خاصه در عربستان جاهلی که نظام خانواده به صورت قبیله‌ای بوده و فرزندان تحت سرپرستی بزرگ‌خاندان به سر می‌برده و مجبور بوده‌اند که از فرامین وی اطاعت کنند.

ج) اگرچه قانون مدنی در مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ خود از جد پدری به عنوان یکی از اولیاء قهری در کنار پدر و مستقل از او نام برده ولی در عرف خانواده‌های ایرانی این اشتراک ولایت تنها در کتب قانون عملی است چرا که پدر بزرگ هیچ‌گاه به خود اجازه نمی‌دهد که با وجود پدر در کار نواده‌های خود دخالت و با پسر خود به رقابت بپردازد. به علاوه دختران و پسران نیز با وجود مادرشان راضی به اینگونه دخل و تصرف‌های جد پدری نمی‌شوند.

ط) طبق ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، سمت ولایت جد پدری در طول ولایت پدر قرار گرفت و ولایت پدر بر ولایت جد مقدم داشته شد و در عمل نقش جد در نهاد ولایت کمرنگ شد؛ چرا که جد پدری از لحاظ ولایت هم‌تراز مادر قرار گرفت و در صورت عزل پدر، قانونگذار، دادستان را در انتخاب هر یک از جد مادر آزاد می‌گذاشت. اما پس از پیروزی انقلاب، به موجب لایحه قانونی الغای مقررات مخالف قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت مصوب ماده مزبور فسخ گردید.

ی) در نهایت می‌توان گفت که احکام و قوانین مربوط به ولایت از جمله احکام عقلایی و امضایی شارع مقدس است نه از احکام تعبدی و تأسیسی، در احکام تعبدی، بدون چون و چرا باید به تعبد محض بپردازیم و جای هیچگونه سؤالی از ملاک حکم نیست مثل نماز. ولی در احکام عقلایی، چون سیره عقلاء تشریح مورد امضاء شارع

۱۱ - خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه (فی المعاملات)، بی‌جا، بی‌تا، بی‌تا، ص ۱۹

قرار گرفته لذا با دخالت عنصر زمان و مکان، می‌توان نتیجه گرفت که در عصر حاضر، چه بسا جد پدری نوه خود را نشناسد و با او در زیر یک سقف زندگی نکند و مصلحت او را به خاطر کهلوت سن به خوبی تشخیص ندهد. لذا اصرار بر تقدم ولایت جد پدری بر مادر در عصر حاضر چندان عاقلانه نیست.

به رغم عام بودن اختیار ولایت بر صغار، ولی قهری نمی‌تواند به میل و خواست خویش هر تصمیم یا تصرفی را در امور مالی و غیرمالی مولی علیه به عمل آورد. بلکه ولی قهری موظف است در تدابیر و تصرف های خود، مصلحت مولی علیه را منظور نماید و نباید عملی را برخلاف مصلحت و غبطه او انجام دهد. بسیاری از فقها نیز از جمله شیخ طوسی، ابن ادریس، علامه حلی و شهید اول و دوم رعایت صلاح و مصلحت را در تصرفات ولی قهری درباره مولی علیه شرط کرده اند و از مرحوم فاضل اصفهانی نقل شده است که متقدمان فقها بدون استثنا قایل به اعتبار مصلحت و تصرف ولی هستند.

حتی برخی بر معتبر بودن مصلحت و غبطه مولی علیه در مشروعیت اقدامات ولی، ادعای اجماع کرده اند از علمای معاصر نیز عده ای به طرفداری از این نظر پرداخته اند. در مقابل مرحوم صاحب جواهر، مرحوم شیخ انصاری، مرحوم امام خمینی و برخی دیگر از معاصران معتقدند که نفوذ تصرفات ولی قهری منوط به نبودن مفسده است و ضرورتی ندارد که غبطه و صلاح مولی علیه را نیز در بر داشته باشد بنابراین با تتبع در آرای فقها می‌توان دو نظر ارائه داد: دیدگاه اول: تصرفات ولی در صورتی نافذ است که صرفاً برای مولی علیه زیان بار نباشد و مصلحت داشتن تصرف، ضروری نیست.

استدلال این دیدگاه آن است که ادله ای که تصرفات ولی در مال فرزند را به طور مطلق نافذ می‌دانند قید "مصلحت" یا "فقدان مفسده" را طرح نمی‌نمایند. در نتیجه لازم است صرفاً تصرفات غیر زیان بار ولی را نافذ دانست، لیکن در برخی از این روایات آمده است که پدر حق ندارد بیش از مالی که به آن نیازمند است از مال فرزند بردارد، زیرا خداوند فساد را دوست ندارد.

نفوذ تصرفات ولی مشروط به وجود مصلحت است و در صورتی تصرف وی نافذ است که علاوه بر زیان بار نبودن فعل، مصلحتی نیز در آن وجود داشته باشد. بنابراین تصرفات فاقد مصلحت نافذ نخواهند بود. دلایل بیان شده عبارت اند از اینکه غرض جعل ولایت، جلب مصلحت و حفظ منافع مولی علیه است و نافذ دانستن تصرفات خالی از مصلحت، نقض غرض مولا است لازم به ذکر است فقهای که قایل به این دیدگاه هستند، معتقدند تصرفات فاقد مصلحتی که ولی به نفع غیر انجام می‌دهد، نافذ نیست ولی تصرفات فاقد مصلحتی که ولی برای رفع نیاز خود انجام می‌دهد (مثلاً برای خود از مال طفل قرض می‌کند) نافذ است.

ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی تصریح می کند: "هر گاه ولی قهری طفل، رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه شود، به تقاضای یکی از اقارب وی یا به درخواست رئیس حوزه قضایی پس از اثبات دادگاه، ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می نماید." (اصلاحی، ۱۳۷۹ / ۳ / ۱).

براساس این ماده، "عدم رعایت غبطه صغیر"، به "اقدام ولی به ضرر مولی علیه" معنی شده است و بنابراین می توان گفت قانون مدنی از دیدگاه اول فقهی تبعیت کرده و صرفاً اقداماتی را که به ضرر مولی علیه باشد، خلاف غبطه مولی علیه دانسته است. با انطباق این نظریه ها بر مبنای فقهی - حقوقی باید گفت فلسفه تاسیس ولایت برای ولی قهری حفظ غبطه و رعایت صلاح و مصلحت افراد ناتوانی چون صغار می باشد و بعید است که خداوند حکیم برای مصلحت سایرین، ولایت بر محجور را جعل کرده باشد. از این رو ولی قهری هرگز نمی تواند فراتر از این محدوده خیراندیشی و صلاح مولی علیه اقدامی انجام دهد، زیرا ولی برای مصلحت نصب شده است پس فراتر از آن اختیاری ندارد. "

وانگهی در قرآن کریم آمده است: "ولا تقرّبوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن" (انعام، ۱۵۲)، به این معنی که به مال یتیم نزدیک نشوید، مگر به شیوه ای که احسن (بہتر) است، تا زمانی که به کمال بلوغش برسد. بدیهی است که اقدام "احسن" شیوه ای است که در آن خیر و صلاح طفل منظور شده باشد و گرنه تصرفات لغو و بیهوده یا خالی از مصلحت به هیچ وجه احسن دانسته نمی شود. ناگفته نماند که استدلال به این آیه با عنایت به ملاک اصلی حکم آن، یعنی حجر و صغر در ایتمام و نیز با الغای خصوصیت از مورد آن و با مسلم داشتن شمول خطاب این نسبت به جد (به عنوان ولی قهری) در صورت فقدان پدر، به سهولت امکان پذیر است.

به علاوه، ریشه احکامی چون جواز یا لزوم اقدام برای سرپرستی افراد محجور و ناتوان و حفظ اموال و نفوس آنان برگرفته از بنای عقلا است که به تأیید شرع مقدس نیز رسیده است و روشن است که ملاک اصلی در این خصوص نزد خردمندان، حفظ مصالح افراد تحت سرپرستی است، نه مصلحت و منفعت سرپرستان؛ نهایت این که اگر به لحاظ ادله شرعی به لزوم حفظ غبطه و رعایت خیر و صلاح مولی علیه در تصرفات ولایی معتقد نشویم، ناچار از باب احتیاط در نفوس و اموال باید چنین شرطی را منظور داریم .

بنابراین باید پذیرفت که نظریه مبتنی بر لزوم رعایت مصلحت مولی علیه در تدابیر و تصرف های ولی و سرپرست او از نظر فقهی دارای اعتبار و وجاهت بیشتری است و حق با دیدگاهی است که در تمام تصرفهای ولایی عنصر مصلحت را "شرط ارتکازی" اعلام کرده است . در حقوق ما نیز شرط رعایت مصلحت مولی علیه به خوبی از مفاد مواد ۱۱۸۲ تا ۱۱۸۷ قانون مدنی و نیز مواد ۷۹، ۸۰، ۸۱ و ۸۳ قانون امور حسبی استفاده می شود. همچنین ملاک ماده ۶۶۷ قانون مدنی راجع به وکالت نیز در این خصوص قابل استناد است . البته مصلحت و غبطه دارای ضابطه ای مشخص و معین نیست بلکه در حقیقت مفهومی نسبی و متغیر است که با توجه به اوضاع و احوال و شرایط خاص موضوع، مشخص می شود و مرجع صلاحیت دار در تشخیص آن به عرف رجوع می کند.

گوناگونی اوضاع و احوال و تفاوت عرف و فرهنگ در جوامع سبب می‌شود تا مصلحت جنبه‌های متفاوتی به خود بگیرد. چه بسا عرف جامعه در شرایطی، عملی را به صرفه و صلاح مولی علیه به حساب آورد و جامعه‌ای دیگر در شرایط متفاوت، آن عمل را نامناسب قلمداد کند. البته اصل این است که ولی قهری در اندیشه اراده درست اموال محجور اقدام می‌کند. ولی قهری به اثبات حسن نیت خود و مفید بودن عمل برای محجور نیاز ندارد و مدعی تجاوز از اختیار باید خلاف آن را ثابت کند. بنابراین خروج ولی قهری از عنوان نمایندگی مولی علیه امری خلاف اصل است و به اثبات نیاز دارد. پس در هر مورد که چگونگی اقدام و قصد او مورد تردید واقع شود باید معامله را نافذ شمرد.

۳- آسیب شناسی اختیارات ولی قهری در قبال تخلفات

اموال مولی علیه در نزد ولی قهری به صورت امانت شرعی بوده و باید در مراقبت از آنها تلاش گردد و امانت را در نگهداری از آن رعایت نماید. گاهی اولیای قهری در اداره اموال مولی علیه دچار تخلفاتی می‌گردند که این تخلفات زیان‌های برای اموال مولی علیه به همراه داشته که ابتدا به بیان مصادیق تخلفات ولی قهری سپس مسئولیت‌های او را در اداره اموال بررسی می‌نماییم.

تفریط ولی قهری

دین اسلام همواره دارای هدف بوده و جعل ولایت از طرف شارع برای حمایت از اموال و تامین کردن مصلحت مولی علیه بوده و شارع پدر و جد پدری را جز اولیای قهری مولی علیه به شمار آورده است زیرا اعتقاد دارد روابطی دلسوزانه بین آنها وجود دارد که چنین رابطه‌ای منجر به حفظ حقوق و منفعت مولی علیه می‌شود. از این رو رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه امری ضروری تلقی می‌گردد.

امام خمینی (ره) اهمیت زیادی برای مصلحت مولی علیه قائل شده و اعتقاد دارند که فروش ملک صغیر در صورتی که موافق با مصلحت بوده برای ولی قهری امری جایز شمرده شده است.^{۱۳} در میان فقهای اهل سنت نیز بر این مسأله تاکید بسیاری گردیده و اعتقاد بر این است که تصرف مال صغیر باید به صرفه و صلاح صغیر بوده و مقرون به صرفه نیز باشد و در صورتی که ضرورت آن احراز نگردد ولی جایز به فروش اموال صغیر نبوده است.^{۱۴}

همچنین آیت الله سید علی خامنه‌ای (رهبر معظم انقلاب) در پاسخ این سوال که «آیا عدالت در ولایت بر طفل شرط است؟ و اگر ولی طفل فاسق باشد و خوف فساد طفل یا از بین رفتن اموال او وجود داشته باشد، حاکم چه وظیفه‌ای دارد؟» اعلام فرمودند: «عدالت، شرط ولایت پدر و جد پدری بر طفل نیست، ولی اگر برای حاکم هر چند با قرائن حالیه ثابت شود که پدر یا جد پدری باعث ضرر برای طفل خواهند شد، باید آنان را عزل نموده و از تصرف در اموال طفل منع کند»

^{۱۳} - خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۴)، تحریرالوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ص ۵۲۱

^{۱۴} - رشیدی، امید، (۱۳۹۱) فقه شافعی در نظم قانون مدنی ایران، سنندج، آراس، تابستان ص ۱۷۴

از این رو باید بیان کرد که پدر و جد پدری موظف هستند تا مصلحت مولی علیه را در نظر گرفته و هر گونه مفسده و ضرر را از او دفع نمایند و در صورتی که مرتکب خلافی در اعمال مسئولیت هایش شود در قبال تخلفش مسئول شناخته می شود. برخی از اساتید حقوق در بیان اثرات این گونه اعمال و مسئولیت های ولی قهری اظهاراتی بیان داشته اند: در صورتی که نماینده قانونی غبطه محجور را در معامله رعایت ننماید، در این حالت چنین معامله ای غیر نافذ خواهد بود و اگر نماینده مصلحت محجور را رعایت نکند مسئول شناخته شده و باید جبران خسارت نماید.^{۱۵}

در نهایت باید گفت اگر معامله ای صورت گیرد و در آن رعایت غبطه مولی نشده باشد چنین معامله ای باطل خواهد بود و ولی یا قیم یا خود مولی علیه بعد از رشد، به عنوان عدم رعایت غبطه می تواند، اعلام بطلان آن معامله را از دادگاه بخواهد. اما به نظر می رسد این معاملات از نظر حقوقی غیر نافذ است نه باطل.

تعدی ولی قهری

اولیا قهری نمی توانند از اختیاراتی که در خصوص اداره امور مالی مولی علیه دارد تجاوز نموده و دست به اقدامات زیان بار زده و دارایی های وی را تلف نمایند و در اداره امور نباید هیچ گونه تفریط و تعدی داشته باشند زیرا هر گونه تصرفی برای مولی علیه که زیانبار بوده دارای نفوذ شرعی و حقوقی نبوده و به عبارتی انجام تصرفاتی که باعث زیان و تباهی در اموال صغیر گردد ناروا بوده و اعتبار و نفوذ شرعی نداشته است.^{۱۶} برای مثال در ادامه به مواردی از اقدامات زیانبار ولی قهری اشاره می گردد:

الف: زمانی که ولی قهری بدون در نظر گرفتن ضرورت ها و نیازهای مولی علیه اموال او را به شخص ثالثی قرض دهد و ممکن است این عمل وی موجبات ضرر و زیان را برای محجور فراهم آورد زیرا فقهای اسلامی در صورتی این کار را مجاز قلمداد می کنند که مصلحت و خوف از بین رفتن اموال او در اثر غارتگری و آتش سوزی وجود داشته باشد.^{۱۸}

ب: به فروش رساندن اموال محجور با قیمتی پایین تر از قیمت روز یا خرید اموالی برای محجور با قیمتی بیشتر از بهای روز. که در این زمینه فقهای حنفیه و مالکی معتقدند که پدر تا زمانی حق خرید و فروش اموال منقول و غیر منقول کودک را دارد که قرارداد برای مصلحت و منفعت کودک بوده و با قیمت مناسب صورت گیرد و اگر معامله منجر به زیان گردد روا نبوده و باطل خواهد بود

امور مضر طبیعی و عادی

^{۱۵} - صفایی، سیدحسین، (۱۳۹۸) دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، تهران، میزان، زمستان ص ۱۴۵

^{۱۶} - امامی، سید حسن، (۱۳۹۹) حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ص ۲۱۳

^{۱۷} - مقدادی، محمد مهدی، (۱۳۸۲) قلمرو ولایت قهری در امور صغار، مجله فقه و حقوق خانواده، ص ۱۷۸

^{۱۸} - حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴) تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البیت، ص ۷۶

برخی اعمال حقوقی ذاتا و ماهیتا برای مولی علیه همواره زیان آور بوده اند همانند :

الف: هبه اموال مولی علیه: اعتقاد برخی از فقهای امامیه بر این است که سرپرست کودک می تواند با در نظر گرفتن مصالح او بخشش و هدایایی را از جانب کودک بپذیرد اما در رابطه با هبه باید چنین عنوان کرد که در صورت وجود منفعت و مصلحت می تواند اموال طفل را هبه کند .

هبه در واقع نوعی عقد مجانی بوده و به دلیل ماهیت مجانی بودن آن، هبه و بخشش اموال محجور بر خلاف مصلحت های وی می باشد و در اغلب مواقع جایز نبوده است. از این رو ولی قهری مجاز نبوده تا اموال مولی علیه را به دیگری ببخشد. زیرا بخشیدن مال، عملی مضر و برخلاف مصالح مولی علیه می باشد. از این رو با هبه کردن اموال از مالکیت مولی علیه، خارج شده و مالی جایگزین آن نمی گردد و چنین مساله ای منجر به کاهش اموال مولی علیه می شود. اغلب فقهای اسلامی در این زمینه اتفاق نظر داشته و برخی اظهاراتی داشته اند :

تصرفات ولی در اموال افراد تحت سرپرستی در راستای مصالح و منافع آنها می باشد و اموال آنها نباید در اموری که زیان آنها مسلم شده صرف گردد، همانند بخشش و صدقه از اموال آنها زیرا چنین اموری در راستای مصالح آنها نبوده و تصرفات این چنینی باطل خواهد بود.^{۱۹}

ب: به گرو نهادن اموال او برای وام دیگری: به رهن گذاشتن اموال طفل توسط ولی در صورتی که مصلحت ایجاب کند از سوی فقهای اسلامی جایز شمرده شده است. از این رو در صورتی که ولی قهری مالی از اموال مولی علیه را به عنوان قرض و وام شخص دیگری به غیر از مولی علیه، ره رهن بگذارد عملی خلاف مصالح مولی علیه انجام داده است، زیرا چنین عملی برای مولی علیه منفعتی نداشته و حتی ممکن است ضرر و زبانی نیز برای او به همراه بیاورد. در بین برخی از فقهای اهل سنت چنین اعتقادی وجود دارد که گرو گذاشتن مال مولی علیه را برای پدر وی مجاز دانسته اند. ابوحنیفه و محمد معتقدند که پدر حق دارد بخشی از اموال فرزند صغیرش را به عنوان رهن برای بدهکاریش قرار دهد. طبق قیاس حق ودیعه گذاشتن اموال فرزندش و به خاطر محبت و شفقت پدر است که منزلت دو شخصی در این مورد به او سپرده می شود. اما ابویوسف (از شاگردان ابوحنیفه) و زفر این رای را قبول نداشته اند، زیرا به رهن گذاشتن اموال کودک در مقابل بدهکاری پدر سبب بدون سود و بهره ماندن آن است و چنین کاری برای کودک مصلحتی ندارد.

اشکالات واگذاری اختیار اموال صغیر به جد پدری

با توجه به اینکه خانواده ها به شکل هسته ای در آمده و کوچک شده اند چالش های مختلفی ظهور نموده است. و ارتباطات خانواده با جد پدری آن طور که باید و شاید مستحکم نبوده که بتوان دخالش را در اموال صغیر توجیه نمود زیرا مادر سهم بیشتری در زندگی کودک ایفا می کند و با توجه به اینکه سطح سواد و حضور زنان در جامعه

^{۱۹} - زحیلی وهبه، (۱۳۹۰) فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، تهران، احسان، ص ۲۲۶

نسبت به گذشته بالاتر رفته است بنابراین جایی بین امر حضانت و ولایت، مادر را با چالش هایی در امر حضانت مواجه کرده است .

عدم نظارت دادستان بر عملکرد جد پدری

بر اساس ماده ۷۳ ق.ا.ح دادستان تنها تکالیفی که جد پدری بر عهده دارد را به او اعلام می دارد و بعد از آن پرونده در اداره امور سرپرستی صغار مختومه می شود و عدم نظارت دادستان و ایجاد اختلافاتی بین ولی قهری و مادر صغیر باعث تصرفاتی غیر قانونی از جانب ولی قهری می گردد .

با توجه به توسعه جوامع و پیشرفت زنان حضانت صغیر اغلب بر عهده مادر است و مادر اولی به دخالت در اموال صغیر می باشد. البته اصلاح ماده ۱۱۸۴ ق.م تا حدی چاره ساز در این زمینه بوده است زیرا قبل از اصلاحیه فوق امکان عزل ولی قهری وجود نداشت مگر در مواقعی که وی در اموال صغیر خیانتی نماید که در این حالت دادستان ضم امین خواهد کرد و نظارتی که امین بر ولی قهری داشته از نوع نظارت استماعی بوده نه نظارت استصوابی. طبق اصلاحاتی که در سال ۱۳۷۹ صورت گرفت امکان عزل ولی قهری در صورت احراز خیانتش پیش بینی گردید .

مشکلات اجرایی در جبران خسارت وارده بر اموال صغیر

بر اساس قواعد مطالبه خسارت، قیم صغیر و دادستان باید میزان خسارت وارده را اثبات کنند و احراز شود که این خسارت ناشی از فعل ولی قهری بوده است و تقدیم دادخواست با تشریفات خاصی مانند ابطال تمبر انجام می شود، و این مساله باعث طولانی شدن رسیدگی به جریان پرونده می گردد. در صورتی که بر جبران خسارت حکمی صادر شود، اجرای آن حکم به سختی انجام می شود .

همچنین اطلاع و آگاهی قیم از اموال ولی قهری برای معرفی به واحد اجرای احکام جهت فروش، با توجه به اینکه عدم ثبت ملک مطابق نام مالک کاری سخت بوده است و این امکان وجود دارد که ولی قهری به طور کامل صوری اموالش را قبل از توقیف انتقال دهد. مضافاً اینکه توقیف و فروش منزل مسکونی، خودروی متناسب با شان، ابزار کار، لوازم منزل به قدر متعارف. طبق مواد ۵۲۳-۵۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی امکان پذیر نیست و نیز عدم امکان اجرای حکم در صورت عدم دسترسی به اموال ولی قهری مازاد بر مستثنیات دین از جمله مشکلاتی است که در جبران خسارت وارده بر صغیر ناشی از خیانت ولی قهری به چشم میخورد.

در بین تمامی اطرافیان کودک پدر بیش از سایرین صلاح او را می خواهد به همین دلیل قانون پدر و جد پدری را نسبت به دیگران در اولویت قرار داده است. چنین مساله ای درست است که با عقل منطبق بوده اما همواره استثنائاتی نیز یافت می شود و ممکن است پدرانی وجود داشته باشند که بسیار برای محجور خطر آفرین بوده و از دشمن هم بدتر باشند. در چنین شرایطی قانونگذار تدابیری اندیشیده تا در صورتی که تشخیص دهد ولی قهری بر خلاف امانت اقداماتی انجام داده و توان و لیاقت لازم را برای اداره نمودن اموال صغیر یا مجنون ندارد در این

حالت ضم امین خواهد نمود که در ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی بر چنین مساله ای تاکید گردیده است. طبق این ماده در صورتی که ولی قهری طفل، غبطه او را رعایت ننماید و اقداماتی را بر علیه او انجام دهد، با تقاضای نزدیکان او و درخواست رییس حوزه قضایی، دادگاه اقدام به عزل ولی نموده و اختیارات او را محدود نموده تا تصرفاتی مضر به حال محجور را ممنوع نماید و برای اداره اموال، فرد صالحی را به عنوان قیم مشخص کند.

در صورتی که ولی قهری دچار کبر سن و امراض مختلف باشد و قدرتی برای اداره امور مولی علیه نداشته باشد و فردی را نیز برای چنین امری تعیین نکرده باشد، بر اساس مقررات فردی به صورت امین به ولی قهری منضم می گردد.

مقصود از «ضم امین» این است که دادگاه شخصی را با ولی همراه می سازد و از این طریق سعی می نماید اختیارات ولی را کنترل نموده و محدودیت هایی در اختیاراتش ایجاد کند. بعد از ضم امین دیگر ولی قهری بدون نظر و موافقت او نمی تواند معاملاتی را برای محجور صورت دهد.

بنابراین درست است که قانون مدنی در خصوص عزل ولی قهری اشاره صریحی نداشته، اما با تکیه بر نظرات فقهای امامیه که با سکوت قانون می توان به آن رجوع نمود این مساله که خیانت ولی قهری منجر به عزل او میگردد مورد پذیرش واقع شده است. از این رو ولی برای اداره امور کودک همواره تحت نظارت بوده و اگر مصالح محجور را رعایت ننماید اختیاراتش به واسطه قانون محدود خواهد شد.

از این رو با توجه به اینکه محجورین به دلیل صغر سن یا ضعف و اختلالات قوای دماغی توان اداره امور خویش را نداشته اند و برای گذران زندگی همواره به استعانت و کمک دیگران نیاز دارند به همین دلیل مقنن حمایت های ویژه ای از آنان نموده و اشخاصی را برای اداره کردن امور آنها در نظر گرفته است. این اشخاص باید اهلیت کاملی را دارا باشند که این وظیفه اغلب بر عهده پدر، جد پدری و یا وصی منصوب شده از جانب آنها می باشد.

اعتقادات حاکم بر اجتماع از جمله قاضی به وجود اختیارات تام برای ولی قهری، باعث شده که قضات تمایلی به اجرای ماده ۱۱۸۴ ق.م.اصلاحی نداشته باشند، همچنین اجرا و اصل صحت اعمال و معاملات، موجب می شود قیم در اثبات خیانت ولی قهری موفق نباشد.

شارع مقدس به دلیل حمایت از محجورین، اصل بر اعمال ولایت قهری بر مولی علیه قرار داده است. اختیارات اعطایی گسترده به ولی قهری با دو قاعده رعایت صلاح و نبودن مفسده محدود شده است. چون انتقال و جداسازی اعضای مولی علیه باعث ورود ضرر جسمانی و روانی به مولی علیه می شود و زندگی آینده وی را دچار عسر و حرج می نماید و در این انتقال هیچ گونه مصلحتی نیست و نگهداری و مواظبت از مولی علیه از جمله تکالیف شرعی و قانونی ولی قهری است و تکلیف از هر حیث با نگهداری و مواظبت مولی علیه ملازمه دارد، لذا اختیارات ولی قهری محدود است و اختیار موافقت با انتقال اعضای مولی علیه را ندارد. این محدودیت سابقه تقنینی داشته و در پاره ای از موارد نظیر تقسیم اموال مولی علیه با اجرای سوگند و لعان توسط مولی علیه به دلیل رعایت و حفظ اموال مولی علیه، مقنن اختیارات ولی قهری را محدود کرده است.

در راستای آثار تخلف ولی قهری اکثر فقهای متأخر امامیه معتقدند در صورتی که ولی قهری مرتکب اقدامات زیان بار شود و به اموال مولی علیه ضرر وارد کند، صلاحیت اعمال ولایت بر مولی علیه خود را از دست می دهد و مستحق عزل و برکناری از سمت ولایت است و در صورت اثبات خیانت، اختیار عزل ولی قهری متخلف را به حاکم شرع داده اند. برخی از مذاهب اهل سنت نیز موافق با دیدگاه این دسته از فقهای امامیه، عزل و برکناری ولی قهری متخلف را پیش بینی نموده اند. در نزد فقهای شافعی پدر و جد به فسق عزل می شوند و قاضی مال صغیر را آنها منتزع می نماید و حق ولایت آنها به قاضی منتقل می شود، زیرا فقهای شافعی عدالت و امانت ظاهری را شرط ولایت می دانند. در فقه حنفی نیز در صورتی که ولی قهری به عنوان مانعی در مسیر مصلحت و غبطه صغیر عمل نماید رفع آن از سوی حاکم انجام می گیرد و حاکم با ولایت خود به نصب قیم می پردازد.

پیش بینی عزل ولی قهری نالایق از سوی فقها، بر مبنای قاعده لاضرر قابل توجیه است، زیرا براساس قاعده لاضرر (لاضرر و لااضرار فی الاسلام)، هرگونه ضرر رساندن به دیگران امری ناپسند، نامشروع و غیر قانونی است. لذا در صورتی که اولیاء قهری بدون توجه به مصلحت مولی علیه، مرتکب اقداماتی شوند که منجر به ضرر رساندن و از بین رفتن اموال وی گردند، بر طبق قاعده فقهی مذکور، مستحق برکناری از سمت ولایت هستند، زیرا این گونه ضرر رساندن به اموال و حقوق مولی علیه، قابل چشم پوشی و اغماض نیست و این قاعده فقهی چنین اقدامات زیان باری را نفی می کند. لذا باید مانع از استمرار ولایت آنها شد.

راهکار قانونگذار در مورد تخلفات ولی قهری، پیش بینی ضم امین به ولی قهری بود. اتخاذ این نوع ضمانت اجرا، با در نظر گرفتن دیدگاه فقهای امامیه درباره ولایت قهری پدر و جد پدری، نشأت گرفته از عرف حاکم در خانواده ها بود، زیرا پدر و پدربزرگ در خانواده حکم رئیس خانواده را دارند و برکناری آنها از سمت ولایت، امری بسیار خطیر و مخالف با عرف و رسوم زمانه خود بود. لذا قانونگذار در مورد ولی قهری نالایق، ضم امین را پیش بینی نمود و اما به دلیل ناکارآمدی این راهکار، قانونگذار از دیدگاه اقلیت فقهای امامیه متأخر (مرحوم امام خمینی) تبعیت نمود و در جهت رعایت مصلحت مولی علیه و هم چنین برای حل مشکلات پیش رو و رفع نیازمندیهایی

که وجود داشت، گامی مؤثر برداشت و ماده ۱۱۸۴ ق.م را اصلاح و در این ماده قانونی عزل ولی قهری متخلف را پیش بینی نمود.

فقه‌های امامیه در صورت عزل ولی قهری معتقدند: ولایت مولی علیه با حاکم شرع است. فقه‌های مذاهب اهل سنت نیز در مورد ولایت حاکم شرع بر مولی علیه معتقدند زمانی قاضی ولایت دارد که محجور پدر، وصی و جد پدری نداشته باشد (مذاهب حنابله و مالکیه برای جد پدری قائل به ولایتی نیستند) و ولایت پدر، وصی و جد پدری را مقدم بر ولایت حاکم می‌دانند. لذا براساس دیدگاه فقه‌های عامه، در صورتی که یکی از اولیاء خاص، نسبت به مولی علیه مرتکب خیانت شود، ولایت بر عهده ولی دیگری است که وجود دارد و حاکم شرع با وجود ولی خاص بر مولی علیه ولایتی ندارد. به عبارتی دیگر، در صورتی که ولی قهری متخلف منحصر باشد، حاکم می‌تواند بر مولی علیه اعمال ولایت نماید و نسبت به برکناری ولی قهری متخلف و نصب قیم اقدام نماید.

حق شفعه می‌تواند به سود کودک، سفیه و دیوانه نیز ایجاد شود. در مرحله اخذ به شفعه و اعمال حق، شفیع باید اهلیت داشته باشد آنگونه که داشتن اهلیت شرط همه اعمال حقوقی است. صغیر ممیز و سفیه توان شناخت و درک مفهوم شفعه را داشته و حجر ایشان جنبه حمایتی دارد و می‌توانند اخذ به شفعه کنند؛ بدین صورت که قبل از اقدام به اعمال حق، اذن ولی، وصی یا قیم را اخذ نمایند یا اینکه بعد از اخذ به شفعه، این اقدام از جانب سرپرستان ایشان تنفیذ شود. صغیر غیر ممیز، دیوانه دائمی و ادواری، توان شناخت و درک مفهوم اخذ به شفعه را ندارند و نمی‌توانند انشاء تملک نمایند. نمایندگان قانونی محجورین (هر دو گروه) مانند ولی، وصی و قیم باید به محض آگاهی از بیع، بیدرنگ حق شفعه را اجرا کنند. البته در هر حال رعایت مصلحت محجور شرط اساسی اقدام از جانب آنها می‌باشد. در خصوص آثار درنگ و اهمال ولی، وصی و قیم عمده نظرات در دو گروه جای می‌گیرد:

اهمال ولی، وصی و قیم حق شفعه محجور را ساقط نمی‌کند. تصرف ولی، وصی و قیم در صورتی درست است که برای جلب مصلحت یا دفع مفسده از محجور باشد. در حالیکه ترک شفعه (اهمال و مسکوت گذاردن حق) و اسقاط صریح شفعه، اقدامی است به ظاهر خلاف مصلحت مولی علیه. شیخ طوسی، محقق حلی علامه حلی، شهید ثانی، صاحب جواهر و به طور کلی نظر مشهور فقه‌های امامیه در این گروه جای می‌گیرد. اهمال ولی، وصی و قیم حق شفعه محجور را ساقط می‌کند. زیرا ایشان نمایندگان محجور بوده و همانگونه که می‌توانند اخذ به شفعه کنند یا به صراحت حق را اسقاط کنند، می‌توانند با ترک شفعه (مسکوت گذاردن) به طور ضمنی از اجرای حق بگذرند. وانگهی، فوریت اخذ به شفعه برای جلوگیری از ضرر خریدار وضع شده و اعتقاد به بقای حق شفعه محجور، نفی غرض است. ابویوسف و ابوحنیفه از فقه‌های شافعی در این گروه جای می‌گیرند.

از مجموع نظریات ارائه شده و بررسی معایب و امتیازات هر کدام از آنها به نظر نگارنده، تقصیر ولی حق محجور را که خود معذور از اقدام است ساقط نمی‌کند و فرض این است که عفو ولی برای مولی علیه مفسده انگیز و زیانبار است. بدین ترتیب، اگر معلوم شود که استفاده نکردن از حق شفعه نتیجه تقصیر ولی، وصی و قیم و اهمال آنها در اداره دارایی مولی علیه بوده یا با خریدار در تضییع حق محجور تبانی کرده است و همچنین در موردی که

ولی نتواند مصلحت یا ضرورت ویژه ای را برای اقدام خود اثبات کند، بیگمان تفریط او نیروی اسقاط حق شفعه را ندارد. و اگر ثابت شود که تقصیری رخ نداده و اقدام ولی برای جلوگیری از مفسده بوده است (مانند اینکه بهای فروش سهم شریک گزاف باشد، می توان کار او را نافذ شناخت.

۱. قرآن کریم
۲. امامی، سید حسن، (۱۳۹۹) حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۳. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۷) اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان، انتشارات مجد.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸) ترمینولوژی حقوق، ناشر: گنج دانش.
۵. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق) تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت ع .
۶. حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴ ق) تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت.
۷. خمینی، سید روح اله (۱۳۸۴)، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۸. خویی، سید ابوالقاسم (بی تا) مصباح الفقاهه (فی المعاملات)، بی جا، بی تا، بی تا.
۹. رشیدی، امید، (۱۳۹۱) فقه شافعی در نظم قانون مدنی ایران، سندج، آراس، تابستان .
۱۰. زحیلی و هبه، (۱۳۹۰) فقه خانواده در جهان معاصر، ترجمه عبدالعزیز سلیمی، نشر احسان.
۱۱. صفایی، سید حسن؛ قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۹۸) «حقوق مدنی اشخاص و محجورین»، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتاب علوم انسانی.
۱۲. صفایی، سیدحسین، (۱۳۹۸) دوره مقدماتی حقوق مدنی (اشخاص و اموال)، تهران، میزان.
۱۳. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق) المبسوط فی الفقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰) قواعد عمومی قراردادها جلد ۱، انتشارات مجد.
۱۵. مقدادی، محمد مهدی، (۱۳۸۲) قلمرو ولایت قهری در امور صغار، مجله فقه و حقوق خانواده.
۱۶. نجفی، محمد حسن (۱۳۷۹) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه.